



eunomia
Revista en Cultura de la Legalidad

Número 23

octubre 2022 – marzo 2023

www.uc3m.es/eunomia

EUNOMÍA. REVISTA EN CULTURA DE LA LEGALIDAD

www.uc3m.es/eunomia

2253-6655

Director

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

Secretaría de Redacción

PALOMA DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Universidad Rey Juan Carlos, España

Consejo de Redacción

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

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

ROBERTO RODRÍGUEZ ARAMAYO, CSIC, España

CONCHA ROLDÁN PANADERO, CSIC, España

MANUEL VILLORIA MENDIETA, Universidad Rey Juan Carlos, España

ISABEL WENCES SIMON, Universidad Carlos III de Madrid, España

Consejo Científico

ADELA ASÚA BATARRITA, (Emérita) Universidad del País Vasco, España.

Exvicepresidenta del Tribunal Constitucional.

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

HAUKE BRUNKHORST, Universität Flensburg, Alemania

VICTORIA CAMPS CERVERA, (Emérita) Universitat Autònoma de Barcelona, España

MARÍA EMILIA CASAS BAHAMONDE, (Emérita) Universidad Complutense de Madrid, España. Expresidenta del Tribunal Constitucional.

ERNESTO GARZÓN VALDÉS, (Cat. jubilado) Johannes Gutenberg Universität, Alemania

THOMAS GIL, Technische Universität Berlin, Alemania

RICCARDO GUASTINI, (Emérito) Università degli studi di Genova, Italia

JONATHAN MENDILOW, Rider University, USA

JAVIER MUGUERZA CARPINTIER †, CSIC, España

GONZALO QUINTERO OLIVARES, Universitat Rovira i Virgili, España

NORA RABOTNIKOV, Universidad Nacional Autónoma de México, México.

SUSAN ROSE-ACKERMAN, (Emérita) Yale University, USA

BO ROTHSTEIN, Göteborgs Universitet, Suecia

MICHEL TROPER, (Emérito) Université Paris-X, Francia

MARÍA JOSÉ VILLAVERDE, (Cat. jubilada) Universidad Complutense de Madrid, España.

TOMÁS VIVES ANTÓN †, Universitat de València, España

Consejo de Edición

GERMAN JAIR ARENAS ARIAS, Universidad de Alcalá de Henares, España
DELIA BUDEANU, Universidad Carlos III de Madrid, España
MAITE CARRETERO SANJUAN, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España
LUIS ANTONIO CORONA MACIAS, Universidad de Guadalajara, Jalisco, México
JESÚS IGNACIO DELGADO, Universidad Carlos III de Madrid, España
MARÍA LUISA ESCALADA LÓPEZ, Universidad de Valladolid, España
ELENA MARÍA ESCOBAR ARBELAEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España
DAVID GARCÍA GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España
RUBÉN GARCÍA HIGUERA (COORD.), Universidad Carlos III de Madrid, España
XANDRA GARZÓN COSTUMERO, CSIC, España
RICARDO GUTIÉRREZ AGUILAR, Universidad de Alcalá de Henares, España
ANA GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Universidad de Cantabria, España
DOLY JURADO CERRÓN, Universidad Carlos III de Madrid, España
BELÉN LIEDO FERNÁNDEZ, CSIC, España
RODRIGO MERAYO FERNÁNDEZ (COORD.), Universidad Carlos III de Madrid,
España
DIGNO MONTALVÁN ZAMBRANO, Universidad Carlos III de Madrid, España
MAR MOYA FUENTES, Universidad de Alicante, España
CLARA NAVARRO RUIZ, Universidad Complutense de Madrid, España
LUCÍA ORTIZ DE ZÁRATE, Universidad Autónoma de Madrid, España
M^a. ALEJANDRA PASTRANA SÁNCHEZ, Universidad de Cádiz, España
ALFREDO SÁNCHEZ SANTIAGO, Universidad Complutense de Madrid, España
NOEL VILLALBA LÓPEZ, 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 Cano	8
-----------------------	---

Estudios

<i>“Bobo el que no confía” ¿Cómo construir cultura de la legalidad a través de la confianza y las normas sociales?</i> Juan Pablo Trujillo, Natalia López, Ricardo Pérez-Restrepo y Santiago Silva	14
<i>Autonomía personal y pluralismo de valores en el liberalismo de Joseph Raz</i> Manuel Toscano Méndez	30
<i>Hobbes y Raz, dos modelos opuestos de autoridad. Consideraciones sobre similitudes, diferencias y (falta de) utilidad práctica</i> Julieta A. Rábanos	47
<i>Corrupción de empresas multinacionales, ineficacia del tipo y buena gobernanza. (¿Por qué no hay sentencias condenatorias en España por este delito?)</i> Pilar Otero González	65
<i>Responsabilidad penal del directivo empresarial por complicidad en violaciones de derechos humanos. El caso «Ford-Müller» en Argentina</i> Noel Villalba López	93

Foro y ágora

<i>Razones para regular (mejor) la financiación de los partidos. Más allá de la corrupción política</i> Óscar Sánchez Muñoz	116
<i>Transparencia y partidos políticos. Los «otros sujetos obligados»</i> M ^a Aránzazu Moretón Toquero	136
<i>Un estudio comparado de los códigos éticos de los principales partidos políticos españoles</i> Carlos José Aguilar García	160
<i>Artículo 31 bis CP y partidos políticos. Programas de «compliance» y «nudging»</i> Alejandro L. de Pablo Serrano	180
<i>Justicia y gobernanza indígena. Una experiencia como autoridad comunitaria</i> Pedro Garzón López	223

Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Ponderación (Tribunal Constitucional español)</i> Lorena Chano Regaña	241
<i>Magistrado constitucional</i> Laura Baamonde Gómez	254
« <i>Prima facie</i> » Víctor García Yzaguirre	271
<i>Oposición política (en las democracias)</i> Antonio Natera Peral	289
<i>Disciplina-(s) jurídica-(s)</i> Fernando Liendo Tagle	311

Releyendo a...

<i>El garantismo de Aristovoulos Manessis como constitucionalismo positivista. Elementos biográficos y teóricos de su trayectoria académica</i> Triantafyllos Gkouvas	328
<i>Extractos de «Las garantías de la observancia de la Constitución» (Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος)</i> Aristovoulos Manessis	342

Rincón de lecturas

DEBATIENDO

<i>Enseñanza del Derecho. Breves enfoques macro y micro</i> Luis López Guerra	362
<i>¿Qué puede aportar sobre la formación del jurista un viejo profesor?</i> Andrés Ollero Tassara	370
<i>La formación como factor de configuración y articulación institucional. El (¿mal?) ejemplo del Ministerio Fiscal</i> Pedro José Crespo Barquero	374
<i>La reforma de la selección y formación de los altos cuerpos de las Administraciones Públicas relacionados con las profesiones jurídicas</i> Francisco Ramos Fernández-Torrecilla	402
<i>Futuro de la formación jurídica. Especial aproximación al sistema de oposiciones</i> Dulce Calvo González-Vallinas	411
<i>Preparación de los futuros abogados</i> Gonzalo Martínez-Fresneda Ortiz de Solórzano	420

<i>Reflexiones sobre la formación de los abogados en el siglo XXI</i> Pilar Menor Sánchez	425
<i>La formación del jurista en el siglo XXI desde la perspectiva del ejercicio profesional de la abogacía en un despacho de abogados</i> Daniel Sáez Castro	432

BOOK FORUM

<i>Sebastián Figueroa Rubio (2019). Adscripción y reacción. Filosofía jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal. Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo: Marcial Pons.</i>	
<i>Adscripción(es) y reacción(es) (del libro) de S. Figueroa Rubio. Un intento por introducir el debate</i> Sebastián Agüero-SanJuan	438
<i>La irredimible impersonalidad de la responsabilidad. Comentario a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa</i> Rocío Lorca Ferreccio	443
<i>¿Responsabilidad sin responsabilización? En torno a los fundamentos normativos del enfoque interpersonal. Comentario a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa</i> Matías Parmigiani	454
<i>La ontología relacional de la responsabilidad. Un comentario a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa</i> Juan Pablo Mañalich Raffo	467
<i>Realismo y pragmatismo en las concepciones intrapersonal e interpersonal de la responsabilidad. Comentario a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa</i> Juan Ormeño Karzulovic	476
<i>La estructura de la responsabilidad. Algunos comentarios críticos a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa</i> Flavia Carbonell Bellolio	483
<i>Metáforas y ambigüedades en la reflexión sobre Agencia, Normas y responsabilidad. Respuesta a las críticas</i> Sebastián Figueroa Rubio	491

RECENSIONES

<i>Isabel Wences, Paloma de la Nuez y Julio Seoane (coords.), La idea de corrupción en los siglos XVIII y XIX: Forjas y resignificaciones</i> Manuel Luis Ruiz-Morales	516
<i>Isabel Wences (coord.), La corrupción. Lecturas desde el pensamiento político contemporáneo</i> Pedro Abellán Artacho	521

<i>Betsy Perafán Liévano (ed.), Por el derecho a comprender. Lenguaje claro</i> Renata Amaya González	526
<i>Natalia Vellilla, Así funciona la Justicia: Verdades y mentiras en la justicia española</i> Rodrigo Merayo Fernández	529
<i>Alfonso García Figueroa, Moral de Victoria. Una filosofía del deporte</i> Martín Bajatierra Ruíz	537

Presentación

Foreword

José María Sauca Cano
Universidad Carlos III de Madrid
Director de la revista

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7101>

Tras más de una década de trabajo compartido en el objetivo común de promover un proyecto como *Eunomía*, se han creado lazos de cooperación, sentimientos de comunidad y, de últimas, muchos afectos recíprocos. Esta es la idea a la que apunta el diccionario de la Real Academia de la Lengua cuando habla de cofradía, congregación, liga, familiaridad o hermandad o, permítanme la síntesis, de fraternosororidad. Pues bien, nuestra correspondencia afectiva en un empeño común ha sufrido una pérdida irreparable: Tomás Vives Antón falleció el pasado 10 de julio. Miembro del Consejo Científico de *Eunomía* desde su fundación, apoyó decididamente el proyecto y contribuyó con su conocimiento y disposición a que haya llegado a ser una realidad editorial en favor del desarrollo del Estado de Derecho y de la profundización en la democracia. Destaco aquí el artículo que, significativamente titulado *La dignidad del sistema jurídico*, nos envió para su publicación en el primer número de la revista (Vives Antón, 2011, pp. 59-74). Entre las muchas necrológicas que han podido ser seguidas durante este verano, me ha llamado la atención la certera descripción que formula el Obituario de *El País*: «fue un sabio, un maestro de juristas y un hombre comprometido con la sociedad y las libertades democráticas» (Bono, 2022). Efectivamente, fue catedrático de Derecho penal y maestro de penalistas; fue fiscal y magistrado; miembro del gobierno de los jueces y del de su Universidad; un hombre culto y con inquietudes filosóficas; fundador de *Justicia Democrática de Jueces y Fiscales*, se caracterizó por la defensa los derechos individuales en todas esas facetas profesionales. Ha sido un honor y un placer haber podido contar con su adhesión a esta fraternosororidad de *Eunomía*. Lamentamos su pérdida y enviamos a su familia y amigos más cercanos nuestras sentidas condolencias.

El presente número de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, que luce el 23 de la serie, se publica en un contexto en que las urgencias de la realidad internacional parecen oscurecer sus temáticas. Apenas la Humanidad va saliendo de la Pandemia –mientras parece que potencialmente se cruzan otras nuevas plagas– y permanece la guerra en Europa, sin que se finiquiten ninguno de los restantes conflictos armados previos, se desarrollan nuevas catástrofes y calamidades, como distinguía Garzón Valdés (2004). El riesgo de conflagración atómica vuelve a estar sobre la mesa; el temor de grave accidente nuclear en la central de Zaporíyia nutre los titulares de la prensa internacional; los sólidos indicios de una nueva recesión económica, con pujante inflación y carencia de materias primas, se atisban en todos los indicadores económicos y, de últimas, parece que la crisis climática está sustituyendo los pronósticos científicos por la evidencia de una inacabable serie de



constataciones de catástrofes ambientales. Este panorama parece que repliega a una segunda fila a las dimensiones institucionales en las que opera la cultura de la legalidad. Creo, sin embargo, que como en tantas ocasiones precedentes, esta percepción no se corresponde con la realidad. En España se mantienen los déficits en la renovación de los órganos constitucionales, los debates sobre el control penal de la creación de redes clientelares mediante la actividad legislativa están en su máxima expresión y empieza a aflorar una nueva generación de abusos de poder para el beneficio privado de dirigentes políticos que actúan como élites extractivas¹. El panorama latinoamericano no parece más promisorio. Más allá de que la corrupción vuelva a ser el tema de campaña presidencial en Brasil o que nuevos procesamientos sean abiertos en la presidencia del Perú o Argentina; Centro-américa, con la parcial excepción de Costa Rica, se empantana en el lodo de la corrupción de sus sistemas políticos y Venezuela se hunde en el fondo del pozo de los países más corruptos del orbe. Con las excepciones de Uruguay y Chile –que se encuentran en puestos inmediatamente contiguos a los países con bajos índices de corrupción y, a excepción de Singapur, con democracias solventes–, Latinoamérica se encuentra en situación de grave déficit e, incluso, las europeas Portugal y España no pasan de estar a la cola de la segunda división de los países de aprobados, solo por encima de Italia y Grecia en la Europa, ahora, a 14².

Este panorama resulta especialmente preocupante en el contexto de ayudas para la reactivación económica y la transición ecológica. En el contexto de la Unión Europea, España va a recibir en torno a 140.000 millones de euros provenientes del Instrumento excepcional de recuperación temporal *Next Generation EU*, que van a ser canalizados como subvenciones o préstamos (Ministerio de Hacienda y Función Pública, 2022). La empresa es ambiciosa y bienintencionada; la cuantía es impresionante y el tiempo de ejecución muy limitado. El peligro radica en que, sobre la base del sustrato tradicional español, los focos de corrupción pueden volver a activarse. La clásica fórmula de Roben Kliggaard sobre la corrupción (Corrupción = Monopolio + Discrecionalidad - Rendición de Cuentas) nos vuelve a resultar útil: el exponencial incremento de oferta centralizada y la rápida gestión en las adjudicaciones generan riesgos graves de incrementar la corrupción. Frente a ello, se han habilitado unos detallados planes antifraude que corren el riesgo de convertirse en meros formalismos si no se profundiza en su implementación. El problema radica en que muchas de las medidas específicas a adoptar para mejorar el control del fraude, se están adoptando sobre la marcha y a ellas se acumulan todas aquellas previstas que no se han implementado aún. Así, en la Quinta Ronda de Evaluación sobre España que realizó el GRECO en el pasado marzo, se señala que no se habían cumplido plenamente ninguna de las diecinueve recomendaciones que le fueron propuestas en 2021 y solo siete de ellas se habían atendido parcialmente (Greco, 2021). Más recientemente aún, el *Informe sobre el Estado de Derecho* de la Comisión Europea de 2022 confía en que se adopte el previsto plan nacional anticorrupción (un plan mantenido prácticamente en secreto y sin ninguna participación de la sociedad civil) y sigue subrayando que, además de problemas institucionales vinculados a la independencia de la judicatura, la fiscalía y otras organizaciones de control, así como los relativos a la regulación de los *media*, todavía se está esperando una regulación legal de los *lobbies*, la transposición de la Directiva de protección los alertadores (*Whistleblowers*) y la

¹ Hace poco más de un año, ya nos advertía de ello Rose-Ackermann en estas mismas páginas (2020, pp. 16- 36).

² Los datos a que hago referencia están disponibles en el ranking de *Transparency International* del 2021. Según ellos, Nicaragua ocupa la posición 177 sobre 180 países analizados; Honduras la 157; Guatemala, la 150 y El Salvador, la 115, acompañados por un preocupante México en posición 124. Uruguay ocupa el puesto 18, compartiendo dicha posición con Austria, Bélgica y Japón, mientras que Chile ocupa el puesto 27, a la par de los Estados Unidos. Portugal comparte con Corea del Sur el puesto 32 y España con Lituania el 34. Véase (Transparency International, 2021).

reforma de la legislación sobre financiación de partidos políticos, entre otros (European Commission, 2022). En definitiva, son tiempos convulsos y lo son por diferentes motivos militares, económicos, ecológicos, etc., pero junto a ellos siguen estando las razones institucionales y, en concreto, se están reproduciendo los riesgos de un incremento del clientelismo, la captura de políticas y la corrupción en sentido estricto. La corrupción y el fraude son problemas de largo recorrido y solo se obtendrá la constatación de su eventual comisión o su control en un futuro que aún parece indeterminado. Preveamos, pues, soluciones ahora a estos riesgos.

El presente número mantiene la estructura que la revista ha diseñado desde hace varios años e intenta mantener el equilibrio interdisciplinar que anima su espíritu. La sección de *Estudios* se abre con la contribución colectiva de Ricardo Pérez, Santiago Silva, Natalia López y Juan Pablo Trujillo al avance en la depuración conceptual y pragmática de la cultura de la legalidad. Los trabajos de Manuel Toscano y Julieta A. Rábanos explicitan un pequeño homenaje que la revista tributa a un importante filósofo del Derecho fallecido a principios del pasado mayo. Se trata de Joseph Raz, quien ha sido uno de los iusfilósofos más relevantes en el ámbito internacional durante las últimas décadas y, quizá, era el nexo entre la figura de H.L.A. Hart y la siguiente, e influyente, generación de la *Jurisprudence* en la Universidad de Oxford. Sin duda que su sombra seguirá inspirando respeto por la excelencia tanto entre la piedra y madera de las salas del *Balliol College* como en la claridad de los espacios abiertos de la *Columbia Law School*. El primero de los trabajos, de la mano del profesor de Málaga, aporta una reflexión en el contexto de la obra filosófica política del autor israelí. El segundo, aportado por la iusfilósofa argentina y *dottoressa* por Génova, abunda en las diferencias entre dos autores para los que el concepto de autoridad resulta nuclear en sus teorías. Las dos contribuciones finales de la sección adoptan una inspiración iuspenalista y versan sobre diferentes dimensiones de la lucha contra corrupción corporativa. La primera, de Pilar Otero, trata la insuficiencia del tratamiento de la corrupción de las empresas multinacionales y, la segunda, de Noel Villalba, la responsabilidad penal del directivo empresarial.

La sección de *Foro y Ágora* intenta mantener la inquietud por los temas de especial intensidad en el momento actual. De esta forma, se presenta con ciertas notas de carácter monográfico sobre la cuestión de la financiación de los partidos políticos. El profesor Juan María Bilbao, de la Universidad de Valladolid, propició un encuentro del que traen causa las contribuciones que ahora se publican. Entre estas se encuentran la de los constitucionalistas Óscar Sánchez y Aránzazu Moretón, a los que se suma la del penalista Alejandro de Pablo. Estas aportaciones se acompañan de la del también constitucionalista Carlos Aguilar. De manera autónoma, cierra la sección el trabajo de Pedro Garzón López que presenta los resultados de un trabajo empírico de primera mano sobre la temática de la gobernanza indígena.

La sección de *Voces de Cultura de la Legalidad* intenta mantener el equilibrio en las perspectivas interdisciplinares promovidas por la revista. La constitucionalista extremeña, Lorena Chano, desarrolla la voz *Ponderación*, con especial atención al estudio de su tratamiento por la corte constitucional española. Esta voz se acompaña de la de *Magistrado constitucional* que aporta, la también constitucionalista gallega, Laura Baamonde. José Víctor García Yzaguirre, iusfilósofo de Valdivia, aborda un concepto nuclear en la interpretación jurídica actual: *Prima facie*. El politólogo de la Carlos III, Antonio Natera, expone la entrada *Oposición política* y el historiador del Derecho peruano, Fernando Liendo Tagle, expone el ítem de *Disciplina jurídica*.

Confiamos en que sirvan para enriquecer el acervo pluridisciplinar de las voces de la materia que ya alcanza la cifra global de 215 entradas³.

La sección de *Releyendo a...* viene de la pluma de Triantafyllos Gkouvas y está dedicada al constitucionalista heleno Aristovoulos Manessis. Se trata de un autor importante en el pensamiento jurídico-político griego de la segunda mitad del siglo pasado que se adscribía a la entonces dominante corriente del positivismo jurídico sociológico. En lo que se nos alcanza, no hay ninguna traducción de sus obras al español, por lo que la originalidad de la contribución queda reforzada. Los trabajos traducidos son una selección de su obra *Las Garantías de la Observancia de la Constitución*, de 1956.

El Rincón de Lecturas mantiene su tripartita estructura interna. En el *Debatiendo* se da continuidad a la temática de la subsección planteada en el anterior número de *Eunomía*, relativa a la Formación del Jurista de mediados del siglo XXI. A diferencia del enfoque que se adoptó en ese número anterior, con una aproximación de inspiración académica, en esta ocasión adquieren protagonismo los acercamientos de carácter profesional. De esta forma, la primera contribución corresponde a Luis López Guerra que, además de un prestigioso constitucionalista, ha sido magistrado del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como el Secretario de Estado que promovió la reforma de la regulación del ejercicio de la abogacía en España. Le acompaña, en segundo lugar, Andrés Ollero, que, además de ser también un reconocido catedrático de filosofía del Derecho, ha sido magistrado del Tribunal Constitucional y miembro de las comisiones de Educación y Justicia del Congreso de los Diputados. La tercera aportación viene de la mano del fiscal Pedro José Crespo Barquero que, actualmente, ejerce como Fiscal Jefe de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional. La cuarta contribución corresponde a Francisco Ramos, administrador civil del Estado que, entre otros desempeños, ha sido Secretario de Estado para la Administración Pública y Director del Instituto Nacional de Administración Pública. Las contribuciones de profesionales con vinculación estatutaria se cierran con la de Dulce Calvo González-Vallinas que es registradora de la propiedad. Las restantes aportaciones provienen de ejercientes de la abogacía: Gonzalo Martínez-Fresneda, Pilar Menor Sánchez y Daniel Sáez. Son tres generaciones, tres perfiles y tres especialidades. El primero dirige un despacho de carácter tradicional y personal, ha tenido una amplia proyección pública en la defensa de los derechos individuales y es un penalista. La segunda ejerce la asesoría jurídica en una firma internacional de abogados, cuya sede en España ha dirigido hasta hace poco, y es una laboralista que ejerce como *Global Co-Chair* en la materia para su firma. El tercero ejerce como abogado en un importante despacho corporativo español y se dedica preferentemente a materias de Derecho privado. Espero que su lectura sirva de práctico complemento a la perspectiva académica del número anterior y propicie la reflexión colectiva sobre un tema decisivo.

La subsección del *Book Fórum* está sustanciada por filósofos del Derecho chilenos acompañados de un argentino. El libro objeto de análisis, *Adscripción y reacción. Filosofía jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal* del ahora profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, Sebastián Figueroa Rubio, se publicó, con prólogo de la profesora de la Universidad de Surrey, Verónica Rodríguez-Blanco, en 2019. Se trata de un estudio riguroso del concepto de responsabilidad sobre el que el profesor Sebastián Agüero ha coordinado un análisis colectivo. De

³ Suelo recordar, y me permito insistir aquí, que la totalidad de las voces de cultura de la legalidad pueden consultarse en orden alfabético en el enlace siguiente: <https://culturadelalegalidad.net/es/content/!%C3%A9xico-culturleg>, sin menoscabo de la publicación de cada una de ellas en el número correspondiente de la revista.

esta forma, cada uno de los capítulos del libro es objeto de comentario por un autor diferente: Rocío Lorca, Matías Parmigiani, Juan Pablo Mañalich, Juan Ormeño Karzulovic y Flavia Carbonell Belloio, a cuyas objeciones contesta el autor en una intervención unitaria.

Finalmente, la subsección de *Recensiones* recoge los comentarios de cinco monografías recientes que han sido seleccionadas por su interés para la cultura de la legalidad. En primer lugar, el penalista gaditano Manuel Ruiz comenta el trabajo colectivo editado por los profesores Isabel Wences, Paloma de la Nuez y Julio Seoane sobre la idea de corrupción en siglos XVIII y XIX. El politólogo de la Universidad Complutense, Pedro Abellán, recensiona la monografía colectiva coordinada por Isabel Wences sobre las lecturas de la corrupción desde el pensamiento político contemporáneo. Renata Amaya destaca la temática del derecho a comprender con ocasión de la reciente publicación del libro editado por Betsy Perafán Liévano sobre la materia. Rodrigo Merayo comenta el trabajo de Natalia Velilla sobre el funcionamiento de la Justicia en España y, finalmente, Martín Bajatierra Ruíz glosa el trabajo de Alfonso García Figueroa sobre una filosofía del deporte.

Con estas aportaciones se configura una nueva entrega de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Estamos razonablemente satisfechos con su desarrollo, crecimiento y reconocimiento. Es notorio el incremento de propuestas de trabajos que optan a ser publicados y pensamos que su calidad media se ubica entre la satisfactoria y buena. El número de descargas se mantiene en cifras que se acercan a las trescientas mil por año y, recientemente, la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología ha renovado el sello de calidad de la revista -incluida su mención de buenas prácticas editoriales en igualdad de género- con un incremento significativo en la puntuación. Todo ello es el resultado, conveniente es decirlo una vez más, del trabajo generoso y desinteresado de todos aquellos que formamos parte de la *fraternal-sororidad* de *Eunomía*; trabajo que, puedo dar fe, es mucho, bueno y cualificado. Como siempre, un deseo: ojalá que el lector encuentre útil e interesante el resultado.

Bibliografía

- European Commission (2022). *Country Chapter on the rule of law situation in Spain del Commission Staff Working Document. 2022 Rule of Law Report. Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions.*
https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/23_1_194017_coun_chap_spain_en.pdf
- Ferrán Bono, F. (10 de julio, 2022). Muere Tomás Vives, maestro de juristas y exvicepresidente del Tribunal Constitucional. *El País. El periódico global.*
<https://elpais.com/espana/comunidad-valenciana/2022-07-10/muere-tomas-vives-maestro-de-juristas-y-exvicepresidente-del-tribunal-constitucional.html>
- Garzón Valdés, E. (2004). *Calamidades*. Gedisa.
- Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO) (2021). *Quinta Ronda De Evaluación Prevención de la corrupción y promoción de la integridad en gobiernos centrales (altas funciones ejecutivas) y las fuerzas y cuerpos de seguridad*. Informe de Cumplimiento. España.
<https://antonioariasrodriguez.files.wordpress.com/2022/03/espana-greco.pdf>
- Ministerio de Hacienda y Función Pública (2022). *Next Generation EU.*
<https://www.hacienda.gob.es/es-ES/CDI/Paginas/FondosEuropeos/Fondos-relacionados-COVID/Next-Generation.aspx>



- Rose-Ackerman, S. (2021). Corruption and Covid-19. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, 16-36. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6061>
- Transparency International (2021). *Corruption Perceptions Index*. <https://www.transparency.org/en/cpi/2021>
- Vives Antón, T. (2011). Sobre la dignidad del sistema jurídico. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (1), 59-74. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2156>.

“Bobo el que no confía” ¿Cómo
 construir cultura de la legalidad a través
 de la confianza y las normas sociales?*

“Fools are those who suspect”. How do
 we build a culture of legality through
 trust and social norms?

Juan Pablo Trujillo
 Universidad EAFIT
 ORCID ID 0000-0001-7749-537X
juanpablotrujillourrea@gmail.com

Natalia López
 Universidad EAFIT
 ORCID ID 0000-0003-2384-2799
nlopezba81@gmail.com

Ricardo Pérez-Restrepo
 Universidad EAFIT
 ORCID ID 0000-0002-0765-5232
rperezr3@eafit.edu.co

Santiago Silva
 Universidad EAFIT
 ORCID ID 0000-0002-0228-8322
ssilvaja@eafit.edu.co

Cita recomendada:

Trujillo, J.P., López, N., Perez-Restrepo R. y Silva, S. (2022). “Bobo el que no confía” ¿Cómo construir cultura de la legalidad a través de la confianza y las normas sociales?. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 14-29.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7104>

Recibido / received: 27/04/2022
 Aceptado / accepted: 01/08/2022

* Esta frase hace referencia a la aseveración popular, tradicional en Colombia, que califica a las personas que confían en los demás como ingenuas, «el vivo vive del bobo». Este título es, en parte, nuestra propuesta de contribución a la resignificación de tales expresiones resaltando el valor social de la confianza.

Resumen

Luego de revisar algunas de las más destacadas aproximaciones teóricas a la cultura de la legalidad y a los mecanismos para promoverla y/o fortalecerla, este artículo entrega una definición de la misma asociada al cumplimiento de normas (formales e informales) y expectativas y propone la construcción de confianza como factor determinante para el trabajo en pro de aumentar los niveles de cumplimiento. El análisis de intervenciones rigurosas en diferentes campos, basadas en las ciencias del comportamiento, permite concluir que el uso de normas sociales y pequeños empujones es efectivo a la hora de mejorar nuestras expectativas colectivas, de construir confianza y de promover un mayor cumplimiento de normas y acuerdos.

Palabras clave

Cumplimiento, cultura de la legalidad, confianza, normas sociales, comportamiento, *nudges*.

Abstract

After reviewing some of the most outstanding theoretical approaches to the culture of legality and the mechanisms to promote and / or strengthen it, this article provides a definition of it associated with compliance with standards (formal and informal) and expectations and proposes the construction trust as a determining factor for the work towards increasing compliance levels. The analysis of rigorous interventions in different fields, based on behavioral sciences, allows us to conclude that the use of social norms and small nudges is effective in improving our collective expectations, building trust and promoting greater compliance with norms and agreements.

Keywords

Norm compliance, culture of legality, trust, social norms, behaviour, nudges.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Antecedentes teóricos de la cultura de la legalidad. 3. Una definición de cultura de la legalidad. 4. Miradas novedosas para promover la cultura de la legalidad. 5. Las intervenciones. 5.1. Medio ambiente. 5.2. Cumplimiento en el pago de los impuestos. 5.3. Honestidad. 5.4. Covid-19. 6. Comentarios finales.

1. Introducción

La pregunta por la cultura de la legalidad forma parte de las agendas recientes de investigación sobre comportamiento y de muchas iniciativas de acción pública que buscan promover escenarios de cumplimiento de normas y acuerdos. Particularmente en Latinoamérica, los esfuerzos por diseñar mecanismos que generen en la ciudadanía una relación con las reglas del juego social mucho más estrecha responden a una amplia tradición de estudios e iniciativas que han tratado de encontrar las variables sociales y culturales que puedan explicar una relación con la norma si se quiere problemática. La corrupción, entendida como fenómeno amplio de incumplimiento de normas en la ciudadanía, ha estado también en el repertorio de esa búsqueda por entender las motivaciones del comportamiento incumplidor en Latinoamérica.

En esa búsqueda, los acercamientos epistemológicos han sido de distinta índole. Durante gran parte del siglo XX los estudios sobre la cultura de la legalidad se enmarcaron en el análisis de las reglas formales desde una perspectiva jurídica. En los últimos años las investigaciones e iniciativas públicas se han enmarcado en la economía del comportamiento. Pese a que la conversación no es nueva, no existe un acuerdo ni frente a la definición de cultura de la legalidad, ni frente a cuál es la mejor manera de promoverla. Los hallazgos recientes sugieren que las ciencias del

comportamiento ofrecen alternativas eficaces para su promoción, pero no es un asunto que esté cerrado pues hace falta mucha más evidencia.

Siendo así, el presente trabajo busca determinar el estado de la conversación sobre cultura de la legalidad. Para lograr esto, en un primer apartado se revisa de manera breve la tradición de estudios sobre el cumplimiento de normas. Más adelante, teniendo en cuenta que no hay un acuerdo semántico sobre la cultura de la legalidad, se propone una definición que sintetiza muchas de las aportaciones teóricas en los últimos años. En el tercer apartado revisamos enfoques y herramientas recientes que han demostrado cierta eficacia para promover la cultura de la legalidad. Luego, reseñamos algunas intervenciones puntuales de cumplimiento de normas y acuerdos, para finalmente realizar unos comentarios respecto a la necesidad de seguir explorando formas de promover cultura de la legalidad.

2. Antecedentes teóricos de la cultura de la legalidad

El estudio de la cultura de la legalidad no es un asunto reciente. Ya desde mediados del siglo pasado se estudiaban los motivos por los que ciertas sociedades parecían más propensas a incumplir las normas (Becker, 1968; García Villegas, 2011). Más allá de esto, desde hace alrededor de tres décadas, académicos de Latinoamérica y Estados Unidos han revisado desde el enfoque comportamental esta situación, aportando nuevas variables al estudio que no se tomaban en cuenta desde enfoques económicos (Mockus, 2003; North, 1993; O'Donnell, 1999; Rincón-Salazar, 2006; Wenzel, 2005)

Para nuestro análisis, utilizaremos la clasificación que proponen Cecilia Güemes e Isabel Wences en su artículo publicado en 2018. Las autoras hacen una recopilación exhaustiva de la discusión en torno a la cultura de la legalidad en la región para luego destacar y explicar cuatro teorías que recogen las diferentes perspectivas de análisis: 1) la teoría del *enforcement* o coactiva, 2) la de la institucionalidad paralela; 3) la de la psicología y el comportamiento y 4) aquella que propone la desconexión de los sistemas reguladores. Pasaremos a explicar cada una más a fondo.

La primera teoría es la del *enforcement*, cuya tesis principal podría resumirse en que «cuando la probabilidad real de sanción y castigo es alta, y la impunidad y la ganancia que podría obtenerse de violar la norma es menor, hay una especie de racionalización del coste/beneficio que desanima el incumplimiento» (Güemes y Wences Simon, 2018, p. 7). En cambio, cuando lo que se gana incumpliendo es mucho o puede justificarse moralmente, pareciera que el riesgo merece la pena y entonces la probabilidad de incumplir aumenta. De estas dos situaciones resulta que, como la valoración de la recompensa es subjetiva y difícil de cambiar, entonces para evitar los comportamientos incumplidores el Estado debería garantizar penas más efectivas, tratando de aumentar la percepción frente a la posibilidad de una sanción.

La siguiente perspectiva es la de la institucionalidad paralela, de la cual dos exponentes pueden ser Douglass North (1993) y Guillermo O'Donnell (1999), y que se centra en la importancia de la cultura en la acción individual y en la acción colectiva. Según ellos, «las instituciones (formales e informales) son límites y guías para la conducta humana en sociedad» (O'Donnell, 1999, p. 8). En el caso de las instituciones informales, se sostienen sobre un sistema de sanciones y beneficios (que se expresan mayoritariamente como prestigio y reconocimiento, por un lado, o rechazo por el otro), que provee incentivos a los sujetos para que se comporten de determinadas maneras. Todo ello ha implicado en Latinoamérica la personalización de la autoridad, la

organización jerárquica de la vida social, la defensa tradicionalista del orden local y la lógica clientelar de las relaciones públicas, haciendo que sea necesario el reconocimiento de las tensiones emergentes entre reglas informales y la institucionalidad.

En tercer lugar, encontramos la propuesta de Mazar, Amir y Ariely (2008), que relaciona psicología y comportamiento (también conocida como umbral de la deshonestidad). Su postulado central es que no hay manzanas podridas, sino una mayoría de personas que hace trampa, pero solo un poco (Güemes y Wences Simon, 2018). Las personas son suficientemente deshonestas para obtener una ganancia, pero suficientemente honestas para engañarse a sí mismas acerca de su integridad. Los psicólogos muestran que, como parte de la socialización, las personas incorporan las normas y valores de las sociedades en las que viven, lo que usan como punto de comparación para su comportamiento. Este es un cambio importante en la forma en que se entiende el problema, pues la variación entre las identidades de las personas se da en función de los controles legales y morales que regulen su comportamiento (Mazar *et al.*, 2008).

Por último, encontramos una propuesta fundamentada en las teorías de Jon Elster (2015) y trabajada por Antanas Mockus (2003) en Colombia, según la cual mientras que la regulación legal es explícita y crea leyes, la regulación moral es implícita o reconstruida a partir de la reflexión. De acuerdo con esto y como se profundizará más adelante, las conductas guiadas por las leyes están también (implícitamente) guiadas por la amenaza de las sanciones sociales, lo cual hace que el cálculo del cumplimiento de esas normas sea aún más racional (es decir, más beneficioso o menos perjudicial). Esto conlleva a que los comportamientos incumplidores estén motivados en un divorcio entre ley, moral y cultura, debido a que los resultados obtenidos por un mismo comportamiento sean diferentes en cada una de estas áreas. Por esto, es necesario incorporar la influencia de la cultura en las decisiones de las personas como condicionante de la racionalidad: los comportamientos incumplidores se dan en situaciones sociales en que los sistemas reguladores están desalineados o en divorcio (Güemes y Wences Simon, 2018; Mockus, 2003).

Adicional a la síntesis hecha por estas autoras, otra propuesta que ha ganado popularidad entre los académicos de la región es la tríada de perfiles incumplidores propuesta por Mauricio García Villegas (2011). En ella, el autor señala tres tipos generales de incumplidores, a saber: el vivo, el arrogante y el rebelde. Cada uno de ellos responde a una justificación diferente del incumplimiento y la cultura de la ilegalidad: el primero, de carácter estratégico, afirma que la gente incumple luego de calcular los costos y beneficios de la obediencia; el segundo es cultural y supone que la razón por la cual no se acatan las reglas se explica en que los valores que estas transmiten son considerados menos importantes que otros (como por ejemplo los valores religiosos, sociales o familiares); y el tercer punto de vista, político, supone que las personas incumplen las reglas como un acto de resistencia contra la autoridad (García Villegas, 2011).

En conjunto, estas propuestas nos permiten comprender la cultura de legalidad desde sus causas (las cuatro perspectivas de Güemes y Wences) pero también como efectos en el comportamiento individual (los tres perfiles incumplidores). Encontramos una disciplina que reconoce el incumplimiento como un fenómeno multicausal explícitamente negativo, tanto en términos de eficiencia estatal como en las consecuencias que tiene sobre la vida de las personas y el tejido social.

3. Una definición de cultura de la legalidad

Entendemos el incumplimiento como la disposición general que se puede observar en una persona o grupo social a defraudar una expectativa de comportamiento específica y vinculada a algún sistema de regulación definido y comprendido socialmente. De esta forma, una persona puede incumplir cuando desobedece una ley, pero también cuando incumple un acuerdo, pues lo formal e informal se entrecruzan en la defraudación de una expectativa. Elementos como la legitimidad gubernamental y normativa, la eficacia y capacidad de implementación de castigos de parte del Estado, las relaciones entre sistemas formales e informales de instituciones, las consideraciones cognitivas y conductuales de la deshonestidad, además de las tensiones entre diferentes sistemas de regulación del comportamiento resultan fundamentales para entender la forma como la literatura ha abordado el incumplimiento de reglas (Güemes y Wences Simon, 2018).

Las diferentes aproximaciones al estudio del cumplimiento de normas y la cultura de la legalidad refuerzan la consideración conceptual con profundas implicaciones empíricas de la complejidad de las explicaciones sobre estos fenómenos. Sin embargo, una de las perspectivas puede funcionar de puente entre varias de estas aproximaciones y ofrecer al mismo tiempo una amplia gama de instrumentos de comprensión e intervención sobre la agenda de promoción de la cultura de la legalidad, en particular, en América Latina. La confianza se puede entender en términos generales como la disposición a no tomar precauciones respecto a una interacción con otro, esto es, a bajar la guardia respecto a posibles defraudaciones (Elster, 2015). La confianza permite entender la disposición de las personas a arriesgarse en interacciones «riesgosas» como la acción colectiva o el cumplimiento de normas y acuerdos. Las personas con mayores niveles de confianza interpersonal e institucional (confiar en las personas y grupos sociales y confiar en las organizaciones y entidades sociales) tienen expectativas más seguras sobre las perspectivas de cumplimiento de los demás y la expectativa de cumplimiento que los otros depositan en ellos mismos. Este reconocimiento posible del cumplimiento como norma social, señala un puente entre confianza y cultura de la legalidad central para entender las razones del cumplimiento e incumplimiento (Fortou y Silva, en prensa).

La confianza permite que las personas calculen sus expectativas de manera positiva respecto a las buenas intenciones y comportamientos que asumen tendrán sus contrapartes en las interacciones sociales. Ese juego de expectativas resulta fundamental para comprender la disposición al cumplimiento y la representación general que las personas hacen sobre la confiabilidad de otras personas. De esta manera, las expectativas de las personas sobre el comportamiento de los demás, después de todo, influyen y moldean su propio comportamiento (Murraín, 2018, p. 295). Esta influencia está delimitada por la posible constitución de normas sociales que, a su vez, regulan el comportamiento y establecen, además de las expectativas sobre cómo comportarse, las consecuencias negativas de no seguirlas. En este sentido, la presencia de normas sociales que puedan enmarcar la disposición al cumplimiento o incumplimiento de otras normas (particularmente legales) puede señalar la tensión fundamental, o el divorcio en términos de Mockus, entre sistemas reguladores que fundamenta el problema de la denominada «cultura de la ilegalidad». Así pues, un imperio de la ley efectivo requiere una norma social de obediencia a la ley en la población (Mackie, 2018, p. 315)

La confianza, las expectativas sociales, las normas sociales y el cumplimiento de normas y acuerdos también se entrecruzan en la representación social que las personas construyen de otros, y en particular, de sus conciudadanos. Esta representación no solo puede determinar la confiabilidad que les otorgan, sino la

disposición que tienen a regularlos y dejarse regular por ellos. De esta manera, «una valoración positiva y de respeto hacia los demás es importante para que experimentemos vergüenza, haciendo que deseemos actuar de la manera en que los demás esperarían de nosotros» (Murraín, 2018, p. 306). Esto funciona en doble vía: una mejor percepción sobre otros puede mejorar la disposición a cumplir, pero una peor percepción sobre otros puede empeorar esa disposición. Esto puede generar problemas frente a aproximaciones que dependen excesivamente de la coerción y la sanción como mecanismos de garantía del cumplimiento, pues «la imposición de la ley puede incluso fortalecer las normas sociales perjudiciales al incrementar el conocimiento público sobre el hecho de que muchos no cumplen la ley» (Mackie, 2018, p. 324).

La perspectiva de la confianza sobre la cultura de la legalidad supone entonces resaltar el papel central que juegan las representaciones ciudadanas y las normas sociales sobre los ciudadanos. El cumplimiento de normas y acuerdos necesita del soporte de las normas sociales y morales; la alineación de sistemas reguladores supone la posibilidad de reconocer la deseabilidad social de estar a la altura de las expectativas positivas de comportamiento. Construir esta representación ciudadana positiva respecto a seguir las normas (pero también en otros comportamientos y disposiciones prosociales) utiliza también un círculo virtuoso de reconocimiento, en tanto «múltiples cambios en el cumplimiento de leyes específicas pueden incrementar el cumplimiento de la ley en términos generales» (Mackie, 2018, p. 325).

4. Miradas novedosas para promover la cultura de la legalidad

El enfoque que proponemos seguir centra su atención en la construcción de confianza y a la reducción de brechas representacionales como mecanismos para promover cultura de legalidad, para propiciar entornos de cumplimiento de normas. Como vimos en el apartado inicial, la cultura de la legalidad se ha entendido desde distintas perspectivas epistemológicas y metodológicas que han derivado en acciones públicas concretas. No hay un acuerdo frente a cuál es el mejor mecanismo, ni existen fórmulas mágicas. Los fenómenos sociales en general son multidimensionales, siendo difícil establecer relaciones de causalidad del tipo A origina B. Pese a este límite frente a la promoción de cultura de la legalidad –planteado por la falta de consenso a propósito de una perspectiva epistemológica y la eficacia o no de las acciones que de allí se desprenden– los estudios del comportamiento (que agrupan especialmente saberes de la economía y la psicología) han demostrado de manera reciente cierta eficacia –al menos un poco más que la tradición más inmediata de intervenciones comportamentales– en la promoción de cultura de la legalidad en particular, y en la transformación e impulso de comportamientos socialmente deseables en general.

Si hacemos más honda la discusión sobre la cultura de la legalidad encontramos que está estrechamente relacionada con la pregunta por el comportamiento humano. Los estudios del comportamiento en los últimos años han ampliado el panorama de respuesta frente a esta cuestión. Durante gran parte del siglo XX el paradigma hegemónico fue la teoría de la elección racional en su versión más ortodoxa¹, esto es, el comportamiento humano explicado a partir de la ordenación de preferencias y la maximización de beneficios. El trabajo de Daniel Kahneman y Amos Tversky (1979) sobre sesgos y heurísticas trascendió esta perspectiva de interés egoísta agregando factores culturales y morales en la toma de

¹ En particular los trabajos de Downs (1957), Arrow (2012) y Olson (1971). Elster (2010), Ostrom (2009) e incluso Bicchieri (2005) si bien siguen inscritos en la perspectiva de la selección racional amplía sus presupuestos epistemológicos.

decisiones. A partir de ahí², los trabajos que se centraron en entender la manera de actuar de los seres humanos hicieron más grande el contorno de elección de los individuos adicionando criterios como la influencia social, los pequeños empujones y las normas sociales. La pregunta por cómo nos comportamos ya no se respondía de una sola manera. Los estudios del comportamiento refutaron la teoría de la elección racional ortodoxa³.

En este trabajo nos interesa destacar al menos dos de esas perspectivas: las normas sociales y los *nudges* o «pequeños empujones», pues consideramos que son las que mejores resultados han demostrado recientemente para acortar brechas de representación y promover confianza en la ciudadanía. En el siguiente apartado nos ocuparemos de reseñar algunas iniciativas de promoción de confianza y cumplimiento de normas. Por ahora es momento de hacer algunas precisiones conceptuales, de puntualizar cuál es la caja de herramientas teórica de donde se desprenden muchas de estas intervenciones.

Cristina Bicchieri (2005) es la filósofa a la que se le atribuye la elaboración de la teoría de las normas sociales. Como a menudo sucede en la historia del pensamiento hay antecedentes claros en la corriente neoinstitucionalista con Douglas North (1993), Elinor Ostrom (2005) y su IAD, y Chrysostomos Mantzavinos (2001) por mencionar algunos. Incluso, las representaciones sociales de Coser, Halls y Moscovici (1995), los imaginarios sociales de Castoriadis (2013) e incluso, las representaciones colectivas de Durkheim (1898) son pensamientos con estrecha relación con esta teoría.

Las normas sociales pueden entenderse también como instituciones informales⁴ que se componen de dos expectativas. La expectativa empírica de que un número mayoritario de personas se comporte de cierta manera y la expectativa normativa de que esas personas apliquen sanciones o no, frente al cumplimiento o transgresión de una norma específica, es decir aquella que se asume es el comportamiento de nuestro grupo de referencia. Esto es, la expectativa de cómo creemos que se comportan los demás y cómo los demás esperan que nos comportemos. En este juego de expectativas donde asumimos de manera individual cuál es el comportamiento colectivo es muy importante nuestro grupo de referencia. El tamaño puede variar e incluso puede ser contextual, yendo de grupos pequeños como la familia, amigos, entornos laborales, el barrio, el pueblo, la ciudad, el país. Sin embargo, la expectativa de cómo se comportan los demás y lo que ellos esperan debe ser nuestro comportamiento define mucho la manera cómo actuamos individualmente.

Las expectativas en ocasiones pueden ser engañosas. Es posible que ocurran procesos de construcción de imaginarios a propósito de un patrón de comportamiento en determinado grupo social que no necesariamente se corresponde con la realidad empírica. A esta distancia entre lo que se cree y lo que realmente es se le denominó

² Esto es una figura narrativa que intenta fijar un antecedente clave de los estudios del comportamiento. Pero sabemos que la historia no es lineal y que lo social es complejo por lo que es difícil determinar un origen particular de un fenómeno

³ Esto no quiere decir que el paradigma haya dejado de ser explicativo de la manera como nos comportamos. Solo que su influencia explicativa dejó de ser omniabarcante. La teoría de la elección racional sigue siendo explicativa de ciertos comportamientos.

⁴ Las instituciones informales se definen en oposición a las leyes formales. Todo el conjunto de normas, prácticas, costumbres, códigos morales, imaginarios que prescriben comportamientos y que no pertenecen al derecho positivo. Para revisar con detalle la definición se puede consultar el trabajo de North (1993).

en psicología social como fenómeno de «ignorancia pluralista»⁵. Hay muchos ejemplos en la literatura académica para ilustrar esta situación. Uno bastante citado pero muy preciso a nuestro modo de ver es el caso de estudio sobre aversión a los gitanos en España. El trabajo de Iñigo Ugarte *et al.* (1998) da cuenta de la brecha de representación entre lo que se cree es la norma de comportamiento colectivo en el País Vasco, y el pensamiento de cada persona frente a los gitanos.

La teoría de las normas sociales enfatiza en el poder de los imaginarios sobre las normas y las expectativas que se tienen frente a ellas. Se interesa en ese sentido por la influencia que tiene la creencia sobre el comportamiento colectivo en el comportamiento individual. Los grupos de referencia y las expectativas de modos de actuar influyen en la manera como nos comportamos individualmente. Es por esto por lo que, dentro de su elaboración conceptual frente a las instituciones informales, Bicchieri (2019) reserva un capítulo especial a lo que ella denomina *trendsetters*, creadores de tendencias.

Su tesis es relativamente sencilla: en el comportamiento humano se identifican rasgos de influencia social que desembocan en una tendencia a la conformidad de grupo. Ya desde 1950 los experimentos de conformidad de Solomon Asch demostraban el influjo de la pertenencia al grupo en el comportamiento individual. Hay una aversión identificada frente a no pertenecer, a propósito de ser «el raro», el que se comporta de manera distinta a como lo hace su grupo de referencia, a pertenecer a una minoría que va en contravía de la pauta comportamental. Esta tendencia hace más difícil que una norma que se asume aceptada se modifique; complica que por ejemplo puedan transformarse dinámicas de incumplimiento de normas cuando hay un arraigo colectivo al comportamiento incumplidor.

En este punto hay dos cuestiones que resultan importantes para Bicchieri: 1) que individuos con el suficiente poder de influencia en el grupo de referencia (generadores de tendencias) transgredan la norma establecida; 2) que esa transgresión sea lo suficientemente comunicada como para que pueda establecerse como una nueva pauta de comportamiento (Bicchieri, 2005).

En este sentido, Richard Thaler y Cass Sunstein (2017) coinciden con Bicchieri. De acuerdo con ellos la comunicación es una herramienta fundamental para la promoción y transformación de comportamientos. En especial frente a los escenarios de ignorancia pluralista y de brechas representacionales, cuando se presenta un desajuste entre la percepción que se tiene sobre el comportamiento individual y el comportamiento efectivo de los demás. Los autores suscriben la premisa de Bicchieri frente a la influencia de las normas sociales en el comportamiento: yo creo que debo comportarme de cierta manera porque considero que mi grupo de referencia se comporta de determinada forma, y creo también que ellos esperan que yo deba comportarme así. Para Thaler y Sunstein (2017, p. 78) «simplemente con mencionar este hecho se podrían conseguir cambios significativos». Es decir, con comunicar ampliamente que un grupo se comporta de una manera determinada o con publicitar una norma social.

Estos autores hicieron una contribución importante a los estudios del comportamiento con su teoría de los *nudges* o pequeños empujones. Inspirados o influenciados por el trabajo de Daniel Kahneman (2012) sobre el pensamiento rápido y el pensamiento lento⁶, proponen que es posible diseñar una arquitectura de las

⁵ Acuñado por el psicólogo Floyd Henry Allport, quien es considerado como el padre de la psicología social. Para ampliar más sobre su definición y características ver: Prentice y Miller (1996).

⁶ Kahneman (2002), apoyado en la tradición de estudios cognitivos y de psicología social afirma que los seres humanos tenemos dos sistemas de pensamiento: el sistema intuitivo, que domina gran parte de

decisiones para promover determinados comportamientos deseables socialmente, desde entornos contruidos para que la conducta sea de tal o cual manera, hasta estímulos inconscientes que empujan a los individuos a actuar de cierta forma: poner en un comedor escolar las frutas y las verduras más visibles y las papas fritas y los postres menos para promover la alimentación saludable; prohibir que los saleros estén disponibles en las mesas de los restaurantes y que quien quiera ponerle sal a su plato deba pedírsela al mesero, estableciendo barreras al comportamiento; utilizar opciones por defecto para estimular la donación de órganos; o utilizar recordatorios vía mensajes de texto para promover las votaciones.

Estas estrategias descansan epistemológicamente en lo que ellos denominan el «paternalismo libertario»: la necesidad de que los tomadores de decisión en política pública diseñen entornos decisionales que conduzcan a comportamientos socialmente deseables, sin que haya una restricción efectiva a la libre toma de decisiones. El sentido que Thaler y Sunstein (2017) le otorgan a la noción de «paternalismo libertario» puede verse de manera un poco más clara en el ejemplo de la prohibición de saleros en las mesas de los restaurantes, que, a propósito, logró una importante reducción del consumo de sal en la Ciudad de México. El estado actúa de manera paternalista prohibiendo que haya saleros exhibidos en las mesas de los restaurantes (poniendo una barrera al comportamiento), pues espera reducir el consumo de sal en los ciudadanos e impactar positivamente el sistema de salud con enfermedades relacionadas, pero esto lo hace sin restringir efectivamente la posibilidad de que un ciudadano pueda consumir sal (la puede solicitar al mesero), de ahí que sea libertario.

Las normas sociales, la influencia social, los *nudges* o pequeños empujones, los sistemas de pensamiento rápido y lento, han constituido un conjunto de teorías, una caja de herramientas en el sentido foucaultiano, que ha enriquecido los estudios del comportamiento ampliando la perspectiva del entendimiento de la conducta humana asociada durante gran parte del siglo XX a las visiones ortodoxas de la teoría de la elección racional. Inspirados en estas perspectivas se han diseñado, a nuestro modo de ver, algunas de las intervenciones más eficaces de los últimos años en términos de promoción de confianza y cumplimiento. Reconocemos los puntos de encuentro entre estas herramientas y el proceso de retroalimentación que diferentes disciplinas y teorías han tenido para alimentar las experiencias que referenciamos. Su hilo conductor sigue siendo la posibilidad de usar las expectativas sociales y la construcción de confianza como el objeto de cambio que promueva la cultura de la legalidad y la adopción de comportamientos y normas sociales que expresen el cumplimiento.

5. Las intervenciones

Por su probada efectividad a la hora de transformar creencias e incluso comportamientos, son numerosas las intervenciones que hacen uso de normas sociales y pequeños empujones para resolver problemas públicos de cumplimiento de normas y expectativas colectivas y que afectan la vida social. Varias son las organizaciones –entre las que se destacan el *Behavioural Insight Team* y *Beworks*– que, en el mundo, están dedicadas al diseño y testeo de dichas estrategias.

las tareas diarias que realizamos, y el sistema deliberado que activamos cuando tomamos decisiones que requieren una elaboración mayor, como la elección de una profesión. El sistema intuitivo (sistema 1) es el que opera casi de manera automática. A él, apelan los pequeños empujones de Thaler y Sunstein (2017), a la manera como los arquitectos de decisiones pueden utilizar mecanismos como barreras, estímulos y recordatorios para actuar sobre el pensamiento rápido y promover o modificar comportamientos.

Aunque son muchos los campos y sectores de la sociedad en los que dichas intervenciones han tenido éxito, para efectos de este artículo nos concentramos en cuatro categorías que a nuestro juicio constituyen las experiencias más relevantes: medio ambiente, cumplimiento y pago de impuestos, honestidad y pandemia por COVID-19.

Es importante aclarar que las experiencias revisadas para este trabajo corresponden a dos tipos de intervenciones, en función de sus objetivos. Por una parte, encontramos aquellas que son diseñadas con fines puramente investigativos, es decir, con el objetivo de ampliar el corpus de conocimiento disponible sobre los temas en cuestión y que nos permiten dar soporte empírico a lo ya analizado a lo largo de este documento. Por otra parte, otras intervenciones son diseñadas, testeadas y ajustadas con el objetivo de transformar aquellos comportamientos que están siendo problemáticos en determinados contextos.

5.1. Medio ambiente

Las intervenciones en materia de promoción de cumplimiento en las normas proambientales corroboran la importancia y efectividad del uso de normas descriptivas (aquellas que tienen que ver con las expectativas empíricas o con lo que los demás hacen) para transformar expectativas y, en muchos casos, comportamientos. Es el caso de los experimentos conducidos por Fritzsche *et al.* (2010), cuyos resultados permiten afirmar que la percepción de una norma social sobre un comportamiento proambiental puede generar la formación de normas proambientales personales, lo que a su vez puede influir en las intenciones y en los comportamientos proambientales. Así mismo, un estudio de BIT y Rare (2019) sobre las prácticas de los campesinos y propietarios de tierras en Francia reveló la importancia de señalar la norma proambiental deseada (pues 9 de cada 10 personas pretenden continuar con las prácticas sostenibles) y de visibilizar comportamientos y casos de éxito, para empujar a los demás a replicarlos. Destacan también la efectividad de poner en evidencia la prevalencia cada vez mayor de un cierto comportamiento y de proponer comparaciones que generen conciencia sobre determinada práctica. Concluyen que «las normas sociales son una manera de superar la idea de que nuestra contribución individual no hace la diferencia, señalando que los otros también están haciendo parte» (Rare y Behavioural Insight Team, 2019, p. 34, traducción propia).

Las intervenciones diseñadas y analizadas por Cialdini *et al.* (2008), en el marco de un programa de protección ambiental impulsado en los hoteles, ponen en evidencia, además de la efectividad de la comunicación de normas sociales, la importancia del grupo de referencia. El experimento sugiere que a mayor cercanía y/o identificación con el grupo de referencia, mayor es la probabilidad de evidenciar la práctica que se quiere promover. Así, los mejores resultados se obtuvieron entre aquellas personas a las que se les comunicó la norma social basada en el comportamiento específico de los huéspedes que se alojaron en su misma habitación, por encima de aquellos a los que se les entregó información general acerca de la mayoría de los huéspedes del hotel.

El inventario de emisiones tóxicas de Estados Unidos, referenciado por Thaler y Sunstein (2009) es un ejemplo de un *nudge* o empujón que le apunta a la sanción social indirecta. Los autores señalan la importancia de la información y la transparencia como motivadores de comportamientos. Se trata de una «lista negra medioambiental» en la cual las empresas no quieren aparecer, lo cual las empuja a evitar aquellas prácticas nocivas para el medio ambiente y a cumplir con lo que las

personas esperan de ellas, de manera que ha sido una estrategia efectiva a la hora de reducir las emisiones tóxicas en todo el país.

5.2. Cumplimiento en el pago de impuestos

Las experiencias revisadas en relación con el cumplimiento de las obligaciones tributarias arrojan conclusiones similares a las descritas en el apartado anterior. El estudio de Bobek, Hageman y Kelliher (2013) señala cómo las expectativas sobre los otros cercanos, sumadas a los estándares éticos individuales, tienen una influencia directa en las decisiones de cumplimiento en el pago de impuestos, mientras que las expectativas sociales generales y el comportamiento efectivo de los otros influyen de manera indirecta. Así, de acuerdo con los autores, cambiar las normas sociales es un camino fructífero para aumentar los niveles de cumplimiento. En el mismo sentido, Wenzel (2005) demuestra cómo las normas sociales afectan la ética individual, es decir, que casi que se interiorizan en forma de ética personal, afectando de manera causal el cumplimiento en el pago de impuestos, pero con la salvedad de que esto sucede solo para quienes se sienten identificados con el grupo de referencia. Así, se pone de nuevo de manifiesto la importancia de la cercanía e identificación con el grupo al cual se hace referencia con la norma descriptiva.

En un experimento realizado por Larkin *et al.* (2019) en el Reino Unido en el cual se utilizaron dos cartas diferentes (la primera, referente al pronto pago de los demás, la segunda con un mensaje alusivo a la cercanía de la sanción legal), se evidenció una mayor efectividad de la carta de norma descriptiva, logrando un aumento del 20% en el recaudo. De la misma manera, en la intervención del BIT (Behavioural Insight Team, 2018) para promover el cumplimiento en el pago de obligaciones tributarias entre el personal médico, se evidenció la mayor efectividad de aquellas cartas que comunicaron el comportamiento de los demás del grupo de referencia y que adicionalmente, se centraban en las expectativas empíricas, es decir, en la expectativa de honestidad de las personas con relación a sus médicos. Resultados similares se obtuvieron con la intervención del BIT en Guatemala en la que la mayor efectividad se logró con el envío de una carta que mencionaba que más del 60% de los guatemaltecos habían presentado su declaración de renta de manera oportuna. Esto derivó en un aumento significativo en la tasa de declaración, en la tasa de pago y en el monto promedio pagado, impacto que, incluso, se mantuvo por los doce meses posteriores a la intervención (Kettle *et al.*, 2019).

5.3. Honestidad

Los estudios revisados en el marco de la categoría de «honestidad» corroboran que la maximización del beneficio particular es una mirada restringida de las motivaciones a la hora de tomar decisiones. En el ejercicio de Cohn *et al.* (2019) en el cual se dejaron alrededor de 17.000 billeteras extraviadas en diferentes lugares del mundo con el objetivo de testear si las personas las devuelven o no, los resultados mostraron que las más devueltas fueron aquellas que contenían las más altas sumas de dinero; así, el 72% de estas billeteras fueron devueltas, frente al 51% de las que tenían menos dinero y el 40% de las que estaban vacías. Según los autores, estos resultados podrían obedecer a una mezcla entre preocupaciones altruistas y una aversión a verse a sí mismo como una persona deshonesto.

El estudio de Eslava y García-Luna (2020) en Buriticá, Colombia, por su parte, pone en evidencia la importancia del contexto y de los demás en la toma de decisiones individuales, además de resaltar cómo la honestidad está determinada en gran medida por la confianza en las instituciones. En este mismo sentido, Svensson y Larsson (2012) en su estudio sobre propiedad intelectual señalan la importancia, para

el cumplimiento y la honestidad, de contar con normas sociales que soporten el marco legal. Este estudio pone en evidencia que, aunque las personas no se atreverían a incurrir en comportamientos criminales, por algún motivo consideran aceptable la violación de los derechos de propiedad intelectual. Así, la legislación no tiene, por sí sola, efectos en el cumplimiento, sino que requiere de unas normas sociales que respalden las prohibiciones legales.

Finalmente, el experimento «Tiendas de la confianza» en Medellín, Colombia, es un ejemplo de un *nudge* que tuvo una doble función: poner a prueba la confiabilidad de las personas de Medellín y comunicar una norma social de cumplimiento y confianza entre los medellinenses (Silva *et al.*, 2019). El conteo de la venta de 12.000 productos en 500 tiendas de la confianza ubicadas en diferentes lugares y entidades públicas y privadas de la ciudad arrojó un porcentaje de pago del 97%, demostrando así que la mayoría de las personas son confiables y cumplen con las expectativas colectivas del resto de los ciudadanos. Además, la divulgación en diferentes medios de este porcentaje de pago tuvo un efecto en la reducción de las brechas de representación entre los medellinenses, de manera que la confiabilidad se instala casi como una norma social.

5. 4. Covid-19

Las experiencias revisadas en el marco de la pandemia por COVID-19 orientadas al cumplimiento de los comportamientos de autocuidado (y, más adelante, a la vacunación) ponen en evidencia varios de los aspectos que ya han sido mencionados: los factores demográficos y el contexto tienen una influencia significativa en la toma de decisiones. Las normas sociales descriptivas, –específicamente aquellas centradas en los grupos de referencia más cercanos– contribuyen a los cambios de comportamiento que tienen que ver con el cumplimiento; los *nudges* o empujones informativos son efectivos para promover el cumplimiento.

Patel (2021) puso a prueba la efectividad de los *nudges* vía mensajes de texto para promover la vacunación, demostrando que si los mensajes son oportunos y otorgan facilidad, son efectivos a la hora de motivar el acceso de las personas a la vacuna. Un recordatorio y un *link* para agendar la cita fueron suficientes a la hora de aumentar los porcentajes de vacunación, más aún cuando se hizo énfasis en la propiedad de la vacuna, es decir, cuando se le comunicó a la gente que su dosis estaba lista para ser aplicada. El experimento aleatorizado puesto en marcha por el BID en Bogotá arrojó resultados similares: los empujones informativos que hicieron alusión a los beneficios públicos privados del autocuidado tuvieron efectos en el aumento de las preocupaciones de los bogotanos con respecto a la COVID-19.

Moussaoui *et al.* (2020), por su parte, demuestran cómo algunos factores demográficos (ej. ser hombre, ser de una región donde los efectos de la pandemia no han sido tan graves o haber tenido contacto social frecuente antes de la pandemia) están asociados a una menor percepción de gravedad y, por ende, a menores porcentajes de cumplimiento de normas de autocuidado.

Finalmente, los estudios de Young y Goldstein (2021) junto con Agranov *et al.* (2021) ponen de manifiesto la importancia de las normas sociales descriptivas y del grupo de referencia. De acuerdo con los primeros, mostrar las normas descriptivas de los pares hace que se perciba como más factible alcanzar determinados objetivos. Por lo tanto, conocer las normas sociales de cada región permitirá construir mensajes más ajustados a esas realidades y por lo tanto, más efectivos. Agranov *et al.* (2021) concluyen, luego de una encuesta a casi 1500 personas, que las normas sociales (si los otros lo hacen es porque es deseable protegernos mutuamente) y el efecto

manada (si los otros lo hacen es porque es beneficioso) tienen mayor influencia en la disposición de las personas a vacunarse, por encima del *freeriding* (no vacunarse porque ya los demás lo están haciendo, lo cual hará que se alcance la inmunidad de rebaño).

6. Comentarios finales

La manera en que entendemos la cultura de la legalidad se ha ampliado en los últimos años desde las ciencias de comportamiento a partir de perspectivas como la teoría de las normas sociales y los *nudges* o pequeños empujones –nuevas herramientas para pensar el cumplimiento de normas y acuerdos– complementando los tradicionales enfoques de *enforcement* e institucionalidad paralela. Si bien la discusión sigue abierta tanto en términos epistemológicos como metodológicos, hay evidencia reciente que confirma relativa eficacia en las acciones públicas y los experimentos aleatorios controlados que tienen como premisa las normas sociales y los pequeños empujones. En ese sentido, es un terreno fértil para que investigadores y hacedores de política pública dirijan sus acciones desde esta perspectiva. El énfasis debe ponerse en la eficacia relativa, pues es necesario seguir explorando su impacto. La conversación está lejos de estar cerrada.

A lo largo de este trabajo hemos acogido una definición de cultura de legalidad como cumplimiento de normas. Además, entendimos que la reducción de brechas representacionales y la promoción de confianza es fundamental para su promoción. Siendo así, las intervenciones que privilegian acercamientos desde las normas sociales y los pequeños empujones –algunas de ellas reseñadas en este trabajo– han demostrado grados de eficacia en los últimos años. Esta definición reconoce la complejidad del comportamiento humano, las diferencias en las propuestas explicativas del cumplimiento y permite el análisis de situaciones problemáticas, así como el diseño de ajustes institucionales e intervenciones conductuales y de cambio cultural que promuevan esta agenda.

Las discusiones sobre la definición conceptual y la delimitación de lo que entendemos como «cultura de la legalidad» o «cultura del cumplimiento» son relevantes. Lo son en tanto señalan fronteras de comprensión y las agendas de investigación e intervención, que sirven a quienes trabajan en la promoción del acatamiento de las leyes y el seguimiento de los acuerdos.

Es relevante también reconocer la importancia de la retroalimentación respecto a los comportamientos deseables como una oportunidad fundamental de promoción del cumplimiento y la legalidad. El cumplimiento social es un comportamiento cooperativo respecto a las expectativas y comportamientos de otros y en ese sentido, se puede reforzar en la creencia o experiencia de la cooperación de los demás. Reconocer los comportamientos deseables tiene entonces el doble efecto de señalar lo que se espera de las personas, incentivar el comportamiento sobre la gratificación del reconocimiento y aumentar la percepción de cooperación social sobre ese mismo comportamiento. Esto es, reforzar las creencias de que «esto es lo que se espera de mí», «esto es lo que debemos hacer en estas situaciones» y «esto es lo que todas las personas (o muchas o cada vez más) están haciendo también».

Los comportamientos de las personas y sus explicaciones son complejos. Seguirnos preguntando y avanzando en la comprensión de las limitaciones cognitivas, las influencias contextuales y las estructuras culturales e institucionales que dan luz a fenómenos como la legalidad o el cumplimiento resulta fundamental para el diseño de políticas y estructuras institucionales que enfrenten las consecuencias negativas de comportamientos socialmente indeseables. A lo largo del artículo hemos señalado

aprendizajes sobre políticas, investigaciones y programas de intervención que lograron resultados novedosos y valiosos sobre la forma cómo abordamos la legalidad y el cumplimiento como problema público.

Partiendo de la propuesta de este artículo de establecer un puente entre la confianza y la cultura de la legalidad para comprender y abordar los fenómenos de incumplimiento, resulta de gran relevancia el trabajo orientado a la construcción de confianza y a la disminución de brechas representacionales entre ciudadanos y con respecto a las instituciones, haciendo un esfuerzo por recoger cifras e información confiable que contrarreste los fenómenos de ignorancia pluralista.

Finalmente, las experiencias revisadas permiten concluir que las normas sociales tienen, entre otros, el poder de demostrar que nuestra contribución individual importa, al señalar que los demás también están haciendo parte de los procesos de transformación comportamental. Dichas experiencias ponen de manifiesto la importancia de la necesidad de cercanía e identificación con el grupo de referencia cuando se transmitan mensajes alusivos a las normas sociales, además de que estén ajustadas al contexto. Así, en el contexto del cumplimiento específicamente asociado a la honestidad, las normas sociales resultan ser tan poderosas que logran afectar, de alguna manera, nuestros preceptos morales logrando algo cercano a que se interioricen en forma de ética personal.

Bibliografía

- Agranov, M., Elliott, M. y Ortoleva, P. (2021). The Importance of Social Norms against Strategic Effects: The Case of COVID-19 Vaccine Uptake. *Economics Letters*, 206, 109979. <https://doi.org/10.1016/j.econlet.2021.109979>
- Arrow, K. J. (2012). *Social choice and individual values*. Yale University Press.
- Becker, G. S. (1968). Crime and Punishment: An Economic Approach. *Journal of Political Economy*, 76 (2), 169–217. <https://doi.org/10.1086/259394>
- Behavioural Insight Team. (2018). *EAST - Cuatro simples maneras de aplicar las ciencias del comportamiento*. <https://www.bi.team/publications/east-espanol/>
- Bicchieri, C. (2005). *The Grammar of Society: The Nature and Dynamics of Social Norms*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511616037>
- Bicchieri, C. (2019). *Nadar en contra de la corriente: Cómo unos pocos pueden cambiar los comportamientos de toda una sociedad*. Planeta.
- Bobek, D. D., Hageman, A. M. y Kelliher, C. F. (2013). Analyzing the Role of Social Norms in Tax Compliance Behavior. *Journal of Business Ethics*, 115 (3), 451–468. <https://doi.org/10.1007/s10551-012-1390-7>
- Castoriadis, C. (2013). *La institución Imaginaria de la Sociedad*. Tusquets.
- Cohn, A., Maréchal, M. A., Tannenbaum, D., y Zünd, C. L. (2019). Civic Honesty around the Globe. *Science*, 365 (6448), 70–73. <https://doi.org/10.1126/science.aau8712>
- Coser, L. A., Moscovici, S. y Halls, W. D. (1995). The Invention of Society: Psychological Explanations of Social Phenomena. *Contemporary Sociology*, 24 (4), 427. <https://doi.org/10.2307/2077711>
- Downs, A. (1957). *An economic theory of democracy*. Harper & Row.
- Durkheim, E. (1898). Revue de Métaphysique et de Morale. *Revue de Métaphysique et de Morale*, 6, 273–302.
- Elster, J. (2015). *Explaining Social Behavior*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781107763111>

- Eslava, A. y García Luna, E. (2020). El contexto de la trampa: análisis experimental de los determinantes de la honestidad en Buriticá. *Lecturas de Economía*, 92, pp. 9–32. <https://doi.org/10.17533/udea.le.n92a01>
- Fortou, J. A. y Silva, S. (n.d.). *Trust and Social Norm Recognition: Evidence from a Latin American City* (En prensa).
- Fritsche, I., Jonas, E., Kayser, D. N. y Koranyi, N. (2010). Existential Threat and Compliance with Pro-Environmental Norms. *Journal of Environmental Psychology*, 30 (1), 67–79. <https://doi.org/10.1016/j.jenvp.2009.08.007>
- García Villegas, M. (2011). Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina. En C. Rodríguez Garavito (Ed.), *El derecho en América Latina* (161–184). Siglo XXI.
- Goldstein, N. J., Cialdini, R. B., y Griskevicius, V. (2008). A Room with a Viewpoint: Using Social Norms to Motivate Environmental Conservation in Hotels. *Journal of Consumer Research*, 35 (3), 472–482. <https://doi.org/10.1086/586910>
- Güemes, C. y Wences Simon, I. (2018). Comportamientos incumplidores: contextos y posibles tratamientos políticos. *Papers. Revista de Sociología*, 104 (1), pp. 75-99. <https://doi.org/10.5565/rev/papers.2482>
- Kahneman, D. (2012). *Pensar rápido, pensar despacio*. Debate.
- Kahneman, D. y Tversky, A. (1979). Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. *Econometrica*, 47(2), 263-292. <https://doi.org/10.2307/1914185>
- Kettle, S., Chin, A. C., Monica, T., Nolan, D., Bustin, C., Mendez, D. y Cole, J. (2019). Evaluating the Impact of SMS Reminders on Tax Compliance. *The Behavioural Insights Team, October* 1–15.
- Larkin, C., Sanders, M., Andresen, I. y Algate, F. (2019). Testing Local Descriptive Norms and Saliency of Enforcement Action: A Field Experiment to Increase Tax Collection. *Journal of Behavioral Public Administration*, 2 (1), 1–11. <https://doi.org/10.30636/jbpa.21.54>
- Mackie, G. (2018). Effective Rule of Law Requires Construction of a Social Norm of Legal. En C. Tognato (Ed.), *Cultural Agents Reloaded: The Legacy of Antanas Mockus* (313-334). Harvard University Press.
- Mantzavinos, C. (2001). *Individuals, Institutions, and Markets*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781139175302>
- Mazar, N., Amir, O. y Ariely, D. (2008). The Dishonesty of Honest People: A Theory of Self-Concept Maintenance. *Journal of Marketing Research*, 45 (6), 633–644. <https://doi.org/10.1509/jmkr.45.6.633>
- Mockus, A. (2003). Cultura ciudadana y comunicación. *Revista La Tadeo*, 68, 106–111. http://avalon.utadeo.edu.co/dependencias/publicaciones/tadeo_68/68106.pdf
- Moussaoui, L. S., Ofosu, N. D. y Desrichard, O. (2020). Social Psychological Correlates of Protective Behaviours in the COVID-19 Outbreak: Evidence and Recommendations from a Nationally Representative Sample. *Applied Psychology: Health and Well-Being*, 12 (4), 1183–1204. <https://doi.org/10.1111/aphw.12235>
- Murrain, H. (2018). Transforming Expectations through Cultura Ciudadana. En C. Tognato (Ed.), *Cultural Agents Reloaded: The Legacy of Antanas Mockus* (295-312). Harvard University Press.
- North, D. (1993). *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. Fondo de Cultura Económica.
- O'Donnell, G. (1999). Polyarchies and the (Un)rule of Law in Latin America. En J. E. Mendez, G. A. O'Donnell y P. S. Pinheiro (Eds.), *The Un(rule) of Law and the Underprivileged in Latin America* (303-357). University of Notre Dame Press.
- Olson, M. (1971). *The logic of collective action: Public goods and the theory of groups*. Harvard University Press.
- Ostrom, E. (2005). *Understanding Institutional Diversity*. Princeton University Press.

- Ostrom, E. (2009). *El gobierno de los bienes comunes: La evolución de las instituciones de acción colectiva*. Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y Fondo de Cultura Económica (FCE).
- Patel, M. S. (2021). Text-message Nudges Encourage COVID Vaccination. *Nature*, 597 (7876), 336–337. <https://doi.org/10.1038/d41586-021-02043-2>
- Prentice, D. A. y Miller, D. T. (1996). *Pluralistic Ignorance and the Perpetuation of Social Norms by Unwitting Actors*. Academic Press, 28, pp. 161-209. [https://doi.org/10.1016/S0065-2601\(08\)60238-5](https://doi.org/10.1016/S0065-2601(08)60238-5)
- Rare y Behavioural Insight Team. (2019). *Behavior Change For Nature: A Behavioral Science Toolkit for Practitioners*. Rare.
- Rincón-Salazar, M. T. (2006). Cultura ciudadana, ciudadanía y trabajo social. *Prospectiva*, 11, 45–65. <https://doi.org/10.25100/prts.v0i11.7204>
- Silva, S., Garro, J. E., López, N. y Trujillo, J. P. (2019). Confianza, normas sociales y representaciones del otro. La implementación de la estrategia de cultura ciudadana «Medellín está llena de Ciudadanos Como Vos». En A. Eslava (Ed.), *Lo mejor de las personas. Teoría, intervención y agenda de la cultura ciudadana* (123-136). Editorial EAFIT, Alcaldía de Medellín.
- Svensson, M. y Larsson, S. (2012). Intellectual Property Law Compliance in Europe: Illegal File Sharing and the Role of Social Norms. *New Media and Society*, 14 (7), pp. 1147–1163. <https://doi.org/10.1177/1461444812439553>
- Thaler, R. y Sunstein, C. (2017). *Un pequeño empujón: el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*. Taurus.
- Ugarte, Í., Rodríguez, B., Paz, P. M., Páez, D. y de Lucas, J. (1998). Ignorancia pluralista, atribución de causalidad y sesgos cognitivos en el caso. *Revista de Psicología Social*, 13 (2), 321–330. <https://doi.org/10.1174/021347498760350830>
- Wenzel, M. (2005). Motivation or Rationalisation? Causal Relations between Ethics, Norms, and Tax Compliance. *Journal of Economic Psychology*, 26 (4), 491–508. <https://doi.org/10.1016/j.joep.2004.03.003>
- Young, S. D. y Goldstein, N. J. (2021). Applying Social Norms Interventions to Increase Adherence to COVID-19 Prevention and Control Guidelines. *Preventive Medicine*, 145106424. <https://doi.org/10.1016/j.ypmed.2021.106424>

Autonomía personal y pluralismo de valores en el liberalismo de Joseph Raz*

Personal autonomy and pluralism of values in the liberalism of Joseph Raz

Manuel Toscano Méndez
 Universidad de Málaga
 ORCID ID: 0000-0002-9174-3402
mtoscano@uma.es

Cita recomendada:

Toscano Méndez, M. (2022). Autonomía personal y pluralismo de valores en el liberalismo de Joseph Raz. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 30-46.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7105>

Recibido / received: 18/05/2022
 Aceptado / accepted: 12/09/2022

Resumen

Este trabajo quiere rendir tributo a Joseph Raz, fallecido el pasado 2 de mayo, uno de los grandes filósofos contemporáneos, cuya obra abarca todos los dominios de la filosofía práctica. Aquí me centraré en su filosofía política para exponer cómo entiende el núcleo moral del liberalismo, a saber, los principios morales que justifican la doctrina del gobierno limitado. Explicaré en primer lugar que Raz rechazaba la etiqueta de «liberalismo perfeccionista», bajo la que habitualmente se discute su versión del liberalismo. Después consideraré la teoría del pluralismo de valores así como el ideal de autonomía personal, pues constituyen los principios morales de su concepción del liberalismo. Por último, la relación entre autonomía y pluralismo axiológico, puesto que ha dado lugar a importantes malentendidos, y presentaré una interpretación alternativa del valor de la autonomía sirviéndome de la versión fuerte del pluralismo de valores.

Palabras clave

Raz, The Morality of Freedom, liberalismo, autonomía, pluralismo de valores.

Abstract

This paper wants to pay tribute to Joseph Raz, who died on May 2, one of the great contemporary philosophers, whose work covers all domains of practical philosophy. Here I will focus on his political philosophy to expose how Raz understands the moral core of liberalism, namely, the moral principles that justify the doctrine of limited government. I will explain first that Raz rejected the label of «perfectionist liberalism», under which his version of liberalism is usually discussed. I will then consider the theory of value pluralism as well as the ideal of personal autonomy, since they constitute the basic moral principles of his conception of liberalism. Finally, I will examine the relationship between autonomy and value pluralism, since

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación I+D+i *Civic Constellation III: Democracy, Constitutionalism and Anti-Liberalism* (PGC2018-093573-B-I00).

there are important misunderstandings about it, and I will offer an alternative interpretation of the value of autonomy using the strong version of value pluralism.

Keywords

Raz, The Morality of Freedom, Liberalism, Autonomy, Value Pluralism.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El núcleo moral del liberalismo de Raz. 3. ¿Qué es el pluralismo de valores? 4. La autonomía personal como ideal. 5. Reflexiones finales sobre autonomía y pluralismo de valores.

1. Introducción

El pasado 2 de mayo fallecía en Londres Joseph Raz a los ochenta y tres años. Las reacciones tras su muerte han sido unánimes a la hora de señalar no sólo la extraordinaria talla intelectual del filósofo, sino la importancia de su obra, que se extiende por espacio de varias décadas, desde sus primeros libros como *The Concept of a Legal System* (1970, primera edición) o *Practical Reason and Norms* (1975, primera edición), hasta el más reciente, una colección de ensayos editada por Ulrike Heuer, que salió en febrero pasado con el título *The Roots of Normativity* (2022). Aunque sea más conocido en nuestro país como filósofo del Derecho, Raz no admite fácil encasillamiento. El amplio espectro temático de su obra abarca la totalidad de los dominios de la filosofía práctica, de la filosofía de la acción o la teoría del razonamiento práctico a la ética y la filosofía política.

Hay aspectos de su obra que son bien conocidos, como su defensa del positivismo jurídico o la idea de razones excluyentes, en el marco de su teoría de las razones para actuar, que es una de sus grandes contribuciones a la filosofía contemporánea. Por no mencionar su concepción de la autoridad como servicio, una pieza teórica ampliamente discutida e influyente, pues seguramente es la explicación más sofisticada del concepto de autoridad con la que contamos en el panorama filosófico actual, cuyas implicaciones pueden explorarse en los campos de la filosofía moral, legal y política (Sevel 2015, p. 430; Toscano, 2018). Da buena cuenta de la unidad y continuidad del pensamiento de Raz el hecho de que haya vuelto una y otra vez sobre las cuestiones, profundizando en la discusión y refinando sus argumentos, como se ve repasando los trabajos recogidos en su último libro. Es llamativo por eso que no dispongamos, después de tantos años, de ningún estudio o monografía que se ocupe de su obra en su conjunto, a pesar de que no faltan estudios parciales; es tanto más sorprendente si lo comparamos con la literatura disponible sobre John Rawls, o con autores como Hart o Dworkin entre otros¹.

En este trabajo me gustaría detenerme en la faceta de Raz como filósofo político, cuyo aspecto más destacado (¡y controvertido!) es su forma de entender el liberalismo; más específicamente, los argumentos que desarrolla acerca de las bases morales de la teoría política liberal. A este respecto su libro fundamental es *The Morality of Freedom* (1986), justamente aclamado desde el momento en que fue publicado² como una de las grandes aportaciones de las últimas décadas a la filosofía política y al pensamiento liberal. Como advierte cualquiera que se acerque a sus

¹ Al parecer hay en curso un proyecto de libro sobre la entera obra de Raz a cargo de Michael Sevel, anunciado sin fecha de publicación en *Oxford University Press*.

² Basta recordar que *The Morality of Freedom* fue galardonado con el *W.J.M. Mackenzie Book Prize* de la *Political Studies Association* al mejor libro de ciencia política en 1987 y al año siguiente recibió el *David Spitz Book Prize* en Estados Unidos.

páginas, se trata de un libro exigente, de indudable ambición y arquitectura compleja, formado por diferentes bloques temáticos y líneas argumentales, que encajan unos con otros y se sostienen mutuamente. Allí encuentra el lector una amplia exposición de su concepción de la autoridad como servicio, discusiones detalladas del ideal de neutralidad o del principio de igualdad, una teoría de los derechos donde examina su naturaleza y su papel en la moralidad, por no mencionar sus críticas al consecuencialismo o el análisis de la inconmensurabilidad de los valores, entre otras cosas. Cada una de esas piezas teóricas tienen gran interés por sí mismas, por el rigor de los argumentos y la atención al detalle con que están confeccionadas; contempladas conjuntamente dentro del armazón filosófico que levanta Raz, el resultado es formidable. Bien puede decirse por ello que *The Morality of Freedom* se ha convertido en un clásico contemporáneo³, cuya lectura sigue siendo tan estimulante hoy como cuando se publicó.

Antes de entrar en materia, quizá fuera conveniente una observación preliminar, pues el planteamiento que desarrolla Raz en su libro ha sido etiquetado como «liberalismo perfeccionista» y bajo esa etiqueta ha sido habitualmente discutido. Ciertamente una parte del libro, los dos capítulos que forman la segunda sección (Raz, 1986, pp. 110-162), es una extensa discusión crítica del antiperfeccionismo en el liberalismo contemporáneo. No es menos cierto que durante los años en que Raz escribe el libro la perspectiva dominante en la filosofía política liberal es aquella según la cual en una sociedad plural, donde los ciudadanos están divididos por concepciones de la vida buena rivales e incompatibles, el Estado liberal debe abstenerse de tomar partido entre ellas; para ello ha de ser estrictamente neutral, evitando respaldar o promover las concepciones particulares que sostienen algunos ciudadanos a expensas de las de otros. El influjo de John Rawls a este respecto, seguido por otros autores como Charles Larmore o Thomas Nagel, es sobradamente conocido, de aquí que buena parte de la discusión sobre el liberalismo quedó enmarcada en los términos de la oposición entre el liberalismo político de corte rawlsiano y el liberalismo denominado «compreensivo» o «perfeccionista». Ni que decir tiene que Raz quedó ubicado en el segundo bando y que la discusión sobre su libro ha seguido ese guion.

Ha sido una circunstancia que ha afectado a la recepción de *The Morality of Freedom* de manera determinante y que Raz ha lamentado con razón. Así lo explicó en unos comentarios sobre el libro que presentó a los treinta años de su publicación, en unas jornadas que conmemoraban el evento: «Ojalá hubiera tenido igual éxito a la hora de evitar caer bajo la agenda de otro, cosa a la que uno puede dar pie simplemente usando, para no ser pedante o facilitar la comunicación, un término introducido por otro autor» (Raz, 2016, p. 4). La alusión a Rawls es transparente: al usar el término del otro autor, uno queda atrapado en discusiones organizadas en torno a los presupuestos del otro autor y reforzadas por quienes lo siguen, aunque resultan completamente ajenas al modo en que concibe las cuestiones. Obviamente, el término en cuestión fue «perfeccionismo», cuya desafortunada consecuencia fue darle a Raz un lugar en «el mapa rawlsiano del mundo» bajo el rótulo de «liberal perfeccionista». Es una etiqueta que Raz ha rechazado en los términos más rotundos:

De hecho, no hay tal lugar, pues no hay un contenido razonable en la idea del liberalismo perfeccionista, más allá de que la expresión sirve para indicar que el autor o la obra no sostienen la versión rawlsiana de cómo justificar las doctrinas políticas que deberían gobernar sociedades como las nuestras. Efectivamente, mi punto de

³ Como tal está incluido en la colección de ensayos sobre «clásicos del pensamiento político contemporáneo», editada por Jacob Levy (2016). El capítulo en cuestión «Joseph Raz, *The Morality of Freedom*» corrió a cargo de Colin Bird (2016, pp. 1-16).

vista difiere del suyo al respecto, pero resulta quimérica la pretensión de que hay una doctrina sustantiva detrás de «perfeccionismo» (Raz 2016, p. 5).

Haríamos bien, por tanto, en seguir la sugerencia de Raz, resistiéndonos a leer su obra con las anteojeras del «liberalismo perfeccionista», encajándola en un molde ajeno, en vez de analizarla o discutirla en sus propios términos⁴. Así me gustaría hacerlo en lo que sigue con objeto de examinar la línea argumental principal de su libro, cuyo propósito no es tanto presentar una «ética política liberal» (*a liberal political morality*) como proponer una justificación o fundamentación liberal para esa ética política (*a liberal foundation for a political morality*), según deja dicho al principio (Raz, 1986, p. 3). De acuerdo con la división de la teoría política en dos partes que sugiere, una está dedicada a la ética política, mientras la otra consiste en una teoría de las instituciones; en esa división de tareas, la primera se ocupa de los principios e ideales morales que justifican las instituciones de gobierno al tiempo que sirven de guía de la acción política. El libro de Raz no explora el dominio de la primera en su totalidad, sino que se centra en la discusión de sus principios más fundamentales.

Es bien sabido que hablamos de «liberalismo» o «liberal» en sentido muy distintos, pues tales términos se prestan a toda clase de interpretaciones y equívocos. Si nos interesa el liberalismo como filosofía política, nos referimos a las doctrinas políticas que defienden que se fijen límites al poder político, a través de disposiciones constitucionales y mecanismos institucionales de diverso tipo, como la garantía de los derechos individuales, el imperio de la ley o la separación de poderes, con objeto de asegurar un orden de libertades para todos. Pero esa doctrina del gobierno limitado ha sido defendida o explicada desde perspectivas filosóficas diversas, como muestra la historia del pensamiento liberal. Según señala Raz, esa tradición liberal es compleja e internamente plural, atravesada como está por discrepancias y rupturas de diverso tipo. Más aún, entre esas diversas perspectivas puede descubrirse un cierto parecido de familia, pero resulta difícil fijar un conjunto de proposiciones compartidas por todos aquellos que se reclaman de la familia liberal y exclusivamente por ellos (Raz, 1986, p. 1). Las versiones filosóficas del liberalismo barajan sin duda diferentes interpretaciones acerca de la libertad, el pluralismo o el individualismo moral en esa labor de justificación del gobierno limitado. Por ello empezaremos por ver la forma en que Raz plantea su visión del liberalismo, esto es, de las bases morales sobre las que se asienta la doctrina de la libertad política y los límites de la autoridad pública.

2. El núcleo moral del liberalismo de Raz

Si *The Morality of Freedom* es el libro donde Raz presenta su visión más completa del liberalismo, las líneas maestras de esa concepción están perfectamente resumidas al final de la obra:

La doctrina de la libertad política con la que concluye este libro está basada en los valores del pluralismo y la autonomía [...]. Mi propósito es mostrar que un poderoso argumento en defensa de la libertad política es derivable del valor de la autonomía personal. Ésta no es una conclusión sorprendente, pues se piensa a menudo que el argumento de la autonomía es el argumento característicamente liberal a favor de la

⁴ La queja de Raz ha tenido poco éxito, pues quienes estudian o discuten su obra siguen haciéndolo bajo la etiqueta del «liberalismo perfeccionista», o presentan a nuestro autor como portavoz más autorizado de dicha corriente, como se ve en la por otra parte excelente exposición de Michael Sevel: «*Perhaps the leading defender of perfectionist liberalism in recent times is Joseph Raz, who has sporadically developed a distinctive version of the theory over the last thirty years*» (2019, pp. 206 y ss.). No parece fácil librarse de las etiquetas.

libertad, el único argumento que no es compartido por los que no son liberales, pues pone de manifiesto el espíritu propiamente liberal en política (Raz, 1986, p. 400).

Como vemos, las bases morales sobre las que asienta su concepción del liberalismo son la autonomía personal y el pluralismo de valores. En primer lugar, considera la autonomía personal como un ingrediente o elemento esencial de una vida buena; por ello la defensa de la libertad que ofrece Raz está basada en el valor de la autonomía personal. En segundo lugar, una perspectiva moral que reconoce el valor de la autonomía, según nos dice, tiene que suscribir (o presupone) la doctrina del pluralismo de valores. El núcleo del liberalismo de Raz (1986, p. 425) estaría entonces en esa «*autonomy-valuing pluralistic morality*».

Una defensa del liberalismo centrada en el valor de la autonomía individual, y que ve en la diversidad o el pluralismo la condición necesaria para el ejercicio de esa autonomía, recuerda inevitablemente el planteamiento liberal defendido por John Stuart Mill en una obra clásica como *On Liberty* (1977). El propio Raz reconoce que sus argumentos guardan una clara afinidad con los planteamientos de Mill: «De diferentes maneras el argumento busca simplemente restablecer los principios básicos del liberalismo milliano» (Raz, 1986, p. 367). De hecho, la reinterpretación del *harm principle* de Mill constituye un tercer aspecto destacable del liberalismo que Raz defiende⁵.

Por interesante que resulte, no voy a considerar aquí la reinterpretación raziana del «principio del daño» para centrarme en la relación que establece entre el ideal de autonomía y el pluralismo de valores. El argumento de Raz plantea esa relación en los siguientes términos: si aceptamos el valor de la autonomía, ello implica que hemos de reconocer el pluralismo de valores como condición para su ejercicio. Sin embargo, hay un punto relativamente oscuro o discutible en la argumentación de Raz y tiene que ver con la clase de valor que tiene la autonomía personal. Dicho brevemente, Raz parece reconocer a la autonomía un valor meramente condicional o socialmente circunscrito, esto es, dependiente de las circunstancias de las sociedades modernas.

Nada de eso debería sorprendernos en exceso, puesto que Raz admite que las conexiones entre la ética política y la teoría de las instituciones, que componen las dos partes de la teoría política, son más complejas de lo que parecen. Dicho de otra manera, esos principios normativos que conforman la ética política no pueden pensarse al margen de las experiencias concretas de las sociedades y el marco institucional en que se desarrollan. El filósofo llega a decir que «su validez (de los principios) está limitada por ese trasfondo» (Raz, 1986, p. 3). Si lo aplicamos al ideal de autonomía personal, eso implica que esa autonomía individual sólo cobra valor en las condiciones sociales, culturales e institucionales de las sociedades modernas, o que su valor depende de tales circunstancias. Al limitarlo así, ¿no se está relativizando histórica o culturalmente su valor? Al hacerlo depender de las circunstancias sociales modernas parecería que su valor sólo podría ser apreciado por quienes viven en sociedades como las nuestras⁶.

⁵ Esa interpretación está expuesta en Raz (1987, pp. 326-333).

⁶ El propio Raz da pie a esa interpretación cuando explica que al escribir *The Morality of Freedom* estaba resuelto a combatir, o al menos evitar, lo que llama «la *hybris* de los modernos», tan presente a su parecer en el pensamiento liberal contemporáneo. Por tal entiende la pretensión de que ciertos rasgos valiosos característicos de las sociedades contemporáneas o de sus instituciones son criterios necesarios para determinar si una sociedad es moralmente decente, con independencia de sus circunstancias históricas (Raz, 2016, p. 5).

En este trabajo sostendré que esa es solo una parte del asunto, pues deberíamos considerar la relación entre autonomía y pluralismo de valores también en el otro sentido: si aceptamos la doctrina del pluralismo de valores, tenemos que destacar el valor de la autonomía personal. Sugiero que, examinada la relación en esta dirección, el valor de la autonomía no aparece como históricamente relativo o dependiente de las circunstancias específicas de la sociedad moderna, sino que cobra una relevancia estructural por así decir, ligada al papel de la voluntad y el razonamiento práctico en la conformación de una vida buena.

Para verlo mejor hay que exponer en primer lugar la doctrina del pluralismo de valores, para lo cual recordaré el antecedente de Isaiah Berlin y luego el modo en que el propio Raz presenta el pluralismo axiológico. La razón para acudir a Berlin es doble: primero porque su formulación del pluralismo es bien conocida y presenta de forma accesible las principales tesis que componen esta doctrina filosófica; pero, además, al establecer un vínculo entre pluralismo axiológico y libertad negativa, ofrece una clave interpretativa que podemos aplicar en el caso de Raz. A continuación, explicaré la concepción de la autonomía individual de Raz señalando dos argumentos diferentes acerca de su valor. A modo de conclusión, volveré sobre la relación entre autonomía y pluralismo para examinarla de un modo más completo.

3. ¿Qué es el pluralismo de valores?

En la filosofía contemporánea el pluralismo se dice de muchas formas. Aquí nos ocuparemos de un tipo de pluralismo, el denominado «pluralismo de valores» o «axiológico». El listado de filósofos contemporáneos que han escrito sobre el pluralismo de valores es largo y, sin ánimo de ser exhaustivos, incluiría autores como Charles Taylor, Bernard Williams, Thomas Nagel, Michael Stocker, Charles Larmore, David Wiggins, Martha Nussbaum, John Kekes, por mencionar sólo unos pocos.

Seguramente el más conocido de estos autores es Isaiah Berlin, quien no sólo planteó tempranamente la doctrina del pluralismo de valores, sino que lo convertiría en el hilo conductor de buena parte de sus ensayos⁷. Resulta útil comparar su versión con la de Raz, pues ofrece alguna pista interesante que nos puede servir en la interpretación de éste. En las páginas finales de su célebre conferencia sobre los dos conceptos de libertad expuso el sentido del pluralismo de valores desde una perspectiva liberal:

Una creencia, más que ninguna otra, es responsable del holocausto de los individuos en los altares de los grandes ideales históricos [...]. Esta creencia es la de que, en alguna parte, en el pasado o en el futuro, en la revelación divina o en la mente de algún pensador, en los pronunciamientos de la historia o de la ciencia, o en el simple corazón de un hombre bueno no corrompido, hay una solución final. Esta vieja fe se basa en la convicción de que todos los valores positivos en los que han creído los hombres tienen que ser compatibles en último término, e incluso que tienen que implicarse los unos a los otros (Berlin, 1988, p. 238, cursivas propias).

El pluralismo, en el sentido que aquí vamos a ver, es contrario a la idea de que todos los valores han de ser compatibles unos con otros en último término. Berlin entiende que el pluralismo da cuenta de la textura moral compleja de la vida humana, pues no consiste sólo en admitir la variedad de los fines e ideales que persiguen los hombres, sino en reconocer que el conflicto entre ellos es un rasgo permanente e ineliminable de la condición humana:

⁷ Una excelente exposición del pluralismo de este autor se encuentra en Berlin (1990, pp. 1-19).

Es un lugar común que ni la igualdad política, ni la organización eficaz, ni la justicia social son compatibles con más de una pequeña cantidad de libertad individual —y desde luego no lo son con un *laissez faire* ilimitado—, y que la justicia, la generosidad, las lealtades públicas o privadas, las exigencias del genio y las pretensiones de la sociedad pueden entrar en conflicto violento unas con otras. Y no difiere esto mucho de la idea general de que todas las cosas buenas no son compatibles, y menos aún los ideales de la humanidad (Berlin, 1988, p. 239, cursivas propias).

Esa idea general que menciona en la última frase es la clave del pluralismo de valores. El pluralismo significa rechazar la tesis de que todas las cosas buenas o valiosas pueden coexistir de forma armoniosa; por el contrario, representa la convicción de que son incompatibles entre sí, de modo que «los conflictos de valores son un elemento intrínseco e inevitable de la vida humana». De lo que se desprenden dos consecuencias decisivas para Berlin: por una parte, si la realización de ciertos valores sólo puede hacerse a expensas de otros, sacrificando otras cosas buenas y valiosas, entonces no hay vida humana o sociedad que pueda abarcar, reunir o realizar todos los valores e ideales humanos; por otra, hay que admitir que el conflicto de valores e ideales nos sitúa ante la necesidad ineludible de elegir y da toda su importancia a la libertad. Pues según explica, si uno acepta que la realización de algunos ideales hace imposible la realización de otros, de eso se infiere «que la realización total humana es una contradicción formal, una quimera metafísica». De lo cual se sigue también, según añade unas líneas después, el valor de la libertad:

En efecto, porque su situación es ésta es por lo que los hombres dan un valor tan inmenso a la libertad de decidir, pues si tuvieran la seguridad de que, en el estado perfecto, realizable en la tierra, no entrasen nunca en conflicto ninguno de los fines que persiguen desaparecerían la necesidad y la agonía de elegir, y con ello la importancia fundamental que tiene la libertad de decidir (Berlin, 1988, p. 239).

Hay que subrayar esta conexión entre el valor de la libertad y el pluralismo de valores que traza Berlin, pues podría servirnos para leer a Raz. De hecho, su planteamiento liberal queda bien definido por esta combinación de libertad, en este caso negativa, y pluralismo de valores, sobre la que sostiene su oposición a cualquier tipo de proyecto utópico: la perfección, comprendida como suma de todos los valores, no es que sea inalcanzable por las limitaciones humanas, sino que resulta un ideal conceptualmente incoherente. No menos importante, las notas distintivas lo que Raz entiende por pluralismo axiológico (diversidad, rivalidad o conflicto, e inconmensurabilidad) están presentes en Berlin, como se ve en pasajes como el siguiente:

Es más verdadero [el pluralismo] porque, por lo menos, reconoce el hecho de que los fines humanos son múltiples, no todos ellos conmensurables, y están en perpetua rivalidad unos con otros. Suponer que todos los valores pueden ponerse en los diferentes grados de una sola escala, de manera que no haga falta más que mirar a ésta para determinar cuál es superior, me parece que es falsificar el conocimiento que tenemos de que los hombres son agentes libres, y representar las decisiones morales como operaciones que, en principio, pudieran realizar las reglas del cálculo (Berlin, 1988, p. 242, cursivas propias).

Hay una clara continuidad entre esta concepción del pluralismo axiológico y la que encontramos en la obra de Joseph Raz. Aunque éste habla en ocasiones de «pluralismo moral», entiende por tal lo mismo que Berlin denominaba «pluralismo de valores», a saber, aquella doctrina filosófica que afirma «la existencia de una pluralidad de formas de vida incompatibles, pero moralmente aceptables todas ellas». Para ser más precisos, esa condición es necesaria pero no suficiente para definirla, pues el pluralismo moral requiere además que esos modos de vida, incompatibles, pero moralmente aceptables, den lugar o desplieguen distintas virtudes y formas de

excelencia (Raz, 1987, p. 317). Es tanto como decir que hay diversos caminos para la excelencia humana, pero que emprender alguno de ellos significa por fuerza renunciar a otros.

Raz usa ambas expresiones («pluralismo moral» y «pluralismo de valores») como intercambiables por la razón de que comprende «moral» en un sentido amplio, que abarcaría el «arte de la vida» como diría John Stuart Mill (Raz, 1987, p. 318), es decir, los valores en su conjunto. Dos razones apunta para usar «pluralismo moral» en este sentido amplio. La primera es que se refiere a los valores en tanto que nos dan razones para actuar, esto es, como guías de nuestra conducta a la luz de lo que encontramos valioso o bueno en algún sentido, sin entrar en la cuestión de si hay ciertos valores, por ejemplo, estéticos o contemplativos, que no dan razones para actuar. Y segundo, no menos importante, los valores son entendidos a menudo en un sentido relativizado, esto es, para referirse no a lo que tiene valor, sino a lo que ciertos individuos o grupos humanos toman por valioso o creen que tiene valor. Frente a estos dos posibles malentendidos, Raz sostiene claramente: «En este artículo “valor” se toma en un sentido no relativizado, entendiendo que constituye o implica la existencia de razones para la acción» (Raz, 1987, p. 318).

Para entender la última afirmación quizá sea necesario un breve apunte sobre valores y razones para la acción en el pensamiento de Raz. El valor, o la idea de bien en sentido amplio, es esencial para comprender la acción humana, pues Raz mantiene la vieja tesis socrática de que siempre que actuamos lo hacemos «bajo el aspecto del bien». Es una tesis fundamental en filosofía práctica, que ha defendido a lo largo de su carrera: «Paradigmáticamente, toda acción humana apunta o se propone realizar algún bien o evitar algún mal» (Raz, 1997, p. 110). Así, las razones para la acción conectan las ideas de valor y de acción. Las razones para la acción son consideraciones que cuentan en favor (o en contra) de un determinado curso de acción y se refieren, por tanto, a algún rasgo, aspecto o consecuencia de la acción que aparece como valioso o bueno para el agente. En palabras de Raz: «Los valores controlan las razones, puesto que uno puede tener razones para una acción sólo si su realización es buena, o produce o contribuye a producir algo bueno; o bien es probable que contribuya a evitar algún mal» (Raz, 1997, pp. 110-111).

Si volvemos al pluralismo de valores, la explicación de Raz gira en torno al elusivo concepto de formas o estilos de vida. No se trata sólo de que hay una cierta variedad de modos de vida diversos e incompatibles, pues la clave está en que cada una de esas formas de vida despliega diferentes virtudes y excelencias. Obviamente, tales formas de vida pueden diferir tanto en las virtudes que presentan como en el grado en que las desarrollan o cultivan. Por ello, cabe refinar su presentación del pluralismo axiológico entendiendo que supone la existencia de ideales de vida y excelencias, variados e incompatibles entre sí, cada uno de los cuales representa una suerte de máximo:

Una forma de vida es óptima o excelente si, bajo circunstancia normales, una persona que lleva esa clase de vida no puede mejorarla adquiriendo virtudes adicionales, ni aumentando el grado en que posee cualquier virtud, sin por ello sacrificar alguna de las virtudes que ya posee o el grado en que está presente en su vida. La creencia en el pluralismo de los valores es la convicción de que hay diversas formas de vida excelentes (Raz, 1987, p. 317, cursivas propias).

Sin embargo, así definida estamos sólo ante la versión débil del pluralismo de valores, pues cabe otra versión más fuerte. En sus primeros trabajos sobre el pluralismo axiológico, Raz sostuvo que la versión fuerte requiere añadir una o dos de las siguientes tesis:

(A) Las virtudes y valores incompatibles no pueden ser ordenados de acuerdo con un orden de prioridad o de importancia en un *ranking*.

(B) Esas virtudes incompatibles revelan o expresan «*diverse fundamental concerns*», es decir, valores, bienes o principios últimos e irreducibles entre sí (Raz, 1987, p. 318).

Obviamente, (B) es una tesis filosófica acerca de la naturaleza de la moralidad, que sería irreductiblemente pluralista y no monista en lo que se refiere a las fuentes del valor. Además, (B) podría considerarse como la explicación de (A). Si volvemos sobre las tres notas del pluralismo que aparecían en Berlin, podemos trazar la distinción entre las versiones débil y fuerte del pluralismo del modo siguiente:

La versión débil del pluralismo de valores sostiene dos tesis sobre la naturaleza de los valores: 1) la diversidad o heterogeneidad de los valores; 2) la incompatibilidad o conflicto entre ellos.

La versión fuerte añade una tercera tesis: la inconmensurabilidad de los valores. El término inconmensurabilidad ha sido difundido en filosofía de la ciencia por autores como Thomas Kuhn. En el contexto de la filosofía práctica contemporánea, «inconmensurabilidad» significa lisa y llanamente «la ausencia de una medida común». Más concretamente, puesto que Raz se refiere al valor de determinadas opciones específicas entre las que cabe elegir, se trata de «la posibilidad de que el valor de dos ítems, o la bondad de dos opciones, sea inconmensurable cuando ninguno de ellos es mejor que el otro y tampoco de igual valor» (Raz, 1997, p. 110).

La tesis de la inconmensurabilidad de los valores, y en consecuencia la versión fuerte del pluralismo de valores es filosóficamente controvertida, pues hay cuestiones importantes en juego: de aceptar la existencia de la inconmensurabilidad de opciones de vida, cómo afectaría eso a nuestra concepción de la elección racional y al razonamiento práctico, o cómo de extensas serían esas bolsas de inconmensurabilidad. Son cuestiones difíciles, pero afortunadamente no necesitamos entrar en ellas aquí. Para examinar el argumento de Raz sobre la conexión entre autonomía y pluralismo de valores nos bastaría en principio con la versión débil, al menos si lo hacemos en la dirección sugerida por nuestro autor. La versión fuerte, no obstante, podría resultar crucial para justificar el valor de la autonomía si consideramos la relación en el sentido opuesto. Es lo que pretendo argumentar después.

4. La autonomía personal como ideal

De entrada, conviene disipar una confusión muy frecuente en la filosofía anglófona en torno a la idea de autonomía, como ha criticado en repetidas ocasiones Onora O'Neill (2003). Joseph Raz no cae en esa confusión, pues distingue con claridad entre autonomía personal y autonomía moral: si por la primera se refiere al hecho de que una persona determina el curso y la forma de su vida a través de sus propias elecciones, la segunda tiene que ver con la capacidad de actuar por razones morales o, si lo expresamos en términos kantianos, la capacidad de actuar de acuerdo con principios morales universales que expresan nuestra condición de agentes racionales y libres. En el primer sentido de autonomía la referencia sería John Stuart Mill en *On Liberty* (1977), mientras que en el segundo sentido es obviamente Kant. Uno puede ser moralmente autónomo y estar privado de autonomía personal, como es el caso de un prisionero que obra por las razones éticamente correctas. Raz explica la diferencia del siguiente modo:

La autonomía moral tanto en el caso de Kant como en otras versiones es una doctrina acerca de la naturaleza de la moralidad. La autonomía personal no es más que un ideal moral específico que, de ser válido, sería un componente dentro de una doctrina moral (Raz, 1986, p. 370, n. 2).

En adelante, por simplicidad, usaré el término «autonomía» sólo para referirme al ideal de autonomía personal, como hace Raz. El ideal de autonomía es una concepción moral según la cual la libre elección de fines, proyectos y relaciones es un ingrediente esencial para llevar una vida buena (*individual well-being*)⁸. Ser autónomo, en sus palabras, significa «ser (en parte) el autor de la propia vida» (Raz, 1986, p. 369). Y como concepción moral supone que las personas deberían poder decidir sobre sus vidas en un grado significativo, determinando la clase de vida que llevan por medio de sus juicios y elecciones acerca de los fines y proyectos que consideran valiosos.

Tal ideal deja traslucir una vieja preocupación que resuena a lo largo de la tradición liberal, como es que la pregunta acerca de cómo llevar una vida buena es demasiado importante para dejar que otros la respondan por nosotros. Nadie puede llevar una vida buena si su vida es dirigida por otros, siguiendo las instrucciones acerca del bien que los demás le imponen. Con todo no es suficiente con que uno conduzca su vida sin interferencias, de acuerdo con sus propias convicciones, puesto que podemos equivocarnos y descubrir que aquellos fines y proyectos que nos parecían tan importantes carecen del valor que les otorgábamos. De ahí que sea igualmente necesario que podamos examinar y discutir sin cortapisas acerca de su valor, cuestionando nuestras convicciones al respecto. Pues si la vida buena tiene mucho de búsqueda, entonces hemos de contar con las condiciones que nos permitan sopesar o revisar si hace falta el valor de nuestros fines y proyectos, contrastándolos con otros puntos de vista y experiencias. Por ello, el ideal de autonomía personal no ofrece una visión completa de la vida buena, ni puede pretenderlo, pero sí cuenta como componente imprescindible de ella.

En segundo lugar, Raz traza una segunda distinción importante entre las condiciones de la autonomía y su ejercicio efectivo. Tres componentes relevantes aparecen en esas condiciones, pues para ser autónoma una persona: 1) ha de poseer las capacidades cognitivas apropiadas para desenvolverse como agente racional, esto es, capaz de comprender y controlar su conducta; pero también las habilidades físicas y hasta ciertas disposiciones de carácter; 2) además debe contar con un adecuado abanico de opciones significativas entre las que elegir; y 3) ha de disfrutar de suficiente independencia, lo que implica que se den las condiciones que lo mantengan relativamente a salvo o protegido con respecto a la posible coacción o manipulación por parte de otros agentes (Raz, 1986, pp. 372-373). Conjuntamente estas tres condiciones configuran en un sentido amplio «la capacidad para la autonomía»⁹.

⁸ La noción de *well-being* es central en la argumentación de *The Morality of Freedom*, donde le dedica todo un capítulo (1986, pp. 288-320). Según la definición que propone, entiende por tal la persecución exitosa de valiosas actividades, relaciones y proyectos que conforman una vida buena («*the whole-hearted and succesful pursuit of valuable activities*» over the course of a person's life, Raz (1995, p. 3; 1986 pp. 308-309). Siendo una propiedad que se refiere a la vida en su conjunto, aquí lo traduciremos por vida buena, pues la idea de bienestar se prestaría en español a confusión y asociaciones indebidas. En su libro más reciente Raz vuelve sobre este concepto en el ensayo «*The Role of Well-Being*», donde examina su relación con nociones como felicidad o vida buena y discute el papel que cumple en la moralidad (Raz, 2022, pp. 207-236).

⁹ Una interesante discusión de la autonomía en Raz, que presta especial atención a la tercera condición, puede verse en Margalit (2016).

Pero el ideal de autonomía se refiere a llevar efectivamente una vida autónoma y no consiste, por tanto, simplemente en disponer de las condiciones o de la capacidad para ser autónomo. Podrían darse tales condiciones y capacidades sin que la persona llegara a ser realmente autónoma; llegar a serlo es de hecho un logro, algo que se realiza en la vida con más o menos éxito. Y el argumento de Raz es que deberíamos ser autónomos, y no meramente que deberíamos contar con las condiciones para ello, pues el valor de la capacidad depende de que se plasme en su ejercicio, esto es, en la consecución de una vida autónoma. De ahí que el ideal de autonomía no pueda confundirse con un supuesto «derecho a la autonomía» en su obra.

Con todo, como al principio indicamos, la cuestión más delicada acerca del planteamiento de Raz estriba en cómo entiende el valor de la autonomía, fundamental para considerar el papel que puede jugar en la argumentación moral. En el capítulo «*Autonomy and pluralism*» de *The Morality of Freedom* encontramos un argumento que relaciona el valor de la autonomía (y así lo condiciona) con las circunstancias de la sociedad y la cultura modernas. Hay un pasaje que resulta crucial en este sentido y que vale la pena reproducir en su integridad:

Sería un error pensar que quienes creen, como yo, en el valor de la autonomía personal necesariamente desean ampliar las posibilidades de elección personal en todas las relaciones y actividades. Es perfectamente coherente con su creencia a favor de la autonomía personal que quieran poner límites a ese proceso, o revertirlo en ciertos casos. El valor de la autonomía personal es un hecho de la vida. Puesto que vivimos en una sociedad cuyas formas y prácticas sociales están basadas en gran medida en la elección individual, y puesto que nuestras opciones dependen de las oportunidades disponibles en nuestra sociedad, sólo prosperaremos en ella si podemos llegar a ser autónomos. Podemos lograrlo en diferente grado. Algunas personas pueden basar una parte importante de sus vidas en aquellos aspectos, como ser padres, donde la elección es más limitada. Otros pueden improvisar en sus vidas y modificar ciertas prácticas comunes para minimizar el grado de elección en ellas. Pero, en última instancia, quienes viven en una cultura donde se realiza la autonomía sólo pueden prosperar siendo autónomos (Raz, 1986, p. 394, cursivas propias).

Como vemos, Raz quiere disipar de entrada el tosco error de pensar que el ideal de autonomía implica maximizar las posibilidades de elección en las diferentes esferas de la vida, o que ser autónomo consiste en elegir cuanto más mejor, con independencia de la calidad de las opciones. Pero la autonomía no puede pensarse como un valor aparte o por encima de la búsqueda de aquellas actividades y proyectos que dan sentido a la vida o hacen una vida valiosa; si tiene sentido como ideal es porque la libertad personal es necesaria para explorar o descubrir los fines y actividades que compondrían una vida buena para nosotros. Por utilizar la conocida frase de Mill, es «la libertad para buscar nuestro propio bien por nuestro propio camino». Como tal, es condición e ingrediente para llevar una vida buena.

La tesis de que el valor de la autonomía es «un hecho de la vida» puede resultar más sorprendente. Parece que Raz viene a indicar con ella que su valor depende de las condiciones de vida moderna, que conceden a la elección individual un papel preponderante. Más aún, afirma que sólo siendo autónomos las personas pueden prosperar en sociedades como la nuestra. Por un momento, suena como si la autonomía fuera instrumentalmente valiosa, si no fuera porque sabemos que para nuestro autor es un aspecto intrínsecamente valioso de una buena vida. En cualquier caso, parece ligar el ideal de autonomía a la forma de vida característica de las sociedades liberales modernas: si resulta un ingrediente imprescindible para llevar una vida buena, como ideal sólo cobra valor dentro de un marco de vida como el nuestro y parece limitado por éste.

Hay un segundo pasaje, un par de páginas antes, donde reafirma incluso con más énfasis la dependencia de la autonomía con respecto al entorno social y el carácter de la cultura moderna:

Los dos últimos argumentos suponen asimilar la autonomía a los fines y actividades que una persona tiene. Para refutarlos basta mostrar que la autonomía no es un proyecto o un fin concreto. Como se explicó antes, una persona vive autónomamente si se conduce de una cierta manera (no va a la deriva, es consciente de sus opciones, etcétera) y vive en un cierto entorno que respeta las condiciones de independencia y le ofrece un adecuado abanico de opciones. La vida autónoma no depende de la disponibilidad de una opción de libre elección, sino del carácter general del entorno social y la cultura en la que vive. Para aquellos que viven en un entorno social favorable a la autonomía no hay otra elección que ser autónomo, pues no hay otra forma de prosperar en tal sociedad. Lo que ha de ser matizado por el recordatorio de que la autonomía es cuestión de grado. Incluso para aquellos que viven en una cultura que respalda la autonomía no siempre es mejor maximizar el grado de su autonomía. Todo lo que sostengo es que su vida buena (*well-being*) depende de su capacidad para encontrar su sitio en el entorno social, lo que incluye llevar lo que es una vida autónoma (Raz, 1986, p. 391, cursivas propias).

Este segundo pasaje (B) es esclarecedor porque nos permite ver cuál es el propósito del argumento de Raz: refutar la postura según la cual la autonomía sería un estilo de vida entre otros posibles. Raz considera que para entender adecuadamente el sentido de la autonomía y su valor hay que distinguirla de los fines, proyectos o compromisos valiosos que elegimos o cultivamos cuando llevamos una vida autónoma. Reducir la autonomía a un fin o meta entre otros posibles supone una grave distorsión de su valor. Los fines que adaptamos o perseguimos contribuyen a hacer nuestra vida buena precisamente porque los adoptamos y los buscamos; de otro modo no contribuirían a llevar una vida buena. Si la autonomía fuera uno de los fines que un agente puede adoptar, sólo sería buena para él en el caso de que quisiera ser autónomo y adoptara tal meta¹⁰. Raz niega enfáticamente que la autonomía sea un proyecto o meta entre otros posibles.

Lo paradójico es que hay lectores de *The Morality of Freedom* que han entendido que Raz defendía algo parecido a eso que pretende refutar. A la vista de los pasajes citados (A y B) no se les puede culpar, porque dan la impresión de que el filósofo sostiene que la autonomía es un estilo de vida entre otros, a saber, el modo de vida propio de quienes viven en las modernas sociedades liberales. Pero una cosa es sostener que llevar una vida autónoma depende de ciertas condiciones sociales, de independencia individual y pluralidad de opciones, lo que es verdad, y otra bien distinta que su valor queda contextualizado y relativizado por una forma de vida históricamente limitada.

Sin embargo, en ese mismo capítulo se encuentra esbozado un argumento diferente acerca del valor de la autonomía. El argumento esbozado, que hay que comprender a la luz de su concepción clásica de la vida buena (*well-being*), subraya el elemento de «creación de valor» que implica el ejercicio de la autonomía y cómo cambia normativamente nuestras vidas, ofreciendo al agente nuevas razones en función de los fines y proyectos que adopta y persigue:

¹⁰ Raz lo considera un problema serio para entender el valor la autonomía y lo plantea en los siguientes términos: «*the conditions of the well-being of a person, it was argued, are largely determined by his pursuits and goals. If he chooses to be autonomous then it becomes one of his goals and can contribute to his well-being. But it seems incapable of doing him any good if it is not wanted by him*» (Raz, 1986, p. 391).

Nuestra vida comprende la persecución de fines variados y esto significa que está afectada por nuestro pasado. Al abrazar ciertos fines y compromisos creamos nuevas formas en que podemos tener éxito o fracasar. Cuando uno adopta fines y compromisos, preocupándose por una cosa u otra, progresivamente da forma a la propia vida, determina lo que contaría como una vida lograda y lo que sería un fracaso. Uno crea valores, pues al desarrollar esos compromisos y proyectos genera razones que van más allá de las razones que tenía en primer lugar para emprender esos compromisos y proyectos. En este sentido la vida de una persona es (en parte) su propia creación. Es una creación normativa, pues crea nuevos valores y razones. Es la manera en que nuestro pasado forma las razones que se nos aplican en el presente [...]. Es semejante al cambio ocasionado por una promesa: la creación en este caso de una obligación que uno no tenía antes. [...] De forma similar, el hecho de que uno adopte fines y actividades, o que llegue a preocuparse por ciertas relaciones y proyectos, representa un cambio no en las circunstancias físicas o mentales en las que se encuentra, sino en la propia situación normativa. Es la creación de la propia vida a través de la creación de razones (Raz, 1986, p. 387).

Este pasaje resulta crucial. La creación de la propia vida, a través de la adopción de proyectos y relaciones que generan nuevas razones para el agente, dándole forma en términos normativos, es exactamente en lo que consiste ser el autor de la propia vida, o ser autónomo. Esta «creación de valores y nuevas razones» se presta, con todo, a ser malinterpretada en un sentido existencialista, por así decir. Por ello hay que entender que elegimos o cultivamos ciertas metas, relaciones y proyectos porque son valiosos, o creemos que lo son, y esos aspectos valiosos de las relaciones y proyectos nos dan razones para comprometernos o perseguirlos. Pero el hecho de hacerlos nuestros y perseguirlos abre nuevas oportunidades de trato valorativo y crea nuevas razones, dependientes de nuestros fines. Por tanto, para comprender el ejercicio de la autonomía no hay que perder de vista esa compleja articulación entre nuestras elecciones y la existencia de valores independientes:

El cuadro resultante surge de la interacción con valores impersonales, a saber, razones independientes de la elección del agente pero que guían sus elecciones, de modo que éstas cambian el balance de razones y delinean los contornos de la vida buena de la persona; lo hacen por medio de la creación de nuevas razones que no estaban antes. Esta interacción entre valores independientes y la autocreación de valor a través de las propias acciones y del propio pasado da la clave del papel de la voluntad en el razonamiento práctico (Raz, 1986, p. 389, cursivas propias).

Pero este argumento esbozado ancla el valor de la autonomía no en circunstancias sociales contingentes, sino en el papel que desempeña la voluntad en el ejercicio del razonamiento práctico y las elecciones a través de las cuales el agente va dando forma normativa a su vida. Si el propósito de Raz es rechazar que el valor de la autonomía dependa de la elección de los agentes, esto es, de que sea contemplada como una opción a elegir entre otras, esta segunda línea argumental resulta mucho más sólida y convincente. De esta forma no cabe confundirlo con un modo de vida culturalmente determinado, por más que ciertas circunstancias sociales resalten y favorezcan la realización de una vida autónoma, o bien provean el marco cultural necesario para su ejercicio.

5. Reflexiones finales sobre autonomía y pluralismo de valores

El planteamiento liberal de Joseph Raz, como hemos visto, explora el argumento según el cual el ideal de autonomía personal ofrece una justificación sólida para la defensa de la libertad política y la doctrina del gobierno limitado. Si aceptamos tal ideal, contamos con una respuesta clara a la cuestión de por qué las autoridades públicas no pueden dictar a los ciudadanos cómo han de vivir o imponer una concepción particular del bien. Si lo hicieran, alegando que es por su bien, estarían

tratándolos de forma paternalista como menores de edad y no como adultos independientes, capaces de tomar sus propias decisiones acerca de los aspectos fundamentales de su vida. En tal sentido los derechos individuales, como la libertad de conciencia, de expresión o de asociación, tanpreciados por los liberales, se justifican como garantías que protegen esa autonomía o independencia individual.

De lo cual no se sigue que el liberalismo pueda desentenderse de la pregunta por la vida buena en una sociedad pluralista; al contrario, de acuerdo con el argumento de Raz, propone una concepción de ella ligada al ideal de autonomía personal, entendiendo que sin ésta nadie puede llevar una vida buena, pues viviría sujeto a las opiniones y decisiones de otros. Ahora bien, ¿suscribir tal ideal moral no significa promover una concepción del bien a expensas de otras? ¿No se justifica así que las autoridades se entrometan en nuestras vidas con el pretexto de hacernos autónomos?

La respuesta a tales temores ha de ser doble. Ciertamente del respeto por la autonomía no se sigue la exigencia antiperfeccionista según la cual las autoridades públicas no pueden promover ninguna concepción del bien en una sociedad pluralista, aunque sí afecta a los medios por los que puede hacerlo. Hay además otra razón poderosa para atenuar esos temores, pues corresponde a la naturaleza de la autonomía que no pueda promoverse de cualquier manera ni por cualquier medio. Como ha explicado Raz (1987, p. 323) con una imagen ilustrativa, uno puede llevar el caballo a la fuente, pero no hacerlo beber. Sencillamente, es parte de la idea de autonomía que a nadie se le puede hacer autónomo desde fuera o a la fuerza; sería un completo contrasentido emplear la coacción o manipular a la gente para hacerla autónoma, un ejemplo de manual de cómo el medio arruinaría el fin perseguido.

Obviamente, otros pueden ayudar, pero tal servicio queda exclusivamente limitado a las condiciones que permiten a una persona ser autónoma, sin alcanzar a su realización que depende de cada cual. En el caso de los poderes públicos ciertamente pueden hacer mucho para asegurar las condiciones de la autonomía. Si recordamos las condiciones de la autonomía anteriormente mencionadas, sus obligaciones van más allá de garantizar institucionalmente los derechos individuales con el fin de proteger la independencia de las personas. Como la autonomía requiere competencias cognitivas, habilidades y disposiciones de carácter, el papel de la educación parece claro a tal efecto. No menos importante es el cultivo de una cultura pública pluralista, que ofrezca a los individuos un abanico suficientemente amplio y significativo de opciones entre las que elegir sus fines y proyectos. Es responsabilidad de los poderes públicos velar por que se cumplan esas condiciones de la autonomía, pero no pueden ir más allá, interviniendo en su ejercicio efectivo.

Estas consideraciones sobre las obligaciones y límites de los poderes públicos dependen del valor de la autonomía. Por eso es tan importante disipar las dudas acerca de cómo interpretarlo. Para ello, como hemos argumentado en este trabajo, hay que pensar mejor su relación con el pluralismo de valores. Según hemos visto, entre las condiciones de la autonomía, además de la independencia, que protege al individuo frente a ciertas formas de coacción o presión, o que haya de poseer ciertas capacidades y disposiciones personales, está la existencia de un abanico de opciones significativas entre las que el agente puede elegir a la hora de orientar su vida. Ahí está la conexión argumental que traza Raz con el pluralismo de valores: una vida autónoma sólo es posible si el agente puede escoger entre opciones distintas e incompatibles, pero moralmente relevantes en tanto que permiten el cultivo de diferentes excelencias y virtudes. Por eso sostiene que el ideal de autonomía implica o supone como condición necesaria el pluralismo de valores, aunque sea en la versión débil.

Hemos encontrado también en Isaiah Berlin una pista interesante a la hora de considerar la conexión entre el pluralismo axiológico y la libertad, aunque en su caso se trate de la libertad negativa y no de la autonomía como en Raz, en el sentido de que esta forma de pluralismo servía para explicar la importancia de la libertad. En realidad, el pluralismo de valores es un conjunto de tesis filosóficas acerca de la naturaleza de los valores y su papel en la vida humana. Y cabe defenderlas con independencia de la importancia que demos a la autonomía personal. De acuerdo con lo cual, el pluralismo de valores puede servir para justificar el valor de la autonomía personal, si contemplamos dicho valor en relación con el papel de la voluntad y el razonamiento práctico en la configuración normativa de la vida del agente, como sugiere el argumento esbozado en la sección anterior. Pero aquí sería el pluralismo en sentido fuerte, es decir, la tesis de la inconmensurabilidad, la que desempeñaría el papel relevante. En dos pasos podemos verlo.

Asumamos para empezar que nuestros fines determinan qué constituye una vida buena para nosotros. Eso va incluido para Raz en la misma idea de vida buena (*well-being*). Como es obvio, esas actividades, proyectos y relaciones que cultivamos o perseguimos afectan de forma decisiva a la calidad de nuestra vida, pues de ellos depende si nos va bien o mal en ella. Si conducimos nuestra vida mejor o peor estará naturalmente en función de cuáles sean nuestras metas y proyectos. Cuando Raz sostiene que esos fines delimitan los contornos de la vida buena y sus condiciones de éxito (o fracaso) está indicando sencillamente que representan las cosas que nos importan en la vida, o que le dan valor; nos dan por tanto razones para conducirla por un camino u otro¹¹.

Si aceptamos el pluralismo en sentido fuerte, en segundo lugar, el agente tendrá que elegir entre fines y opciones cuyo valor es inconmensurable. Eso no significa que un agente sólo se las verá con opciones inconmensurables. Se encontrará con que hay opciones mejores y otras inferiores en valor o calidad, por supuesto. Pero una vez descartadas las inferiores, puede haber siempre alternativas incompatibles de las que no cabe decir que unas son más valiosas que otras, ni siquiera que son aproximadamente iguales en calidad o valor. Es tanto como reconocer que hay diferentes vías para la excelencia humana, sin que quepa dilucidar la superioridad de una sobre otras. No otra cosa implica admitir la versión fuerte del pluralismo de valores, como antes se dijo.

Ahora bien, ¿admitir la existencia de opciones de vida y vías de excelencia incompatibles e inconmensurables nos fuerza a pensar que la elección entre unas y otras es necesariamente irracional? En absoluto, puesto que los valores respectivos de una y otra nos dan razones para elegir cualquiera de ellas, aunque no determina la elección. Irracional sería escoger una opción inferior, pues tendríamos más razones para elegir la alternativa y eso supondría obrar por una razón derrotada o superada por otras, lo que no es el caso aquí. Aquí las razones hacen cualquiera de las opciones inconmensurables elegible racionalmente, o abren un espacio de elección en el que puede ejercer su autonomía o su libertad el agente a la hora de configurar su vida (Raz, 1997, p. 19).

¹¹ Es una tesis que ha repetido a lo largo de su obra, como por ejemplo en el siguiente pasaje: «*Goals are our goals because in our actions we have set on pursuing them, because they play an important role in our emotional and imaginative life, because our success or failure in pursuing them is going to affect the quality of our life. The fact that goals are integrated with central aspects of our lives, that they represent what matters to us in life, makes them constitutive of our well-being. We have reason to do whatever will facilitate the pursuit of our worthwhile goals, and often we would also want to perform actions which we believe facilitate pursuit of our goals*» (Raz, 1997, p. 18).

Esto representa una recuperación de la concepción clásica de la acción humana, como Raz ha sostenido. Pues la elección entre opciones y fines inconmensurables en valor pone de relieve el papel independiente que juega la voluntad en la vida humana, dentro del espacio marcado por la racionalidad práctica. Pero quien habla del papel de la voluntad, guiada por razones, pero no determinada por ellas, está refiriéndose también al libre ejercicio que hacemos de ella cuando se trata de explorar en qué consiste una vida valiosa, decidiendo entre los diversos caminos que se abren ante nosotros. De esa manera cabe verlo como una forma de explicar el valor de la autonomía, pues partiendo del pluralismo de valores, la anclamos en los rasgos estructurales de la condición humana, como esa relación entre voluntad y racionalidad práctica, sin los que no cabe entender la búsqueda de la vida buena. Es una vía prometedora para interpretar el ideal de autonomía y su relación con el pluralismo de valores sobre los que se asienta el liberalismo de Raz.

Bibliografía

- Berlin, I. (1988). Dos conceptos de libertad. En I. Berlin (Dir.), *Cuatro ensayos sobre la libertad* (187-243). Alianza Editorial.
- Berlin, I. (1990). The Pursuit of Ideal. En I. Berlin (Ed.), *The Crooked Timber of Humanity* (1-19). John Murray.
- Bird, C. (2016). Joseph Raz, The Morality of Freedom. En J. Levy (Ed.), *The Oxford Handbook of Classics in Contemporary Political Theory* (1-16). Oxford University Press (online publication).
- Margalit, A. (2016). Autonomy: Errors and Manipulation. *Jerusalem Review of Legal Studies*, 14 (1), 102 -112. <https://doi.org/10.1093/jrls/jlw001>
- Mill, J. S. (1977). On Liberty. En J. M. Robson (Ed.), *Collected Works of John Stuart Mill*, Vol. XVIII. Toronto University Press.
- Levy, J. (2016). *Oxford Handbook of Classics in Contemporary Political Theory*. Oxford University Press.
- O'Neill, O. (2003). Autonomy: The Emperor's New Clothes, *Aristotelian Society Supplementary Volume*, 77, Issue 1, 1-21. <https://doi.org/10.1111/1467-8349.00100>
- Raz, J. (1980 [1970]). *The Concept of a Legal System*. Oxford University Press.
- Raz, J. (1975). *Practical Reason and Norms*. Hutchinson.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford University Press.
- Raz, J. (1987). Autonomy, Toleration and the Harm Principle. En R. Gavison (Ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy* (313-333). Clarendon Press.
- Raz, J. (1995). *Ethics in the Public Domain*. Oxford University Press.
- Raz, J. (1997). Incommensurability and Agency. En R. Chang (Ed.), *Incommensurability, Incomparability and Practical Reason* (110-128). Cambridge (Mass.), Harvard University Press.
- Raz, J. (2016). Comments on The Morality of Freedom. *King's College London (Dickson Poon School of Law) Legal Studies Research Paper Series*, (46), 1-21. <https://doi.org/10.1093/jrls/jlw005>
- Raz, J. (2022). *The Roots of Normativity*. Oxford University Press.
- Regan, D. (1989). Authority and Value: Reflections on Raz's Morality of Freedom. *Southern California Law Review*, 62, 995-1095. <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/scal62&i=1007>
- Sevel, M. (2015). The Constitution of Authority», *Jurisprudence. International Journal of Legal and Political Thought*. 5 (2), 430-441. <https://doi.org/10.5235/20403313.5.2.430>
- Sevel, M. (2019). Perfectionist Liberalism and the Legitimacy of International Law. En

- W. Sadurski, M. Sevel y K.Walton (Eds.), *Legitimacy. The State and Beyond* (206-222). Oxford University Press.
- Toscano, M. (2018). Autoridad y razones para la acción: dos problemas. *Revista de Estudios Políticos*, (179), 43-67. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.179.02>

Hobbes y Raz, dos modelos opuestos de autoridad. Consideraciones sobre similitudes, diferencias y (falta de) utilidad práctica*

Hobbes and Raz, two opposing models of authority. Considerations about similarities, differences, and (lack of) practical utility

Julieta A. Rábanos

Universidad Alberto Hurtado / Universidad de Génova

ORCID ID 0000-0003-0490-3779

jrabanos@uahurtado.cl / julieta.rabanos@giuri.unige.it

Cita recomendada:

Rábanos, J. A. (2022). Hobbes y Raz, dos modelos opuestos de autoridad. Consideraciones sobre similitudes, diferencias y (falta de) utilidad práctica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 47-64.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7107>

Recibido / received: 27/12/2021
Aceptado / accepted: 07/03/2022

Resumen

El objetivo del presente trabajo es analizar dos modelos específicos de discurso sobre la autoridad: un modelo que llamaré «hobbesiano» (representado por Thomas Hobbes) y un modelo que llamaré «raziano» (representado por Joseph Raz). Por un lado, intentaré mostrar que, pese a algunas aparentes similitudes, estos dos modelos son ejemplos de visiones opuestas acerca del tipo de autoridad, y del rol y las consecuencias que se le asignan a ésta en el marco del fenómeno jurídico y social. Por el otro, intentaré mostrar cómo ambos modelos opuestos tienen

* Agradezco profundamente a Pierluigi Chiassoni y a Bruno Celano (*in memoriam*) quienes supervisaron y acompañaron, con inmensa calidad académica y humana, la investigación de maestría en la cual se origina este trabajo (y sin quienes este trabajo no existiría). Asimismo, agradezco enormemente a las/los dos revisoras/es anónimas/os, cuyos comentarios y sugerencias han servido para mejorar sustancialmente el presente trabajo. Todos los errores que han quedado, naturalmente, son de mi exclusiva responsabilidad.

una importante coincidencia: el fuerte desinterés por su eventual aplicación práctica para analizar la autoridad (especialmente, a nivel justificativo) de casos reales de Estados y sistemas jurídicos.

Palabras clave

Autoridad, obligación de obedecer al derecho, derecho al comando, normatividad, legitimidad.

Abstract

The aim of this paper is to analyse two specific models of discourse on authority: a model that I will call «Hobbesian» (represented by Thomas Hobbes) and a model that I will call «Razian» (represented by Joseph Raz). On the one hand, I will try to show that, despite some apparent similarities, these two models are examples of opposing views about the type of authority, and the role and consequences assigned to it within the framework of the legal and social phenomenon. On the other hand, I will try to show how both opposing models have an important coincidence: the strong lack of interest in their eventual practical application to analyse the authority (especially, at the justification level) of real cases of States and legal systems.

Keywords

Authority, obligation to obey the law, right to command, normativity, legitimacy.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. «Autoridad» como noción relacional. 3. El modelo hobbesiano. 3.1. Estado de naturaleza y pacto social. 3.2. La figura del soberano. 3.3. La relación de autoridad/1: la soberanía. 3.4. La relación de autoridad/2: la obediencia. 4. El modelo raziano. 4.1. La concepción «de servicio» de la autoridad. 4.2. Función, servicio y utilidad de la autoridad. 4.3. Justificación de la legitimidad y derecho al comando. 4.4. Consentimiento y obediencia. 5. Los modelos hobbesiano y raziano: un análisis global comparativo. 5.1. Sobre los servicios que brinda la autoridad. 5.2. Sobre las concepciones de legitimidad. 5.3. Sobre la existencia de la autoridad: de necesidad a utilidad. 5.4. Sobre el deber de obediencia y el derecho de resistencia. 5.5. Sobre la relación entre autoridad y verdad o corrección. 6. Conclusiones acerca de los modelos hobbesiano y raziano: problemas y falta de utilidad práctica.

1. Introducción

La noción de «autoridad» es una noción tan equívoca como importante para el derecho y la teoría jurídica, así como otros campos del conocimiento y del fenómeno social. La toma de posición respecto de cómo definir o justificar a la autoridad no es neutra ni está desprovista de consecuencias. En particular, en el marco de la teoría jurídica, la adopción de una u otra definición acarrea implicaciones profundas. Ello así porque «autoridad» es una noción que se inserta, con un rol central, en una red semántica en la cual se encuentran otros términos de importancia primaria para el fenómeno jurídico: entre ellos, «derecho», «sistema jurídico», «competencia», «normatividad», «obediencia», «norma jurídica», «poder», «legitimidad», etc.

El objetivo del presente trabajo es analizar dos modelos específicos de discurso sobre la autoridad: un modelo que llamaré «hobbesiano» (representado por Thomas Hobbes) y un modelo que llamaré «raziano» (representado por Joseph Raz). Por un lado, intentaré mostrar que, pese a algunas aparentes similitudes, estos dos modelos son ejemplos de visiones opuestas acerca del tipo de autoridad, y del rol y las consecuencias que se le asignan a ésta en el marco del fenómeno jurídico y social. Por el otro, intentaré mostrar cómo ambos modelos opuestos tienen una importante

coincidencia: el fuerte desinterés por su eventual aplicación práctica para analizar la autoridad (especialmente, a nivel justificativo) de casos reales de Estados y sistemas jurídicos.

El camino que seguiré es el siguiente. En primer lugar, propondré considerar a «autoridad» como una noción relacional, lo cual permitirá ver una de las grandes diferencias entre los dos modelos de discurso que analizaremos: en qué parte de esa relación ponen el acento (sección 2). Esta noción relacional será así usada como base de la reconstrucción teórica de los modelos hobbesiano (sección 3) y raziano (sección 4). En segundo lugar, propondré un análisis de las similitudes y diferencias entre las tesis y contenido de ambos modelos (sección 5). Finalmente, señalaré algunos problemas que conciernen a cada uno de estos modelos y argumentaré cómo estos problemas, en ambos casos, influyen negativamente en la utilidad práctica de estos modelos (sección 6).

2. «Autoridad» como noción relacional

La noción de autoridad (al menos, en algunas de sus acepciones) puede ser reconstruida como un concepto relacional de dos o más variables, referido a relaciones de interacción entre personas y/o grupos (Oppenheim, 1981, p. 6). Esto se ve en expresiones como «X tiene autoridad sobre Y» (una relación entre dos variables, X e Y) o «X tiene autoridad para realizar el acto Z» (relación entre dos variables, X y Z), así como expresiones del tipo «X tiene autoridad sobre Y en circunstancias C» (relación entre tres variables, X, Y, y C).

Éste no parece ser el caso, por su parte, frente a expresiones del tipo «X tiene autoridad» o «X es una autoridad», las cuales también forman parte del lenguaje ordinario. En estos casos, sobre todo en los del primer tipo, «autoridad» parece ser tomado como concepto de propiedad y no como concepto relacional. Sin embargo, puede considerarse que al menos parte de estas expresiones son en realidad elípticas (Oppenheim, 1981, p. 6). Por ejemplo, «X tiene autoridad» puede ser reconstruido sin problemas como expresando «X tiene autoridad (sobre Y, en circunstancias C, con respecto a Z, etc.)». Incluso expresiones como «X es una autoridad» que, a simple vista, parecieran escapar a esta posibilidad de reconstrucción en términos relacionales, bien podrían ser reformuladas como expresando «X es una autoridad (en el campo B, en la disciplina D, con respecto al tema E, etc.)» o bien «X es una autoridad (según el criterio F, según la creencia de Y, etc.)».

Es interesante notar que, en muchas de estas reconstrucciones de «autoridad» como concepto relacional, las variables involucradas refieren a actores (por ejemplo, en «X tiene autoridad sobre Y»). Esto no implica, necesariamente, que sólo refieran a individuos particulares. Pueden también referir a grupos, roles, cargos, etc. (como «presidente» o «ciudadano»), los cuales a su vez son definibles por referencia a sus reglas constitutivas (Oppenheim, 1981, p. 8). Para simplificar, al hablar de esta relación de autoridad, en adelante me referiré con «autoridad» a aquel actor representado por la variable X, y con «sujeto» al actor representado por la variable Y.

Reconstruir «autoridad» como una noción relacional es útil, a mi entender, para ver una de las grandes diferencias entre los dos modelos de discurso que analizaremos a continuación. Esta diferencia radica en cuál es la variable de la relación en la cual cada modelo centra su atención y sobre la cual se estructura. En el caso del modelo hobbesiano, la atención está fuertemente centrada en la parte de la autoridad: quién la detenta y cuáles son sus características (la variable X). Por su parte, el modelo raziano está fuertemente centrado en la parte del sujeto: quién es

aquel que podría considerarse como tal y qué es lo que sucede con su razonamiento práctico¹ (la variable Y). Veamos esto en detalle.

3. El modelo hobbesiano²

El discurso de Thomas Hobbes aparece en el contexto de la Guerra Civil inglesa que involucraba una lucha de hombres contra hombres y una lucha encarnizada entre lo secular contra lo espiritual. En vista de ello, no parece extraño que el desarrollo teórico de Hobbes se haya focalizado, entre otras cosas, en una búsqueda de unidad en el marco de la sociedad y su organización, así como una alternativa de organización social que superase a los «poderes indirectos» (como los religiosos) que buscaran ejercer el poder sobre las personas sin a su vez responsabilizarse por proveerles de algo a cambio.

Así, su idea básica respecto de la autoridad está vinculada a la existencia de una figura que se alza por encima de las personas, en apariencia omnipotente y con una presencia casi mítica³, que demanda ser obedecida sin excepciones a cambio de asegurar sin condiciones la vida de quienes le obedecen; una figura que es necesaria por la existencia continua de un enemigo (lo cual implica una permanente amenaza de guerra), como lo único efectivo para garantizar la vida y la paz⁴.

3.1. Estado de naturaleza y pacto social

El así llamado estado de naturaleza, o la condición natural de la humanidad, está caracterizado como un estado caótico y anómico en el cual las personas (sustancialmente iguales en facultades mentales y psíquicas, así como en igualdad de esperanza en conseguir los propios fines) se encuentran en lucha permanente los unos contra los otros. Este estado de lucha es sintetizado por el autor con la frase «*bellum omnium contra omnes*», donde cada hombre es enemigo de todos los demás, y es considerado una condición natural del ser humano (Hobbes, 1999[1651], pp. 76 – cap. XIII, 88 – cap. XV).

La existencia de un individuo en este estado de naturaleza es una existencia constantemente amenazada y caracterizada por un miedo permanente a la pérdida de la vida, dado que no existe el «derecho» sino que únicamente existen las leyes de la naturaleza (que pueden ser consideradas como «sugerencias» de la razón)⁵. El ser humano es para Hobbes, esencialmente, un ser egoísta que por naturaleza ama la libertad y el dominio que pueda ejercer sobre los otros. La igualdad natural entre las personas hace que, a pesar de sus esfuerzos, ningún hombre pueda sacar ventaja sobre los otros de un modo permanente y estable, por lo cual no puede estar nunca seguro ni de su éxito ni de su propia supervivencia (Hobbes, 1999[1651], pp. 76 – cap. XIII, 103 – cap. XVII).

¹ Esto no deja de ser el caso, a mi entender, incluso si se reconstruye el modelo hobbesiano con foco en la incidencia de los comandos en el razonamiento práctico de los sujetos. Cfr. Venezia (2015, especialmente cap. 3).

² En este apartado, se reconstruye el modelo hobbesiano con base principal en el *Leviathan* (1999[1651]) y se ignoran las divergencias que presenta en otras obras de Hobbes (como *De Cive*). Agradezco al/la revisor/a anónima/o que insistió sobre la necesidad de explicitar este punto.

³ No parece casualidad que Hobbes haya elegido una alegoría como la del «Leviatán» para denominar el modelo de autoridad que decidió proponer. Esto es expresado con mayor profundidad, por ejemplo, por Carl Schmitt (1996 [1938]).

⁴ Cfr. por ejemplo Hobbes (ed. R. Hay) (1999 [1651], cap. XVII y ss).

⁵ Puede también interpretarse que, en este estado de naturaleza hobbesiano, existe el derecho natural de cada humano sobre todo lo que su fuerza e ingenio le permiten adquirir y conservar.

Es aquel miedo surgido de la falta de seguridad acerca de la supervivencia, sumado al instinto de autopreservación, lo que conduce a las personas a la búsqueda de una alternativa superadora al estado de naturaleza (Hobbes, 1999[1651], p. 103 – cap. XVII). Esta alternativa es lograr la realización de un pacto social, al cual todos los involucrados consientan quedar vinculados, y del cual surgen las bases del estado que significará la superación de aquel estado de naturaleza: la creación de una sociedad (una agrupación de hombres con un cierto orden, bajo la idea de coexistencia con una cierta coordinación: una *Commonwealth*), bajo la dirección, control y merced de una figura con características y potestades suficientes para transformarse en garante de la vida y existencia de todos los contratantes.

3.2. La figura del soberano

El soberano es la forma de autoridad que surge de este pacto social específico. Siendo resultado de un pacto social suscripto por hombres en un estado de naturaleza como el descrito por Hobbes, para lograr su cometido como garante de la paz es necesario que el soberano sea una especie de dios, un verdadero leviatán: un dios mortal, cuya omnipotencia no es divina ni tampoco obtiene su derecho de mando de una fuente tal (Schmitt, 1996[1938], p. 46), pero que como tal existe por encima de todos los contratantes y, a su vez, concentra todo el poder que los contratantes consintieron ceder (ese poder que, en el estado de naturaleza, los volvía una constante amenaza mutua).

A consecuencia de lo anterior, el soberano parece ser un *legibus solutus*: una figura por fuera del alcance de las normas (o derecho civil) que pasan a regular el funcionamiento y la existencia de la sociedad que surge del pacto social, normas que (vale la pena aclarar) son dictadas por esta misma figura (Hobbes, 1999[1651], p. 199 – cap. XXIX; Schmitt, 1996[1938], p. 46). Está, sin embargo, sometido indefectiblemente a las leyes de naturaleza⁶.

Así, el soberano parece encontrarse por fuera del pacto social que le dio origen; y, al estar fuera de ese pacto social (dado que el pacto es «a favor del tercero»), y al tener la suma de todos los poderes cedidos por los contratantes, su autoridad resulta absoluta⁷ y la actitud de esos mismos contratantes frente a sus comandos debe ser no sólo de obediencia, sino especialmente de obediencia incondicional. Esta característica descrita es lo que puede denominarse soberanía: el que la posee comanda, pero no recibe comandos; es obedecido, pero no obedece⁸. Veremos esto en el punto siguiente.

Aun cuando lo anterior puede parecer una descripción de una monarquía absoluta, para Hobbes el soberano no es el rey, ni es inmediatamente asimilable a la figura de la monarquía tal cual era concebida en aquella época. La construcción de Hobbes hace aparecer a la monarquía como una mera forma de organización de la sociedad resultante del pacto social, pero no el único⁹; y, al establecer el origen del

⁶ Por tener éstas origen divino. Cfr. Hobbes (1999 [1651], p. 200 cap. XXIX).

⁷ Con dos excepciones, una sobre alcance y la otra sobre exigibilidad. La primera es el fuero interno de los súbditos, que queda fuera del alcance de la potestad soberana. La segunda, sobre exigibilidad, es la situación en la cual el soberano no garantiza la supervivencia de los súbditos (véase el punto 3.4 del presente trabajo).

⁸ Puede verse cómo esta idea del soberano hobbesiana con estas características haya sido tomada por Bentham y Austin en sus respectivas obras. Cfr., Bentham (1970 [1782]) y Austin (1954 [1832]). Puede, a su vez, considerarse un desarrollo a partir de la definición de soberanía de Bodin (1997, pp. 47 y ss, cap. VIII). Agradezco al/la revisor/a anónima/o que insistió con la necesidad de aclarar este último punto.

⁹ Véase, por ejemplo, Hobbes (1999 [1651], p. 205, cap. XXX). Por ejemplo, una autora como Nunes da Costa (2018) argumenta que la teoría política de Hobbes puede ser entendida como «el intercambio de poder por libertad, una libertad que tiene una naturaleza inalienable y que nos permite reconsiderar e

soberano (y sus potestades) en este pacto, elimina también la posibilidad de los monarcas de fundar su posición y derechos en algún tipo de derecho divino.

De hecho, en esta construcción, el soberano no parecería asimilarse completamente a una persona o conjunto de personas. Por el contrario, la idea del soberano en Hobbes parece ser la de una máquina o artefacto: una máquina que no ha aparecido por intervención divina ni por generación espontánea, sino que es invención del hombre, producto de su inteligencia, con el objetivo de garantizar la protección humana. En este marco, podría decirse la persona o grupo de personas que parecieran ser el soberano (pues son la cara visible de la emisión de órdenes o el reclamo de obediencia) no son en realidad directamente identificables con éste¹⁰.

La noción de soberano en Hobbes parece en todo caso estar más asociado con la noción de Estado, entendiendo al Estado como esta construcción artificial o máquina producto de la inteligencia humana; y la «cara del soberano», la persona o personas de carne y hueso, serían el «alma» de aquella máquina para la que actúan como sus caras visibles.

3.3. La relación de autoridad/I: la soberanía

Tal como surge del punto anterior, la soberanía es una cualidad detentada por aquel soberano que emerge del pacto social tal cual ha sido descrito. Es una cualidad compuesta por innumerables atributos, entre las cuales puede encontrarse el derecho de decidir sobre los medios para la paz y la guerra, así como cuándo hacer la paz o la guerra con otras naciones; decidir qué opiniones o doctrinas son buenas o adversas para la paz; dictar la reglas que rijan en el marco del grupo de sus súbditos (en particular, las que rigen la propiedad); decidir en las controversias; imponer premios o castigos, así como dar títulos de honor o establecer un rango de ellos entre los súbditos; y elegir su gabinete, entre otros derechos/poderes (Hobbes, 1999[1651], pp. 109-112 – cap. XVIII).

La soberanía así descrita puede ser entendida como (el contenido de) la autoridad que posee el soberano, entendida ésta en términos de poder (tanto poder fáctico como derecho a ejercer el poder). Al resultar de un pacto social en el cual los contratantes han aceptado ceder todo su poder y sus derechos, esta soberanía deviene: i) absoluta, toda vez que ninguno de ellos ha retenido ninguna potestad, ni siquiera el derecho de resistencia (aun, en apariencia, en el caso de que el soberano no pueda proteger sus vidas); e ii) indivisible, toda vez que el soberano es la figura de poder última del territorio en el cual se erige y no hay otra figura equivalente que pueda juzgar o controvertir sus decisiones (sólo pueden existir otras que actúen como sus delegados, bajo su expresa autorización).

La consecuencia de lo anterior es que quien detenta la soberanía necesariamente se encuentra por encima de las leyes que rigen para todos los demás. Al mismo tiempo, absorbe toda la legalidad y la racionalidad, dado que el soberano-Estado concentra todo lo que es legal y racional, en contraposición a todo lo que es

imaginar nuevas posibilidades para la vida democrática» (p. 60). Cfr. Nunes Da Costa (2018, pp. 60, 69-70, 72-73).

¹⁰ Otra forma, y quizás más fina, de describir esta relación puede ser considerada de la siguiente manera: el «soberano» sería el representante del «Estado», del cual constituiría su alma; y la/s persona/s que parecen ser el «soberano» (por ejemplo, el monarca o los miembros de la asamblea soberana) no pueden identificarse directamente con el soberano, sino que serían únicamente serían únicamente sus «caras visibles». No existe relación de «representación» entre la figura del soberano como tal y la/s persona/s que contingentemente, en un determinado tiempo y lugar, parecen ser el soberano. Agradezco al/la revisor/a anónimo/a que insistió con la necesidad de aclarar este punto y desarrolló sugerencias preciosas al respecto.

irracional o despojado de derecho positivo que está representado por el estado de naturaleza.

Quien detenta la soberanía también decide sobre qué es lo correcto y qué es la verdad. Esto se vuelve más claro cuando Hobbes sostiene que es la autoridad, no la verdad, la que hace la ley (y que, por tanto, nada es «verdad» sino todo es autoridad o comando). Aun así, la soberanía se extiende sobre los actos y no sobre las creencias; por lo que bastaría con que el hombre sometido al soberano actuase en el sentido ordenado aun cuando en su fuero interno no creyera en ello e incluso si se opusiera internamente con vehemencia.

3.4. La relación de autoridad/2: la obediencia

La relación entre el soberano (quien detenta la soberanía) y aquellos que han consentido el pacto social (quienes han cedido su poder y derechos) puede ser concebida como una relación de deberes. Por un lado, el soberano «debe¹¹» protección de la seguridad y la vida de los contratantes; por el otro, los beneficiados por ese deber de protección tienen un deber de obediencia como contracara o contraprestación. Esta relación mutua entre protección y obediencia parece surgir de la idea de que aquel que busca protección o seguridad está dispuesto (o está destinado) a transformarse en un súbdito, tal como sucedía explícitamente en la época medieval entre siervos o vasallos y señores feudales (Hobbes, 1999[1651], p. 445 – cap. XXIX)¹².

Este tipo de obediencia elimina la posibilidad de un derecho de resistencia por parte de los súbditos para con los designios de quien detenta la soberanía. La mera posibilidad de un derecho a resistencia atenta contra las propias bases del pacto social tal como es concebido por Hobbes, dado que significaría atentar contra el poder y los designios del soberano, quien es garante de la paz y quien evita la guerra. En este sentido, la resistencia contra el soberano es una negación de su autoridad y, por antonomasia, una negación del propio pacto social; y quien la ejerce se transforma en un enemigo de la sociedad, un extranjero respecto del grupo de pertenencia al cual niega a través de su resistencia.

En vista de lo anterior, no es extraño que Hobbes considere a la resistencia a la autoridad como una enfermedad a extirpar, entendiendo que quien detenta la soberanía tiene potestad para llevar adelante cualquier acción necesaria para mantener la vigencia del pacto social y, así, evitar que se llegue a una guerra civil que significaría una vuelta al estado de naturaleza.

Sin embargo, dado que el fin de la obediencia es recibir protección a cambio, la obligación de los súbditos de obedecer al soberano dura todo lo que dure la capacidad fáctica de este último de mantener su promesa de protección. Esto hace que la soberanía tenga, para Hobbes, un límite concreto: el momento en el cual quien

¹¹ Es importante aclarar aquí que el soberano se encuentra fuera del pacto y, por tanto, puede considerarse como fuera del entramado de deberes mutuos que se establecen entre los pactantes (los súbditos). Cfr. Hobbes (1999 [1651], cap. XVIII). Puede entenderse que cada súbdito se encuentra en un entramado de deberes tanto para con los otros súbditos como para con el soberano: el deber absoluto de obediencia al soberano puede considerarse un reflejo del deber asumido hacia los otros, al momento de consentir el pacto social y ceder poder y derechos. Cuando se habla aquí de «deber» del soberano, se trataría en todo caso o bien de un «deber» en sentido muy débil o bien un «deber» en sentido técnico: al momento en que deja de proveer de protección a la seguridad y vida de los contratantes, perderá la obediencia de los súbditos (esto es, los súbditos dejarán de tener el deber de obedecerle y, por tanto, no romperán el pacto social con otros súbditos si desobedecen). Agradezco al/la revisor/a anónima/o que insistió en la necesidad de aclarar este punto y ofreció, además, comentarios preciosos al respecto.

¹² El correspondiente capítulo es «A Review and Conclusion».

la detenta deje de cumplir con su obligación de garantizar el orden y la paz y, a través de ellos, garantizar la supervivencia de los habitantes del territorio que se sometieron al pacto social. La vida, y la defensa de la vida, son los únicos derechos que las personas no renuncian (ni podrían renunciar) al momento de realizar el pacto. Por lo tanto, no puede exigírseles que continúen obedeciendo cuando el soberano no les asegura la supervivencia, porque hacer ello implicaría por parte de ellos una renuncia indirecta a defender sus vidas (Hobbes, 1999[1651], p. 136 – cap. XXI).

Por otra parte, la obediencia es considerada aquí como conformidad observable con las directivas del soberano: se trata de obediencia externa (identificada a través de hechos observables en las acciones de los individuos) y no de obediencia interna (vinculada a los pensamientos, motivos o creencias de estos)¹³. En el fuero interno de los súbditos, la soberanía no tiene ninguna injerencia ni debe tenerla; sólo la tiene en las exteriorizaciones, y son en esas exteriorizaciones donde se manifiesta, en todo caso, la resistencia¹⁴.

4. El modelo raziano

El discurso de Joseph Raz sobre la autoridad (la así llamada concepción de servicio o «*Service Conception*»¹⁵) es una teoría contemporánea, desarrollada lejos de las dos guerras mundiales y del período entreguerras. Sus preocupaciones teóricas no están ligadas a un poder relacionado con la crisis y la guerra, en el marco de períodos de crisis y circunstancias extremas, sino a un poder relacionado con la vida en condiciones normales al interior de una sociedad ya establecida.

En la concepción de servicio raziana, la autoridad aparece como un instrumento que, a través de su uso, brinda a las personas mejores razones para actuar en determinado sentido de las que un individuo, intentando razonar por sí mismo, podría llegar a darse. La autoridad brinda así el servicio de ayudar a la capacidad racional de los individuos y a maximizar la conformidad de sus acciones con las razones para la acción que les aplican.

4.1. La concepción «de servicio» de la autoridad

La concepción de servicio raziana ofrece una concepción respecto de la autoridad legítima relacionada directamente con la utilidad que ésta cumple en el marco de las sociedades: la de proveer un «servicio» para los agentes, autónomos y racionales, a la hora de decidir cómo guiar sus conductas.

Esta concepción tiene tres características. En primer lugar, no se trata de una concepción descriptiva sino de una concepción normativa en dos sentidos: uno, relativa a las condiciones bajo las cuales una autoridad es legítima; otro, relativa a la forma en la cual las autoridades deben conducirse. En segundo lugar, y, en consecuencia, el único tipo de autoridad que realmente importa en esta concepción es la autoridad legítima (el cual Raz separa de lo que llama autoridad *de facto*). En tercer lugar, Raz no discute la necesidad o no de la existencia de la autoridad; lo que discute es, exclusivamente, la legitimidad o no de ésta (Raz, 1986, pp. 4-5, 23, 27, 63; Raz, 2006, p. 1006)¹⁶.

¹³ Cfr. Schmitt (1996 [1938], pp. 56, 58, 61); Venezia (2015, pp. 60-62).

¹⁴ En este punto, el pensamiento de Hobbes parece similar al de Bentham (1970[1782]).

¹⁵ Así aparece nombrada, quizás por primera vez de modo expreso, en Raz (1986, pp. 56, 63, 67).

¹⁶ Este último punto ha sido desarrollado y criticado por Ródenas (2006). La concepción de la autoridad como servicio puesta a prueba. *Doxa*, 29.

El interés de Raz en relación con la autoridad es dar respuesta a dos interrogantes que, si bien interrelacionados, son verdaderamente diferenciables. La primera es lo que llama «pregunta teórica», referida a cómo debe entenderse la directiva de una autoridad: es decir, cómo entender la transformación de esa comunicación de intenciones por parte de un sujeto a la creación de razones u obligaciones para otro. La segunda, a la que llama «pregunta moral», referida a cómo justificar que alguien se sujete a la voluntad de otro y, al mismo tiempo, seguir siendo una persona autónoma y racional (lo cual, en consecuencia, también responderá la pregunta sobre la legitimidad de una autoridad) (Raz, 2006, pp. 1012-1014).

La «pregunta teórica» es respondida argumentando que aquella transformación (de la expresión de intenciones de X a la creación de razones u obligaciones hacia Y) ocurre sólo si existen suficientes razones para Y para ser sujeto de las obligaciones afirmadas por X. Es decir, X puede tener autoridad sobre Y sólo si hay suficientes razones válidas para ello (Raz, 2006, p. 1013)¹⁷.

La «pregunta moral» es respondida señalando que la justificación ocurre si concurren simultáneamente dos condiciones o requisitos: por un lado, la verdad de la tesis de la justificación normal («*Normal Justification Thesis*») o tesis de la justificación normal; y, por el otro, la verdad de la tesis de la dependencia («*Dependence Thesis*») y/o de la condición de independencia («*Independence Condition*»), según la obra considerada. Estas condiciones o requisitos son tesis morales (Raz, 1986, p. 53).

La tesis de la justificación normal establece que, en condiciones normales, la forma de establecer que una persona X tiene autoridad sobre otra persona Y se hace como sigue. Se debe demostrar que una persona Y probablemente actuaría con mayor conformidad con las llamadas razones subyacentes (razones que se le aplican independientemente de la existencia de X) si trata a las directivas de X como autoritativas (esto es, las trata como razones protegidas), que si no lo hace y trata de seguir las otras razones directamente (Raz, 1986, p. 53). Así propuesta, la tesis de la justificación normal parece proponer un extremo que debe comprobarse para tenerse como verdadero¹⁸.

Por su parte, la tesis de la dependencia (postulada en Raz, 1986, p. 47) establece que todas las directivas autoritativas deberían estar basadas en razones que ya aplicarían a los sujetos independientemente (esto es, *prima facie*, sin intervención de la autoridad) y que son relevantes para su acción en las circunstancias abarcadas por la directiva en cuestión. Esto es, que deberían estar basadas en las razones dependientes o subyacentes. Así, la directiva de una autoridad no debe constituir una nueva razón diferente de las que ya existen y se aplican al sujeto al momento de éste encontrarse en posición de evaluar su curso de acción. Ésta no es

¹⁷ Varias preguntas surgen en relación con este punto como, por ejemplo: ¿quién es el que identifica esas «razones»? Y, más aún, ¿quién califica esas razones como «suficientes»? Como veremos más adelante, Raz no da una respuesta convincente (si es que la da) a estos interrogantes.

¹⁸ Aun cuando Raz nunca dé una respuesta clara a: 1) Si este test es realmente un test de comprobación fáctico o es un ideal regulativo; 2) si es un test *ex ante* o *ex post*; y 3) quién lleva adelante este test, y 4) quién determina el resultado. Si la misma persona es la que lo lleva adelante, el test no puede servir para justificar la autoridad dado que, si la persona puede hacer ese balance, significa que puede darse cuenta por sí misma que su elección no es la más correcta, por lo cual no tendría sentido que eligiera actuar de la forma menos correcta y actuaría de la nueva forma sólo por su propio razonamiento, sin necesitar a la autoridad. Si es un observador o una persona externa, entonces no podría sostenerse que la autoridad es la persona que emite las directivas; lo sería el que establece que esas directivas son mejores razones para la acción que las otras razones que se aplican al caso (y nada se dice sobre quién establece quién es esta persona, ni los criterios que utiliza para evaluar sobre cuál es mejor y cual no). Ni hablar si la respuesta a la inquietud es que el que lleva adelante el test es la misma persona que emitió la directiva.

una afirmación descriptiva sino prescriptiva, relacionada con el modo en el cual las autoridades deben ejercer su poder (Raz, 1986, pp. 47, 53).

La condición de independencia (la cual aparecería como «reemplazo» de la anterior en Raz, 2006, p. 1014) establece que, en los asuntos relacionados con la tesis de la justificación normal, es mejor ajustarse a los dictados de la razón que a decidir por uno mismo, no ayudado por la autoridad. Dada la definición de la tesis de la justificación normal, la condición de independencia parecería sostener que en aquellos casos donde pueda ser demostrado que las directivas de la autoridad permiten actuar mejor que si se actuara con base en el juicio personal, es más valioso actuar «correctamente» (siguiendo esas directivas, logrando así el mejor resultado) que actuar según el juicio de cada quien (sin lograr ese resultado o lográndolo con mucho más costo).

Si ambas condiciones o requisitos se cumplen simultáneamente (la tesis de la justificación normal, por un lado, y la tesis de la dependencia o condición de independencia, por el otro), la autoridad puede ser calificada como legítima (Raz, 2006, pp. 1019, 1026) y, por tanto, se encuentra justificada en su pretensión de autoridad legítima. Esta legitimidad implica, a modo de corolario, que las razones que da la autoridad a través de sus directivas deban tener preeminencia por encima de cualquiera de las otras razones que aplican al caso. Esto es, que deban ser consideradas por los individuos como razones protegidas para la acción: una razón de primer orden para hacer algo, y una razón de segundo orden para excluir a todas las razones en contra de la relación de esa acción (Raz, 2006, n. 19)¹⁹.

Esta última es la tesis de la preeminencia o reemplazo («*Pre-emption Thesis*»)²⁰, la cual es para Raz un corolario natural: si se desea alcanzar el fin valioso de actuar con mayor conformidad a las razones subyacentes, el cual se sabe que se alcanzará en el caso de que se sigan las directivas de una autoridad legítima, entonces estas directivas deben reemplazar a todas las otras en el razonamiento práctico del individuo. Sólo así, las directivas autoritativas pueden cumplir con su función y la autoridad legítima, ofrecer su servicio a los individuos. Veamos esto.

4.2. Función, servicio y utilidad de la autoridad

Tal como se desprende de los puntos anteriores, la autoridad en el modelo raziano es una herramienta para los seres humanos. Esta utilidad está relacionada con maximizar la razón humana, siendo la razón o racionalidad humana el aparente valor central para Raz (aun cuando la «libertad» parezca serlo *a priori* a juzgar por la importancia que este autor da a la argumentación y desarrollo de las nociones de la libertad individual y la autonomía de la voluntad). En este sentido, lograr esta maximización sería, si se quiere, la razón de ser («*the point of*») de la autoridad como autoridad (Raz, 1986, pp. 48, 69; Raz, 2006, pp. 1017-1019, 1025, 1027).

Por otra parte, esta utilidad también parece estar relacionada con la reducción para los seres humanos de las «cargas» de tomar una decisión por sí mismos (Raz, 2006, p. 1027). Este último extremo parece sin embargo un simple beneficio colateral, que en todo caso estaría absolutamente subordinado a la maximización de la razón tal cual fue descrita anteriormente. Ello así pues la mera quita de la carga de decidir

¹⁹ Asimismo, las directivas autoritativas deben ser consideradas como son razones independientes del contenido, pues no existe una conexión directa entre la razón y la acción para la cual ésta sirve como razón de base: su fuerza obligatoria no depende de su contenido, sino de un criterio externo (la legitimidad de la autoridad). Para un desarrollo (revisado) del concepto de razón excluyente, cfr. Raz (1999, pp. 35-84 y 178-199).

²⁰ Cfr. Raz (1986, p. 59 y ss).

no podría explicar la legitimidad intrínseca u objetiva de la autoridad, y por tanto la fuerza obligatoria de sus directivas, en los términos que Raz maneja.

La naturaleza o rol de la autoridad que Raz propone, a la luz de las consideraciones anteriores, es la de ser (o constituirse en) un mediador en el razonamiento práctico de los seres humanos (Raz, 1986, pp. 59-61). La autoridad se presenta, así, como un intermediario entre los individuos y las razones que se les aplican: su rol es emitir directivas que sean la conclusión del mejor balance de razones posible considerando las razones subyacentes. Así, si los individuos siguen estas directivas autoritativas (en vez de actuar con base en sus propios juicios, realizando sus propios balances de razones), podrán actuar con mayor conformidad a las razones subyacentes; actuando, así, del mejor modo posible según la razón.

Existiría asimismo un rol de coordinación para la autoridad, el cual podría a primera vista parecer secundario (Raz, 1986, p. 73). Sin embargo, si se considera que los resultados de aquella «maximización de la razón humana» referida anteriormente están atravesados por el hecho de que los individuos en general existen en el marco de grupos humanos o sociedades en sentido amplio, no parecería difícil concebir que la coordinación humana aludida formase parte esencial del balance de razones que realiza la autoridad antes de emitir sus directivas. A fin de cuentas, el modo de actuar que cumpla esa condición de «maximización» para un individuo puede depender de la coexistencia de otros individuos, teniendo así que tomar en cuenta el actuar u omitir de otros y no meramente el del sujeto que realiza el balance de razones para la acción. En este sentido, el rol de coordinación de la autoridad sería entonces una parte, no algo diferente, del rol de «mediador en el razonamiento» anteriormente descrito²¹.

4.3. Justificación de la legitimidad y derecho al comando

La justificación de la autoridad que ensaya Raz está intrínsecamente relacionada con la utilidad que le asigna. Así, la pretensión de autoridad legítima de un individuo, grupo o institución se justifica porque sus directivas en efecto ayudan a la razón humana (Raz, 2006, p. 1017); y esto es el caso sí, a través de someterse a la autoridad, un individuo tiene más posibilidades de actuar exitosamente por las razones que se le aplican que si no se somete (Raz, 1986, p. 71). Raz llega incluso a afirmar que la autoridad se justifica porque su existencia es «por el bien» de los individuos (Raz, 2006, p. 1044).

Este tipo de justificación no implica para Raz sólo proveer razones para aceptar la autoridad. Implica, asimismo, establecer que no hay razones de peso contra esta aceptación que puedan derrotar las razones para la existencia de la autoridad, tales como la existencia de otra persona o entidad que tiene una mejor pretensión para ser reconocida como autoridad (y estas pretensiones son incompatibles), o el ideal atractivo de que las personas conduzcan su vida por sus propios medios y decisiones (Raz, 1986, p. 57).

Por otra parte, la justificación de la autoridad no sólo se da en el marco de una relación autoridad-individuo, sino también en el marco de una relación autoridad-comunidad. En este último caso, la justificación también debe incluir la muestra o prueba de que los miembros de la comunidad en la cual se impondrá determinado sistema (que les importará determinadas cargas) tienen razones para contribuir con

²¹ Es de todas formas controvertido cuál sea la relación entre ambos roles de la autoridad para Raz, especialmente en lo que respecta a las autoridades políticas. Desarrollarlos excedería el objetivo del presente trabajo. Puede verse, sin embargo, la postura de Caracciolo (2009).

su parte al mantenimiento de ese sistema, aunque éste beneficie sólo a otros (Raz, 1986, p. 71)²².

La legitimidad de una autoridad está así dada porque haya suficientes razones para aceptarla; esto es, que haya suficientes razones para seguir sus directivas independientemente del propio balance de razones sobre los méritos de una acción determinada (Raz, 1986, p. 40). Éste es el caso cuando se cumplen simultáneamente los dos requisitos establecidos por las dos tesis morales señaladas anteriormente: la tesis de la justificación normal y la tesis de la dependencia/condición de independencia.

A criterio de Raz, la concepción de servicio contribuye a limitar la autoridad, tanto su existencia como sus directivas y el alcance de éstas, dado que establece una serie de requisitos o condiciones que deben verse cumplidas para poder asignarle «legitimidad» a una autoridad cualquiera (y, con esa asignación, la aceptación de sus directivas como razones protegidas a las cuales ajustarse y el establecimiento de la obligación de los individuos de seguirlas)²³.

4.4. Consentimiento y obediencia

El afirmar que una autoridad es legítima implica reconocer que tiene un derecho a mandar, lo cual, según Raz, no implica reconocer una obligación de obedecer por parte de los individuos en el sentido tradicional de obediencia. Lo que implica es que, una vez afirmada la legitimidad (es decir, afirmada la concurrencia conjunta de la tesis de la justificación normal y la tesis de la dependencia/condición de independencia), las directivas emitidas tienen preeminencia sobre las otras razones para la acción aplicables (tesis de la preeminencia o reemplazo). En consecuencia, las directivas deben reemplazar a las otras razones en el razonamiento práctico. Aunque esto implique que el individuo efectivamente suspende su juicio personal sobre el asunto, no es para Raz una obediencia en un sentido de imposición o de actuación en contra de la voluntad del individuo (Raz, 1986, pp. 40, 59; Raz, 2006, pp. 1019-1020).

En este sentido, no hay para Raz una relación de obediencia en el sentido tradicional. Incluso, la «aceptación» de la autoridad por parte de los individuos (brindada tácita o expresamente) no constituiría por sí misma, independientemente de otras consideraciones, una explicación adecuada o suficiente respecto de lo que él denomina autoridad legítima (Raz, 1986, pp. 26, 60).

A criterio de Raz, para tener autoridad sobre alguien se requiere su consentimiento. Sin embargo, el problema moral relacionado con la justificación de que alguien se someta a la voluntad de otro sin dejar a la vez de ser un sujeto autónomo no se soluciona exclusivamente a través del argumento del consentimiento. Sólo lo haría si existiera una razón para que ese consentimiento sea vinculante; pero la circunstancia de que exista esta razón es contingente y debe analizarse caso a caso, por lo que no puede afirmarse de modo genérico y *a priori* (Raz, 2006, pp. 1037, 1039).

Lo anterior hace que el consentimiento cumpla un rol en la justificación de la autoridad, pero no uno principal sino uno secundario. A primera vista, podría pensarse que el consentimiento en esta construcción de Raz sería una condición necesaria, mas no suficiente, de la justificación de la autoridad (y, con ello, la justificación de la

²² Éste podría ser considerado un argumento del «*fair play*»; Finnis (1984), por ejemplo, podría estar de acuerdo cuando propone su concepción del derecho como «red sin costuras» (p. 120).

²³ Cfr. por ejemplo Raz (1986, pp. 41, 47); Raz (2006, p. 1008).

fuerza obligatoria de sus directivas). Sin embargo, ciertas afirmaciones de Raz parecen incluso quitarle la función de condición necesaria, como cuando parece sostener que el consentimiento de los individuos no sería requerido para establecer un gobierno «justo» (Raz, 1986, pp. 89-90, 93).

5. Los modelos hobbesiano y raziano: un análisis global comparativo

Tras esta breve reconstrucción de los modelos hobbesiano y raziano, parece posible realizar un análisis global y comparativo que muestre sus posibles similitudes y evidencie sus claras diferencias.

5.1. Sobre los servicios que brinda la autoridad

Ambos modelos se basan, en mayor o menor medida, en la idea de que la autoridad brinda un servicio a los individuos o súbditos para alcanzar un fin valioso. Sin embargo, este servicio es diferente para cada modelo, pues también parece ser diferente el fin valioso privilegiado. En el caso del modelo hobbesiano, la autoridad sirve para proteger; en el caso del modelo raziano, por su parte, la autoridad sirve para guiar (o coordinar).

Incluso si se entiende la propuesta de Raz de un modo más amplio e inclusivo (afirmando así que las razones de protección son «razones» cumpliendo las cuales los individuos logran su objetivo de lograr resguardo), la distinción anterior parece mantenerse de todas formas. Ello así porque, a mi entender, la función central de la autoridad en el modelo raziano continúa encontrándose en lograr que los individuos actúen libremente y de la forma más conforme a la razón posible (algo que puede o no tratar sobre cuestiones de protección, en particular de la vida). Esto es diferente al modelo hobbesiano, donde la función se centra exclusivamente en la protección de la vida (dando poca o nula importancia a las circunstancias de acción de los individuos y a cuestiones referidas a la razón).

En algún sentido, pareciera que la autoridad en el modelo hobbesiano parece estar demasiado enfrascada en la protección física de los individuos. Por el contrario, la autoridad en el modelo raziano parece estar demasiado enfrascada en proteger la autonomía (o libertad) del hombre, la cual en algunos casos puede entrar en abierta contradicción con la protección de su vida e integridad física.

5.2. Sobre las concepciones de legitimidad

Para el modelo hobbesiano, la legitimidad de la autoridad está medida con el baremo de la protección que efectivamente alcanza a realizar (aun cuando Hobbes no ofrezca parámetros para realizar esa medición, ni implique quién ni cuánto pueden determinar la efectividad de aquella protección). El mayor interés es la preservación de la vida humana, su existencia física, siendo la muerte (y/o la vuelta al estado de naturaleza) el gran mal a evitar.

Para el modelo raziano, por su parte, la legitimidad de la autoridad está dada en la medida que sea útil para los individuos, ofreciéndoles la actuación con mayor conformidad a las razones que les aplican, ahorrándoles tiempo y/o costos, y/o coordinándolos. El mayor interés parece ser preservar la autonomía personal del

individuo, no su existencia física. El gran mal que evitar aquí es la pérdida de la autonomía o la libertad en general (Raz, 1986, p. 12)²⁴.

Esto hace que, para el modelo hobbesiano, quien tenga poder efectivo será una autoridad legítima²⁵; pero para el modelo raziano, poder efectivo (incluso aquel que garantice la vida) y legitimidad son dos cosas separadas (Raz, 1986, p. 75)²⁶.

Asimismo, el modelo hobbesiano propone una justificación de la autoridad donde el análisis de su legitimidad y sus directivas es general y homogéneo. Si la autoridad tiene la capacidad efectiva de proteger a los individuos, entonces hay un deber general de obediencia a sus directivas, independientemente de cuál sea su contenido, y también independientemente de las características personales de los individuos. En cambio, el modelo raziano propone un tipo de justificación de la autoridad donde el análisis de la legitimidad es particular y variable: es sensible a las características personales de los individuos, así como a las diferentes directivas de la autoridad (Raz, 1986, p. 80). Esto genera una diferencia apreciable entre las posturas de ambos modelos en relación con la existencia o no de un deber general de obedecer a la autoridad, especialmente cuando se trata de la autoridad política.

5.3. Sobre la existencia de la autoridad: de necesidad a utilidad

El modelo hobbesiano parte de la idea de necesidad y de miedo: de un estado de naturaleza terrible, el cual debe abandonarse cuanto antes y casi a cualquier costo. En cambio, el modelo raziano parte de una idea de utilidad, no de necesidad *per se*: no involucran al miedo o temor en sus argumentaciones; de considerarlos bajo una lupa contractualista, partirían de un estado de naturaleza diferente.

Lo anterior puede, al menos en parte explicarse por la diferente concepción del ser humano que parece subyacer a los dos modelos. El modelo hobbesiano parte de una visión antropomórfica del ser humano como hombre malo. Por su parte, el modelo raziano parece partir de una visión antropomórfica del hombre bueno o, al menos, neutral. De allí la posible diferencia de que el modelo hobbesiano ofrezca una justificación y rol de la autoridad relacionados con la protección y la necesidad de proteger a los individuos, y que el modelo raziano ofrezca una justificación y rol de la autoridad relacionados con la guía de la conducta humana y la maximización de la actuación en conformidad con los dictados de la razón.

Siguiendo esta línea, para el modelo hobbesiano el consenso entre los individuos se alcanza en virtud del miedo o terror por la supervivencia, frente al cual la razón aconseja la necesidad de someterse a un poder más fuerte que los individuos para alcanzar lo que estos, de modo individual, no pueden lograr (Schmitt, 1996[1938], p. 33). Para el modelo raziano, el mismo consenso se alcanza no producto de una necesidad acuciante o de circunstancias extremas, sino en virtud de meras consideraciones de utilidad, para llegar más rápido y con la mayor eficiencia a resultados que los individuos podrían (incluso parcialmente, quitando cuestiones específicas de coordinación) lograr por sí mismos.

²⁴ Aunque luego Raz explica que la libertad no puede ser vista como algo que puede existir por sí mismo (Raz, 1986, p. 19).

²⁵ Para una posible opinión en contra, cfr. Venezia (2015, pp. 41-56).

²⁶ En el caso de la autoridad política, y si se considera como argumento justificativo el rol de coordinación, es posible afirmar que el poder efectivo (ser una autoridad *de facto*) es no solo condición necesaria sino incluso suficiente para la legitimidad de una autoridad. Cfr. Caracciolo (2009, pp. 113 y ss). Esto aplica para ambos modelos.

Esto se refleja, también, en una visión completamente diferente del rol de la autoridad en una sociedad. Para el modelo hobbesiano, la autoridad cohesiona a la sociedad; por este motivo, sin autoridad no existirían sociedades²⁷. Para el modelo raziano, en cambio, la autoridad contribuye a maximizar la conformidad con la razón y a resolver problemas de coordinación; pero su presencia o ausencia no determina la existencia o preservación de una sociedad.

Curiosamente, el modelo hobbesiano entiende que una situación de igualdad en la potestad ilimitada para llevar adelante cualquier tipo de acción contra otro es característica del estado de naturaleza, y es relacionada con aquel estado del «todos contra todos». El modelo raziano, en cambio, entiende esta situación en otro sentido (también vinculado con la igualdad de potestades o derechos, pero no sin límites): es entendida, así, como una posible característica del estado de civilización, y se relaciona con la coordinación humana.

5.4. Sobre el deber de obediencia y el derecho de resistencia

Para el modelo hobbesiano, no hay lugar para algo así como un derecho a la resistencia contra la autoridad. Hay un deber general de obediencia a ésta, que sólo encuentra un límite en caso de que la autoridad dejara de cumplir con su papel de protector²⁸. Para el modelo raziano, en cambio, no hay un deber general de obediencia hacia la autoridad política. Sin embargo, si la autoridad política se trata de un Estado razonablemente justo, Raz señala que la desobediencia tiene que derrotar una presunción en contra basada en los resultados no deseados que ésta puede ocasionar (Raz, 1979, p. 262).

Puede apreciarse, así, como, para el modelo hobbesiano, la autoridad de A es (inmediata e indisociablemente) correspondiente a la obediencia de B. El modelo raziano critica esa asociación (Raz, 1986, p. 23)²⁹, estableciendo dos cosas: la primera es que uno obedece porque da más valor a mejorar el resultado que a decidir por uno mismo, lo cual es contingente a sus propias circunstancias y, por tanto, no posible de determinar de modo general y *a priori* (Raz, 1986, p. 69). La segunda es que, incluso si se considera la justificación de la legitimidad desde el argumento de la coordinación, la autoridad política no es el único medio posible para lograr el fin valioso; por tanto, incluso aunque lograrlo sí fuese un deber moral, la obediencia a la autoridad no puede ser considerada igualmente un deber (Raz, 1979, p. 249)³⁰.

Por otra parte, el modelo hobbesiano parece asociar consentimiento con fuerza obligatoria: los individuos consienten a la autoridad, vía contrato social o voto, e inmediatamente las directivas autoritativas tienen fuerza obligatoria para estos. El modelo raziano, por su parte, separa consentimiento de fuerza obligatoria y rechaza que el consentimiento pueda ser la (única) fuente de esta última (Raz, 1986, p. 89).

Por último, los modelos tienen diferentes concepciones subyacentes de lo que son las preferencias de la autoridad. Para el modelo hobbesiano, estas preferencias pueden ser consideradas como mandatos respaldados por amenazas y no hay control sobre los mismos. El control sería sólo de hecho: ver si el soberano protege o no a

²⁷ Finnis (2011) es de la misma opinión, aunque por considerar que la autoridad política (el derecho) es el único medio útil para que un grupo humano resuelva los problemas de coordinación existentes y se logre el bien común.

²⁸ Cfr. Schmitt (1996 [1938], p. 46). La posibilidad de que Hobbes reconociera un «derecho a la resistencia» al mismo tiempo que una «potestad de disponer de la vida» por parte del soberano fue desarrollada en los puntos anteriores.

²⁹ Para un verdadero rechazo *in extenso*, cfr. Wolff (1976, capítulo 12).

³⁰ Éste es uno de los mayores puntos de discrepancia entre, por ejemplo, Raz y Finnis. Finnis (1984).

los súbditos. El hecho de que tengan o no fuerza obligatoria nada tiene que ver con los súbditos, y la fuerza o coerción juega en ellas un papel fundamental³¹.

Por su parte, para el modelo raziano, las preferencias de la autoridad son razones para la acción de un tipo especial: razones protegidas e independientes del contenido (Raz, 1986, p. 35). El hecho de que tengan o no fuerza obligatoria está sólo parcialmente definido por los súbditos, en el sentido de que las circunstancias personales de cada individuo pueden volver falsa a la tesis de justificación normal. Sin embargo, aquí la fuerza o coerción no juega ningún papel fundamental, sólo en todo caso uno completamente secundario y conceptualmente no necesario.

5.5. Sobre la relación entre autoridad y verdad o corrección

Para el modelo hobbesiano, la autoridad funciona como un ejemplo de la razón pública, y por tanto determina qué es verdad o qué es correcto³². Lo anterior cambia con la lógica de las razones para la acción del modelo raziano, dado que su autoridad no determina necesariamente qué es verdad o qué es correcto: la verdad o corrección es objetiva e independiente de cualquier determinación o verificación. Lo que tendría una autoridad legítima en el modelo raziano es, de algún modo, un mayor conocimiento acerca de cuál es esa verdad o esa corrección (moral).

De este modo, las nociones acerca de lo bueno y lo malo (así como lo correcto e incorrecto) son tratadas de modo diferente en los dos modelos. Por la forma que adopta el soberano en el modelo hobbesiano, la cual es en muchos aspectos absoluta, podría sostenerse que la decisión sobre lo bueno/malo o bien es trivial (dado que lo que realmente importa no son los meros valores morales sino cuestiones como la fuerza y el poder), o bien está en manos del soberano de turno (por lo cual es contingente y variable). Sin embargo, en el modelo raziano, los valores morales no son de ningún modo de la voluntad de autoridad sino, justamente, independientes y preexistentes a ésta (y a los individuos).

6. Conclusiones acerca de los modelos hobbesiano y raziano: problemas y falta de utilidad práctica

El desarrollo de los puntos anteriores permite vislumbrar algunos elementos centrales de dos modelos de discurso acerca de la autoridad. Las diferencias entre estos son extensas; sin embargo, las similitudes analizadas entre ambos modelos parecen ser más de las que pueden surgir a simple vista. Tanto el modelo hobbesiano como el modelo raziano proponen, de modo más o menos explícito, la idea de que la autoridad brinda algún tipo de servicio a los ciudadanos o súbditos bajo su alcance. Proponen así justificaciones de tipo teleológico. En el caso de Hobbes, este servicio está relacionado con la garantía de la seguridad o paz de los individuos; en el caso de Raz, este servicio está relacionado con una actividad de guía de conducta o coordinación entre acciones de los individuos. En ambos casos, este servicio sirve para justificar moralmente no sólo la existencia sino también la legitimidad de la autoridad que lo brinda, y un cese o defecto de la provisión de este servicio implicaría la pérdida de la legitimidad y de la razón de ser de la autoridad.

La coincidencia sobre este punto, a mi entender, va incluso más allá de lo anterior. Así como ambos modelos postulan (con sus obvias diferencias) a este servicio como elemento central de la justificación de la autoridad, ninguno de ellos

³¹ Venezia (2015, pp. 51-56) argumenta que Hobbes no reservaría a la coerción un rol necesario en relación con los comandos.

³² Cfr. Schmitt (1996 [1938], p. 45).

propone criterios claros acerca de quién verifica el cumplimiento o no de este servicio: esto es, quién determina cuándo la autoridad efectivamente cumple con su función de protección y cuándo deja de hacerlo, en el caso del modelo hobbesiano; y quién determina cuándo la autoridad efectivamente cumple con su función de mediador en el razonamiento práctico (y de coordinador), en el caso del modelo raziano.

No sólo eso. Tampoco ofrecen criterios realmente claros en relación con cómo verificar ese cumplimiento. En el caso del modelo hobbesiano, por ejemplo, no se sabe en qué consistiría exactamente la garantía de protección de la vida y seguridad y, por tanto, desde qué momento (diferente de la efectiva muerte) podría considerarse que un soberano ha dejado de cumplir con su función. Es aún más acuciante en el caso del modelo raziano, cuya tesis de la justificación normal establece de modo muy vago una «mayor probabilidad de actuar en conformidad» con las razones subyacentes, sin ofrecer ningún elemento para determinar (salvo *ex post facto*) si seguir la directiva o no tendría mayores probabilidades de conducir a esa mayor conformidad; y, si esto no pudiese ser determinado *ex ante*, no habría entonces modo de que la autoridad brindase el servicio que Raz le asigna.

Más aún: Raz no ofrece criterios claros ni independientes para determinar cuáles son las razones dependientes o subyacentes, por una parte, y quiénes son las autoridades que saben más acerca de ellas, por la otra. Así, las autoridades legítimas se identifican por ser que más saben sobre las razones dependientes o subyacentes, y las razones dependientes o subyacentes se identifican por ser aquellas identificadas por las autoridades legítimas. Esto no solo es circular, sino que además es contrario a la propia postura objetivista moral y externalista de razones de Raz. A este problema se le agrega una última consideración: ¿en qué sentido puede decirse que un individuo autónomo y racional tiene más o mejor acceso a las razones morales (objetivas, externas) que otro, y seguir manteniendo que este último es autónomo irracional?

Esto parecería conducir a la idea de que ninguna de estas teorías parece estar afianzada en lo que sucede en la práctica, o realmente preocupada por su posible correspondencia o no con los que aparecen como hechos de la realidad o hechos históricos. El postulado del servicio de la autoridad parece así, tanto para el modelo hobbesiano como para el modelo raziano, un mero recurso argumentativo sin ninguna ambición de contraste efectivo con la realidad. Quizás sea por esto que Hobbes, si bien reconocen la posibilidad de que los individuos desobedezcan bajo el argumento de la falta de cumplimiento del «servicio» de la autoridad, la desalientan en términos apocalípticos dando a entender que llevaría básicamente a la caída de la civilización; y que Raz, incluso luego de afirmar la no existencia de un deber general de obedecer a la autoridad política, de todas formas rechaza la existencia de un derecho a no obedecer o derecho a la «desobediencia civil» cuando se trata de Estados donde se encuentre garantizada la participación política (Raz, 1979, pp. 266 y ss)³³, sin hacer una remisión al «servicio» de la autoridad como criterio de evaluación sino utilizando otro³⁴.

En resumen: ambas teorías proponen un criterio de justificación de la autoridad legítima que nunca terminan de determinar de modo detallado y claro. Sin embargo, la vocación de aplicación práctica de ambos modelos, y las enormes consecuencias que estos pueden traer en la realidad del fenómeno jurídico, parecería requerir un esfuerzo mucho más grande por clarificar estos extremos. Sin esta

³³ Raz trata el tema en general a partir de la p. 256.

³⁴ El cual es pasible de sus propias críticas; las cuales, sin embargo, exceden ampliamente los límites del presente trabajo.

claridad, parecería que los modelos sólo quedarían como discursos analizables (y discutibles) como meras abstracciones teóricas sin ningún tipo de aplicación en la práctica.

Así, este desinterés por su correspondiente aplicación práctica permite dudar que tanto el modelo hobbesiano como el modelo raziano sean completamente útiles para abordar el tema de la autoridad en el marco del derecho y las sociedades humanas. Especialmente, permite dudar que estos modelos sean útiles para el fin mismo que ambos propugnan: el ser modelos que permitan la evaluación de casos reales de autoridades, y la determinación o no de la legitimidad de éstas.

Bibliografía

- Austin, J. (1954 [1832]). *The Province of Jurisprudence Determined*. The Noonday Press.
- Bentham, J. (ed. H.L.A. Hart) (1970 [1782]). *On Laws in General*. The Athlone Press.
- Bodin, J. (1997[1576]). *Los seis libros de la república*. Editorial Tecnos.
- Caracciolo, R. (2009). El concepto de autoridad normativa: el modelo de las razones para la acción. En *ID, El Derecho desde la Filosofía: Ensayos* (97-120). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford University Press.
- Finnis, J. (1984). The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory. 1 Notre Dame J.L. *Ethics & Public Policy*, 1 (115), 115-137.
- Hobbes, T. (ed. R. Hay) (1999 [1651]). *Leviathan*. McMaster Publisher.
- Nunes Da Costa, M. (2018). Revisiting Hobbes: on freedom, political authority and civil disobedience. *Aufklärung Journal of Philosophy*, 5 (2), 59-74. <http://dx.doi.org/10.18012/arf.2016.39473>
- Oppenheim, F. (1981). *Political Concepts: A Reconstruction*. B. Blackwell.
- Raz, J. (2006). The Problem of Authority: Revisiting the Service Conception. *Minnesota Law Review*, 90, 1003-1044.
- Raz, J. (1999). *Practical Reasons and Norms*. Oxford University Press.
- Raz, J. (1986). *The Morality of Freedom*. Oxford University Press.
- Raz, J. (1979). *The Authority of Law*. Oxford University Press.
- Ródenas, Á. (2006). La concepción de la autoridad como servicio puesto a prueba. *Doxa*, 29, 177-193.
- Schmitt, C. (1996 [1938]). *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a Political Symbol*. Greenwood Press.
- Venezia, L. (2015). *Hobbes on Legal Authority and Political Obligation*. Palgrave Macmillan.
- Wolff, R. (1976). *In Defense of Anarchism*. Harper & Row Publishers.

Corrupción de empresas multinacionales, ineficacia del tipo y buena gobernanza. (¿Por qué no hay sentencias condenatorias en España por este delito?)*

Corruption of Multinational Companies, Ineffectiveness of the Criminal Type and Good Governance. (Why are there no convictions in Spain for this crime?)

Pilar Otero González
 Universidad Carlos III de Madrid
 ORCID ID 0000-0002-4303-9664
pilar.otero@uc3m.es

Cita recomendada:

Otero González, P. (2022). Corrupción de empresas multinacionales, ineficacia del tipo y buena gobernanza. (¿Por qué no hay sentencias condenatorias en España por este delito?). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 65-92.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7109>

Recibido / received: 14/01/2022
 Aceptado / accepted: 06/05/2022

Resumen

La competencia leal como bien jurídico protegido en el delito de corrupción internacional se ha mostrado insuficiente para incriminar la gravedad de estas conductas, que impiden la prosperidad de los países emergentes. De otro lado, la defectuosa regulación de la competencia española para enjuiciar este delito, junto con el amplio alcance extraterritorial de algunas leyes anticorrupción, está generando un balance muy negativo sobre la eficacia del tipo del art. 286 ter CP para frenar esta lacra.

* El presente trabajo se enmarca en el Proyecto I+D *La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos y al medio ambiente* (DER2017-85144-C2) y en el *Programa Interuniversitario en Cultura de la Legalidad* (ON TRUST-CM: H2019/HUM-5699. Proyecto financiado por la Consejería de Ciencia, Universidades e Investigación de la Comunidad de Madrid y cofinanciado por el Fondo Social Europeo).

Debe modificarse, por tanto, el eje de actuación, impulsándose una auténtica gobernanza global que no dependa de los intereses de unos pocos países y corporaciones, centrado en mejorar la calidad de los gobiernos y en otorgar protagonismo a la sociedad civil a través de la gobernanza interrelacional. En el plano jurídico-penal, debe incidirse en la pluriofensividad del delito y especialmente en su lesión del derecho a la soberanía permanente sobre la explotación de los recursos naturales. Finalmente, se propone la flexibilización del principio de personalidad activa para ayudar a la efectividad de la persecución de este delito.

Palabras clave

Corrupción, empresas multinacionales, buena gobernanza, competencia leal, soberanía sobre la explotación de los recursos naturales, extraterritorialidad, agente público extranjero.

Abstract

Fair competition as a protected legal asset in the crime of international corruption has proved insufficient to incriminate the seriousness of these conducts, which impede the prosperity of emerging countries. On the other hand, the defective regulation of Spanish jurisdiction to prosecute this crime, together with the broad extraterritorial scope of some anti-corruption laws, is generating a very negative assessment of the effectiveness of the criminal type (article 286 ter of the criminal code) to curb this scourge.

Therefore, the focus of action must be changed, promoting a true global governance that does not depend on the interests of a few countries and corporations, focused on improving the quality of governments and giving a leading role to civil society through inter-relational governance. At the legal-criminal level, the plurioffensivity of the offence and especially its infringement of the right to permanent sovereignty over the exploitation of natural resources must be emphasised. Finally, it is proposed that the active personality principle be made more flexible in order to help the effective prosecution of this crime.

Keywords

Corruption, multinational companies, good governance, fair competition, sovereignty over the exploitation of natural resources, extraterritoriality, foreign public agent.

SUMARIO. 1. Evolución del bien jurídico protegido en el delito de corrupción transnacional. 2. Balance de aplicación del tipo penal. 3. ¿Por qué no se castigan estas conductas? Posibles causas. 3.1. Dificultades de perseguibilidad. 3.2. Amplio alcance de la extraterritorialidad de la FCPA. 4. Hacia un nuevo bien jurídico protegido para luchar contra la corrupción internacional. 4.1. Insuficiencia de la competencia leal como bien jurídico protegido en este ámbito. 4.2. Globalización de la estrategia anticorrupción centrada en la represión y prevención del delito. 4.3. Crisis económica y social y responsabilidad social corporativa (RSC). 4.4. Corrupción y globalización *versus* corrupción y gobernanza. 4.5. Concreción jurídico-penal del bien jurídico buena gobernanza: «El derecho al desarrollo y a la soberanía permanente sobre la explotación de los recursos naturales». 5. Propuestas para facilitar la perseguibilidad de estas conductas. 6. Conclusiones.

1. Evolución del bien jurídico protegido en el delito de corrupción transnacional

La «gran corrupción», consistente en la actuación sobornadora de algunas empresas multinacionales para adjudicarse contratos por parte de terceros Estados, se desarrolló en los años 70 coincidiendo con la expansión y desarrollo del comercio internacional.

Para contener esta práctica, en Estados Unidos de América (EEUU) se aprobó en 1977 la *The Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), generando responsabilidades de naturaleza civil, administrativa y penal. Dos décadas después, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) aprobó en 1997 el «Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales»¹, considerado el documento de mayor proyección sobre la materia, aunque no hay que desdeñar el Convenio Penal del Consejo de Europa (173) sobre la Corrupción y, en el marco de la Organización de Naciones Unidas (ONU), la Convención contra la Corrupción de 2003.

En cumplimiento del Convenio OCDE², se introdujo –mediante LO 3/2000, de 11 de enero–, este delito en art. 445 bis del Código penal español, dentro del Título XIX Bis, rubricado «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales». El tipo penal se configuró como una modalidad específica de cohecho activo.

Resulta curioso que la Exposición de Motivos de la LO 3/2000 ni siquiera tuviera claro qué protege el nuevo tipo penal incorporado en ese momento, pues lacónicamente se señalaba «se ha considerado adecuado establecer un nuevo Título en el Código Penal, numerado como XIX bis, que protege el bien jurídico de la lucha contra la corrupción en las transacciones comerciales internacionales» sin mencionar cuál es ese bien jurídico protegido. No obstante, nótese que el Legislador de 2000 lo ubica en un Título independiente (XIX Bis) entre «los delitos contra la Administración Pública» (T. XIX) y «los delitos contra la Administración de Justicia» (T.XX) lo que indica que no se quiere identificar ese nuevo bien jurídico ni con el buen funcionamiento de la Administración Pública ni con la correcta actuación de la Administración de Justicia, tratándose, pues, de un delito sui generis a estos efectos.

Una nueva reforma, la operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, cambió de ubicación el tipo penal pasando a constituir el art. 445, como consecuencia de la supresión del recién título creado, el XIX Bis, e introduciéndose, para ensamblar el precepto, un inédito capítulo X «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», dentro del Título XIX: «Delitos contra la Administración Pública», con la única alteración consistente en añadir un párrafo para prever, en su caso, la aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal.

El traslado de lugar fue inadecuado porque no se incrimina a través de esta figura al funcionario público extranjero autor del cohecho pasivo y, por tanto, de acuerdo con nuestra legislación, no se estaba lesionando en aquel momento el buen funcionamiento de la Administración Pública española. Para desestimar que ese fuera el bien jurídico protegido bastaba con plantearse algo tan simple como quién sobornaba y a quién se sobornaba. No olvidemos que este tipo penal está construido como una modalidad agravada del cohecho activo, siguiendo los dictados del Convenio OCDE, que enfocó sus esfuerzos, no hacia la demanda que habría hecho hincapié en el cohecho pasivo, sino hacia áreas relacionadas con la oferta, frenando a las empresas que pretenden realizar pagos irregulares para obtener atención indebida de los funcionarios. Por otro lado, la decisión del Legislador de castigar solo el cohecho activo es inevitable si tomamos en consideración que lo habitual es que este cohecho se desenvuelva fuera del país donde la empresa sobornadora tiene su sede, con las consecuencias inimaginables de que el Estado extranjero pueda

¹ Sobre el punto de inflexión que supuso este convenio en la lucha contra esta clase de corrupción, véase (Otero González, 2016).

² Ratificado por España el 14 de enero de 2000.

acceder a la extradición del funcionario (Fabián Caparrós, 2003, p. 88), aplicándosele a este la normativa propia sobre el cohecho pasivo.

La LO 5/2010, atendiendo las Recomendaciones que la OCDE efectuó a España en 2006 en su segunda fase de evaluación sobre el cumplimiento del Convenio³, reconfiguró este tipo para ampliar el concepto penal de funcionario público a los efectos de los delitos de cohecho, equiparando los funcionarios españoles a los de la Unión Europea y a los funcionarios de otro Estado miembro de la Unión⁴.

A pesar de estas modificaciones, centradas en el –no inculpativo– cohecho pasivo, por lo que ahora atañe, el tipo penal seguía ubicado incorrectamente dentro de los «delitos contra la Administración Pública».

La siguiente reforma de este tipo penal llegó de la mano de la LO 1/2015 como consecuencia del Informe que la OCDE realizó a España en diciembre de 2012⁵. Así, se endurecen las penas por este tipo de soborno y se incluye el comiso ampliado en el art. 127 bis⁶ transponiendo la Directiva Europea 2014/42/UE en relación con este tipo de conductas. Como medida auxiliar a la eficacia de este delito, se modificó asimismo el 31 bis del CP, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁷, estableciendo la responsabilidad penal de las empresas cuando se detectase un incumplimiento de los deberes de vigilancia, fomentándose así un modelo preventivo.

La principal novedad de 2015 a los efectos que nos interesa amplía aún más el concepto de funcionario público, englobando al funcionario nacional y extranjero sin ninguna limitación, como consecuencia de la remisión efectuada por el art. 286 ter a los arts. 24 y 427 CP⁸.

Ello resulta incoherente con el bien jurídico pretendidamente tutelado. En efecto, tras varias reformas del precepto sucintamente señaladas, por lo que ahora interesa, esta figura, por virtud de la LO 1/2015, muda de nuevo de lugar para pasar

³ Se le advirtió sobre la necesidad de ampliar el concepto de funcionario público extranjero en los términos sugeridos en el art. 1.4 del Convenio que establece «por agente público extranjero se entiende cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública».

⁴ Asimismo, previó penas privativas de libertad para poder hacer efectiva la extradición, y se reguló la responsabilidad penal de las personas jurídicas en este delito, de acuerdo con el art. 2 del Convenio («cada parte tomará las medidas que sean necesarias de conformidad con sus principios jurídicos para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero») y con el art. 3 del «Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas», Bruselas, 10 de junio de 1997 (DOC 221 de 19.7.1997).

⁵ Detalladamente sobre el informe, Otero González (2016, pp. 239-240).

⁶ «1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito (...): g) Delitos de corrupción en los negocios».

⁷ Vid., asimismo el art. 288 CP reformado conforme a la LO 1/2019, de 20 de febrero.

⁸ El art. 427 CP actual contiene, en efecto, una definición de lo que debe entenderse por funcionario público extranjero a los efectos del cohecho: «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. c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública. Ello resulta incoherente con la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, que sigue aludiendo a «corrupción de agente público extranjero». Esta equiparación ha generado disfunciones serias en nuestra normativa interna poniendo en cuestión la propia operatividad del art. 286 ter. Vid., al respecto, (Otero González, 2016).

a constituir el art. 286 ter, en una nueva sección 4ª dedicada, junto con el art. 286 bis, a los delitos de «corrupción en los negocios» dentro del Capítulo XI («delitos relativos al mercado y a los consumidores») del Título XIII («delitos contra el orden socioeconómico»). No puede negarse que esta ubicación correlativa de ambos tipos es más adecuada que las anteriores, en la medida en que subraya la competencia leal en los negocios (bien, de ámbito nacional –286 bis– o internacional –286 ter–) como bien jurídico común protegido, puesto que el núcleo de las conductas típicas, en su modalidad de cohecho activo, se sitúa, precisamente, en la obtención o intento de obtención, mediante soborno, de contratos, negocios o cualquier otra ventaja competitiva en las relaciones comerciales. Pretende reafirmarse con ello primordialmente la protección de las reglas de la competencia en el mercado tanto de ámbito nacional como transnacional, dotándolas de unidad y haciendo, por tanto, hincapié en el soborno en la contratación, pasando a un segundo plano el marco en que este se produzca o quiénes sean los sujetos de esta relación corrupta (Otero González, 2019, pp. 3-4).

Debe advertirse, no obstante, que aun cuando no se constate un perjuicio evaluable para los competidores, ambas clases de corrupción afectan al conjunto de la sociedad, al perturbarse gravemente las reglas concurrenciales del mercado. Recordemos que estos tipos se subsumen en el Capítulo dedicado, entre otros, a «los delitos contra el mercado y los consumidores», luego se está tutelando también de forma mediata a estos a los que repercute en último término. Precisamente por ello, es un delito cuya persecución se efectúa de oficio⁹.

Nótese que la nueva ubicación del tipo aun siendo más adecuada que la anterior, pues refuerza la protección de la justa competencia, sin embargo vuelve a contemplar la corrupción internacional como un delito pluriofensivo (De la Cuesta Arzamendi y Blanco Cordero, 2001-2002, pp. 12-13; Palomo del Arco, 2011, p. 1645; Parés, 2017, pp. 127-187), no solo por afectar indirectamente a los consumidores, sino adicionalmente, porque, en la medida en que se soborna al funcionario público –ahora nacional o extranjero– que interviene en un acto de contratación pública, se vulnera también el principio de imparcialidad en la función pública, habida cuenta de que se puede sancionar ese cohecho pasivo a través de los delitos de los arts. 419 y ss. en determinadas circunstancias. Resulta paradójico, pues, que cuando, por la ubicación del tipo, se cifra el bien jurídico en la competencia justa, al mismo tiempo se protege indirectamente la función pública, al poderse castigar el cohecho pasivo de este delito por otras vías.

Todo este baile de ubicación y desorientación del Legislador sobre el bien jurídico protegido en este tipo de cohecho debe tenerse en cuenta para cuestionar si la competencia justa y leal es adecuada o suficiente como objeto de tutela para incriminar estas conductas, lo que será abordado en los siguientes epígrafes. No resulta difícil adelantar que este tipo de corrupción vulnera bienes jurídicos que exceden en mucho de la competencia leal, donde se ubica el tipo. En consecuencia, su tipificación en el art. 286 ter no acoge la gravedad (Parés López de Lemos, 2017, p. 180) de las consecuencias de esta corrupción.

2. Balance de aplicación del tipo penal

Pese a la presumible bondad de la tipificación de estas conductas, en ocasiones excediéndose incluso de las previsiones del Convenio, pese a las modificaciones que han pretendido mejorar la técnica legislativa o superar ciertos obstáculos que impedían la incriminación (por ejemplo, elevar las penas para facilitar la extradición),

⁹ Cfr., art. 287 CP.

el balance de aplicación de este delito no puede ser más negativo: hay una sola sentencia condenatoria en los más de 21 años de vida del tipo penal. Se trata de la SAN 3/2017, 23-2 donde se condena a dos sujetos por emitir pagos de 70.000€ a altos cargos del Ministerio de Educación de Guinea Ecuatorial, para conseguir contratos de edición de libros de texto con dicho Estado. Se percibe, sin necesidad de profundizar en los hechos probados, que no es precisamente este el prototipo de corrupción internacional, pues, por el contrario, estos casos suelen ir acompañados de falsedades documentales, sociedades pantalla y blanqueos de capitales.

Sí, nos consta, por el contrario, 3 autos de imputación por parte de la AN, en este caso de supuestos paradigmáticos de corrupción internacional. En primer lugar, el asunto de la empresa española FCC Construcción S.A. –pieza separada del caso Odebrecht–, que emitió pagos en Suiza de 82 millones de euros para conseguir que se la adjudicaran unas obras en el Metro en Panamá, colaborando así con el desvío de fondos hacia la «caja b» de Odebrecht S.A. para el pago de estos sobornos¹⁰. EEUU, Brasil y Suiza llegaron a un acuerdo de conformidad con Odebrecht S.A. lo que no impidió que otros países investigaran los hechos¹¹.

En segundo lugar, figura el AAN 260/2014, de 17 de diciembre (DEFEX), que confirma la imputación de esta sociedad mercantil estatal por el delito de corrupción transnacional, estudiándose el art. 31 bis 5 CP. Relacionado con el anterior, pesa el AAN 6 de marzo de 2019¹² sobre el caso DEFEX pieza separada de Arabia Saudí por el pago de comisiones millonarias a funcionarios de Arabia Saudí con el fin de conseguir el contrato de venta de armas a este país. La empresa pública aprovechó que no había adoptado ningún mecanismo de prevención de la corrupción. Debe tenerse en cuenta un detalle al respecto: no sabemos si esto supone realmente un cambio de tendencia por parte de España en punto a la voluntad de perseguir estas conductas, ya que ambas diligencias del caso DEFEX traen causa de una comisión rogatoria de un tribunal de Luxemburgo, país promotor de la persecución de la presumible práctica corrupta, no España (Arvelo, 2019, p. 163).

Con idéntica mecánica comisiva destaca el caso MERCASA (también empresa pública) reflejado en el Auto JCI de 25 noviembre de 2019. JUR 2019\325777. Las sociedades investigadas (MERCASA, la más importante) a través de la mercantil CONSORCIO MERCASA INCATEMA CONSULTING SL (CMIC), se concertaron para la consecución y mantenimiento de contratos públicos en República Dominicana, Panamá, Argentina y Angola, pagando comisiones a autoridades y funcionarios públicos de esos países. Los pagos por parte de CMIC se camuflaban bajo acuerdos de consultoría a través de intermediarios, abonándoles por esta tarea de intermediación ilícita un porcentaje de la suma total del contrato público adjudicado. Uno de los intermediarios (en busca y captura nacional e internacional) trabajaba también para DEFEX con el mismo patrón, cobrando comisiones millonarias sobre el valor del contrato marco.

¹⁰ AAN 2715/2019 Diligencias previas – Audiencia Nacional. Juzgados Centrales de Instrucción 29/10/2019 nº de Recurso:34/20 por presunto delito de cohecho internacional (286 ter) y blanqueo (301) CP.

¹¹ Sobre el caso Odebrecht S.A., vid., ampliamente, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2017). *La Detección del Cohecho Internacional*. www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm, pp. 178-179.

¹² Diligencias Previas 65/2014 y 122/2015 del Juzgado de Instrucción Número 5 de la Audiencia Nacional.

3. ¿Por qué no se castigan estas conductas? Posibles causas

3.1. Dificultades de perseguibilidad

Las dificultades de perseguibilidad derivan, en primer lugar, de la complejidad de estos procedimientos con multitud de piezas separadas de muy difícil probanza y de muy difícil conexión, cuya obtención definitiva de la prueba tarda muchos años en lograrse. Alguno de los casos señalados lleva ya más de una década investigándose.

A partir de ahí distingamos varios supuestos:

Por lo que respecta al cohecho activo, si la actuación corruptora de la empresa se produce en España (a pesar de su dimensión internacional), los tribunales españoles serán competentes conforme al principio de territorialidad (23.1 LOPJ¹³). Lógicamente este único instrumento resulta irrisorio en el escenario en que se desarrollan estas conductas. Conscientes de ello, el art. 4 del Convenio OCDE y el art. 17 del Convenio CDE 173 establecen el principio de personalidad activa concretado a través de la nacionalidad, sin necesidad del requisito de doble incriminación. Este principio es aplicable al supuesto más habitual, esto es, cuando la actuación del sujeto corruptor se produce en el extranjero a través de intermediarios locales, conducta perseguible en España «previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal» (23.6 LOPJ¹⁴) y «siempre que el procedimiento se dirija contra un español, o contra un extranjero que resida habitualmente en España, o en relación con personas jurídicas con sede o domicilio social en España» (art. 23.4 n) LOPJ¹⁵).

Esta necesidad de interposición de querrela puede ser otra razón que explica la falta de procedimientos. En la SAN 3/2017 el pago se efectuó en España por lo que no hizo falta iniciar el procedimiento por esta vía, sino que bastó la denuncia del MF. Además, los acusados confesaron los hechos (de hecho, se les aplicó la atenuante de confesión) lo que simplificó la instrucción –tan compleja en estos delitos–. Por el contrario, cuando el pago se realiza en el extranjero nos enfrentamos a nuevos inconvenientes: lo habitual es que no se reconozcan los hechos pues, al haber operado en terceros países, recabar los elementos probatorios se torna más difícil, siendo imprescindible la colaboración del Estado extranjero donde estos sucedieron. Sería indispensable que comparecieran los funcionarios y autoridades del Estado extranjero, lo cual puede propiciar que se desencadene una crisis diplomática (Arvelo, 2019, p. 163).

¹³ «Art. 23.1 LOPJ: En el orden penal corresponderá la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte».

¹⁴ «Art. 23.6 LOPJ: Los delitos a los que se refieren los apartados 3 y 4 [entre los que se encuentra el de transacciones económicas internacionales –art 23.4.n–] solamente serán perseguibles en España previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal».

¹⁵ (Art. 23.4 n): Igualmente, será competente la jurisdicción española para conocer de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional susceptibles de tipificarse, según la ley española, como alguno de los siguientes delitos cuando se cumplan las condiciones expresadas: n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que: 1.º el procedimiento se dirija contra un español; 2.º el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España 3.º el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o, 4.º el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España».

Por su parte, la conducta del funcionario corrompido será perseguible conforme a la normativa interna del Estado al que pertenezca. En consecuencia, si es español podrá subsumirse su conducta en los arts. 419-422 CP que tipifican el cohecho pasivo. Esto genera, a su vez, otra disfunción: el funcionario español que comete cohecho pasivo en transacciones comerciales internacionales será castigado con menor pena (arts. 419 y ss) que el particular que realiza el cohecho activo en el mismo ámbito (art. 286 ter).

Adicionalmente, la equiparación –desde la LO 1/2015– a efectos de este delito, entre el funcionario nacional y el extranjero permite incriminar a este último conforme a la normativa interna española del cohecho, en el caso sumamente improbable de que lo cometiera en territorio español.

Lo habitual, sin embargo, será que el funcionario extranjero cometa el cohecho pasivo fuera de España, con lo cual, para perseguir su conducta y siempre que no ostente inmunidad de jurisdicción de la que gozan algunos de estos sujetos corrompidos¹⁶, solo¹⁷ cabe acudir a los mecanismos de cooperación internacional¹⁸, como la extradición¹⁹ –aunque es altamente improbable que el Estado extranjero la conceda– o la Orden europea de detención y entrega²⁰.

3.2. Amplio alcance de la extraterritorialidad de la FCPA

Otra razón evidente de la ausencia de procedimientos penales conforme al art. 286 ter CP estriba en el amplio alcance de la extraterritorialidad de la FCPA USA 1977. Efectivamente, esta ley es aplicable a cualquier empresa –aunque sea extranjera– que cotice en EEUU o esté obligada a facilitar información a la *Securities Exchange Commission* (SEC) así como a cualquier ciudadano extranjero o compañía extranjera cuando realicen en EEUU cualquier actividad orientada a conseguir algunas de las prácticas ilícitas contempladas en la mencionada ley. Es decir, basta un acto preparatorio de la actividad corrupta en sí, una conexión con EEUU meramente tangencial interpretada de forma laxa por el DOJ y por la SEC, como el envío de un

¹⁶ Véase, Convención de la ONU de 2004 sobre «las Inmunidades jurisdiccionales de los Estados», ratificado por España y recibido en la normativa interna mediante la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, arts. 22 y 23. Sobre inmunidades, véase: Garrocho y Otero (2011), Garrocho y Otero (2016) y Garrocho y Otero (2018).

¹⁷ Silva Sánchez (2018), señala otra posibilidad de persecución del funcionario extranjero que comete el cohecho fuera del territorio nacional -derivada de la equiparación que realiza el art. 427 CP entre el funcionario español y el extranjero- y es a través de la aplicación del art. 23.3.h) LOPJ: “Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: h) Los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española”. Este autor lo interpreta en el sentido de que el requisito de conexión en este caso es que hayan intervenido en el hecho ciudadanos españoles. Vid., al respecto, comentarios de Blanco Cordero (2020).

¹⁸ Ampliamente en Caparrós (2003).

¹⁹ En general, suelen surgir escollos importantes a la hora de conceder la extradición. Así, sobre un supuesto paradigmático de corrupción internacional, véase interpretación del Auto AN (Sala de lo Penal, Sección 4ª), de 2 de marzo 2012, JUR\2013\9982, en Otero González (2016). Este caso y otros no relacionados necesariamente con corrupción internacional demuestran que la extradición es sumamente difícil de conseguir, no solo por el incumplimiento en muchos casos del art. 2 de la Ley de Extradición pasiva relativo al principio de doble incriminación, dadas las disparidades entre las legislaciones penales de los países involucrados (caso por ej., del argelino Khaled Nezzar), tampoco por la dificultad de probar en algunas situaciones la adquisición fraudulenta de la nacionalidad, sino porque en muchos de estos supuestos está prohibido que España –en cumplimiento de la jurisprudencia del TEDH– extradite a un extranjero cuando corre el riesgo de ser condenado a la pena de muerte.

²⁰ Ley 23/2014, de 20 de noviembre, arts. 34 a 62.

correo electrónico o una transferencia bancaria a EEUU (Villegas y Encinar, 2019, pp. 7-8).

Teniendo en cuenta que la mayoría de las multinacionales que corrompen a funcionarios extranjeros cumplen alguno de estos requisitos, la rápida aplicación de la FCPA (que nace precisamente con esa vocación extraterritorial) está comportando cuantiosas multas para eludir la posible responsabilidad penal en ese país y, aunque ello no suponga un obstáculo para que el Ministerio Fiscal español emprendiera acciones legales en nuestro país en los términos de la LOPJ anteriormente mencionados, subyace la seria sospecha de infracción del principio *non bis in idem* si ello tuviera lugar, lo que también puede ser un motivo que esté frenando el enjuiciamiento de estos delitos en España.

Aunque *a priori* la circunstancia de haber sido enjuiciados estos hechos previamente en otro país incentivaría a perseguirlos en el nuevo, puesto que pueden tomar como base la investigación –siempre compleja– ya realizada en el primer Estado (Blanco, 2020, p. 6), sobre todo porque el *modus operandi* de estas conductas repite los mismos patrones, lo cierto es que, quizá por esa sospecha de vulneración del *bis in idem*, no se están persiguiendo estas conductas en España. Pongamos como ejemplo de ello el caso *Fresenius Medical Care AG & Co. KGaA. FMC*, empresa proveedora de equipos de diálisis, que, habiendo corrompido durante muchos años a funcionarios de países extranjeros, acordó pagar multas millonarias para eludir la aplicación de la FCPA en Europa, África y Oriente Medio.

En efecto, bajo un acuerdo de enjuiciamiento aplazado (*non-prosecution agreements*) con el Departamento de Justicia de EEUU (DOJ), y tras el pago de la correspondiente multa por parte de Fresenius, la SEC resolvió el caso con una orden administrativa interna²¹. El acuerdo compensó con creces a la empresa de diálisis ya que tenía como objetivo eludir el ejercicio de acciones penales, por las consecuencias, posiblemente devastadoras, que hubiera tenido para la empresa afrontar un juicio en los Estados Unidos, cuya normativa sobre responsabilidad penal de la persona jurídica está basada en un modelo de responsabilidad vicarial cuasi objetivo en el que hubiera bastado que constase probado que un solo empleado de la compañía realizó un pago ilícito prohibido por la FCPA –en nombre y en beneficio de la entidad– para afirmar su culpabilidad (Villegas García y Encinar del Pozo, 2019, p. 8).

Lo relevante a nuestros efectos es que la filial de esta empresa en España, *FMC Spain*, reconoce que desde 2007 también celebró falsos acuerdos de consultoría con médicos que podían influir en concursos públicos y realizó pagos con distintas finalidades obteniendo como consecuencia de ellos cuantiosos beneficios (Villegas García y Encinar del Pozo, 2019, pp. 5-6). Se trata de una empresa española que realizó prácticas corruptas en España y a la que se le aplicó la FCPA por la conexión anteriormente mencionada. Y no ha sido enjuiciada en nuestro país por estos hechos.

Adviértase –apoyando esta idea– que DEFEX y MERCASA, las únicas empresas sobre las que pesan autos de imputación en España por el delito de corrupción internacional son públicas, y, por tanto, no cotizan en EEUU.

No obstante, aunque España no persiguiera estos delitos cuando ya han sido enjuiciados bajo la FCPA por posible vulneración del *bis in idem*, si esos sobornos se han desplegado en diversos países, ello no impediría que estos Estados pudieran

²¹ Ampliamente sobre el caso: <https://www.worldcomplianceassociation.com/>.

sancionar los hechos, fundamentalmente si se han cometido en su territorio, por una interpretación diferente del ámbito de aplicación del principio *non bis in ídem*.

En efecto, la experiencia de nuestro entorno demuestra que no suelen apreciar en estos casos lesión del principio *non bis in ídem*. Así ha ocurrido con dos ejemplos recientes en Francia y en Alemania (Blanco Cordero, 2020, p. 4).

Por lo que respecta a Francia, el Tribunal penal de París en sentencia de 18 de junio de 2015, absolvió a varias empresas que, estando imputadas en Francia por varios delitos de corrupción, ya habían alcanzado por estos mismos hechos un acuerdo de enjuiciamiento aplazado con las autoridades estadounidenses bajo el amparo de la ley estadounidense, alegando el principio *non bis in ídem*. El tribunal francés interpretó que el acuerdo obtenido tenía la consideración de una «sentencia» (Villegas García y Encinar del Pozo, 2019, p. 11). Sin embargo, el 26 febrero 2016 el Tribunal de Apelación de París falló en contra al entender que este principio no impide el enjuiciamiento de los hechos, pues no existe, en su opinión, identidad de hechos (debe advertirse que aplican un concepto ciertamente estricto de identidad de los hechos) ni las conductas afectan al mismo bien jurídico protegido en Francia. Se confirma el 14 de marzo de 2018 por el Tribunal Supremo francés (*Court de Cassation*) aduciendo que los delitos se han cometido en territorio francés (se observa una amplia apreciación del principio de territorialidad).

Alemania, por su parte, debido a ese no reconocimiento transnacional del *non bis in ídem*, considera que no se vulnera por el doble enjuiciamiento, si bien en caso de una segunda condena la pena impuesta en el primer país debe abonarse a la nueva pena en proporción a lo ya ejecutado en aplicación del principio de deducción (Blanco Cordero, 2020, pp. 21-27).

Para abordar correctamente el problema del *non bis in ídem* debería existir un reconocimiento expreso de la validez transnacional del principio²², lo que no resulta sencillo por varias razones. En primer lugar, porque esta dimensión del principio no encuentra plasmación alguna en convenciones internacionales –el Convenio OCDE, de hecho, no resuelve esta cuestión–, salvo en el ámbito particular de la UE donde el TJUE, a raíz de la interpretación del art. 54.2 del Convenio de aplicación de Schengen, ha fijado directrices para su aplicación. En segundo lugar, la perspectiva para la regulación transnacional de los conflictos de jurisdicción debe ser su distinta naturaleza (ampliamente, Nieto Martín, 2019, pp. 107-109), que tampoco resulta fácil su determinación.

No obstante, es necesario reflexionar sobre las consecuencias que pueden derivarse de una aplicación transnacional de este principio, pues puede ocasionar la desventaja de que la empresa multinacional sometida a varias jurisdicciones llegara al acuerdo con aquel país que le impusiera sanciones menos severas o pudiera ocurrir que los países impusieran sanciones más leves a sus propias empresas nacionales –para protegerlas–, que a las extranjeras (Blanco Cordero, 2020, pp. 7-9), como ocurre en EEUU. Probablemente por este motivo a la FCPA no parece interesarle ofrecer pautas para resolver los posibles conflictos de *bis in ídem*. O incluso podría desincentivar que las multinacionales lleguen a esos acuerdos de no persecución por miedo a persecuciones múltiples, disuadiéndolas así de promover investigaciones internas o colaborar con las autoridades (Blanco Cordero, 2020, pp. 41-42).

²² Sobre la internacionalización del *ius puniendi* vid. También, Gómez Iniesta (2019). Sobre el *ne bis in ídem*, García Rivas (2019).

A ello debe añadirse, por último, la complejidad de determinar el alcance del principio *non bis in ídem*, dada la profusión actual de sanciones no estatales (sanciones disciplinarias en el seno de las empresas, listas negras de empresas corruptas, etc.), lo cual dificulta el encaje y compatibilidad entre ellas.

Mientras tanto, la única vía posible parece ser la cooperación entre los Estados inmersos en la investigación de hechos corruptos con cierta identidad, para lograr, en su caso, un reparto equitativo de las sanciones económicas impuestas. Esto probablemente no soluciona el problema de fondo de la desigualdad, pues los acuerdos se seguirán alcanzando entre los países desarrollados.

Es inevitable que esta amplia extraterritorialidad genere asimismo una tensión con las jurisdicciones internas por el deseo de mantener intacto su *ius puniendi*²³ rechazando la renuncia a sus respectivas jurisdicciones. Tal es el caso en Francia de la «*Loi no 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*», que, a su vez, expande la aplicación extraterritorial de su ley en relación con los delitos de corrupción, o la *Bribery Act*, 2010, de Reino Unido, con la misma capacidad expansiva extraterritorial (Blanco Cordero, 2020, pp. 10, 21 y ss) para perseguir el soborno internacional.

Todo ello pone de manifiesto, como ya mantuve en otro lugar (Otero González, 2016, p. 492), que estas conductas son difícilmente subsumibles en un sistema todavía basado en una dogmática rígida, apegada al principio de soberanía, como el *ius puniendi* o el principio *non bis in ídem*, de complicada conciliación con el contexto global donde que se desarrollan estos comportamientos. Es cierto que no siempre resulta fácil el encaje de las disposiciones internacionales en la normativa nacional, pues puede romper la coherencia interna propia del sistema de incriminación, en este caso, del delito de cohecho. Sin embargo, es cierto también que el funcionario extranjero debe garantizar el correcto funcionamiento de la actividad económica internacional y, en consecuencia, al realizar el cohecho pasivo incumple el compromiso asumido en este ámbito (Faraldo Cabana, 2012, p. 16), pero sin posibilidad de que su conducta se incrimine por la vía de la configuración actual del art. 286 ter CP, precisamente por los motivos anteriormente aducidos, que pueden resumirse en la inadmisibile injerencia en los asuntos internos del Estado corrompido.

Sin embargo, no debe perderse la perspectiva de que el tema que analizamos no es un problema de *bis in ídem* por posible conflicto de jurisdicción, sino que es, al contrario, un problema de impunidad.

Al mismo tiempo, esta desmesurada aplicación extraterritorial de las leyes anticorrupción en transacciones internacionales, fundamentalmente de la FCPA, favorece la desigualdad entre los Estados, pues no olvidemos que la multa se paga a Estados Unidos (piénsese en el caso *Fresenius*) mientras que el país afectado por la corrupción (si lo centramos en el cohecho pasivo) no es precisamente EEUU, sino los países en vías de desarrollo, por lo que quien impone las multas y recibe su cuantía no son realmente los damnificados por la corrupción (Blanco Cordero, 2020, pp. 7 y 41-42). Las víctimas, en efecto, son los países en vías de desarrollo (pues es sabido que la corrupción internacional frena la economía limitando el progreso de esos países), sin embargo, la sanción económica se paga a los países desarrollados. En otras palabras, la privatización de los conflictos jurisdiccionales a través de acuerdos enriquece aún más a los países ricos.

²³ Sobre el alcance y retos actuales de la soberanía nacional, vid., Sieber y Nuebert (2019).

En definitiva, si bien el Convenio OCDE supuso un importante avance en la lucha contra la corrupción, hoy debe superarse su perspectiva por ser insuficiente, al ahondar en la desigualdad entre los Estados, no tomando como referencia a la verdadera víctima. La óptica, por el contrario, debe centrarse en los derechos de los realmente perjudicados: los países en vías de desarrollo.

4. Hacia un nuevo bien jurídico protegido para luchar contra la corrupción internacional

4.1. Insuficiencia de la competencia leal como bien jurídico protegido en este ámbito

Se ha demostrado que la competencia justa y leal es un bien jurídico insuficiente para luchar penalmente contra la corrupción internacional, porque ahonda en la brecha de desigualdad entre los países ricos y los pobres. Es competencia leal entre las empresas poderosas, es, por tanto, una competencia leal limitada para frenar este fenómeno.

La corrupción internacional va mucho más allá de la distorsión de las condiciones del mercado, va mucho más allá de la vulneración de la competencia leal. Por el contrario, además de desincentivar la inversión y reducir la confianza en las autoridades²⁴, hace ineficiente el sistema económico, especialmente el de los países emergentes, al desviar los recursos destinados al bienestar social de la población, impidiendo que se garanticen las condiciones mínimas necesarias para su prosperidad (Kaufmann, 2005, pp. 41 y ss; Jiménez Valderrama y García Rodríguez, 2015, pp. 161-162; Capdeferro Villagrasa, 2018, p. 116).

Por tanto, si el bien jurídico competencia leal ha sido ineficaz para frenar la corrupción internacional, debe modificarse el eje de actuación, impulsándose una auténtica gobernanza global que no dependa de los intereses de unos pocos países y corporaciones.

4.2. Globalización de la estrategia anticorrupción centrada en la represión y prevención del delito

Durante mucho tiempo, la corrupción se consideró un fenómeno nacional y su combate, en consecuencia, se centró en el ámbito interno de cada Estado: se ponía el foco fundamentalmente en el corrompido, en la corrupción del funcionario, de acuerdo con la tradición en los ordenamientos jurídicos de raíces romanas (Tiedemann, 2007, pp. 145-146). Más tarde, la globalización demostró que la perspectiva interna era insuficiente y desenfocada para abordar esta otra dimensión de la corrupción, lo que derivó en soluciones multilaterales para combatirla. Como es sabido, estos esfuerzos multilaterales tomaron como base, fundamentalmente, el Convenio OCDE de 1997 de «lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros» y la «Convención contra la corrupción de la ONU 2003»²⁵ colocando el

²⁴ Consúltense la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de diciembre de 2020, sobre gobernanza empresarial sostenible [2020/2137(INI)], -P9_TA-PROV (2020)0372-.

²⁵ Artículo 16. Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas «1. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la promesa, el ofrecimiento o la concesión, en forma directa o indirecta, a un funcionario público extranjero o a un funcionario de una organización internacional pública, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales para obtener o mantener alguna transacción comercial u otro beneficio indebido en relación con la realización de actividades comerciales internacionales. 2. Cada

centro de atención en los agentes privados, en los corruptores, esto es, en el papel de las empresas que sobornan a los políticos para su beneficio mutuo.

Era necesario ese cambio de perspectiva, dado que las empresas multinacionales evidentemente comparten responsabilidad con los corruptos porque influyen indebidamente en las reglas del juego en su beneficio. Por tanto, debe no olvidarse que la responsabilidad recae tanto en los que influyen indebidamente como los que se dejan influir. Así, los países ricos de la OCDE salieron bastante mal parados con esta ampliación de la definición de corrupción (Kaufmann, 2005, p. 82), que pone el acento en los corruptores.

Desde la óptica de los corruptores, la globalización de la estrategia anticorrupción se ha centrado, en primer lugar, en la respuesta represiva, no solo a través del delito de cohecho, sino teniendo en cuenta su asociación con el fenómeno de la delincuencia organizada, que implica contar con redes estables y con el apoyo de complejas estructuras societarias que sirven para blanquear las amplias cantidades de dinero y para colocarlas posteriormente en paraísos fiscales. En consecuencia, además de los correspondientes delitos de blanqueo y de fraude fiscal, ha resultado necesario impulsar la recuperación de activos. Así, se ha desarrollado la estrategia UMBRA anticorrupción²⁶ impulsada por INTERPOL para fomentar y mejorar la recogida, la gestión y el intercambio de información sobre delitos de corrupción. En nuestro Derecho interno, esta dirección se plasma en la Disposición Final 1ª de la LO 5/2010, que modificó la LECRIM introduciendo un nuevo art. 367 *septies*, el cual previó la creación de la Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA).

Junto con lo anterior, esta estrategia global anticorrupción ha exigido reforzar los mecanismos de prevención de la corrupción en las empresas multinacionales, en primer lugar, a través de los delitos específicos de falsedades en la información contable; en segundo lugar, contando con colaboración de las compañías a través del cumplimiento de los programas de *compliance* que, como es sabido, descansan en el modelo de responsabilidad por defecto de organización²⁷. Al respecto, el Informe OCDE sobre las fuentes de detección del cohecho internacional corrobora la eficacia de esta vía de actuación. En él se señala que de los 263 casos que han terminado en condena por cohecho internacional desde la entrada en vigor del Convenio OCDE, en el 23% se tuvo conocimiento de los hechos gracias a denuncias internas voluntarias²⁸.

Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la solicitud o aceptación por un funcionario público extranjero o un funcionario de una organización internacional pública, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad, con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de sus funciones oficiales».

²⁶ COMS/FS/2017-02/ACO-01.

²⁷ El CP español prevé, a estos efectos, la exención de responsabilidad en las condiciones previstas en el art. 31 bis 4 CP (si, antes de la comisión, del delito la persona jurídica «ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión»).

²⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2017). *La Detección del Cohecho Internacional*. www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm, especialmente pp. 17 y ss. El informe hace referencia al concepto de «denuncia interna voluntaria» cuando esta procede de las empresas, mientras que cuando son las personas físicas las que denuncian las conductas que nos ocupan, se utilizan los términos de «confidente» o «testigo colaborador». En el caso de estos confidentes, solo el 2% deriva en una detección de este tipo de cohecho. Se necesita para ello campañas de sensibilización, canales de denuncia de fácil acceso, indemnizaciones económicas o recompensas y mejorar la protección de los denunciantes (anonimato, confidencialidad) frente a represalias (sanciones). Por su parte, el Informe OCDE señala que el periodismo detecta un 2%, las organizaciones internacionales un 2%, la asistencia jurídica mutua el 7%, la administración tributaria el 1%, y las UIF (unidades de inteligencia financiera) el 2%.

La empresa, en efecto, admite la irregularidad cometida, que supone un acuerdo como mecanismo de exención de responsabilidad penal o de atenuación, según los distintos ordenamientos jurídicos²⁹, o bien como presupuesto para renunciar a ejercer la acción penal³⁰. Para ello se necesitan incentivos que promuevan la denuncia y arbitrar procedimientos claros para denunciar.

No debe olvidarse, finalmente, la función primordial que tiene la cooperación internacional en casos pluri jurisdiccionales, responsable del 7% de los casos detectados sobre cohecho internacional. Existe, al respecto, la red consolidada GECI: Grupo de Expertos sobre Cohecho Internacional, que pretende fomentar el intercambio de información en tiempo real, promoviendo la realización de investigaciones conjuntas en casos de cohecho internacional multi jurisdiccional³¹.

Toda esta estrategia centrada en la respuesta penal, si bien es necesaria como se ha demostrado, se ha revelado insuficiente. Por tanto, el combate a la corrupción internacional requiere una reflexión y una estrategia más holística, lo que conlleva una respuesta multidisciplinar, anticipándose al posible delito con otros instrumentos aplicados en un momento anterior de la actuación de la empresa para procurar decisiones éticas, lo que intenta desarrollarse en los siguientes epígrafes.

4.3. Crisis económica y social y responsabilidad social corporativa (RSC)

Un punto de inflexión en este proceso ha sido la crisis económica de 2008, que ha destapado una praxis de gobernanza obsoleta y poco democrática, en la medida en que las decisiones relevantes para la sociedad provienen de los mercados financieros, no sometidos a control (Meseguer Sánchez, 2016, p. 359). A raíz de ese momento, se procuró transitar hacia un nuevo modelo de negocio que no estuviera alejado de la ciudadanía y en el que la ética fuera el eje central de los negocios abandonando la idea de cualquier enriquecimiento sin escrúpulos (Espinar, 2015, pp. 480-481).

Es decir, esta crisis puso en evidencia conductas de las empresas que sin ser delictivas eran incomprensibles desde el punto de vista de la ética empresarial y ha servido como revulsivo para aceptar que la tutela de los intereses derivados de la actividad empresarial debe observar unos mínimos estándares relativos al respeto y fomento del desarrollo social y medioambiental en aquellos lugares en los que operan las empresas, respetando unas mínimas reglas de gobernanza (Aparicio González, 2016, p. 716)³². Así, la responsabilidad social debe conectarse con la idea de justicia, que se debe exigir a todas las organizaciones y, al mismo tiempo, debe significar responsabilidad por las consecuencias de sus decisiones basada en una ética para la humanidad situada en el nivel de los principios universales (Cortina, 2010, pp. 56-57).

²⁹ Vid., por ejemplo, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2017). *El caso de la naviera noruega* (2014), cuyo acuerdo determinó una atenuación de la pena, pp. 23-24.

³⁰ Por ejemplo, *caso del Reino Unido: SFO vs. ICBC SB PLC* (2015).

³¹ Como señala el Informe OCDE (2017, p. 180), desde marzo de 2016, el GECI ha contribuido, por ejemplo, a coordinar la investigación del caso multi jurisdiccional Unaoil por una trama de cohecho internacional en la que supuestamente están implicadas 23 empresas de Australia, Canadá, Reino Unido y Estados Unidos.

³² La crisis generalizó esta concienciación, pero téngase en cuenta ya la preocupación de la UE quien presenta el primer libro verde en 2001 sobre responsabilidad social corporativa definida como «la integración voluntaria por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y en sus relaciones con sus interlocutores». Ampliamente Cortina (2010, p. 59).

En beneficio de esta idea ha sido imprescindible ir ampliando paulatinamente el marco de exigencia de la transparencia para satisfacer la confianza de todos los grupos y ámbitos implicados. Así, si en un principio se incidió por parte de las empresas en la transparencia sobre información financiera, centrada en el escrutinio y la rendición de cuentas (*accountability*)³³, actualmente se hace hincapié en el establecimiento de obligaciones homogéneas por parte de los Estados de transparencia sobre información no financiera para garantizar unas condiciones de competencia equitativas. Esta es la vía de la Resolución del Parlamento Europeo de 10 de marzo de 2021 sobre Diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa³⁴. Lo relevante en cuanto al ámbito de aplicación es que se pretende incluir a todas las grandes empresas además de todas las empresas que cotizan en mercados regulados (excepto microempresas). Este cambio también incluye empresas no europeas que cotizan en bolsas de la UE. Todo ello es necesario para crear una competencia justa entre empresas tanto cotizadas como no, que pueden tener los mismos impactos en la sociedad.

Es decir, actualmente se pretende la concienciación de una transparencia integral de toda la actividad empresarial y de todo tipo de empresa, pero incorporando, además, el respeto activo a los derechos humanos, sin ser la empresa una mera espectadora de las violaciones de los derechos humanos que como producto de la corrupción se realizan en países en vías de desarrollo (Espinar, 2015, pp. 481-484). A este respecto, no olvidemos que el punto de partida de las obligaciones de diligencia debida fue el ámbito de la lucha contra la corrupción internacional y que la OCDE es la Organización Internacional que ha ido marcando la pauta sobre estas obligaciones³⁵.

De otro lado, hasta hace poco la responsabilidad social estaba ligada a una asunción voluntaria, pero cuando se violan los derechos humanos –situación muy frecuente en un mundo globalizado– no debe quedar sujeta a la potestad de la empresa. Y más aún en un escenario de corrupción de empresas transnacionales, donde se ha demostrado que son inaprehensibles por el Derecho nacional, lo que ha conducido a un Derecho «mercantilizado». En este contexto, se ha avanzado mucho en los últimos años en lo que se refiere a los modelos de organización y gestión, *compliance programs*, pues, desde formar parte de un proceso general de descentralización y privatización normativa de la actividad empresarial, se han dirigido a lo que ha supuesto un cambio de paradigma donde el poder público convalida esta regulación, al mismo tiempo que controla y supervisa su actividad para velar por el

³³ En el caso de las empresas públicas, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2019). *Directrices en materia de Lucha Contra La Corrupción e Integridad en las Empresas Públicas*. www.oecd.org/corporate/Anti-Corruption-Integrity-Guidelines-for-SOEs.htm propone, más allá de la transparencia en el sector público, una cultura organizativa de la transparencia, esto es, promover un sector público profesional basado en la meritocracia y transparencia con rendición de cuentas eficaz, reforzando el papel de supervisión y control externos, y no sobrecargando esta normativa en comparación con la de las empresas privadas.

³⁴ Véase, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_ES.html, asimismo, el Borrador de la reforma de la Directiva sobre información no financiera de la Comisión Europea de 21 de abril de 2021 (renombrada como Directiva sobre informes de sostenibilidad de las empresas o CSRD por sus siglas en inglés) y que sustituye a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)), lo que hará más coercitivas las exigencias contenidas en la Directiva 2014/95/UE sobre información no financiera. Se pretende mejorar el funcionamiento del mercado imponiendo a algunas grandes empresas «la obligación de informar sobre las políticas que aplican en relación con los asuntos medioambientales, sociales y de los empleados, el respeto de los derechos humanos, y las cuestiones relativas a la lucha contra la corrupción y el soborno». Sobre el concepto de “diligencia debida”, Meseguer Sánchez (2016, pp. 221 y ss).

³⁵ Sobre este procedimiento, Nieto Martín (2019, pp. 67 y ss), especialmente p. 70 y bibliografía allí recogida (nota a pie 163).

interés común (Aguilera Gordillo, 2018, pp. 208-211; Nieto Martín, 2008, pp. 9-10). Hemos asistido, por tanto, desde hace tiempo a una autorregulación regulada complemento del sistema penal en sectores empresariales dedicados a actividades de riesgo (las relacionadas con el medio ambiente, por ejemplo). En el ámbito concreto de la corrupción, las medidas preventivas todavía se rigen por estándares normativos sin respaldo jurídico público. Sin embargo, las normas imperativas (*hard law*) deben desplazar al *soft law* en temas relativos al respeto por los Derechos Humanos, cuya salvaguarda dista mucho de ser equilibrada en los diferentes Estados (Messeguer Sánchez, 2016, p. 242).

4.4. Corrupción y globalización *versus* corrupción y gobernanza

A mayor poder, debe haber una mayor responsabilidad social corporativa. Sin embargo, las empresas se han escudado, fundamentalmente desde la crisis económica de 2007-2008 hasta la actualidad, en que la propia globalización es tan desbordante que les impide hacerse cargo de esa responsabilidad.

Esta idea ha quedado demostrada palpablemente con la crisis global que la pandemia por la Covid-19 ha generado en la humanidad, poniendo en entredicho la propia globalización, porque la globalización la gobiernan unas pocas empresas poderosas que solo persiguen su propio beneficio. Si las empresas potentes gobiernan la globalización y, al mismo tiempo, se escudan en esta para no asumir responsabilidades, significa que hay que superar esa cultura de la globalización. ¿Cuál es el concepto de globalización al que nos estamos refiriendo en este caso³⁶? La globalización en este contexto de predominio de relaciones económico-financieras transnacionales repercute en una versión política e ideológica de todos conocida: el «neoliberalismo económico», que obedece a un proyecto político desarrollado desde los países hegemónicos del actual capitalismo global. El alto rendimiento del capital durante las últimas décadas ha hecho que los ricos sean mucho más ricos, ahondando en la brecha de la desigualdad mundial y en las asimetrías de poder (Fariñas Dulce, 2012, pp. 110-111; Wang y Rosenau, 2001, pp. 25-49), donde, además, algunas multinacionales son más poderosas que muchos Estados³⁷. Esto ha sido así porque la globalización económica ha estado únicamente supeditada a los intereses del mercado sin sujetarse a ninguna normativa que garantizara la salvaguarda de los derechos humanos. En este contexto, la corrupción internacional constituye el paradigma que refleja los excesos del capitalismo económico (Parés López de Lemos, 2017, p. 180).

Es decir, las consecuencias más graves de esta globalización son las políticas y las sociales. Por tanto, hay que encontrar la fórmula para que el poder de los mercados se ponga al servicio del respeto a los derechos humanos, tal como se señaló hace más de 20 años en el Pacto Mundial de 1999³⁸. Además, esta crisis de la pandemia, como otras tantas, ha propiciado la corrupción precisamente por la inacción y tolerancia de los gobiernos, que ignoran deliberadamente a aquellos que se benefician de esta³⁹, cuando de todos es sabido que el soborno en el extranjero

³⁶ Sobre los distintos significados de globalización, vid., Fariñas Dulce (2012).

³⁷ Por ejemplo, de las cien economías más grandes del mundo, cincuenta y una son empresas. Ampliamente, Messeguer Sánchez (2016, p. 360).

³⁸ Los 10 principios sobre el Pacto Mundial ONU 1999: www.pactomundial.org/2015/02/10-principios-del-pacto-mundial. Posteriormente, en el ámbito de la UE la «estrategia renovada de la unión europea (UE) para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas», hace hincapié en la incorporación del «Plan de Derechos Humanos en la estrategia de negocio de la empresa», entre los que se encuentra «la lucha contra el fraude y la corrupción». Ampliamente, Messeguer Sánchez (2016, p. 197).

³⁹ El sector salud, en efecto, es un buen ejemplo de los fallos del mercado y del incremento del pago de sobornos para impulsar la venta de productos farmacéuticos o de equipamientos médicos. Ampliamente Rose-Ackerman (2021).

por parte de las empresas multinacionales socava la gobernanza pública en las economías emergentes (Kaufmann, 2005, pp. 89-90) y cuando por todos es conocido que las multinacionales con sede en países de la OCDE cuando operan dentro de la OCDE tienen comportamientos bastante diferentes que cuando operan fuera de la OCDE⁴⁰, excusándose en que la corrupción de funcionarios extranjeros es un mal necesario para tener éxito en los negocios realizados con los gobiernos de países en vías de desarrollo (Burneo Labrín, 2009, pp. 334-335).

Por tanto, urge ahora más que nunca, tras la crisis social que ha generado la pandemia, impulsar una auténtica gobernanza global que no dependa de los intereses de unos pocos países y unas cuantas empresas poderosas que gobiernan la globalización.

La gobernanza global a que nos estamos refiriendo, a diferencia de la globalización, tiene un propósito: humanizar la globalización con ética pública para conseguir la justicia social. Así, la buena gobernanza, especialmente la que se refiere a la lucha contra la corrupción, tiende a mejorar la renta *per cápita* de un país. Cada vez más empresas y gobiernos reconocen la necesidad de un acuerdo común de gobernanza. La gobernanza es una forma de gobierno propia de las sociedades complejas en la que la calidad de interacción entre las administraciones públicas entre sí y con los actores sociales fundamenta la legitimidad de la actuación pública. El nuevo paradigma se construye, así, sobre un mejor gobierno que profundice en la ética pública y la interrelación social, una mejor administración que preste servicios públicos de calidad a los ciudadanos y una mejor responsabilidad que incremente la transparencia y la rendición de cuentas (Fernández Ajenjo, 2017, pp. 164-176).

Por tanto, hay que consolidar ese concepto amplio de transparencia⁴¹, que venimos exponiendo, pero no desde la óptica del mercado, que ha acrecentado las desigualdades entre ricos y pobres, sino desde la buena gobernanza desvinculada de esos intereses del mercado y adaptada a cada país en función de sus necesidades⁴². En los países en vías de desarrollo la prioridad será el apoyo a las reformas de contratación pública, el fortalecimiento de las instituciones de rendición de cuentas (Kaufmann, 2005, pp. 88-91; Schloss, 2007, p. 3; Wang y Rosenau, 2001, pp. 25-49) y eliminar la discrecionalidad de los funcionarios públicos robusteciendo los mecanismos de supervisión autónoma, mientras que en los países desarrollados los esfuerzos deben centrarse en presionar a los gobiernos para que respalden y ratifiquen los convenios internacionales anticorrupción y, a la vez, ayudar a las empresas a liberarse de las prácticas empresariales corruptas. Cuando la corrupción se convierte en un problema de gobernanza global es más fácil para las empresas salir de la trampa de la corrupción. Para las empresas competitivas la preferencia siempre ha sido la igualdad de oportunidades. Para las que carecen de competitividad la corrupción siempre será el instrumento para obtener oportunidades de negocio. Para estas, el impacto del nuevo entorno de gobernanza hace más difícil incurrir en corrupción. Si se concientiza de que la corrupción es un obstáculo para el desarrollo económico, con consecuencias perjudiciales para la comunidad empresarial multinacional, es probable que los gobiernos reconsideren su actitud hacia la corrupción porque a la postre perjudica sus intereses al reconceptualizar los costes y

⁴⁰ Puede consultarse al respecto, Otero González (2017).

⁴¹ Debe comprender la divulgación pública de los ingresos y bienes de los candidatos a cargos públicos y de los funcionarios; elaboración de una lista negra pública de las empresas que han demostrado sobornar en la contratación pública, transparencia fiscal y financiera, contratación pública transparente, seguimiento periódico de la gobernanza de la lucha contra la corrupción y del presupuesto y gasto de las empresas.

⁴² Sobre los principios que debe reunir la acción de los poderes públicos para que podamos hablar de buen gobierno, véase Agnafors (2013) y Villoria e Izquierdo (2016).

beneficios⁴³. En resumen, toda política debe ser contextualizada ya que la misma puede tener resultados diferentes en función del impacto del país donde se aplique.

Para asegurar mejores resultados necesitamos, en primer lugar, reforzar los instrumentos internacionales contra la corrupción, que impliquen en mayor medida a la comunidad internacional y que se concentren más en las causas subyacentes de la corrupción.

En segundo lugar, insistir en los controles externos independientes que visen la transparencia y evalúen de forma estricta la rendición de cuentas. La divulgación pública y la amplia difusión de las listas de empresas infractoras podrían ser un importante elemento disuasorio, pero insuficiente, puesto que, complementariamente, se necesita que los propios países asuman la responsabilidad y tomen la iniciativa de llevar a cabo reformas políticas e institucionales, que son las más difíciles de conseguir (Fernández Ajenjo, 2017, pp. 159-185; Kaufmann, 2005, p. 93).

En tercer lugar, y como consecuencia de lo anterior, debe reducirse la discrecionalidad de los poderes discrecionales (Schloss, 2007, pp. 13-15) y, en cuarto lugar, empoderar a la sociedad civil⁴⁴ para que proteja los intereses del individuo y responsabilice a las instituciones estatales por no controlar, y a las empresas por no promover la transparencia, pues parece estar demostrado que cuanto mayor es el control social menor es la corrupción. Al fin y al cabo, la sociedad civil es la víctima directa afectada por la corrupción. El problema es que carecen de organización (Schloss, 2007, p. 5). Que la sociedad tenga el control significa ceder soberanía por parte de los Estados, por lo que en la lucha contra la corrupción está adquiriendo protagonismo la soberanía interrelacional, que produce una dilución de la frontera entre los poderes público y privado. Esta gobernanza interrelacional aglutina no solo las ONG y multinacionales, sino también redes de carácter global (como el G20 o como el B20), creando grupos de trabajo para la ejecución de normas anticorrupción. Pretende conseguirse que las empresas se autorregulen para prevenir la corrupción, y que además establezcan un sistema de autocontrol o supervisión propio y privado que descargue la labor de los Estados⁴⁵.

La implantación de estas medidas supone menor coste económico que el desarrollo de una regulación excesiva sobre la materia (Kaufmann, 2005, pp. 88-91), que también ha resultado ser ineficaz⁴⁶. En efecto, las regulaciones excesivas anticorrupción parecen tener poco impacto (maquillan el problema) y provoca que se descuiden reformas de gobernanza más fundamentales y sistémicas. Debe simplificarse, por tanto, la normativa al respecto –fundamentalmente en la contratación pública–.

En definitiva, la compleja corrupción internacional se ha abordado con soluciones complejas pero parciales. Por el contrario, la clave para mejorar la eficacia de la lucha contra la corrupción internacional se encuentra en la mejora de la calidad de los gobiernos (Monteduro, Hinna y Moi, 2016, pp. 31-51) y en otorgar protagonismo a la sociedad civil a través de la gobernanza interrelacional, como complemento necesario de las medidas preventivas y represivas. No es un problema, en fin, que pueda atajarse solo con medidas técnicas, que han resultado insatisfactorias

⁴³ Vid., Recomendación OCDE (2017) sobre Integridad pública.

⁴⁴ Sobre la participación ciudadana, Cano Blandón (2008) y Jiménez Sánchez (2020).

⁴⁵ Sobre la soberanía interrelacional, ampliamente, Nieto Martín (2019, pp. 74 y ss).

⁴⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2019). *Guidelines on Anti-Corruption and Integrity in State-Owned Enterprises*. www.oecd.org/corporate/Anti-Corruption-Integrity-Guidelines-for-SOEs.htm. subraya que los enfoques convencionales, basados en la complejidad de normativa, observancia más estricta y cumplimiento más firme, han mostrado una eficacia limitada.

(Jiménez Sánchez, 2020, p. 220). Tratarlo así es simplificar el problema y, por tanto, no solucionarlo.

4.5. Concreción jurídico-penal del bien jurídico buena gobernanza: «El derecho al desarrollo y a la soberanía permanente sobre la explotación de los recursos naturales»

En el plano del derecho penal la buena gobernanza se configura como un bien jurídico supraindividual cuyo contenido de lesividad, al igual que el de los demás bienes jurídicos supraindividuales, es muy difícil de concretar debido a su vaguedad, por lo que hay que hacer un esfuerzo de definición derivada de la propia lesión que supone el delito en concreto que estamos analizando. En otros términos, necesita concreción para que la lesividad de este delito pueda acomodarse al principio de taxatividad. Esta vaguedad, en cualquier caso, no es tan diferente al orden socioeconómico donde se ubica actualmente la conducta analizada.

De este modo, la buena gobernanza puede construirse como un bien jurídico categorial –como lo puede ser el correcto funcionamiento de la Administración Pública (T. XIX del CP) o de la Administración de Justicia (Título XX del CP)– concretado después de forma más específica en cada una de las manifestaciones lesivas derivadas de los delitos tipificados en cada Capítulo. Así, por ejemplo, el principio de no venalidad en el desempeño de actividades públicas es el bien jurídico concretamente protegido en el delito de cohecho de ámbito interno. Desde esta perspectiva, esa preservación de la buena gobernanza debe luego materializarse en un bien jurídico más concreto emanado directamente del tipo penal que regula la corrupción internacional.

Como se viene manifestando, lo que resulta en todo caso necesario es la adopción de nuevas medidas de gobernanza de los mercados distintas a las medidas regulatorias implantadas hasta el momento, dado que no han resultado eficientes y han acrecentado las desigualdades. Por tanto, la intervención del derecho penal está justificada en la medida en que se vulneran los derechos humanos, en especial el bienestar social de los países emergentes; daños, que van más allá de los competidores directos del primer mundo (Paredes Castañón, 2019, pp. 108, 120, 148; Aguilar García, 2009, pp. 1-21).

En otros términos: este bien jurídico supraindividual hay que dotarlo de contenido sobre las carencias detectadas. La estrategia global anticorrupción, que tuvo como base fundamentalmente el convenio OCDE, puso el foco en los corruptores, en los agentes privados. Sin embargo, esta perspectiva ha demostrado ser insuficiente y desenfocada. Ahora urge tomarse en serio el respeto a los derechos humanos, que se violan en países en desarrollo como consecuencia de la corrupción⁴⁷.

Tal como manifestaba al principio de estas páginas, no cabe duda de que el delito de corrupción internacional es pluriofensivo y, por tanto, relacionarlo exclusivamente con la vulneración de la competencia leal, implica comprender el problema de una manera limitada y sesgada. Por el contrario, no solo se vulnera la competencia leal de las empresas que compiten en los países desarrollados, sino también el correcto funcionamiento de la Administración Pública –al poderse

⁴⁷ Vid., P9_TA-PROV (2021)0014 Derechos humanos y democracia en el mundo y política de la Unión Europea al respecto - Informe anual 2019 Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de enero de 2021, sobre «*Los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto - Informe anual 2019 (2020/2208(INI))*». Puede consultarse, asimismo, García Ramírez (2014, p. 347).

incriminar el cohecho pasivo a través de la remisión al art. 427 efectuada por el art. 286 ter-, pero, además –y esto es lo relevante– este tipo concreto de corrupción internacional vulnera los derechos humanos de los países emergentes al impedirles su bienestar social. Desde esta perspectiva, la gobernanza eficaz vinculada a la lucha contra corrupción internacional, desvinculada de los intereses del mercado y supeditada a la protección de los derechos humanos, –tal como se ha concretado en el epígrafe anterior–, deberá centrarse en proteger «el derecho al desarrollo y a la soberanía permanente sobre la explotación de los recursos naturales» por parte del pueblo donde estos se han hallado.

Sin embargo, cuando media la corrupción en transacciones internacionales se produce lo que se conoce como la «maldición de los recursos naturales» (Jiménez Sánchez, 2020, p. 227), esto es, esa situación en la que un país, que, poseyendo valiosos recursos naturales (petróleo, coltán, diamantes, etc.), en lugar de mejorar el bienestar de toda la sociedad, acaba conduciendo a un proceso de cambio institucional en el que las élites del país, a cambio de sustanciosos beneficios, refuerzan la capacidad extractora de empresas extranjeras desincentivando los comportamientos productivos de la población propia.

Estos comportamientos incumplen la Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General de la ONU, de 14 de diciembre de 1962, sobre «Soberanía permanente sobre los recursos naturales» donde se declara «el derecho de los pueblos y de las naciones a la soberanía permanente sobre sus riquezas y recursos naturales debe ejercerse en interés del desarrollo nacional y del bienestar del pueblo del respectivo Estado»⁴⁸.

Uno de los pocos casos en contrario es el del descubrimiento del petróleo en el Mar del Norte por parte de Noruega, en el que tal hallazgo llegó en un momento en el que las instituciones políticas eran tan sólidas que impidieron las conductas extractivas oportunistas. En efecto, a principios del siglo XX, Noruega era un país muy pobre con una economía arcaica cuyo sector más poderoso era la pesca. Sin embargo, cien años después se sitúa entre los primeros países más ricos del mundo atendiendo al Producto Interno Bruto (PIB) *per cápita*⁴⁹ gracias al descubrimiento del petróleo y a su excelente gestión.

Ello nos da la pista sobre la relación de causalidad que existe entre la solidez de un gobierno y el respeto del derecho del pueblo a la explotación propia de los recursos naturales, y viceversa: la relación entre los gobiernos débiles proclives a la corrupción y la extracción de los recursos por parte de empresas extranjeras. Si este derecho a la explotación propia de los recursos naturales nació como un arma en la lucha contra los países industrializados de Occidente para lograr una independencia real de los países en vías de desarrollo y, por tanto, vinculado con las políticas de

⁴⁸ Se reafirma este derecho inalienable en la «Resolución 2158 (XXI) de la Asamblea General de la ONU de 25 de noviembre de 1966», reconociendo que constituye una de las bases del desarrollo económico y del progreso industrial de los países en desarrollo. Progreso, que se consigue en mayor medida cuando los países están por sí mismos en condiciones de explotarlos. Asimismo, se recoge este derecho tanto en el «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», como en el «Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales». El párrafo 2º del artículo 1 de ambos Pactos afirma que: «Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio del beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia», constituyendo una violación a la Carta y la Declaración contenida en la Resolución 2625 (XXV). Igualmente, se plasma en la «Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados (art. 2)», en la «Resolución 3281 (XXIX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas 12 de diciembre de 1974» y en la «Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 21)».

⁴⁹ Véase, <https://es.statista.com/estadisticas/600552/los-paises-con-el-mayor-producto-interior-bruto-pib-per-capita>.

descolonización (Sánchez-Apellániz y Valderrama, 1980, pp. 4-6; Díaz Burgos, 2015, pp. 37-41), la admisión por parte de los gobiernos de estos países de la explotación de determinados recursos por empresas extranjeras constituye una nueva forma de dominación y explotación neocolonial, consentida por el propio país «neocolonizado» a cambio del enriquecimiento personal de sus gobernantes producto del cohecho.

En otras palabras, esta clase de corrupción a gran escala en la que participan tanto las multinacionales como los dirigentes del país en vías de desarrollo, que conlleva derivar la explotación de los recursos naturales a manos de extranjeros, constituye otra forma de patrimonicidio (Nieto Martín, 2011, pp. 481-495; Nieto Martín, 2012, pp. 151-159), en la medida en que implica desposeer a la población de sus recursos, pues se les impide su explotación, sin que de ello deriven beneficios —al contrario—, para los ciudadanos de dicho Estado. Se vulnera, en definitiva, su derecho a la autodeterminación y su derecho de explotación, que debe ejercerse tanto frente a las empresas multinacionales como a las élites corrompidas del propio país (las dos caras de la actividad corrupta). El patrimonicidio representaría, precisamente, un abuso de poder intolerable, tanto de los corruptos como de los corruptores, que atenta directamente contra este derecho fundamental al desarrollo y explotación de los recursos por parte de la población. El injusto que revela este tipo de corrupción, adquiere, así, otra dimensión, cual es la destrucción de los pilares económicos de un Estado.

5. Propuestas para facilitar la perseguibilidad de estas conductas

El art. 4.4 del Convenio OCDE, ciertamente con una redacción muy laxa, establece que «Cada Parte revisará si el fundamento actual de su jurisdicción es eficaz para combatir el cohecho a funcionarios públicos extranjeros y, si no lo fuere, adoptará las medidas que correspondan». Claramente se ha demostrado que la competencia establecida en el art. 23.4 LOPJ para el enjuiciamiento de este delito no ha sido efectiva, y tampoco ha ayudado a la incriminación de estas conductas la fórmula prevista en el art. 286 ter de «corromper o intentar corromper por sí o por persona interpuesta», necesaria en el ámbito de los negocios internacionales, donde este tipo de corrupción se realiza gracias a la ayuda de intermediarios extranjeros, que, bajo el disfraz de la mediación comercial, son los que conocen el proceso local de adjudicación (Fabián Caparrós, 2003, pp. 93-94; Benito Sánchez, 2012, pp. 241-242).

Por otro lado, el interés lesionado con estas gravísimas conductas es lo suficientemente relevante como para que su enjuiciamiento se pudiera hacer efectivo a través del principio de jurisdicción universal, pues no deja de ser una grave violación de los derechos humanos. Sin embargo, como es sabido, el principio de jurisdicción «universal» previsto en el art. 23.4 de la LOPJ ha visto restringido su ámbito de aplicación, primero, por la LO 1/2009 y, fundamentalmente después, por LO 1/2014, de 13 de marzo, donde se limita ostensiblemente su alcance.

Como propuesta más realista, tomando como base la regulación actual, y por lo que respecta a la perseguibilidad del cohecho activo, debería modificarse, en primer lugar, el art. 23.6 LOPJ, eliminando la exigencia de la previa interposición de querrela por el agraviado o por el Ministerio Fiscal, pues, como se ha constatado, puede ser una de las causas que motivan la falta de perseguibilidad de estas conductas. Y, de otro lado, el art. 23.4 n) LOPJ debe someterse a revisión, para flexibilizar la limitación de su aplicación actual, vinculada al principio de personalidad activa derivado de la nacionalidad, si queremos que la persecución, no solo de este sino de otros delitos cometidos por empresas multinacionales que violan derechos humanos, sea efectiva. Si estas conductas son transnacionales debemos, pues, superar el criterio vinculado a esta exigencia de la nacionalidad de la persona física/domicilio de la persona jurídica

para perseguirlas. Para ello, debe condicionarse esa perseguibilidad a otro tipo de criterios, como la de sustituir la personalidad activa vinculada a la sede por el lugar donde tiene el principal centro de actividad la empresa corruptora o adoptando el modelo de incriminación de la falta de organización de la empresa permitiendo perseguir el comportamiento corrupto realizado en un país extranjero siempre que el defecto de organización de la empresa se haya producido en el país donde tiene su actividad principal⁵⁰.

Con todo, el problema principal no es la perseguibilidad del cohecho activo sino cómo articular la perseguibilidad del cohecho pasivo del funcionario extranjero. Si el cohecho pasivo de este funcionario se realiza en el extranjero, como es lo habitual, debemos seguir manteniendo esa dimensión interna para evitar injerencias en los asuntos de un Estado extranjero, por lo que será la normativa del Estado de este funcionario el competente para juzgar su conducta. Por eso es tan importante presionar a los gobiernos para que respalden y ratifiquen los convenios internacionales anticorrupción y, los incorporen a su derecho interno de la forma más armonizada posible a efectos de reforzar el castigo del cohecho pasivo conforme a la legislación de aquellos países donde se produzca.

6. Conclusiones

Los progresivos cambios de ubicación del tipo del art. 286 ter CP, operados en las sucesivas reformas del Código penal, denotan una desorientación del Legislador sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho internacional. Este tipo penal, si bien protege la competencia leal, esta resulta insuficiente como objeto de tutela para incriminar la gravedad de estas conductas de ámbito transnacional, que vulneran bienes jurídicos que exceden en mucho de la justa competencia.

Sin embargo, la enorme lesividad de estos comportamientos contrasta con el negativo balance de aplicación de este delito: se registra una sola sentencia condenatoria en los más de 21 años de vida del tipo penal.

Las posibles causas por las que no se castiga la corrupción transnacional son:

1. La complejidad de estos procedimientos con multitud de piezas separadas de muy difícil probanza y de muy difícil conexión, cuya obtención definitiva de la prueba tarda muchos años en lograrse.

2. La deficiente regulación de la competencia española para perseguir estas conductas, plasmada en el art. 23.6 LOPJ y, fundamentalmente, en el art. 23.4.n) LOPJ de la que se ha dado cuenta en páginas anteriores.

3. La dificultad de recabar los elementos probatorios cuando los hechos, como es lo habitual, se realizan en el extranjero, siendo necesaria la colaboración de las autoridades de ese Estado, que nunca llega a producirse.

4. El amplio alcance de la extraterritorialidad de la FCPA USA 1977. Aunque, en principio, la aplicación de esta ley no supone un obstáculo para que el Ministerio Fiscal español emprendiera acciones legales en nuestro país contra esas actuaciones corruptas de la empresa sometida a la FCPA, subyace la seria sospecha de infracción del principio *non bis in idem* si ello tuviera lugar, lo que puede ser un motivo que esté frenando el enjuiciamiento de estos delitos en España. Tal ha sido el caso de la filial

⁵⁰ De forma análoga, véase la *Bribery Act*, 2010, de Reino Unido. Ampliamente, Nieto Martín (2012, p. 160).

en España de *Fresenius Medical Care*, que realizó prácticas corruptas en España, a la que se le ha aplicado la FCPA, y, sin embargo, no ha sido enjuiciada en nuestro país.

Al mismo tiempo, esta desmesurada aplicación extraterritorial de las leyes anticorrupción en transacciones internacionales, fundamentalmente de la FCPA, ahonda en la brecha de la desigualdad entre los Estados, pues no olvidemos que, en este caso, la multa se paga a Estados Unidos mientras que las víctimas de esta corrupción (si pensamos en el cohecho pasivo) son los países en vías de desarrollo, por lo que quien impone y recibe el abono de las multas no son realmente los damnificados por la corrupción. En consecuencia, la competencia justa y leal es un bien jurídico insuficiente, por limitada, para luchar penalmente contra la corrupción internacional, porque es competencia leal entre las empresas poderosas, cuando la corrupción internacional va mucho más allá de la distorsión de los precios y las condiciones del mercado, impidiendo que se garanticen las condiciones necesarias para la prosperidad de la población de los países emergentes, al desviar los recursos destinados a su bienestar social.

Si el bien jurídico competencia leal ha sido ineficaz en este ámbito, debe modificarse el eje de actuación, impulsándose de forma complementaria una auténtica gobernanza global que no dependa de los intereses de unos pocos países y corporaciones. Ello requiere una estrategia más holística, anticipándose al posible delito con otros instrumentos aplicados en un momento anterior de la actuación de la empresa para procurar decisiones éticas.

En beneficio de esta idea resulta crucial:

1. Incidir en una ampliación progresiva del ámbito de la exigencia de transparencia, escrutinio y rendición de cuentas, que transita desde la transparencia sobre información financiera al establecimiento de obligaciones homogéneas por parte de los Estados de transparencia sobre información no financiera para garantizar unas condiciones de competencia equitativas.

2. De otro lado, la responsabilidad social corporativa, que tradicionalmente ha estado ligada a una asunción voluntaria, cuando se violan los derechos humanos no debe quedar sujeto a la potestad de la empresa. En este contexto, se ha avanzado mucho en los últimos años en lo que se refiere a los modelos de organización y gestión, *compliance programs*, pues, desde formar parte de un proceso general de descentralización y privatización normativa de la actividad empresarial, se han dirigido a un cambio de paradigma donde el poder público convalida esta regulación. En esta dirección debe avanzarse en lo que respecta a las medidas preventivas relacionadas con la corrupción.

3. Debe empoderarse a la sociedad civil para que proteja los intereses del individuo y responsabilice a las instituciones estatales por no controlar, y a las empresas por no promover la transparencia, pues parece estar demostrado que cuanto mayor es el control social menor es la corrupción. Ello implica ceder soberanía por parte de los Estados, a favor de la soberanía interrelacional, que aglutina no solo las ONG y multinacionales, sino también redes de carácter global, creando grupos de trabajo para la ejecución y supervisión de las normas anticorrupción.

En el plano del derecho penal, debe hacerse hincapié en la pluriofensividad de este delito, que vulnera mucho más que las reglas de competencia, afectando a la buena gobernanza. Esta se configura como un bien jurídico categorial que necesita concreción de forma específica en cada una de las manifestaciones lesivas derivadas

de los delitos tipificados bajo su rúbrica, para que pueda acomodarse al principio de taxatividad. En el caso del tipo concreto de corrupción internacional, se lesiona la buena gobernanza a través de la vulneración los derechos humanos de los países emergentes al impedirles su bienestar social, y, en concreto, se perjudica «el derecho al desarrollo y a la soberanía permanente sobre la explotación de los recursos naturales» por parte del pueblo donde estos se han hallado, pues, en lugar de mejorar el bienestar de toda la sociedad, las élites del país, a cambio de sustanciosos beneficios, refuerzan la capacidad extractora de empresas extranjeras desincentivando los comportamientos productivos de la población. Uno de los pocos casos en contrario es el del descubrimiento del petróleo en el Mar del Norte por parte de Noruega, cuyo hallazgo coincidió con unas instituciones políticas tan sólidas, que impidieron las conductas extractivas oportunistas. Ello nos da la pista sobre la relación de causalidad que existe entre la solidez de un gobierno y el respeto del derecho del pueblo a la explotación propia de los recursos naturales, y viceversa: la relación entre los gobiernos débiles proclives a la corrupción y la extracción de los recursos por parte de empresas extranjeras. El injusto que revela este tipo de corrupción, adquiere, así, otra dimensión, pues resulta idóneo para destruir los fundamentos económicos de una sociedad.

Finalmente, por lo que respecta a la perseguibilidad del cohecho activo, el art. 23.4 n) LOPJ debe someterse a revisión para flexibilizar el principio de personalidad activa derivado de la nacionalidad/sede del corruptor, y condicionar esa perseguibilidad a otro tipo de criterios, como el lugar donde la empresa corruptora tiene el principal centro de actividad o adoptar el modelo de culpabilidad por defecto de organización de la empresa, lo que permite perseguir el comportamiento corrupto realizado en un país fuera de España siempre que esa falta de diligencia se haya ocasionado en el Estado donde la empresa despliega principalmente sus negocios.

En lo que atañe a la perseguibilidad del cohecho pasivo, si este se realiza en el extranjero, como es lo habitual, debemos seguir manteniendo esa dimensión interna para evitar injerencias en los asuntos de un Estado extranjero. Por eso es tan importante presionar a los gobiernos para que respalden y ratifiquen los convenios internacionales anticorrupción a efectos de reforzar el castigo del cohecho pasivo y abogar por un derecho penal internacional armonizado a estos efectos, para que tenga también jurisdicción el Estado al que pertenece el autor de este delito.

Bibliografía

- Agnafors, M. (2013). Quality of Government: Toward a more complex Definition. *American Political Science Review*, 107 (3), 433-445.
- Aguilar García, J. (2009). Normativa española sobre prácticas corruptas de nuestras empresas en el extranjero, *Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 21, 171-192.
- Aguilera Gordillo, R. (2018). *Compliance penal. régimen jurídico y fundamentación analítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el compliance program*, [Tesis doctoral, Departamento: Derecho Civil, Penal y Procesal. Universidad de Córdoba]. **UCOPress**. <https://helvia.uco.es/xmlui/bitstream/handle/10396/16714/2018000001783.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Alcalá Pérez-Flores, R. (2006). La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año 60 (nº extraordinario 2015), 207-216.

- Aparicio González, M. (2016). LA RSC: Nuevo elemento de la gobernanza de las sociedades cotizadas. En S. Bacigalupo, B. J. Feijoo Sánchez y J. I. Echano Basaldúa (Eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al Prof. Miguel Bajo*, Madrid, (715-726) Centro de Estudios Ramón Areces y Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Arvelo Rodríguez, P. (2019). La aportación del marco penal español para erradicar la corrupción transnacional: una doble vía inacabada. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 135-165. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.5009>
- Benito Sánchez, D. (2012). *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*. Iustel.
- 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*, 63 (1), 205-228. [https://doi.org/10.18543/ed-63\(1\)-2015pp205-228](https://doi.org/10.18543/ed-63(1)-2015pp205-228)
- Benito Sánchez, D. (2016). La corrupción de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Especial referencia al papel de la *Foreign Corrupt Practices Act*. En L. V. Graffe González, A. Castro Moreno y P. Otero González (Eds.), *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada* (115-146). Dykinson.
- Blanco Cordero, I. (2020). Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y *ne bis in ídem*. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (RECPC), 22, 1-47. <http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22.html>
- Burneo Labrín, J.A. (2009). Corrupción y derecho internacional de los derechos humanos. *Derecho PUCP*, 63, 333-347. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.200902.013>
- Cano Blandón, L. F. (2008). La participación ciudadana en las políticas públicas de lucha contra la corrupción: respondiendo a la lógica de gobernanza. *Estudios Políticos*, 33, 147-177. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/estudiospoliticos/article/view/1946>
- Capdeferro Villagrasa, O. (2018), La obligación jurídica internacional de luchar contra la corrupción y su cumplimiento por el Estado español. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 13, 114-147. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3807>
- Consejo De Estado (2009). *Dictamen al Anteproyecto de Modificación del CP*, 1404/2009, 29-10.
- Cortina, A. (2010). Ética y responsabilidad social en un mundo globalizado. *Globalización y democracia*. https://globalizacionydemocracia.udp.cl/wp-content/uploads/2014/03/ADELA_CORTINA_2010.pdf
- De La Cuesta Arzamendi, J.L y Blanco Cordero, I. (2001-2002). Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. *Revista de ciencias penales*, 4, 9-29.
- Díaz Burgos, M. (2015). *La protección jurídico-penal del medio ambiente y el delito ambiental en Colombia* [Tesis trabajo fin maestría. Universidad Santo Tomás, Colombia]. **Oducial**. <https://repository.usta.edu.co/bitstream/handle/11634/405/la%2520proteccion%2520juridico-penal%2520del%2520medio%2520ambiente%2520y%2520el%2520delito%2520ambiental%2520en%2520colombia.pdf?sequence=1>
- Díaz-Maroto Y Villarejo, J. (2008). La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del Código penal español. *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 74, pp. 199-223.

- Espinar, D. (2015). La responsabilidad social corporativa como herramienta de democracia, gobernanza y freno a la corrupción. En J.J Marco Marco y B. Nicasio Varea (Eds.), *La regeneración del sistema: reflexiones en torno a la calidad democrática, el buen gobierno y la lucha contra la corrupción* (480-487). CEU y AVAPOL.
- Fabián Caparrós, E.A. (2003). *La corrupción de agente público extranjero e internacional*. Tirant lo Blanch.
- 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 de Información del Ministerio de Justicia*, 2148, 1-20.
- Fariñas Dulce, M.J. (2012). Globalización y cultura de la legalidad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 2, 109-114.
- Fernández Ajenjo, J.A. (2017). La gobernanza y la prevención de la corrupción como factores de desarrollo económico y social. En N. Rodríguez García y F. Rodríguez López (Eds.), *Corrupción y desarrollo* (159-185). Tirant lo Blanch.
- García Ramírez, S. (2014). *Orden penal, globalización y gobernanza*. Revista de la Facultad de Derecho de México, 64 (262), 337-359.
- García Rivas, N. (2019). Alcance y perspectivas del *ne bis in ídem* en el espacio jurídico europeo. En A. Nieto Martín y B. García Moreno (Eds.), *Ius Puniendi y Global Law. Hacia un Derecho Penal sin Estado* (443-473). Tirant lo Blanch.
- Garrocho Salcedo, A y Otero González, P. (2011). Concepto y alcance de la inmunidad personal en el art. 606 del Código Penal. *La ley Penal: revista de derecho penal procesal y penitenciario*, 83, pp. 20-44.
- Garrocho Salcedo, A y Otero González, P. (2016). El Derecho penal interno ante los atentados contra personas internacionalmente protegidas y locales de legaciones extranjeras: el ordenamiento español. *The Yearbook of Diplomatic and Consular Law /Anuario de Derecho de Diplomático y Consular /Annuaire de droit diplomatique et consulaire*, 1, pp. 33-62.
- Garrocho Salcedo, A y Otero González, P. (2018). Delitos contra el derecho de gentes. En F.J. Álvarez García (Coord.), *Tratado de Derecho Penal Español. Parte especial*, (513-546). Tirant lo Blanch.
- Gómez Bermúdez, J. (2006). De *lege ferenda*. *Las últimas reformas penales II*, Cuadernos de Derecho Judicial, 10, 263-285.
- Gómez Iniesta, D.J. (2009). El *ius puniendi* del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En A. Nieto Martín y B. García Moreno (Eds.), *Ius Puniendi y Global Law. Hacia un Derecho Penal sin Estado* (155-181). Tirant lo Blanch.
- Jiménez Sánchez, F. (2020). El antídoto de la corrupción: la calidad de la gobernanza. *Administración y Ciudadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, 15 (1), 219-240. <https://doi.org/10.36402/ac.v1i15.4363>
- Jiménez Valderrama, F y García Rodríguez, L. (2015). El interés jurídico protegido en el delito de corrupción privada en Colombia. Análisis de contexto y conexiones con el derecho de la competencia desleal. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 35, pp. 159-178.
- Kaufmann, D. (2005). Diez mitos sobre la gobernabilidad y la corrupción. *Finanzas y desarrollo: publicación trimestral del Fondo Monetario Internacional y del Banco Mundial*, 42 (3), 41-43.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2011). *Derecho Penal económico y de la Empresa. Parte Especial*. Tirant lo Blanch.
- Meseguer Sánchez, J.V. (2016). *El Control Jurídico de la Actuación de las Empresas Transnacionales: Derecho Penal y Responsabilidad Social Corporativa* [Tesis doctoral, Universidad Católica de Murcia]. Riucam. <http://hdl.handle.net/10952/2125>

- Monteduro F, Hinna, A, y Moi, S. (2016). Governance and Corruption in the Public Sector: An Extended Literature Review. *Governance and Performance in Public and Non-Profit Organizations*, 31-5. Emerald Group publishing.
- Muñoz Conde, F. (2015). *Derecho penal. Parte especial*. Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, A. (2002). La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado). *Revista Penal*, 10, 55-69.
- Nieto Martín, A. (2003). La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del Derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo). *Revista Penal*, 12, 3-26.
- Nieto Martín, A. (2008). Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materia Penales*, 5, 1-18. <https://ssrn.com/abstract=2712397>
- Nieto Martín, A. (2011). Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente. *Revue internationale de droit pénal*, 82 (3), 477-505.
- Nieto Martín, A. (2012). Bases para un futuro derecho penal internacional del medio ambiente. *AFDUAM*, 16, 137-164. <http://hdl.handle.net/10486/662701>.
- Nieto Martín, A. (2019). Las transformaciones del *ius puniendi* en el derecho global. En A. Nieto Martín, B. García Moreno (Dir.) *Ius Puniendi y Global Law. Hacia un Derecho Penal sin Estado*, (17-110). Tirant lo Blanch.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2017). *La Detección del Cohecho Internacional*. www.oecd.org/corruption/the-detection-of-foreign-bribery.htm
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2019). *Directrices en materia de Lucha Contra La Corrupción e Integridad en las Empresas Públicas* www.oecd.org/corporate/Anti-Corruption-Integrity-Guidelines-for-SOEs.htm.
- Otero González, P. (2016a). La corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015. *Cuadernos de José María Lidón*, 12, 199-260.
- Otero González, P. (2016b). Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015 (análisis de cuestiones concretas de los art. 286 bis y ter CP). En M. Villoria, J. M. Gimeno Feliu y J. Tejedor Balsa (Eds.), *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (451-496). Atelier.
- Otero González, P. (2017). La respuesta del Derecho penal noruego a la corrupción: un modelo a seguir. En A. Castro Moreno y P. Otero González (Eds.), *Corrupción y delito: aspectos de Derecho penal español y desde la perspectiva comparada* (203-251). Dykinson.
- Otero González, P. (2019). La progresiva ampliación del ámbito típico del delito de corrupción privada. *Indret penal*, 4, 1-42.
- Palomo Del Arco, A. (2011). De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales. En M. Gómez Tomillo (Ed.), *Comentarios al Código penal*, (1644-1650). Lex Nova.
- Paredes Castañón, J.M. (2019). El mercado como objeto de regulación y protección jurídica: el caso de las restricciones verticales a la competencia. *Revista de Derecho penal y Criminología de la UNED*, 3ª época, 22, 107-158. <https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/389>
- Parés López De Lemos, A. (2017). Pluriofensividad de los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales: corrupción y cohecho. *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*, 20 (1), 127-187. <https://doi.org/10.5209/FORO.57532>.
- Puente Aba, L.M. (2015). Corrupción en las transacciones económicas internacionales (art. 286 ter). En J. L. González Cussac (Ed.), *Comentarios a la Reforma del CP de 2015* (923-929). Tirant lo Blanch.

- Roca Agapito, L. (2009). La influencia de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción pública. En F. J. Álvarez García (Ed.), *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea* (776-785). Tirant lo Blanch.
- Rodríguez García, N. (2004). La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción. En N. Rodríguez García y E. Fabián Caparrós (Eds.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar* (241-275). Ratio Legis.
- Rose-Ackerman, S. (2021). Corrupción y Covid-19. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, 37-60. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6062>.
- Sánchez-Apellániz y Valderrama, F. (septiembre, 1980). *La soberanía permanente sobre los recursos naturales: orígenes y contenidos*. [Comunicación en congreso] V Jornadas de Profesores españoles de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. <https://core.ac.uk/download/pdf/83570653.pdf>
- Schloss, M.J. (2007). Gobernabilidad, corrupción y desarrollo: algunas evidencias estadísticas y experiencias. *Encuentros Multidisciplinares*, 27, 1-15. <http://hdl.handle.net/10486/679489>
- Sieber, U. y Nuebert, C.W. (2019). Investigaciones transnacionales de crímenes en el ciberespacio: retos a la soberanía nacional. En A. Nieto Martín y B. García Moreno (Eds.), *Ius Puniendi y Global Law. Hacia un Derecho Penal sin Estado* (306-390). Tirant lo Blanch.
- Silva Sánchez, J.M. (2018). Doce tesis sobre el delito de corrupción de funcionarios extranjeros. En C. Gómez-Jara Díez (Coord.), *Persuadir y razonar: Estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín*, Tomo II (643-655). Thomson Reuters.
- Tiedemann, K. (2007). El nuevo procedimiento penal europeo. En L. Arroyo Zapatero, A. Nieto Martín y M. Muñoz de Morales Romero (Coords.), *El Derecho Penal de la Unión Europea. Situación actual y perspectivas de futuro* (143-156). Universidad de Castilla-La Mancha.
- Villegas García, M. A. y Encinar Del Pozo, M. A. (2019). El «caso Fresenius»: el «día D» de la FCPA en España. *La Ley Penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 140, pp. 1-22.
- Villoria, M. y Izquierdo, A. (2016). *Ética pública y buen gobierno*. Tecnos.
- Wang H y Rosenau, J. N. (2001). Transparency International and Corruption as an Issue of Global Governance. *Global Governance: A Review of Multilateralism and International Organizations*, 7(1), pp. 25-49.

Responsabilidad penal del directivo empresarial por complicidad en violaciones de derechos humanos. El caso «Ford-Müller» en Argentina*

Criminal liability of corporate officers for complicity in human rights violations. The «Ford-Müller» case in Argentina

Noel Villalba López
 Universidad Carlos III de Madrid
 ORCID ID 0000-0003-2246-3826
nvillalb@der-pu.uc3m.es

Cita recomendada:

Villalba López, N. (2022). Responsabilidad penal del directivo empresarial por complicidad en violaciones de derechos humanos. El caso «Ford-Müller» en Argentina. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 93-115.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7110>

Recibido / received: 04/07/2022
 Aceptado / accepted: 25/07/2022

Resumen

Al hilo de las sentencias del caso «Ford-Müller» en Argentina, por las que dos dirigentes de la empresa Ford Motor Argentina fueron condenados por complicidad en delitos cometidos durante la Dictadura por las fuerzas armadas y de seguridad contra trabajadores con lazos sindicales, el presente artículo analiza algunas de las dificultades que enfrentan los tribunales penales nacionales al atribuir responsabilidad penal a directivos de empresas multinacionales por complicidad en violaciones de los derechos humanos. Concretamente, el trabajo se centra en los problemas de aplicabilidad de ciertos criterios de imputación provenientes del Derecho penal internacional y el Derecho internacional de los derechos humanos para atribuir responsabilidad penal con base en tipos penales nacionales.

Palabras clave

Multinacionales, derechos humanos, derecho penal, dictadura cívico-militar, criterios de imputación.

* Este artículo se enmarca dentro del Proyecto de investigación coordinado entre la Universidad Castilla-La Mancha y la Universidad Carlos III de Madrid, dirigido por los profesores Adán Nieto Martín y Jacobo Dopico Gómez-Aller, financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad: «Responsabilidad penal de las empresas multinacionales por violaciones a los derechos humanos y al medio ambiente» (DER2017/85144-C2-1-P).

Abstract

On the basis of the Ford-Müller-case judgments in Argentina, by which two Ford Motor Argentina's corporate officers were convicted for complicity in crimes committed during the dictatorship by the armed and security forces against unionised workers, this article analyses some of the difficulties faced by national criminal courts when attributing criminal liability to multinational companies' corporate officers for complicity in human rights violations. Specifically addressed is the problema faced when applying attribution criteria from International Criminal Law and Human Rights International Law to adscribe criminal liability based on national criminal legal figures.

Keywords

Multinational, human rights, criminal law, civil-military dictatorship, attribution criteria.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Las sentencias. 2.1. La sentencia de instancia. 2.1.1. Hechos probados. 2.1.2. Calificación jurídica. 2.1.3. Recapitulación. 2.2. La sentencia de casación. 3. Contexto jurisprudencial y doctrinal de las sentencias. 3.1. Derecho penal interno, DPI y DIDH. 3.2. Criterios de tipicidad empleados. En especial: criterios aplicables a la responsabilidad penal del directivo empresarial por violaciones de derechos humanos. 4. Conclusiones y reflexión final

1. Introducción

La responsabilidad penal de las empresas o sus directivos por conductas de participación en violaciones de derechos humanos es un tema que recibe desde hace décadas un interés científico exponencial (Ambos, 2019; Ambos y Böhm, 2020; Bohoslavsky y Verbitsky, 2013; Böhm, 2019 y 2017; Manacorda, 2017; Muñoz de Morales Romero, 2020; Nieto García, 2020; Pérez Cepeda, 2019).

Sin embargo, la propia idiosincrasia de este grupo de casos (en esencia, conductas delictivas que vulneran derechos humanos) a menudo plantea al órgano judicial nacional dos esfuerzos interpretativos previos al puro juicio de atribución de responsabilidad penal. Por un lado, debe determinarse cómo se articula en ese sistema jurídico la relación entre su Derecho penal interno, el Derecho penal internacional (DPI) y/o el Derecho internacional de los derechos humanos (DIDH) –cuestión que es, en gran medida, un problema de fuentes del Derecho–. Y, por otro lado, deben elegirse los criterios o estándares interpretativos que corresponde aplicar al caso, lo cual resulta especialmente importante cuando la potencial punibilidad de la conducta se justifica conforme a preceptos de Derecho penal interno (Böhm, 2019; Van den Herik y Černič, 2010).

Un problema singular se presenta cuando, unido a los datos anteriores, los hechos a enjuiciar fueron cometidos antes de la fecha de entrada en vigor o ratificación de ciertos tratados internacionales en materia de DPI o DIDH. Lo que aquí se plantean son, principalmente, cuestiones de retroactividad y de prescripción de los delitos, que vienen a sumarse a (y a relacionarse con) los dos problemas anteriores.

Los tribunales penales argentinos se encuentran tristemente familiarizados con este grupo de casos. Su línea jurisprudencial prácticamente unánime es, al menos desde 1998 (Norris, 1992, pp. 71-83; Parenti, 2006a, pp. 3-14; Parenti y Pellegrini, 2009, pp. 135-138)¹, que los delitos «comunes» cometidos por las fuerzas armadas y

¹ Sobre las leyes de «punto final» y de «obediencia debida», *vid.* Ambos (1999, pp. 175-187) y Sancinetti (1999, pp. 326-341). Sobre su contexto *vid.* Nino (2015, pp. 145-155, 166-172, 179-181).

de seguridad durante la Dictadura cívico-militar (1976-1983)² pueden ser castigados, aunque estén prescritos, por constituir también crímenes contra la humanidad con base en la costumbre internacional del DPI (Parenti, 2010, p. 214)³ y violaciones de derechos humanos con base en el DIDH⁴.

En este contexto, el 11 de diciembre de 2018 el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 1 de San Martín dictó sentencia (en adelante, SI, 2019)⁵ por la que condenó a Santiago Omar Riveros (en adelante, Riveros), ex comandante de los Institutos Militares en la Zona de Defensa IV durante la Dictadura cívico-militar, como coautor funcional de cinco delitos de allanamiento ilegal⁶, veinticuatro delitos de privación ilegal de libertad por abuso funcional⁷ (agravados⁸ o doblemente agravados⁹) y veinticuatro delitos de tormento agravados¹⁰, todos ellos referidos a las detenciones, actos de tortura y privaciones de libertad cometidos «de propia mano» por miembros de las fuerzas armadas y de seguridad contra veinticuatro trabajadores de la planta automotriz de Ford Motor Argentina en la localidad de Pacheco, Provincia de Buenos Aires¹¹.

Además –y aquí reside lo interesante a nuestros efectos–, el órgano judicial también condenó como «cómplices primarios» de tales delitos a Pedro Müller (en

² Sobre la represión política y sindical durante el período de la Dictadura cívico-militar, *vid.* Nino (2015, pp. 119-136) y Sancinetti (1999, pp. 105 y ss).

³ Como señala Maculán (2012, pp. 12-13), es una práctica jurisprudencial común en varios países latinoamericanos recurrir al Derecho internacional como «fuente directa de criminalización» de conductas realizadas durante los regímenes dictatoriales recientes, y ello, según la autora, con el fin de «obviar» las reglas de prescripción penal previstas en los ordenamientos penales nacionales. Sobre la aplicación del DPI en la jurisprudencia argentina, *vid.* Malarino (2008, pp. 422-427).

⁴ Sobre el contexto socio-político en que nacen los principales argumentos en favor de la así llamada «justicia retroactiva», *vid.* Nino (2015, pp. 188-211). Sobre los primeros casos judiciales que siguen esta orientación, *vid.* Sancinetti (1999, pp. 231-255).

⁵ Se opta por esta fecha porque los fundamentos de la resolución están fechados a 15 de marzo de 2019.

⁶ Art. 151 del Código penal (en adelante, CP) argentino: «[s]e impondrá la misma pena [prisión de 6 meses a 2 años] e inhabilitación especial de seis meses a dos años, al funcionario público o agente de la autoridad que allanare un domicilio sin las formalidades prescriptas por la ley o fuera de los casos que ella determina». Resulta ciertamente difícil encontrar en la sentencia de instancia el juicio de subsunción en relación con este delito; lo más parecido en Tribunal Oral en lo Criminal Federal n.º 1 de San Martín –en adelante, SI–, (2019, pp. 293-294). Para ubicar más fácilmente los argumentos contenidos en la SI cito en adelante por páginas, conforme a la versión de la resolución disponible en el siguiente enlace: <http://untref.edu.ar/crimenesdeestado/index.php/sentencia/342>

⁷ Art. 144 bis 1 CP argentino, en la redacción dada por la ley 14.616, de 30 de septiembre de 1958: «[s]erá reprimido con prisión o reclusión de uno a cinco años e inhabilitación especial por doble tiempo [...] El funcionario público que, con abuso de sus funciones o sin las formalidades prescriptas por la ley, privase a alguno de su libertad personal». Sobre la subsunción de los hechos atribuidos a Riveros en los delitos de privación ilegítima de libertad por abuso funcional, *vid.* SI (2019, pp. 346-351).

⁸ Por la agravante de empleo de violencia y amenazas, prevista en el art. 142.1 CP argentino, en la redacción dada por la ley 20.642, de 25 de enero de 1974: «[s]e aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: [...] Si el hecho se cometiere con violencias o amenazas o con fines religiosos o de venganza».

⁹ Por la agravante anterior más la de duración superior a un mes de la privación de libertad, prevista en el art. 142.5 CP argentino, en la redacción dada por la ley 20.642: «[s]e aplicará prisión o reclusión de dos a seis años, al que privare a otro de su libertad personal, cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes: [...] Si la privación de la libertad durare más de un mes».

¹⁰ Art. 144 ter CP argentino, en la redacción dada por la ley 14.616: «[s]erá reprimido con reclusión o prisión de ocho a veinticinco años e inhabilitación absoluta y perpetua el funcionario público que impusiere a personas, legítima o ilegítimamente privadas de su libertad, cualquier clase de tortura. Es indiferente que la víctima se encuentre jurídicamente a cargo del funcionario, bastando que este tenga sobre aquélla poder de hecho». Sobre la subsunción de los hechos atribuidos a Riveros en el delito de imposición de tormentos, *vid.* SI (2019, pp. 351-362).

¹¹ Sobre el contexto represivo sindical en la empresa Ford Motor Argentina durante la Dictadura, *vid.* Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (2015, pp. 457-489) y Basualdo, Quintana y Varsky (2013, pp. 185-202).

adelante, Müller) y Héctor Francisco Jesús Sibilla (en adelante, Sibilla), a la sazón gerente de manufactura y jefe de seguridad, respectivamente, de la planta Ford de Pacheco cuando se produjeron los hechos. Esta sentencia representa un hito dentro de la serie histórica de procesos judiciales seguidos en Argentina para enjuiciar la responsabilidad penal de altos cargos de empresas multinacionales por complicidad en delitos relacionados con la represión a civiles durante la Dictadura¹².

Por su parte, el 29 de septiembre de 2021 la Sala II.^a de la Corte Federal de Casación Penal argentina dictó sentencia (en adelante, SC, 2021) desestimando por unanimidad los recursos de casación interpuestos por las defensas de Riveros y Sibilla, y por mayoría de dos a uno el interpuesto por la defensa de Müller, confirmándose así las tres condenas de primera instancia.

En este trabajo se analizan: en primer lugar, los argumentos ofrecidos en las sentencias de instancia y casación para afirmar la responsabilidad penal de Müller y Sibilla (apartado 2); en segundo lugar, el contexto jurisprudencial y doctrinal en el que se enmarcan las dos resoluciones judiciales, con el objeto de clarificar las posiciones asumidas por los tribunales de instancia y casación sobre las relaciones entre el Derecho penal argentino, el DPI y el DIDH, así como el impacto de tales posiciones en la comprobación de la tipicidad de las conductas atribuidas a Müller y Sibilla (apartado 3.1); y, en tercer lugar, los argumentos empleados por los dos tribunales en relación con la responsabilidad penal de directivos de empresas por complicidad en violaciones de derechos humanos (apartado 3.2).

2. Las sentencias

2.1. Sentencia de instancia

De la SI solo se analizan aquí los argumentos relacionados con la atribución de responsabilidad penal a Müller y Sibilla. No así, por lo tanto, otros extremos de la resolución sin duda relevantes, pero a otros efectos, como la legitimación activa de algunas de las acusaciones particulares, la responsabilidad penal de Riveros, la concreta subsunción de los hechos en los delitos «comunes» del Código penal argentino¹³ o la posible concurrencia de causas de justificación.

2.1.1. Hechos probados

La SI dio por probados tanto hechos directamente ligados con la detención, tortura y encarcelamiento de los 24 trabajadores de la planta de Ford de Pacheco, como otros referidos al contexto político, empresarial y sindical en que aquellos se produjeron. Para una mayor claridad expositiva, en lo sucesivo se intercalarán ambos planos. Los hechos más relevantes relacionados con la responsabilidad penal de Müller y Sibilla son los siguientes:

(1) Con anterioridad al 24 de marzo de 1976 –día del golpe de Estado– existía dentro de la empresa Ford Motor Argentina una «significativa» organización gremial (SI, 2019, pp. 175-178).

¹² Sobre el estado de la investigación judicial de la responsabilidad de los «actores económicos» por delitos cometidos durante la Dictadura, *vid.* Centro de Estudios Legales y Sociales (2017, pp. 159-161).

¹³ Sin embargo, es de interés a nuestros efectos SI (2019, pp. 352-354), donde el órgano judicial aplica criterios de tipicidad provenientes del DPI y DIDH para afirmar la tipicidad de las conductas enjuiciadas bajo el delito de imposición de tormentos.

(2) En las semanas previas al golpe de Estado la presencia de militares dentro de las instalaciones de la planta Ford de Pacheco «aumentó significativamente» (SI, 2019, pp. 186-191, 206-208)¹⁴.

(3) Entre el 24 de marzo y el 21 de abril de 1976, veintidós trabajadores de la planta Ford de Pacheco fueron detenidos por militares o civiles armados, y el 20 de agosto lo fueron dos más¹⁵. Todos los trabajadores detenidos salvo uno eran o habían sido delegados sindicales, intervenían en cuestiones gremiales o habían asistido a reuniones de tal carácter¹⁶. Diecisiete de ellos fueron detenidos dentro de las propias instalaciones de la planta Ford, en su mayoría bajo las indicaciones o en presencia de capataces, directivos o personal de seguridad de la empresa (SI, 2019, pp. 2010-2014), y siempre en lugares cercanos a las oficinas del «personal jerárquico» (SI, 2019, pp. 191-193, 196-198); otros siete fueron arrestados en sus domicilios, y uno tras acudir voluntariamente a una comisaría de policía.

(4) De los diecisiete trabajadores detenidos en el interior de la planta, nueve fueron conducidos directamente a un «quincho» situado dentro del predio de la planta Ford (el «Centro Recreativo»), lugar utilizado por los militares como «centro clandestino de detención». Allí los trabajadores detenidos fueron interrogados y torturados (SI, 2019, pp. 218-221). El «quincho» era visible desde el resto de instalaciones de la planta (SI, 2019, pp. 214-216) y tras el 24 de marzo de 1976 dejó de ser utilizado por los trabajadores porque era *vox populi* que los militares se habían instalado en él (SI, 2019, pp. 216-218).

(5) Tras su arresto, todos los trabajadores fueron trasladados a dos comisarías de policía de la Provincia de Buenos Aires, donde se les sometió a interrogatorios bajo tormentos y sufrieron condiciones de detención «inhumanas» entre cuatro y ocho semanas (SI, 2019, pp. 193-195). El objeto de los interrogatorios versó en gran medida sobre la actividad sindical de los detenidos; a algunos de ellos les fue reconocido que ese era el motivo de su detención (SI, 2019, pp. 185-186).

(6) Los militares, policías o civiles armados que practicaron las detenciones o se encontraban en las comisarías portaban, o bien listados con el logotipo de Ford de los nombres, domicilios y fotografías de los trabajadores detenidos, o bien sus propias credenciales de ingreso a la planta Ford o fotografías incluidas en tales fichas (SI, 2019, pp. 201-203)¹⁷.

(7) Los trabajadores detenidos fueron trasladados desde las comisarías de policía a varios centros penitenciarios del país, donde fueron torturados y privados de libertad entre nueve y doce meses (SI, 2019, pp. 195-196). En la mayoría de sus fichas de detención policial o del Servicio Penitenciario Federal figuraban «motivos gremiales» como causas de su detención y encarcelamiento (SI, 2019, 62-175).

¹⁴ Conclusión en SI (2019, p. 208): «el personal del Ejército [...] se encontraba instalado en la fábrica».

¹⁵ Reconstrucción individualizada de la detención, traslado a dependencias policiales, actos de tortura y privación de libertad de cada víctima en SI (2019, pp. 62-175).

¹⁶ Exposición de los lazos sindicales de cada víctima en las reconstrucciones individualizadas citadas en n. 15. Conclusiones en SI (2019, p. 62, 178-180 y 210-214).

¹⁷ Sobresalen, por su trascendencia como pruebas de cargo, el testimonio de Juan Yandet (SI, 2019, p. 202): «recuerdo que en varias oportunidades sí pude ver algunos militares que ingresaban y salían de la Oficina de Personal con carpetas y portafolios en su poder», y la reconstrucción judicial de la detención de Rubén Ernesto Manzano (SI, 2019, p. 92): «se presentaron en su domicilio de Mirlo 1882 en un automóvil Ford Rural tres personas vestidas de civil fuertemente armadas [...] antes de ir allí, se habían dirigido a buscarlo al domicilio de sus padres, que era el que tenía registrado como propio en la Ford».

En cuanto al contexto político, empresarial y sindical en que se realizaron las conductas anteriores, los hechos más relevantes relacionados con la responsabilidad penal de Müller y Sibilla son los siguientes:

(8) Las conductas de detención, tortura y privación de libertad enjuiciadas se inscribieron en un ataque generalizado y sistemático contra determinados sectores de la población, ordenado por el gobierno cívico-militar instaurado tras el golpe de Estado y ejecutado por las fuerzas armadas y fuerzas de seguridad (SI, 2019, pp. 221-233)¹⁸.

(9) La extensión del ataque a trabajadores con lazos sindicales se produjo –y aquí la sentencia resalta su propia originalidad frente a la jurisprudencia anterior sobre la Dictadura cívico-militar– merced a una «colaboración estratégica» entre sectores de la élite empresarial y miembros del Ejército, a quienes unía el objetivo de «garantizar la normalización de las relaciones laborales, y la profunda modificación del proceso económico y social» (SI, 2019, pp. 233-253 y 296-315). Para el tribunal de instancia, «la eliminación de las comisiones internas de los sindicatos en las fábricas, símbolo de la fuerza obrera y de la resistencia a las demandas de eficiencia, fueron un objetivo común entre empresarios y los militares que de facto ocuparon el gobierno» (SI, 2019, pp. 247, 252-253).

(10) El «personal jerárquico» de Ford Motor Argentina se posicionó a favor de la consecución de los objetivos económicos perseguidos por el gobierno cívico-militar de aumentar la producción industrial, y, en consecuencia, se propuso «eliminar la conflictividad gremial» en la empresa, que podía ser un obstáculo para alcanzar tales objetivos¹⁹.

(11) Este alineamiento entre el Directorio de la empresa y los objetivos económicos del gobierno cívico-militar, unido a las referencias al contexto represivo gremial de los hechos relatados, hizo concluir al tribunal de instancia que «las autoridades y personal jerárquico de Ford» brindaron a las fuerzas militares (a) «listados con las personas que demandaban ser detenidas» (SI, 2019, pp. 203-204, 307), (b) «legajos del personal» para su identificación en la detención (SI, 2019, pp. 201-206)²⁰, y (c) aportes «logísticos y de recursos materiales» (SI, 2019, pp. 206-

¹⁸ Para la fundamentación del ataque generalizado y sistemático, la SI se remite a otras resoluciones tribunales argentinos, principalmente a la emblemática sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, de 9 de diciembre de 1985, «causa 13/84» de 30 de diciembre de 1986 (confirmada por la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; en adelante, CSJN), que condenó al general Videla y a otros cuatro generales por delitos cometidos durante el así llamado «Proceso de Reorganización Nacional». Sobre la sentencia de la «causa 13/84», *vid.* Nino (2015, pp. 155-166). Concluye la SI (2019, p. 232), a este respecto, que «quedó acreditada la existencia a nivel nacional de un plan sistemático y generalizado por parte del gobierno de facto, de ataque a un sector de la población civil, que abarcaba todos los estratos sociales, políticos, económicos y culturales, y que tenían un denominador común, que eran considerados «subversivos» por quienes integraban el terrorismo de Estado». En contra de la calificación de los hechos enjuiciados como delitos de lesa humanidad se manifestó en su voto el magistrado Martínez Ferrero (SI, 2019, pp. 373-380).

¹⁹ Conclusión en SI (2019, p. 302): «[e]l marco de conflictividad laboral entre 1975 y 1976 [...] era importante y eso afectaba directamente la producción y la rentabilidad de Ford. Las actividades gremiales, sobre todo las impulsadas por los delegados de la comisión interna, afectaban directamente los intereses económicos de la empresa y fueron esos los cambios que impuso el gobierno de facto; la nueva situación de la que sacó provecho Ford, entre otras cosas, con el incremento de la producción y de las ganancias y paralelamente la pérdida de beneficios y bienestar social y laboral de sus dependientes». El tribunal de instancia alcanzó esta conclusión tras valorar, entre otras circunstancias, las declaraciones de Nicolás Courard (a la sazón presidente de la compañía) durante los años de Dictadura (SI, 2019, pp. 300-314), la sistematicidad del «circuito represivo» en que se inscribieron las conductas enjuiciadas (SI, 2019, pp. 191-198), los lazos con el movimiento sindical de casi todas las víctimas (SI, 2019, pp. 62-175) o la reconstrucción testifical de las reuniones mantenidas entre delegados y representantes de la empresa días después del golpe de Estado (SI, 2019, pp. 108, 118, 313-314).

²⁰ Singularmente, la SI puntualizó que «necesariamente el personal jerárquico de la empresa Ford debieron haber identificado, en razón de esta actividad y/o participación gremial, a las víctimas de autos

210)²¹ y «de la estructura organizacional y de la infraestructura territorial» de la empresa (SI, 2019, pp. 210-221)²².

La SI declaró, además, que este conjunto de conclusiones conforma el «contexto de sentido» de las contribuciones de Müller y Sibilla, y, por lo tanto, el contexto en que «se elucida el sentido delictivo de sus acciones tanto en la faz objetiva como subjetiva» (SI, 2019, pp. 296, 315). Tales contribuciones fueron deducidas a partir de los siguientes hechos probados:

(12) En 1976, Müller ocupaba en Ford Motor Argentina el cargo de «gerente general o de manufactura», así como de miembro del Directorio, y era, «literalmente, el número dos de la firma» (SI, 2019, pp. 315-318)²³. Sobre las competencias ostentadas y su desempeño práctico, la SI dio por probado que

era la autoridad de la fábrica [...] además de encontrarse en la máxima esfera de tomas de decisión empresarial –como integrante del directorio y reemplazante habitual por años del Presidente–, conocía toda la fábrica y las distintas labores que se hacían en las secciones; conocía los problemas, los conflictos y los resultados de la producción en persona; recorría la fábrica, hablaba con los capataces, verificaba al final del día si se habían alcanzado las metas fijadas para la producción, en caso que ello no sucediera averiguaba las razones y planteaba los modos de resolver los obstáculos que impedían alcanzar los objetivos planificados (SI, 2019, pp. 318-321).

(13) En lo personal, Müller compartía la ya descrita posición de la empresa en relación con los objetivos económicos del gobierno cívico-militar, así como la conciencia del obstáculo que a tales objetivos suponía el movimiento sindical (SI, 2019, p. 321).

(14) Con base en tales hechos, la SI dio por probado que Müller, «en dicho conocimiento y con el afán de lograr tales objetivos», facilitó la identificación y localización de las personas a detener, y permitió el alojamiento de algunas de ellas en dependencias de la propia fábrica, convertidas en un centro clandestino de detención y torturas (SI, 2019, pp. 321, 328). Es decir: el órgano judicial dedujo que Müller facilitó a los militares la identidad de los trabajadores con lazos sindicales y «permitió» la utilización del «quincho» como centro clandestino de detención y torturas tras atribuirle (a) el conocimiento de esa información y (b) el conocimiento de que revelársela a los militares reportaría beneficios económicos a la empresa y a él mismo.

(15) En 1976, Sibilla ostentaba la «Jefatura de seguridad» o «Supervisión de Seguridad» de la planta Ford de Pacheco (SI, 2019, pp. 321-327). Sus funciones consistían en «cuidar los intereses de la empresa y a su personal», y, como responsable directo de los trabajadores de la empresa de seguridad contratada por Ford –en su mayoría ex miembros del Ejército o las fuerzas de seguridad–, controlar

porque esa información no pudieron haberla obtenido las fuerzas represivas solamente a partir de la información del SMATA» (SI, 2019, p. 180)

²¹ Singularmente: el uso por parte de los militares del comedor y resto de instalaciones de la planta (incluido el «quincho»), así como de combustible y vehículos de la marca Ford sin número de registro para realizar algunas de las conductas enjuiciadas.

²² Singularmente: la colaboración de capataces, personal de seguridad interna y directivos en la detención de los trabajadores (SI, 2019, pp. 210-214), así como la utilización del «quincho» dentro del predio de la planta como «centro clandestino de detención» (SI, 2019, pp. 214-221). Conclusiones generales sobre la responsabilidad de «las autoridades y personal jerárquico» de Ford en SI (2019, pp. 302, 311)

²³ De especial interés, dentro de la exposición de las competencias propias del cargo de Müller, el análisis de las Actas de Directorio de 1976, que reflejan que Müller asistió a todas sus reuniones y que generalmente estaba integrado sólo por el presidente, otro directivo y él (SI, 2019, pp. 316-317).

«la entrada y salida de todo el personal de la empresa y de visitas» y «los vehículos de la empresa, ya sea camiones de la empresa o privados» (SI, 2019, p. 322). Él mismo era militar retirado con rango de oficial²⁴. En el ejercicio de sus funciones, Sibilla «tenía un rol activo y muy presente en los diferentes problemas o conflictos que ocurrían diariamente en las plantas, recorría diariamente la planta y conocía a los empleados», «ejerció un dominio espacial en todas las plantas y zonas de la fábrica de Pacheco, controló sus ingresos y egresos tanto de personas como de vehículos y era asimismo la máxima autoridad en casos de conflictos que pudieran tener alguna vinculación con algún presunto hecho delictivo o con las fuerzas de seguridad» (SI, 2019, pp. 326-327).

(16) Con base en la deducción de que Sibilla, por el desempeño de su cargo, sabía quiénes eran los trabajadores con lazos sindicales, la SI dio por probado que aquel, «en dicho conocimiento y con el afán de lograr tales objetivos», facilitó asimismo a los militares la identidad de los trabajadores con lazos sindicales y «permitió» la utilización del «quincho» como centro clandestino de detención y torturas (SI, 2019, pp. 327-328)²⁵.

En definitiva: la SI dio por probado que Müller y Sibilla (a) aportaron la información concreta que permitió la detención de los trabajadores de la planta Ford de Pacheco y (b) «permitieron» la utilización por los militares del «quincho» dentro del predio de la planta como centro clandestino de detención y torturas. Tales hechos se declararon probados tras inferirse ciertos (a) elementos cognoscitivos: (a.1) ambos conocían la «situación de la empresa», «su grado de compromiso con los objetivos del Proceso de Reorganización Nacional», «las demandas que las autoridades de facto» formulaban a la empresa y la identidad de los trabajadores con lazos sindicales, y (a.2) Müller conocía, además, la posible interferencia del «tema sindical» con los objetivos de producción empresariales, y (b) elementos volitivos: Müller y Sibilla tenían el «afán» de lograr los objetivos empresariales²⁶. Esas serían, a juicio de la SI, las contribuciones de Müller y Sibilla a los hechos enjuiciados.

2.1.2. Calificación jurídica

Los hechos atribuidos a Müller y Sibilla fueron calificados por la SI como «complicidad primaria» en los delitos atribuidos a Riveros a título de coautor funcional (SI, 2019, p. 265), que, a su vez, fueron considerados delitos de lesa humanidad conforme al art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (en adelante, CPI)²⁷.

²⁴ La SI (2019, p. 327) afirmó: «el hecho de que Sibilla haya integrado las filas del Ejército Argentino con rango de Oficial indica sin lugar a dudas, que contaba con un conocimiento [...] de la dinámica del Ejército cuyos miembros fueron quienes materializaron de mano propia las detenciones. Como dato no menor, debemos recordar que llamativamente fue ascendido en el Ejército, luego de ocurrido el golpe militar del marzo de 1976».

²⁵ Esta conclusión general se apoyó especialmente en la valoración de un teletipograma de los servicios de inteligencia del gobierno cívico-militar que listaba a los jefes de seguridad de diversas empresas y donde Sibilla figuraba junto con su cargo del ejército. Ello sirvió al órgano judicial para concluir: «[e]ste documento respecto de los jefes de seguridad de las empresas en manos de la Dirección de Inteligencia de la Policía de la provincia de Buenos Aires permitió inferir que Sibilla era uno de sus interlocutores dentro de la fábrica» (SI, 2019, p. 326).

²⁶ Conclusión en SI (2019, p. 315): «resulta inimaginable, aun por vía del absurdo, que Pedro Müller y Héctor Francisco Jesús Sibilla permanecieran ajenos al estado de situación que detallamos precedentemente [...] sus acciones estuvieron imbuidas en las motivaciones de la empresa de la que, con altos cargos formaron parte en la época de los hechos, y se dirigieron precisamente a la finalidad buscada por la misma».

²⁷ En este punto, el tribunal de instancia recurrió a la práctica –común en la jurisprudencia argentina– de la «doble» subsunción de los hechos enjuiciados tanto en delitos «comunes» del Código penal argentino como en el delito de lesa humanidad recogido en el art. 7.1 ECPI. La principal consecuencia de esta

Para ello, el órgano judicial se apoyó, entre otros, en los criterios propuestos en el informe «Complicidad empresarial y responsabilidad legal» del Panel de Expertos de la Comisión Internacional de Juristas sobre complicidad empresarial en crímenes internacionales (en adelante, CIJ, 2010a y 2010b)²⁸, o en la teoría del dolo como «conocimiento situacional» de Ragués i Vallès (SI, 2019, pp. 330-331). Sintéticamente, el razonamiento del órgano judicial fue el siguiente:

En cuanto al tipo objetivo²⁹, por un lado, las contribuciones de Müller y Sibilla serían subsumibles en el tipo de la complicidad o «participación necesaria» en los delitos atribuidos a Riveros porque la conducta de aquellos «habilitó las violaciones en tanto proveyó la información necesaria a fin de la correcta y rápida individualización de los empleados gremialistas, y las exacerbó al disponer un espacio para que las Fuerzas Armadas desplegaran su poder represivo de forma clandestina» (SI, 2019, pp. 271-272). En esencia, el órgano judicial aplicó aquí los criterios de «causalidad» propuestos en CIJ (2010a). Asimismo, la sentencia rechazó que las contribuciones de Müller y Sibilla constituyeran «aportes neutrales» en el plano objetivo, pues resultaría

fuera de toda lógica concluir que la entrega a las fuerzas de seguridad y menos aún en el contexto de un golpe de estado cívico-militar, de credenciales y legajos de los trabajadores y la existencia de listas con los nombres de los trabajadores a detener [...] pueda ser considerado un aporte banal o cotidiano y por ello impune en el contexto de sentido delictivo ya descripto (SI, 2019, p. 331)³⁰.

Y, por otro lado, el tribunal introdujo una referencia a la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante, TPIY) para reafirmar esta conclusión: «[p]or este tipo de actos, proveer información sensible y precisa y proveer asistencia logística para la comisión de crímenes contra la humanidad, se han dictado sentencias en fueros internacionales condenando a directivos de empresas» (SI, 2019, pp. 252-253 y 341-345)³¹.

«doble» subsunción sería facultar la aplicación de la regla de la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad, y, así, considerar no prescritos los delitos «comunes» enjuiciados. *Vid.* al respecto SI (2019, pp. 10-29, 257-258).

²⁸ Este informe enumera diversos criterios (valorativos y de imputación) distribuidos en tres planos: (a) plano objetivo o de la «causación», con tres criterios: (a') la «habilitación» (la conducta violadora de derechos humanos no habría ocurrido sin la conducta de la empresa), (a'') la «exacerbación» (la conducta de la empresa empeora las violaciones y el daño causado) y (a''') la «facilitación» (la conducta de la empresa cambia la manera en que se lleva a cabo la conducta violadora de derechos humanos); (b) plano subjetivo o del «conocimiento y previsibilidad», con dos criterios: (b') la voluntad de la empresa de participar en las conductas violadoras de derechos humanos, y (b'') el conocimiento o deber de conocimiento (la empresa «sabe o debería haber sabido») de que su conducta muy probablemente iba a contribuir a tales violaciones de derechos humanos, y (c) plano transversal, centrado en la «proximidad» entre la empresa y el autor o las víctimas de la violación de derechos humanos, que reforzaría los indicadores objetivos y subjetivos a través de cuatro criterios: (c') la proximidad geográfica, (c'') las relaciones económicas y políticas, (c''') las relaciones legales, y (c''') la intensidad, duración y textura de dichas relaciones. Los criterios son expuestos sintéticamente en SI (2019, pp. 270 y 334). *Vid.* CIJ (2010a, pp. 12-31).

²⁹ El órgano judicial no agrupó sus argumentos siguiendo la distinción entre tipo objetivo y subjetivo, que aquí es empleada a meros efectos expositivos.

³⁰ Sin embargo, y aunque este punto no será desarrollado en el presente trabajo, vale la pena advertir que el órgano judicial, pese a afirmar que las conductas enjuiciadas no eran conductas neutrales, aludió repetidamente a la dogmática de la atipicidad por neutralidad de las conductas de complicidad, cuya aplicabilidad depende precisamente de que existan tales conductas neutrales.

³¹ Concretamente, la SI aludió a las sentencias de los casos «Gustav Becker, Wilhelm Weber and 18 others», «Tadić» y «Brdanin». El análisis de estas resoluciones llevó al órgano judicial a concluir: «en numerosos precedentes del TPIY se sostuvo que el 'actus reus' de la complicidad e instigación consiste en la determinación de que el aporte haya tenido un efecto sustancial en la comisión del crimen, tal como hemos sostenido para determinar en este caso el carácter primario de la participación atribuida a los nombrados» (SI, 2019, pp. 341-342).

En cuanto al tipo subjetivo, en primer lugar, el tribunal se adhirió a la tesis de Ragués i Vallès de que el conocimiento requerido por el dolo queda probado cuando el «significado social» de la conducta y las circunstancias que la acompañan permiten suponer que el sujeto se representó la concreta peligrosidad de la conducta para producir el resultado (SI, 2019, pp. 330-331).

Con base en este criterio, el órgano judicial apreció que, al inscribirse las contribuciones de Müller y Sibilla en el «contexto delictivo» ya relatado, y conociendo ambos ese contexto, cabía entonces atribuirles (a) el elemento cognoscitivo del dolo «simple» o de prestación de ayuda³² en relación con la «permisión» de que los militares usaran el «quincho»³³; (b) el elemento cognoscitivo del dolo «trascendente» (sobre el «destino del aporte») en relación con las conductas delictivas realizadas por los militares contra los 24 trabajadores (SI, 2019, pp. 328-329)³⁴, conocimiento reforzado en el caso de Sibilla al haber sido identificado por una de las víctimas en un interrogatorio en la comisaría de policía (SI, 2019, p. 329), y (c) un elemento volitivo del dolo «trascendente», en tanto las conductas de Müller y Sibilla «estuvieron imbuidas en las motivaciones de la empresa de la que, con [sic] altos cargos formaron parte en la época de los hechos, y se dirigieron precisamente a la finalidad buscada por la misma» (SI, 2019, p. 315).

Y, en segundo lugar, la SI se valió asimismo de varias referencias «paralelas» para fundamentar la tipicidad subjetiva de las contribuciones de Müller y Sibilla. En lo que aquí interesa, el tribunal, por un lado, aplicó ciertos criterios de imputación subjetiva propuestos en CIJ (2010a) –extremo que será abordado en el apartado 3.2 de este trabajo–, y, por otro, introdujo referencias a la jurisprudencia del TPIY y las *Courts of Appeals* de Estados Unidos para reafirmar su conclusión (SI, 2019, pp. 272, 344-345)³⁵.

2.1.3. Recapitulación

En definitiva, la SI:

(a) declaró probado que Müller y Sibilla (1) sabían del objetivo empresarial de aumentar la producción en la planta Ford de Pacheco; (2) sabían que la conflictividad sindical podía ser un obstáculo para la consecución de aquel; (3) querían que tal conflictividad sindical fuese neutralizada, (4) sabían quiénes eran los trabajadores con lazos sindicales, y (5) «facilitaron» a los militares la identidad de los trabajadores con

³² La SI tampoco empleó la terminología «dolo simple» y «dolo trascendente», que aquí se usa nuevamente a meros efectos expositivos.

³³ Por su parte, la SI no se refirió expresamente al dolo «simple» en relación con el aporte de información sobre los trabajadores con lazos sindicales, acaso por considerarlo evidente.

³⁴ A este respecto, la SI (2019, p. 337) concluye: «Este “conocimiento” que se probó que Müller y Sibilla tenían respecto de todo lo que ocurría en la fábrica [...] permitió inferir que también conocieron la utilización de vehículos de la empresa en la que fueron trasladadas las víctimas detenidas dentro de la fábrica, el lugar en el centro recreativo al que las condujeron y su especial acondicionamiento [...] por lo que concluimos que conocieron también lo que allí ocurrió, incluidas las brutales palizas, vejaciones e insultos que sufrieron los secuestrados, así como las condiciones en las que fueron sacados de la fábrica apilados en una camioneta, por lo que sus aportes punibles comprendieron incluso ese tramo de los sucesos [...] si como quedó demostrado, conocieron ya desde la primera detención, el mismo 24 de marzo, que las víctimas fueron maltratadas y torturadas en las mismas instalaciones de la fábrica, ese mismo conocimiento comprendió también a los sucesos posteriores, en el sentido que nada haría variar su suerte luego de que abandonasen la fábrica, o que quienes fueron detenidos en sus domicilios tendrían un mejor destino, sino todo lo contrario».

³⁵ Concretamente, la SI aludió a las sentencias de los casos «Tadić» y «Perisic», así como a la del caso «John Doe y otros vs. Union Oil Company of California (Unocal)» de la Corte de Apelaciones estadounidense.

lazos sindicales y «permitieron» el uso del «quincho» como centro clandestino de detención y torturas, y

(b) calificó tales conductas como constitutivas de complicidad primaria en los delitos atribuidos a Riveros como coautor funcional, al afirmar que aquellas eran subsumibles en (1) el tipo objetivo de la complicidad, tras aplicar los criterios de la «habilitación» y la «exacerbación» propuestos en CIJ (2010a), y (2) el tipo subjetivo de la complicidad, tras aplicar los criterios de atribución del dolo propuestos por Ragués i Vallès y los criterios de imputación subjetiva propuestos en CIJ (2010a), así como la doctrina jurisprudencial de tribunales internacionales y norteamericanos.

Con base en las premisas anteriores, el tribunal condenó a Müller y Sibilla, como partícipes necesarios de los delitos atribuidos a Riveros, a las penas de 10 y 12 años de prisión, respectivamente, más inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena. Se aplicó la ley penal nacional vigente al tiempo de comisión de los hechos (SI, 2019, p. 345).

En definitiva: la SI empleó criterios provenientes del DIDH y del DPI para la calificación jurídica de los hechos, lo que exigió al órgano judicial realizar una previa «triple» subsunción de los hechos enjuiciados en tipos penales «comunes» del Código penal argentino, violaciones de derechos humanos y el tipo penal del delito de lesa humanidad del art. 7.1 ECPI. En el apartado 3.2 se analizará cuán lejos se llevó esta «solución cumulativa»³⁶ en la calificación jurídica de los hechos, así como su repercusión a la hora de seleccionar los criterios de tipicidad empleados.

2.2. La sentencia de casación

La sentencia de la Sala II.^a de la Corte Federal de Casación Penal (en adelante, SC, 2021)³⁷ rechazó por unanimidad los recursos de Riveros y Sibilla, y por mayoría el de Müller. De nuevo, solo se analizan aquí los argumentos relacionados con la responsabilidad penal de Müller y Sibilla³⁸.

Los votos de los magistrados Slokar (ponente) y Mahiques defendieron la desestimación de todos los argumentos de las defensas de Müller y Sibilla³⁹.

De un lado, en relación con la invocada falta de prueba sobre las conductas atribuidas a Müller y Sibilla, el voto del magistrado ponente, tras reproducir la «reseña histórica» contenida en la SI y aludir a la «especial atención» que suscita actualmente la responsabilidad corporativa por violaciones a derechos humanos (SC, 2021, pp. 76-93), validó los argumentos dados por el tribunal de instancia sobre la efectiva

³⁶ Recurre a este término Maculán (2012, p. 11) al describir la calificación jurídica realizada en la sentencia de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema peruana, de 7 de abril de 2009, que subsumió los hechos atribuidos al dictador Fujimori tanto en tipos penales «comunes» del Código penal peruano como en el tipo penal de «crímenes contra la humanidad» del DPI.

³⁷ Para ubicar más fácilmente los argumentos contenidos en la SC cito en adelante por páginas, siguiendo la versión de: <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/09/fallos89591.pdf>

³⁸ Para el análisis de los motivos de casación contenidos sólo en el recurso de Riveros, vid. SC (2021, pp. 43-50, 97-101 –voto del magistrado Slokar–, 159 –voto del magistrado Mahiques–, 170 –voto del magistrado Yacobucci).

³⁹ En los recursos interpuestos por las representaciones de Müller y Sibilla se solicitó la nulidad de la SI, entre otros motivos, alegando: apreciación arbitraria de la prueba, vulneración del principio de culpabilidad por imprecisión de las acusaciones, vulneración del principio de legalidad por aplicación errónea del art. 45 del Código penal argentino o apreciación arbitraria de la tipicidad de las conductas atribuidas (SC, 2021, pp. 17-22).

realización de las conductas atribuidas a Müller (SC, 2021, pp. 102-120) y a Sibilla (SC, 2021, pp. 131-135).

Y, de otro lado, en relación con la calificación jurídica de los hechos, y tras reproducir y validar los argumentos del tribunal de instancia sobre la «colaboración» prestada por la empresa Ford a las fuerzas armadas durante la Dictadura (SC, 2021, pp. 102-110), el magistrado ponente validó asimismo la argumentación de la SI, tanto al fundamentar la tipicidad objetiva y subjetiva de las contribuciones de Müller (SC, 2021, pp. 124-129) y Sibilla (SC, 2021, pp. 136-137)⁴⁰, como al calificar los hechos también como delito de lesa humanidad del art. 7.1 ECPI (SC, 2021, pp. 33-36, 137-146).

Por su parte, el voto del magistrado Yacobucci incluyó ciertas consideraciones críticas a la SI en relación con la responsabilidad de Müller⁴¹, que lo llevaron a rechazar su responsabilidad penal (SC, 2021, p. 190).

En primer lugar, sobre la afirmación del tribunal instancia de que Müller señaló «con información propia y la que recibió de sus inferiores, quiénes debían desaparecer» (SC, 2021, pp. 172-174), argumentó que, al no haberse considerado ninguna «máxima de experiencia empresarial u organizativa» ni criterios de «competencial, rol y funciones», constituía un «salto argumentativo ilógico»

afirmar que por ser Müller el responsable de la producción y, en consecuencia, estar al tanto de los problemas que los reclamos gremiales generaban en la fábrica, entonces, fue quien facilitó la lista con los nombres de los operarios al Ejército (SC, 2021, pp. 176-178).

A juicio del magistrado disidente, el tribunal de instancia no consiguió conectar la pretendida responsabilidad de la «elite empresarial» de Ford con ninguna conducta de Müller a través de «marcadores de relevancia de un injusto típico» (SC, 2021, pp. 175-176), lo cual, unido al hecho de que la identidad de los trabajadores con lazos sindicales no constituía, siempre a su juicio, «información confidencial o secreta», le hizo concluir que

la sentencia no ha logrado fundar la imputación personal de Müller de modo alguno constitucionalmente aceptado. Pues no ha conseguido alcanzar la responsabilidad del acusado, ni a través de prueba directa –de cualquier naturaleza–, ni de indicios que partan de hechos base demostrados, sean plurales, estén en los confines del suceso y resulten unívocos, todas estas exigencias para su eficacia demostrativa (SC, 2021, p. 177).

En segundo lugar, en cuanto al juicio de tipicidad objetiva, el magistrado disidente argumentó que, si la empresa poseía «una estructura de funcionamiento empresarial con ámbitos de actuación asignados a cada una de sus áreas, departamentos y miembros individuales» –lo que implica que «no todo es asunto de todos, ni cualquier rol se muestra como garante de otros, ni posee un dominio social ilimitado» (SC, 2021, p. 179), entonces no cabía «descargar» la pretendida responsabilidad de la empresa en Müller sin antes demostrar que este «hubiera tenido dentro de sus atribuciones alguna de las conductas que el *a quo* le atribuye a Ford, o

⁴⁰ A idénticas conclusiones llegó el magistrado Mahiques en su voto (SC, 2021, pp. 162-166).

⁴¹ En cuanto al recurso de Sibilla, el magistrado se mostró favorable a su desestimación con base en dos argumentos principales: (a) que, dadas sus competencias en la empresa, «estaba formal y materialmente en una posición jurídica que implicaba la intervención en los hechos atribuidos» (SC, 2021, pp. 170-171), y (b) que su vinculación con las fuerzas armadas, y particularmente su ascenso en el escalafón militar durante la Dictadura, influían decisivamente en «la consideración objetiva y subjetiva de la atribución de responsabilidad en los ilícitos» (SC, 2021, pp. 171-172).

que su desenvolvimiento se mostrara ligado o, al menos, en los confines del área de seguridad» (SC, 2021, pp. 182-183)⁴². Puesto que la SI no realizó un tal razonamiento, incurrió en «un error de apreciación jurídica en el mismo inicio de la imputación objetiva» que desembocaba en «una responsabilidad vicarial sin fuente de origen» (SC, 2021, pp. 180-183, 187). En todo caso, dada la ubicación de Müller como Gerente de Manufactura de la empresa, no existía «vinculación normativa entre las conductas que el *a quo* le reprocha a la empresa Ford y las competencias que Müller tenía a su cargo» (SC, 2021, p. 188).

Y, en tercer lugar, en cuanto a la tipicidad subjetiva, por un lado, el pretendido «contexto delictivo» afirmado para apreciar el dolo «trascendente» de la complicidad habría de ser matizado a la vista de que «el golpe militar fue perpetrado en el mismo plano temporal en que ocurrieron los hechos que nos ocupan» (SC, 2021, p. 189)⁴³, lo que impediría afirmar que Müller hubiese estado «imbuido» de las «motivaciones» de la empresa al realizar su contribución (SC, 2021, p. 184). Y, por otro lado, en todo caso resultaría irrelevante que Müller conociera o debiera haber conocido los hechos ocurridos en el «quincho», pues, al no ostentar «ningún tipo de responsabilidad residual en orden a alguna competencia delegada»,

todo aquello no vinculado a la producción de la fábrica queda por fuera del campo de conocimiento según el rol desempeñado por Müller, sea cual fuere la naturaleza que en la condena se pretenda otorgar a la noción normativa de dolo (SC, 2021, pp. 188-189)⁴⁴.

Sin embargo, y, por último, en relación con la calificación de los hechos enjuiciados como delito de lesa humanidad, así como su consiguiente imprescriptibilidad, el magistrado Yacobucci se limitó a validar el argumento del tribunal de instancia (SC, 2021, pp. 169-170)⁴⁵.

⁴² En particular, el magistrado disidente señaló que «las fotografías que tenían quienes realizaban las detenciones a fin de identificarlos eran las mismas de sus credenciales de ingreso a la planta, que se hubieran tomado en oportunidad de aplicar a trabajar a Ford [...] fueron utilizados por el sentenciante en contra de Sibilla quien, efectivamente, tenía bajo su competencia esos datos de identificación, pero no así, el Gerente de Manufactura» (SC, 2021, p. 177), por lo que «no es posible asimilar la responsabilidad que le cabe al Jefe de seguridad de la empresa, con las características peculiares de Sibilla y su relación particular con el Ejército, por los hechos que padecieron los empleados dentro del propio predio que debía custodiar –entre el que se incluían los quinchos–, que la que le pudiera haber a quien tenía a su cargo la manufactura dentro de la fábrica» (SC, 2021, p. 184).

⁴³ La afirmación del magistrado disidente es ciertamente llamativa: «lo reciente de esa ilícita intervención militar resta eficacia demostrativa y neutraliza la pretendida evidencia emergente de los hechos, merced a la fuerte presencia de las fuerzas de seguridad que se venía desarrollando dentro de la fábrica. Esta situación de control y aseguramiento armado había sido establecida por las autoridades democráticas antes del 24 de marzo de 1976. De este modo, partir de esos aspectos para llegar a la imputación de dolo resulta inconsistente».

⁴⁴ Afirmación aún más llamativa del magistrado disidente: incluso de haber conocido Müller las detenciones, «no se advierte en esto el quebrantamiento de su rol, ya que, a lo sumo siguiendo ese razonamiento forzado e indemostrado según las pruebas, el acusado se mantuvo dentro de sus funciones, mediante la realización de un comportamiento estereotipado, resultando su conducta meramente neutral [...] Müller, en lo que aquí importa, no tenía dentro de sus competencias o funciones asignadas la custodia de la información privada de los empleados a su cargo; el control sobre el ingreso y egreso del predio; la posibilidad de disponer de sectores específicos de la fábrica por fuera de las áreas de producción; ni la posibilidad de brindar asistencia logística a fin de que los militares desplegaran sus operaciones dentro de la factoría» (SC, 2021, pp. 189-190).

⁴⁵ Con el siguiente argumento: «por fuera de la opinión que se tenga sobre la cuestión, no aparecen en sus postulados [los de la defensa] argumentos que no hayan sido motivo de análisis por el más alto tribunal, en cuya línea se enrola el voto del juez que lidera el acuerdo».

3. Contexto jurisprudencial y doctrinal de las sentencias

El recorrido argumental de las SI y SC del «caso Müller» constituye una buena muestra del complejo escenario que enfrenta un órgano judicial nacional cuando se enfrenta a hechos *prima facie* subsumibles tanto en delitos «comunes» nacionales como en violaciones de derechos humanos y/o delitos previstos en el DPI.

En lo que aquí interesa, esta complejidad puede reconducirse, siguiendo la línea ya esbozada en la introducción, a la interrelación entre dos problemas: (a) cómo se integran y relacionan en un sistema jurídico nacional el Derecho penal interno, el DPI y el DIDH, y (b) cuán importables a la primera disciplina son los criterios de interpretación empleados en las dos últimas. A mi juicio, todo tribunal que se disponga a enjuiciar hechos como los recién descritos debe posicionarse en relación con ambos problemas. En adelante se abordará en qué sentido lo hicieron los tribunales de instancia y casación en el caso «Ford-Müller».

3.1. Derecho penal interno, DPI y DIDH⁴⁶

En cuanto al primer problema, como vimos, los tribunales de instancia y casación declararon que los delitos «comunes» enjuiciados eran también subsumibles en el delito de lesa humanidad del art. 7.1 ECPI. Esta práctica de la «doble subsunción», habitual en la jurisprudencia argentina, responde en esencia a que, al tiempo de la Dictadura cívico-militar, ni el Código penal argentino preveía un delito de lesa humanidad, ni la República Argentina había ratificado la Convención de Naciones Unidas sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y de los crímenes de lesa humanidad de 1968. Estas dos circunstancias llevan a que, al tiempo del enjuiciamiento de los hechos cometidos durante este período, los órganos judiciales se veían obligados a declarar prescritos gran parte de los delitos «comunes» efectivamente cometidos. Sin embargo, mediante la calificación de algunos de esos hechos también como delitos de lesa humanidad, los tribunales argentinos justificaron (y justifican) la ausencia de prescripción (Malarino, 2003, pp. 75-76)⁴⁷, por ser aplicables la norma consuetudinaria de DPI que establece su imprescriptibilidad⁴⁸. En general, la línea prácticamente unánime de la jurisprudencia argentina –en la que se inscriben las sentencias aquí analizadas– suele emplear el siguiente razonamiento:

⁴⁶ Sobre las conexiones entre DPI y DIDH, *vid.* Ambos (2004, pp. 86, 89-91), Ambos (1999, pp. 44-51) y Ventura Robles (2014, pp. 306, 310-311), con más referencias. Sobre el concepto de DPI, *vid.* Ambos (2004, p. 85, nn. 1 y 2) así como las referencias doctrinales citadas en el mismo (2020, p. 75, n. 1). Sobre la conexión entre estos problemas y el contexto concreto del enjuiciamiento de los delitos cometidos durante la Dictadura cívico-militar argentina, *vid.* en profundidad Sancinetti (1999, pp. 380 y ss.).

⁴⁷ Ello sin perjuicio de que la técnica de la «doble subsunción» también puede perseguir otros efectos, como fundamentar un mayor injusto para los delitos «comunes» enjuiciados (Malarino (2003, p. 37) o conseguir un cierto efecto «simbólico» (Maculán, 2012, pp. 13-14).

⁴⁸ De acuerdo con Parenti (2008, pp. 23, 27-29) (2006, pp. 63-64) y Malarino (2003, pp. 71-73), el recurso a la costumbre internacional como fundamento de la imprescriptibilidad de delitos «comunes» subsumibles también como delitos de lesa humanidad comenzó a utilizarse en la jurisprudencia argentina al hilo de dos casos de extradición pasiva: la sentencia de la Sala III.^a de la Cámara Federal de La Plata, de 30 de agosto de 1989, caso «Schwammberger» (confirmada por la sentencia de la CSJN de 20 de marzo de 1990), y la sentencia de la CSJN de 2 de noviembre de 1995, caso «Priebke». Solo a partir de 1998 el argumento comenzó a ser aplicado igualmente a casos «estrictamente penales» (Parenti, 2006a, p. 13, n. 18) hasta su asunción expresa por la CSJN en las sentencias de 24 de agosto de 2004, caso «Arancibia Clavel», y de 14 de junio de 2005, caso «Simón». Sobre la trascendencia del caso «Schwammberger» en la discusión sobre la imprescriptibilidad de los delitos «comunes» subsumibles en delitos pertenecientes al DPI, *vid.* Abregú y Dulitzky (1996, pp. 161-170).

(1) Debe interpretarse que el art. 118 de la Constitución de la Nación argentina (CN)⁴⁹ contiene una «cláusula abierta» de recepción constitucional de las normas y principios del DPI en materia de crímenes «contra el derecho de gentes» (SI, 2019, pp. 13-15; Abregú y Dulitzky, 1996, pp. 142-145)⁵⁰. Esta cláusula permitiría recibir también las normas de *ius cogens*, que pasarían a tener «rango constitucional» (Malarino, 2003, pp. 49-51; Schiffrin, 2001, pp. 415-416)⁵¹. Y estas normas y principios también serían aplicables al enjuiciamiento de delitos cometidos en territorio argentino (Malarino, 2003, pp. 47-48; Schiffrin, 2001, pp. 414-415).

(2) Debe interpretarse que la imprescriptibilidad de los delitos contra la humanidad es una norma de *ius cogens* del DPI desde, al menos, el final de la Segunda Guerra Mundial (SI, 2019, pp. 12-13, 22-25; SC, 2021, pp. 34-36)⁵².

(3) De la puesta en relación de las dos premisas anteriores se deriva que la norma de *ius cogens* que declara la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad –introducida en el Derecho positivo argentino vía art. 118 CN– tendría rango constitucional, lo que llevaría a una especie de concurso de normas constitucionales: la proveniente del *ius cogens* y la que proclama el principio de legalidad penal (Abregú y Dulitzky, 1996, pp. 153-154; Malarino, 2003, p. 51; Parenti, 2008, p. 29; Schiffrin, 2001, p. 415).

(4) Desde una noción del Derecho internacional como cúspide del ordenamiento jurídico nacional argentino, tal concurso se resolvería en favor de la norma de *ius cogens* (Abregú y Dulitzky, 1996, pp. 156-157; Schiffrin, 2001, pp. 414-415, 417; el mismo, 1997, pp. 115-117)⁵³, en tanto «existe un orden internacional que

⁴⁹ «Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados se terminarán por jurados, luego de que se establezca en la República esa institución. La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio».

⁵⁰ Vid. asimismo el voto del juez Schiffrin en la sentencia del caso «Schwammberger», § 20, y las referencias doctrinales citadas en Malarino (2003, p. 47, n. 35). Del art. 118 CN extrae asimismo un sector jurisprudencial mayoritario un compromiso del Estado con la persecución de los delitos previstos en el DPI. Vid. Parenti (2008, pp. 26-27, 31) y el mismo (2006, p. 64). Sobre los límites de la obligación de los Estados de investigar, y, en su caso, castigar los «delitos internacionales», vid. Ambos (2004, pp. 92-101) y el mismo (1999, pp. 66-117).

⁵¹ Vid. asimismo el voto del juez Maqueda en la sentencia del caso «Arancibia Clavel», § 33. Para Malarino, el otorgamiento o no de rango constitucional a esta cláusula traería causa de la antigua discusión sobre si el art. 31 de la CN de 1853 («[e]sta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación») consagraba un modelo monista o dualista de incorporación del Derecho internacional al ordenamiento jurídico argentino (Malarino, 2003, pp. 39-40). Al respecto, es pacífico en la doctrina argentina que, hasta la sentencia de la CSJN de 7 de julio de 1992, caso «Ekmekdjian c/ Sofovich», la jurisprudencia interpretaba que el art. 31 CN 1853 consagraba un modelo dualista, y a partir de tal fallo, uno monista. Vid. el voto del juez Fayt en la sentencia del caso «Arancibia Clavel», §§ 22-25, y Malarino (2003, pp. 40-42).

⁵² Niegan la imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad como parte de la costumbre internacional, pero no del Derecho internacional, Abregú y Dulitzky (1996, pp. 137-138). Como señala Parenti (2008, pp. 30-31), quienes defienden la existencia de esta costumbre internacional y su recepción al Derecho argentino vía art. 118 CN afirman que así quedan satisfechos los requisitos de *lex praevia* y *lex scripta* derivados del principio de legalidad penal; así lo afirman el propio Parenti (2006a, p. 17, n. 22) y la emblemática sentencia del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal n.º 4, de 6 de marzo de 2001, caso «Poblete», apartados III.B) y IV.C.1) (confirmada por la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Capital Federal, Sala II, de 9 de noviembre de 2001). Sobre el distinto régimen de irretroactividad peyorativa y prescripción en Derecho internacional y en el ordenamiento penal argentino, vid. Abregú y Dulitzky (1996, pp. 125-139). Sobre el trasfondo moral de la argumentación contra la necesidad de *lex praevia* en estos casos, vid. Nino (2015, pp. 239-258, 280-281).

⁵³ Vid. asimismo el voto del juez Maqueda en el caso «Simón», § 45, y la citada sentencia del caso «Poblete», apartado IV.B). A juicio de Parenti (2008, pp. 26, 31), el mismo (2006, p. 65) y Malarino (2003, p. 52), cierta jurisprudencia considera incluso que el principio de legalidad penal sería «directamente

prevalece también en el ámbito interno» (Parenti, 2008, p. 26-27; Schiffrin, 2001, p. 415)⁵⁴.

Con base en estas premisas, la jurisprudencia argentina mayoritaria suele realizar una «doble subsunción» de los hechos –aunque de efectos limitados⁵⁵– tanto en delitos «comunes» del Código penal argentino como en delitos «contra el derecho de gentes» del DPI (Parenti, 2008, p. 24). De este modo: (a) la subsunción en este último permitiría aplicar la norma de *ius cogens* que establece la imprescriptibilidad de los delitos contra el derecho de gentes⁵⁶, y (b) la subsunción en delitos «comunes» del Código penal argentino permitiría la imposición de las penas previstas para estos, lo que colmaría los requisitos de *lex praevia* y *lex scripta* del principio de legalidad penal⁵⁷.

Ciertamente, un sector jurisprudencial minoritario rechaza las tesis (1)⁵⁸, (2)⁵⁹ y/o (4)⁶⁰ anteriores, y también rechaza la imprescriptibilidad de los delitos «comunes» cometidos durante la Dictadura cívico-militar. Así, cuando los hechos enjuiciados sean subsumibles en el delito de lesa humanidad del DPI, ello sólo puede afectar a la medición de la pena aplicable por los delitos «comunes» no prescritos⁶¹.

Por otro lado, en un plano parcialmente secante con el anterior⁶² se sitúan los argumentos de la SI (2019, pp. 11-13) y la SC (2021, pp. 119-120), también habituales en la jurisprudencia argentina (Parenti, 2010, p. 214), que niegan la prescripción de los delitos «comunes» enjuiciados, esta vez con base en ciertas previsiones del DIDH, y, concretamente, conforme a la interpretación realizada por la Corte Interamericana

inaplicable» a los casos de delitos contra el derecho de gentes, de modo que el enjuiciamiento de estos casos debería regirse por «sus reglas propias»: los estándares del DPI.

⁵⁴ Vid. asimismo el voto del propio Schiffrin en la citada sentencia del caso «Schwammberger», §§ 32-33, y críticamente Malarino (2003, pp. 58-59).

⁵⁵ Como señala Parenti (2008, pp. 24-25), la subsunción en delitos previstos por el DPI que realizan los tribunales argentinos no suele ser una subsunción «típica» a todos los efectos (dolo, error, etc.), sino solo a los de apreciar la imprescriptibilidad de los delitos «comunes» enjuiciados.

⁵⁶ En su voto la sentencia del caso «Arancibia Clavel», § 33, el juez Maqueda añade que esta interpretación, además, permitiría al Estado argentino cumplir con su compromiso de perseguir los «crímenes contra el derecho de gentes».

⁵⁷ Vid. el voto del juez Maqueda en la sentencia del caso «Arancibia Clavel», § 57, y la sentencia del citado caso «Poblete», apartado IV.B). Como señala Parenti (2008, p. 32), conforme a esta interpretación jurisprudencial «[l]os tipos penales de la legislación nacional contendrían los supuestos de hecho que permiten aplicar una pena, mientras que la subsunción de los hechos en una figura del DPI sería el presupuesto para la aplicación de la norma sobre imprescriptibilidad»; de este modo, «las figuras del DPI no cumplirían un papel en el plano de la tipicidad de la conducta, sino en el momento de analizar la vigencia de la acción», de modo similar a como la categoría de «graves violaciones de los derechos humanos» opera en el sistema interamericano.

⁵⁸ Vid. los votos del juez Fayt en las citadas sentencias de los casos «Arancibia Clavel» (§ 43) y «Simón» (§ 64); en esta última: «[p]arece a todas luces exagerado inferir con base en el texto del artículo 118 que sea posible la persecución penal con base en las reglas propias del derecho penal internacional [...] la norma citada no permite concluir que sea posible en nuestro país la persecución penal con base en un derecho penal internacional que no cumpla con los mandatos del principio de legalidad». A juicio de Parenti (2008, pp. 27-29), para este sector jurisprudencial el art. 118 CN no consagra ninguna «cláusula abierta» de recepción de las normas consuetudinarias de DPI, y, aunque lo hiciese, ello no permitiría otorgar primacía al Derecho internacional frente a los derechos y garantías constitucionales.

⁵⁹ Vid. el voto del juez Fayt en la sentencia del caso «Simón», § 43.

⁶⁰ Vid. los votos del juez Fayt en las sentencias de los casos «Arancibia Clavel» (§ 43) y «Simón» (§§ 43, 48-61), adhiriéndose a la doctrina del «margen nacional de apreciación». Sobre esta, vid. Barbosa Delgado (2013, pp. 1095-1096), el mismo (2011, pp. 111-112) y Malarino (2003, pp. 56-58).

⁶¹ Vid. los votos del juez Fayt en las sentencias de los casos «Arancibia Clavel» (§§ 44-45) y «Simón» (§§ 37-42).

⁶² Pues no toda violación de derechos humanos resulta subsumible en un delito previsto en el DPI. Vid. los hechos enjuiciados en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) de 18 de septiembre de 2003, caso «Bulacio»; de 26 de septiembre de 2006, caso «Almonacid Arellano», y de 22 de noviembre de 2007, caso «Albán Cornejo».

de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) de varios preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH).

En lo que aquí interesa, la Corte IDH entiende que los delitos «comunes» que además constituyen violaciones de derechos humanos no prescriben, incluso si aquellos fueron cometidos antes de que el Derecho interno de un Estado reconociese la imprescriptibilidad de los crímenes contra la humanidad. El argumento que suele emplearse es el siguiente: (1) el art. 1.1 CADH establece una obligación estatal de investigar, juzgar y, en su caso, sancionar penalmente conductas que violen los derechos consagrados en la CADH⁶³ para que tales violaciones no queden «impunes»⁶⁴, y (2) como consecuencia de esta obligación, las reglas nacionales que establecen la prescripción de los delitos «comunes» resultan inaplicables si estos también constituyen conductas que violan derechos humanos⁶⁵.

En definitiva: las SI y SC analizadas realizaron una «triple subsunción» de los hechos enjuiciados –en delitos «comunes» del Código penal argentino, en el delito de lesa humanidad del ECPI y en violaciones de derechos humanos conforme al DIDH–, lo que permitió a sendos tribunales aplicar tanto la norma de *ius cogens* del DPI como la doctrina jurisprudencial de la Corte IDH para declarar imprescriptibles los delitos «comunes» enjuiciados.

3.2. Criterios de tipicidad empleados. En especial: criterios aplicables a la responsabilidad penal del directivo empresarial por violaciones de derechos humanos

Cabe preguntarse, por último, si esta «triple subsunción» de los hechos fue realizada sólo a efectos de inaplicar las reglas de la prescripción penal previstas en el Derecho interno argentino, o si, además, las SI y SC se valieron de ella para «importar» criterios interpretativos provenientes del DPI y del DIDH en la fundamentación de la tipicidad de las conductas atribuidas a Müller y Sibilla.

En el plano objetivo, recuérdese que la tipicidad de las conductas de Müller y Sibilla se basó, en esencia, en que la aportación de información a los militares «habilitó» las violaciones «específicas» de derechos humanos cometidas por estos y la puesta a disposición del «quincho» las «exacerbó»⁶⁶. Estos criterios, como se

⁶³ Vid. la sentencia de la CIDH de 29 de julio de 1988, caso «Velásquez Rodríguez vs. Honduras» (primer caso resuelto por este tribunal), §§ 166-167. La argumentación se repite en numerosas resoluciones posteriores de la CIDH: vid. las referencias jurisprudenciales citadas en Galvis y Salazar (2007, pp. 72-74) y Parenti (2010, p. 212, n. 2). Críticamente, vid. Malarino (2010, pp. 46-47) y Parenti (2010, p. 212). Sobre la influencia de este argumento en el fallo de la sentencia del caso «Fujimori», vid. Maculán (2012, pp. 6-8). Entre las múltiples derivadas que suscita este argumento, dos de las más interesantes son las consecuencias jurídicas del incumplimiento de estas obligaciones estatales (Galvis y Salazar, 2007, pp. 78-89) y la relación entre tales obligaciones estatales y la prohibición de cometer delitos de lesa humanidad como norma de *ius cogens* (Palermo y Bernal, 2008, pp. 375-377, así como la sentencia de la CIDH de 25 de noviembre de 2006, caso «Miguel Castro Castro», §§ 271 y 404).

⁶⁴ Vid. las sentencias de la CIDH de 25 de mayo de 2010, caso «Chitay Nech y otros», § 199; de 29 de noviembre de 2006, caso «La Cantuta», § 226; de 25 de noviembre de 2006, caso «Miguel Castro Castro», § 405, y de 3 de marzo de 2005, caso «Huilca Tecse», § 82.

⁶⁵ Vid. la cronología trazada por Parenti (2010, pp. 213-228) de la jurisprudencia de la CIDH en relación con la inaplicabilidad de las normas nacionales de prescripción de delitos «comunes». A favor de la inaplicabilidad de las reglas de prescripción penal con base en el «Derecho internacional con validez universal» –por lo tanto, más allá de la propia CADH– Parenti (2010, pp. 222 y 227, n. 24); en contra, MALARINO (2010, p. 47). Sobre ello, vid. también Galvis y Salazar (2007, pp. 89-92) y Guzmán Dalbora (2010, pp. 175-190).

⁶⁶ Ciertamente, la SI no fundamenta cuáles fueron los derechos humanos afectados por la actuación de las fuerzas armadas y de seguridad contra los veinticuatro trabajadores de la planta de Pacheco. A mi juicio, resultaron involucrados, como mínimo, los derechos a integridad personal (art. 5 CADH), a la

apuntó, se corresponden con los propuestos en CIJ (2010a) para afirmar la «causalidad» de una conducta de complicidad empresarial en relación con una violación de derechos humanos. Por otro lado, el tribunal de instancia reforzó la conclusión anterior con el argumento de que existían precedentes de tribunales internacionales que, en aplicación del DPI, condenaron a directivos de empresas por «proveer información sensible y precisa y proveer asistencia logística para la comisión de crímenes contra la humanidad»⁶⁷.

Lo anterior permite concluir que (a) el tribunal de instancia empleó criterios interpretativos provenientes del DPI y el DIDH para fundamentar la tipicidad objetiva de las conductas atribuidas a Müller y Sibilla conforme a delitos «comunes» del Código penal argentino, y (b) estos fueron los únicos criterios empleados para fundamentar la tipicidad objetiva conforme a tales delitos.

En cuanto al plano subjetivo, la SI se apoyó, en primer lugar, en algunas consideraciones de Ragués i Vallès sobre la atribución del dolo a partir del «significado social» de la conducta. Ello sirvió al órgano judicial para afirmar el «doble dolo» de la complicidad con base en el «significado social» que habrían tenido las conductas de Müller y Sibilla al estar inscritas en el «contexto delictivo» de la represión a civiles ordenada por el gobierno cívico-militar.

Y, en segundo lugar, la SI aplicó asimismo varios criterios interpretativos provenientes del DIDH y el DPI. Por un lado, en cuanto a los provenientes del DIDH, se aplicaron tres de los criterios propuestos en CIJ (2010a):

(a) Que, con carácter general, basta para afirmar la «responsabilidad legal» del directivo empresarial con que este «debiera haber sabido» que su conducta «muy probablemente» contribuiría a otra violadora de derechos humanos. Ciertamente, la asunción de este criterio supone equiparar conocimiento y deber de conocimiento – concepto asociado tradicionalmente a la imprudencia–, cosa que, sin embargo, no hace el Código penal argentino⁶⁸. En aplicación de este criterio, la SI afirmó que Müller y Sibilla «conocían o debieron conocer las circunstancias en las que permitieron el ingreso de las fuerzas armadas» (SI, 2019, pp. 171-172)⁶⁹.

(b) Que la «proximidad geográfica» entre el autor material de la violación de derechos humanos –o sus víctimas– y el directivo empresarial contribuye a interpretar si este «conocía» o «debió conocer» que su conducta contribuía a una violación de derechos humanos: ello sería más probable si «las violaciones a los derechos humanos ocurren en el mismo lugar de las actividades de la empresa» (SI, 2019, p. 271)⁷⁰, en tanto haría más probable que «conozca o pudiera haber conocido lo que

libertad personal (art. 7 CADH), a las garantías judiciales (art. 8 CADH) y a la libertad de asociación con fines laborales (art. 16.1 CADH).

⁶⁷ Sobre el tipo objetivo de la complicidad en los delitos previstos en el DPI, *vid.* Ambos (2005, pp. 247-267, 269-272).

⁶⁸ La amplitud de los criterios propuestos en CIJ (2010a) responde, como el propio documento reconoce, al intento de delimitar una «zona de riesgo legal» comprensiva tanto de la responsabilidad penal como de la responsabilidad civil por daños, y ello conforme al DPI, el DIDH y el Derecho penal nacional de cada Estado, indistintamente.

⁶⁹ Ciertamente, el resto de referencias del tribunal de instancia a los criterios de imputación subjetiva del propuestos en CIJ (2010a) no reprodujo esta equiparación entre criterios de imputación subjetiva dolosa e imprudente.

⁷⁰ Asimismo, en SI (2019, p. 335): «[e]l Panel informa que aunque por lo general las empresas no serán jurídicamente responsables únicamente por el hecho de obtener un beneficio en un entorno de negocios caracterizado por las violaciones de los derechos humanos, en la práctica un “beneficio económico meramente pasivo” se puede convertir fácilmente en una contribución más activa que habilite, exacerbe o facilite las violaciones manifiestas de derechos humanos. “Por ejemplo, una empresa tiene la intención de establecer actividades empresariales en un país y, siendo así, le indica al gobierno que la actividad

realmente estaba ocurriendo» (SI, 2019, pp. 335-336)⁷¹. A juicio del órgano judicial de instancia, la verificación de este criterio en el caso enjuiciado sería «total, puesto que la inmensa mayoría de los hechos endilgados tuvieron lugar precisamente dentro de la planta automotriz» (SI, 2019, p. 272)⁷².

(c) Que el potencial beneficio económico que la empresa habría obtenido o esperaba obtener al realizar la conducta de complicidad serviría, asimismo, para interpretar si el directivo «conocía» o «debió conocer» que su conducta contribuía a una violación de derechos humanos. Para CIJ (2010a), «la negligencia grave puede servir como indicio para probar el conocimiento del colaborador» (!) en los casos en que «una empresa se puede beneficiar comercialmente de un entorno empresarial favorable creado en un país por otro sujeto que viola los derechos humanos, y gracias al cual puede tener actividades lucrativas en el país» (SI, 2019, p. 334)⁷³. Este argumento fue expresamente desarrollado por la SI:

señalar a los obreros conflictivos, permitir la instalación militar en la fábrica, que se monte allí y a plena vista de todos un centro clandestino en el quincho, darle a los militares camionetas y otros elementos de logística para que dentro de la fábrica realicen los secuestros de sus empleados, amenazar a los obreros ante cualquier atisbo de reivindicación laboral y aumentar de tal forma con todos esos aditamentos, los niveles de exigencia y explotación que permitiesen lo que finalmente lograron [...]. Este fue el **provecho** que obtuvieron de la situación. El marco de conflictividad laboral entre 1975 y 1976 [...] era importante y eso afectaba directamente la producción y la rentabilidad de Ford. Las actividades gremiales, sobre todo las impulsadas por los delegados de la comisión interna, afectaban directamente los intereses económicos de la empresa y fueron esos los cambios que impuso el gobierno de facto; la nueva situación de la que sacó provecho Ford, entre otras cosas, con el incremento de la producción y de las ganancias y paralelamente la pérdida de beneficios y bienestar social y laboral de sus dependientes. [...] Asimismo dentro del **provecho** que obtuvo la empresa Ford debe computarse los efectos de **disciplinamiento** sobre los obreros y empleados de la compañía a partir de los secuestros de quienes directa o indirectamente aparecían vinculados a la actividad gremial. Ello en tanto que [...] el funcionamiento del mercado de trabajo era una dimensión más del proyecto de transformación social puesto en marcha por el golpe de estado, y en el que creyó y al cual contribuyó Ford a través de sus directivos y personal jerárquico (SI, 2019, pp. 302-303, 305; negritas en el original).

Y, por otro lado, en relación con los criterios provenientes del DPI, el órgano judicial de instancia aplicó dos criterios de imputación subjetiva «determinantes de la participación o complicidad por parte de las empresas y sus directivos en crímenes de lesa humanidad» (SI, 2019, p. 333): (b') «asumir el riesgo calculado» de que la acción a la que se contribuye puede formar parte de un ataque sistemático y

sindical o las protestas continuas contra el desarrollo económico serían un obstáculo importante para invertir allí».

⁷¹ La SI extractó a renglón seguido el siguiente pasaje de CIJ (2010a): «[p]or ejemplo, en el derecho penal, cuanto más intensa sea la interacción entre el cómplice y el autor principal, más inverosímil será la alegación de una empresa o sus directivos, acusados de ser cooperadores no necesarios, de que no conocían las consecuencias de la asistencia práctica prestada al autor principal».

⁷² Asimismo, en SI (2019, p. 337): «[r]esulta relevante recordar [...] que gran parte de los secuestros fueron realizados en la misma planta, a plena luz del día y con la colaboración esencial de sus directivos de todos los niveles de conducción». Sobre los problemas generales de imputación a la empresa en casos de extraterritorialidad o deslocalización de la actividad empresarial, *vid.* Muñoz de Morales Romero (2020, pp. 954-955).

⁷³ Asimismo, en SI (2019, p. 335): «por el hecho de obtener un beneficio en un entorno de negocios caracterizado por las violaciones de los derechos humanos, en la práctica un “beneficio económico meramente pasivo” se puede convertir fácilmente en una contribución más activa que habilite, exacerbe o facilite las violaciones manifiestas de derechos humanos». Este criterio parece corresponderse con el de *beneficiary complicity* manejado por la doctrina anglosajona; *vid.* al respecto Ambos (2020, pp. 80-81, n. 23), con más referencias.

generalizado, y (b'') saber que se está contribuyendo a que se cometa un delito entre varios posibles en el seno de tal ataque (SI, 2019, p. 272)⁷⁴.

En conclusión: el tribunal de instancia (a) no empleó criterios interpretativos provenientes del DPI y el DIDH para fundamentar la tipicidad subjetiva de las conductas atribuidas a Müller y Sibilla conforme a delitos «comunes» del CP argentino, sino que (b) tales criterios fueron empleados sólo para fundamentar la tipicidad subjetiva conforme a los tipos de complicidad del delito de lesa humanidad del art. 7.1 ECPI y de violaciones de derechos humanos. Es decir: el tribunal de instancia sí realizó una «triple subsunción» de los hechos, pero aplicó un estándar de imputación subjetiva (dolosa) para la subsunción de los hechos en el tipo de complicidad de los delitos «comunes» enjuiciados, y otros estándares de imputación subjetiva –más laxos– para la subsunción en los tipos de complicidad en el delito de lesa humanidad del art. 7.1 ECPI y de complicidad en violaciones de derechos humanos. Ello se deduce, en última instancia, de la afirmación del tribunal de instancia de que, para poder afirmar la imputación al tipo subjetivo de la complicidad en los delitos «comunes» enjuiciados, el sujeto debe actuar «con conciencia o intención» de que su aporte supone una ayuda para la comisión del hecho principal (SI, 2019, p. 336).

4. Conclusiones y reflexión final

La SI del caso «Ford-Müller» realizó –y la SC validó– una «triple subsunción» de los hechos atribuidos a Müller y Sibilla, pero sólo a efectos de declarar no prescritos los delitos «comunes» del Código penal argentino por los que fueron condenados. Para ello, el tribunal de instancia subsumió los hechos atribuidos a Riveros (coautor funcional) en el delito de lesa humanidad del art. 7.1 ECPI y en violaciones de derechos humanos, y reprodujo a continuación los argumentos habituales de la jurisprudencia argentina –imprescriptibilidad de los delitos conforme a la norma de *ius cogens* del DPI y a la interpretación de la CADH realizada por la Corte IDH– para inaplicar las reglas de prescripción referidas a los delitos «comunes» del Código penal argentino. Sin embargo, al subsumir los hechos atribuidos a Müller y Sibilla en tales delitos «comunes», el tribunal de instancia solo empleó criterios interpretativos provenientes del DIDH para afirmar la tipicidad objetiva de las conductas enjuiciadas.

Hasta donde alcanzo, el principal riesgo que puede plantear la práctica de esta «doble» o «triple» subsunción surge cuando los criterios provenientes del DPI o el DIDH son empleados para fundamentar la subsunción de la conducta en delitos «comunes» del respectivo Código penal nacional. Es entonces cuando cabe plantearse qué tan «importables» son esos criterios interpretativos a juicios de subsunción para los que no fueron construidos.

Valga simplemente recordar que, si todo juez penal nacional cuenta con un margen de discrecionalidad para elegir «cómo» fundamenta la (a)tipicidad de la conducta enjuiciada –discrecionalidad a ejercer, entiéndase, mediante el haz de criterios lógicos, metodológicos y axiológicos que cada sistema jurídico considere respetuosos con la garantía de *lex stricta*–, no cuenta con ese margen –ni, de hecho, con ninguno– para elegir «qué» debe en todo caso fundamentar como presupuesto

⁷⁴ Asimismo, en SI (2019, p. 333), citando textualmente CIJ (2010a): «Por ejemplo, si una empresa le proporciona información a las fuerzas de seguridad que les permite torturar o causar la desaparición forzada de sindicalistas que trabajan en la empresa, será suficiente para el derecho el que la violencia y las lesiones personales resultantes fueran razonablemente previsibles, aun cuando no estuviera claro en ese momento cómo utilizarían esa información».

de una pena: la tipicidad de la conducta conforme a algún tipo del Derecho penal nacional.

Por lo tanto, cuando una sentencia emplea criterios interpretativos de DIDH y DPI debe quedar claro si estos son empleados «sólo» para efectuar subsunciones «adicionales» de la conducta en figuras de DIDH o DPI –con los efectos que proceda otorgar a dichas subsunciones–, y/o para fundamentar la tipicidad conforme a delitos «comunes» del Código penal nacional. Y, de hacerse lo segundo, el órgano judicial debe en todo caso analizar la compatibilidad del criterio interpretativo a emplear con el objeto de interpretación⁷⁵ –la norma penal nacional–, es decir, la viabilidad de esta «importación» de criterios provenientes de otras ramas jurídicas. De no atenderse a los requisitos típicos propios de los delitos «comunes» a aplicar, la argumentación del tribunal difícilmente podrá ser suficiente para afirmar la responsabilidad del sujeto conforme a tales delitos «comunes».

En relación con las sentencias del caso «Ford-Müller», y al margen de otros extremos más o menos discutibles en la argumentación de los tribunales, puede afirmarse que las exigencias anteriores fueron satisfechas si se entiende que (1) los criterios de la «exacerbación» y la «facilitación» propuestos en el informe de la CIJ son aplicables también a la interpretación del tipo objetivo de la complicidad de los delitos «comunes» enjuiciados, y que (2) el empleo de los criterios de imputación subjetiva provenientes del DIDH y DPI se circunscribió a la subsunción de los hechos en los tipos de complicidad del delito de lesa humanidad del DPI y de violaciones de derechos humanos del DIDH, sin sustituir el juicio de tipicidad subjetiva dolosa de la complicidad en los delitos «comunes» enjuiciados.

Bibliografía

- Abregú, M. y Dulitzky, A. (1996). *Las leyes “ex post facto” y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales como normas de derecho internacional a ser aplicadas en el Derecho interno*. Abeledo Perrot.
- Ambos, K. (1999). *Impunidad y Derecho penal internacional*. Ad Hoc.
- Ambos, K. (2004). Derechos humanos y Derecho penal internacional. *Diálogo Político*, año XXI (3), 85-115. http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/data/documents/Veroeffentlichungen/epapers/dpi_dialogo_politico_3_04.pdf
- Ambos, K. (2020). Responsabilidad penal internacional de las empresas: una aproximación desde la perspectiva de la praxis jurídica. En K. Ambos y M.L. Böhm (Eds.), *Empresas transnacionales y graves violaciones de Derechos Humanos en América Latina* (75-114). Tirant lo Blanch.
- Barbosa Delgado, F.R. (2013). El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática. En E. Ferrer MacGregor y A. Herrera García (Eds.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos* (1089-1118). Tirant lo Blanch.
- Basualdo, V., Quintana, T.O. y Varsky, C. Los casos de Ford y Mercedes Benz. En H. Verbitsky y J.P. Bohoslavsky, *Cuentas pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura* (185-202). Siglo XXI Editores.

⁷⁵ Pues, por ejemplo, los conceptos de complicidad asumidos en DPI no tienen por qué coincidir con los utilizados en cada ordenamiento penal nacional. Al respecto *vid.* Ambos (2005, pp. 245-246) y Muñoz de Morales (2020, p. 963, n. 72).

- Böhm, M.L. (2017). Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico. *Revista Crítica Penal y Poder* (13), 41-65. <https://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/19764/22496>
- Böhm, M.L. (2019). Empresas transnacionales y violaciones de derechos humanos en América Latina – Dificultades para su imputación y juzgamiento. *Revista de Derecho Público Contemporáneo*, año 3, 1, 79-102.
- Bohoslavsky, J.P. y Verbitsky, H. (2013). *Cuentas pendientes. Los cómplices económicos de la dictadura*. Siglo XXI Editores.
- Centro de Estudios Legales y Sociales. (2017). *Derechos Humanos en la Argentina: Informe 2017*. Siglo Veintiuno Editores Argentina.
- Comisión Internacional de Juristas (2010a). *Complicidad empresarial y responsabilidad legal. Volumen 1. Afrontar los hechos y establecer un camino legal*. Comisión Internacional de Juristas.
- Comisión Internacional de Juristas (2010b). *Complicidad empresarial y responsabilidad legal. Volumen 2. Derecho penal y crímenes internacionales*. Comisión Internacional de Juristas.
- Gil Gil, A. y Maculán, E. (2019). La justicia penal en los escenarios posconflicto. *Revista UNISCI* (51), 227-252. <http://www.unisci.es/wp-content/uploads/2019/10/UNISCIDP51-10-ALICIApdf.pdf>
- Guzmán Dalbora, J.L. (2010). El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Ed.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional. Con informes de América Latina, Alemania y España* (171-192). Fundación Konrad Adenauer.
- Maculán, E. (2012). La respuesta a las graves violaciones de Derechos humanos entre Derecho penal e internacional. Observaciones sobre el caso Fujimori. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (14-05), 1-32. <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-05.pdf>
- Malarino, E. (2003). Argentina. En K. Ambos y E. Malarino (Eds.), *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España* (35-81). Fundación Konrad Adenauer.
- Malarino, E. (2008). Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. En K. Ambos y E. Malarino (Eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional* (pp. 421-450). Fundación Konrad Adenauer.
- Malarino, E. (2010). Activismo judicial, punitivización y nacionalización. Tendencias antidemocráticas y antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Ed.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional. Con informes de América Latina, Alemania y España* (25-62). Fundación Konrad Adenauer.
- Manacorda, S. (2017). Individual Liability for Business Involvement in International Crimes. Topic 1 (General Part). General Report. En E. Manacorda, A. Marletta y G. Vanacore (Eds.), *Individual Liability for Business Involvement in International Crimes*, *Revue internationale de droit pénal*, 88 (1), 13-72. <http://hdl.handle.net/10993/35022>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. (2015). *Responsabilidad empresarial en delitos de lesa humanidad. Represión a trabajadores durante el terrorismo de Estado. Tomo I*. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Muñoz de Morales Romero, M. (2020). Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 15 (30), 948-992. <https://politicrim.com/wp-content/uploads/2020/12/Vol15N30A14.pdf>

- Nieto García, A. (2020). Hacia un Derecho penal económico de los Derechos humanos. *Indret*, 3, 137-172. <https://indret.com/wp-content/uploads/2020/07/1561.pdf>
- Nino, C.S. (2015). *Juicio al mal absoluto. ¿Hasta dónde debe llegar la justicia retroactiva en casos de violaciones masivas de los derechos humanos?* Siglo Veintiuno Editores.
- Norris, R.E. (1992). Leyes de impunidad y los Derechos humanos en las Américas: una respuesta legal. *Revista IIDH*, 15, 47-121. <https://www.iidh.ed.cr/iidh/media/1638/revista-iidh-15.pdf>
- Parenti, P.F. (2006a). Argentina (I). En J. Arnold, J. M. Simon y J. Woischnik (Eds.), *Estado de derecho y delincuencia de Estado en América Latina. Una visión comparativa* (3-50). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Parenti, P.F. (2006b). Argentina. En K. Ambos, E. Malarino y J. Woischnik (Eds.), *Dificultades jurídicas y políticas para la ratificación o la implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (49-98). Fundación Konrad Adenauer.
- Parenti, P.F. (2007). Argentina. En K. Ambos, G. Elsner y E. Malarino (Eds.), *Cooperación y asistencia judicial con la Corte Penal Internacional* (23-67). Fundación Konrad Adenauer.
- Parenti, P.F. (2008). Argentina. En K. Ambos y E. Malarino (Eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional. Con informes adicionales de España e Italia* (21-66). Fundación Konrad Adenauer.
- Parenti, P.F. (2010). La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional (Ed.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y Derecho penal internacional. Con informes de América Latina, Alemania y España* (211-228). Fundación Konrad Adenauer.
- Parenti, P.F. y Pellegrini, L. (2009). Argentina. En K. Ambos, E. Malarino y G. Elsner (Eds.), *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (133-152). Fundación Konrad Adenauer.
- Pérez Cepeda, A.I. (2019). Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos humanos. *Revista Penal*, (44), 126-146.
- Sancinetti, M. (1999). *El derecho penal en la protección de los derechos humanos*. Hammurabi.
- Schiffrin, L. (2001). Ius gentium y concepción estatalista del derecho en relación con los nuevos desarrollos de la doctrina y la jurisprudencia argentina. En M. Abregú, J. Mariezcurrena y J.E. Méndez (Eds.), *Verdad y Justicia. Homenaje a E. Mignone* (411-431). Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Van den Herik, L. y Černič, J.L. (2010). Regulating Corporations under International Law: From Human Rights to International Criminal Law and Back Again. *Journal of International Criminal Justice*, 8, 725-743. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1666765
- Ventura Robles, M.E. (2014). La relación entre los derechos humanos y la justicia penal internacional. *Revista IIDH*, 59, 303-344. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32987.pdf>

Razones para regular (mejor) la financiación de los partidos. Más allá de la corrupción política

Reasons to (better) regulate party funding. Beyond political corruption

Óscar Sánchez Muñoz

Universidad de Valladolid

ORCID ID 0000-0002-0750-0222

oscarsm@uva.es

Cita recomendada:

Sánchez Muñoz, O. (2022). Razones para regular (mejor) la financiación de los partidos. Más allá de la corrupción política. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 116-135.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7112>

Recibido / received: 08/02/2022

Aceptado / accepted: 24/05/2022

Resumen

La financiación de los partidos es un elemento clave del sistema político. Más allá de la respuesta a la corrupción, la regulación de la financiación debe estar orientada a favorecer un modelo de partido más abierto y democrático dentro de una democracia igualitaria. Los principales objetivos que debe perseguir dicha regulación son la garantía de la suficiencia y la estabilidad de los recursos de los partidos, el respeto al principio de igualdad de oportunidades en las competiciones electorales, el refuerzo de la conexión entre los partidos y la ciudadanía y, también, como un objetivo más, pero no el único, la lucha contra la corrupción. En el presente artículo se analizan algunas de las disfuncionalidades del modelo español de financiación de los partidos y se propone una profunda reforma del mismo.

Palabras clave

Partidos políticos, financiación política, corrupción, transparencia, igualdad de oportunidades.

Abstract

Party financing is a key element of the political system. Beyond the response to corruption, the regulation of financing should be aimed at favouring a more open and democratic party model within an egalitarian democracy. The main objectives that such regulation should pursue are to guarantee the sufficiency and stability of party resources, respect for the principle of equal opportunities in electoral competitions, the strengthening of the connection between parties and citizens and also, as another objective, but not the only one, the fight against corruption. This article analyses some of the dysfunctions of the Spanish model of party financing and proposes a profound reform of it.

Keywords

Political parties, political financing, corruption, transparency, equal opportunities.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Principales objetivos que debe cumplir un modelo democrático de financiación de los partidos. 2.1. Suficiencia y estabilidad de los recursos. 2.2. Igualdad de oportunidades. 2.2.1. Limitaciones a la financiación privada. 2.2.2. Medidas para garantizar una financiación pública equitativa. 2.3. Conexión entre los partidos y la sociedad. 2.4. Lucha contra la corrupción. 2.4.1. Normas sobre transparencia. 2.4.2. Mecanismos de control. 3. Conclusiones.

1. Introducción

Los partidos políticos necesitan una financiación para mantenerse como organizaciones y llevar a cabo sus funciones dentro del sistema político. *A priori*, no parece que esta indiscutible necesidad afecte a los fundamentos del sistema y, sin embargo, es así. La financiación de los partidos y, por extensión, la de las campañas electorales –en las que, además de los partidos, pueden participar otras personas y organizaciones– es un tema medular para las democracias contemporáneas y ello por dos razones:

La primera razón es porque la manera en la que se articula la financiación de los partidos y de las campañas en un determinado sistema está íntimamente conectada con la manera en que se articulan las relaciones entre el poder político y el poder económico –o, mejor dicho, los poderes económicos– en dicho sistema.

Desde mi punto de vista, una democracia será más auténtica cuanto mayor sea el grado de autonomía del poder político respecto a los poderes económicos. Si la influencia de los poderes económicos es grande, entonces las decisiones políticas no siempre estarán orientadas al interés general, sino más bien a los intereses particulares de los sujetos más poderosos económicamente hablando.

La influencia de los poderes económicos sobre el poder político se deja sentir de múltiples maneras. Una de ellas, en los países democráticos, es la influencia sobre el proceso de formación de la opinión pública, especialmente durante las competiciones electorales. Teóricamente, el funcionamiento de la competición electoral requiere un proceso deliberativo previo que se produce en el seno de la sociedad y en el que participan los partidos y otros sujetos. Pero, si observamos cómo se desarrolla dicho proceso deliberativo en la realidad, vemos que en el mismo no todos los sujetos que participan lo hacen en un plano de igualdad y uno de los principales factores que influyen en ello es el diferente respaldo económico de unos y otros.

Desde esta perspectiva, los distintos modelos de financiación de los partidos y de las campañas nos conducen a distintos modelos de democracia, más o menos elitistas, más o menos plutocráticos.

La segunda razón por la que la financiación de los partidos y las campañas es un tema medular para la democracia es, precisamente, su conexión con la corrupción.

La corrupción no es un problema de mera aplicación de la legalidad, es un problema mucho más profundo porque mina la confianza de los ciudadanos en las instituciones y, por tanto, puede llegar a erosionar a la legitimidad del sistema. Como señala Ruiz-Rico Ruiz (2014, p. 223), la corrupción es «un ataque directo a la línea de flotación del Estado Constitucional de Derecho».

Decía Tomás y Valiente (1994) que «si [la corrupción política] es tolerada de modo duradero, produce descomposición del sistema, porque desencadena un proceso de entropía que puede acabar, no con la existencia del Estado, pero sí con la del Estado democrático». Si a la corrupción, además, le añadimos un contexto de crisis y una agudización de las desigualdades sociales, podemos estar ante un cóctel explosivo para la supervivencia del sistema democrático.

Ahora bien, podemos preguntarnos qué relación tiene la financiación de los partidos con la corrupción. ¿Puede haber financiación ilegal sin corrupción?

A veces se distingue entre financiación ilegal y corrupción. Para quienes mantienen esta visión la primera sería cualquier infracción de las normas sobre financiación en beneficio de un partido, pero sin que haya enriquecimiento personal. Solo podríamos hablar de corrupción cuando se da ese enriquecimiento personal, lo cual puede ocurrir a veces con ocasión de la financiación ilegal, pero no a causa de esta. Desde este punto de vista, financiación ilegal y corrupción pueden tener un espacio de intersección, pero son dos realidades distintas.

Generalmente, se suelen emplear este tipo de argumentos para tratar de exculpar a los políticos cuando participan en esquemas de financiación ilegal sin obtener beneficio económico para ellos mismos. Es así frecuente escuchar frases como «no ha robado, lo ha hecho por el partido», tratando de decir, de alguna manera, que el político en cuestión habría incumplido la ley, pero que, al no haberse beneficiado personalmente, su conducta sería menos reprochable. Este razonamiento se suele complementar con otro, también tendente a justificar la financiación ilegal: los partidos no tienen suficientes fuentes de financiación legales para competir y por eso se ven prácticamente forzados a acudir a la financiación ilegal.

A mi juicio, hay que impugnar totalmente ese falaz argumento exculpativo: La financiación ilegal en sí misma es una forma de corrupción, aunque no haya beneficio económico personal para los implicados. Sí es corrupción porque se comete una infracción de la legalidad para obtener una ventaja ilegítima en la competición política. Se corrompe el sistema porque se rompe el principio de igualdad de oportunidades al permitir que el dinero se convierta en un factor determinante en la competición política, cuando no debería serlo.

Ambas razones, además, confluyen en la medida en que los poderes económicos que pretenden interferir en el proceso democrático suelen hacerlo además quebrantando la legalidad y ocultando su influencia real para evitar que la ciudadanía pueda ser plenamente consciente de la vinculación existente entre determinadas decisiones políticas y los apoyos económicos concretos que han llevado al poder a quienes las adoptan.

Por todo lo dicho hasta ahora, yo creo que a la hora de abordar el tema de la financiación de los partidos hay que tener en cuenta ambas razones conjuntamente. En los últimos años, sin embargo, en la mayoría de las ocasiones solo se ha abordado el tema de la financiación de los partidos, de manera reactiva (Iglesias Báez, 2016, p. 129), en conexión con los escándalos de corrupción y se ha soslayado el otro debate, el debate sobre cómo los modelos de financiación están relacionados con los modelos de partido y los modelos de democracia, el debate, sobre cómo las normas sobre financiación de partidos pueden contribuir a configurar una democracia menos elitista, menos plutocrática, más igualitaria, y pueden contribuir a que los partidos sean algo más que simples marcas electorales y se aproximen a lo que la Constitución dice que tienen que ser: un instrumento de participación.

Desde este punto de partida, las ideas que se van a desarrollar en las páginas que siguen no sólo van dirigidas a analizar las deficiencias técnicas del modelo actual de financiación de los partidos en España y a proponer correcciones al mismo, sino que tratan de ir algo más allá, abriendo un debate, que considero necesario, sobre en qué podría consistir un modelo democrático de financiación de los partidos.

2. Principales objetivos que debe cumplir un modelo democrático de financiación de los partidos

Con estas premisas, tal y como ya he expuesto en otras ocasiones (Sánchez Muñoz, 2013, p. 167), considero que los principales objetivos que debe cumplir un modelo de financiación de los partidos son cuatro:

(1) En primer lugar, la garantía de la suficiencia y estabilidad de los recursos de los partidos, con el fin de que puedan cumplir con las funciones constitucionales que tienen encomendadas.

(2) En segundo lugar, la promoción de la igualdad de oportunidades entre los partidos, con el fin de evitar que las diferencias de facto entre los mismos en cuanto a sus posibilidades de acceso a los recursos económicos condicionen su visibilidad ante el electorado y falseen la competición electoral.

(3) En tercer lugar, el refuerzo de la conexión entre los partidos y la sociedad, huyendo igualmente de la excesiva dependencia de los poderes económicos y de la excesiva dependencia del Estado.

(4) Y, en cuarto lugar, como una más de las razones, pero no la única, la lucha contra la corrupción.

Vamos a analizar con más detenimiento cada uno de estos objetivos en las páginas que siguen.

2.1. Suficiencia y estabilidad de los recursos

Esta es probablemente la primera razón y la más clara que justifica la intervención del legislador para regular la financiación de los partidos. Los partidos tienen que disponer de recursos suficientes y estables para desarrollar eficazmente sus funciones sistémicas.

Las dos vías más claras para cumplir con este objetivo y dotar de más recursos a los partidos son, de una parte, la previsión de subvenciones públicas y, de otra, el fomento de las donaciones privadas mediante incentivos, generalmente de tipo fiscal. En ambos casos estamos hablando del empleo de fondos públicos, ya que los incentivos fiscales, en la medida en implican una disminución de los ingresos públicos constituyen una forma de financiación pública indirecta.

Tradicionalmente, se ha justificado la financiación pública por dos grandes razones: porque los partidos cumplen funciones constitucionales esenciales y porque contribuye a reducir la dependencia de los partidos respecto de intereses privados o grupos de presión (Holgado, 2003, pp. 144 y ss; Pajares Montolío, 2016, p. 179). Es indudable que una financiación pública suficiente contribuye al reforzamiento y a la profesionalización de las estructuras partidistas (Rodríguez Teruel, 2013, p. 75) y, si hablamos de la estabilidad de los recursos, solo la financiación pública puede garantizarla de forma plena (Morlok, 2015, p. 188), pues las donaciones privadas, por definición, son imprevisibles pues dependen de la voluntad de los donantes.

Una cuestión que nos podemos plantear es si es posible cuantificar las necesidades de los partidos a la hora de prever una financiación pública adecuada.

En este sentido hay que tener en cuenta que los partidos, como cualquier otra organización, tienden a expandirse y, por tanto, cuanto mayor sea la financiación que reciban, mayor será esa expansión y mayores serán las necesidades futuras de financiación. A esto a veces se le ha llamado el «paradigma de la insaciabilidad de los partidos». Esa percepción de insaciabilidad puede expresarse diciendo que las necesidades no son una cantidad fija, sino que están en función de los ingresos (García Viñuela, 2011, p. 6).

En España, existe una impresión generalizada de que en algunas estructuras partidistas se ha producido cierta hipertrofia, atendiendo a los gastos de personal o a las sedes de las que disponen (Ariño Ortiz, 2009, pp. 35 y ss), aunque no existen estudios completos y rigurosos al respecto. Lo cierto es que la experiencia de los procesos electorales posteriores a 2015 ha demostrado dos cosas: (1) que han aparecido nuevos actores (Podemos, Ciudadanos y Vox) que, a pesar de contar con estructuras burocráticas más débiles, han podido participar eficazmente en la competición política; y (2) que el adelgazamiento significativo del aparato burocrático de los grandes partidos tradicionales (PP y PSOE), como consecuencia de la reducción de sus ingresos por subvenciones, no ha sido tampoco dramático en términos de capacidad para desarrollar sus funciones eficazmente.

Si nos centramos en la problemática sobre la estabilidad de los recursos, desde luego, como ya hemos dicho, la financiación pública tiende a ser más estable que la privada, pero, aun siendo así, en nuestro sistema se han detectado también algunos problemas. Por ejemplo, se percibe que ciertas formas de financiación pública, como las subvenciones a los grupos parlamentarios o institucionales dependen de decisiones discrecionales de los órganos de dirección de las instituciones –por ejemplo, de las mesas de las Cámaras–, lo que provoca una inestabilidad e incluso, a veces, da pie a una instrumentalización política de dichas subvenciones, llegando a situaciones de auténtico chantaje. Ciertamente, para garantizar mejor la estabilidad de las subvenciones públicas, lo adecuado es que estén sometidas a unos criterios objetivos y no dependan de decisiones discrecionales.

Una última cuestión que podemos introducir aquí es la relación entre la suficiencia y la estabilidad de los recursos y la prevención de la corrupción. Como ya he señalado antes, creo que no es de recibo el argumento de que la escasez de las fuentes de financiación legal de alguna manera aboca a los partidos a recurrir a la financiación ilegal. Si esto fuera así, los casos financiación ilegal por todos conocidos, serían un indicio claro de que la financiación legal no es suficiente. Esto entraría precisamente en contradicción con la impresión generalizada sobre la hipertrofia de las estructuras partidistas, a la que me he referido antes. No niego que esta explicación del recurso a la financiación ilegal pudo haber sido válida en los primeros tiempos de nuestra democracia, pero considero que es muy dudoso que siga siéndolo en la actualidad. En mi opinión, la financiación ilegal está motivada, sobre todo, por la búsqueda de la opacidad: el deseo de esconder las relaciones existentes entre los partidos y los donantes, relaciones que encubren, en la mayoría de los casos, intercambios de favores o de influencias, sin olvidar la importancia que puede tener el afán de lucro personal de las personas intervinientes.

2.2. Igualdad de oportunidades

Si consideramos que el significado más profundo de la democracia es, ante todo, la igualdad de todos los ciudadanos en el ejercicio del poder y consideramos también que, en los sistemas políticos de nuestro tiempo, la influencia del dinero es el principal obstáculo o la principal amenaza para que esa igualdad sea efectiva, llegaremos entonces a la conclusión de que dicha influencia debe ser contrarrestada a través de diferentes medidas para garantizar que la competición política se desarrolla en lo que los anglosajones llaman «un campo de juego equilibrado» (*a level playing field*). Estas medidas estarán dirigidas a evitar, en cierta medida, que aquellos competidores que gocen de una posición de superioridad fáctica en el plano financiero puedan trasladarla a la competición electoral y convertirla en una ventaja política. Cuando hablo de una posición de superioridad fáctica de determinados competidores me estoy refiriendo, fundamentalmente, a la existencia de confluencia de intereses entre fuerzas políticas y poderes económicos.

«El Derecho de partidos es Derecho de la competencia» (Morlok, 2015, p. 187). En este sentido, la regulación jurídica de los partidos debe garantizar las mismas oportunidades para todos ellos en la competición política, debe evitar también prácticas desleales y mantener abierta la competición sin establecer barreras de entrada abusivas para los nuevos actores. En mi opinión, la garantía de la igualdad de oportunidades en materia de financiación de partidos se apoya en dos tipos de medidas paralelas:

(1) Unas medidas que podemos llamar negativas, en el sentido de que limitan la libertad de actuación de los propios partidos o de terceros. Entrarían aquí todas las limitaciones a los ingresos privados de los partidos y a los gastos de los mismos. Se trataría de evitar así que una financiación privada de los partidos no sujeta a ninguna limitación legal pueda llevar a que algunas fuerzas políticas o candidatos dispongan de unos recursos muy superiores a las demás, lo que les permitiría desvirtuar el proceso de comunicación libre y plural que debe preceder a la formación de la decisión de los electores.

(2) Y unas medidas que podemos llamar positivas, en el sentido de que consisten en actuaciones de los poderes públicos destinadas a optimizar el carácter libre y plural del debate político. Entre estas medidas destaca la previsión de una financiación pública basada en criterios equitativos de reparto.

Así pues, vemos que el objetivo de la garantía de la igualdad de oportunidades ofrece un fundamento muy sólido tanto al establecimiento de sistemas de financiación pública, como a la imposición de limitaciones a la financiación privada de los partidos políticos. Analizaremos ambos tipos de medidas por separado.

2.2.1. Limitaciones a la financiación privada

a) Limitaciones de los ingresos privados

Las limitaciones de los ingresos privados de los partidos pueden estar orientadas a garantizar la igualdad de oportunidades cuando su objetivo sea evitar o minimizar, dentro de la competición política, la ventaja política que deriva de las situaciones de superioridad económica de facto. Dicha ventaja puede ser consecuencia de la colusión entre sujetos económicamente poderosos y determinadas fuerzas políticas. Por consiguiente, el significado más profundo del principio de igualdad de oportunidades en este ámbito no es otro que la maximización de la independencia del poder político respecto a los poderes económicos.

Las medidas más habituales introducidas por las legislaciones son el establecimiento de límites máximos absolutos a las aportaciones privadas y el establecimiento de límites relativos, bien a determinados tipos de aportaciones – como, por ejemplo, limitaciones a los préstamos bancarios, prohibición de condonaciones o regulación estricta de los acuerdos de renegociación de las deudas para evitar condonaciones encubiertas–, bien a determinados tipos de sujetos – como, por ejemplo, las limitaciones o incluso prohibición absoluta de aportaciones provenientes de personas jurídicas o de ciertos tipos de personas jurídicas–.

En el caso de la legislación española, la desaparición de las donaciones anónimas con la Ley Orgánica de Financiación de los Partidos Políticos (LOFPP) aprobada en 2007 y la prohibición de las aportaciones de las personas jurídicas aprobada en 2015 han sido pasos importantes y positivos, pero siguen existiendo muchos problemas por resolver.

La prohibición de las aportaciones de personas jurídicas se puede fundamentar por el principio de la igualdad de oportunidades en la competición electoral, como un medio para evitar la interferencia de los poderes económicos en la competición política (Morlok, 2015, p. 195; Sánchez Muñoz, 2015, pp. 55 y ss). Un sector de la doctrina se ha manifestado en contra, dudando de la eficacia de esta medida y defendiendo la transparencia como instrumento menos agresivo con la libertad y más adecuado para prevenir las colusiones entre partidos y empresas (Álvarez Conde, Blanco Valdés y del Castillo Vera, en VV.AA., 1994, pp. 104, 106 y ss, 111; Olaizola Nogales, 2015, p. 330). Desde un punto de vista similar, Santano (2016, pp. 11 y ss) ha criticado el carácter absoluto de la prohibición, señalando las dificultades para su control y denunciando la hipocresía de esta medida.

El límite máximo para las donaciones privadas fijado por la ley (50.000 euros), sigue siendo muy elevado. Al mismo tiempo, en la práctica, según las cuentas presentadas por los partidos, las aportaciones privadas suponen un porcentaje muy pequeño de los ingresos legales. Este escenario sugiere que no existe en España una verdadera cultura de la donación, entendida como una forma de participación política y, de otra parte, que las grandes aportaciones privadas se siguen realizando por conductos ilícitos, con el fin de mantener la opacidad. A mi juicio, para favorecer una verdadera igualdad de oportunidades sería necesario combinar una drástica reducción del límite máximo aplicable a las donaciones con otras medidas – básicamente de índole fiscal– que incentiven las donaciones de pequeña cuantía.

Uno de los temas más problemáticos en relación con las aportaciones privadas es el de los préstamos bancarios. La permisividad existente en esta materia ha llevado a una escandalosa dependencia de los partidos respecto de las entidades financieras en nuestro país, problema ha sido señalado por el Grupo de Estados contra la Corrupción, constituido en el ámbito del Consejo de Europa (GRECO) en varias ocasiones¹.

¹ El Informe de Evaluación sobre España, de la Tercera Ronda de Evaluación de GRECO (2009) manifestaba la preocupación por la situación de sobreendeudamiento de los partidos políticos españoles, lo que podría hacerles excesivamente dependientes de las entidades de crédito, y también denunció la falta de regulaciones específicas sobre los términos y condiciones para la concesión de estos préstamos (importe máximo, sujetos que pueden concederlos, condiciones de pago, etc.). El Primer Informe de Cumplimiento sobre España (2011) se mostraba contundente a la hora de denunciar el incumplimiento de nuestro país de las recomendaciones realizadas en el informe de 2009. Las carencias que todavía subsistían en esta materia motivaron que el Segundo Informe de Cumplimiento sobre España (2013) considerase que la recomendación sobre la regulación de los préstamos todavía no ha sido totalmente cumplida y exigiese el refuerzo de la transparencia.

El problema de los acuerdos de renegociación de los préstamos lo planteó el Tribunal de Cuentas antes de la reforma del 2007 y esta reforma, en lugar de resolverlo, lo que hizo fue dar cobertura legal sin ninguna limitación a estos acuerdos. Como consecuencia de los tirones de orejas del GRECO, la reforma de 2012 sometió estos acuerdos de renegociación al límite de 100.000 euros anuales, que era el límite máximo de las donaciones fijado en ese momento.

Tras la última reforma, realizada en 2015, los acuerdos de renegociación siguen estado permitidos, en las condiciones normales del mercado², pero las condonaciones totales o parciales de deuda a los partidos políticos están prohibidas, lo que es coherente con la prohibición de las donaciones de personas jurídicas. El problema, como se señala en el *Addendum* al Segundo Informe de Cumplimiento del GRECO (2015), es ahora sobre todo un problema de transparencia de estos acuerdos, pero de ello ya hablaremos más adelante.

Otro agujero de la legislación española –tal y como la ha reconocido el Segundo Informe de Cumplimiento de GRECO (2013)– es el referente a los convenios de colaboración entre las fundaciones de los partidos y las empresas privadas e instituciones públicas. La regulación es muy laxa y permite, en la práctica, sortear la prohibición de las aportaciones de personas jurídicas e incluso el abuso de recursos públicos, problemas ambos que suponen un claro quebrantamiento de la igualdad de oportunidades.

Los informes del Tribunal de Cuentas posteriores a 2007 pusieron en evidencia que las fundaciones realizaban convenios de colaboración con personas jurídico-privadas (o, a veces, públicas) para la realización de actividades, las cuales, en muchos casos, se definían de forma genérica y no se distinguían de la actuación propia de estas fundaciones o asociaciones, o bien, no se definían con claridad las contraprestaciones pactadas, por lo que en todos estos casos el Tribunal las consideraba como donaciones, llegando a constatar, en algunos casos, que se había sobrepasado el límite de 150.000 euros establecido en aquel momento por la Ley, mientras que, en otros casos, el fraccionamiento en diversos convenios evitaba que se sobrepasase esa cantidad.

La reforma de 2012 lejos de solucionar este problema, puso en bandeja a los partidos un nuevo resquicio para que el dinero público y privado siguiera llegando hasta sus fundaciones y asociaciones, eludiendo los límites legales, pues se introdujo una disposición (en la DA 7ª de la LOFPP) en la que se establece que

no tendrán la consideración de donaciones (...) las entregas monetarias o patrimoniales llevadas a cabo por una persona física o jurídica para financiar una actividad o un proyecto concreto de la fundación o asociación, en cuanto tal actividad o proyecto se realice como consecuencia de un interés común derivado de las actividades propias del objeto societario o estatutario de ambas entidades.

Así pues, a pesar de haberse prohibido las donaciones de las personas jurídicas a los partidos, éstas, sin embargo, sí pueden hacerse a las fundaciones. La Ley no impide, además, que estas donaciones sean realizadas por empresas que sean contratistas o que realicen servicios para las administraciones, entidades o empresas públicas. Además, mediante los convenios de colaboración, tanto las empresas privadas como las entidades públicas pueden realizar «entregas monetarias o patrimoniales» que no son consideradas donaciones. Solo se incluye

² Es importante que se establezcan controles efectivos para garantizar que estos acuerdos se adecúan a las condiciones normales del mercado y no implican tratos de favor. Una idea a estudiar en este sentido podría ser la introducción de un control preventivo del Tribunal de Cuentas (Presno Linera, 1999 y 2011).

una vaga prevención obligando a que estos convenios se formalicen en documento público, se comuniquen al Tribunal de Cuentas en el plazo de tres meses desde su aceptación y hacerse públicos, preferentemente a través de la página web de la fundación o entidad vinculada, aunque no se establece ningún plazo para cumplir esta última obligación de publicidad.

El *Addendum* al Segundo Informe de Cumplimiento del GRECO (2015), que tiene en cuenta el contenido de la reforma de la ley de 2015, reitera la preocupación por el hecho de que las fundaciones puedan servir como una vía paralela de financiación que permita eludir las reglas aplicables a las donaciones a los partidos.

b) Limitaciones de los gastos de los partidos

A nadie se le escapa que la actividad electoral es la principal fuente de gastos de los partidos políticos en las democracias contemporáneas. Por ello, no es extraño que la imposición de límites legales a los gastos electorales sea uno de los principales instrumentos de la regulación de la financiación de la vida política.

Inicialmente, este tipo de limitaciones aparecen como medidas ligadas a una finalidad de ahorro en sentido amplio y a la lucha contra la corrupción política. Se pretende evitar que los partidos, sometidos a una escalada competitiva de gastos electorales, caigan en una dependencia excesiva respecto de sus fuentes de financiación, tanto legales como ilegales.

Pero, en un sentido más profundo, estas medidas limitativas de los gastos aparecen también claramente conectadas con el principio de igualdad de oportunidades. Su orientación a la realización de dicho principio no necesita mayor explicación: si los topes máximos de gastos que se fijan están por debajo de las posibilidades financieras de los competidores que más recursos tienen, entonces su establecimiento implicará necesariamente una reducción de su ventaja económica sobre los menos acaudalados y un mayor equilibrio en la competición.

Los límites de gastos que se establecen con más frecuencia pueden ser generales o particulares.

Los límites generales consisten en la fijación de un techo o tope máximo respecto a lo que puede gastar en total un candidato o un partido político (o los terceros que los apoyan) en una campaña electoral. Pueden venir fijados por la legislación con carácter absoluto o más frecuentemente con carácter relativo, en función del número de habitantes o de electores.

Los límites particulares son aquellos que se establecen sobre determinados tipos de gastos (por considerarse especialmente cuantiosos y, por consiguiente, peligrosos para la equidad electoral). Un ejemplo son los límites relativos a determinados tipos de publicidad particularmente costosos. Los límites particulares se pueden establecer como techos absolutos aplicables a determinadas categorías de gastos o como techos relativos en función de los gastos totales. Un ejemplo extremo de límites particulares de gastos es la prohibición total de determinados tipos de gastos. Es el caso de la prohibición total de los gastos de publicidad en televisión existente en numerosos países, sobre todo del ámbito europeo occidental.

2.2.2. Medidas para garantizar una financiación pública equitativa

Cuando se trata de garantizar la igualdad de oportunidades, las limitaciones de gastos e ingresos se complementan con un sistema de financiación pública basado en

criterios equitativos. Pero ¿qué criterios pueden ser considerados equitativos? La mayor parte de los países han vinculado de alguna manera la financiación pública con el cumplimiento de las funciones representativas de los partidos políticos. Ello ha llevado a establecer sistemas de financiación que reparten los fondos en relación con los resultados electorales o con la representación parlamentaria de los partidos.

Algunas legislaciones –como la española– solo prevén financiación pública para los partidos que tienen representación parlamentaria o institucional, es decir, se pone demasiado énfasis en la funcionalidad representativa de los partidos, entendida, además, exclusivamente, como funcionalidad representativa dentro de las instituciones, lo cual refleja una concepción muy reduccionista que no toma en consideración las importantes funciones que estas organizaciones desempeñan fuera de los órganos representativos.

La valoración del modelo de financiación español desde este punto de vista no puede ser positiva. La doctrina (por todos, Pajares Montolío, 1998, p. 224 y ss) coincide en que la legislación española, tanto en lo relativo a los requisitos para el acceso a la financiación pública, como en lo relativo a los criterios para el reparto de los fondos, produce un excesivo refuerzo del *statu quo* del sistema de partidos. Las subvenciones públicas para el funcionamiento ordinario de los partidos y, aún en mayor medida, las subvenciones para gastos electorales, lejos de compensar las diferencias económicas de facto existentes entre los partidos y a optimizar la visibilidad por la ciudadanía de las distintas opciones políticas, producen justamente el efecto contrario, pues benefician desproporcionadamente a los grandes partidos – que, por otra parte, son los que pueden acceder con más facilidad a la financiación privada– y penalizan a los pequeños. Posiblemente, estamos ante un ejemplo más del celo –quizá excesivo– que se puso en los momentos fundacionales de nuestra democracia³ para tratar de ayudar a la consolidación del sistema de partidos.

2.3. Conexión entre los partidos y la sociedad

Otro de los objetivos que, como he señalado antes, tiene que perseguir la regulación de la financiación de los partidos es el reforzamiento de la conexión entre éstos y la sociedad, de manera que puedan desempeñar también eficazmente sus funciones, no solo las institucionales, sino también las sociales, como son la socialización política, la movilización de la opinión pública, la representación de intereses y la legitimación del sistema político en su conjunto.

En este sentido, en la doctrina con frecuencia se ha mantenido que un exceso de financiación pública hace que los partidos se acomoden y dejen de preocuparse de contactar con los sectores sociales que les son afines. Además, les independiza de sus bases, reforzando los aparatos de dirección, y les hace más dependientes del Estado, lo que provoca que descuiden sus funciones de cara a la sociedad (Blanco Valdés, 1990, p. 190; Ariño Ortiz, 2009, pp. 21 y ss; Santano, 2014, p. 25). Este debilitamiento de la conexión social se produce tanto respecto de los propios afiliados, como respecto de los ciudadanos no afiliados y de los grupos sociales de referencia. Cuando la principal fuente de ingresos es el Estado, las aportaciones de los afiliados y simpatizantes se convierten en una fuente secundaria, lo que debilita su presencia, su voz y su representación. En un sentido más general, puede decirse que la conexión con los tradicionales grupos sociales de referencia se diluye y, como resultado, los

³ La exigencia de obtener representación para acceder a las subvenciones electorales se remonta al RDL 20/1977, de 18 de marzo, sobre normas electorales

partidos experimentan crecientes dificultades para sintonizar con las tendencias sociales emergentes (Rodríguez Teruel, 2013, pp. 83 y ss).

Antes de continuar, es preciso aclarar que, en la literatura sobre la financiación de los partidos, se han expresado ideas muy diversas sobre el significado de la conexión con la sociedad. Desde una óptica liberal, se suele hablar del objetivo del refuerzo de la conexión con la sociedad para proponer una drástica limitación –o incluso la desaparición total de las subvenciones públicas–, y para justificar al mismo tiempo una financiación privada casi ilimitada. Desde esta visión, la conjunción de intereses entre los partidos y el mundo empresarial no se ve como algo rechazable, sino como algo saludable para el sistema democrático (Ariño Ortiz, 2009, pp. 28, 40).

Frente a dicha visión liberal, existe otra forma muy diferente de entender la conexión entre los partidos y la sociedad, que se traduciría en una exigencia de comunicación permanente entre los partidos y las personas para las que trabajan, es decir, la ciudadanía. Una exigencia de atención a sus demandas (*responsiveness*) y de rendición de cuentas por el trabajo realizado (*accountability*). Ello no implica, en modo alguno, que los partidos tengan que ser sordos ante los intereses particulares que existen en el seno de las sociedades, aunque sí les obliga a esforzarse para lograr una mediación entre los intereses particulares y el interés general.

Asimismo, es conveniente introducir una reflexión sobre la célebre tesis de Katz y Mair (2004, pp. 9 y ss) sobre la cartelización del sistema de partidos. Según estos autores, en las últimas décadas se ha desarrollado una tendencia que conduce a una simbiosis entre los partidos y el Estado y a un progresivo alejamiento de la sociedad civil. Precisamente, uno de los fenómenos que mostrarían esta tendencia sería la desatención de los partidos de la tarea de captación de recursos económicos entre militantes y simpatizantes y su cada vez mayor dependencia de la financiación pública, la cual –y esto es muy relevante– es regulada por los parlamentos dominados por los propios partidos del cartel, de manera que mediante dicha regulación se protege el *statu quo* y se frena la competencia potencial de nuevos sujetos políticos. En resumen, se produce una ocupación del Estado por los partidos y una puesta del mismo al servicio de los intereses de los partidos, también en cuanto a los ingresos, y las reglas estatales, que son dictadas por los propios partidos, se convierten en instrumento de protección de los partidos frente a los retos planteados por nuevas formas de movilización social (Katz y Mair, 2004, p. 25).

En nuestro país no existen estudios empíricos que nos aclaren si el modelo de financiación está contribuyendo o no a agravar el problema de la desconexión entre los partidos y la sociedad, pero lo que parece innegable, a mi juicio, es que la regulación actualmente existente no está haciendo nada por favorecer una mayor conexión.

España es uno de los países democráticos en los que la proporción de la financiación pública en los ingresos de los partidos es mayor. De acuerdo con los informes del Tribunal de Cuentas (en adelante TCu) dicha proporción estaría en torno al 80 %. Es necesario, por tanto, reequilibrar ambas fuentes de financiación. En mi opinión, ello no significa que deba optarse por una reducción drástica de la financiación pública, ni que ésta deba dejar de ser predominante, significa simplemente invertir la tendencia a la publicación incrementando la importancia de las fuentes de financiación privada.

Ahora bien, incrementar la financiación privada no significa abrir la puerta a cualquier financiación privada. Frente a un modelo de excesiva dependencia de la financiación pública, la alternativa democrática no es un modelo basado en una alta

dependencia del sector financiero o de las grandes corporaciones, sino un modelo – que yo he llamado de financiación ciudadana (Sánchez Muñoz, 2013, p. 187)–, en el que el peso principal deben tenerlo aportaciones de pequeña cuantía provenientes de personas físicas.

En este sentido, es verdad que en los últimos años se han ido introduciendo reformas para ofrecer un régimen fiscal favorable para fomentar las donaciones de pequeña cuantía, pero los efectos han sido hasta ahora insignificantes.

Uno de los problemas de las desgravaciones fiscales es que solo benefician, en la práctica, a las personas que tienen obligación de presentar la declaración de la renta, de manera que esta medida podría perjudicar a los partidos políticos cuyas bases sean mayoritariamente personas de bajos ingresos. Este problema se soluciona con el sistema llamado de *matching funds* que consiste en establecer una subvención pública directamente proporcional a las donaciones recaudadas. Por ejemplo, por cada euro de donación privada recaudado, el Estado lo complementaría con una cantidad determinada que podría ser igual o incluso mayor. Si se quiere incentivar las donaciones de pequeña cuantía se puede establecer un tope a partir del cual se deja de complementar la donación privada con fondos públicos, por ejemplo, estableciendo que este complemento solo sea aplicable a donaciones de menos de 100 euros.

Este tipo de medidas –desgravación fiscal, *matching funds*– tienen la ventaja de que una parte de las subvenciones que reciben los partidos pasa a depender de la voluntad de los ciudadanos, que deciden donar o no hacerlo, mientras que con las subvenciones directas son los propios partidos los que, de alguna manera, deciden su propia financiación al aprobar el presupuesto. Otra ventaja es que estos sistemas permiten tomar la temperatura del apoyo social a cada partido de manera permanente, sin necesidad de esperar a los resultados electorales. Asimismo, estas fórmulas de financiación resultan menos perjudiciales para los nuevos partidos y, por tanto, respetan mejor la igualdad de oportunidades.

2.4. Lucha contra la corrupción

Observando el índice de percepción sobre la corrupción (CPI) de Transparencia Internacional, se llega a la conclusión de que los niveles de corrupción, percibidos por analistas, expertos nacionales, periodistas y empresarios, se han incrementado a lo largo del tiempo, llegando a los peores registros en los últimos años. Las encuestas del Eurobarómetro más recientes muestran una tendencia similar.

La regulación de la financiación de los partidos en Europa estaba destinada supuestamente a ser uno de los principales medios de la lucha contra la corrupción, pero, a la vista de los datos, no parece que los resultados hayan estado a la altura de las expectativas.

Paradójicamente, los países que han adoptado más regulación sobre la financiación política –como los del sur de Europa– son percibidos también como los que tienen partidos más corruptos, mientras que países con regulaciones menos rigurosas –como Dinamarca, Suiza y Suecia– poseen menores índices de percepción de corrupción. Este hecho parece indicar que la cultura social es quizás más relevante que el marco legal para prevenir y hacer frente a la corrupción. Lo que la experiencia ha puesto de manifiesto, como señala Ruiz-Rico Ruiz (2014, p. 226) es que posiblemente la respuesta punitiva del Estado resulta menos efectiva para hacer frente a este fenómeno que la sanción política ejercida por la opinión pública.

No podemos ignorar el papel jugado por las reformas de la financiación política a la hora de visibilizar el problema de la corrupción y llamar la atención de la opinión pública sobre el mismo. La exigencia de más transparencia puede llevar a que el público sea más consciente de los vínculos existentes entre el dinero y la política y, de esta forma, incrementar la percepción de corrupción. Además, en la medida en que muchas reformas son planteadas como respuesta a los escándalos de corrupción que se descubren, es razonable presumir que encontraremos más regulación (al menos más cantidad, no siempre más calidad) en los países donde la percepción sobre la corrupción es alta. En consecuencia, esto no aporta ninguna prueba concluyente sobre la efectividad de las regulaciones introducidas para luchar contra la corrupción. De hecho, incluso se puede pensar que las regulaciones podrían tener el efecto perverso de escandalizar a la opinión pública sobre comportamientos que previamente eran tolerados.

En el caso concreto de España, es evidente que si nos preguntamos si la regulación de la financiación de los partidos ha servido para prevenir o impedir la corrupción política, la respuesta es negativa. Cabe que nos cuestionemos, entonces, sobre lo que ha fallado y, a mi juicio, lo que ha fallado y sigue fallando son dos cosas: las normas sobre transparencia que, a pesar de haber mejorado significativamente en las últimas reformas, siguen siendo insuficientes, y los mecanismos de control, que se han mostrado como ineficaces para detectar a tiempo los casos de financiación ilícita. Analicemos ambas cuestiones de forma más detenida.

2.4.1. Normas sobre transparencia

Todos los estudios sobre la corrupción señalan que la transparencia es una de las medidas que más desincentiva las prácticas corruptas (Martínez Cousinou, 2013, p. 68). Pero creo que es oportuno destacar que la transparencia también tiene sentido en sí misma como medio de información para los ciudadanos sobre las fuentes de financiación de los partidos que compiten por su voto, favoreciendo así el carácter libre de la elección. En un sentido más amplio, incluso, la transparencia puede ser vista como la base de la restauración de la confianza de la ciudadanía en la clase política (Díez-Garrido, 2020, p. 66).

Como ya he señalado en una publicación anterior (Sánchez Muñoz, 2015, pp. 65 y ss), el objetivo a lograr es «que los ciudadanos dispongan de una información completa, de fácil acceso, comprensible y en un tiempo útil». Para que la información sea completa, debe ser lo más amplia posible y abarcar todos los aspectos que nos permiten conocer las fuentes de financiación de los partidos en su totalidad. En la sociedad actual, fácil acceso significa, básicamente, un acceso online que no exija una búsqueda especializada. Una información comprensible es una información que no precise de unos conocimientos técnicos para su interpretación. Una información disponible en un tiempo útil significa, en la medida de lo posible, disponible de forma inmediata –en tiempo real– o en un momento en que pueda servir para la formación de la voluntad electoral. Si esto último tampoco es posible, debe garantizarse, al menos, que la información pueda servir de base para una efectiva rendición de cuentas ante los ciudadanos. Junto a todo ello, una política garantista con la transparencia implica una actitud proactiva por parte de los sujetos implicados –los propios partidos y las autoridades públicas–, desarrollando una política de comunicación activa, mediante la conexión directa con la ciudadanía –principalmente a través de las tecnologías de la información y la comunicación– y, obviamente, también a través de la mediación de los medios de comunicación, los cuales están llamados a desempeñar un papel insustituible de interpretación y contextualización de los datos.

Tomando como referencia la Recomendación (2003) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, el GRECO ha impulsado la adopción por los Estados de una serie de estándares de transparencia que cubren los siguientes aspectos:

(a) El primero de ellos es la contabilidad. De acuerdo con el artículo 11 de la Recomendación, los Estados deben exigir a los partidos políticos y a las entidades vinculadas con ellos, directa o indirectamente, como las fundaciones políticas, el mantenimiento de libros de contabilidad adecuados. El artículo 12 exige que la contabilidad especifique todas las donaciones recibidas por los partidos, detallando la naturaleza y el valor de cada una de ellas. En relación con las donaciones de un cierto valor, los donantes deben ser identificados en los registros.

(b) El segundo aspecto es la exigencia de informes periódicos. El artículo 13 establece la obligación de presentar las cuentas regularmente, y al menos una vez al año, ante una autoridad independiente. Una cuestión importante, a este respecto, es el grado de detalle de los informes y la necesidad de un formato estandarizado de presentación a fin de que sea posible realizar comparaciones a lo largo del tiempo y entre diferentes entidades (Doublet, 2011, p. 20).

(c) El tercer aspecto es el acceso público a la información. En virtud del artículo 13, los Estados deben exigir a los partidos políticos que hagan públicas sus cuentas, o al menos un resumen de las mismas, con cierta regularidad y al menos una vez al año. En esta publicación se incluirá toda la información exigida en el artículo 10 y, en particular, los gastos electorales, las donaciones recibidas y la identificación de los donantes que superen una cierta cantidad. Este requisito de hacer pública la identidad de los donantes que superen un cierto listón está establecido en Alemania, Bulgaria, España, Hungría, Irlanda, Luxemburgo, Noruega, Polonia y el Reino Unido. La identidad de todos los donantes, con independencia de la cantidad aportada, debe ser declarada en la República Checa (Doublet, 2011, p. 11).

La intervención del GRECO ha supuesto avances en la regulación de esta materia en muchos países. Un buen ejemplo es Suecia (Piccio, 2016, p. 6). Con anterioridad a esta intervención, en Suecia la legislación no contenía ninguna exigencia de transparencia, aunque existía una costumbre para proporcionar ciertas informaciones mediante acuerdos voluntarios entre los partidos. En 2014, como consecuencia de la primera visita del GRECO, una nueva ley fue aprobada para obligar a los partidos políticos y a los candidatos individuales a publicar anualmente la información relativa a sus fuentes de ingresos y sobre las donaciones a partir de una cierta cantidad, incluyendo la identidad del donante y la cantidad donada, estando toda esta información plenamente accesible para el público. Es preciso señalar que, aun con esta reforma, la financiación política en Suecia sigue estando regulada de forma más bien vaga, si la comparamos con el contexto internacional (Ohman, 2014, pp. 35 y ss).

Otro ejemplo de buenas prácticas que merece ser citado es la labor de la *Standards in Public Office Commission* de Irlanda, que proporciona una información de gran utilidad a los ciudadanos, publicando las cuentas anuales de los partidos, estadísticas sobre financiación política e informes analíticos, todo ello accesible en línea, en la página web del organismo, en un tiempo útil, en un lenguaje comprensible y en un formato accesible (Piccio, 2016, p. 6).

En otros casos, a pesar de los progresos realizados, las exigencias de transparencia no han llegado a ser totalmente cumplidas en la práctica. Es el caso de España. La legislación española ha avanzado innegablemente en los últimos años en materia de transparencia, aunque es necesario seguir avanzando en cuanto a la

inmediatez y accesibilidad de los datos para los ciudadanos, precisamente para que la transparencia pueda servir realmente como medio de información y no solo como medio de control. Como señala el Segundo Informe de Cumplimiento de GRECO sobre España (2013), las previsiones legales vigentes en nuestro país no ofrecen suficiente certidumbre en relación con las obligaciones de publicidad de los partidos, al no prever plazos claros y sanciones para los supuestos de incumplimiento.

Un ejemplo de estas carencias es la norma que obliga a publicar las donaciones privadas superiores a 25.000 euros. En sí, el hecho de que se pueda conocer esta información es ciertamente positivo, pero ese carácter positivo se ve empañado por el hecho de que la publicación de estos datos es demasiado tardía – en el plazo de un mes desde el envío de la contabilidad anual al TCu– y de que se hace depender la misma de los propios partidos. A mi juicio, un sistema verdaderamente transparente obligaría a dar cuenta de todas las donaciones recibidas con una periodicidad inferior, trimestral o incluso mensual y sería mucho más seguro y eficiente que el propio TCu una vez recibiera los datos los publicara en su propia página web. En la reforma se dice que los partidos deberán notificar todas las donaciones superiores a 25.000 euros en el plazo de tres meses desde su aceptación. No se entiende, pues, por qué el TCu no puede proceder a la publicación de esos datos en el momento en que los recibe y es preciso esperar a que los partidos le envíen sus cuentas anuales para obligar a estos mismos partidos a que lleven a cabo la publicación. Por último, el límite de los 25.000 euros es, a todas luces, demasiado elevado y resta eficacia a esta medida como instrumento de información de los ciudadanos.

En contra, suele aducirse el derecho a la intimidad de las personas afectadas. Estamos ante un típico conflicto de derechos que debe resolverse acudiendo a la ponderación entre los bienes o derechos en juego. De una parte, tenemos el derecho a la intimidad de las personas y el derecho a no declarar sobre su ideología. De otra, el derecho a la información de los ciudadanos, como base para el ejercicio de sus derechos democráticos –«el ciudadano debe hacerse una imagen real de la orientación de los intereses de los partidos» (Morlok, 2015, pp. 193 y ss)– y, en menor medida, el interés público en la prevención de la corrupción.

¿Cuál de los dos derechos o bienes en juego debe prevalecer? La respuesta dependerá, a mi juicio, de la cuantía de la donación. Cuanto mayor sea la cuantía de la donación, más pesará el carácter prevalente de la transparencia y su funcionalidad para el funcionamiento del sistema democrático.

Parece obvio, que una transparencia total que obligase a publicar la identidad de los donantes de pequeña cuantía, lo que incluiría a las propias cuotas de los afiliados, sería muy lesiva para el derecho a la intimidad de estas personas y desincentivaría enormemente a estos donantes y, en cambio, el interés de esa información sería muy escaso desde el punto de vista de la información a los ciudadanos. Por tanto, parece razonable que la transparencia no llegue a las cuotas de los militantes, ni a las donaciones de pequeña cuantía. A medida que la cuantía sube, el interés público de la información se va incrementando.

¿Cuál puede ser un límite razonable? He de enlazar la respuesta a esta pregunta con la propuesta que he lanzado antes de limitar las donaciones ciudadanas a una cuantía en torno a 2.000 euros anuales. En dicho contexto, una solución que considero razonable sería fijar el umbral que obligaría a la publicación de la identidad del donante en torno a los 500 euros anuales, lo cual dejaría fuera las pequeñas aportaciones de afiliados y simpatizantes, que verían así resguardado su derecho a no declarar sobre su ideología, y permitiría, en cambio, tener información sobre las

aportaciones de la mayoría de los cargos públicos, una información que arrojaría una nueva e interesante luz sobre las fuentes de financiación de los partidos, hasta ahora desconocida por gran parte de la sociedad.

En definitiva, la regulación actual en materia de transparencia, a pesar de las mejoras introducidas, sigue resultando insuficiente y ello es así, no sólo por sus múltiples carencias, sino también, a mi juicio, por un error de concepción, ya que se pone el acento en la primera función de la transparencia (control del cumplimiento de la legalidad), pero se sigue obviando casi por completo la segunda (información al electorado), en la medida en que una parte importante de la información relevante (como por ejemplo la identidad de los donantes) no se dispone que deba llegar al público y otra parte de esa información sí se dispone que llegue al público, pero no con carácter inmediato.

2.4.2. Mecanismos de control

Todas las regulaciones corren el riesgo de ser completamente ineficaces, a menos que sean respaldadas en última instancia por un riguroso sistema de aplicación, lo que incluye básicamente una autoridad encargada de supervisar las actividades financieras de los partidos políticos y un conjunto de sanciones legalmente previstas. La forma en que son diseñadas las entidades supervisoras (por ejemplo, en lo que atañe a la independencia y el mérito de las personas nombradas y a las facultades otorgadas a estos organismos) es fundamental para configurar un mecanismo de cumplimiento de la legalidad efectivo (Norris, 2015, p. 43). Sin embargo, en prácticamente todos los países europeos, es en este ámbito específico en el que las legislaciones sobre financiación política muestran sus defectos más destacables (Piccio, 2015, p. 7). No es extraño, pues, que en una encuesta publicada por la revista *Teoría y Realidad Constitucional* la práctica totalidad de los académicos encuestados se mostrara decididamente favorable al refuerzo de los mecanismos de control sobre las finanzas de los partidos políticos (VV.AA., 2015, pp. 94 y ss).

En España, las últimas reformas, especialmente las incorporadas por la LO 3/2015, han implicado una mejora sustancial de los mecanismos de control a través del Tribunal de Cuentas. No obstante, coincido con Delgado del Rincón (2016, p. 55) en que todavía hay un margen para la mejora en cuestiones como la garantía de la independencia de los Consejeros, la especialización de los mismos y la atribución a la institución una mayor y eficaz potestad sancionadora. No hay que desdeñar, desde luego, el paso adelante que ha supuesto la mejor clarificación de las infracciones y sanciones (contenidas en el Título VI LOFPP), de manera que el procedimiento sancionador ante el Tribunal de Cuentas, que era prácticamente ineficaz, hoy ya no lo es. Sería deseable, no obstante, un aumento de los plazos de prescripción para que muchas infracciones no quedasen impunes.

La regulación de la figura del responsable de la gestión económico-financiera y su comparecencia ante la Comisión Mixta del Tribunal de Cuentas (artículo 14 bis LOFPP) me parecen medidas de cara a la galería que no inciden en las verdaderas carencias de nuestra legislación en materia de transparencia. En cuanto a la obligatoriedad para los partidos de aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación y el establecimiento de los principios a los que ha de ajustarse aquella actividad (DA 13^a LOFPP), son medidas positivas, pero de escasa trascendencia práctica.

En cuanto a la regulación del órgano al que se encomienda el control de la actividad económico-financiera de los partidos, el Tribunal de Cuentas, la última reforma, realizada mediante la LO 3/2015, introdujo en la LO reguladora de esta

institución una serie de novedades que, en términos generales, pueden calificarse como positivas, aunque insuficientes. Resulta lógica, por ejemplo, la atribución de la potestad reglamentaria al Tribunal para su auto organización. Es muy loable el refuerzo de la colaboración entre el Tribunal y determinados organismos públicos y entidades de crédito. En concreto, resulta destacable que se detallen las obligaciones relacionadas con el deber de colaboración con el Tribunal de Cuentas de todas las personas físicas o jurídicas, públicas y privadas, respecto a los datos, estados, documentos, antecedentes o informes relacionados con el ejercicio de sus funciones, en particular de entidades de créditos respecto a la identificación de cuentas que se refieran a fondos de los partidos y sus fundaciones y, más concretamente, respecto a la identidad de quienes realicen aportaciones por importe superior a 3.000 € en un año natural.

Pero, a pesar de todos estos avances, es muy difícil que el Tribunal de Cuentas pueda asumir un papel más proactivo en la detección y prevención de prácticas corruptas. La experiencia nos ha demostrado que, en la mayoría de las ocasiones, ha resultado imposible para el Tribunal de Cuentas detectar la financiación ilegal ya que ésta, por definición, es opaca y no se refleja en las cuentas de los partidos. Para poder detectar, por ejemplo, gastos electorales realizados por terceros y no declarados por los partidos, sería necesario que el Tribunal dispusiera de competencias de investigación mucho más incisivas y tuviera, además, los medios para poder desarrollarlas. Ciertamente, como señala con acierto Pajares Montolío (2016, p. 208), este tipo de competencias ya no encajarían con su naturaleza de órgano de control externo y, por ello, quizás resultara más adecuado encomendar esas tareas a otro órgano especializado y dotado de competencias cuasi jurisdiccionales.

3. Conclusiones

En las páginas anteriores hemos visto que en España el modelo de financiación de los partidos prácticamente no se ha alterado en sus características esenciales desde la reinstauración de la democracia. Podríamos sintetizar dichas características en los siguientes puntos:

1. Preponderancia excesiva de la financiación pública y, además, repartida con unos criterios poco respetuosos con la igualdad de oportunidades en la competición electoral por ser excesivamente proteccionistas del *statu quo* del sistema de partidos.

2. Carencia de criterios claros para orientar la financiación privada en el sentido del refuerzo de necesaria conexión entre los partidos y la ciudadanía.

3. Insuficiente garantía de la transparencia como instrumento de información al servicio de la ciudadanía.

A las deficiencias del modelo de financiación legal se suma el hecho de que durante años los partidos han incumplido sistemáticamente la legalidad y los mecanismos de control establecidos no han servido para prevenir, detectar y sancionar las prácticas corruptas.

Pero, más allá de la extensión del problema de la financiación ilegal, la propia legalidad siempre ha tenido resquicios que permitían sortear los límites que ella misma establecía. En un primer momento fueron las donaciones anónimas. Después, los acuerdos de renegociación de deuda con los bancos. Más recientemente, incluso tras las últimas y positivas reformas, aún queda abierta la puerta trasera de las fundaciones. Siempre que se cierra una puerta, se abre otra, de acuerdo con una

apenas disimulada «lógica de preservación de ingresos» (García Viñuela, 2019, pp. 3, 7).

La principal conclusión que podemos extraer es que es necesario un cambio de modelo de financiación ya que el modelo que tenemos es disfuncional. Las reformas parciales de carácter reactivo ante los escándalos de corrupción ya no son suficientes. La ausencia de una reforma profunda en un aspecto tan crucial de nuestro sistema político no hace sino alimentar la demagogia antipartidista de los movimientos populistas y ahondar en la crisis de confianza de las instituciones democráticas.

Los partidos son imprescindibles para el correcto funcionamiento de la democracia, pero tienen que transformarse en organizaciones más abiertas y democráticas, mejor conectadas con la ciudadanía. A los partidos les corresponde asumir ese reto y diseñar un modelo de financiación que contribuya a dicha transformación. A los ciudadanos nos corresponde exigirselo.

Bibliografía

- Ariño Ortiz, G. (2009). La financiación de los partidos políticos. Cinca, Documentos del Foro de la sociedad civil.
- Blanco Valdés, R. (1990). Los partidos políticos. Tecnos.
- Delgado del Rincón, L. E. (2016). El control económico-financiero de los partidos políticos por el Tribunal de Cuentas: su potestad sancionadora. *Revista de Derecho Político*, (97), 49-88.
<https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/17619>
- Díez-Garrido, M. (2020). Los partidos políticos abiertos: aplicación de los principios del gobierno abierto a las formaciones políticas españolas. *Doxa Comunicación*, (31), 63-86.
<https://revistascientificas.uspceu.com/doxacomunicacion/article/view/402>.
- Doublet, Y. (2011). Political Financing: Thematic review of GRECO's Third Evaluation Round. Council of Europe.
<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806cbff2>.
- García Viñuela, E. (2009). Financiación pública de los partidos y cartelización de la oferta política. *Ciencia Política*, (20), 75-96.
<https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/37480>.
- García Viñuela, E. (2019). Reformas de la financiación política para preservar los ingresos de los partidos: evidencia de tres reformas españolas. *Reis. Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, (167), 3-18.
https://reis.cis.es//REIS/PDF/REIS_167_011558004155119.pdf.
- Iglesias Báñez, M. (2016). Dinero y Votos. Un balance crítico de la financiación electoral de los partidos en España. En J.L. Cascajo y A. Martín de la Vega (Coord.), *Participación, representación y democracia* (123-150). Tirant Lo Blanch.
- Holgado González, M. (2003). *La financiación de los partidos políticos en España*. Tirant lo Blanch.
- Katz, R. y Mair, P. (2004). El partido cartel: La transformación de los modelos de partidos y de la democracia de partidos. *Zona Abierta*, (108-109), pp. 9-42. Traducción: Katz, R y Mair, P. (1995). Changing Models of Party Organization and Party Democracy. *The Emergence of the Cartel Party, Party Politics*, (1), pp. 5-27.
- Martínez Cousinou, G. (2013). *El control de la corrupción política en el ámbito de la financiación de los partidos: actores, intereses y estrategias en España y Reino Unido* [Tesis doctoral, UNED]. E-spacio. <http://e-spacio.uned.es/fez/view.php?pid=tesisuned:CiencPolSoc-Gmartinez>.

- Morlok, M. (2015). Dos cuestiones clave en la regulación jurídica de los partidos políticos: financiación y democracia interna. *Teoría y Realidad Constitucional*, (35), 183-201. <https://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/14917>.
- Norris, P. et al. (2015). *Checkbook elections. Political finance in comparative perspective*. Executive report of the Money, Politics and Transparency Project.
- Ohman, M. (14-19 julio, 2014). *How to study the impact of political finance regulations* [Comunicación en congreso]. World Congress of the International Political Science Association, Montreal. http://magnusohman.net/files/6914/0588/7373/IPSA_World_Congress_2014_RC_20_Magnus_Ohman.pdf.
- Olaizola Nogales, I. (2015). Medidas de regeneración democrática. La nueva regulación de la financiación de los partidos políticos en España. *Estudios de Deusto*, 63 (1), 327-358. <https://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/186>.
- Pajares Montolío, E. (1998). *La financiación de las elecciones*. Congreso de los Diputados.
- Pajares Montolío, E. (2016). La financiación de los partidos políticos. *Eunomia*, (11), 176-210. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3287>.
- Piccio, D. (2015). Public funding to political parties: a forward-looking approach. [Comunicación en congreso]. The Global Conference on Money in Politics, Ciudad de México. https://www.academia.edu/15029537/Public_funding_to_political_parties_a_forward_looking_approach.
- Piccio, D. (2016). The state of political finance regulations in Western Europe. *International IDEA Discussion Paper 13/2016*, 1-15. <https://www.idea.int/publications/catalogue/state-political-finance-regulations-western-europe>.
- Presno Linera, M. (1999). La reforma del sistema de financiación de los partidos políticos. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (57), 205-228. <https://www.jstor.org/stable/24883725>.
- Rodríguez Teruel, J. (Coord.) (2013). Finançament de partits i transparència democràtica. Bones Pràctiques a Europa i Amèrica del Nord. *Fundació Catalunya Europa*.
- Ruiz-Rico Ruiz, G. (2014). La lucha contra la corrupción desde el Estado constitucional de Derecho: la legislación sobre financiación de partidos políticos en España. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, (7), 223-248. https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/publicaciones?field_tipo_value=1&title.
- Sánchez Muñoz, O. (2013). La financiación de los partidos políticos en España: Ideas para un debate. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (99), 161-200. <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/39758>.
- Sánchez Muñoz, O. (2015). La insuficiente reforma de la financiación de los partidos: la necesidad de un cambio de modelo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (104), 49-82. <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/39640>.
- Santano, A. (2014). La financiación ordinaria de los partidos políticos en España. Nuevas normas, viejos desafíos. *Revista General de Derecho Constitucional*, (19), 1-30. https://www.researchgate.net/publication/324043728_LA_FINANCIACION_ORDINARIA_DE_LOS_PARTIDOS_POLITICOS_EN_ESPANA-NUEVAS_NORMAS_VIEJOS_DESAFIOS.
- Santano, A. (2016). Por una democracia inclusiva: respuesta a Óscar Sánchez Muñoz sobre la financiación de los partidos políticos en España. *Revista General de Derecho Constitucional*, (22), 1-23. https://www.researchgate.net/publication/324043669_POR_UNA_DEMOCRACI

[A INCLUSIVA RESPUESTA A OSCAR SANCHEZ MUNOZ SOBRE LA FINANCIACION DE LOS PARTIDOS POLITICOS EN ESPANA.](#)

- Tomás y Valiente, F. (20 de julio, 1994). Judicialización o desjudicialización. El País.
VV.AA. (1994). *La financiación de los partidos políticos*. Centro de Estudios Constitucionales (Col. Cuadernos y Debates, nº 47).
VV.AA. (2015). Encuesta sobre los partidos políticos. *Teoría y Realidad Constitucional*, (35), 15-119.

Transparencia y partidos políticos. Los «otros sujetos obligados»

Transparency and Political Parties. The «Other obligated subjects»

M^a Aránzazu Moretón Toquero

Universidad de Valladolid

ORCID ID 0000-0002-6609-9168

amoreton@uva.es

Cita recomendada:

Moretón Toquero, M. A. (2022). Transparencia y partidos políticos. Los «otros sujetos obligados». *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 136-159.

DOI: <https://doi.org/10.20318/economia.2022.7114>

Recibido / received: 31/01/2022
Aceptado / accepted: 04/07/2022

Resumen

En el contexto de las medidas de lucha contra la corrupción pública, se ha tratado de anticipar la barrera de protección utilizando la publicidad como vía para desalentar conductas indebidas, pero también, como forma de controlar el correcto funcionamiento de las instituciones. Precedido por un intenso debate, los partidos políticos finalmente quedaron incluidos, aunque de forma limitada, en el ámbito de aplicación de la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. En este trabajo se incide no solo en la justificación y la necesidad de ampliar el campo de la transparencia a las formaciones políticas, sino también, en el análisis crítico de la coherencia y suficiencia del conjunto de obligaciones de publicidad a las que las formaciones políticas se encuentran sometidas.

Palabras clave

corrupción, transparencia, partidos políticos, rendición de cuentas, control, participación

Abstract

In the context of measures to combat public corruption, efforts have been made to anticipate the protection barrier by using advertising as a means of discouraging improper behaviour, but also as a means of controlling the proper functioning of institutions. Preceded by an intense debate, political parties were finally included, albeit in a limited way, in the scope of application of Law 19/2013 on Transparency, Access to Public Information and Good Governance. This work focuses not only on the justification and the need to extend the field of transparency to political formations, but also, in the critical analysis of the coherence and sufficiency of the set of publicity obligations to which political formations are subject.

Keywords

corruption, transparency, political parties, accountability, control, participation



SUMARIO. 1. La transparencia como herramienta contra la corrupción política. 1.1. Las particularidades de la aplicación del principio de transparencia a los partidos políticos. 1.2. Los efectos de la corrupción en el ámbito de los partidos políticos y la necesidad de prevención. 1.3. Publicidad y transparencia como medidas de prevención de la corrupción y su acogida en la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. 2. Partidos políticos y transparencia. 2.1. La tardía inclusión de los partidos políticos en la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. 2.2. La vinculación limitada de los «otros sujetos obligados». 2.3. Las obligaciones de publicidad de los partidos políticos recogidas en su legislación específica. 3. Conclusiones.

1. La transparencia como herramienta contra la corrupción política

1.1. Las particularidades de la aplicación del principio de transparencia a los partidos políticos

Bajo la denominación genérica «otros sujetos obligados», la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (en adelante LTAIPBG) se refiere en su art. 3 a los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las organizaciones empresariales, así como a las entidades privadas receptoras de ayudas o subvenciones públicas. La literalidad del precepto alude a estos sujetos de manera secundaria o accesorio frente a los que podrían considerarse principalmente afectados por las obligaciones que la Ley denomina de «transparencia activa», y que se desarrollan en el Capítulo II. Sin embargo, el refuerzo de la obligación de publicidad de la actividad y el funcionamiento de los partidos, así como de las demás entidades mencionadas en dicho precepto, por su especial relevancia pública, o por su condición de receptores de fondos públicos, sí parece una exigencia necesaria para alcanzar la transparencia que constituye uno de los ejes fundamentales de la acción política en un contexto democrático.

La referencia legal separada se justifica por el alcance limitado de las obligaciones de transparencia impuestas a los partidos políticos, frente a la obligación general que afecta al grueso de los sujetos mencionados en el artículo anterior. También, por la particular naturaleza de los sujetos que amalgama la referencia conjunta del art. 3 LTAIPBG, que aun teniendo un matiz o componente público se consideran, sin embargo, sujetos de naturaleza privada.

Efectivamente, de forma tardía en el curso de su proceso de tramitación, la LTAIPBG, incluyó a los partidos políticos (y a las otras entidades mencionadas) entre los sujetos obligados a suministrar información. Una obligación, sin embargo, limitada a los extremos que se concretan en la propia Ley, que de manera expresa les excluye del cauce más relevante para la obtención de información: el derecho de acceso.

Aunque la LTAIPBG no es la primera norma que establece obligaciones de publicidad para los partidos políticos en España (como señala su Exposición de Motivos, la norma «no parte del vacío ni colma un vacío absoluto») sí que es relevante la atención particular que reciben en esta norma, su incorporación al marco general de transparencia pública, así como la extensión a su actuación y funcionamiento de lo que la propia norma denomina la «cultura de la transparencia» que se encuentra ligada, sobre todo, al cumplimiento de la finalidad de control y prevención de la

corrupción, pero también, a otros fines más amplios como el refuerzo de la libertad de información, en general, o el favorecimiento de la participación ciudadana¹.

En este sentido, el principio de transparencia pública constituye no solo una necesidad democrática, sino un elemento indisoluble de la misma y condición indispensable para el conocimiento y el control de la actividad pública que contribuye a facilitar la rendición de cuentas y la exigencia de responsabilidad. Sin perjuicio de ello, su relevancia se extiende también a otros elementos democráticos nucleares como es la participación, facilitando el acercamiento de los ciudadanos a los asuntos públicos².

No obstante, una de las cuestiones más complejas de abordar es, precisamente, la determinación del margen de desarrollo del principio de transparencia, tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo, así como su compatibilidad con otros intereses y derechos jurídicamente protegibles, en la medida en que aun siendo la publicidad la regla general en un sistema democrático, la reserva informativa también resulta necesaria para su adecuado desenvolvimiento.

Desde un punto de vista objetivo, por lo general se pone el foco en la contribución de la transparencia a la función de control, y en la exigencia de responsabilidad de los actores públicos. Sin embargo, más allá de este ámbito, no solo no se puede dejar de lado su íntima conexión con el derecho a la información o con el derecho a la participación en los asuntos públicos y con otros derechos a los que irradia, sino que, desde un punto de vista práctico, también resulta evidente su función preventiva en la medida en que el sometimiento de la actuación pública a exigencias de transparencia dificulta o desincentiva el abuso o el desvío de poder. Efectivamente, la imposición de obligaciones de transparencia activa se ha abordado, por lo general, desde la óptica de la corrupción política lo que, como se dirá, se encuentra muy presente en nuestra regulación jurídica, produciendo un cierto efecto limitador.

Desde la óptica subjetiva, la cuestión de la determinación de los sujetos obligados por el deber de transparencia ha sido objeto de debate (como se puso abiertamente de manifiesto con ocasión de la aprobación de la LTAIPBG). Más allá del ámbito que resulta más evidente (el de las Administraciones Públicas) la obligación de transparencia permea también la actividad de organismos, instituciones, y otras entidades pertenecientes al sector público, cuya diferente naturaleza ha

¹ Estos principios también inspiran la nueva regulación sobre transparencia de los partidos políticos europeos y sus fundaciones contenida en el Reglamento 1141/2014 del Parlamento y del Consejo, sobre el Estatuto y la financiación de los partidos políticos europeos y de las fundaciones políticas europeas (DOUE 4 de noviembre de 2014). El nuevo reglamento, que adopta los «Lineamientos sobre la regulación de los partidos políticos» adoptados por la Comisión de Venecia (2010), regula la transparencia de los partidos políticos europeos con un enfoque más amplio que el contenido en el anterior Reglamento de 2003. La nueva norma pretende establecer un estatuto de los partidos europeos para contribuir al refuerzo institucional y aumentar la legitimidad democrática de la Unión. En materia de transparencia, el Reglamento va más allá de la exigencia de transparencia de la financiación de las formaciones políticas (como ya hacía el Reglamento de 2003) y establece una serie de obligaciones de publicidad activa que vinculan a los poderes públicos y que integran el nuevo régimen de los partidos y sus fundaciones operando, además, como un principio general que inspira todo su estatuto jurídico con la finalidad de que los ciudadanos tengan a su alcance un mínimo de información sobre aquellos partidos que se ofrecen para servir de cauce de representación en las Instituciones. El nuevo Reglamento cambia radicalmente el sistema de transparencia de manera que el suministro de la información jurídica o financiera por parte de los propios partidos queda relegada a un papel secundario y, en todo caso, complementario de la publicación por parte de las públicas, de las informaciones consideradas relevantes (García De la Cal, 2020, p. 4651).

² En este sentido se pronunciaba el Consejo de Estado en el Dictamen 707/2012, de 19 de julio de 2012, sobre el Anteproyecto de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno. Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707>

obligado a delimitar su alcance de manera específica, y a introducir regímenes particulares para tratar de garantizar la compatibilidad del cumplimiento de esta obligación con otros intereses protegidos.

1.2. Los efectos de la corrupción en el ámbito de los partidos políticos y la necesidad de prevención

La corrupción es un complejo fenómeno que se extiende a diferentes ámbitos de la vida, en particular, al social, político y económico, y produce efectos dañosos de muy distinta naturaleza. En el ámbito público, y desde el punto de vista político, habitualmente se pone de manifiesto cómo la corrupción socava las instituciones y genera desconfianza y desafección en los ciudadanos respecto de sus representantes y de las normas, afectando con ello a los pilares mismos del sistema democrático. Pero la corrupción también produce otros efectos perjudiciales en la medida en que contribuye a la inseguridad jurídica y aleja la necesaria certidumbre y predictibilidad de la actuación de las instituciones públicas favoreciendo la arbitrariedad y, en particular, tratándose de la financiación de las formaciones políticas, contribuye directamente a quebrar el principio de equidad en la contienda electoral. Por otro lado, obliga a poner en marcha complejos sistemas de protección que generan una mayor burocracia, desalienta la inversión y el emprendimiento, y detrae importantes recursos de los fines públicos afectando los derechos de los ciudadanos³.

La complejidad de este fenómeno exige medidas de abordaje global que operen, tanto en el ámbito de la sanción como en el de la prevención. En un primer momento se optó principalmente por medidas sancionadoras para tratar de poner fin a los abusos más graves mediante la tipificación penal de conductas relacionadas con la corrupción (significativamente reforzando la punición de los delitos relacionados con la corrupción en el ámbito de la Administración Pública y con la tipificación del delito de financiación ilegal de los partidos políticos llevadas a cabo en la reforma del Código Penal español operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo). Sin embargo, de manera progresiva se han ido abriendo paso diversas medidas de control, tanto institucionalizado como difuso, que operando en un momento anterior tratan de desalentar o de evitar que tales conductas de corrupción lleguen a producirse.

Estos dos tipos de medidas, preventivas y sancionadoras, lejos de contraponerse se complementan y refuerzan recíprocamente en la medida en que responden a un idéntico fin: tratar de establecer contrapesos que eviten la extralimitación del poder y procurar un mejor funcionamiento interno que repercuta en una mayor calidad democrática del sistema. Todo ello como garantía de que, la opción válida que garantiza la libertad de los ciudadanos frente a la corrupción, como señala Manuel Villoria, «no es pedir menos política sino política de mayor calidad» (Villoria Mendieta, 2006, p. 146).

En los Estados democráticos, incluso cuando cuenten con instituciones consolidadas, la corrupción resulta, si cabe, más grave cuando los principales actores de la vida pública, los partidos políticos, se ven directa o indirectamente involucrados. Y ello, no solo por la relevancia del papel que tienen asignado, como cauce para la formación y expresión de la voluntad popular, y como instrumento privilegiado de

³ En el Índice de Percepción de la Corrupción (IPC) referente al año 2021, elaborado por Transparencia Internacional, se pone de manifiesto la interrelación que existe entre la corrupción, la erosión de los derechos y libertades, el debilitamiento de la democracia, y el auge del autoritarismo que, a su vez, en una espiral viciosa ascendente, genera niveles más altos de corrupción. Accesible en: <https://transparencia.org.es/espana-no-progres-a-en-la-lucha-contra-la-corrupcion-y-baja-un-punto-y-dos-puestos-en-el-ranking-del-indice-de-percepcion-de-la-corrupcion-2021/>

participación política, sino también, por su estrecha vinculación, bajo diferentes formas, con la Administración y las instituciones. En este sentido, por ejemplo, la experiencia ha desvelado cómo la financiación ilegal de los partidos políticos se encuentra frecuentemente asociada a graves delitos contra la Administración Pública, de manera que la posibilidad de indagar judicialmente sobre las prácticas de financiación ilegal puede contribuir a desvelar otros ilícitos conexos (Javato Martín, 2017, p. 41).

De este modo, atendiendo de manera muy general a las posibilidades de corrupción, entendida como desviación de los fines legalmente establecidos o abuso de poder en el sector público para beneficio privado⁴, cabría diferenciar una «corrupción partidista» (la que se refiere o se produce estrictamente en el ámbito de los partidos políticos) de la más general «corrupción política», que abarca un ámbito mucho mayor, apreciable también en los otros poderes (no solo en el Ejecutivo) y, desde luego, no solo en el ámbito público, sino también en el privado⁵.

Atendiendo a los fines constitucionalmente asignados a los partidos políticos⁶, podríamos decir que estas formaciones deben mantenerse en un doble complejo equilibrio: vertical, como mediadores entre los ciudadanos y el poder institucionalizado actuando como cauce de participación; y horizontal, favoreciendo al máximo la pluralidad ideológica en la sociedad⁷. En relación con este doble papel que desempeñan, y aun cuando en España no podría hablarse de una corrupción sistémica⁸, desde hace años se ha revelado la urgencia de establecer cautelas que garanticen su correcto funcionamiento interno, así como la necesidad de embridar su acción externa, reduciéndola a los espacios que le están reservados.

Y ello, no solo como reacción frente diversos episodios de corrupción política en el sentido estricto del término (traducido en las causas abiertas por delitos relacionados con la corrupción y el número de condenas judiciales por estas

⁴ El concepto de corrupción es difícil de acotar, tanto por exceso como por defecto. Referida al ámbito público, resulta útil la siguiente definición que aporta M. Villoria: «cualquier abuso de poder por parte de servidores públicos (políticos o funcionarios) cuando se realiza para beneficio privado extra posicional, sea éste directo o indirecto, presente o futuro, con incumplimiento de las normas legales o de las normas éticas que rigen el buen comportamiento de los agentes públicos, en definitiva, cuando con su actuación ponen por delante su interés privado sobre el interés de la comunidad» (Villoria Mendieta, 2020, p. 29).

⁵ Sobre el concepto de corrupción, los distintos ámbitos en los que se produce y su tipología véase Villoria Mendieta (2016). En esta obra el autor lleva a cabo un profundo análisis del concepto y de las diversas opciones de definición.

⁶ Por todas, véase STC 48/2003, de 12 marzo: «Se trata, por tanto, de asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones; funciones que se resumen en su vocación de integrar, mediata o inmediatamente, los órganos titulares del poder público a través de los procesos electorales. No ejercen, pues, funciones públicas, sino que proveen al ejercicio de tales funciones por los órganos estatales; órganos que actualizan como voluntad del Estado la voluntad popular que los partidos han contribuido a conformar y manifestar mediante la integración de voluntades e intereses particulares en un régimen de pluralismo concurrente» (F. J. 4).

⁷ «Los partidos son, así, unas instituciones jurídico-políticas, elemento de comunicación entre lo social y lo jurídico que hace posible la integración entre gobernantes y gobernados, ideal del sistema democrático. Conformando y expresando la voluntad popular, los partidos contribuyen a la realidad de la participación política de los ciudadanos en los asuntos públicos (art. 23 CE), de la que ha de resultar un ordenamiento integrado por normas que si en su procedimiento formal de elaboración han de ajustarse a la racionalidad objetivada del Derecho positivo, en su contenido material se determinan por el juego de las mayorías que en cada momento respalden las diferentes opciones ideológicas y políticas, conformadas y aglutinadas por los partidos a través de la concurrencia de sus programas de gobierno en los distintos procesos electorales» (STC 48/2003, de 12 marzo, F. J. 4).

⁸ Esta valoración se encuentra en el Informe de Transparencia Internacional relativo a la 35ª Sesión del Examen Periódico Universal de España (enero/febrero 2020) atendiendo a los resultados del Barómetro Global de Corrupción 2017. Accesible en: <https://transparencia.org.es/informe-de-ti-e-para-el-examen-periodico-universal-de-espana-2020/>

infracciones⁹ en las que algunos de los principales partidos del espectro político se han visto envueltos) sino también, desde el punto de vista de la prevención, para detectar las deficiencias regulatorias que podrían estar en el origen de conductas poco éticas o actos de mala praxis (como la politización y el bloqueo de las instituciones, o la creación de redes clientelares) o de la postergación de la adopción de medidas preventivas (en particular, las apuntadas por el GRECO¹⁰).

En este sentido, la intensidad de la cautela es directamente proporcional a la importancia de la función que los partidos desempeñan en el sistema democrático, en la medida en que sus propias deficiencias son susceptibles de influir de manera directa en el funcionamiento de las instituciones en las que participan, y en el sistema representativo en su conjunto principalmente socavando la confianza de los ciudadanos¹¹. Dicho de otra forma, su natural conexión de las formaciones políticas con las instituciones de poder y su aspiración a detentarlo requiere de controles que traten de evitar su extralimitación. Y ello, no solo en el ámbito que resulta más evidente, su ámbito de actuación externo, sino también en el interno.

En suma, de la misma forma que el correcto funcionamiento de los partidos políticos refuerza la calidad democrática, su eventual patología sobrepasa en sus consecuencias el ámbito asociativo y es susceptible de convertirse en germen de conductas corruptas de alcance más general. Conductas que frecuentemente provienen de un trasvase de intereses personales o partidistas espurios, o de la utilización en propio beneficio de los mecanismos que el ejercicio del poder político pone a su alcance, desviándolos de los fines públicos en los que encuentran su justificación. Esta reflexión es extensible, como se ha señalado, a su funcionamiento interno y a la necesidad de fomentar que los partidos desarrollen eficazmente

⁹ En el portal de transparencia de la página *web* del Consejo General del Poder Judicial se encuentra un repositorio actualizado de los datos sobre procedimientos judiciales por los delitos relacionados con la corrupción, entre los que se encuentran: delitos contra la ordenación del territorio, urbanismo y patrimonio histórico (arts. 320 y 322 CP), prevaricación de funcionarios públicos (arts. 404, 405 y 408 CP), infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (arts. 413, 414, 415, 416, 417 y 418 CP), cohecho (arts. 419, 420, 421 y 422 CP), tráfico de influencias (arts. 428, 429 y 430 CP), malversación (arts. 432, 433, 434 y 435 CP), fraudes y exacciones ilegales (arts. 436, 437 y 438 CP), negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función (arts. 439, 441, 442 y 443 CP) y corrupción en las transacciones comerciales internacionales (arts. 286, 3º y 4º CP). Este repositorio se encuentra accesible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpi/es/Temas/Transparencia/Repositorio-de-datos-sobre-procesos-por-corrupcion/Informacion--general/>

¹⁰ El Segundo Informe de cumplimiento sobre las recomendaciones hechas en la Cuarta Ronda de Evaluación (Prevención de la corrupción respecto a parlamentarios, jueves y fiscales) sobre España, aprobado por el GRECO en su 87ª reunión plenaria, celebrada del 22 al 25 de marzo de 2021, pone de manifiesto que continúan pendientes en esta materia algunas actuaciones como, por ejemplo, la regulación específica de *lobbies*, el establecimiento de los periodos de incompatibilidad de los parlamentarios, la rendición de cuentas en relación con los grupos de interés, el establecimiento de criterios legales objetivos para el nombramiento de los altos cargos de la judicatura que eviten la duda de imparcialidad y transparencia del proceso de nombramiento, la revisión del régimen disciplinario de los fiscales, o la modificación del sistema de elección de los miembros del CGPJ.

En el Informe de la Quinta ronda de evaluación (Prevención de la corrupción y promoción de la integridad en Gobiernos centrales (altas funciones ejecutivas) y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sobre España, de 21 de junio de 2019, se recomendaba, entre otras, la adopción de algunas medidas como son: el refuerzo del régimen aplicable a los asesores sometiéndolos a exigencias de transparencia e integridad, la mitigación de las áreas de conflictos de intereses en relación con el personal de alta dirección, la adopción en este ámbito de códigos de conducta provistos de medidas ejecutivas para asegurar su aplicación, el avance en la aplicación de la LTAIPBG, la dotación al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno de independencia y de los medios y recursos necesarios para el ejercicio de su función. También, que la legislación reguladora del ejercicio de actividades privadas posteriores al cese de un cargo público se someta a revisión por un organismo independiente y que se refuerce cuando sea necesario. Estos informes se encuentran accesibles en: <https://publicsearch.coe.int>

¹¹ Sobre la estrecha relación que existe entre la corrupción y la desafección social respecto de los partidos como instrumentos vertebradores del proceso democrático *vid.* Blanco Valdés (2015).

(también de puertas adentro) un verdadero funcionamiento democrático, como exige el art. 6 CE, ya que si los partidos políticos difícilmente pueden ser soporte de un Estado democrático si no se conducen en su seno democráticamente, algo parecido cabría afirmar respecto a este punto: no hay democracia si el poder no es responsable y por tanto transparente, por lo que han de serlo también los que lo ocupen (Pajares Montolío, 2016, p. 68).

1.3. Publicidad y transparencia como medidas de prevención de la corrupción y su acogida en la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno

Desde un punto de vista práctico, el principio de transparencia tiene una virtualidad múltiple, pues además operar como mecanismo de control, sirve para vehicular la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos. En cualquiera de estos dos aspectos, el ciudadano se coloca en un papel central que le exige adoptar una posición activa. Como señala el TJUE, la transparencia tiene como objetivo asegurar una mejor participación de los ciudadanos en el proceso decisorio, así como garantizar una mayor legitimidad, eficacia y responsabilidad de la Administración frente a los ciudadanos en un sistema democrático, contribuyendo a reforzar el principio de la democracia y el respeto de los derechos fundamentales¹². En definitiva, la transparencia ofrece a la ciudadanía nuevos cauces de participación, pero también le confiere un poder de control sobre la actividad pública que actúa sobre la base de un conocimiento cabal de su funcionamiento (Moretón Toquero, 2016).

La división y la institucionalización del poder se corresponde también con la institucionalización de los sistemas de control y contrapeso. Sin embargo, de la misma forma que el espacio que media entre el poder político y los ciudadanos (hasta ahora cubierto principalmente por los partidos) ha empezado a ser ocupado por otros núcleos de poder, también han emergido otras formas de control no institucionalizadas que han encontrado en el soporte tecnológico un fuerte aliado, sobre todo, por su accesibilidad.

De esta forma, la exigencia de responsabilidad a los gobernantes discurre a través dos cauces no excluyentes que producen modelos diferentes según quién sea el agente de control predominante: el que se ha denominado modelo continental-europeo se basa en la distinción de un doble ámbito de responsabilidad, política y jurídica; en cambio, el modelo anglosajón se articula desde las ideas de transparencia y publicidad, donde predomina el control político y social. Si en el modelo continental se diferencian dos ámbitos de responsabilidad, política y jurídica, que se atribuyen respectivamente al cuerpo social (electoral) y a la magistratura, respectivamente, en el modelo anglosajón, la virtud pública solo puede ser exigida por quien otorga la confianza que lo sostiene (*trust*), es decir, por la ciudadanía. Ambos sistemas coinciden en su punto de partida, reconociendo la legalidad como fuente de legitimidad, pero divergen en la manera de protegerla: a través de un fuerte principio de legalidad, en el primer caso, o de una omnipresente sociedad, en el segundo (García López, 2013).

En este sentido, podríamos decir que la publicidad (como ocurre también con el secreto) no es solo un principio de actuación sino una técnica instrumental que alcanza su verdadero sentido en la medida en que se orienta a la consecución de derechos e intereses legítimos a los que sirve y que justifican su vigencia, como son: el incremento de la información de la que disponen los ciudadanos, la formación de

¹² Vid. STJUE, Tribunal de Primera Instancia de 7 de febrero de 2002, caso *Kuijer c. Consejo*, As. T-211/00, (& 52).

la opinión pública y la intensificación de la participación ciudadana de forma más libre, así como propiciar mecanismos de control (o de autocontrol de quien se sabe sometido al escrutinio de los demás) frente a la arbitrariedad¹³.

Es reconocido que la información confiere una buena dosis de poder a quien la detenta, y que la información siempre ha sido instrumento de gobierno. En este sentido, la superación de un sistema de información pública marcado por el secretismo (y, a veces, incluso por la opacidad) en favor de un sistema de transparencia, supone también un desplazamiento o, al menos, compartir el poder de control y decisión en favor de los ciudadanos.

En un Estado Democrático de Derecho la publicidad sirve, con carácter general, para alcanzar la transparencia que permite a los ciudadanos visibilizar el funcionamiento de las Administraciones y el ejercicio del poder público, lo que cumple, en primer término, una misión evidente: permitir el control de dicha actividad y la exigencia de su sometimiento a la legalidad limitando la arbitrariedad, elementos consustanciales del Estado de Derecho.

No obstante, la transparencia tiene otra utilidad de primer orden, como cauce de profundización en la dimensión democrática del Estado¹⁴, incrementando la posibilidad de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos sobre la base de una ciudadanía mejor informada. Es decir, más allá de la función que la transparencia tiene como medio de control de la actuación de las Administraciones públicas, también proporciona la información indispensable no solo para hacer factible la participación en lo público, sino para que esta pueda contar con una mayor fundamentación de sus decisiones, lo que debiera repercutir en una mejora de la calidad democrática que permite transitar hacia una democracia más participativa¹⁵. Como señalaba Bobbio, la convicción de que el Estado democrático pudiera dar vida a la transparencia del poder o «poder sin máscara», es una de las razones que revela su superioridad frente a los Estados autoritarios, defensores de la doctrina de los

¹³ Como pone de relieve F. Rey, el principio de publicidad se abre paso en las revoluciones liberales de finales del siglo XVII, inicialmente circunscrita a la actividad del Parlamento y de los jueces, pero no del Poder Ejecutivo. Esta inercia de exención del Ejecutivo respecto del principio de publicidad se ha venido manteniendo hasta nuestros días aceptando la suficiencia del sometimiento de su actividad al principio de legalidad, una idea que empieza quebrar en los países escandinavos y anglosajones a partir de la segunda mitad del siglo XX. Como señala Rey Martínez, en materia de publicidad «la democracia y las dictaduras son totalmente opuestas. En una dictadura, el pueblo debe mostrarse desnudo, desprovisto de secretos ante un poder invasor de todos los espacios de la existencia, un poder estatal que nunca desvela más de lo que desea mostrar. En una democracia, por el contrario, el poder es, por definición, el que no ha de tener secretos mientras que el pueblo puede y debe preservar los suyos (de ahí la íntima coherencia teórica –otra cosa sucede en la práctica- entre el deber de transparencia pública, de un lado, y el derecho a los datos privados, de otros)», *cfr.* Rey Martínez (2015, p. 194).

¹⁴ «Frente al prestigio del secreto propio del Antiguo Régimen, donde se entendía que el arte de gobernar comprendía los llamados *arcana imperii*, secretos de Estado (el secreto es uno de los lenguajes del poder: los arcanos eran aquel catálogo de prácticas secretas que habían de garantizar el dominio del gobernante sobre el pueblo menor de edad), el principio de publicidad se abre paso con la revoluciones liberales de finales del siglo XVIII, aunque circunscrito inicialmente a la actividad del Parlamento y de los jueces, pero no del poder ejecutivo. Esta inercia llega hasta nuestros días: se ha venido considerando durante los dos últimos siglos que el ejecutivo no debía someterse al principio de publicidad porque le bastaba estar obligado por el principio de legalidad, esto es, de sometimiento a la Ley», *vid.* Rey Martínez (2015, p. 194).

¹⁵ En este sentido, el Dictamen 344/2019 del Consejo de Estado señala: «El derecho a acceder a la información que poseen los Gobiernos y las Administraciones públicas se constituye como una condición indispensable para el conocimiento y el control de la actividad gubernamental y para favorecer así el paso de la democracia representativa a la democracia participativa», *cfr.* Dictamen Consejo de Estado 344/2019, de 27 de junio de 2019, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se aprobaba el Reglamento de desarrollo de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la información pública y Buen Gobierno, que no llegó a ser aprobado. Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-344>

arcana imperii, que justificaba la necesidad de que las grandes decisiones políticas fuesen tomadas en gabinetes secretos, lejanos de las miradas indiscretas del público (Bobbio, 1986, p. 23).

A diferencia de los Estados autoritarios, en los que los ciudadanos se encuentran inermes frente a un poder invasor y hermético que no reconoce espacios privados a sus ciudadanos, lo propio de un sistema democrático es, por el contrario, la visibilidad de lo público y la posibilidad de reservar, como regla general, ámbitos privados exentos al control del poder. Sin embargo, este impecable razonamiento quiebra frecuentemente en la práctica cuando la transparencia se limita a su plasmación en normas formalmente respetuosas, pero difícilmente aplicables, lo que conduce a una transparencia solo aparente, que no alcanza a cumplir los fines que le dotan de sentido.

Aun cuando el principio de transparencia, como no puede ser de otra forma en un sistema democrático, se encuentra presente de muy diversas maneras en nuestro ordenamiento jurídico y, en particular, en nuestro texto constitucional¹⁶, es a partir de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno cuando ha experimentado su mayor desarrollo y concreción.

El contenido de esta norma se refiere fundamentalmente a los mecanismos de transparencia, pero también, al denominado «buen gobierno», un conjunto de normas con importante trasfondo ético con el que se pretende cerrar el círculo de los mecanismos de prevención de la corrupción.

El triple contenido de la Ley que refleja su enunciado (transparencia, acceso a la información pública y normas de buen gobierno) se articula en torno a la transparencia como elemento fundamental (de «cultura de la transparencia», habla el Preámbulo de la Ley) que actúa como hilo conductor de este conjunto de instrumentos que están orientados a incrementar los controles de la acción pública y a servir de instrumento disuasorio de conductas inapropiadas o de corrupción.

En la parte relativa la transparencia, a mi modo de ver, el título de la norma resulta equívoco en la medida en que parece aludir al derecho de acceso como una realidad diferente de la transparencia, cuando no cabe duda de que el principio de transparencia se hace efectivo no solo a través del cumplimiento de las obligaciones formales de suministro de información por parte de las Administraciones Públicas o «publicidad activa», sino también (y sobre todo) a través del ejercicio del derecho de acceso por parte de los ciudadanos, donde asumen un papel activo como demandantes de información. Ambas vías, aun cuando proceden de diferente iniciativa, obligan (en los casos que determina la Ley) a las Administraciones Públicas y, de manera complementaria, contribuyen al mismo fin¹⁷.

¹⁶ La publicidad en relación con la actuación del Poder Legislativo se manifiesta, por ejemplo, en el principio de publicidad de las normas (art. 9.3 CE), o en la previsión de las sesiones plenarias del Congreso y del Senado (art. 120.3 CE); respecto del Poder Judicial, la Constitución se refiere a la publicidad del proceso (art. 24.2 CE), de las actuaciones judiciales y de las sentencias (art. 120.1 CE) con las excepciones que establezcan las leyes de procedimiento. Es también manifestación de este principio la publicación de las sentencias del Tribunal Constitucional (art. 164 CE). Sobre esta cuestión *vid.* Alonso Timón (2012, p. 31).

¹⁷ En esta misma línea la estructura interna de la norma sí es más coherente que el título cuando diferencia (dentro del Título I de la LTAIPBG) la «publicidad activa» y el «derecho de acceso» de los ciudadanos (publicidad ¿pasiva?) en los capítulos II y III de la Ley, respectivamente. Estas dos manifestaciones de la publicidad se corresponden con el diferente origen de la iniciativa de suministro de información (visto desde la óptica de la Administración, que es la que adopta esta Ley): la propia Administración en el caso de la «transparencia activa», o los ciudadanos, en el caso del «derecho de acceso».

Efectivamente, no basta con proclamar o con una mera acogida formal del principio de transparencia, sino que es preciso articularla y dotarla de mecanismos que conduzcan a su eficacia¹⁸, que es donde cobra verdadero sentido. Los dos instrumentos esenciales para hacer efectivo el principio de transparencia pública son las obligaciones de transparencia activa, y el reconocimiento del derecho de acceso. Como señala el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (en adelante, CTBG) en su Criterio interpretativo 2/2019, de 20 de diciembre, sobre el concepto y naturaleza de la denominada publicidad activa¹⁹:

1º. La transparencia, en la medida que posibilita el escrutinio público y la fiscalización de la actividad pública, debe constituirse en eje fundamental de la acción política para garantizar la regeneración democrática, la eficacia y eficiencia del Estado y el crecimiento económico.

2º. Las normas de transparencia de la LTAIPBG, contenidas en su Título I, contemplan dos tipos de medidas: las relacionadas con la publicidad activa, contenidas en el Capítulo II- «Publicidad Activa»- del Título I - «Transparencia de la actividad pública»- y las relacionadas con el derecho de acceso a la información pública, contenidas en el Capítulo III - «Derecho de acceso a la información pública»- del mismo Título I – (apartado 3 del Criterio 2).

La publicidad activa y el derecho de acceso, como vías para alcanzar la efectividad de la transparencia pública, se encuentran estrechamente relacionadas. Su conexión se pone de manifiesto, por ejemplo, en la posibilidad que reconoce la LTAIPBG de que la frecuencia de solicitudes sobre una concreta información a través del ejercicio derecho de acceso determine que este pase a integrar el contenido de la obligación de publicidad activa a través del Portal de la Transparencia (art. 10.2 LTAIPBG). De esta forma, el establecimiento de la obligación de publicidad activa de los sujetos públicos en relación con las materias que la LTAIPBG determina, se convierte en una especie de «antesala» que asegura su difusión en atención a su carácter básico o a su relevancia, anticipándose con ello al ejercicio del derecho de acceso por parte de los ciudadanos.

Sin embargo, la «publicidad activa», es decir, la imposición de obligaciones legales de suministro de información, por sí sola, no es un medio suficiente para cumplir las finalidades que se encuentran en su fundamento, ni por exceso ni por defecto. Así, por ejemplo, resulta evidente que tan oculta puede quedar la información diluida en el «ruido informativo» excesivo (en una especie de «*infoxicación*»²⁰) como por defecto, por cuanto no es posible (ni siquiera técnicamente) satisfacer la eficacia de la publicidad de forma plena, quedando por tanto reducida a la más necesaria, la

A la vista de su regulación parece que la LTAIPBG deja entrever la configuración del derecho de acceso como «complemento» del deber de transparencia de las Administraciones Públicas. Este punto de partida se materializa en la denominación publicidad «activa» que denota, de partida, no solo un abordaje desde la óptica de la Administración, sino también, una toma de postura sobre su naturaleza jurídica y contenido: la norma reconoce de manera expresa en el art. 12 el derecho de los ciudadanos a la información pública «en el marco» (esto es lo relevante) de lo dispuesto en el art. 105 b) CE (que consagra el derecho de acceso a los archivos y registros públicos), y no del derecho fundamental a dar y recibir información del art. 20.1 d) CE.

¹⁸ En este sentido, M. Villoria se refiere a la «transparencia pública efectiva» como aquella que «permite un control eficaz de la acción pública y, al tiempo, genera confianza en el Gobierno y propulsa la efectividad de las políticas públicas», *cfr.* Villoria Mendieta (2021).

¹⁹ *Cfr.* Consejo de Transparencia y Buen gobierno: Criterio interpretativo 2/2019, de 20 de diciembre sobre el concepto y la naturaleza de la publicidad activa. Accesible en: <https://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/Actividad/criterios/2-2019.html>

²⁰ Conocido neologismo que proviene de la fusión de las palabras «información» e «intoxicación».

más frecuentemente demandada, etc., lo que frecuentemente solo alcanzará a satisfacer parcialmente el interés informativo.

No obstante, la transparencia activa, se somete a medición y valoración a través del análisis de los portales de transparencia de los sujetos obligados, atendiendo a muy diferentes parámetros. Sin desdeñar esta información, y en tanto que la transparencia va mucho más allá del cumplimiento de estas obligaciones formales (que lo son de mínimos) el efecto del cumplimiento de estas obligaciones ha de valorarse también en su justa medida. En otras palabras, de la corroboración de un adecuado cumplimiento de estas obligaciones no puede deducirse, sin más, que la institución o entidad obligada sea más transparente.

En suma, la potencialidad de la publicidad como herramienta de control público en el sistema democrático, puede no ser por sí misma suficiente para garantizar una democracia más avanzada, ni tampoco debe constreñir la posibilidad de conocimiento que brinda, en toda su amplitud, el principio de transparencia. El derecho de acceso viene a reforzar la eficacia de este principio de publicidad porque no necesariamente constituye el reverso del deber de transparencia o «publicidad activa». No se trata, a mi modo de ver, de dos realidades paralelas ni de dos caras de la misma moneda²¹.

La transparencia en su más amplio sentido, y como «cultura», no se satisface plenamente con el cumplimiento de las obligaciones de suministro de información (limitadas, por lo demás, a los ámbitos objetivo y subjetivo que prevé la Ley) sino que, en su forma plena, requiere del reconocimiento de un amplio derecho de acceso a los ciudadanos que les permita tomar la iniciativa para procurarse la información que, aun siendo accesible, no es posible (ni siquiera técnicamente) que sea suministrada de manera generalizada.

2. Partidos políticos y transparencia

Los partidos políticos, como actores principales de la vida pública, se encuentran vinculados por el principio de transparencia, sobre todo desde el punto de vista de su actuación externa, pero también, en el ámbito de su funcionamiento interno, como entidades de base asociativa.

El punto de partida es el de libertad de actuación de los partidos en su dimensión de asociaciones privadas que expresan el pluralismo político de la sociedad (arts. 6 y 22 CE). Sin embargo, la concurrencia de otros bienes y principios constitucionales dignos de protección, como son el papel que desempeñan en el sistema democrático (art.6 CE) pero también el principio de igualdad política como principio definitorio del Estado democrático (art. 1.1 CE) como «sistema en el que todos los miembros de la comunidad política tienen una capacidad de influencia potencialmente igual en las decisiones comunes» (Sánchez Muñoz, 2016), justifican la adopción de medidas de control entre las que se encuentra su sometimiento al principio de transparencia.

Los partidos políticos llevan a cabo una relevante función de reclutamiento y selección de líderes políticos, de los integrantes de muchas de las instituciones, y altos cargos de la Administración. Además, son agente esencial en la acción de control, en la medida en que están llamados a impulsar los procesos de rendición de cuentas, una función en la que la transparencia (y la información que suministra) cobra

²¹ En este sentido *vid.* Sánchez de Diego (2013, p. 287).

verdadera sentido, superando una concepción puramente formal, que se agota en sí misma.

Por otro lado, y desde un punto de vista negativo, la experiencia demuestra también cómo los episodios de corrupción se producen más fácilmente en un entorno de opacidad. También, que la actuación indebida de los partidos políticos frecuentemente se encuentra conectada con otro tipo de irregularidades cuando no, de conductas corruptas en el ámbito público. Por esta razón se ha venido poniendo el foco de atención en la relación externa de los partidos, es decir, en su actuación en relación con otros centros o grupos de poder, para tratar de detectar de manera anticipada la eventual desviación de su actividad hacia intereses particulares, tanto de carácter partidista cuando no puramente individuales, bien sea de carácter personal como económico.

Todos estos factores han favorecido que la exigencia de transparencia se **haya** centrado, sobre todo, en el ámbito de la legalidad de su financiación y su correcto desenvolvimiento aun cuando «la enunciación conjunta de los términos “transparencia” y “financiación de partidos” resulte inhabitual hasta el punto de plantearse si son verdaderamente compatibles» (Pajares Montolío, 2019). Sin embargo, en su dimensión de interlocutores privilegiados entre los ciudadanos y las instituciones y como elemento vertebrador del pluralismo político (art. 6 CE), la necesidad de transparencia supera el escenario de su actividad **externa**. La exigencia constitucional de que el funcionamiento de los partidos sea democrático, apunta más allá de la mecánica de los procedimientos de selección de los representantes o de la opción por un sistema u otro de representación, y enlaza directamente con la necesidad de publicidad, también en su ámbito interno respecto de sus afiliados, como requisito necesario para el disfrute efectivo de sus derechos y del cumplimiento de sus obligaciones.

En definitiva, la compleja naturaleza de los partidos y la función pública que desempeñan, conducen a que las exigencias de transparencia se manifiesten en todos sus ámbitos de actuación de forma más estricta, no solo como factor de disuasorio de la corrupción o el clientelismo, sino como una exigencia necesaria de su funcionamiento democrático.

2.1. La tardía inclusión de los partidos políticos en la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno

La inclusión de los partidos políticos en la Ley de Transparencia se llevó a cabo a través de su mención expresa en el art. 3 LTAIPBG a pesar de que, como es sabido, inicialmente ni el anteproyecto ni el proyecto de ley les incorporaban entre esos «otros sujetos» obligados a los que alude el precepto. Posteriormente, durante la tramitación de la LTAIPBG se barajó como alternativa la regulación de las obligaciones de transparencia en la legislación específica, otra posibilidad que habría sido igualmente válida (Barrero, 2014, p. 92) aunque quizá esta posibilidad habría privado a la LTAIPBG de la pretensión de alcanzar todos los ámbitos de la actividad pública para introducir o reforzar el principio de transparencia en un ámbito, además, particularmente sensible.

De cualquier forma, lo cierto es que tanto la presión social como las recomendaciones expertas de algunas instituciones como el Consejo de Estado que, aunque no encontró dificultad técnica para no incluirlos, sí que sugirió incluir una referencia expresa a los partidos políticos y sindicatos (en especial, en lo que afecta

a los fondos públicos que perciben y al uso de los mismos²²) determinaron finalmente su inclusión en la norma reguladora de la transparencia pública. Eso sí, la inclusión se llevó a cabo con un alcance limitado, no solo desde un punto de vista objetivo (pues se refiere a la información considerada pública y de obligada difusión, sin perjuicio de la aplicación, además de los límites generales), sino también, desde el punto de vista procedimental, limitando los cauces a través de los cuales la publicidad puede hacerse efectiva.

Las principales razones que abonaron la opción de incluir los partidos políticos entre los sujetos obligados por la LTAIPBG han sido destacadas con claridad por el CTBG, en su Criterio interpretativo 3/2019, de 20 de diciembre, sobre el concepto y naturaleza de la denominada «publicidad activa».

En primer lugar, la relevancia del papel reservado a los partidos políticos por el art. 6 CE como «engranaje del sistema democrático» y actores esenciales de la vida política, económica y social. Precisamente, su marcado carácter institucional definido por el papel constitucionalmente asignado, y su relevancia para el funcionamiento de nuestro sistema democrático, conforman el común denominador que ha servido para incluir conjuntamente a partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales en el ámbito subjetivo de aplicación de la LTAIPBG. Una inclusión que, por lo demás, va en la línea de extender su eficacia no solo a todas las Administraciones Públicas, sino también, a los órganos del Poder Legislativo y Judicial, así como a otros órganos constitucionales y estatutarios, y a las entidades con especial relevancia pública, a las que se refiere el Preámbulo de la norma²³.

Como contrapunto, la alegación por dichas entidades de su dimensión privada no resultó suficiente para contrarrestar esa necesidad particular de transparencia que se fundamenta en gran medida en su contribución a la manifestación de la voluntad popular, pero también, en su participación en los órganos del Estado. En este sentido, conviene recordar que, aun cuando no ejercen funciones públicas, los partidos políticos proveen al ejercicio de tales funciones por los órganos estatales, y actualizan como voluntad del Estado la voluntad popular que ellos mismos han contribuido a conformar y manifestar actuando como «elemento de comunicación entre lo social y lo jurídico que hace posible la integración entre gobernantes y gobernados, ideal del sistema democrático» (STC 48/2003, de 12 de marzo, F. J. 5).

En segundo lugar, el hecho de que en España la financiación de los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales, se lleve a cabo principalmente a través de subvenciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, de las Comunidades Autónomas o las entidades locales, resulta ser una razón de suficiente

²² En este sentido, el Consejo de Estado en el Dictamen n.º 707/2012 sobre el Anteproyecto de la LAITPBG señalaba: «a.4) Junto a las observaciones anteriores, ha de realizarse una última reflexión en relación con el ámbito subjetivo de aplicación del título I del anteproyecto. No se ha incluido en él ni a los partidos políticos ni a los sindicatos, opción esta que, desde el punto de vista de la técnica, el Consejo de Estado no considera objetable, habida cuenta de que estas entidades no participan de la misma naturaleza que el resto de los sujetos mencionados en el artículo 2. Ello, no obstante, sí se considera oportuno incluir en el anteproyecto alguna referencia expresa a ellos y a la necesidad de hacer extensivo a su ámbito de actuación el principio de transparencia, especialmente en lo relativo a los fondos públicos que perciben y al uso que de tales fondos realizan, debiendo articular adecuadamente la previsión que a este respecto se introduzca en el anteproyecto con las contenidas en la regulación aplicable a la financiación de partidos políticos y sindicatos». Cfr. apartado V.- Observaciones al articulado y a las disposiciones del anteproyecto, a) Artículo 2. Ámbito de aplicación. Accesible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2012-707>. Sobre este particular *vid.* Rubio Núñez y Gonzalo Rozas (2017).

²³ Cfr. Consejo de Transparencia y Buen gobierno: Criterio interpretativo 3/2019, de 20 de diciembre, sobre el «Publicidad activa (2). Ámbito subjetivo», (pp. 58-61). Accesible en: <https://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/Actividad/criterios/3-2019.html>

peso para exigir la dación de cuentas respecto de esta financiación, lo que coincide con la finalidad general de la LTAIPBG de incorporar también a su ámbito de aplicación a las entidades privadas «perceptoras de fondos públicos».

Estos argumentos no se ven empañados, como he anticipado, por tratarse de entidades de base privada, una cualidad que, como señala el CTBG, se refiere fundamentalmente a su dimensión interna, así como a aquéllas actividad que no se encuentra directamente vinculada con la participación política o el diálogo social, y que determina que sean consideradas entidades de naturaleza jurídica mixta.

En relación con el ámbito subjetivo de la norma, se plantea la cuestión de si el silencio de la LAITPBG en relación con esos «otros sujetos» obligados ha de ser interpretado o no de una manera restrictiva, es decir, si solo se refiere a partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales de ámbito nacional y, por otro lado, si con base en una interpretación literal habría que descartarla sumisión a las obligaciones de publicidad de otros sujetos no expresamente mencionados.

Pues bien, sobre la primera de estas cuestiones, con base en los argumentos antes mencionados y a que no cabe no cabe hacer distinciones donde la ley no distingue, el CTBG interpreta que se encuentran comprendidos en el ámbito de aplicación del Título I de la LTAIPBG la totalidad de los partidos y organizaciones profesionales, con independencia de cuál sea su ámbito territorial, nacional, autonómico o local.

Con respecto a la segunda cuestión, teniendo en cuenta la finalidad de la LTAIPBG y el carácter extensivo de su ámbito de aplicación, tal y como aparecen expresados en el Preámbulo, el CTBG considera obligado hacer una interpretación finalista y considerar también sujetos de las obligaciones de publicidad activa, a las federaciones, confederaciones y uniones de partidos y a las agrupaciones de electores, una posibilidad no vetada y que responde a los mismos motivos por los que se incluyen los demás sujetos. Además, una interpretación flexible y extensiva como ésta vendría también avalada por el hecho de que la posterior normativa autonómica sobre transparencia ha incluido expresamente a estos sujetos.

2.2. La vinculación limitada de los «otros sujetos obligados»

La inclusión de los partidos políticos (junto a las organizaciones sindicales y empresariales) en la LTAIPBG como sujetos obligados a cumplir con el principio de transparencia, sin duda ha tenido un efecto positivo al reforzar y exteriorizar la necesidad de su vinculación con la publicidad, sobre todo, como herramienta preventiva de conductas indeseables.

Sin embargo, no ha quedado tan evidenciado el alcance del sometimiento a los imperativos de transparencia que, en la práctica, se encuentra muy limitado. Los deberes de publicidad se circunscriben a las obligaciones establecidas en el Capítulo II de la LTAIPBG, que se refieren a las obligaciones de publicidad activa, pero no al derecho de acceso. Esto significa que los contenidos que están obligados a publicar son los que la propia norma determina, y que no se encuentran sujetos a responder a las demandas de información provenientes de la iniciativa de la ciudadanía, en general. Es decir, la obligación de suministro de información se ciñe a las materias y a la extensión preestablecidas por la norma, y la iniciativa de suministro queda en manos de los sujetos obligados. Además, las informaciones que han de ser publicadas se encuentran enunciadas en la ley de manera genérica, sino que, al tratarse de la aplicación de normas previstas para la publicidad de las Administraciones Públicas al ámbito de los partidos, esas previsiones, desde el punto

de vista del contenido, no siempre encajan en el ámbito de acción de estos (Pajares Montolío, 2019).

El alcance limitado de la obligación de transmitir información quiere responder a la consideración de su naturaleza de organización privada. Una identidad no pocas veces cuestionada por las disfunciones que ocasiona y, sobre todo, por la necesidad de hacerla compatible con la relevante función que los partidos tienen asignada en el sistema democrático, aspectos que conducirían a primar su carácter público frente cualquier otra consideración. Mucho más, si atendemos a la necesidad de regeneración política (a la que la LTAIPBG pretende contribuir) que inevitablemente pasa por el sometimiento de los partidos a un verdadero régimen de transparencia de su actividad y su financiación, además de la incorporación de mecanismos que garanticen la idoneidad ética de sus dirigentes.

Efectivamente, uno de los motivos que justificó en su momento la inclusión de los partidos en la Ley de Transparencia es la necesidad de utilizar la publicidad como mecanismo preventivo, por disuasorio, de los fenómenos de corrupción facilitando, primero, la auto-restricción de conductas reprobables y, después, su control tanto desde el punto de vista político como jurídico.

Por otro lado, una visión restrictiva de la obligación de transparencia de los partidos corre el riesgo de minimizar su operatividad reduciéndola a una transparencia meramente formal, alejada de su finalidad regeneradora. No solo porque la mayor parte de la actividad queda exenta de escrutinio público por la vía del derecho de acceso, mucho más incisivo, sino por la falta de respuesta sancionadora del incumplimiento o el cumplimiento tardío de estas obligaciones. Aun cuando las obligaciones legales de suministro de información suponen por sí mismas un paso adelante (sobre todo si tenemos en cuenta que partimos de una inercia de opacidad) la escasa eficacia práctica del cumplimiento de estas obligaciones desde el punto de vista del control, por su carácter elemental, corre el riesgo no solo de no contribuir a lograr el fin propuesto, sino que, a lo peor, desvirtúan y hacen perder la confianza en la transparencia como elemento motor de control y participación.

Las obligaciones legales de transparencia impuestas a los partidos políticos se centran, sobre todo, en el control de su financiación, con la vista puesta en la importancia que este factor tiene desde el punto de vista de la equidad en la contienda electoral, pero no llegan a abarcar la prevención de otro tipo de corrupciones o desviaciones no solo económicas, sino de otro tipo como la utilización de las instituciones, los conflictos de intereses de altos cargos, alianzas o conexiones con diferentes grupos de poder, clientelismo, entre otras.

Las medidas de publicidad activa previstas en el capítulo 2 del Título I la LTAIPBG y se concretan en la imposición de una serie de obligaciones (arts. 5.1, 6, 6 bis, 7 y 8 LTAIPBG) que los sujetos obligados habrán de cumplir de manera proactiva. Más allá de la determinación del contenido que deban hacer público, la norma concreta también el modo de hacerlo poniendo de manifiesto la relevancia del qué y cuánta información se ofrece, pero también, el modo en que se facilita la información y sus características con la finalidad de que la información sea verdaderamente accesible como presupuesto de su efectividad.

Los contenidos que deben ser publicados se refieren a:

. De conformidad con lo dispuesto en la cláusula abierta del art. 5. 1 LTAIPBG, los sujetos obligados por las normas del capítulo 2 están obligados a publicar la información cuyo conocimiento sea relevante para garantizar la transparencia de su

actividad, que esté relacionada con el funcionamiento y control de la actuación pública.

. Además, están obligados a suministrar la información específica que se menciona en los arts. 6, 6.bis, 7 y 8 LTAIPBG, es decir:

. La «información institucional, organizativa y de planificación» (art. 6 LTAIPBG) que se refiere, entre otros contenidos, a la información relativa a las funciones que desarrollan, la normativa que les sea de aplicación, así como a su estructura organizativa. A estos efectos, está previsto que incluyan un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos y su perfil y trayectoria profesional

. El «Registro de actividades de tratamiento» de datos personales (art. 6 bis LTAIPBG),

. La «información de relevancia jurídica» (art. 7 LTAIPBG)

. La «información económica, presupuestaria y estadística» (art. 8 LTAIPBG).

Estas obligaciones generales, establecidas por la LTAIPBG de manera indiferenciada, han generado dudas acerca de su concreta aplicación a los partidos políticos. El CTBG ha hecho un esfuerzo por clarificar su contenido y alcance en su Criterio interpretativo 3/2015, al que posteriormente nos referiremos, excluyendo a las formaciones políticas de algunas de estas obligaciones.

Desde otro punto de vista, es sabido que la denominada «publicidad activa» se caracteriza por la proactividad, que es donde justifica su denominación legal, pero, sobre todo, constituye una cualidad que permite diferenciarla del otro grupo de medidas de transparencia que incorpora la Ley. En el caso de la publicidad activa la información se suministra *ex officio*, por propia iniciativa del obligado y se ciñe a los contenidos determinados legalmente, a diferencia de lo que ocurre con el ejercicio del derecho de acceso, donde la información no solo se suministra a solicitud de parte (art. 17.1 de la LTAIPBG) sino que es el propio solicitante quien concreta la información que, salvo razón justificada, deba ser suministrada.

Por lo demás, el cumplimiento de la obligación de transparencia se contrae a los medios que la Ley señala y debe revestir las características o atributos que garanticen su calidad en términos de eficacia. En este sentido, se exige que la información sujeta a las obligaciones de transparencia sea publicada en las correspondientes sedes electrónicas o páginas *web* de los sujetos obligados y de una manera clara, estructurada y entendible para los interesados y, preferiblemente, en formatos reutilizables. También prevé que se establecerán los mecanismos adecuados para facilitar la accesibilidad, la interoperabilidad, la calidad y la reutilización de la información publicada, así como su identificación y localización (art. 5.4 LTAIPBG).

Toda la información será comprensible, de acceso fácil y gratuito y estará a disposición de las personas con discapacidad en una modalidad suministrada por medios o en formatos adecuados, de manera que resulten accesibles y comprensibles, conforme al principio de accesibilidad universal y diseño para todos (art. 5.5 LTAIPBG).

2.3. Las obligaciones de publicidad de los partidos políticos recogidas en su legislación específica

La aprobación de la LTAIPBG puso sobre la mesa un encendido debate acerca de la relevancia de que los partidos políticos, sindicatos y organizaciones empresariales se sometieran al cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia, en definitiva, al escrutinio público de su actividad y funcionamiento y, en particular, de la procedencia de sus recursos y el empleo de los mismos, en la línea de los principios aprobados por la Comisión de Venecia²⁴. Sin embargo, y por lo que respecta a los partidos políticos, esta previsión no es totalmente novedosa en la medida en que estos ya se encontraban sujetos al cumplimiento de ciertas obligaciones de información con anterioridad a dicha ley. Estas obligaciones se recogían ya en su legislación específica y se refieren tanto a su ámbito interno, como a la publicidad de su actividad externa, y tienen por finalidad favorecer el control y la rendición de cuentas, acorde con su dimensión pública.

En este sentido, la LO 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos (LOPP) establece una obligación de publicidad interna o restringida a los afiliados (y dependiendo de su grado de vinculación con el partido) a fin de que estos puedan ejercitar los derechos básicos que corresponden al ámbito asociativo (arts. 6 a 9 LOPP). Se trata de una exigencia lógica teniendo en cuenta que el derecho a la información se encuentra presente en la base del ejercicio de otros derechos esenciales de los afiliados como los de participación, impugnación de acuerdos, etc., y, al mismo tiempo, resulta coherente con la necesidad de respetar el principio democrático que inspira su organización y funcionamiento. En este ámbito, se reconoce expresamente (art. 8.3.c) LOPP) el derecho a ser informados sobre la composición de los órganos directivos y de administración, acerca de las decisiones adoptadas por los órganos directivos, las actividades realizadas, y sobre la situación económica del partido.

En un segundo nivel de publicidad encontramos la que podemos denominar «publicidad abierta», que se extiende ámbito externo del partido. La LO 8/2007 de 4 de julio (reformada por LO 5/2012, de 22 de octubre) de Financiación de los Partidos Políticos (LOFPP), dentro de sus obligaciones contables (art. 14.8 LOFPP), se refiere a la obligación de publicidad en dos momentos diferentes.

Una primera obligación se refiere a la publicidad de cierta información contable a través de la web institucional del partido, que se ha de llevar a cabo dentro del plazo de un mes desde la fecha de envío al Tribunal de Cuentas. El contenido de esta obligación de publicidad se extiende a documentos como el balance, la cuenta de resultados y, en particular, la cuantía de los créditos pendientes de amortización (en este caso con la necesidad de especificación de algunos extremos como la entidad concedente, el importe del crédito concedido, el tipo de interés y el plazo de amortización), las subvenciones recibidas y las donaciones y legados de importe superior a 25.000 euros con referencia concreta a la identidad del donante o legatario²⁵. En segundo momento, y una vez emitido por el Tribunal de Cuentas el informe de fiscalización correspondiente a cada concreto ejercicio, los partidos

²⁴ Estos aspectos ya habían sido puestos de relieve por la Comisión de Venecia en los «Lineamientos sobre la regulación de los partidos políticos», adoptado por la Comisión de Venecia en su 84^a Sesión Plenaria, Venecia, 15-16 de octubre de 2010. Cfr. Principio 10- Rendición de cuentas.

²⁵ El precepto señala que esta obligación se cumplirá «sin perjuicio de lo establecido en el art. 7.5 de la LO 2/1982, del Tribunal de Cuentas», que se refiere a la obligación de colaboración de las entidades de crédito a través de la facilitación de información.

deberán hacerlo público a través de su página web en un plazo máximo de 15 días (art. 14.9 LOFPP).

Estas obligaciones fueron ampliadas en la reforma operada por la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de Control de la Actividad Económico-Financiera de los Partidos Políticos, por la que se reformaron la Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre Financiación de los Partidos Políticos, la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, y la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas, con la finalidad de hacer frente a importantes escándalos de corrupción, así como para responder a los compromisos internacionales en esta materia²⁶. Dicha Ley 3/2015 justifica en su Preámbulo que los partidos políticos como partícipes en la estructura del propio Estado, han de ser y son sujetos de obligaciones. Por eso mismo, junto a la responsabilidad apela a la ejemplaridad que debe ser «la que presida las actuaciones de estos entes que sustentan la centralidad social de la democracia».

Como se puede apreciar, por lo general la regulación de la transparencia de la actuación de los partidos políticos venía siendo recogida de forma dispersa en su legislación específica y se orientaba a la finalidad de prevención de la corrupción económica, y no tanto otras modalidades de corrupción igualmente importantes. Una inercia que la LTAIPBG trató de romper adoptando un planteamiento más amplio del fenómeno de la corrupción, reforzando el ámbito de acción del principio de transparencia (que la Ley de 2015 hace suyo y al que se refiere de manera reiterada), aunque todavía, estas medidas son limitadas.

Las obligaciones concretas de transparencia a previstas en la LTAIPBG para los partidos políticos, anteriormente citadas, han sido precisadas por el CTBG, que ha tratado de diferenciar su régimen particular frente al que corresponde al grueso de sujetos obligados.

Así, por ejemplo, en el Criterio interpretativo 3/2015, de 11 de mayo²⁷ el CTBG concreta las obligaciones de publicidad a las que se encuentran sujetos los partidos de entre las enunciadas en los arts. 5 a 8 LTAIPBG. En virtud de lo dispuesto legalmente, tanto partidos políticos, organizaciones sindicales y empresariales, así como las entidades privadas que reciben subvenciones en la cuantía que establece el art. 3 LTAIPBG se encuentran sujetos a:

- Los principios generales enunciados en el art. 5 LTAIPBG relativos a la forma y a los medios a través de los cuales se ha de publicar la información, a excepción de su apartado primero (que se refiere a la publicación periódica y actualizada relacionada con su funcionamiento y control de la actividad pública, y que la Ley solo exige a los sujetos mencionados en el art. 2.1 LTAIPBG).

- Al apartado primero del art. 6 LTAIPBG, en lo relativo a la información sobre su estructura, organización y funciones y,

²⁶ Los informes de la Tercera (2009) y Cuarta (2013) Ronda de Evaluación del GRECO se centraron en la prevención de la corrupción en el contexto de la financiación de los partidos políticos, así como en la adopción de medidas para implementar la Recomendación Rec. (2003) 4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre reglas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales.

²⁷ Consejo de Transparencia y Buen Gobierno: Criterio interpretativo 3/2015, de 11 de mayo. Accesible en: [https://www.consejodetransparencia.es/ct Home/Actividad/criterios.html](https://www.consejodetransparencia.es/ct/Home/Actividad/criterios.html)

- A la totalidad de las obligaciones impuestas por el art. 8 LTAIPBG (información económica, presupuestaria y estadística) en la medida en que su apartado primero se refiere a todos los sujetos que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la norma.

En cualquier caso, como dispone el art. 5.2 LTAIPBG, las obligaciones de transparencia contenidas en el capítulo 2 LTAIPBG (publicidad activa) se entienden sin perjuicio de la aplicación de la normativa autonómica correspondiente o de otras disposiciones específicas que prevean un régimen más amplio en materia de publicidad. Este juego normativo, estatal y autonómico, ha requerido la actuación del CTBG que a través sus criterios interpretativos ha tratado de clarificar las obligaciones concretas de publicidad a través de una interpretación conjunta y coherente de dichas normas.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 6.1 LTAIPBG los partidos deben hacer pública una completa información identificativa, tanto desde un punto de vista subjetivo como funcional. El precepto impone concretamente a los partidos políticos el deber de publicar información relativa a:

- Las funciones que desarrollan
- La normativa que les sea de aplicación, y
- Su estructura organizativa: al menos, un organigrama actualizado que identifique a los responsables de los diferentes órganos, así como su perfil y trayectoria profesional.

A este contenido identificativo, el art. 8 LTAIPBG suma la obligación de publicar, sin duda la información más relevante y reclamada por la ciudadanía, la información económica, por tratarse precisamente del ámbito más proclive a que se originen conductas de corrupción. El precepto impone, entre otras, la obligación de publicar la información relativa a la disposición de los fondos públicos, y las personas o entidades privadas que directamente financian las actividades de los partidos. Con su publicación se pretende que las organizaciones que gestionan recursos públicos den cuenta del destino de dichos fondos, así como facilitar una vía para valorar la eficacia en su gestión.

Los contenidos que deben ser publicados se encuentran enunciados en los nueve apartados del art. 8.1. LAITPBG, que los menciona como contenidos «mínimos» que se han de hacer públicos. Sin embargo, hay que tener en cuenta que el apartado 2 del mismo precepto establece una modulación de la obligación de publicidad de los sujetos obligados del art. 3 de dicha ley. En este sentido, la obligación de los partidos políticos y de «los otros sujetos obligados» de publicar los contenidos mencionados en los apartados 1. a) y b) del artículo 8 LTAIPBG (referidos a los contratos y los convenios) únicamente procede cuando se trate de contratos o convenios celebrados con una Administración Pública. De igual forma, respecto de las subvenciones a las que se refiere el apartado c), solo procede su publicación cuando la entidad concedente sea una Administración Pública²⁸ no afectando por tanto dicha obligación a las actuaciones privadas de los mencionados sujetos

²⁸ El art. 8.2 LAITPBG dice: «2. Los sujetos mencionados en el artículo 3 deberán publicar la información a la que se refieren las letras a) y b) del apartado primero de este artículo cuando se trate de contratos o convenios celebrados con una Administración Pública. Asimismo, habrán de publicar la información prevista en la letra c) en relación a las subvenciones que reciban cuando el órgano concedente sea una Administración Pública».

obligados (Criterio interpretativo 3/2015 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno).

El artículo 8 LTAIPBG presenta una estructura compleja en la medida en que para las obligaciones previstas en cada uno de los diferentes apartados prevé un ámbito subjetivo de aplicación distinto. Por lo que respecta a los partidos políticos y demás entidades privadas del art. 3 LATPBG, los contenidos que deben ser publicados se refieren a:

a) Información sobre los contratos, con indicación del objeto, duración, el importe de licitación y de adjudicación, el procedimiento utilizado para su celebración, los instrumentos a través de los que, en su caso, se ha publicitado, el número de licitadores participantes en el procedimiento y la identidad del adjudicatario, así como las modificaciones del contrato siempre que lo hayan celebrado con una Administración Pública.

Igualmente serán objeto de publicación las decisiones de desistimiento y renuncia de estos mismos contratos.

También serán objeto de publicación los datos estadísticos sobre el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados a través de cada uno de los procedimientos previstos en la legislación de contratos del sector público.

En el ámbito de los contratos del sector público la LTAIPBG amplía el régimen de transparencia incluyendo todos aquellos que lleven a cabo las entidades sujetas a esta ley, incluyendo los contratos de pequeño importe que, a pesar de ello, revisten gran importancia porque representan una gran parte de la actividad contractual. También detalla la información que sobre estos contratos debe suministrarse y amplía los contenidos previstos en la legislación de contratos del sector público. Que la LTAIPBG obligue ahora a publicar también las incidencias que pudieran darse durante la ejecución del contrato (además de los extremos comprendidos en la legislación sectorial) es relevante y responde a la intención de garantizar un acceso a la información que permita a los ciudadanos un control de la eficiencia en la gestión pública (Barrero, 2014, pp. 178-179).

b) La relación de los convenios suscritos con mención de las partes firmantes, su objeto, plazo de duración, modificaciones realizadas, obligados a la realización de las prestaciones y, en su caso, las obligaciones económicas convenidas, cuando el convenio se haya celebrado con una Administración Pública

c) Las subvenciones y ayudas públicas recibidas con indicación de su importe, objetivo o finalidad y beneficiarios, cuando la entidad concedente sea una Administración Pública.

d) Información sobre presupuestos y ejecución presupuestaria.

e) Las cuentas anuales e informes de auditoría y fiscalización.

f) Retribuciones anuales percibidas por los altos cargos y máximos responsables de los partidos, así como las indemnizaciones percibidas, en su caso, con ocasión del abandono del cargo.

No parece que, según la LTAIPBG, los partidos estén obligados en relación con los siguientes apartados del precepto, bien porque la literalidad del precepto les excluye, o bien por su contenido:

g) La publicación de las resoluciones de autorización o reconocimiento de compatibilidad o que autoricen para el ejercicio de actividad privada. En la medida en que el precepto se refiere solo a los empleados públicos no parece que obligue a los sujetos del Art. 3 sino únicamente a los previstos en el art. 2 LTAIPBG

h) Las declaraciones anuales de bienes y actividades. El precepto se refiere a representantes y altos cargos de la Administración, por lo que no parece aplicable al ámbito de los partidos políticos sino al de las instituciones o Administraciones de las que formen parte.

i) La información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento y calidad de los servicios públicos que sean de su competencia, que el propio precepto refiere a la Administración.

La obligación de publicar la relación de los bienes inmuebles que sean de su propiedad o sobre los que ostenten algún derecho real, que se contiene en el apartado 3 del art. 8 LTAIPBG afecta solo, según su tenor literal, a las Administraciones Públicas.

A pesar de que la determinación de los deberes de publicidad de los distintos sujetos obligados no sigue un modelo sencillo, ha sido valorada positivamente en la medida en que ha supuesto una ampliación de la publicidad mínima que debe ofrecerse y, además, desde diversos puntos de vista.

Por un lado, la publicación en las sedes electrónicas o páginas *web* proporciona una visibilidad mucho mayor que la que se realiza a través de los Boletines Oficiales. Desde otra perspectiva, las obligaciones de la Ley de Transparencia son, como ella misma señala, obligaciones generales o «de mínimos», que pueden ser ampliadas (como así ha ocurrido) por la normativa autonómica o sectorial o bien a instancia de los propios sujetos obligados.

Por lo que respecta a los partidos políticos, esta ampliación se encuentra también en que sus obligaciones de publicidad como entidades perceptoras no excluyen, sino que se superponen a la obligación de publicación que tienen las Administraciones concedentes²⁹, lo que sin duda permite el ejercicio de un mayor control.

En el lado opuesto, hay algunos aspectos que han sido objeto de crítica por su carácter restrictivo de la publicidad. En este sentido, parece en exceso restrictiva la exención de los partidos respecto de algunas obligaciones de publicidad como la del art. 8.3 LTAIPBG, relativa a la publicación de relación de sus bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos, o la matización que hace el art. 8.2 LTAIPBG que, como se ha señalado, respecto de los contratos y los convenios suscritos por los partidos excluye la obligación de publicar la información relativa a otras entidades concedentes que no puedan considerarse Administración Pública.

Junto a los partidos políticos, no hay que olvidar que las fundaciones y asociaciones vinculadas a ellos (definidas, a estos efectos, en la Disposición Adicional séptima de la Ley Orgánica de Financiación de Partidos Políticos) en tanto que también son perceptoras de subvenciones públicas, se encuentran sometidas a este

²⁹ En el nuevo apartado 9 del art. 3 de la LO 8/2007, de 4 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos, se dispone que todos los organismos y Administraciones Públicas que concedan subvenciones a los partidos políticos deberán hacer público el detalle de las subvenciones abonadas y de los perceptores al menos una vez al año, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

régimen de publicidad aunque por una vía distinta, es decir, no tanto por su vinculación con los partidos sino en su calidad de entidades privadas receptoras de subvenciones en una cantidad relevante que se determina en el apartado b) del art. 3 de la LTAIPBG (De la Nuez Sánchez-Cascado, 2014, p.162). De conformidad con este precepto, solo están sujetas a la obligación de publicación de la información **a la** que se refieren los arts. 5 a 8 LTAIPBG, aquellas entidades privadas distintas de partidos políticos, sindicatos y asociaciones empresariales que reciban durante el periodo de un año ayudas o subvenciones públicas en una cuantía superior a 100.000 euros o cuando al menos el 40% del total de sus ingresos anuales tengan el carácter de ayuda o subvención pública, siempre que alcancen como mínimo la cantidad de 5.000 euros (art. 3 LTAIPBG).

3. Conclusiones

La inclusión de los partidos políticos en la LTAIPBG, a pesar de lo limitado del alcance de las obligaciones que establece, incide en la necesaria sumisión de la actuación de las formaciones políticas a este principio general, contenido hasta el momento en normas sectoriales, más exigentes, pero ceñidas al ámbito de la financiación. Evitar la dispersión normativa, así como el desarrollo de la transparencia desde un punto de vista más general aplicado a la actuación de los partidos políticos, no solo favorecería la seguridad jurídica, sino también, contribuiría a la definición de un modelo más eficaz y objetivamente más amplio de control.

Las limitaciones de la LTAIPBG se manifiestan, por ejemplo, en que muchas de las obligaciones previstas lo están, como hemos visto, para las Administraciones Públicas y difícilmente encajan y son aptas para alcanzar la transparencia en el ámbito de los partidos políticos y sus fundaciones. También, en que el concepto de transparencia que las justifica, como señala Guichot, se encuentra, respecto de los sujetos obligados del art. 3 de la Ley, excesivamente ligado a aquella parte de su actividad que esté relacionada con el manejo de los fondos públicos que reciben, y no a otras actuaciones que también responden al concepto de corrupción, que va más allá de la estrictamente económica. Desde el punto de vista del contenido de las obligaciones, es cuestionable la limitación de la publicidad por razón de la cuantía de las aportaciones recibidas (donaciones y legados superiores a 25.000 €) o el dilatado espacio temporal en el que está prevista la obligación de publicidad por parte del Tribunal de Cuentas, desde el punto de vista de su eficacia como medios de control (Sánchez Muñoz, 2016).

La exclusión de una obligación informativa «a demanda» y su limitación a una obligación de carácter general y prefijada por la propia Ley, inicialmente fue merecedora de una valoración positiva en lo que supuso de progreso frente a la legislación anterior. Sin embargo, dista mucho de constituir una herramienta verdaderamente efectiva de control (De la Nuez Sánchez-Cascado, 2014) entre otras cosas porque, por su generalidad, difícilmente satisface el interés informativo y no culmina el avance definitivo hacia una transparencia real. Obviamente no se trata de introducir una apertura extrema que estrangule el funcionamiento de los partidos y su estrategia política (que además de jurídicamente cuestionable, produciría un efecto perverso), o que invada aquellos espacios que son manifestación de la dimensión privada de las formaciones políticas o del espacio de libertad ideológica de quienes las sustentan (Moretón Toquero, 2014), pero sí resulta necesario precisar y extender esta obligación a aquella información que pueden ser calificada de «pública». Y ello porque con la transparencia informativa se colman objetivos diversos, propios del sistema democrático, que van desde el mero interés informativo, hasta los intereses de participación, de expresión, crítica y ejercicio del control por parte de los ciudadanos, los medios de comunicación, las instituciones, y los actores políticos.

Ahora bien, de la misma forma que las normas jurídicas no bastan para solucionar cuestiones tan complejas como la corrupción, tampoco la transparencia es por sí misma una panacea ni puede colmar generosamente las expectativas si al mismo tiempo no se abordan otras cuestiones de fondo, entre las que se han señalado para este específico ámbito: la regulación de las aportaciones recibidas por las fundaciones y entidades vinculadas a partidos políticos, la promoción del cumplimiento de la Ley 19/2013 –entre otras cosas, a través del desarrollo de su reglamento– para garantizar la publicación de las cuentas generales de las formaciones políticas en sus sitios *web*, en formatos abiertos y reutilizables, por ejemplo³⁰.

Tampoco, si la transparencia se queda en la publicidad o la mera obligación de suministro de información sin que los agentes principales de control (instituciones, formaciones políticas, medios de comunicación o la ciudadanía) ejerzan sus funciones para hacerla eficaz, creando entonces una falsa imagen de transparencia, por autorreferencial, que no alcanza plenamente su eficacia al no producir los impactos positivos que de ella se esperan.

Bibliografía

- Alonso Timón, A. J. (2012). El principio de transparencia como elemento vertebrador del Estado Social y Democrático de derecho. En *Revista Asamblea*, (27), 27-62.
- Barrero, C. (2014). Transparencia. Ámbito subjetivo. En E. Guichot (Coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19-2013 de 9 de diciembre* (63-96). Tecnos
- Barrero, C., Guichot, E. y Horgué, C. (2014). Publicidad activa. En E. Guichot (Coord.), *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno: estudio de la Ley 19-2013 de 9 de diciembre* (143-198). Tecnos.
- Blanco Valdés, R. L. (2015). La caída de los dioses: de los problemas de los partidos a los partidos como problema. En *Teoría y Realidad Constitucional*, (35), 149-182.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- De la Nuez Sánchez-Cascado, E. (2014). Los partidos políticos. En E. De la Nuez. y C. Tarín (Coords.), *Transparencia y buen gobierno. Comentarios a la Ley 19/2013 de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (148-168). La Ley-Wolters Kluwer
- García de la Cal, J. L. (2020). Las obligaciones de transparencia en relación con los partidos políticos europeos y sus fundaciones. En M. Sánchez de Diego. y J. Sierra (Coords.), *Transparencia y participación para un gobierno abierto* (453-468). Wolters Kluwer.
- García López, E. (2013). La corrupción: ¿un problema jurídico o un estadio sociológico-moral?. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (35), 68-74.
- Javato Martín, A. (2017). El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP), Aspectos dogmáticos, político-criminales y de Derecho comparado. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (19-26), 1-41.
- Moretón Toquero, M. A. (2014). Los límites del derecho de acceso a la información pública. *Revista jurídica de Castilla y León*, (33), 1-24.

³⁰ Recomendaciones recogidas en el citado Informe de Transparencia Internacional relativo a la 35ª Sesión del Examen Periódico Universal de España (enero/febrero 2020), apartado II-Financiación de partidos políticos, atendiendo a los resultados del Barómetro Global de Corrupción 2017. Accesible en: <https://transparencia.org.es/informe-de-ti-e-para-el-examen-periodico-universal-de-espana-2020/>

- <https://www.jcyl.es/web/jcyl/AdministracionPublica/es/Plantilla100Detalle/1215245063566/1215245063566/1284319383546/Redaccion>
- Moretón Toquero, M. A. (2016). El control social y ciudadano de los partidos políticos. En F.J. Matia Portilla (Dir.), *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos* (471-492). Tirant lo Blanch.
- Pajares Montolío, E. J. (2019). *Transparencia y financiación de partidos políticos*. En J. Rodríguez-Dincourt (Dir.), *Transparencia, profundización democrática y lucha contra la corrupción* (67-91). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Rey Martínez, F. (2015). Derecho de acceso a la información y secretos oficiales en el ordenamiento español. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, (5), 192-233. <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/documentacion/derecho-de-acceso-la-informacion-y-secretos-oficiales-en-el-ordenamiento-espanol>
- Rubio Núñez, R. y Gonzalo Rozas, M.A. (2017). Artículo 3. Otros sujetos obligados. En A. Troncoso Reigada (Dir.), *Comentario a la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno* (389-408). Civitas-Thomson Reuters.
- Sánchez de Diego, M. (2013). Transparencia y acceso a la información pública ¿son lo mismo? Por un derecho fundamental a acceder a la información pública. En L. Corredoira y L. Cotino (Dirs.), *Libertad de expresión e información en Internet*, CEPC.
- Sánchez Muñoz, O. (2016). El control sobre la financiación de los partidos políticos en España. En F.J. Matia Portilla (Dir.), *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos* (387-421). Tirant lo Blanch.
- Villoria Mendieta, M. (2006). *La corrupción política*. Síntesis.
- Villoria Mendieta, M. (2020). *Combatir la corrupción*. Gedisa.
- Villoria Mendieta, M. (2021). ¿Qué condiciones favorecen una transparencia pública efectiva? Artículo de revisión. *Revista de Estudios Políticos*, (194), 213-247. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-de-estudios-politicos/numero-194-octubre-diciembre-2021/que-condiciones-favorecen-una-transparencia-publica-efectiva-articulo-de-revision-0>

Un estudio comparado de los códigos éticos de los principales partidos políticos españoles*

A comparative study of the ethical codes of the main Spanish political parties

Carlos José Aguilar García
Universidad de Granada
ORCID ID 0000-0002-4521-1317
carlosagui1997@gmail.com

Cita recomendada:

Aguilar García, C. J. (2022). Un estudio comparado de los códigos éticos de los principales partidos políticos españoles. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 160-179.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7115>

Recibido / received: 23/02/2021
Aceptado / accepted: 02/12/2021

Resumen

La ética en la política es un tema de gran actualidad. La desafección hacia las instituciones democráticas y los propios partidos, por parte de los ciudadanos, hace obligatorio el estudio de la dinámica de estos. Es necesario conocer en qué fallan los partidos políticos a la hora de generar confianza con la ciudadanía, ya que, como señala Linz (2012), hay una generalizada crítica a los partidos que no coincide con una crítica a la democracia. Por eso, en este estudio nos centraremos, desde un enfoque neoinstitucional, en una de las principales herramientas que tienen los partidos para generar confianza con la ciudadanía, los códigos éticos. A continuación, realizaremos un estudio comparado de los códigos éticos de los principales partidos políticos: Partido Popular, Partido Socialista Obrero Español, Podemos y Vox.

Palabras clave

Código ético, partidos políticos, transparencia, ética pública, democracia

* Nota introductoria. Carlos José Aguilar García, doctorando en la Universidad de Granada. Graduado en Ciencias Políticas y de la Administración, por la Universidad de Granada. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Esta investigación es fruto de una estancia en el Instituto de Filosofía del CSIC gracias a una beca JAE-INTRO.

Abstract

Ethics in politics is a hot topic. Disaffection towards democratic institutions and the political parties, on the part of citizens, makes the study of their dynamics mandatory. It is necessary to know in which political parties fail to generate trust with the public. Since as indicated Linz (2012) there is a generalized criticism of parties that does not coincide with a criticism of democracy. For this reason, in this study we will focus, from a neo-institutional approach, on one of the main tools that parties have to generate trust with citizenship, ethical codes. Below we will carry out a comparative study of the ethical codes of the main political parties: Partido Popular, Partido Socialista Obrero Español, Podemos and Vox.

Keywords

Ethical codes, political parties, transparency, public ethics, democracy

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La ética y la política. 3. Partidos políticos y su particular relación con lo público. 4. Los códigos éticos. 5. Los códigos éticos de los principales partidos políticos. 5.1 PSOE. 5.2 PP. 5.3. PODEMOS. 5.4. VOX. 6. Consideraciones finales.

1. Introducción

El estudio de los partidos políticos es uno de los pilares de la Ciencia Política, como señalan Montero y Guther (2003, p.4) estos estuvieron entre los primeros objetos de análisis en el nacimiento de la ciencia política moderna. Como subdisciplina de esta última se ha encargado, desde hace más de un siglo, de estudiar los partidos, los sistemas que componen, su relación con la ciudadanía, su organización interna o sus transformaciones entre otros muchos temas. Esto ha llevado a muchos teóricos a definir a los partidos políticos como un elemento central de nuestra democracia, hasta el punto de señalar que «los partidos políticos son necesarios para la democracia de modo que sin ellos no hay, o no puede haber, democracia» (Esparza, 1998, p.146).

Esta especial relación con la democracia ha dado lugar a una fértil producción de estudios que se focalizan en la democracia y los partidos y la democracia dentro de los partidos. Así, existen estudios recientes como *Contemporary trends in party organization: Revisiting intra-party democracy* (2018), centrado en la democracia interna de los partidos, *Gobernando el vacío* (2013) de Peter Mair, donde se declara el fin de la democracia de partidos, estudios más clásicos como *Democracy and the organization of political parties* de Ostrogorski (1902), *Political parties and democracy* de Larry Diamond (2001) o *Political parties in western democracies* de Leon D. Epstein (1967), o artículos no tan recientes pero de especial interés para el estudio de partidos en el marco democrático como *Estructura y funcionamiento democrático de los partidos políticos españoles* (1998).

Los estudios sobre democracia y partidos cobran, además, especial interés en la actualidad. El descrédito que sufren las instituciones democráticas y la desafección que viven los ciudadanos hacia la política, vincula de manera directa a los partidos, tanto en los efectos negativos que puedan repercutir sobre ellos, como las posibles soluciones que se puedan encontrar. Los principales estudios sobre la situación política en España muestran una desafección basada en bajos niveles de confianza en la política y altos niveles de desinterés (Pérez-Díaz y Rodríguez, 2017, p. 8), fruto

de no poder afrontar los retos globales actuales, y de la falta de virtud de la clase política, la corrupción, la financiación ilegal de los partidos, la crisis económica y la poca transparencia en la democracia (Rodríguez Vaz, 2016, p.6).

Esta situación evidencia la necesidad del estudio de los partidos políticos, ya que estos, como garantes de la democracia (Esparza, 1998, p.146), deben ser capaces de volver a dar crédito a las instituciones de su país con muestras de transparencia; como señala Torres (1991, p.142),

plantear hoy el problema del control y de la responsabilidad política en términos académicos de relación entre Gobierno y Parlamento es cerrar los ojos al real funcionamiento del Estado de partidos. Es ya un lugar común en la bibliografía sobre la materia que el funcionamiento del sistema parlamentario depende más del sistema de partidos que de los mecanismos constitucionales.

Esta centralidad de los partidos políticos en el funcionamiento del Estado causa, a nuestro juicio, que los códigos éticos sean una herramienta excepcional para la garantía de la transparencia en un país. Por esto proponemos este estudio sobre los mismos, para conocer en qué medida los códigos éticos están sirviendo a los partidos como herramientas que dan una mayor transparencia y crédito democrático a los mismos.

Este trabajo es novedoso debido a que, hasta el momento, ha habido muchos estudios sobre rendición de cuentas en los partidos (Alt y Lassen, 2005); (Peschard, 2008); (De la Calle, 2011); (Teixeira, Costa Ramos y Santos, 2020) pero ninguno de ellos analiza los códigos éticos de los principales partidos en España y su capacidad de dotar de transparencia y democracia a los mismos. Tampoco hemos encontrado ninguno que se refiera a los códigos éticos de los partidos en general, pero sí hemos encontrado estudios sobre los códigos éticos en diversas administraciones públicas, como Tomarse en serio los códigos de ética pública de Ausín (2018), que nos servirán de base para nuestro trabajo.

A continuación, desarrollaremos nuestra investigación estructurándola en seis apartados: este primero introductorio, el segundo que analizará la relación entre ética y política, uno tercero que estudiará la posibilidad de definir los partidos políticos como sujetos públicos. El cuarto tratará acerca de los enfoques teóricos sobre los códigos éticos y el quinto analizará el contenido de los códigos éticos de los principales partidos españoles. Por último, finalizaremos con unas conclusiones en las que veremos si los códigos éticos funcionan como herramientas para dotar de mayor transparencia y democracia a los partidos o no.

2. La ética y la política

Iniciar un análisis de los códigos éticos de los actores políticos por excelencia, los partidos políticos, requiere, como condición necesaria, la articulación de un marco teórico consistente sobre la relación entre ética y política. Es por ello, por lo que este apartado pretende exponer los argumentos fundamentales para afrontar esta investigación sobre ética y política desde la tradición republicano cívica. Una vez logrado esto, podremos adentrarnos en la delimitación teórica de otros elementos más concretos, como la capacidad democratizadora de los códigos éticos.

La relación entre ética y política es quizás de las más complejas de articular. Diversas son las posiciones en torno a esta combinación, y siempre, aunque cueste asumirlo, son ideológicas o parten desde perspectivas teóricas incompatibles entre

sí. De esta manera define Slavoj Žižek la relación entre Derechos Humanos y Política. Los Derechos Humanos, como un elemento nutrido de valores, están a su juicio constituyendo un intento de «política supuestamente despolitizada» (Žižek, 2005, p. 95). Así pues,

[...] en el momento en que los derechos humanos se despolitizan, el discurso relacionado con ellos tiene que cambiar: la oposición prepolítica entre el Bien y el Mal debe movilizarse de nuevo. El actual “nuevo reinado de la ética”, claramente invocado, por ejemplo, en la obra de Ignatieff, descansa por consiguiente en un gesto violento de despolitización, privando al otro discriminado de cualquier subjetivación política (Žižek, 2005, p. 97).

Esa despolitización de la política que supone el actual consenso de los Derechos Humanos, según Žižek, lleva la política a un plano previo a ella misma, impidiendo el conflicto entre bien y mal, el conflicto ético, asumiendo que el único elemento ético que permite el diálogo político es el que parte de los Derechos Humanos –que a juicio de Žižek (2005, p. 95) «verla como una ideología del intervencionismo militar que sirve a unos propósitos políticos y económicos específicos»–.

Estas referencias, aunque profundizan más en otras temáticas, muestran el evidente conflicto que existe entre ética y política. Evidencian la subordinación de una sobre otra, y no la articulación de ambas. Puede haber un consenso ético sobre el que desarrollar la política o un terreno político donde entren en conflicto las posiciones éticas –en este caso «una ética pública significa atribuir necesariamente» a la política «algún contenido específico que se establece sólo a partir de cómo se den las relaciones de fuerza en una sociedad particular» (Yanuzzi, 2005, p. 81)–. Este último terreno es en el que encontramos las identidades partisanas de Carl Schmitt, aquellas «identidades parciales caracterizadas por un desacuerdo moral y político en las que uno se define por el no reconocimiento del otro como actor legítimo» (Schmitt, 2013, p. 148).

Estos dos escenarios en los que se relacionan ética y política son los escenarios de la política y lo político. En lo político encontramos la dimensión antagónica de enemistad entre actores, de planteamientos incompatibles, mientras que la política

consiste en domesticar la hostilidad y en tratar de neutralizar el antagonismo potencial que acompaña toda construcción de identidades colectivas. El objetivo de una política democrática no reside en eliminar las pasiones ni en relegarlas a la esfera privada, sino en movilizarlas y ponerlas en escena de acuerdo con los dispositivos agonísticos que favorecen al respeto del pluralismo (Mouffe, 2017, p. 14).

De esta manera, en la actualidad, nos dotamos de un contexto democrático que pretende articular la relación entre ética y política desde «una concepción moderna de ciudadanía» que «debería respetar el pluralismo y la libertad individual» (Mouffe, 2017, p. 85).

Este es el punto de partida teórico e ideológico que escogemos para analizar la relación entre ética y política, el republicanismo cívico, para el cual «la democracia tiene una función constructiva que dota a la ciudadanía de la posibilidad y la capacidad de aprender los unos de los otros ayudando a la sociedad a formar sus valores y establecer sus prioridades» (Fernández-Llebrez, 2020, p. 15). Una articulación entre ética y política que parte de una relación entre la «concepción republicana clásica de ciudadanía y la democracia moderna» (Mouffe, 2017, p. 92).

3. Partidos políticos y su particular relación con lo público

En este apartado intentaremos desarrollar un marco teórico que nos permita estudiar los códigos éticos como elementos que ayudan a la democratización de los partidos. Para ello, seleccionaremos un enfoque concreto y un marco de referencia, además de estudiar la relación público-privada de los partidos que los hace tener unas particularidades organizativas concretas para el estudio de su democratización.

La aproximación al estudio de los partidos políticos puede hacerse desde diferentes enfoques; como el sociológico que se centra en «explicar los fenómenos políticos a partir de los fenómenos sociales subyacentes» (Ware, 2004, p. 36), donde encontraríamos a la escuela marxista, o el enfoque competitivo, el cual supedita el estudio de los partidos al de la competencia electoral, considerando las transformaciones de estos como el fruto de la contingencia por la obtención de votos en la arena electoral, siendo los partidos meros organizadores de campañas electorales (Webb y Farrel, 2000).

Aunque los anteriores enfoques sean muy ricos y de gran utilidad para el estudio de los partidos, el objeto de esta investigación requiere otro tipo de aproximación. Vamos a estudiar los partidos como entidades privadas que tienen un nivel tan alto de responsabilidad pública que les lleva a poder considerarse parte misma del Estado. El mejor enfoque para compatibilizar esta doble visión público-privada es el neoinstitucional, que asocia los resultados políticos al Estado, sus instituciones y, además, a instituciones del ámbito social y económico (Ware, 2004, p. 41). Este enfoque nos va a permitir realizar una mirada holística de los partidos políticos y la administración, siendo estos definidos como los principales instrumentos de participación política y expresión de la voluntad popular, como recoge la Constitución española.

Desde este enfoque defenderemos que los partidos políticos son sujetos público-privados fruto de la relación parte-todo que recoge Sartori. A juicio de este autor el marco parte-todo justifica el pluripartidismo, ya que: «si un partido es una parte, de ello se sigue que el todo no puede estar representando ni constituido por una parte nada más, para sí misma, como una parte sin relación con el todo» (Sartori, 2005, p. 102). Esto nos muestra que un partido político no puede entenderse como un ente aislado y privado, sino que ha de comprenderse en su relación con el todo social que deberían representar la suma de partidos. Esta relación entre todo y parte es la relación entre instituciones y partidos, que conecta el mundo público y privado de los partidos políticos, lo que nos permite, en definitiva, estudiar los códigos éticos no como códigos de empresa, sino como códigos que sirven a lo público, al ciudadano.

El marco teórico acerca de los partidos que hemos expuesto tiene su plasmación práctica en la Constitución Española y la Ley de Partidos, como señala Solozabal Echevarría, esta última ley «prefigura una especie de estatuto de organización tipo» para los partidos políticos, recogiendo unas líneas generales sobre los requisitos estructurales de los partidos políticos, a los que la Constitución complementa solidificando los fines de los partidos, como instrumentos de participación política y de expresión de la voluntad popular en su artículo sexto. Todo ello garantiza que «los partidos que son partes son instrumentos para dirigir un todo pluralista: presuponen la diversidad e institucionalizan el disenso» (Sartori, 2005, p.103). Como señala Peschard todas estas funciones, que suponen la integración de los ciudadanos en el Estado, la estructuración de demandas políticas o el desarrollo

de sus funciones en las instituciones públicas, les hacen someterse «a las obligaciones de las dependencias y los actores públicos» (Peschard, 2008, p. 23).

Estas funciones que hacen de los partidos un instrumento público fundamental para la democracia, abren el debate de si para su correcto funcionamiento los partidos políticos también han de ser democráticos. A juicio de Esparza (1998, p. 147), la no democracia de los partidos da lugar a la corrupción política, mientras que para otros autores la no democracia de los partidos no va asociada a corrupción, sino a la oligarquización, como es la clásica Ley de Hierro de la oligarquía de Robert Michels¹ (1979), o como muy detalladamente expone Maurice Duverger en la siguiente afirmación:

la organización de los partidos no está, ciertamente, de acuerdo con la ortodoxia democrática. Su estructura interior es esencialmente autocrática y oligárquica: los jefes no son realmente designados por los miembros, a pesar de las apariencias, sino cooptados o nombrados por el centro; tienden a formar una clase dirigente, aislada de los militantes, una casta más o menos cerrada sobre sí misma» (Duverger, 2012, p. 448).

La democracia interna de los partidos es un debate profundo y casi podríamos definirlo como inacabable. Pese a que la Ley de Partidos recoge que deben tener un funcionamiento democrático, estos no dejan de ser organizaciones, que adolecen de sus problemas internos. Para abordar esta cuestión no nos apoyaremos en los teóricos de los partidos como entidades no democráticas, sino en autores que los entienden como organizaciones que, como tales, gozan de sus dilemas. Angelo Panebianco recoge en su obra *Modelos de Partidos*, un profundo análisis del funcionamiento organizativo de los partidos, del cual identifica que en el seno de los partidos políticos existen relaciones de poder, moduladas por lo que él denomina las zonas de incertidumbre (Panebianco, 2017, p. 84). Estas zonas son las 6 actividades vitales de la organización de los partidos: la competencia –quien detenta ciertas funciones concretas–, las relaciones con el entorno, la comunicación –los canales de comunicación en los partidos suponen una herramienta de control fundamental de la organización, al regular qué conoce la militancia y qué no–, las reglas formales, la financiación y el reclutamiento de nuevos miembros.

Las zonas de incertidumbre de Panebianco nos permiten aproximarnos a los códigos éticos como elementos necesarios, ya que, con esta delimitación de las relaciones de poder en el seno de los partidos, estos ya no son meros actores oligárquicos, sino que, según cómo distribuyan estos seis elementos, van a ser más o menos democráticos. Los códigos éticos, desde esta perspectiva, van a poder ser herramientas útiles para el desarrollo democrático de los partidos políticos.

En definitiva, para poder aproximarnos a los códigos éticos de los partidos como una herramienta de democratización necesitamos adoptar un enfoque neoinstitucional y un marco parte-todo, que nos permita entender la relación público-privada de los partidos y su vinculación de parte a las instituciones. Además, no podemos adoptar perspectivas oligárquicas, sino que debemos entender a los partidos como organizaciones garantes de la democracia, que pueden tener un

¹ Juan J. Linz nos expone que el término oligarquía recogido en Michels tiene diferentes acepciones, que se pueden enumerar de la siguiente manera: formación de un liderazgo, formación de un liderazgo profesional y su estabilidad, formación de una burocracia, centralización de la autoridad, sustitución de fines últimos por fines instrumentales, creciente rigidez ideológica, creciente diferencia entre los intereses de los líderes y de los miembros, disminución de las posibilidades de los miembros en la toma de decisiones, cooptación de líderes de la oposición emergentes, y paso de un electorado de clase a uno más amplio, de los miembros al electorado. (Linz, 2009, p. 613)

correcto desarrollo democrático bajo ciertas condiciones sobre las relaciones de poder y las zonas de incertidumbre, para lo cual los códigos éticos son grandes herramientas.

4. Los códigos éticos

Una vez establecido nuestro marco de trabajo acerca de la ética, la política y los partidos políticos podemos entrar a analizar los códigos éticos. Estos son una herramienta fundamental para el desarrollo democrático de un país. La fuerza de las instituciones políticas depende de su capacidad para generar confianza en los ciudadanos (Ausín, 2012, p. 11). Para ello, es necesario que los políticos que componen dichas instituciones sirvan a los valores democráticos, y los códigos éticos son los mecanismos que permiten evaluar la actuación de los políticos (Ausín, 2012, p. 11). Para ello, los códigos éticos se dotan de una serie de principios y unos mecanismos que garanticen su aplicación y seguimiento. Los principios que suelen seguir estos códigos son los de la ética pública, muy vinculados a «los conceptos de apertura, participación, eficacia y coherencia» (Ausín, 2018, p. 427).

Estas herramientas han cobrado importancia tanto en el ámbito público como en el privado. En el mundo empresarial, como señalan Mendes y Clark (1996), han existido cinco generaciones de códigos éticos: la primera centrada en los conflictos de interés entre las empresas y los empleados, la segunda en la relación empresarial con la corrupción y el ámbito público, la tercera se centra en los derechos de los empleados, la cuarta en la responsabilidad social de las empresas ante los cambios sociales y la última en la importancia de no fomentar gobiernos autoritarios con la inversión del dinero privado. En el ámbito público, los códigos éticos han ayudado a la institucionalización de la ética en este sector, junto a organismos de control de calidad, nacionales e internacionales, de participación ciudadana y documentos de buenas prácticas (Ausín, 2012, p. 145). Los partidos, como ya vimos, se mueven entre estos dos mundos, al ser entidades privadas que actúan como servidores públicos, luego sus códigos éticos deben tener características tanto de la ética pública como de la privada.

Los códigos éticos de estos partidos deberán ser «declaraciones sobre principios, valores y conductas deseables y exigibles» con «diferentes niveles de generalidad y especificidad» (Ausín, 2018, p. 430) que no buscan regular conductas legales, sino la ética y los hábitos de los partidos, poniendo «en marcha los recursos morales de los que se dispone para generar confianza» (Lozano, 2007, p. 226). Estos códigos, a juicio de Txetxu Austin cumplen cuatro funciones esenciales: el reconocimiento de ciertos elementos morales, la pedagogía al servir «como guías éticas de la actividad» (Ausín, 2018, p. 432), la protección y prevención, incluyendo mecanismos de protección, y la ejemplaridad, otorgándole prestigio a la institución que los implementa de manera correcta (Ausín, 2018, p. 434), en este caso los partidos políticos. Estas cuatro funciones solo pueden ser garantizadas si los códigos éticos recogen los siguientes seis requisitos mínimos: la participación, la flexibilidad, la adhesión, los canales, la monitorización y la difusión (Ausín, 2018, p. 438).

La participación hace referencia a que estos códigos han de ser elaborados por la propia organización, es decir, por los propios partidos. Esto no supone la exclusión de asesoramiento externo, ni de la participación ciudadana, en la medida que sea necesario (Ausín, 2018, p. 435), pero lo fundamental es que sea elaborado desde dentro, con el conjunto de actores que componen el partido y conocen las debilidades del mismo. Esta co-regulación tiene sus inconvenientes a la hora de garantizar «¿cómo se regula éticamente el propio regulador?» (de Miguel y Bañón,

2012, p. 212), para lo cual, como veremos más adelante, son fundamentales la monitorización y la difusión.

La monitorización es el requisito más importante de todo código ético, es el que le dota de una capacidad real para juzgar la ética de una organización, de sus miembros o de sus actores, al ser la garantía de su aplicación. La monitorización concreta debe quedar recogida en los códigos éticos a través de la atención a quejas, la resolución de consultas y dilemas, permitiendo la formulación de propuestas y recomendaciones (Ausín, 2018, p. 436). Esta parte de los códigos éticos es la que responde a las exigencias de rendición de cuentas que demanda la sociedad (Lozano, 2007, p. 227).

La anterior característica requiere, para tener eficacia, de la difusión, ya que es la que permite informar a la organización y a la ciudadanía de las problemáticas que se han monitorizado. La implementación de las nuevas tecnologías de la información es fundamental para poder afrontar este requisito, debiéndose publicar informes de los partidos, de manera periódica, en su página web, realizando seminarios o utilizando las páginas web para la difusión de la cultura ética y la aplicación de la misma en el partido. La difusión también es fundamental para dar a conocer el siguiente requisito: los canales que permiten realizar consultas y denuncias «relativas a los códigos éticos» (Ausín, 2018, p. 436). Obviamente esta difusión tiene que ir de la mano con la seguridad del denunciante, garantizando su anonimato en todo momento.

Los dos últimos requisitos para el buen funcionamiento de los códigos éticos son la flexibilidad y la adhesión. El primero hace referencia a la necesidad de que estos documentos sean abiertos, ya que «para que la ética sea una ética realmente vivida, los códigos de conducta² deben seguir teniendo una función inspiradora» (de Miguel y Bañón, 2012, p. 223), deben ser instrumentos vivos, abiertos a las recomendaciones que recogemos con anterioridad. Además, la flexibilidad debe estar relacionada con la capacidad de adaptación del código, evitando su estancamiento. Es por ello por lo que señalamos que el código no debe regular conductas legales sino éticas, pudiendo ser en ocasiones interesante la flexibilidad en el ámbito sancionador, atendiendo a los cambios sociales o culturales. Por último, la adhesión es otro elemento fundamental, pese a que los códigos sean flexibles, «debe quedar claro a quién afecta y cómo se establece la fuerza vinculante del mismo» (Ausín, 2018, p. 437), quedando claras, en todo momento, las responsabilidades y compromisos de todo aquel que lo firma.

Una vez establecido esto, ya sabemos cuáles son los requisitos básicos para el correcto funcionamiento de los códigos éticos. Lo que pretendemos a continuación es operacionalizarlos. Para ello, distribuiremos una puntuación de hasta el 100% entre los 6 requisitos seleccionados, para poder evaluar con ello de manera comparativa los códigos éticos de los principales partidos en España.

Tabla 1. Tabla para evaluar códigos éticos

Participación: 15%	5% elaboración interna 10% elaboración desde la base
Flexibilidad: 5%	5 %

² En este caso se utiliza código de conducta como sinónimo de código ético, pese a sus posibles diferencias teóricas.

Adhesión: 15%	10% claridad en a quienes afecta 5% fuerza vinculante
Canales: 20%	10% medios de denuncia 10% medios de consulta relativa al código ético
Monitorización: 30%	Periodicidad 10% Órgano externo 20%
Difusión: 15%	Intraorganizativa 10% Extraorganizativa 5%

Fuente: Elaboración propia

En la anterior tabla recogemos los porcentajes que le atribuimos a cada actividad como categorías, dividiéndolas aún más en subcategorías. De esta manera, la participación consta de dos partes, la elaboración interna del documento y la participación de las bases del partido, sumando un total de un 15% de la puntuación. La flexibilidad del documento supondrá un 5%, mientras que la adhesión será un 15%, evaluando la claridad de a quiénes afecta y su fuerza vinculante. Los canales y la monitorización, al ser los dos elementos más importantes, sumarán el 50% de la evaluación, recogiendo los medios de denuncia, los medios de consulta, la periodicidad de las evaluaciones y si el órgano evaluador es externo al centro de poder del partido. Por último, la difusión puntuará un 15%, dividiéndose entre difusión hacia afuera de la organización y hacia adentro de la misma.

La participación

significa la toma colectiva de las decisiones con la intervención de (todos) los que han de ser afectados por la decisión o por sus representantes (elegidos por el cuerpo social). Participación que se ha de producir no sólo en el momento de la decisión, de la votación, sino también, y de modo muy relevante, en el momento de la deliberación y el intercambio de razones y argumentos (Ausín, 2014, p. 63).

Esta es la definición que nos hace diferenciar su categoría en dos partes, en elaboración interna y en elaboración desde la base. La primera es importante e independiente, pese a incluir la segunda, debido a que es la garante de que el código ético adquiera resiliencia en el partido político. La elaboración interna permite que quienes conocen los fallos de su organización los puedan señalar e indicar dónde falla éticamente, mientras que la elaboración desde la base asegura que esa decisión es fruto de un intercambio de argumentos y razones de todas las partes de la organización, y que las élites del partido no redactan el código ético para su beneficio. Por eso, estos elementos están separados y tienen una importancia del 15%, y esa misma separación es la que explica la flexibilidad que deben tener los códigos éticos. Estos han de ser adaptativos a las diferentes situaciones y contingencias, y por ello las bases han de participar, pues son las concededoras, en las instancias concretas, de estas realidades. Sin embargo, este elemento solo recibe 5 puntos sobre 100, y es debido a que, si bien es fundamental, su sola presencia no aporta una mejora a la situación del partido sin las otras.

Los canales y la monitorización, por su parte, son la contrapartida a la flexibilidad, son el requisito sin el cual todos los demás no tienen sentido, por eso son valorados con un 20 y 30 por ciento. Si la participación es importante en el momento fundante del código, en su desarrollo diario es donde le da toda su vitalidad, en sus consultas y denuncias. Es necesaria una militancia activa en exigencia ética y unos

canales que le permitan actuar acorde con este compromiso. La monitorización es la más valorada porque es el paso previo a todas las consecuencias que puede suponer un código ético, es la medida mediante la cual el código ético cobra vida. Esta debe ser periódica y estar realizada por un órgano externo (esta entidad de monitorización actuaría como el órgano de garantía de todo el sistema de integridad del partido y por ello su papel es crucial. Cuál sea su composición es una cuestión muy relevante, pero al menos ha de ser independiente a los equipos de dirección del partido y sería deseable que contara con la participación de especialistas externos a la propia organización; ello otorgaría sin duda mayor independencia y legitimidad a dicho órgano de garantía). Su periodicidad ha recibido un 10% porque no basta solo con un código ético reactivo, que actúe ante denuncias, sino que ha de ser proactivo, emitiendo informes periódicos y evaluando el partido. Obviamente, el órgano externo tiene un 20% de la puntuación por esto mismo, porque esta evaluación y todos los canales de consulta y denuncia caen en saco roto si no van a un ente externo a los órganos de dirección, que sea independiente y pueda emitir juicios sin condicionamientos.

La difusión ha sido valorada con un 15%, ya que, junto a la monitorización y los canales, cierra el círculo de la *accountability*, es decir, de la rendición de cuentas del partido. «Los partidos políticos tienen una responsabilidad destacada en esta dimensión en la medida en que son los intermediarios en la relación principal-agente» (Verge, 2007, p. 31), es decir, entre ciudadanos y representantes, luego deben idear «mecanismos de control ex ante» como los códigos éticos a través de estos tres elementos. Por ello, se valorará la difusión interna y externa, dándole prioridad a la primera sin olvidar la segunda. Ambas constituyen el *feedback* necesario para los canales, ya que «el participante no puede exigir que hagan caso a su propuesta, pero sí que tiene derecho a saber que su aportación ha sido recibida, tenida en cuenta y, en su caso, saber por qué no se adopta finalmente» (Cotino, 2012, p. 7).

Para finalizar, la adhesión, recibe también ese 15%, ya que si no está establecido con claridad quién está sometido al código, este se convierte en una mera declaración no vinculante. Por ello, para que cobre sentido, debe recoger a quienes afecta, con cierta fuerza vinculante, pero no excesiva, ya que una excesiva rigidez puede vulnerar la flexibilidad del documento, por eso flexibilidad y fuerza vinculante tienen ambas un 5%.

En el plano concreto la claridad a la hora de ver a quienes afecta el código se evaluará gradual y comparativamente, el que mayor desglose tenga recibirá la máxima puntuación, es decir, 10 puntos. La fuerza vinculante y la flexibilidad se evaluarán mutuamente, una excesiva fuerza vinculante anulará ambos valores, mientras que una excesiva flexibilidad afectará a la fuerza vinculante. La difusión se evaluará de la siguiente manera: si no hay documentos públicos de cara al exterior acerca de las evaluaciones éticas se darán 0 puntos de evaluación extra-organizativa, si solo se emiten documentos de cara a órganos directivos se evaluará con 5 puntos la difusión intra-organizativa, si se difunde la información a las bases recibirá 10 puntos en la anterior categoría, y si la difusión es total, interna y externa, se recibirán los quince puntos.

Por último, la participación recibirá la máxima puntuación si es elaborada en el máximo órgano de decisión en el que participan las bases, suelen ser los congresos. Recibirá la mitad de elaboración desde la base, pero toda la de elaboración interna, si es desarrollado en otro órgano de participación amplio y con las bases que no sea el congreso (por ejemplo, una Conferencia Política entre congresos), y solo recibirá los puntos de la elaboración interna, sin los puntos de la

base, si lo hace solo un órgano directivo. Por otro lado, la monitorización será evaluada de manera gradual, mientras más periódico sea el trabajo del órgano evaluador, y mientras más externo y especializado sea este, mayor puntuación tendrá. Pero si este órgano es muy cercano a las ejecutivas de los partidos, no está especializado –ya sea con juristas, filósofos o cualquier otra persona con perfil ético en términos de Batusta (2014, pp. 113-116)– y no emite informes periódicos recibirá la mínima puntuación.

5. Los códigos éticos de los principales partidos políticos

5.1. PSOE

El Partido Socialista Obrero Español recoge en el artículo 2.º de su reglamento de la Comisión Federal de Ética y Garantías que este órgano será el intérprete de su Código ético aprobado en el 34 Congreso del PSOE (1997). Sin embargo, en el Código ético de su página web hacen referencia al Código ético de 2014, redactado por la conferencia política de 2013 del partido y aprobado por la Comisión federal de ética. Más allá de esta confusión de fechas, que debería ser corregida, ya que en el reglamento de la Comisión que debería interpretar el Código ético se hace referencia a un Código ético ya inexistente, podemos concluir que el Código ético vigente en el PSOE es el de 2014, en el cual se recoge, además, su interpretación por parte de la Comisión ya mencionada.

Una vez establecido esto podemos evaluar la capacidad de este código, de acuerdo con los parámetros del anterior apartado. El código original fue elaborado con participación de las bases, al ser realizado en un Congreso Federal, luego garantiza la elaboración interna que recogemos en nuestra evaluación. Sin embargo, su posterior modificación, ha sido realizada por una conferencia política que, a diferencia del Congreso, no es el máximo órgano de decisión y participación del partido, aunque sí es democrático. Esto nos hace evaluar con la mayor puntuación la categoría de elaboración interna, pero con la mitad la de la elaboración desde la base, al no haber sido aprobado, el último documento, en el mayor órgano democrático del partido.

En la adhesión al documento el Código ético del Partido Socialista es claro a la hora de recoger a quienes les afecta, recogiendo en su punto dos, de manera más específica, a: cargos públicos elegidos en las candidaturas del PSOE, designados a propuesta de cargos electos del PSOE, al personal eventual contratado por el partido, a los integrantes de las comisiones del partido, a la militancia del PSOE y a los miembros del PSOE designados en cualquier entidad con participación o de carácter público. Se recoge, además, que será exigible la aceptación y el respeto del código ético por parte de todos estos. La Comisión Federal de Ética y Garantías podrá formular advertencias y recomendaciones, recordando el necesario cumplimiento de los Estatutos y del Reglamento a militantes o grupos de los mismos. Además, si la Comisión conoce hechos sancionables deberá comunicárselo al órgano competente, estos últimos deberán después informar de sus actuaciones a la Comisión Federal de Ética y Garantías. Estos contenidos nos llevan a evaluar de manera positiva la adhesión a este documento, otorgándole toda la puntuación a la claridad (10%) y la mitad de la puntuación a la fuerza vinculante, al no encargarse de ella la Comisión ética, sino delegarlo en los órganos competentes (2,5%).

En la esfera de los canales el Código ético cuenta con muchas carencias. No llega a concretar canales que constituyan medios de consulta ni de denuncia. Para estos últimos hemos de ir al artículo 37 del reglamento de la Comisión Federal de

Ética y Garantías, donde se recoge que: «los militantes que consideren conculcado o vulnerado alguno de sus derechos estatutarios, dispondrán del trámite de queja en amparo ante la Comisión Federal de Ética y Garantías». Esta situación nos obliga a no dotar de ninguna puntuación a los medios de consulta, y de tan solo la mitad a los de denuncia, al estar en un reglamento diferente y al no incluir denuncias de fuera del partido, siendo la puntuación un 5% de 20.

La monitorización, pese a ser la característica más importante de un Código ético, no alcanza los niveles óptimos o deseados. Esto es debido a que no encontramos una monitorización periódica y pública a la vez, solo existe un informe anual que desarrolla la Comisión ética y que se eleva a la Comisión Ejecutiva Federal, no siendo accesible ni para la militancia ni para la sociedad. Además, dicho informe no queda recogido por el Código ético, sino que, de nuevo, está reflejado en el reglamento de la Comisión ética. En el ámbito del órgano evaluador, que, en este caso, sería la Comisión Federal de Ética y Garantía, que es externa al órgano de poder del partido y no puede estar compuesta por personas con cargos ejecutivos federales, nacionales o regionales del partido –así lo refleja el artículo 3 de su reglamento–. Al estar recogido esta composición en un reglamento diferente del Código ético, y al no tener una capacidad de monitorización pública no le vamos a otorgar la máxima puntuación a este órgano. La monitorización quedaría con un 17,5 sobre 30, con 2,5 puntos de periodicidad y 15 puntos de órgano externo.

La difusión es el elemento en el que este Código ético más fallos tiene. El hecho de solo emitir un informe al año, y que sea a la ejecutiva federal, además de acudir a órganos del partido ante las denuncias, hace que la publicidad de su actuación sea escasa. A nivel interno, al menos, informa a los militantes concretos de sus responsabilidades como tales, y avisa ante las situaciones problemáticas a los órganos del partido, pero en ningún caso hace difusiones generales para toda la militancia de la situación del partido, y ni mucho menos traslada información a la ciudadanía. Esto nos lleva a puntuar con 0 a la difusión hacia el exterior y a puntuar con un 5 a la difusión hacia el interior, quedando un 5 sobre 20.

La flexibilidad del documento, que es la última categoría que nos queda por analizar, es amplia, siendo este incluso complementado por el reglamento de la Comisión ética. En ella se recogen principios que guían la actuación y se hace especial énfasis en combatir la corrupción y los conflictos que puedan surgir por cuestiones económicas o que hagan referencia a las propiedades de militantes y cargos públicos. Las sanciones quedan abiertas al órgano competente y el Código ético y el reglamento de la Comisión ética solo recogen advertencias e inicios de investigación. Todo ello demuestra que el Código ético es flexible, lo que no sabemos es si lo es demasiado, pero ello requeriría un estudio de campo en el propio partido, ya que no hay acceso a los informes anuales de evaluación, luego le concedemos un 5 sobre 5 a la flexibilidad, obteniendo el Código ético del PSOE una puntuación de 55 sobre 100.

Tabla 2. Evaluación Código ético PSOE

Participación: 10%	5% elaboración interna 5% elaboración desde la base
Flexibilidad: 5%	5 %
Adhesión: 12.5%	10% claridad en a quienes afecta 2,5% fuerza vinculante

Canales: 5%	5% medios de denuncia 0% medios de consulta relativa al código ético
Monitorización: 17,5%	Periodicidad 2,5% Órgano externo 15%
Difusión: 5%	Intraorganizativa 5% Extraorganizativa 0%

Fuente: Elaboración propia

5.2. PP

El Partido Popular aprobó su primer Código ético en el año 1993, según su actual código este fue revisado continuamente hasta la aprobación de un Código de Buenas Prácticas en 2009. El Código ético vigente en este momento data del 2018, y fue aprobado por el Comité Ejecutivo del Partido Popular. Este Código destaca por estar fuertemente centrado en cuestiones económicas y de corrupción. Su aprobación y modificación por el Comité Ejecutivo es quizás su mayor déficit, pero a continuación procederemos a evaluar todas sus dimensiones.

En términos de participación es complicado hacer una evaluación observando solo los documentos. Ni el Código ético ni los Estatutos del Partido Popular, ambos del 2018, especifican cómo se desarrollará el debate en torno al Código ético, solo se recoge que será aprobado por el Comité Ejecutivo tanto el Código ético como sus modificaciones. Esto supone una gran carencia de participación de las bases, ya que la decisión última la tiene la ejecutiva. Por ello, la evaluación será de 5 puntos, por ser elaborado internamente y por no participar las bases en su aprobación. Todas estas evaluaciones se podrán mejorar con un trabajo más profundo que contenga un estudio de campo, que permita delimitar en el ámbito práctico el poder de la ejecutiva sobre la aprobación del documento.

En el ámbito de la adhesión encontramos una recopilación de miembros a los que les afecta este código ético. En el propio código, en el artículo segundo de su capítulo primero, se recoge que será de «obligado cumplimiento para todos los empleados y cargos directivos y orgánicos del Partido». Mientras tanto, en los estatutos el Partido Popular solo recoge, en el artículo 2.2 del título preliminar, que mediante ponencias o Congresos se ofrece «un código político y ético a los Cargos Públicos del Partido Popular». Esta contradicción, además de la poca especificidad de las categorías de personas afectadas en comparación con el PSOE, nos lleva a evaluar la adhesión en un 7,5 sobre 10. En el ámbito de la fuerza vinculante esta se plantea de forma expresa en el Código ético, además de recoger la expulsión en el artículo 11.1.c de sus Estatutos de la siguiente manera «por incumplimiento grave de los Estatutos del Partido, reglamentos y códigos, cuando así lo acuerde el Comité Nacional de Derechos y Garantías». Esto está compatibilizado con la flexibilidad del documento, lo que nos hace darle un 5% en fuerza vinculante y un 5% en flexibilidad.

Pese a que estos dos últimos elementos hayan obtenido buena puntuación, el ámbito de los canales destaca por su difuminación entre órganos y normativas. En los Estatutos, como hemos recogido en el anterior párrafo, se habla de Comité Nacional de Derechos y Garantías, el cual tiene su desarrollo en el reglamento disciplinario, donde se recoge en su artículo 13.4 que «El Comité Nacional de Derechos y Garantías será el único órgano competente para interpretar los Estatutos Nacionales y los Reglamentos del Partido», no haciéndose referencia a los códigos, que si se

hace en el estatuto. Sin embargo, en el propio Código ético se recoge que la competencia para la interpretación y accesibilidad del Código será del Órgano de Cumplimiento Normativo, el cual no aparece en ningún otro documento del partido, ni en los estatutos ni en sus reglamentos, luego no conocemos sus funciones ni composición. Además, hace referencia a la Oficina del Cargo Popular para tramitar las denuncias. Esta oficina, que sí tiene reglamento, es nombrada «a propuesta del Presidente por el Comité Ejecutivo», según el artículo 4.3 de dicho reglamento. Por último, en el Código ético se recoge que las personas sometidas al mismo deberán comunicar cualquier infracción al OCN y que, para ello, tienen el Canal Interno de Denuncias, que sí está recogido en los estatutos. Este complejo organizativo, confuso y contradictorio, nos hace evaluar los canales internos de denuncia con un 5 sobre 10 y, los de consulta con un 0, al no estar recogidos en su normativa.

En el ámbito de la monitorización, las evaluaciones que se recogen en el Código ético son tan solo de índole económica, haciendo referencia a auditorías y revisiones de inventario, sin centrarse en la elaboración de informes que, con una periodicidad, evalúen el desarrollo ético del Partido. Se habla en el artículo 2.e del Código de «pruebas de control interno periódicas», pero no se especifica el cómo, el quién ni cuál será esa periodicidad. Esto nos lleva a evaluar con un 2,5 sobre 10 la periodicidad y con un 5 sobre 20 la presencia de un órgano externo, ya que la Oficina del Cargo Popular, que es la encargada de tramitar las denuncias, es nombrada por el ejecutivo, y la OCN que, según el código en su capítulo I artículo 5, es la encargada de la interpretación del código, está supervisada «por el Comité de Derechos Garantías [CDG] y, en última instancia, por el Comité Ejecutivo». El CDG, a su vez, es nombrado por la Junta Directiva del Partido, la máxima autoridad entre congresos, y que está compuesta por el Comité Ejecutivo, 30 vocales elegidos por el Congreso, Diputados, Senadores, Eurodiputados, entre otros. Como vemos, estos órganos de interpretación, trámite o evaluación se encuentran controlados o nombrados por estructuras jerárquicas del partido, y no por la base del partido o mediante el convenio o la contratación de un grupo independientemente, lo que nos hace evaluar a la monitorización con tan solo 7,5 puntos.

Por último, en la difusión el código ético popular tiene características similares al código socialista, al no especificar la periodicidad de los informes y al enviar estos solo al Comité Ejecutivo. Además, la información se mueve tan solo entre los órganos que la gestionan, que en este caso son diversos, pero no llega a la militancia, tan solo a aquella que esté vinculada al procedimiento concreto que estudie el código ético. La ausencia de evaluaciones y la poca difusión que reciben los informes o juicios desarrollados, como consecuencia del código ético, hace que evaluemos esta categoría con un 5 sobre 20. Obteniendo en total el código ético del Partido Popular una puntuación de 40 sobre 100.

Tabla 3. Evaluación Código ético PP

Participación: 5%	0% elaboración interna 5% elaboración desde la base
Flexibilidad: 5%	5 %
Adhesión: 12.5%	7,5% claridad en a quienes afecta 5% fuerza vinculante
Canales: 5%	5% medios de denuncia 0% medios de consulta relativa al código ético

Monitorización: 7,5%	Periodicidad 2,5% Órgano externo 5%
Difusión: 5%	Intraorganizativa 5% Extraorganizativa 0%

Fuente: Elaboración propia

5.3. PODEMOS

Para estudiar el Código ético de Podemos necesitamos dos documentos diferentes: sus Estatutos y su Código ético. Esto es consecuencia de que en el Código ético no se hace referencia al órgano evaluador del cumplimiento del Código ético, sino que este se recoge en el Estatuto. Otra problemática del documento ético de Podemos es que en sus estatutos se hace referencia indistintamente a código y documento ético, para hablar de un mismo documento. El anterior código fue denominado código y el actual es un «documento ético», quizás de allí venga dicha confusión.

En el ámbito de la participación Podemos obtiene su mejor puntuación, al elaborar su Código ético desde la base y de manera interna, a través de su Asamblea Ciudadana Ordinaria, y sin posibilidad de ser modificado en una extraordinaria. Esta Asamblea equivale al Congreso del resto de partidos, luego es el máximo órgano de participación democrática. Esto nos lleva a otorgarles los 15 puntos de participación. De igual manera, en la categoría flexibilidad también obtienen los 5 puntos, al ser un documento que recoge los compromisos éticos de manera abierta, enumerando valores que deben guiar a los militantes, y recogiendo solo que su incumplimiento supondrá una sanción muy grave, que como veremos está recogida en los estatutos y no en el documento ético.

En términos de adhesión, el Código ético de Podemos es similar al del Partido Popular, haciéndose referencia a «todos los cargos de Podemos» o a todos los «cargos electos e internos de Podemos». Esta poca especificidad a la hora de enumerar a los tipos de miembros nos hace evaluarlos con un 5 sobre 10 en claridad, y en un 5 sobre 5 en fuerza vinculante, debido a la sanción muy grave que se recogía con anterioridad.

Para finalizar, vamos a analizar las tres categorías en las que el Código ético de Podemos obtiene una peor puntuación. Los canales de denuncia y consulta no aparecen recogidos en el Código ético. Las denuncias que se pueden realizar ante la Comisión de Garantías del partido no hacen referencia al Código ético, luego en esta evaluación no obtienen ningún punto. En el ámbito de la periodicidad, no se hace referencia a la elaboración de informes periódicos, solo se realizan a petición de órganos del partido y no son vinculantes, según el artículo 19 de su documento organizativo. En ese mismo artículo se recoge que podrá resolver sobre cualquier cuestión que se le atribuya en el documento ético del partido; el problema es que dicho órgano no aparece reflejado en el documento ético. Pese a que la periodicidad no reciba ninguna puntuación, el órgano externo, la Comisión de Garantías, es elegido por la Asamblea Ciudadana, entre miembros del partido que no tengan ningún cargo. Además, deberán tener un 70% de juristas, lo que le otorga cierto grado de especialidad. Al igual que con los demás partidos, al estar este órgano recogido en los estatutos y no en el Código ético solo recibe 15 puntos sobre 20. Por último, la difusión recibe 0 puntos, al no existir ninguna referencia a ella en el documento organizativo, en el documento ético ni en los estatutos, esto puede ser fruto de la

inexistencia de informes periódicos. El Código ético de Podemos obtiene de esta manera una puntuación de 45 sobre 100.

Tabla 4. Evaluación Código ético PODEMOS

Participación: 15%	5% elaboración interna 10% elaboración desde la base
Flexibilidad: 5%	5 %
Adhesión: 10%	5% claridad en a quienes afecta 5% fuerza vinculante
Canales: 0%	0% medios de denuncia 0% medios de consulta relativa al código ético
Monitorización: 15%	Periodicidad 0% Órgano externo 15%
Difusión: 0%	Intraorganizativa 0% Extraorganizativa 0%

Fuente: Elaboración propia

5.4. VOX

La evaluación del Código ético de Vox encuentra varias dificultades. En primer lugar, la poca documentación que existe, de manera abierta, en su página web. En el apartado «¿Qué es Vox?», en el subapartado «normativa interna» solo hay tres documentos: estatutos, reglamento interno de procedimiento electoral y reglamento interno de actuación del CG. En el apartado de transparencia, que está al final de su página principal, solo se hace referencia a las cuentas anuales. Existe una pestaña llamada panel de afiliados, en la que exigen el registro, y que quizás incluya más documentación que la expuesta públicamente. En segundo lugar, para acceder al Código ético hay que acceder desde un buscador, y no desde la propia página de Vox. Este documento ético es el más breve, recogiendo tan sólo dos folios.

Una vez establecido esto podemos entrar a valorar las categorías. Sobre la participación en la elaboración del documento no hay ninguna referencia, ni en el mismo documento ni en los estatutos, por lo que solo podemos darle 5 puntos de elaboración interna y ninguna de la base. La flexibilidad del documento es alta, debido a su brevedad, recogiendo unos principios generales a los que debe someterse cargo público y orgánico de Vox. Esta referencia a la adhesión es similar a la de Podemos o el PP, luego obtendrá la misma puntuación, un 10 sobre 15, con un 5 a la fuerza vinculante, al estar obligados a su cumplimiento según el Código ético en su apartado «obligatoriedad», y un 5 sobre 10 en claridad, al no especificar de manera más concreta dichos cargos, al igual que Podemos o PP.

En el documento ético no encontramos referencia alguna a canales de consulta ni de denuncia, al igual que tampoco los encontramos en los estatutos de Vox. Esto nos obliga a no darle puntuación en este apartado. La monitorización tampoco es periódica, al no existir plazo de elaboración de informes; y el órgano evaluador, que en este caso sería el Comité de Garantías, tiene ciertas deficiencias. En primer lugar, de nuevo, se hace referencia a él en los estatutos y no en el Código ético, luego no está focalizado en la evaluación ética del partido. En segundo lugar,

en el artículo 27 de sus estatutos se recoge que «para asegurar su independencia, los miembros del Comité de Garantías no podrán pertenecer simultáneamente a ningún órgano ejecutivo del partido, salvo que expresamente acepten inhibirse de las resoluciones que afecten al órgano ejecutivo al que puedan pertenecer». Luego existe la posibilidad de que un miembro de un órgano ejecutivo esté en el Comité de Garantías, lo que le resta independencia, por ello la evaluación que obtiene es de un 10%.

Por último, no encontramos referencias a la difusión, ni en el ámbito interno ni externo, recibiendo aquí 0 puntos. En total el Código ético de Vox obtiene un 30 sobre 100 en su evaluación.

Tabla 5. Evaluación Código ético VOX

Participación: 5%	5% elaboración interna 0% elaboración desde la base
Flexibilidad: 5%	5 %
Adhesión: 10%	5% claridad en a quienes afecta 5% fuerza vinculante
Canales: 0%	0% medios de denuncia 0% medios de consulta relativa al código ético
Monitorización: 10%	Periodicidad 0% Órgano externo 10%
Difusión: 0%	Intraorganizativa 0% Extraorganizativa 0%

Fuente: Elaboración propia

6. Consideraciones finales

Al inicio de este trabajo nos preguntamos si los Códigos éticos de los partidos políticos podían servir para dotar de una mayor transparencia y de una mayor calidad a la democracia española. Tras esta evaluación, a nuestro juicio, queda evidenciado que, tal como están actualmente dichos códigos, no cumplen esa tarea. La mejor evaluación la ha obtenido el PSOE con un 5,5 y la peor Vox con un 3. En medio están Podemos con un 4,5 y el PP con un 4.

Estos resultados son desalentadores por varios motivos: en primer lugar, porque solo un partido alcanza el 5, lo que no significa que sea un aprobado en estándares de calidad ética; en segundo lugar, porque este resultado es con la mera evaluación formal del documento, luego sería necesaria una evaluación empírica de cómo se desarrollan en la práctica diaria de los partidos estos documentos y las instancias que los evalúan. Probablemente el plano práctico reduzca aún más la nota recibida por el análisis meramente documental. Esto nos lleva a proponer la necesaria ampliación de este estudio, a través de un trabajo de campo que evalúe el impacto de estos códigos en los partidos. Sin embargo, el análisis formal de los textos ha servido para cumplir los objetivos de esta investigación, y conocer si realmente los códigos éticos tenían una utilidad en el ámbito de la transparencia.

Algunas conclusiones generales que obtenemos del análisis documental son: que existe una carencia alta en todos los partidos a la hora de realizar una difusión de su información ética tanto dentro como fuera del partido, que la monitorización de los códigos éticos es prácticamente inexistentes, y que tienen una mala comprensión de los códigos éticos, entendiéndolos como meras declaraciones de principios y no como documentos que guían a la organización en la consecución de sus fines, que requiere de evaluaciones constantes, de difusión y de participación.

Cabe preguntarse, tras observar que los códigos éticos no han sido capaces, en su dimensión formal, de alcanzar unos niveles mínimos que los caractericen como un elemento esencial de la transparencia y la democracia, si es posible confiar en los *checks and balances* instaurados por los Partidos Políticos. No hay que olvidar que los partidos son actores que disputan el poder político en una arena altamente competitiva. Los códigos éticos, como cualquier otro contrapeso democrático, suponen la limitación de la capacidad de actuación de los partidos, lo que supone una pérdida de oportunidades por su parte en la lucha por el poder. Si un futuro análisis de la dimensión práctica de estos códigos es capaz de aclarar si esta realidad competitiva da lugar a una degradación aún mayor de los códigos éticos, tanto la realidad práctica como la formalidad de los textos no valdrían como contrapeso, necesitando de una supervisión ciudadana que forzase a estos códigos a cumplir realmente con los elementos de: participación, flexibilidad, adhesión, canales, monitorización y difusión, por encima del éxito electoral, político o de gobierno (Mazzoleni y Mueller, 2017, p.8).

Bibliografía

- Ausín, T. (2014). Democracia razonable: la información necesaria para la deliberación ineludible. En O. Diego Bautista y T. Ausín (Ed.), *Democracia ética. Una propuesta para las democracias corruptas* (61-77). Instituto Electoral del Estado de México. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/26073/>
- Ausín, T. (2015). Ética pública para generar confianza. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, (9), 30-39. https://digital.csic.es/bitstream/10261/188460/1/Etica_publica_generar_confianza_AUSIN_Txetxu.pdf
- Ausín, T. (2018). Tomarse en serio los códigos de ética pública. En G. Lariguet y J. Rodríguez (Eds.), *Gobierno abierto y ética* (427-448). UNC.
- Cárdenas Gracia, J. (2001). *Partidos políticos y democracia*. Instituto Federal Electoral. https://portalanterior.ine.mx/archivos3/portal/historico/recursos/IFE-v2/DECEYEC/DECEYEC-CuadernosDivulgacion/2015/cuad_8.pdf
- Cotino, L. (2012). La regulación de la participación y de la transparencia a través de Internet y medios electrónicos: propuestas concretas. *Public Policies and Territory*, 1(2), 7-13. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4019322>
- De la Calle Lombana, H. (2011). La relevancia de la transparencia en la rendición de cuentas, y sus efectos sobre la legitimidad de los partidos políticos. *Revista derecho electoral*, (11), 1-18. https://redib.org/Record/oai_articulo798025-la-relevancia-de-la-transparencia-en-la-rendici%C3%B3n-de-cuentas-y-sus-efectos-sobre-la-legitimidad-de-los-partidos-pol%C3%ADticos
- Bautista, O. (2014). El perfil ético de los políticos. En O. Diego Bautista y T. Ausín (Eds.), *Democracia ética. Una propuesta para las democracias corruptas* (99-126). Instituto Electoral del Estado de México.
- Duverger, M. (2012). *Los partidos políticos*. Fondo de cultura económica

- Esparza, B. (1998). Estructura y funcionamiento democrático de los partidos políticos españoles. *Revista de las Cortes Generales*, (43), 87-161. <https://revista.cortesgenerales.es/rcg/article/view/250/328>
- Farrell, D. y Webb, P. (2002). Political Parties as Campaign Organizations. En D. Russell y M. Wattenberg(Eds.), *Parties without partisans*. Oxford University Press.
- Fernández Llebreges, F. (2020). *Dr Jeckyll y Mr. Hyde: Los peligros de la Omnipotencia política en la España de Hoy*. Comares.
- Linz, J. J. (2012). Los partidos políticos en la política democrática: problemas y paradojas. *Postdata: Revista de reflexión y análisis político*, (10), 187-224. <http://www.revistapostdata.com.ar/2012/01/los-partidos-politicos-en-las-democracias-contemporaneas-problemas-y-paradojas-juan-linz/>
- Linz, J. J. (2009). La ambigüedad de las tendencias oligárquicas. En J. R. Montero y J. Thomas (Eds.), *Obras escogidas 4, democracias: quiebras, transiciones y retos*. CEPC.
- Lozano, J. F. (2007). Códigos éticos y auditorías éticas. *Veritas*, (17), 225-251. <https://www.redalyc.org/pdf/2911/291122924003.pdf>
- Torres del Moral, A. (1991). El Estado español de partidos. *RECEC*, (8), 99-145.
- Mair, P. (2013). *Gobernando el vacío: la banalización de la democracia occidental*. Alianza.
- Mazzoleni, O. y Mueller, S. (2017). *Regionalist Parties in Western Europe: Dimensions of Success*. Routledge.
- Mendes, E. y Clark, J. (1996). *The five generations of Corporate codes of conduct and their impact on corporate social responsibility*. Universidad de Ottawa. www.outtawa.ca/hrrec/publicat/five.html
- Molina, M. y Bañón, A. J. (2012). Alcance de los códigos de conducta en la administración pública: la correulación en la administración pública española ¿Mejora de la imagen o instrumento sancionador?. Fundación Étnor. <http://www.eben-spain.org/docs/Papeles/XX/Maria-de-Miguel-Molina-y-Alexis-Jacobo-Banon.pdf>
- Mouffe, C. (2018). *El Retorno de lo Político*. Paidós.
- Panebianco, A. (2017). *Modelos de partido*. Alianza.
- Partido Popular (2012). *Estatutos nacionales de PP*. http://www.pp.es/sites/default/files/documentos/estatutos_definitivos.pdf
- Partido Popular (2018a). *Código ético y de conducta del PP*. http://www.pp.es/sites/default/files/documentos/codigo_etico_pdf.pdf
- Partido Popular (2018b). *Reglamento de Régimen disciplinario y garantías de PP*. http://www.pp.es/sites/default/files/documentos/reglamento_disciplinario.pdf
- Partido Popular (2018c). *Reglamento marco de Congresos de PP*. http://www.pp.es/sites/default/files/documentos/reglamento_marco_de_congresos_version_definitiva_0.pdf
- Partido Popular (2018d). *Reglamento de la oficina del cargo popular del PP*. <http://www.pp.es/sites/default/files/documentos/reglamentooficinacargopopularfinalcorregido.pdf>
- Partido Socialista Obrero Español (2014). *Código ético del PSOE*. <https://www.psoe.es/media-content/2017/07/codigoeticoPSOE.pdf>
- Partido Socialista (2016). *Reglamento comisión federal de ética y garantías de PSOE*. <http://www.psoe.es/download.do?id=611959>
- Pérez-Díaz, V. y Rogríguez, J. C. (2018). *Desafección política: Alcance, causas y remedios*. Fundación Rafael del Pino. https://frdelpino.es/actualidad/wp-content/uploads/2018/07/EP3_desafeccion-politica-vf2.pdf
- Peschard, J. (2008). *Transparencia y partidos políticos*. IFAI. http://www.resi.org.mx/icainew_f/images/Biblioteca/Cuaderno%20transparencia/cuadernillo8.pdf

- Podemos (2015). *Estatutos de Podemos*. <https://files.podemos.info/XQpfxDwEvT.pdf>
- Podemos (2021a). *Documento ético de Podemos*. https://podemos.info/wp-content/uploads/2020/06/2020_06_Documento_etico_Podemos.pdf
- Podemos (2021b). *Reglamento de funcionamiento de la comisión de garantías democráticas estatal de podemos*. https://podemos.info/wp-content/uploads/2020/06/reglamento_cgde.pdf
- Rodríguez Vaz, O. (2016). *Una visión de las causas de la desafección política en España y de las ideas para combatirla* [Tesis doctoral, Universidad del País Vasco]. Addi. <http://hdl.handle.net/10810/26092>
- Sartori, G. (2005). *Partidos y sistemas de partidos*. Alianza.
- Schmitt, C. (2013). *Teoría del Partisano*. Trotta.
- Stokes, S. (2004). Partidos políticos y democracia. *Studia Politicae*, (3), 9-47. <http://revistas.bibdigital.uccor.edu.ar/index.php/SP/article/view/404/437>
- Viana, J. Costa, M. Lamenha, A. y Santos, J. (2020). Estados contables de los partidos políticos como instrumento para la efectiva transparencia y accountability en la rendición de cuentas electorales. *Visión de Futuro Año 17*, 24 (2), pp.1-19. <https://rid.unam.edu.ar/handle/20.500.12219/2521>
- Vox (2022a). *Código ético de los cargos públicos y orgánicos de Vox*. <https://www.voxespana.es/Pdf/112-elecciones52544fgKLk878H67gGUYty56ftFTG.pdf>
- Vox (2022b). *Estatutos de VOX*. <https://www.voxespana.es/wp-content/uploads/2020/04/ESTATUTOS-CAMBIOS-PROPUESTOS-CEN-02-03-2020-1.pdf>
- Ware, A. (2004). *Partidos Políticos y sistemas de partidos*. ISTMO
- Yannuzzi, M. (2005). Ética y política en la sociedad democrática. *CONfines de relaciones internacionales y ciencia política*, (1), 52-81. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-35692005000100004
- Zizek, S. (2005). Contra los derechos humanos. *New Left Review*, (34), 85-100. <https://newleftreview.es/issues/34/articles/slavoj-zizek-contra-los-derechos-humanos.pdf>

Artículo 31 bis CP y partidos políticos. Programas de «compliance» y «nudging»

Article 31 bis of Criminal Code and political parties. Compliance and nudging programs

Alejandro L. de Pablo Serrano*

Universidad de Valladolid

ORCID ID 0000-0003-2045-4870

alejandro.pablo@uva.es

Cita recomendada:

Pablo Serrano, A. L. de (2022). Artículo 31 bis CP y partidos políticos. Programas de «compliance» y «nudging». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 180-222.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7116>

Recibido / received: 28/01/2022
Aceptado / accepted: 26/05/2022

Resumen

En el año 2012 el legislador penal español incluyó a los partidos políticos entre los sujetos criminalmente responsables. En este artículo se examinan las consecuencias de aplicar el régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas, previsto en el art. 31 bis CP, a una entidad tan importante y especial como un partido político. Se analizan los delitos que se puede atribuir a un partido político, los criterios para su imputación y dos de las penas más severas previstas en el catálogo de sanciones: la disolución y la intervención judicial. Se complementa el estudio con una perspectiva preventiva de la delincuencia de los partidos políticos, a través de un estudio de los programas de cumplimiento normativo (con referencias concretas a las principales formaciones políticas estatales) y de los novedosos programas de estímulos –*nudges*– de las ciencias del comportamiento, aplicados a la toma de decisiones dentro del partido político.

Palabras clave

Partidos políticos, personas jurídicas, disolución, intervención judicial, programas de cumplimiento normativo, estímulos.

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho Penal (acreditado a Profesor Titular). Actualmente, Investigador Postdoctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (Programa de Recualificación del Profesorado Universitario Español para el periodo 2021-2023). Miembro del Grupo de Investigación Reconocida «Derecho de familia y derechos humanos» (dirigido por la Prof^a Cristina Guilarte Martín-Calero, Universidad de Valladolid-España-) y del Grupo de Investigación en Ciencias Penales y Criminológicas (SEJ-047) del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación (dirigido por la Prof^a. Juana Del-Carpio-Delgado, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla -España-).

Abstract

In 2012, the Spanish criminal legislator considered political parties a criminally responsible subject. It was a controversial decision as political parties play a key role in the Spanish parliamentary system. This paper studies the consequences of applying the general regime of corporate criminal liability (foreseen in Art. 31 bis Criminal Code) to political parties. We analyze which crimes can commit political parties, which is the imputation model of political parties, as well as kinds of penalties (specially, dissolution and judicial intervention). The paper ends with a preventive perspective in the framework of political parties, studying compliance programs (with specific references to the main national political parties) and the innovative programs of behavioral sciences -nudges-, applied to decision making within the political party.

Keywords

Political parties, legal persons, dissolution, judicial intervention, compliance program, nudges.

SUMARIO. 1. Introducción. Planteamiento y objetivos. 2. El *iter* legislativo hasta la realidad de la responsabilidad penal de los partidos políticos. De Europa a España. 2.1. Comunidad Europea y Unión Europea. 2.2. Consejo de Europa y GRECO. 2.3. España. La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012. 2.4. Posición personal. 3. Delitos imputables a los partidos políticos. 3.1 Sistema de *numerus clausus*. Crítica. 3.2 Lagunas en el ámbito de los partidos políticos: Código Penal y legislación electoral. 4. Modelos de imputación penal del partido político. 4.1 Propuestas doctrinales de la Fiscalía General del Estado y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. 4.1.1. Modelo de heteroresponsabilidad. 4.1.2. Modelo de autorresponsabilidad. 4.2. Posición personal sobre el modelo de imputación de personas jurídicas, trasladado al ámbito de los partidos políticos. 5. Penas a los partidos políticos. Especial consideración a las penas de disolución y de intervención judicial. 5.1. La disolución de partidos políticos. 5.2. La intervención judicial de los partidos políticos. 5.3. Posición personal. 6. Prevención de la delincuencia de los partidos políticos: democracia interna, *compliance programs* y *nudging programs*. 6.1. *Compliance programs* y democracia interna. 6.2. Contenido de los *compliance programs*. Últimas actualizaciones en relación con PSOE y PODEMOS. 6.3. Eficacia del *compliance program* sobre la pena. 6.4. Prevención a través de los *nudging programs*. 7. Conclusiones.

1. Introducción. Planteamiento y objetivos

En el año 2010 se introdujo en el Código Penal español la responsabilidad penal de las personas jurídicas, con una expresa exclusión dirigida, entre otros, a los partidos políticos. Sin embargo, dos años después, el legislador español modificó completamente su criterio y los sujetó al mismo régimen de responsabilidad penal que ya alcanzaba a la generalidad de las personas jurídicas.

Desde entonces, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, concretamente, de los partidos políticos, ha recibido atención por la doctrina penalista española. Por ello, no pretendemos hacer una panorámica del régimen aplicable a los partidos políticos como personas jurídicas, sino que en este trabajo abordamos algunas cuestiones importantes y que han sido menos atendidas. Por supuesto, debemos profundizar en la decisión misma de considerar a los partidos políticos como personas jurídicas que pueden cometer delitos y que pueden ser condenadas, esto es, cuál es el fundamento de su responsabilidad penal (apartado 2), habida cuenta

que una formación política no es una entidad cualquiera, sino que tiene atribuidas especiales funciones por la Constitución española. Aceptada la responsabilidad penal de los partidos políticos, comenzamos un estudio pormenorizado de su régimen de responsabilidad penal, empezando por el listado de delitos que pueden cometer (indicando críticamente también los que faltan; apartado 3). Así mismo, examinamos los distintos modelos de imputación subjetiva que se han planteado en la doctrina aplicables a las personas jurídicas y trasladamos sus consecuencias sobre los partidos políticos para comprender cómo un partido político puede «actuar» de forma colectiva, guiando su conducta por el dolo o la imprudencia (apartado 4). En tercer lugar, nos interesa detenernos en dos penas imponibles a los partidos políticos, según el art 33.7 CP, cuyos efectos podrían ser muy perturbadores para el sistema político español: la disolución y la intervención judicial (apartado 5). La responsabilidad penal de los partidos políticos no debe detenerse en la sanción de los comportamientos delictivos producidos en su seno, sino que debe proyectarse hacia medidas de prevención de delitos; y en este sentido, examinamos los clásicos programas de cumplimiento normativo y los más novedosos programas de estímulos provenientes de las ciencias conductuales (*nudging programs*; apartado 6). Concluimos este trabajo con una recapitulación de las cuestiones planteadas (apartado 7).

2. El *iter* legislativo hasta la realidad de la responsabilidad penal de los partidos políticos. De Europa a España

El camino hacia la responsabilidad penal de los partidos políticos se ha cimentado sobre las iniciativas de la Unión Europea y del Consejo de Europa. Ambas organizaciones internacionales, a través de Convenios, informes, Reglamentos, Directivas y Decisiones Marco, han reclamado a sus Estados Miembros la sujeción de las personas jurídicas a regímenes sancionatorios, si bien les han dejado generalmente margen para decidir la naturaleza de esas sanciones (civiles, administrativas o penales), siempre que fueran proporcionadas, eficientes y disuasorias. El primer foco de preocupación de la Unión Europea y del Consejo de Europa fue la protección de intereses financieros comunes que se veían afectados por actividades de corrupción privada, blanqueo, evasión de impuestos, etcétera. Con el tiempo, la preocupación giró hacia los partidos políticos y la corrupción pública en tanto que los primeros se convertían en un instrumento, por desgracia, adecuado para cometer actos de corrupción. Así, cada vez fueron más frecuentes las llamadas a endurecer el régimen fiscalizador y sancionatorio de los partidos políticos cuando incurrieran en conductas corruptas.

En las próximas páginas queremos reflejar ese camino recorrido por las organizaciones europeas a favor de la responsabilidad jurídica de los partidos políticos, que condujo a diversas reformas en España de la normativa administrativa (Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos; Ley Orgánica 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos y Ley Orgánica 3/2015, de Control de la Actividad Financiera y Económica de los Partidos Políticos) y penal (Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, que introdujo finalmente la responsabilidad penal de los partidos políticos).

2.1. Comunidad Europea y Unión Europea

En la segunda mitad de la década de los años 90, en el entorno de la Comunidad Europea se dieron importantes pasos hacia la exigencia de responsabilidad jurídica (de diverso orden) a las personas jurídicas. En primer lugar, a través del Convenio para

la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, aprobado el 26 de julio de 1995¹, cuyo art. 2 reclamaba la imposición de sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias para hacer frente a las formas de fraude que afectaran a los intereses financieros de la Unión Europea. Posteriormente, con el Segundo Protocolo del Convenio para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, aprobado el 19 de junio de 1997², que abrió la posibilidad de imposición de sanciones penales o administrativas a las personas jurídicas por los actos de fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales cometidos en su provecho por cualquier persona (arts. 3 y 4).

En esta secuencia de disposiciones, un paso decisivo en lo que se refiere al señalamiento de los partidos políticos como posible fuente de peligro de actividades corruptas, fue la Resolución sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política de la Unión en materia de lucha contra la corrupción, de 26 de octubre de 1998³. Había perfecta conciencia del peligro que la corrupción privada de las empresas entrañaba para el mercado libre y competitivo, pero, más allá, para la propia salud del sistema democrático:

existen numerosos vínculos entre la corrupción y la delincuencia organizada, que pueden acarrear un peligro particular para el Estado democrático y de Derecho y para el sistema de economía de mercado, en particular, cuando, valiéndose de la corrupción, la delincuencia organizada logra introducirse en la administración pública o en el sistema económico legal.

En esa Resolución se incluían ya menciones al binomio «corrupción y partidos políticos», afirmando que «es particularmente urgente emprender la lucha contra la corrupción en el ámbito político para garantizar la transparencia de los sistemas de financiación general de los partidos y poner así obstáculos a la corrupción de los políticos y de los partidos».

La orientación sancionadora de la Unión Europea sobre las personas jurídicas que cometieran conductas de corrupción se retoma con la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, presentada por la Comisión el 23 de mayo de 2001⁴. Se insiste en castigar a las personas jurídicas responsables por los actos de fraude, corrupción activa y blanqueo de capitales, a través de sanciones penales o administrativas proporcionadas, disuasorias y suficientes (arts. 9 a 12). Posteriormente, la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, exigía a los Estados Miembros imponer sanciones administrativas o penales sobre las personas jurídicas que realizasen conductas de corrupción activa y pasiva en el sector privado (arts. 5 y 6)⁵. La transposición de esta Decisión Marco en el ordenamiento jurídico español se llevó a cabo, fundamentalmente, a través de la LO 5/2010, que modifica el Código Penal de una forma decisiva: se acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Paralelamente a disposiciones jurídicas de diverso rango, la Unión Europea ha explorado también la vía de los informes y las propuestas de tipo orientativo dirigidas a los Estados, con atención específica para el binomio «corrupción y partidos políticos»⁶. En la Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Consejo y al Comité

¹ Ver en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995F1127\(03\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995F1127(03)&from=ES)

² Ver en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997F0719\(02\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997F0719(02)&from=ES)

³ Accesible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A51998IP0285>

⁴ Accesible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001PC0272&from=ES>

⁵ Accesible: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003F0568&from=ES>

⁶ Accesible: https://home-affairs.ec.europa.eu/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report_en

Económico y Social Europeo, de junio de 2011⁷, la Comisión confirmaba la estrategia de los informes sobre la corrupción («*anti-corruption reports*»), dotándose de un equipo de expertos, con una partida presupuestaria a su disposición.

En febrero de 2014 la Comisión publica el primer Informe de lucha contra la corrupción en la Unión Europea («*EU Anti-Corruption Report*»)⁸, así como Informes individuales para cada Estado Miembro. En el Anexo de España al Informe de lucha contra la corrupción en la Unión Europea⁹, la Comisión pone en evidencia los escandalosos casos de corrupción descubiertos en España desde el comienzo de la crisis económica, que pivotan alrededor de los partidos políticos y la contratación pública en el sector del urbanismo con grandes empresas constructoras. Del mismo modo, denuncia la instrumentalización de las cajas de ahorro a favor de los partidos para concederles una generosa financiación y paliar así sus deudas. Pone el foco en las fundaciones privadas conectadas con los partidos, como vía oculta para financiarse a través de donaciones sujetas a un control mucho menos estricto del que ejerce el Tribunal de Cuentas sobre estos últimos¹⁰. El Anexo de España concluye con algunas recomendaciones no desconocidas para las autoridades españolas, entre ellas: a) proseguir las reformas en curso y garantizar la aplicación efectiva de las nuevas normas sobre la financiación de los partidos políticos, centrándose en la supervisión de los préstamos, la consolidación de las cuentas de los partidos, la mejora de los controles financieros internos, los controles exhaustivos efectuados en su debido momento por el Tribunal de Cuentas, y un régimen de sanciones reforzado; b) desarrollar códigos de conducta exhaustivos para los cargos electos a nivel central, regional y local, con la adecuada rendición de cuentas e instrumentos sancionadores de las posibles violaciones de dichos códigos, así como desarrollar códigos éticos dentro de los partidos políticos o el establecimiento de pactos éticos entre los partidos.

2.2. Consejo de Europa y GRECO

Paralelamente, el Consejo de Europa inicia también su propia andadura contra la corrupción. Entre los hitos más importantes, merecen ser destacados los siguientes: la Resolución (97) 24, relativa a los 20 principios rectores sobre la lucha contra la corrupción, adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 6 de noviembre de 1997¹¹; el Convenio penal sobre la corrupción (número 173 del Consejo de Europa), de 27 de enero de 1999¹², que fue incorporado al ordenamiento jurídico español el 28 de julio de 2010¹³; y la Recomendación 1516 (2001) sobre financiación de los partidos políticos, adoptada el 22 de mayo de 2001 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa. En 2003 el Consejo de Europa focaliza su atención sobre los partidos políticos, profundizando así en el Principio 15 de la Resolución de 1995, que reclamaba a los Estados la adopción de códigos de conducta y normativas sobre la financiación de los partidos políticos y las campañas electorales: se adopta entonces la Recomendación n^o4 del Comité de Ministros relativa a las

⁷ Accesible: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0308:FIN:EN:PDF>.

⁸ Accesible: https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2020-09/acr_2014_en.pdf.

⁹ Accesible: https://home-affairs.ec.europa.eu/system/files/2020-09/2014_acr_spain_chapter_en.pdf.

¹⁰ La percepción social de la corrupción en España no ha mejorado. En los últimos días -enero de 2022- Transparencia Internacional hacía público su último informe sobre la corrupción en el mundo en el año 2021, y en él España retrocedía posiciones a nivel internacional (de la posición 32 a 34 sobre 180 países) y en el entorno europeo (de la posición 13 a 14 sobre 27 países). Accesible: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2022/01/2022_01_20_PRESENTACION-IPC2021_DATOS-GENERALES_ESPAÑA_DMG2.pdf.

¹¹ Accesible:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806cc17c>.

¹² Accesible: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=173>.

¹³ Accesible: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2010-12135.

reglas comunes contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y campañas electorales¹⁴, y se encarga al GRECO (Grupo de Estados Contra la Corrupción, cuya creación data de 1999) la observancia de la aplicación de una serie de recomendaciones que apuntan claramente a las fuentes de corrupción de los partidos políticos: donaciones a partidos políticos que pudieran suponer conflicto de intereses o por encima de ciertas cuantías; examen de las fundaciones u otras personas jurídico-privadas que estuvieran ligadas o conectadas a los partidos políticos (los habituales *think tank* de las formaciones políticas); financiación proveniente de fuentes extranjeras .

En cumplimiento de esas instrucciones del Consejo, el GRECO examinó en profundidad el binomio «corrupción y partidos políticos» en la Tercera Ronda de Evaluación, iniciada el 1 de enero de 2007, cuyo objetivo fue constatar el grado de observación por cada Estado de las obligaciones derivadas del Convenio Penal contra la Corrupción de 1997 y la Recomendación de 2003 contra la corrupción en la financiación de los partidos políticos y de las campañas electorales¹⁵. En mayo de 2009 el GRECO presentó el Informe de Evaluación sobre Transparencia en la Financiación de Partidos Políticos en España¹⁶, donde formulaba seis recomendaciones; entre ellas, se reclamaba introducir sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias para las infracciones en materia de financiación de los partidos políticos, en especial, mediante la ampliación del rango de sanciones disponibles y la extensión del ámbito subjetivo de aplicación de las sanciones para poder alcanzar a todas las personas/entidades implicadas. Después de una secuencia de Informes del GRECO (el primero en 2011 y el segundo en 2013) y de *Addendum* (en marzo de 2014 y febrero de 2016) puede afirmarse que España ha cumplido casi íntegramente las recomendaciones del GRECO gracias a sucesivas reformas de la normativa administrativa de financiación de los partidos políticos (LO 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos y LO 3/2015, de Control de la Actividad Financiera y Económica de los Partidos Políticos) y del Código Penal, que, como veremos más adelante, incorporó en 2010 la responsabilidad penal de las personas jurídicas y en 2012 extendió esa responsabilidad criminal a los partidos políticos, que hasta entonces estaban excluidos del catálogo de personas penalmente responsables. Pese a tales reformas, en el segundo *Addendum* se seguía advirtiendo que aún había que reforzar la obligación de publicidad de toda la información relativa a los ingresos tanto en el nivel central o estatal, como en niveles inferiores (autonómico y local) de los partidos políticos y de las entidades ligadas directa o indirectamente a ellos.

2.3. España. La reforma del Código Penal por la Ley Orgánica 7/2012

Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles

¹⁴Accesible:<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806cc1f1>.

¹⁵ En el siguiente enlace pueden encontrarse los informes del GRECO relativos a cada Estado Miembro: <https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations>.

¹⁶ En <https://www.coe.int/en/web/greco/evaluations/spain> pueden encontrarse todos los Informes que enumeraremos brevemente a continuación (Primer Informe, Segundo Informe, Primer *Addendum* al Segundo Informe y Segundo *Addendum* al Segundo Informe). <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806c9d70>.

estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Cuando en diciembre de 2010 se aprobó la decisiva reforma del Código Penal que acababa con el clásico principio «*societas delinquere non potest*» y se introducía la responsabilidad penal de personas jurídicas, situando a España en la misma senda que muchos países de nuestro entorno cultural y jurídico, los partidos políticos quedaron fuera de las personas jurídicas criminalmente responsables en virtud de una exclusión expresa contemplada en el art. 31 bis.5, transcrito anteriormente.

Los argumentos a favor y en contra de la posibilidad de imputar a partidos políticos en tanto que persona jurídica, sin perjuicio de las responsabilidades penales individuales de sus miembros o dirigentes, son conocidos. Permítasenos traer aquí de forma breve los más importantes (De Pablo Serrano, 2016, pp. 341 y ss).

En primer lugar, en el caso de las distintas Administraciones Públicas, entidades y organismos públicos, y de las empresas de Derecho público, una recta comprensión del principio de división de poderes desaconsejaba que el Estado, que ejerce el *ius puniendi*, lo aplicara también contra sí mismo (Boldova Pasamar, 2013, p. 234; Morales Prats, 2010, p. 61)¹⁷. Como observa Gómez-Jara Díez, la exclusión de las distintas formas de concreción del aparato público estatal del listado de personas jurídicas penalmente responsables, era coherente con el legado cultural, político y filosófico de la Europa continental, de corte más intervencionista, con arreglo al cual no tiene sentido que el Estado intervenga en el propio Estado¹⁸. Todo ello sin olvidar que la tradición *ius publicista* continental posee un amplio régimen sancionador para la Administración y sus entidades, articulado a través del Derecho administrativo sancionador, por lo que muchas conductas reprochables no quedarían impunes, pues tan *ius puniendi* del Estado es el Derecho penal como el Derecho administrativo (Gómez Tomillo, 2010, pp. 60 y ss; Quintero Olivares, 2013, p. 3). Además, los partidos políticos, como recordaba la Fiscalía General del Estado, ya estaban sujetos a su propio régimen sancionatorio previsto en la Ley Orgánica 6/2002 de 27 de junio, de Partidos Políticos (Valls Prieto, 2011, p. 116)¹⁹.

Se apuntaba también que el profundo cambio que implicaba la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se incardinaba en las nuevas tendencias de expansión del Derecho penal en el ámbito económico para combatir la delincuencia socioeconómica. Por tanto, el foco de atención se situaba sobre las empresas y corporaciones económicas²⁰, ejemplos paradigmáticos de persona jurídica.

Por último, pero posiblemente el argumento más importante, entroncaba directamente con la función constitucional de los partidos políticos: la función que la Constitución les otorga en un Estado como el español, articulado políticamente a través de una democracia parlamentaria representativa y de un sistema de partidos. Esta función constitucional era un escudo que les blindaba frente a eventuales exigencias de responsabilidad penal, en tanto que partidos políticos (aunque no

¹⁷ En el mismo sentido se expresaba la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2011 (en adelante FGE), relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica número 5/2010.

¹⁸ Los anglosajones, por el contrario, con su ideología más liberal, no tienen problema en incluir a las entidades estatales entre las personas jurídicas criminalmente responsables (Gómez-Jara Díez, 2011, p. 53; Urruela Mora, 2012, pp. 491-492).

¹⁹ FGE, 2011, p. 9.

²⁰ Parece cierto, en fin, que el edificio de la responsabilidad penal de las personas jurídicas estaba concebido para afrontar el problema estructural de los delitos cometidos por las empresas, como argumenta Nieto Martín (2008, pp. 38-42).

individualmente a sus miembros). No en vano el artículo 6 de la norma fundamental les encomienda «expresar el pluralismo político, concurrir a la formación y manifestación de la voluntad popular y ser instrumento fundamental para la participación política». Excluyéndolos del catálogo de personas jurídicas criminalmente responsables, se les dotaba de una cierta posición de inviolabilidad e inmunidad para el cumplimiento de sus responsabilidades, entre las que Zugaldía Espinar (2015, p. 108) citaba las siguientes: socialización política, movilización de la opinión pública, representación y defensa de los intereses sociales, legitimación del sistema político, participación en elecciones y composición de los principales órganos del Estado (Gómez Martín, 2015, p. 109; Gómez Martín 2016, p. 5; Boldova Pasamar, 2015, p. 235; Maza Martín, 2017, pp. 397-400; González Sierra, 2014, pp. 209-310). En su tarea de canalización de la voluntad popular, se convierten en un instrumento indispensable para la participación política y para el ejercicio de la libertad ideológica (García Martín, Rebollo Vargas, Cugat Mauri *et al.*, 2014, p. 76; Urruela Mora, 2012, p. 491), y desde esta perspectiva debía juzgarse superior el interés que se protege (su posición hegemónica en un «sistema de partidos») frente al que se sacrifica (impunidad de los partidos). Para proteger su función constitucional se argüía también que la posibilidad de imputar a un partido político como estructura podía arriesgar la normalidad de la vida política y parlamentaria, toda vez que las acciones judiciales contra las formaciones podían emplearse para perseguir al adversario a través de los instrumentos del Derecho penal (Zúñiga Rodríguez, 2011, pp. 16-17)²¹; en otras palabras, la utilización de las figuras penales como armas de la disputa política dirigidas a judicializar la vida política, a restar reputación y a desprestigiar a los partidos a través de querellas «políticas» (Gimeno Sendra, 2015, pp. 28-31)²².

Los argumentos que hemos señalado triunfaron inicialmente en la reforma de 2010 que excluía a los partidos políticos del catálogo de personas jurídicas criminalmente responsables, solo durante dos años. El 17 de enero de 2013 entró en vigor la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social. El art. 31 quinquies CP, vigente actualmente, dejaba de mencionar a los partidos políticos en la lista de entidades o colectivos excluidos de responsabilidad penal y, por consiguiente, les sometía al mismo régimen de responsabilidad que a otras personas jurídicas. El debate había girado y terminaron imponiéndose los sólidos argumentos, creemos, que aconsejaban hacer responsables penalmente a las formaciones políticas.

La Exposición de Motivos de la norma rendía tributo a la importancia de la presión social como motor de este cambio: «se modifica la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la finalidad de incluir a partidos políticos y sindicatos dentro del régimen general de responsabilidad [...]. De este modo se supera la percepción de impunidad de estos dos actores de la vida política que trasladaba la anterior regulación», y se extiende a ellos, en los supuestos previstos por la ley, la responsabilidad por las actuaciones ilícitas desarrolladas por su cuenta y en su beneficio, por sus representantes legales y administradores, o por

²¹ Por el contrario, Zugaldía Espinar (2014, pp. 377-378), advertía que la eliminación del partido político solo acaecería cuando fuera una organización con fines ilícitos, en cuyo caso ya no estaríamos ante el Derecho penal económico, sino ante el «Derecho penal del enemigo», por lo que la consecuencia sería, lógica y debidamente, su disolución.

²² Sobre el problema de la judicialización de la vida política ya advertía tiempo atrás García Morillo (1996, pp. 279 y ss). No obstante, frente a estas preocupaciones y a los augurios de algunos autores, nosotros creemos que la tal persecución no es un peligro cierto y que, de producirse, habría que afrontarlo como un abuso más de los existentes en la sociedad actual, cuya solución no es ofertar menos instrumentos judiciales para luchar contra la corrupción ante el temor de un uso abusivo y torticero de ellos, sino perfilar mejor sus contornos para evitar esa manipulación. En el mismo sentido, Baucells Lladós (2018, p. 10)

los sometidos a la autoridad de los anteriores cuando no haya existido un control adecuado sobre los mismos²³.

Téngase en cuenta que estos debates parlamentarios transcurrían paralelos a unos tiempos en España de descubrimiento, investigación y enjuiciamiento de inaceptables episodios de corrupción pública en el ámbito de los partidos políticos (casos «Gürtel» «Púnica» «Canal Isabel II», del Partido Popular; caso de los Expedientes de Regulación de Empleo –«caso ERE»– del Partido Socialista Obrero Español en Andalucía; caso de las comisiones del 3% de Convergencia i Unió en Cataluña; e incluso, fuera del circuito político, pero dentro del corazón de las instituciones estatales, el caso «Noos» que afectaba a la Familia Real)²⁴. Sin duda, en este contexto de corrupción, con una crisis económica devastadora que golpeó duramente a la clase trabajadora, la exclusión de los partidos políticos del catálogo de personas criminalmente responsables era particularmente sangrante. En su enmienda, UPD advertía que la excepción favorable a los partidos políticos constituía «un privilegio injustificado que no colabora en absoluto a la regeneración democrática ni a combatir la corrupción política de nuestro país, que lejos de disminuir sigue aumentando día a día». Si este era el diagnóstico, era razonable que la solución pasara por revertir esta situación, como continuaba señalando la enmienda:

La inclusión de los partidos políticos y sindicatos en el régimen general de responsabilidad penal previsto en el Código Penal colaboraría de forma importantísima a la persecución y erradicación de la corrupción política, prestigiando la política y, por ende, la calidad de nuestra democracia²⁵.

Pero no solo la presión y percepción social de que se estaba ante un régimen privilegiado impulsó el cambio, sino también consideraciones de fondo, teóricas, constitucionales. Ante todo, la clave de bóveda que sostenía la exclusión de los partidos políticos a los efectos del art. 31 bis CP, la función constitucional, podía cuestionarse. Para Morillas Cuevas (2011, p. 26), la especial relevancia constitucional de los partidos políticos por las funciones a ellos encomendadas en el sistema español de partidos, podía servir para fundamentar precisamente su sujeción al régimen de responsabilidad penal: son personas jurídicas que merecen una especial protección y al propio tiempo un especial control, por lo que su exclusión inicial resultaba incomprensible (Díez Ripollés, 2011, p. 11). De hecho, muchos de los delitos que pueden cometer los partidos políticos y que forman parte del listado de delitos imputables a las personas jurídicas, atentan contra valores constitucionales protegidos.

Por otro lado, para derribar el argumento de la división de poderes y de la inconveniencia de que la Administración sancionase a la propia Administración, hay

²³ Exposición de Motivos, apartado II, de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre. Boletín Oficial del Estado, número 312, de 28 de diciembre de 2012, p. 88051. La cursiva es nuestra.

²⁴ En cierto modo, los comportamientos de financiación irregular que se estaban destapando e investigando fueron los que movieron al legislador no solo a tipificar el delito de financiación ilegal de partidos políticos, sino a convertir a estos en sujetos criminalmente responsables. Más ampliamente, sobre el impulso del delito de financiación ilegal para todo el entramado de responsabilidad penal de los partidos políticos, *vid.*, Javato Martín (2017).

²⁵ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. X Legislatura. Serie A. Proyectos de Ley. 5 de noviembre de 2012 y 7 de noviembre de 2012. Páginas 15 y 16. La cursiva es nuestra. La enmienda fue aprobada con el apoyo del Partido Popular e Izquierda Unida, entre otros, y con la oposición del Partido Socialista Obrero Español («vamos a votar en contra porque consideramos que se está intentando criminalizar a partidos políticos y sindicatos que son instituciones fundamentales previstas en la Constitución española, artículos 6 y 7, que son vertebradores de la participación política y social y que son fundamentales para nuestro sistema democrático. Así que consideramos que es un caso evidente de populismo punitivo y no una medida en absoluto para la regeneración de la vida política») y el Partido Nacionalista Vasco.

que tener presente, como afirmó Zugaldía Espinar (2014, p. 376), que en su actuación hacia el exterior, si los partidos políticos fueran sancionados se pondría en peligro, ciertamente, la división de poderes; sin embargo, hacia el interior, esto es, cuanto actúan precisamente en el ámbito objetivo del art. 31 bis, dejan de ser un agente político para convertirse en un agente de la vida económica, y entonces, el partido político puede perfectamente coaccionar a los trabajadores con consecuencias penales o incurrir en financiación ilícita.

2.4. Posición personal

Creemos que el legislador acertó cuando en 2012 incluyó a los partidos en la lista de sujetos criminalmente responsables (enmendando así su propia decisión en sentido contrario de 2010). El razonamiento fundamental para apoyar la responsabilidad penal de los partidos políticos como personas jurídicas conecta con el reconocimiento constitucional de los propios partidos. Es decir, el argumento de sus funciones constitucionales, lejos de vedar el recurso al Derecho penal, constituye su plataforma de lanzamiento.

Los partidos políticos expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política. Su creación y el ejercicio de su actividad son libres dentro del respeto a la Constitución y a la ley. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos (art. 6 de la Constitución Española).

Muchos de los delitos que pueden cometer los partidos políticos y que forman parte del listado de delitos imputable a las personas jurídicas atentan contra valores constitucionales protegidos²⁶. Así, el blanqueo de capitales solo puede surgir en el marco de una estructura opaca, «nada transparente y escasamente democrática» en la que se desconoce el origen del patrimonio y su destino. El cohecho marca el camino perfecto para que el partido político deje de «canalizar la voluntad popular» y se concentre en algunos intereses privados. La financiación ilegal rompe la igualdad de condiciones entre los partidos políticos y por tanto lesiona el «pluralismo político», al tiempo que alinea al partido en favor de esos intereses particulares benefactores.

Es cierto que los partidos políticos desempeñan una función decisiva como canalizadores de la opinión popular. Pero en muchas ocasiones son empresas, entendiendo el concepto de empresa como conjunto de recursos personales y materiales organizados para la realización de una actividad económica. Siendo así, puede aceptarse que cuando el partido político actúa *ad intra*, realiza actividades económicas, entabla relaciones de contenido económico y laboral con sus miembros y trabajadores, disponiendo claramente de recursos materiales. En este punto, un concepto material (funcional o económico) de empresa, y no formal, alcanza sin dudas ni grandes dificultades dogmáticas a los partidos políticos. Pero hay más. No solo cuando actúan hacia dentro, sino que cuando los partidos políticos operan *ad extra* y contratan con la Administración Pública, o reciben subvenciones o ayudas para gastos electorales, o tributan a la Hacienda Pública, también reúnen el perfil de una fuente de peligro para el Derecho, que puede ser neutralizada mediante sanciones y que debe ser sujetos imputables penalmente.

En conclusión, la especial relevancia constitucional y su posición privilegiada en el sistema de partidos son, precisamente, los argumentos que nos conducen a afirmar la necesidad de una tutela reforzada de los partidos políticos, recurriendo a

²⁶ Con carácter más general, sin circunscribirlo a la actuación irregular de los partidos políticos, apunta Ruiz-Rico Ruiz (2014, p. 224), que la corrupción supone un «atentado directo y frontal contra un amplio abanico de cláusulas constitucionales».

todos los instrumentos del ordenamiento jurídico, y entre ellos, el Derecho penal. Así se garantiza el «principio de necesidad e idoneidad del Derecho Penal». Deberá hacerse cuando el comportamiento del partido político haya sido especialmente grave y haya lesionado bienes jurídicos valiosos (por ejemplo, aquel partido que ataca el pluralismo jurídico y la igualdad entre partidos obteniendo financiación ilegal proveniente de empresas extranjeras que funcionan como *lobbies* y tienen intereses particulares en ciertas contrataciones). Ello es coherente con el «principio de ofensividad y *ultima ratio* del Derecho Penal». Por supuesto, las sanciones que se impongan a los partidos políticos por esas conductas intolerables deberán superar filtros estrictos: a la vista del catálogo de penas previstas por el CP para las personas jurídicas (art. 33. 7 CP), hay algunas –como la disolución o la intervención judicial– cuya imposición, si no incompatible, resulta preocupante y perturbadora –como veremos a continuación– por los efectos que podrían tener sobre el sistema de partidos y la posibilidad de ejercicio de la libertad ideológica de los ciudadanos y sus derechos de participación política, que quedarían dañados si una formación política fuera disuelta o se le prohibiera temporalmente desarrollar su actividad representativa. En fin, el «principio de proporcionalidad del Derecho Penal» deberá regir con toda su fuerza también en este campo.

3. Delitos imputables a los partidos políticos

3.1. Sistema de *numerus clausus*. Crítica

El legislador en 2010 estableció una lista de delitos que podían ser cometidos por las personas jurídicas, siguiendo un criterio de *numerus clausus*. El elenco de delitos es el que sigue: tráfico ilegal de órganos (art. 156 bis 3), trata de seres humanos (art. 177 bis 7), delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores (art. 189 bis), delitos contra la intimidad y allanamiento informático (art. 197 quinquies), estafas y fraudes (art. 251 bis), alzamiento de bienes (CP art. 258 ter), insolvencias punibles (art. 261 bis), daños informáticos (art. 264.4), delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado, los consumidores y la corrupción entre particulares (art. 288.1), blanqueo de capitales (art. 302.2), financiación ilegal de partidos políticos (art. 304 bis 5), delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (art. 310 bis), delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 5), delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo (art. 319.4), delitos contra el medio ambiente (arts. 328), delitos relativos a los materiales y radiaciones ionizantes (art. 343.3), delitos de riesgo por explosivos y otros agentes susceptibles de causar estragos y delitos relativos a sustancias destructoras del ozono (art. 348.3), delitos de tráfico de drogas (arts. 366 y 369 bis), falsificación de moneda y efectos timbrados (art. 386. 5), falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis 1), cohecho (art. 427.2), tráfico de influencias (art. 430), provocación al odio y «discurso del odio» (art. 510 bis) y delitos de terrorismo (art. 580.bis).

Puede observarse que el legislador confeccionó el catálogo de delitos imputables a las personas jurídicas desde la perspectiva del Derecho penal económico y de la delincuencia socioeconómica (De la Cuesta, 2011, p. 19; Santana Vega, 2020, p. 96) y, ante todo, pensando en las empresas y corporaciones como sujetos activos del delito. Y este criterio no es el más adecuado para seleccionar los delitos que pueden cometer los partidos políticos, cuya naturaleza, funciones y fines les apartan sustancialmente de empresas y corporaciones. En cada caso concreto, habrá que atender entonces a la naturaleza del hecho delictivo para decidir si se trata de una actividad que pueda ser realizada por partidos políticos. Así, se constata que existen delitos previstos en el CP cuya comisión por un partido político resultaría un caso de laboratorio o, al menos, difícilmente imaginable (delitos relativos a sustancias

destructoras del ozono), al tiempo que se advierten ausencias destacadas, no solo en lo referido a los partidos políticos, sino a todas las personas jurídicas. Por ejemplo, Zugaldía Espinar (2014, p. 303) y Roca de Agapito (2014, p. 378) refieren importantes ausencias en el catálogo de delitos de las personas jurídicas: delitos societarios, los de receptación, el homicidio y las lesiones por imprudencia (accidentes laborales), los delitos contra el control de cambios o el delito de quebrantamiento de condena. La FGE, en la Circular de 2011 (p. 24), además de señalar la ausencia de los delitos societarios, subraya también el olvido de los delitos relativos al mercado y a los consumidores. Por lo que a nosotros se refiere, algunos de los delitos aquí apuntados son perfectamente posibles en el caso de los partidos políticos, como apuntaremos más adelante (también señalan deficiencias en el catálogo: De la Cuesta, 2011, p. 19; Quintero Olivares, 2013, p. 3; De Pablo Serrano, 2016, pp. 359-366).

En este punto, habría que evaluar otras alternativas que resuelvan tal situación insatisfactoria. Por un lado, podría estipularse en el tipo penal correspondiente si los partidos políticos como personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad penal en caso de realizar la conducta prohibida. Se seguiría, por tanto, un criterio similar al de la imprudencia del art. 12 CP: «Las acciones u omisiones imprudentes solo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley». Los partidos solo responderían si el precepto incluyera un apartado en que expresamente reconociera su responsabilidad penal para el caso de realizar la conducta descrita en el artículo correspondiente. Habría así un «catálogo específico de delitos que podrían cometer los partidos políticos». Pero esta solución, además de conducir a una inflación de preceptos en el Código Penal, podría sentar un mal precedente: en rigor, todas las personas jurídicas poseen especificidades y particularidades que las convierten en únicas y las distinguen de las demás, rasgos que les aproximan a unos delitos y les alejan de otros, por lo que podría reclamarse esa misma referencia expresa en cada tipo penal no solo para los partidos políticos, sino para otro tipo de personas jurídicas, o incluso para todas, llegando al sinsentido y al caos de tener que establecer específicamente para cada delito qué personas jurídicas concretas pueden cometerlo.

La otra alternativa, en lugar de precisar con exactitud para qué delitos se prevé la responsabilidad penal de los partidos políticos como una persona jurídica específica, y no por remisión al catálogo de delitos de las personas jurídicas en general, es más acertada: se trata de afirmar la «responsabilidad penal de las personas jurídicas con carácter general», sin necesidad de incluir referencias específicas en cada tipo penal a la aptitud de las personas jurídicas para cometer ese delito en concreto. Prefiere el «principio de la generalidad» o «generalización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas» (De la Cuesta, 2011, p. 19²⁷), y nosotros estamos de acuerdo también. Comenta el citado autor que este es el modelo que sigue Francia: su Código Penal inicialmente estableció un listado de delitos que podían ser cometidos por las personas jurídicas, cambiando de orientación tiempo

²⁷ Según De la Cuesta (2011, p. 19), también la FGE, en la Circular 1/2011, apostaba por el principio de la generalidad. Nosotros, sin embargo, no podemos llegar a asegurar tal extremo. La FGE (2011, pp. 23 y 24) advertía una deficiencia de técnica legislativa según la cual en algunos tipos penales era posible imponer las mismas sanciones previstas propiamente para las personas jurídicas en el art. 33 CP, pero a través de otro camino (como consecuencias accesorias del art. 129 CP) a entidades colectivas con personalidad jurídica, eludiendo los requisitos materiales de imputación del régimen general de responsabilidad penal de las personas jurídicas y las garantías y límites que rodean la imposición de una pena. Ello producía una «diferencia de trato» que debía ser «objeto de corrección por parte del legislador». Ahora bien, esta revisión podía venir de la mano de una extensión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a través del principio de generalidad (como entiende De la Cuesta), o a través de una corrección puntual de aquellos tipos donde se provocaba esta disfunción, para eliminarla. De las palabras de la FGE no puede concluirse, a nuestro juicio, su preferencia por la generalización de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a toda clase de delitos que puedan ser cometidos, a la vista de sus características típicas y naturaleza, por personas jurídicas.

después a favor del principio de la generalidad, que quedó recogido con este tenor en el art. 121-2:

Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables, conforme a lo dispuesto en los artículos 121-4 a 121-7 [reguladores de los criterios de atribución de un hecho delictivo a una persona jurídica], de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o representantes también.

No existe, pues, un catálogo de delitos de las personas jurídicas ni referencias expresas en ciertos tipos penales a su eventual comisión por personas jurídicas, sino una «declaración general de responsabilidad penal de las personas jurídicas» cuando se constaten los criterios o modelos de imputación previstos en la Parte General del Código Penal. Sobre esta base, las personas jurídicas podrán cometer aquellos delitos que por su naturaleza les sean imputables cuando hayan realizado ellas el comportamiento típico: así, evitamos los olvidos que provocan impunidad y evitamos también las agotadoras exclusiones e inclusiones puntuales de personas jurídicas en el listado de sujetos activos para cada delito.

3.2. Lagunas en el ámbito de los partidos políticos: Código Penal y legislación electoral

La inclusión de los partidos políticos en el catálogo de personas jurídicas criminalmente responsables respondió fundamentalmente, como tuvimos de ocasión de examinar antes, a la creencia de que recurriendo al Derecho penal sería posible atajar en parte la lacra de la corrupción que se había instalado en el sistema de partidos hace décadas y que en los últimos años empezaba a destaparse en los medios de comunicación y en las investigaciones judiciales. Siendo así, parece acertada la inclusión en la lista de delitos que pueden cometer especialmente los partidos políticos: cohecho (instrumento capital al servicio de la corrupción de partidos políticos), financiación ilegal de partidos políticos, blanqueo de capitales, tráfico de influencias, delitos contra la ordenación del territorio, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delito de financiación del terrorismo. Estos delitos representan el corazón de las actividades ilícitas de los partidos políticos en la búsqueda de fuentes de financiación irregular o de otro tipo de favores o recompensas. Por tal razón, su inclusión por el legislador es oportuna, y así debe reconocerse.

Ahora bien, hay olvidos o errores por la ausencia de tipificación de ciertas conductas delictivas que pueden ser cometidas: es una crítica generalmente compartida, que nosotros también suscribimos, la falta de atribución a las personas jurídicas (y, por tanto, también a los partidos políticos) de delitos societarios (FGE, 2011, p. 24), delitos contra los derechos de los trabajadores, delitos de homicidio y lesiones (si bien, aquí, sería más difícil pensar en la responsabilidad de una formación política; Zugaldía Espinar, 2014, p. 303), apropiación indebida (Del Moral García, 2018, p. 313), negociaciones prohibidas y corrupción entre particulares (Santana Vega, 2020, p. 97).

Entre los olvidos en el catálogo de hechos delictivos que pueden realizar las personas jurídicas, a que nos referíamos anteriormente, hay uno que merece especial atención en el marco de los partidos políticos: el ámbito de la «delincuencia electoral», esto es, los delitos electorales previstos en la LOREG. Ya Zugaldía Espinar (2014, pp. 380-382) atrajo la atención sobre esta laguna en relación con los delitos de los arts. 149 y 150 de la LOREG, que castigan la falsedad en la contabilidad electoral y la apropiación indebida de fondos electorales, en un contexto de «financiación electoral de los partidos políticos».

Posiblemente, quien mejor ha puesto de manifiesto la incomprensible laguna de tipificación del legislador en el ámbito de la delincuencia electoral a cuenta de los partidos políticos es Maza Martín (2017, pp. 410-417). Este autor, crítico con el sometimiento de los partidos políticos a responsabilidad criminal, reclama al menos coherencia y sistematicidad: si se incluye a los partidos como sujetos penalmente responsables, no pueden quedar fuera del catálogo de delitos imputables los delitos electorales, tales como: propaganda electoral (art. 144.1), alteración del orden del acto electoral (art. 147), calumnias e injurias en campaña electoral (art. 148) y otros. Realmente todas las conductas previstas en la Sección II del Capítulo VIII del Libro I de la LOREG, bajo la rúbrica «delitos electorales», son susceptibles de ser cometidas por los partidos políticos en tanto que personas jurídicas y por tanto podría hacerse una referencia genérica, propone Maza Martín (2017, p. 417): «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en esta Sección, se le impondrán las siguientes penas: ...».

No puede argüirse como explicación de esta laguna el hecho de que se trate de un «despiste» del legislador por ser una cuestión regulada en una ley especial al margen del CP (lo que, por parte, tampoco tendría gran peso), dado que sí reformó otra legislación especial para incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas: nos referimos ahora a la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, cuyo artículo 2.6 incorporó, tras reforma de 2011, la responsabilidad penal de las personas jurídicas por delitos de contrabando (imponiéndose alguna de las penas previstas a continuación en el art. 3). Si pudo hacerlo entonces, adecuando el delito de contrabando a la nueva regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, podía haberlo hecho en 2013, adaptando la legislación electoral especial al nuevo régimen de responsabilidad penal de los partidos políticos, en relación con los delitos electorales (relativos a la financiación electoral y a las distintas formas de influencia irregular en la campaña y en el ejercicio del derecho al voto), y que podían cometer, además de los miembros de los partidos políticos y sus administradores generales, los partidos políticos mismos, en tanto que personas jurídicas. Es preciso, entonces, que se reforme la LOREG y se prevea la comisión de estos comportamientos por los propios partidos políticos y que integren el catálogo de delitos imputables sujetos a sanción penal.

4. Modelos de imputación penal del partido político

En la literatura científica se ha estudiado ampliamente el sistema de imputación que introduce el art. 31 bis CP, cuyo apartado primero dispone así:

En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables:

a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.

b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.

Aplicándolo al ámbito de los partidos políticos, en su excelente monografía, León Alapont (2019, pp. 294-296) señala que los mencionados en el primer apartado, que podrían agruparse bajo la rúbrica de «dirigentes del partido» y que el precepto nombra como «representantes legales», son aquellos que ostentan la representación del partido porque así lo marca la Ley Orgánica de Partidos Políticos u otros que lo hagan por delegación, siempre que esta representación les faculte a tomar decisiones o adoptar actos dirigidos a dar cumplimiento al objeto social del partido, que no es otro que expresar el pluralismo político y concurrir a la formación de la voluntad popular. En cuanto a las personas «autorizadas para tomar decisiones» o quienes tienen «facultades de control y organización», Dopico Gómez-Aller (2016, p. 366) sostiene que serán aquellas que tengan «poder de mando o capacidad directiva», sin sometimiento a otras personas, de forma que pueden actuar en nombre del partido en virtud de una autorización expresa o tácita. Respecto a los sujetos mencionados en el segundo apartado, Alapont (2019, pp. 299-301) incluye en esa categoría de «subordinados» a personas internas o externas al partido sometidas (en relación de jerarquía o dependencia) a la autoridad o influencia de un dirigente del partido, con obligación de acatar sus indicaciones.

4.1. Propuestas doctrinales de la Fiscalía General del Estado y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

Advertido lo anterior, queremos centrarnos en el modelo de imputación de delitos a los partidos políticos, derivado del art. 31 bis CP. Presentaremos una visión panorámica de los modelos de imputación subjetiva de las personas jurídicas desarrolladas en la doctrina española. En cierto modo, cualquiera de estas alternativas tiene cabida desde la perspectiva de *lege lata* pues el art. 31 bis CP no establece ni un modelo de imputación, en sentido amplio (Bacigalupo Sagesse, 2015, p. 474), ni concretamente un criterio de atribución subjetiva de responsabilidad a las personas jurídicas. El art. 31 bis no contiene ninguna referencia que resulte decisiva o plenamente esclarecedora a los efectos del dolo o la culpa de la persona jurídica; tan amplia es la redacción del art. 31 bis que hay propuestas en distintas direcciones, que, con fines sistematizadores y expositivos, dividimos, como suele hacerse, en dos: modelos de heterorresponsabilidad o responsabilidad vicarial (transferencia de la responsabilidad por el delito cometido de la persona física a la persona jurídica) y modelo de autorresponsabilidad (o de culpabilidad propia de la persona jurídica).

4.1.1. Modelo de heterorresponsabilidad

Algunas propuestas sobre imputación subjetiva de las personas jurídicas se siguen construyendo sobre la idea de que las personas jurídicas no delinquen ni son responsables en rigor por hechos propios, sino que, en tanto que ficción jurídica incompatible con las categorías ontológicas de la teoría general de delito, lo que hace el art. 31 bis es trasladar la responsabilidad penal a la empresa como consecuencia de un delito cometido por las personas físicas integradas en su estructura corporativa. Así, si la persona física ha cometido un delito a título doloso, se transferirá la imputación subjetiva a título doloso también a la empresa. Por ello, como sostiene Díez Ripollés (2012, pp. 9, 10, 23-24; también González Rus, 2014, pp. 33-37; parecidamente, Boldova Pasamar, 2013, pp. 227 y 252-255), la persona jurídica no responde por la falta de control sino por el delito cometido por los subordinados; es indiferente si la falta de control que ha ejercido la empresa, en la que ha germinado el delito individual, es dolosa o imprudente, pues la imputación subjetiva de la persona jurídica viene determinada por la atribución subjetiva del delito a la persona física que lo ha cometido.

Gómez Martín y Valiente Ibáñez (2016, pp. 131-135; también Gómez Martín, 2016, p. 6) entienden que la redacción del art. 31 bis CP conduce, de *lege lata*, al modelo de heterorresponsabilidad, de forma que la persona física transfiere el delito y la conexión subjetiva a la empresa. En este caso, la responsabilidad del partido político sería por el delito doloso o culposo cometido por el directivo o representante legal, o por la omisión del deber de control, vigilancia y supervisión de las personas que están obligadas a ejercerlo sobre los subordinados. Así pues, la empresa incurre en una responsabilidad que podría imputarse, en términos generales, como *culpa in vigilando*, omisión que puede ser dolosa o culposa de esos directivos o miembros del órgano encargado, si bien la responsabilidad imprudente es difícil de contemplar, por una parte, porque el catálogo de delitos que puede cometer la persona jurídica no admite la forma culposa en la mayoría de los casos y, por otra, por la regla general de *numerus clausus* de incriminación por imprudencia del Código Penal. Estas reflexiones son perfectamente extrapolables a los partidos políticos, ya que los delitos que, con más frecuencia por su naturaleza y actividad, pueden cometer los partidos políticos, en la realidad adoptarán la forma dolosa (cohecho, blanqueo de capitales, tráfico de influencias, delitos contra la Hacienda Pública...).

La posición de la Fiscalía General del Estado se mueve en estas coordenadas. En la Circular 1/2011 (p. 13) afirmaba contundentemente que

la norma del art. 31 bis [...] no ha instituido un mecanismo que permita imputar directamente los hechos delictivos a la persona jurídica, sino que partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas –gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial– establece un vínculo normativo a resultas del cual y según expresión textual del precepto, las personas jurídicas serán penalmente responsables de dichas infracciones. Ciertamente late en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia [...].

Y en la Circular 1/2016 (pp. 2-6) se reafirmó en esta opinión²⁸.

4.1.2. Modelo de autorresponsabilidad

Otros autores entienden que el art. 31 bis insta un auténtico régimen de responsabilidad penal propia de las personas jurídicas, que pivota sobre los esfuerzos doctrinales y dogmáticos para desarrollar las categorías tradicionales de la teoría general del delito de las personas físicas y hacerlos, con las necesarias adaptaciones, aplicables a las personas jurídicas. Algunas propuestas se cimientan sobre una culpabilidad y responsabilidad autónomas de las personas jurídicas como consecuencia de un defecto de organización que ha servido de caldo de cultivo para delitos individuales (Gómez Tomillo, 2015, p. 169; Gómez Tomillo, 2015 b, pp. 52-53; De La Cuesta, 2011, pp. 16-17), de un déficit de auto-organización permanente (Nieto Martín, 2008, p. 152), de un «estado de control defectuoso» (estado objetivo de cosas valorado como riesgo jurídicamente desaprobado; Silva Sánchez, 2008, p. 141; Silva Sánchez, 2016, pp. 675-676); o, en fin, la infracción imprudente de un deber colectivo de control y vigilancia de sus subordinados que se le impone a la persona jurídica, como sujeto activo (Galán Muñoz, 2017, pp. 243-245; González Sierra, 2014, pp. 352-364, especialmente pp. 361 y ss). Todas ellas toman, eso sí, el comportamiento individual generador del ilícito como referencia, más o menos vinculante (como elemento fundamentador de la responsabilidad subjetiva –De la Cuesta, Silva Sánchez– o como elemento valorativo –Gómez Tomillo–), para determinar el título de imputación subjetiva del delito a la persona jurídica.

²⁸ Un análisis de la doctrina sentada por la FGE en estas dos Circulares puede encontrarse en Dolz Lago, (2018, pp. 125 y ss).

Por último, las dos teorías que exponemos a continuación coinciden las mencionadas en el apartado anterior en el hecho de atribuir responsabilidad a la persona jurídica por un hecho delictivo propio que es expresivo de una culpabilidad autónoma, pero en estos casos, la atribución subjetiva del delito a la persona jurídica se realiza a partir de unos conceptos propios y autónomos de dolo y culpa empresarial.

Primeramente, Zúñiga Rodríguez defiende una responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica basada en el defecto de organización empresarial que revela una falta de filosofía de cumplimiento. Hasta este punto, se mantiene el acuerdo con las propuestas precedentes. A partir de aquí, Zúñiga Rodríguez (2003, pp. 237-241) plantea una imputación subjetiva dolosa y culposa a la persona jurídica sobre un concepto de dolo que descansa en el elemento cognoscitivo, en el conocimiento del peligro concreto para los bienes jurídicos: en la representación del peligro concreto de producción del resultado. De esta forma, si el comportamiento revela una elevada peligrosidad objetiva para el bien jurídico, por una conducta de claro desprecio hacia las normas, la imputación será dolosa; si la peligrosidad objetiva para el bien jurídico es de menor entidad, estaremos ante una imputación culposa.

Finalmente, el punto más avanzado de construcción de una teoría general de la responsabilidad de las personas jurídicas, con conceptos dogmáticos específicos para las empresas, viene representado por las tesis de Gómez-Jara Díez (2005, pp. 258 y siguientes): defensor de un sustrato de culpabilidad propia y autónoma de la persona jurídica, en el marco del modelo constructivista, vincula la culpabilidad de la empresa con una determinada cultura corporativa de cumplimiento fiel o infiel al Derecho al Derecho, convirtiendo a la persona jurídica en un ciudadano corporativo fiel al Derecho. A continuación, desarrolla también unos criterios de imputación subjetiva propios para la persona jurídica, que se desligan sustancialmente del dolo e imprudencia tradicionales de la persona física. Su propuesta explora los caminos de normativización del dolo que ha trazado la dogmática en los últimos tiempos, de tal modo que se puede hablar de un «conocimiento organizativo empresarial» desvinculado del conocimiento individual:

Un dolo empresarial autónomo e independiente de la empresa respecto de las personas físicas que la integran, como el conocimiento organizativo y colectivo de la empresa (surgido como suma del conocimiento de sus miembros –*collective knowledge doctrine*–) del concreto riesgo empresarial –en los delitos de peligro– que se realiza en el resultado típico –en los delitos de resultado– (Gómez-Jara Díez, 2014, pp. 141-143)²⁹.

Aparece así una imputación subjetiva del delito de la persona jurídica, basado en un hecho propio y en un dolo empresarial: el dolo colectivo o agregado.

Dejando a un lado las interpretaciones doctrinales, la exposición de motivos de la reforma del CP de 2015 sugiere, o dice incluso expresamente, que nuestro Código apuesta por un modelo de autorresponsabilidad en virtud del cual la persona jurídica responde por su propio incumplimiento o quebranto del «deber de control», de tal forma, indica, que «se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial». Sorprende, por ello, en este punto que la Circular 1/2016 de la FGE mantenga que tras la reforma del art. 31 bis, el Código sigue instaurando un régimen vicarial (Granados Pérez, 2018, p. 206).

²⁹ Más ampliamente sobre la teoría del conocimiento colectivo o conocimiento agregado, Gómez Jara-Díez (2010, pp. 244-252). No obstante, críticos con la teoría del dolo colectivo, Gómez Tomillo (2015, pp. 167-168) y Nieto Martín (2008, pp. 155 y 156).

Finalmente, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado a favor del modelo de autorresponsabilidad. En la importante y polémica STS 154/2016, de 29 de febrero, el Alto Tribunal establece dos criterios claves, en el FJ 8º, respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: por un lado, el «sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física [...], en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización»; la responsabilidad de la persona jurídica deriva de que el «delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho». Por otro, el núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica, condensado en el tipo objetivo, viene determinado por la ausencia de «herramientas de control idóneas y eficaces», de tal modo que corresponde a la acusación probar que la persona jurídica acusada carecía de tales medidas de control y gestión y de una cultura de legalidad. Ambos pronunciamientos son cuestionables: el primero recibe las críticas de quienes creen que no se pueden construir una responsabilidad penal propia de las personas jurídicas sin apartarse definitivamente de los fundamentos de nuestro Derecho Penal; y el segundo es criticado incluso por quienes aceptan una culpabilidad propia de las personas jurídicas, pero no creen que la ausencia de medidas de control y el defecto de organización empresarial sea un elemento del tipo que deba ser probado por la acusación (sino que remite a otras categorías dogmáticas, y por tanto, debe ser alegado por la persona jurídica –así sucede con el voto particular que suscribieron siete magistrados–). Pero, en cualquier caso, no parece discutible que contra el criterio de la FGE y de un sector doctrinal, el TS ha confirmado que el art. 31 bis proyecta un modelo de imputación de la persona jurídica basado en su culpabilidad propia, un modelo de autorresponsabilidad.

4.2. Posición personal sobre el modelo de imputación de personas jurídicas, trasladado al ámbito de los partidos políticos

Los últimos y fructíferos desarrollos doctrinales han demostrado que es plausible desarrollar equivalentes funcionales de los conceptos dogmáticos de una teoría general del delito edificada para las personas físicas, predicándolos respecto de las personas jurídicas. No estamos en condición de decantarnos aquí por uno u otro fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas: el defecto de organización, el estado de control defectuoso, la infracción del deber colectivo de control o el concepto constructivista de culpabilidad. Todas estas opciones teóricas son sólidas y meritorias, tienen encaje en el texto punitivo vigente y permiten acompañar la ley a la realidad. Pero sí creemos que, en el estado actual de la ciencia penal, la teoría general del delito puede y debe abrirse a la delincuencia de empresas reconociendo una culpabilidad propia.

Es factible hablar de un delito propio de la persona jurídica que genera una culpabilidad autónoma basada en un reproche contra su organización. La responsabilidad de las corporaciones nace de un injusto propio y no de la conducta individual, que a lo sumo pone el foco sobre la forma de organizarse de la empresa o de cumplir con el Derecho. Naturalmente, el comportamiento individual sí es revelador de un defecto de organización o de una cultura de incumplimiento, pero afirmado esto, desde una perspectiva jurídico-penal, la responsabilidad de la persona jurídica se fundamenta en términos estrictamente colectivos. La conducta individual es un indicio de la responsabilidad penal de la persona jurídica, una muestra del rastro o el posible origen de una responsabilidad corporativa.

El motivo fundamental para decantarnos por el modelo de autorresponsabilidad aplicado a los partidos políticos reside precisamente en la necesidad de mantener el principio de culpabilidad penal, conforme al cual no hay pena sin dolo o culpa (art. 5). Si debemos sancionar a una persona jurídica, como impone el CP desde 2010, entonces es necesario afirmar que es culpable. Los modelos de responsabilidad vicarial transmiten la culpabilidad del sujeto individual que comete el delito, automáticamente, a la persona jurídica, por lo que en rigor la persona jurídica no es culpable, sino que se le atribuye responsabilidad de forma objetiva, algo vedado en nuestro ordenamiento jurídico. Por el contrario, un modelo de autorresponsabilidad asume que, en nuestro caso, el partido político puede haber desatendido imprudentemente su obligación de establecer un eficaz programa de cumplimiento para prevenir conductas de cohecho, de forma que se afirme su responsabilidad penal con independencia de la responsabilidad dolosa cargo orgánico del partido que aceptó el obsequio a cambio de una actuación favorable a un empresario.

En este punto, enlazamos ya con el tipo subjetivo y la imputación subjetiva del delito a los partidos. Si hemos apoyado el desarrollo autónomo de una teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en lo relativo a un injusto propio y a una culpabilidad propia, ¿por qué no podemos hacerlo también respecto de un tipo subjetivo propio? Apoyamos los esfuerzos doctrinales de quienes, como Zúñiga Rodríguez y Gómez-Jara Díez, han elaborado conceptos autónomos del dolo para las empresas, que pasan, necesariamente, por su normativización. Creemos que debe avanzarse en el camino de la teoría de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que conlleva, en el plano de la imputación subjetiva, sumarnos también a las corrientes normativizadoras del dolo, a la vista de las dificultades de prueba del elemento volitivo, que ha perdido paulatinamente peso en el dolo (Hruschka, 2005, pp. 145-148; Lorenzo Copello, 1999, pp. 243 y ss; Feijoo Sánchez, 1998, pp. 269 y ss; Ragués i Vallés, 1999, pp. 165 y ss, y 275 y ss; Porciúncula, 2014, pp. 308-310; concretamente, en el ámbito de la responsabilidad de las personas jurídicas, Zúñiga Rodríguez, 2003, pp. 237-238; Gómez-Jara Díez, 2006, pp. 138-140). Por otro lado, las teorías que apuestan por una normativización del elemento subjetivo del dolo, no lo hacen absoluta o totalmente, sino solo parcialmente. El dolo se determinará por la presencia naturalística del peligro y por la constatación de un comportamiento empresarial ajustado a determinadas pautas objetivas, pero, aun así, seguirá habiendo un sustrato psíquico: la conciencia de riesgo –elemento cognoscitivo– de las personas físicas.

No podemos obviar algunos inconvenientes: esta mayor o menor conciencia del riesgo del partido político hace que difícilmente pueda hablarse de un dolo que no sea eventual; por otra parte, nos parece poco tangible la construcción de la culpabilidad de la empresa en la ausencia de una cultura de la legalidad, como señala el TS, máxime cuando esta circunstancia debe ser probada por la acusación, acorde a la jurisprudencia del Alto Tribunal. ¿Cómo podrá la acusación contra un partido político –Fiscal, acusación popular– adentrarse en la estructura organizativa interna de un partido político para acreditar que esa formación se mueve en una cultura de incumplimiento generalizado? Como luego veremos, los documentos de *compliance programs* de algunos partidos políticos no están disponibles en internet y ello no significa necesariamente que carezcan de modelos de organización y gestión eficaces e idóneos para prevenir la delincuencia y que promuevan una cultura de incumplimiento de las normas, sino que, sencillamente, no son documentos públicos (aunque quizá efectivamente, no existen de ningún modo, pero ¡ese es un extremo imposible de probar!). En este punto, creemos que son preferibles los modelos que asientan la responsabilidad penal de la empresa en defectos de organización.

En todo caso, la posibilidad de desarrollar un concepto de dolo e imprudencia del partido político permite aquilatar la responsabilidad del partido en cada delito. No se trata de afirmar que el partido puede cometer tráfico de influencias, blanqueo de capitales o financiación ilegal de forma dolosa, sino que su dolo o imprudencia deriva del mayor o menor conocimiento del riesgo de que su programa de cumplimiento normativo era ineficaz *ex ante* para prevenir las conductas realizadas por sus representantes legales, directivos o subordinados (que, en su caso, como personas físicas, ciertamente serán dolosas). Esta dualidad de títulos de imputación (dolo y culpa) nos permite graduar la pena en atención a su merecimiento y a la gravedad del quebranto del deber de control del partido político, en concordancia con el principio de proporcionalidad. En consecuencia, se respeta también la primera vez que se utilicen siglas o acrónimos (que irán en mayúsculas y sin puntos) deberán escribirse entre paréntesis anteceditos por el nombre completo «principio de igualdad entre las personas físicas y las jurídicas»: dado que la responsabilidad penal del partido se independiza de la responsabilidad penal individual, es posible imputarle culposamente por haber sido negligente en la gestión y control del patrimonio de la formación, a raíz de un delito de estafa producido en el marco de sus actividades a título doloso por el tesorero. Este caso no violentaría el principio de igualdad porque, sencillamente, no hay término de comparación entre la persona física y la jurídica: cada responsabilidad penal es expresiva de un injusto distinto y por tanto se pueden imputar estos injustos con distintos niveles de responsabilidad subjetiva sin que ello represente un tratamiento discriminatorio o desigual para una de las partes.

5. Penas a los partidos políticos. Especial consideración a las penas de disolución y de intervención judicial

El art. 33.7 CP establece que:

Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

Es postura dominante en la doctrina la que considera que las penas imponibles a las personas jurídicas tienen una finalidad preventiva³⁰, trasladando el mensaje a

³⁰ Un detallado estudio sobre la discusión doctrinal y los diversos planteamientos que oscilan entre la prevención general positiva y negativa, y la prevención especial positiva y negativa, en Baucells Lladós

otras personas jurídicas de que serán responsables criminalmente cuando se aparten de un comportamiento adecuado, de una estructura organizada o de una cultura de cumplimiento del derecho. El propio CP así lo reclama, cuando exige en el art. 66. 1.^a que «para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas [aplicables a las personas jurídicas] habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos [...]». Una finalidad preventiva que, por lo demás, se encuadra en las tendencias del Derecho penal moderno de una sociedad que aspira a controlar riesgos y a prevenir la comisión de delitos, adelantando las barreras de punición. La persona jurídica sancionada se convierte en destinataria de la norma, que le comunica que debe articular una diferente estructura interna compatible con las normas de cumplimiento³¹. Desarrollan una doble finalidad preventiva: por un lado, una prevención-general positiva, que se concreta en el mensaje a otras personas jurídicas del entorno social-económico en torno a la necesidad de difundir y fortalecer una cultura de cumplimiento del Derecho; es decir, se encaminan a que todas las personas jurídicas se autorregulen, a fin de corregir así la defectuosa organización que sirvió de caldo cultivo para la comisión del delito; y, por otra, una prevención-especial positiva: la persona jurídica sancionada debe «resocializarse» mediante la implantación de los debidos modelos de cumplimiento y de gestión (también a favor de la finalidad preventiva, Gómez Tomillo, 2015, p. 37; Gómez Jara-Díez, 2011, p. 113).

Remarcamos la finalidad preventiva para explicar por qué circunscribimos el análisis de las sanciones imponibles a los partidos políticos a los casos de disolución e intervención judicial³². En cuanto a la disolución, claramente su aplicación pone en peligro cualquier finalidad de la pena, a menos que se piense en la prevención especial negativa, entendida en el sentido de neutralización del peligro, de forma que, disuelto el partido político, desaparece el peligro. Analizaremos también la sanción de intervención judicial porque, si bien está orientada legislativamente a la prevención especial y el contenido con que se diseñe en una sentencia condenatoria puede reforzarlo, la aplicación de la intervención judicial puede ser muy perturbadora para el funcionamiento de un partido político.

5.1. La disolución de partidos políticos

Prevista en el art. 33.7.b), sin duda es la consecuencia jurídica de mayor impacto y con resultados irreversibles, de donde se comprende su escasísima aplicación jurisprudencial, según muestra la práctica del Derecho comparado (Baucells Lladós, 2012, p. 419). Hasta tal punto que la STS 154/2016, de 29 de febrero anuló la condena de disolución de una persona jurídica impuesta por la Audiencia Nacional por no concurrir el requisito de que la actividad legal de la persona jurídica fuera menos relevante que su actividad ilegal.

(2013, pp. 175-218, especialmente pp. 176-188). Así también De la Cuesta Arzamendi (2019, pp. 74-75).

³¹ Sobre el nuevo paradigma comunicativo de sociedad en el que el sujeto tradicional ha sido sustituido por el sujeto del sistema y sus comunicaciones con el mundo circundante, Bacigalupo Sagesse (2007, pp. 199 y ss).

³² Dejamos, por tanto, a un lado el debate sobre las otras penas previstas en el art. 33.7 CP aplicables a los partidos políticos, no sin mencionar nuestro acuerdo con la doctrina general sobre la consideración de la multa como «pena reina» para sancionar a los partidos políticos (y a las personas jurídicas, en general). Por su posibilidad de modulación, por la combinación de una finalidad retributiva y también preventiva y por su capacidad para no amenazar el futuro del partido (ni de la empresa), debe ser preferida la multa a la hora de sancionar a los partidos políticos. Así quedó puesto de manifiesto, por ejemplo, en un debate académico sobre el proyecto de reforma de 2009 que anticipaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Nieto Martín, Dopico Gómez-Aller, Foffani y Del Moral García transmitían este punto de vista. *Vid.*, Roso Cañadillas (2012, pp. 137-150).

Desde el punto de vista del Derecho penal positivo o *lege lata*, en el ámbito de los partidos políticos, la disolución se impondrá en dos únicos casos. En primer lugar, según el art. 66 bis 2.^a apartado cuarto b), procederá la disolución cuando el partido político se instrumentalice para la comisión de delitos, «siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal»; esto es, solo cuando el peso de la actividad ilícita supere el de la actividad lícita, la persona jurídica merecerá la pena de disolución. Es la causa de disolución que suele denominarse «instrumentalidad respecto de actividades delictivas». Se ha recomendado restringir esta «pena de muerte empresarial» (*corporate death penalty*), ante la gravedad de sus consecuencias, a los solos casos de asociaciones ilícitas o de finalidad delictiva pues únicamente aquí cumpliría una función positiva, una función preventiva y disuasoria, y respetaría el principio de proporcionalidad (según opinión ampliamente dominante: Zúñiga Rodríguez, 2011, p. 18; Zugaldía Espinar, 2014, p. 378; Gómez-Jara Díez, 2011, p. 57). En última instancia, el criterio para apostar por la pena de disolución u otra menos invasiva dependería de la importancia o entidad que las actividades ilegales o ilícitas representen en el total de la actividad de la persona jurídica, criterio aplicable también a los partidos políticos: solo cuando el peso de la actividad ilícita supere el de la actividad lícita, el partido merecerá la pena de disolución (Faraldo Cabana, 2015, p. 139). Situándonos en un caso extremo, si el partido político se convierte en una entidad dedicada preferentemente a la comisión de delitos, entonces realmente no opera como partido político sino como asociación ilícita u organización criminal, y solo aquí tendría sentido la disolución, que además provocaría un impacto reducido (Faraldo Cabana, 2018, p. 106) dado que se está disolviendo no a una auténtica formación política, sino a un grupo creado para la comisión de delitos. Parece una solución comprensible, si bien requiere que nos encontremos en un caso muy excepcional.

Más conflictivo parece el otro supuesto de disolución del partido político, previsto en el art. 66 bis 2.^a apartado cuarto a): que el partido político sea reincidente. Debe tenerse en cuenta, a estos efectos, que la reincidencia es una circunstancia agravante contemplada en el art. 22.8 CP, según el cual «hay reincidencia cuando, al delinquir, el culpable haya sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título de este Código, siempre que sea de la misma naturaleza». Sin embargo, para que una persona jurídica (rigiendo lo mismo para un partido político) sea condenada a su disolución, esta circunstancia debe apreciarse de forma «cualificada», como establece el art. 66.1^a.5: «cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza».

Ante la extensión y el peligro de la aplicación de esta pena, la doctrina ofrece propuestas restrictivas de interpretación. Por un lado, Faraldo Cabana (2015, p. 110) recuerda que la peligrosidad del partido político que trabaja instrumentalmente al servicio de actividades delictivas o que es multirreincidente, debe valorarse al tiempo de dictar la sentencia y no con una mirada retroactiva respecto del momento que se cometieron los delitos que conducen a la posible disolución. Actuando de este modo, es posible que en el momento de dictar la sentencia, haya decaído la necesidad de ordenar la disolución del partido, en favor de otra medida menos gravosa, porque quizá para entonces no hay el mismo riesgo de continuidad delictiva de la formación política, porque sea más adecuado para los consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores, y, finalmente, porque de la estructura interna del partido ya haya sido purgado el responsable de los comportamientos delictivos. Estamos de acuerdo con esta lectura orientada a favorecer la permanencia del partido y a hacer efectiva la finalidad preventivo especial positiva de las penas sobre los partidos políticos.

Por otro lado, cabe la posibilidad de interpretar, como ha hecho alguna doctrina, que la disolución por multirreincidencia solo debe acordarse cuando se trate de asociaciones ilícitas, esto es, de la «comisión estructural de delitos», y no si se trata de uno o varios «delitos cometidos incidentalmente» en el marco de una empresa lícita (Silva Sánchez, 2013, p. 354). Nos parece acertado, pero en tal caso habrá de aceptarse que se interpreta la reincidencia de un modo tal que se acerca al otro requisito: la instrumentalidad, y por tanto se vaciaría de contenido la «reincidencia cualificada».

5.2. La intervención judicial de los partidos políticos

Esta sanción se adopta «para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años» (art. 33.7.g). Según doctrina mayoritaria debería aplicarse solo como complemento de la pena de multa, en casos en que ante el pago de la multa se comprometa el futuro o la viabilidad de la sociedad. El juez disfruta de margen de apreciación para valorar la adecuación de esta medida, cuyas características tanto de extensión como de contenido deben definirse a la luz, precisamente, de finalidades preventivo-especiales (desde la remoción y sustitución de los administradores hasta la mera supervisión de la actividad –así, Faraldo Cabana, 2015, pp. 130-131; Baucells Lladós, 2013, pp. 420-421–), y del juicio de proporcionalidad: la intervención judicial se adoptará solo cuando sea adecuada a los fines preventivos, por lo que si el «pronóstico de peligrosidad» (Feijoo Sánchez, 2002, p. 176) revela que la persona jurídica no delinquirá en el futuro por los cambios internos que pueda haber adoptado, el mandato de proporcionalidad aconsejará el levantamiento de esta medida.

De igual modo que la disolución, también la intervención judicial arroja problemas de difícil solución. Resulta complicado imaginar un partido judicialmente intervenido. Esto advertido, debemos tener en consideración varias circunstancias que justificarían el recurso a la intervención judicial en el caso de partidos políticos. Por un lado, la intervención judicial es una medida menos invasiva (desde luego menos irreversible) que la disolución; por otro, se prevé solo en los supuestos específicos del art. 66 bis 2.ª, apartado segundo: reincidencia (en la forma no cualificada) e instrumentalidad para la comisión de delitos.

Pero, ante todo, no hemos de perder de vista que la intervención judicial del partido político puede y debe restringirse por dos vías: funcional y espacial o territorial. Por un lado, la intervención debe limitarse al ámbito de actividad donde hubiera germinado el delito, sin (necesidad de) afectar al ejercicio de las funciones políticas y públicas que desarrollan los partidos (aunque el equilibrio será ciertamente difícil de encontrar). Una restricción como la que proponemos tiene cobertura legal, en la medida que el art. 33.7.g), apartado segundo, establece que «el Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención», de donde se deduce que no ha de abarcar la actividad completa del partido, sino solo el entorno de la actividad delictiva, a fin de no obstaculizar las funciones políticas. Esta breve referencia al contenido de la sanción de intervención judicial ha sido calificada como «enormemente flexible» por la Fiscalía General de Estado en la Circular 1/2011 (p. 28), que reclama que, en todo caso, esta flexibilidad se precise en sentencia teniendo presentes «criterios preventivo-especiales, en función de las necesidades concretas» (también así De la Cuesta, 2019, p. 89). Dicha amplitud permite a algunos autores (Gimeno Beviá, 2014, p. 339; Faraldo Cabana, 2018, p. 150) sugerir que el interventor judicial nombrado al efecto podría aprovechar el mandato judicial para impulsar la adopción –dentro de la persona jurídica y del

partido político— de un programa de organización y gestión, potenciando así la función rehabilitadora de este tipo de sanción.

Por otro, la intervención judicial puede limitarse territorialmente. El propio apartado segundo del art. 33.7.g) precisa que «la intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio» (Roca de Agapito, 2014, p. 400). Siguiendo la propuesta de Alexandre González (2014) y de León Alapont (2017, pp. 161-162), si la actividad delictiva que motiva la condena de intervención judicial se refiere a actividades de una rama autonómica o provincial del partido político con «plena autonomía financiera», entonces puede pasar a ser considerada como una «subunidad» con personalidad jurídica propia, en sentido material, que habría actuado de forma autónoma y que debería ser el sujeto imputable y que sufriera la pena de intervención judicial, a menos que el delito se hubiera cometido por «órganos periféricos» a causa de una falta de vigilancia, control y supervisión imputable a los «órganos centrales».

5.3. Posición personal

Finalmente, corresponde expresar nuestra opinión, preocupada, en torno al catálogo de penas imponibles a los partidos políticos, y especialmente en relación con las dos sanciones analizadas: la disolución y la intervención judicial. De *lege lata*, en tanto siguen existiendo en el Código Penal, a la vista de la gravedad de algunas medidas, como la disolución y la intervención, y de su influencia en el futuro del partido político, que puede quedar definitivamente comprometido, su adopción por el Juez o Tribunal debe someterse a los cánones de la doctrina y la jurisprudencia sobre el *fumus boni iuris*, y a las exigencias garantistas de necesidad, subsidiariedad, y, especialmente, de proporcionalidad (Morales Prats, 2010, pp. 63 y 79-80; Zúñiga Rodríguez, 2033, pp. 243-244; Gómez Tomillo, 2015, p. 40; Feijoo Sánchez, 2002, pp. 192 y ss); hasta el punto de que la propia máxima de proporcionalidad puede recomendar no adoptar medidas como la intervención judicial si la escasa peligrosidad del partido, manifestada en el hecho delictivo, así lo reclama. Además, el tenor literal de los tipos penales atinentes a las personas jurídicas, repartidos en la Parte Especial del CP, admite margen de apreciación (que no margen de discrecionalidad ni arbitrariedad) para los Jueces y Tribunales a la hora de la imposición de penas distintas de la multa, al disponer que «podrán imponer...». El aplicador del Derecho cuenta con cierto espacio para decidir lo más conveniente u «oportuno», dadas las circunstancias del caso. Por tanto, secuencialmente, deberá decidirse si se imponen algunas de las penas previstas en el art. 33.7.b) a g) en virtud del «principio de oportunidad» y, aceptado ese punto, establecer su contenido y extensión prudentemente, conforme al «principio de proporcionalidad».

Pero yendo más allá de una propuesta de lectura restrictiva de la posibilidad de adoptar sanciones de intervención judicial, cabe preguntarse si debería proponerse su eliminación, desde la perspectiva *lege ferenda*. Las sanciones de disolución, sobre todo, y también de intervención judicial no pueden perder de vista la eminente función constitucional que desarrollan los partidos políticos, cuya proclamación más evidente es el art. 6 de la Constitución. Salvo que pudiera llegarse al caso extremo de considerar al partido político o a la federación como una asociación ilícita, en los demás casos de corrupción, en general, o de financiación ilegal de partidos políticos, en particular, no debe olvidarse que por encima de las irregularidades observadas y del defecto de organización del partido o de la ausencia de *compliance programs*, los partidos políticos canalizan la opinión o voluntad popular y defienden legítimamente un ideario político, por lo que los daños reputacionales o de «des crédito en el escenario público» (Del Moral García, 2018, p. 305) que las sanciones puedan provocarles podrían tener injustas, por desmesuradas, consecuencias en su función

constitucional. El castigo con los votos a un partido político ya es parte de la responsabilidad que deben asumir, en forma de responsabilidad política. No rechazamos con ello que exista también una porción de responsabilidad penal, pero esta, mucho más exigente, ha de aplicarse con sumo cuidado y debe guiarse por otros principios³³. La prohibición o disolución, por ejemplo, de un partido político es un mal corrosivo para un sistema de partidos. España ya afrontó esta situación cuando padeció el terrorismo de ETA y en su entramado político se recurrió a la disolución de partidos a través del art. 10 de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. Ese recuerdo evidencia que, entre organizaciones terroristas y delitos de corrupción, hay una distancia significativa, por lo que unas y otras actividades no pueden merecer sanciones similares.

Por todo lo anterior, proponemos prescindir de la pena de disolución en el catálogo de penas aplicables a los partidos políticos, con la sola excepción de formaciones políticas constituidas para delinquir (supuesto francamente difícil de imaginar y que desde luego no ha conocido la realidad política española hasta la actualidad) o que incurran en las causas de disolución de la Ley Orgánica de Partidos políticos (arts. 9 y ss), acabando así con la duplicidad de vías, penal y administrativa, para acordar la disolución de un partido político. Nos sumamos a un grupo de autores que ya se han expresado en estos términos. Baucells Lladós (2018, p. 12) apunta que la ley prevé la no aplicación de la pena de disolución a las mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, por lo que, con más razón, podría justificarse la exclusión de esta pena para los partidos políticos, eje y columna del sistema parlamentario español³⁴. León Alapont (2020, pp. 219-220), por su parte, señala con razón que la imposición de una pena de disolución supondría un disparo directo contra una serie de preceptos constitucionales conectados como el derecho de participación política (art. 23 CE), el deber de los poderes públicos de fomentar la participación en la vida política, económica, cultural y social (9.2 CE) y la propia función de canalización de la voluntad popular de los partidos políticos (art. 6 CE); además de impedir por completo la función preventivo especial de rehabilitación del partido y de vuelta a la cultura de legalidad.

En fin, estamos con aquellos que, como Del Moral García (2018, p. 315) y Faraldo Cabano (2018, p. 123-124; también Granados Pérez, 2018, p. 231), consideran que la posibilidad de disolución de un partido político sería una sanción en manos de un juez que podría llegar demasiado lejos y tendría efectos perturbadores: «la consiguiente afectación a las libertades y derechos fundamentales de sus afiliados, simpatizantes y votantes, que pueden contarse por millones».

La pena de intervención judicial también recibe fuertes y fundadas críticas, aunque en nuestro caso proponemos una lectura restrictiva y orientada a la resocialización del partido político delincuente, que permitiría mantener esta sanción en el catálogo de penas a los partidos políticos. Pero empecemos por las críticas. Baucells Lladós (2018, p. 12) cuestiona también la existencia de la pena de intervención judicial ante «el riesgo de control judicial de la actividad exclusivamente política del partido». Del Moral García (2018, p. 315) considera que un partido político judicialmente intervenido sería incompatible con el mandato constitucional de democracia interna. La entrada del poder judicial en el partido también es criticada por Santana Venga (2020, p. 98) que considera una injerencia la intervención judicial pues, en primer lugar, el partido político en el poder podría inmiscuirse en el partido

³³ Responsabilidad política y responsabilidad penal son dos instrumentos que sirven al fin de la ejemplaridad de la actividad política, pero tienen distintos presupuestos y consecuencias (De la Cuesta, 2014, p. 14).

³⁴ También emplea el argumento de la comparación con las sociedades públicas mercantiles, Gimeno Beviá, (2016, p. 99).

de la oposición a través de la Fiscalía General del Estado, y, en segundo lugar, gracias a la *actio popularis* un partido podría interferir en otro a través del control judicial. Podemos citar, por último, a Maza Martín (2017, pp. 404-446), quien recomienda limitar el catálogo sancionador de partidos políticos a la multa y la intervención judicial, con exclusión de la disolución, e incluso cuestionando seriamente la intervención por las consecuencias nocivas que tendría para el futuro de la formación política.

Pese a esas críticas, proponemos una lectura restrictiva de la intervención judicial, que haga esta sanción operativa en el ámbito de los partidos políticos. Debe intentarse una interpretación respetuosa de la voluntad del legislador, a menos que el tenor literal sea manifiestamente contrario a los fundamentos del Derecho penal y creemos que es posible esa lectura. La forma de hacer admisible esta sanción pasa por limitarla desde el punto de vista de su extensión espacial o territorial, de las facultades conferidas al interventor judicial y de la orientación finalista: por un lado, la intervención judicial, tal y como permite el apartado segundo del art. 33.7.g), debe circunscribirse a la parte del partido político –local, provincial, si fuera el caso– que haya delinquirido y no, en modo alguno, a la estructura estatal, so pena de provocar una disfunción de consecuencias nefastas para el funcionamiento del partido y la representatividad de sus votantes; por otro lado, el interventor judicial debe recibir un mandato de control y vigilancia reducido a lo estrictamente imprescindible (control de gastos y de la actividad económica), sin interferir en decisiones estrictamente políticas, electorales y de representación (así también, León Alapont, 2019, p. 221; Nieto Martín y García-Moreno, 2019, p. 406). Finalmente, la amplitud del contenido de esta sanción interdictiva autoriza utilizarla como una vía para impulsar el proceso de resocialización del partido político: el interventor judicial puede imponer la obligación de adoptar un programa de cumplimiento normativo del partido, vigilar su puesta en práctica y la corrección de las desviaciones y depuración de las responsabilidades que condujeron al comportamiento ilícito. De esta forma, la intervención judicial quedaría perfectamente alineada con la finalidad preventivo especial positiva de las sanciones aplicables a las personas jurídicas, que inspira el art. 33.7 CP.

Si bien es cierto que la intervención judicial representa una sanción menos invasiva y que admite más límites (territoriales, materiales y finalistas, como ya comentamos), sigue siendo una medida problemática por introducir en la estructura del partido a una figura ajena. Por ello, entendemos que la intervención judicial debe evitarse, cuando sea posible, recurriendo a la condena de inhabilitación de los responsables de los delitos para que abandonen sus responsabilidades y la formación política se rehabilite. Además, la propia democracia interna del partido y sus afiliados empujarán también en la misma dirección de expulsar a quienes han cometido tales comportamientos; y, por último, el partido, desde sus estructuras centrales, puede intervenir a sí mismo, encargando a gestoras provisionales la resolución de la crisis abierta por los casos de corrupción y la reconducción de tales problemas.

6. Prevención de la delincuencia de los partidos políticos: democracia interna, *compliance programs* y *nudging programs*

Con la responsabilidad jurídico-penal aparece también el instrumento de los programas de cumplimiento normativo para la prevención de delitos, *compliance program*, en el universo conceptual de los partidos políticos. El art. 31 bis.2.1ª CP, trasladado a los partidos políticos, establece que si los representantes legales o directivos del partido hubieran cometido un delito, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal si

el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión.

En caso de que el delito haya sido cometido por los subordinados de esos directivos,

la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (art. 31.bis.4 CP).

Con determinados contenidos y características que luego comentaremos, los modelos de organización y gestión se convierten así en una vía de exoneración de responsabilidad criminal (o de atenuación, cuando solo se cumplieran parcialmente los requisitos de un adecuado programa de cumplimiento) para los partidos políticos desde que en 2012 se les incluye en el listado de personas jurídicas criminalmente responsables. No obstante, el desembarco definitivo de la obligación de *compliance* para las formaciones políticas se produjo tras la reforma del artículo 9 bis de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, operada en virtud de la Ley Orgánica 3/2015, de 3 de marzo, de control de la actividad económico-financiera de los Partidos Políticos. El citado art. 9 bis constituye el fundamento legal de su deber de dotarse de un programa de cumplimiento normativo para la prevención de delitos, y lo hace con este tenor: «los partidos políticos deberán adoptar en sus normas internas un sistema de prevención de conductas contrarias al ordenamiento jurídico y de supervisión, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal». Esta reforma legal del año 2015 viene a culminar, por tanto, todo el proceso de extensión de la responsabilidad penal a personas jurídicas, corporaciones y otras entidades, como los partidos políticos: primeramente, en el año 2010 se introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas; el proceso continuó en 2012 con la incorporación de los partidos políticos al listado de personas jurídicas criminalmente responsables y concluye en 2015 con la imposición del deber legal de *compliance* a cargo de los partidos políticos.

Así, tales programas de cumplimiento normativo se convierten en un instrumento necesario y, en teoría, obligatorio y decisivo para lograr una organización adecuada y eficiente del partido político (y de la persona jurídica, en general). Remarcamos «en teoría», porque como a continuación tendremos ocasión de examinar, los partidos están cumpliendo tardía y escasamente con la obligación de dotarse de estos modelos de organización. Esta lentitud y reticencia, no obstante, es común a las organizaciones públicas, como acreditan Nieto Martín y García Moreno (2019, pp. 380-382): frente a las empresas privadas que llevan tiempo adoptando programas de cumplimiento y códigos éticos a causa de diversos estímulos del Derecho penal, del Derecho de sociedades (obligación de gestión de riesgos) y del propio funcionamiento de mercado (las empresas prefieren contratar con otras entidades que cumplan con los estándares de debida diligencia y cuenten con programas de cumplimiento), ha habido pocos incentivos o elementos disuasorios sancionadores sobre las organizaciones públicas para que adoptasen modelos de organización y gestión de forma voluntaria. Sin embargo, es preciso impulsar la adopción de programas de cumplimiento por las administraciones públicas, no solo por su retraso, sino porque al ser públicas, los ciudadanos debemos exigir especialmente que se

organicen de forma eficiente y prevengan la criminalidad en su seno pues gestionan fondos públicos (Nieto Martín y García-Moreno, 2018, p. 22)³⁵.

6.1. *Compliance programs* y democracia interna

Los programas de cumplimiento pueden impulsar y reforzar el mandato constitucional de democracia interna de los partidos políticos. Sostiene Maroto Calatayud (2015, pp. 329 y ss y 368) que los modelos de gestión y organización derivados de la obligación de autorregulación de los partidos políticos, aunque solo sea para evitar sanciones penales, pueden producir efectos altamente satisfactorios en el plano de la democracia interna de los partidos políticos, *desideratum* y mandato previsto en el art. 6 de la Constitución. Los *compliance* y su obligatoriedad servirían para «democratizar el funcionamiento de instituciones de tal relevancia política a través de la vía penal». La democracia interna, cuyo reflejo primero puede ser la efectividad de los derechos políticos de los miembros de un partido en la estructura interna, provocará inmediatamente que ellos mismos asuman responsabilidades en el funcionamiento del partido y establezcan sistemas de control «de abajo a arriba», que vendrán a complementar a los sistemas de control «de arriba a abajo» que ejercen los jueces y tribunales y la normativa administrativa. Así, por fin, el mandato de autorregulación que se desprende ahora del art. 31 bis CP debería representar un impulso para la indispensable y siempre postergada promesa de democratización interna de los partidos políticos. Esto advertido, conviene no elevar las expectativas ni confundir planos: los programas de cumplimiento aspiran a prevenir la delincuencia dentro de la formación, lo cual debe representar uno de los ejes de la democracia interna de un partido, pero no el único; en otras palabras, no se debe igualar tener un modelo de organización y gestión con cumplir el mandato constitucional de democracia interna de un partido político, que va más allá (parecidamente, León Alapont, 2020b, p. 67). La democracia interna alcanza al sistema de rendición de cuentas de los cargos políticos, a la transparencia de la contabilidad, a canales de participación, a la posibilidad de reprobación, al sistema de recursos contra decisiones de los cargos políticos, a la existencia de una Comisión de garantías (o Comisión Ética)³⁶, y todas estas cuestiones, si bien están conectadas con la organización, gestión y buen gobierno de un partido político, no son estrictamente contenido de un programa de cumplimiento normativo, a efectos del Derecho penal.

6.2. Contenido de los *compliance programs*. Últimas actualizaciones en relación con PSOE y PODEMOS

De conformidad con el art. 31.bis.5 del CP,

Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.^a del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.

³⁵ Estos autores elaboraron una Guía para la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha, de gran utilidad. También son valiosos los documentos de orientación que ofrece la Oficina Antifraude de Cataluña, con indicaciones para las instituciones públicas sobre mapeo de riesgos penales, contratación pública, integridad institucional (y también dirigidas a los partidos políticos). Online: <https://www.antifrau.cat/es/guias.html>.

³⁶ Sobre estas cuestiones a caballo entre democracia interna y *compliance*, vid., ampliamente, Nieto Martín y Maroto Calatayud (2014).

2.º Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

3.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

4.º Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.

5.º Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

6.º Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

En los últimos años se han realizado diversos trabajos doctrinales que examinan el nivel de cumplimiento por parte de los partidos políticos de su obligación de adopción de modelos de organización y gestión que sean eficaces para prevenir la delincuencia y que se ajusten a los contenidos que establece el Código Penal, a partir de la información que las formaciones publican en sus páginas *webs* (lo que no es óbice, por tanto, para que el nivel de cumplimiento de estas obligaciones sea mayor pero quienes investigamos estas materias no podemos constatarlo por tratarse de documentación confidencial, interna del partido político). Los resultados no son optimistas, precisamente. De Pablo Serrano (2017, pp. 40-44) constató que los principales partidos políticos apenas contaban, después de 5 años de ser incluidos entre los sujetos criminalmente responsables, con tímidas y genéricas llamadas y compromisos de creación de oficinas de cumplimiento normativo para dar cumplimiento a la obligación de la Ley Orgánica de Partidos Políticos y del Código Penal, de establecimiento de modelos de organización y gestión; algunos partidos, como el PSOE, contaban con un adecuado nivel de transparencia en sus cuentas de resultados y de publicidad de su gestión económica-financiera, pero esto –que puede ser correcto en el ámbito del buen gobierno y la democracia interna–, resultaba insuficiente a los efectos de prevención de la delincuencia de un partido. Baucells Lladós (2017, pp. 27-40) se mostraba muy crítico con los partidos examinados en cuanto sus deficientes sistemas disciplinarios internos, su nula evaluación de los riesgos penales o su limitado acatamiento de la obligación de nombrar un responsable de cumplimiento normativo, entre otras deficiencias. Algunos años después, dos nuevos estudios incorporaban actualizaciones que habían realizado los partidos políticos en el ámbito del cumplimiento normativo: León Alapont (2020, pp. 54-65) recogía la aprobación en 2018 de un Reglamento de Desarrollo de los Estatutos Federales del PSOE que incluía la creación de una Oficina de Cumplimiento Normativo, con el nombramiento de un/a Director/a de Cumplimiento y la especificación de sus competencias; así como la aprobación de un Código Ético y de Conducta del Partido Popular que atribuía al Comité de Derechos y Garantías la elaboración, supervisión y actualización de un Programa de Cumplimiento Normativo, también en 2018; y, finalmente, reflejaba la ausencia de documentación al respecto en la normativa interna de VOX. Finalmente, un estudio de los abogados Herzog y Alexandre (2020)³⁷ valoraba como positivos los avances del PSOE y el PP en la

³⁷ No ha sido posible localizar este documento y las referencias con que contamos son a través de la prensa. Vid: <https://www.worldcomplianceassociation.com/3115/noticia-las-medidas-claves-de-compliance-para-evitar-que-los-partidos-cometan-delitos.html>.

elaboración de sus programas de cumplimiento, mientras criticaba las carencias de PODEMOS y de VOX.

En este punto, para continuar con la labor de actualización de los estudios sobre el cumplimiento normativo de los partidos políticos, debemos hacer algunas referencias, en relación al PSOE y a PODEMOS, que han adoptado diversos documentos de importancia para la materia que nos ocupa. El PSOE ha aprobado recientemente, en octubre de 2021, en el marco de su 40ª Congreso, unos nuevos Estatutos Federales, cuyo capítulo X del Título V, art. 51, está dedicado al Sistema de Cumplimiento Normativo, con indicación expresa de que este partido se compromete a fomentar «una cultura ética corporativa, a los efectos previstos en el artículo 31 bis del Código Penal, conforme a su redacción por la L.O. 1/2015, de 30 de marzo»³⁸. De forma más concreta, en el Reglamento Federal de Desarrollo de los Estatutos, de enero de 2022, desarrolla en el capítulo III los mecanismos para prevenir conductas ilícitas, bajo la rúbrica «estructura de cumplimiento normativo». Su contenido esencial es el siguiente:

- Se crea una Oficina de Cumplimiento Normativo que «establecerá modelos de organización y gestión y los mecanismos de vigilancia y control para prevenir, detectar y gestionar conductas ilícitas, generando así la cultura ética corporativa del cumplimiento».

- Al frente de la Oficina se situará un/a Director/a (que el propio documento denomina Compliance Officer) encargado de «supervisar, implementar y mantener actualizado el Sistema de Gestión de cumplimiento Normativo», especialmente en lo relativo a la evaluación de los riesgos penales y las sanciones que procedan de su incumplimiento por la comisión de ilícitos. Debemos reprochar, en este punto, que no se hace público ningún análisis de riesgos penales o mapa de riesgos, ni tampoco se aclaran esas sanciones (ni siquiera en los Estatutos Federales se indica que la vulneración del sistema de cumplimiento normativo pueda ser motivo de sanción leve o grave; arts. 84 a 86).

- La Oficina comunicará el sistema de cumplimiento normativo entre los miembros del partido a fin de que sean conscientes «de los riesgos a los que estamos expuestos en materia de cumplimiento normativo» y también diseñará «planes de formación para fomentar la cultura de cumplimiento en todos los niveles de la organización».

Se precisa que la Oficina «dispondrá de nivel formativo así como la experiencia adecuada para desarrollar las tareas que determine el programa de *compliance* aprobado» [algo muy importante, como apuntan, en la doctrina, Baucells Lladó (2017, p. 35, nota al pie 114); Nieto Martín y García-Moreno (2019, pp. 386-387)] e igualmente, contará con «los recursos materiales y humanos suficientes para el desarrollo de sus cometidos esenciales de manera autónoma» y actuará con autonomía, objetividad, independencia y neutralidad (sin precisar autorización para actuar, obtener información, proceder a registros).

- Finalmente, un aspecto fundamental es la creación de un canal interno de denuncias, cuyo uso, alcance y finalidad serán regulados por la Oficina de cumplimiento normativo³⁹.

³⁸ Online: <https://www.psoe.es/media-content/2015/04/Estatutos-Federales-40C-.pdf>.

³⁹ Según esa web, se trata de «un medio de comunicación accesible de modo que puedan denunciar cualquier ilícito penal del que tuvieran conocimiento, infracciones en materia de privacidad, así como infracciones de las obligaciones adquiridas que pueden suponer un incumplimiento de nuestra normativa interna (Estatutos Federales, Código Ético, etc.)». Las denuncias serán confidenciales, exigirán identificación (aunque no se darán a conocer los datos personales), no estarán sujetas a ningún tipo de represalias y se otorgará protección a quien las realice. Enlace web: <https://cade.psoe.es/RegisterComplaint>.

Por lo que se refiere a PODEMOS, los estudios doctrinales que antes mencionábamos insistían en que sus documentos éticos contenían genéricas referencias a la obligación de *compliance* y a la creación de organismos encargados de esta tarea, pero sin concretar ni llegar a ser realidad. Este partido, sin embargo, tras la aprobación de sus nuevos Estatutos, en julio de 2020, ha desplegado una intensa actividad reglamentadora y, entre otros documentos, se ha dotado de un Plan de Cumplimiento Normativo⁴⁰. Dicho documento comienza con una explicación divulgativa de la responsabilidad penal a que está sujeto el partido político tras los cambios normativos de 2010 y 2012; detalla qué debe entenderse por modelo de organización y gestión, conforme al art. 31 bis CP y cuál es el listado de delitos imputables a cualquier partido político. Se insiste en repetidas ocasiones que los miembros del partido deben conocer su texto y hacerlo cumplir, así como darlo a conocer a terceros y a otras empresas con que este partido pueda contratar, a fin de evitar conductas punibles (con especial atención a «corrupción y sobornos»). A partir de estas referencias, el contenido más interesante para nuestro trabajo es el que sigue:

- Se asigna la supervisión del programa de cumplimiento a una «Unidad de Cumplimiento Normativo»: «órgano colegiado de carácter interno y permanente, responsable de velar por el funcionamiento eficaz del sistema de cumplimiento normativo, para lo que tiene atribuidas amplias competencias, autonomía presupuestaria e independencia de actuación».

- Se crea una canal ético o denuncias (a través de un buzón electrónico, que –salvo error por nuestra parte- no existe todavía) para «recibir información sobre hechos que se hayan producido y supongan un riesgo, hechos que estén cerca de materializarse o bien sobre los que existan sospechas de que se hubieran producido». Los denunciadores deberán identificarse (no se acepta el anonimato), pero sus datos serán tratados con secreto y confidencialidad.

- Finalmente, el documento contiene, de forma bastante novedosa frente a otros partidos, un adecuado mapeo de riesgos penales, para que los afiliados conozcan qué delitos puede cometer su formación política, en qué consiste cada delito (explicado en términos comprensibles y accesibles para un público no jurista) y qué medidas de diligencia y prevención deben adoptar los afiliados y cargos para evitar incurrir en estos comportamientos. Se trata de un Anexo al Plan de Cumplimiento Normativo que describe en términos sencillos los siguientes delitos: descubrimiento y Revelación de secretos, estafa, frustración en la ejecución, daños informáticos, corrupción en los negocios, blanqueo de capitales, financiación ilegal de los partidos políticos, cohecho, tráfico de influencias, delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social y delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizadas por la Constitución⁴¹.

⁴⁰ Online: <https://podemos.info/wp-content/uploads/2021/11/Plan-de-Cumplimiento-Normativo-V.1.pdf>.

⁴¹ Sin querer ser demasiado exhaustivos, permítasenos citar algunas medidas preventivas que el Plan recomienda a los miembros del partido: por ejemplo, para prevenir el blanqueo de capitales «se prohíbe aceptar pagos o transferencias en los que no quede constancia del origen de los fondos si hubiera alguna sospecha de que pudieran proceder de actividades delictivas»; para prevenir los daños informáticos, todos los sistemas informáticos se someterán a supervisión por la Organización, estarán dotados de firewall, antivirus y contraseñas de acceso, y se transmitirá a cada encargado de seguridad informática sus responsabilidades, funciones y obligaciones; para los delitos de trascendencia económica, «se establece la obligación legal de someter las cuentas anuales del ejercicio cerrado y el presupuestado para el siguiente ejercicio a la aprobación del Consejo Ciudadano en los tres primeros meses de cada año; además de seguir las normas generales relativas a la llevanza de libros de contabilidad y demás normativa aplicable, en especial la del Tribunal de Cuentas en cuanto a presentación de cuentas y publicidad de las mismas»; así mismo, se recuerda a los afiliados y cargos con qué empresas no se debe contratar (empresas declaradas en concurso o insolventes, condenadas por sentencia firme por ciertos delitos, aquellas que no estén al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social...

En el resto de los principales partidos políticos no hay novedades reseñables, hasta donde hemos podido investigar, en relación con los trabajos previos ya publicados al respecto y mencionados más arriba.

En el caso del Partido Popular, aunque ya se ha mencionado que dispone de un Código Ético y de Conducta de 2018⁴², que prevé el desarrollo de un Programa de Cumplimiento Normativo a cargo del Comité de Derechos y Garantías, creemos que debe subrayarse el acierto, que también se ha apuntado con PODEMOS, de esbozar un mapa de riesgos penales (es mejorable, pero al menos existe) donde se detallan comportamientos delictivos imputables al partido político en diversos sectores (financiación, transparencia, entorno laboral, contratación con terceros, gestión del patrimonio) y se ofrecen medidas preventivas y de precaución⁴³.

Respecto a Ciudadanos, si bien cuenta con un Gabinete de Cumplimiento encargado de «implantar una cultura de cumplimiento basada en la prevención y el control, y desarrollar y supervisar el modelo de organización y gestión previsto en el artículo 31 bis del Código Penal», debe lamentarse que no dispone de un verdadero plan o programa de cumplimiento normativo (o al menos no es público). Su Código Ético⁴⁴ contiene una serie de principios generales de actuación (cumplimiento de la legalidad, respeto de los derechos fundamentales, conciliación, sostenibilidad ambiental...) en diversos ámbitos (en relación con los medios de comunicación, con el poder judicial, con la ciudadanía, con el propio partido) que apenas profundiza en la prevención de algunas conductas ilícitas relacionadas con la aceptación obsequios y regalos⁴⁵. Sí es muy positiva la existencia de un canal ético de denuncias⁴⁶ para comunicar incumplimientos de la legislación o de la normativa interna, así como de cualquier indicio o riesgo de su posible comisión, y con las habituales garantías de confidencialidad de la denuncia (no anonimato) e indemnidad para el denunciante.

Por último, en cuanto a VOX, a día de hoy mantenemos las observaciones del último estudio extenso sobre programas de cumplimiento normativo de los partidos políticos realizado por León Alapont (2020b, p. 65), que señalaba que en los Estatutos⁴⁷ de la formación no había ninguna referencia concreta a esta cuestión. Tan solo dispone de un breve Código Ético que contiene una enumeración de cualidades que debe reunir cualquier cargo público del partido (lealtad, coherencia, disciplina, sacrificio...). No hemos sido capaces de encontrar ningún documento de acceso público sobre cumplimiento normativo o modelos de organización y gestión de este partido en línea con lo impuesto por el Código Penal y la Ley Orgánica de Partidos Políticos.

⁴² Online: https://www.pp.es/sites/default/files/documentos/codigo_etico_pdf.pdf. Este documento también adelantaba el desarrollo de otras políticas de prevención, como la adopción de un canal Interno de Denuncias, un Protocolo de Investigaciones Internas y un Reglamento de Régimen Disciplinario. No constan datos de las dos primeras iniciativas. Respecto al Reglamento de sanciones, puede consultarse en https://www.pp.es/sites/default/files/documentos/reglamento_disciplinario.pdf.

⁴³ A modo de ejemplo: «nunca se utilizará el nombre del Partido Popular para influir en el desempeño de actividades públicas o de resoluciones administrativas»; «no deben aceptar ni enviar regalos e invitaciones a terceros con los que el Partido Popular tenga o pueda potencialmente tener relaciones, a excepción de los que estén estrictamente relacionados con la actividad comercial del proveedor, por ejemplo, regalos promocionales de escaso valor» y «cuando un regalo u obsequio no cumpla con las normas del presente Código será cordialmente rechazado y devuelto en el plazo más breve posible»

⁴⁴ Online: <https://cumplimiento.ciudadanos-cs.org/codigo-etico>.

⁴⁵ Se indica expresamente que «se prohíbe expresamente a los cargos públicos u orgánicos de Ciudadanos la aceptación de cualquier regalo u obsequio, en efectivo o en especie, atención, hospitalidad, favor o servicio, cuyo valor supere los 75€ si procede de personas, físicas o jurídicas, vinculadas directa o indirectamente con la actividad pública o política del cargo».

⁴⁶ Online: <https://cumplimiento.ciudadanos-cs.org/canal-etico/denuncia>.

⁴⁷ Online: <https://www.voxespana.es/espana/estatutos>.

A la luz de estos contenidos, debemos señalar que estos programas de cumplimiento normativo no reúnen aún las características para ser considerados modelos de organización y gestión eficaces: esencialmente, porque no cumplen con la obligación de dotarse de *compliance programs* adaptados a las características de una persona jurídica tan especial como un partido político (que actúa en ocasiones como empresa que contrata con terceros y, en la mayor parte de las veces, como canalización de la voluntad popular y actor constitucional de primer orden). Desde luego, si uno de los principales cometidos de un modelo de organización y gestión, conforme al art. 33.1.5 CP, es «identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos», esto es, realizar un «análisis de riesgos» apropiado a la actividad de la persona jurídica (Nieto Martín y García-Moreno, 2019, pp. 386-388), o *risk assessments*, los programas de los partidos que hemos examinado son mejorables y, por tanto, insuficientes: algunos cuentan con un razonable mapeo de riesgos (PP y PODEMOS), pero otros carecen de él. Esto es especialmente criticable si tenemos presente, como apunta Baucells Lladós (2017, p. 28), que los partidos políticos solo responden de un listado cerrado de delitos, por lo que en su análisis de riesgos no es necesario contemplar cualquier comportamiento delictivo previsto en el Código Penal, sino solo aquellos concretamente imputables a las personas jurídicas; y, en segundo lugar, que de ese conjunto cerrado, tan solo algunos de ellos pueden ser cometidos razonablemente por los partidos políticos en su actividad frecuente (hablamos, por ejemplo, de delitos contra la Hacienda Pública, pero dejando a un lado delitos de prostitución o tráfico de órganos). Algunas formaciones tienen una clara estructura de su órgano de cumplimiento normativo (PSOE); en ocasiones cuentan con canal de denuncias (PSOE y Ciudadanos). Pero en conjunto, los grandes partidos estatales no cumplen con los contenidos impuestos por el art. 31 bis.5 CP a los modelos de organización y gestión para ser eficaces e idóneos para prevenir la criminalidad.

6.3. Eficacia del *compliance program* sobre la pena

El art. 31.bis.2 CP establece que, si el delito lo han cometido los representantes legales y directivos del partido político, entonces la persona jurídica quedará exenta

si se cumplen las siguientes condiciones: 1.^a el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión; 2.^a la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica; 3.^a los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y 4.^a no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.^a.

En caso de que estas condiciones solo puedan acreditarse parcialmente, «esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena» (apartado segundo del art. 31.bis.2). En caso de que el delito se haya cometido por subordinados de los directivos y representantes legales del partido político, entonces habrá exención de responsabilidad criminal si la formación política

antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del

que fue cometido o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión (art. 31.bis.4).

Y en caso de que tal requisito se acredite parcialmente, nuevamente podríamos estar ante una atenuación de la pena.

Advierto lo anterior, ahora hay que desentrañar varias preguntas: ¿cuándo se entiende que se han acreditado totalmente los requisitos y, por tanto, hay exoneración de pena? ¿cuándo se entiende que hay una acreditación parcial de esos requisitos? Y, en este último caso ¿qué reglas determinan la atenuación de la pena?

Por lo que se refiere a la primera pregunta, la exoneración total de la responsabilidad penal requiere el cumplimiento de todos los requisitos del art. 31.bis.2, que deben ser valorados *ex ante*. En otras palabras, la eficacia del modelo de organización y gestión para prevenir con idoneidad los delitos queda anulada si no existían tales medidas o si, aun existiendo y valoradas en el momento de comisión del delito, ya resultaban insuficientes para prevenir el ilícito. Pero no puede significar que la eficacia se juzgue *ex post*, pues cometido el delito en el seno del partido político, ningún modelo de organización y gestión, por preciso y detallado que fuera, se habría mostrado idóneo para prevenir el delito. La Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado descarta con razón, por ello, la utilidad de los *compliance programs* de puro maquillaje o artificio (*make-up compliance* o *paper compliance*), que pretenden simular un sistema de control, vigilancia y gestión, pero que no tienen ninguna incidencia práctica:

No basta la existencia de un programa, por completo que sea, sino que deberá acreditarse su adecuación para prevenir el concreto delito que se ha cometido, debiendo realizarse a tal fin un juicio de idoneidad entre el contenido del programa y la infracción. Por ello, los modelos de organización y gestión deben estar perfectamente adaptados a la empresa y a sus concretos riesgos (FGE, 2016, p. 22; Faraldo Cabana, 2019, pp. 162-163).

En segundo lugar, la atenuación de la pena para el partido político, en caso de que las condiciones o requisitos del art. 31.bis.2 solo «se acrediten parcialmente», debe interpretarse en el sentido de que falten sustantivamente algunos requisitos o elementos del apartado y no que probatoriamente no se hayan acreditado totalmente, esto es, «que el modelo presenta algunos defectos o que solo se ha acreditado que hubo cierta preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena» (FGE, 2016, p. 24)⁴⁸. Estamos con León Alapont (2020b, p. 277) a la hora de entender que esa acreditación parcial significa que los cuatro requisitos están presentes cumulativamente, pero en ellos faltan algunos elementos o están debilitados y restan eficacia al modelo de organización y gestión; no tendría sentido lo contrario, creemos: entender que se cumplen parcialmente las condiciones del apartado segundo cuando están presentes algunas de ellas y faltan por completo

⁴⁸ Hay otra atenuación de la responsabilidad penal de personas jurídicas, y, por tanto, de partidos políticos, en la que no vamos a detenernos, prevista en el art. 33. quater: «haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades: a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades. b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos. c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito. d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica».

otras (por ejemplo, no había modelo de organización o los responsables no eludieron fraudulentamente el modelo).

En caso de que faltasen algunos elementos de las condiciones del art. 31.bis.2 y, por consiguiente, corresponda una atenuación de la pena, ¿qué reglas deben aplicarse? Aunque la redacción literal podría recordar a la exigente incompleta del art. 21.1 CP, lo cierto es que entran en juego las reglas del art. 66.1 sobre circunstancias atenuantes (Del Moral García, 2018, p. 398) y no el art. 68 sobre las exigentes incompletas. El debate se cierra si tenemos presente que el art. 66 bis establece que «En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66». Se admite incluso que la atenuante aparezca muy cualificada o extraordinaria, si se cumplen los criterios jurisprudenciales para ello, a través de una lectura favorable al reo del art. 66.1. 2ª («cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concorra agravante alguna») (González Cussac, pp. 258-259; Faraldo Cabana, 2019, pp. 171-174; León Alapont, 2020b, pp. 177-178).

6.4. Prevención a través de los *nudging programs*

Finalmente, en el plano de la prevención de delitos en el seno de partidos políticos y a fin de maximizar la eficacia de los programas de cumplimiento normativo, hay una última cuestión que queremos, al menos, dejar apuntada, que requiere de un estudio más profundo y que ofrece interesantes posibilidades.

La exoneración o atenuación de la responsabilidad penal de los partidos políticos por la comisión de delitos por sus directivos, representantes legales o subordinados, depende fundamentalmente de la existencia de «modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión», como dispone el art. 31 bis. 2.1ª CP. En el ámbito de las medidas de vigilancia y control útiles para prevenir la delincuencia se propone desde otros ámbitos científicos el recurso a un instrumento de las ciencias del comportamiento o conductuales: los *nudges*. Según los pioneros de este concepto, Thaler y Susteain, son

cualquier aspecto de la arquitectura de las decisiones que modifica la conducta de las personas de una manera predecible sin prohibir ninguna opción ni cambiar de forma significativa sus incentivos económicos. Para que se pueda considerar como *nudge*, debe ser barato y fácil de evitar. Los *nudges* no son órdenes (definición tomada de Ponce Solé, 2018, p. 14).

Los *nudges*, que podrían traducirse como «empujoncitos» (del verbo inglés *to nudge*, empujar), «estímulos», «acicates», aplicados al ámbito de los programas de cumplimiento de las personas jurídicas, y en nuestro caso de los partidos políticos, serían pequeñas y sencillas acciones (mejor comunicación, simplificación de trabas, recompensas, mayor tiempo para la toma de decisiones, comunicación y difusión de resultados) dirigidas a los miembros de un partido y sus empleados que, basándose en la experimentación psicológica y neurocientífica, logran que las personas tomen decisiones acertadas, superando sesgos, en favor del correcto funcionamiento de la empresa, el partido, la administración pública o el ente de que se trate.

La utilidad de los *nudges* en el funcionamiento de las administraciones públicas, en el diseño de políticas públicas, e incluso en la política criminal, supone la incorporación de evidencias de las ciencias del comportamiento al clásico análisis económico del derecho. Como explica García Arteagoitia (2019, p. 142), frente a la concepción del ser humano como un *homo economicus* que decide racionalmente en

función de incentivos económicos positivos y negativos, las investigaciones científicas de mediados del siglo XX hablan del ser humano como un ser «predeciblemente irracional que procesa la información de manera sesgada, con un sistema impulsivo en primera instancia, y uno más reflectivo, que sólo se activa en ciertas circunstancias». Los *nudges* o acicates tratan de influir en la arquitectura de la toma de decisiones para superar o neutralizar sesgos y lograr que nuestras decisiones sean más eficientes y se alineen con el cumplimiento de la ley y la prevención de la delincuencia. De esta forma, aparece un nuevo componente en el análisis económico del derecho: el análisis económico-conductista del derecho, conforme al cual no solo hay que valorar la lógica económica del ser humano en su proceso de toma de decisiones, sino que se trata de introducir en la arquitectura de las decisiones el «trasfondo de la mente de las personas –reacciones afectivas, capacidades, habilidades, hábitos–, que condiciona e informa tanto la intención formada deliberada o conscientemente, como aquella formada inconscientemente» (Moreno Cruz, 2018, p. 105). En otras palabras, frente al *homo economicus* que piensa en sus intereses y por eso responde a prohibiciones y sanciones («orden y mando»; Ponce Solé, 2018, pp. 13-14), las ciencias del comportamiento proponen influir en la arquitectura de las decisiones a través de estímulos o acicates que optimizan la racionalidad de nuestras decisiones.

A partir de ahí, la conexión con el tema que nos ocupa pasa por introducir estos acicates en el funcionamiento diario del partido político (o de la empresa, en general) para reforzar el cumplimiento normativo y combatir los comportamientos ilícitos. De hecho, como afirman los conocedores de estas nuevas técnicas, los *nudges* son particularmente útiles para favorecer la eficiencia de la toma de decisiones en el ámbito de las administraciones públicas que utilizan normas de *soft law* como guías y protocolos (Ponce Solé, Montolío Durán y Rozas Valdés, 2021, p. 64). Los programas de cumplimiento normativo son, precisamente, códigos y protocolos de actuación para prevenir la delincuencia dentro de las personas jurídicas. Y si los partidos políticos introducen en el diseño y aplicación de sus programas de cumplimiento las evidencias que aportan estas ramas de conocimiento, entonces estarán mandando un mensaje decidido de confianza en el programa de cumplimiento (Aguilera Gordillo, 2020, p. 4).

Pongamos algunos ejemplos de acicates que pueden mejorar la arquitectura de las decisiones de los afiliados y empleados de los partidos políticos, en favor de una mejor administración interna y de la prevención de la criminalidad:

- Simplificación del mensaje. Los seres humanos tenemos memoria limitada y tendemos a comportarnos conforme al «sesgo de la primacía», esto es, recordamos y damos más importancia a las primeras informaciones que recibimos (García Arteagoitia, 2019, p. 145). Por ello, es importante que los planes de cumplimiento normativo sean claros, sencillos y expresen de forma accesible a los afiliados y cargos del partido (que además pueden no tener conocimientos jurídicos) los comportamientos prohibidos (que en ocasiones pueden ser complejos de entender) y qué medidas sirven para prevenirlos. Se trata de impulsar la comunicación efectiva (Langevoort, 2015, pp. 12-13). En su momento, reconocimos el mérito del plan de cumplimiento normativo de PODEMOS por la sencillez con que explicaba delitos y medidas de prevención.

- Incentivos financieros más eficientes. «Las personas odian perder más de lo que les gusta ganar; esto lleva a que enmarcar en términos de pérdida sea más efectivo que marcos neutros o positivos» (García Arteagoitia, 2019, p. 147). Los partidos políticos podrían introducir restricciones presupuestarias en aquellas secciones locales, provinciales o autonómicas del partido político que no cuenten con

adecuados programas de cumplimiento o que no vigilen mínimamente su aplicación. Al mismo tiempo, desde la perspectiva de incentivos, los partidos podrían premiar de algún modo (partidas presupuestarias adicionales, celebración en su localidad de actos electorales importantes) a aquellas agrupaciones o secciones territoriales que mejores programas de cumplimiento desarrollen.

- Fomentar una cultura de legalidad (Aguilera Gordillo, 2020, p. 6). Los partidos políticos deben impulsar foros de discusión y formación entre sus afiliados y cargos políticos para difundir valores de cumplimiento de la legalidad y edificar un suelo de valores compartidos. El cumplimiento de la norma se refuerza cuando se comparte la filosofía que subyace a la norma.

- Aplicación igualitaria de las normas autorregulatorias. Se ha demostrado que la desigualdad en la aplicación de las sanciones (ignorando comportamientos repudiables y, por el contrario, sancionando otros similares) desincentiva el cumplimiento de las normas dentro de un grupo, resta legitimidad a la autoridad y disminuye el afán cooperativo de los individuos (Aguilera Gordillo, 2020, p. 7). Los partidos políticos deben esforzarse por sancionar todos los comportamientos contrarios a los códigos de cumplimiento (de lo contrario, se estimula el incumplimiento porque el individuo confía que a él tampoco le alcance la sanción) y por castigarlos de forma igualitaria (con independencia del cargo orgánico que ocupen). Estamos acostumbrados a ver interpretaciones rocambolescas de los Estatutos de los partidos para, en determinadas ocasiones, salvar a ciertos altos cargos de un expediente sancionador.

- Identidad. Los seres humanos asumimos determinados roles o identidades de forma preferente y estamos dispuestos a guiar nuestros comportamientos conforme a esa identidad. Como recoge García Arteagoitia (2019, p. 147), en estudios sobre declaraciones fiscales, firmar que lo incluido a continuación era verídico antes de rellenar el formulario (activando la identidad de persona honesta) llevaba a un 6% más de ingresos declarados que firmando al final. Los partidos políticos deberían fomentar la identidad honesta y cumplidora de sus responsables de cumplimiento normativo y responsables económico-financieros cuando elaboran documentos económicos del partido, tramitan expedientes sancionadores o dan cauce a denuncias anónimas.

Los anteriores son algunos ejemplos de acicates o estímulos, que responden a experimentos de científicos del comportamiento, que pueden reforzar el cumplimiento de los modelos de organización y gestión de los partidos políticos. Podría pensarse que son estímulos insignificantes. Lógicamente, no se debería abandonar todo el cumplimiento de los *compliance* a estos estímulos, pero el recurso a ellos sin duda puede tener efectos positivos tanto en el funcionamiento diario del partido político, como, llegado el caso, en sede judicial si el partido estuviera acusado de la comisión de un delito por alguno de sus directivos o subordinados. Como explica Aguilera Gordillo (2020, p. 8), si el partido expone ante la autoridad judicial el modo en que aprovecha los conocimientos de las ciencias del comportamiento para fomentar la eficacia de los planes de cumplimiento normativo entre afiliados y cargos orgánicos, sin duda ello será una prueba del respeto del partido por el cumplimiento de la legalidad y su trabajo en favor de la eficacia de los programas de cumplimiento normativos. Además, el mismo autor añade que, en el proceso penal, la presentación del *compliance* podría reforzarse con una prueba pericial que avale la utilización de estas técnicas de las ciencias del comportamiento. Si bien, conviene recordar que la Fiscalía General del Estado (2011, p. 27; también Faraldo Cabana, 2019, pp. 169-171) advierte que las certificaciones por expertos o empresas de la idoneidad de los *compliance* «podrán apreciarse como un elemento adicional, pero en modo alguno

acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial».

7. Conclusiones

La «inclusión de los partidos políticos» en el listado de sujetos criminalmente responsables en la reforma de 2012 era una necesidad social acuciante a la vista del contexto de escándalos de corrupción y desafección ciudadana hacia la política. Pero, además, sólidas razones vinculadas a la función constitucional de los partidos políticos, como canalizadores de la voluntad popular (solo sujetos al interés de sus votantes y no a otras cuestiones espurias), aconsejaban introducir en el CP la responsabilidad penal de los partidos.

A partir de ahí, en el trabajo hemos intentado constatar aciertos y deficiencias del modo en que ha quedado plasmado el régimen de responsabilidad de los partidos, que al ser el mismo que para el resto de las personas jurídicas, presenta desajustes. Por ejemplo, en el plano de los «delitos que se pueden imputar» a los partidos políticos, si bien el criterio general de actuación debe ser el de sancionar conductas propias del Derecho penal económico, la laguna de la delincuencia electoral no se comprende, porque nadie como un partido político puede cometer delitos electorales y, por ello, hemos urgido a una reforma de la ley electoral en este sentido. Así mismo, la «atribución de responsabilidad penal a un partido político deriva de su propia culpabilidad» en cuanto a la configuración de su estructura interna organizativa, y en este sentido nos parecen correctos los modelos de autorresponsabilidad de los partidos políticos, que responden ante la sociedad por sí mismos y no por la atribución directa de los delitos cometidos por sus afiliados o cargos orgánicos; pero nos preocupa que pueda fundarse esta responsabilidad propia o autónoma en un sustrato movedizo de «ausencia de cultura de la legalidad» que debe ser probado por alguien ajeno al partido político y que no conoce a fondo su estructura organizativa. Respecto a las «sanciones» que puede sufrir un partido político, proponemos recurrir a la multa de manera dominante; aceptamos la intervención judicial con una orientación rehabilitadora (para que el interventor promueva o impulse –durante el tiempo estrictamente necesario y sin interferir en la dinámica política de la formación–, la adopción de los modelos de organización y gestión que faltaron o, existiendo, fueron ineficaces, al tiempo de comisión de los delitos); y proponemos la eliminación de la pena de disolución de un partido político en la normativa penal, quedando restringida esta opción a la Ley Orgánica de Partidos Políticos para los casos de formaciones políticas creadas para delinquir o conectadas a propósitos terroristas o métodos violentos.

Finalmente, si bien la sujeción de los partidos políticos a un régimen de responsabilidad penal pretende enfrentar un problema de corrupción presente en la partitocracia española y depurar responsabilidades, también debe mirar al futuro y a la reorganización de los partidos políticos, para ser estructuras más democráticas y centradas únicamente en la defensa de los intereses de sus votantes y en la «prevención de cualquier comportamiento ilícito». Por ello, hemos examinado el sistema de «programas de cumplimiento normativo» de los partidos, constatando los últimos avances producidos en algunos de ellos, y hemos planteado la posibilidad de reforzar esos programas y la estructura decisoria de los afiliados y los cargos políticos a través de una política de impulsos, estímulos y acicates (*nudging programs*) que refuerce la prevención de la delincuencia y la racionalidad de las decisiones.

Bibliografía

- Aguilera Gordillo, R. (2020). *Refuerzo de la eficacia del Compliance: «Behavioral Compliance» y «Nudges»*. <https://www.grantthornton.es/contentassets/cf1d1a1829494b19b1ad4d934b073edc/report-2-compliance-advisory-lab.pdf>
- Alexandre González, J. (07/12/2014). A propósito del proyecto de reforma del Código Penal: el delito de financiación ilegal de partidos. *Debate* 21. <https://debate21.es/2014/12/07/a-proposito-del-proyecto-de-reforma-del-codigo-penal-el-delito-de-financiacion-ilegal-de-partidos/>
- Bacigalupo Saggese, S. (2007). La incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma del código penal de 2006 (Art. 31 Bis). *Estudios de Derecho Judicial*, 115, 199-234.
- Bacigalupo Saggese, S. (2015). Artículo 31 bis, ter, quater, quinquies. En M. Gómez Tomillo (Dir.), *Comentarios prácticos al Código Penal. Tomo I. Parte General. Artículos 1-137* (413-486). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Baucells Lladós, J. (2013). Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico. *Estudios Penales y Criminológicos*, XXXIII, 175-218. <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/1322>
- Baucells Lladós, J. (2017). Autorregulación y prevención del delito en los partidos Políticos. *Revista General de Derecho Penal* (28), 1-44. https://ddd.uab.cat/pub/artpub/2017/200497/rgdp_a2017n28p1iSPA.pdf
- Baucells Lladós, J. (2018). Corrupción y responsabilidad penal de los partidos políticos. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 20, 1-15. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6745283&orden=0&info=link>
- Boldova Pasamar, M. A. (2013). La introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española. *Estudios penales y Criminológicos*, 33, 219-263. <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/1395>
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (2011). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español. *Revista Electrónica de la AIDP*, A-01, 1-29. <http://www.adpeonline.com/wp-content/uploads/2020/08/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-en-el-derecho-espanol.pdf>
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (2014). La corrupción ante el Derecho y la Justicia. *Diritto Penale Contemporaneo*, 13 enero 2014, 1-14. <https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/d/2743-la-corrupcin-ante-el-derecho-y-la-justicia>
- De la Cuesta Arzamendi, J. L. (2019). Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español. En J.L. Gómez Colomer (Dir.) y C. M^a. Madrid Boquín (Coord.), *Tratado sobre compliance penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (67-100). Tirant lo Blanch.
- De Pablo Serrano, A. L. (2016). La responsabilidad penal de los partidos políticos: delitos, penas y compliance programs. En J. Matia Portilla (Dir.), *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos* (341-385). Tirant lo Blanch.
- De Pablo Serrano, A. L. (2017). Fundamentos de la responsabilidad penal de los partidos políticos y de su deber de compliance. *Revista AEAE (asociación europea de abogados y economistas en compliance)*, 36-44. <https://docplayer.es/169409534-European-compliance-news-la-revista-para-los-profesionales-del-compliance-editada-por-la-asociacion-europea-de-abogados-y-economistas-en-compliance.html>
- Del Moral García, A. (2018). Responsabilidad penal de partidos políticos. En AA.VV (Ed.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín* (299-318). Fiscalía General del Estado. <https://www.fiscal.es/documents/20142/284182/La+responsabilidad+penal+de+las+personas+jur%C3%ADdicas.+Libro+homenaje+al+ex+Fiscal+General+del+E>

- [stado+Jos%C3%A9+Manuel+Maza+Mart%C3%ADn.pdf/c833b8ad-07b4-3b9a-4a1f-732f5d88e04a?version=1.0&t=1563363452216](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00001.pdf)
- Del Rosal, B. (2016). Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, *La Ley*, 1569, 1-17.
- Díez Ripollés, J. L. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española. *InDret*, 1, 1-33. <https://indret.com/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-regulacion-espanola/>
- Dolz Lago, J-M. (2018). Doctrina de la Fiscalía General del Estado sobre compliance: discrepancias con la jurisprudencia. En J. L. Gómez Colomer (Dir.) y C. M^a. Madrid Boquín (Coord.), *Tratado sobre compliance penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (124-156). Tirant lo Blanch.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2010). Responsabilidad de personas jurídicas. En F. Molina Fernández (Coord.), *Memento Experto. Reforma Penal de 2010* (100-599). Francis Lefebvre.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2016). Imputación de responsabilidad a la persona jurídica. En F. Molina Fernández (Coord.), *Penal 2017* (363-377). Francis Lefebvre.
- Faraldo Cabana, P. (2015). Las penas. En A. Juanes Peces (Dir.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas* (750-999). Francis Lefebvre.
- Faraldo Cabana, P. (2018). La disolución de partidos políticos como sanción penal. *Estudios penales y criminológicos*, 38, 98-130. <https://revistas.usc.gal/index.php/epc/article/view/4451>
- Faraldo Cabana, P. (2019). Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal. En J. L. Gómez Colomer (Dir.) y C. M^a. Madrid Boquín (Coord.), *Tratado sobre compliance penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (157-180). Tirant lo Blanch.
- Feijoo Sánchez, B (1998). Dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo. *Cuadernos de Política Criminal*, 65, 269-364.
- Feijoo Sánchez, B. J. (2002). *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho Penal contra las empresas*. Civitas.
- Fiscalía General del Estado (2011). *Circular 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por ley orgánica número 5/2010*. https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00001.pdf
- Fiscalía General del Estado (2016). *Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*. https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00001.pdf
- Galán Muñoz, A. (2012). La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad. En C. M^a. Romeo Casabona y F. Flores Mendoza (Eds.), *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica* (503-548). Comares.
- Galán Muñoz, A. (2017). *Fundamentos y Límites de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas Tras la Reforma de la LO 1/2015*. Tirant lo Blanch.
- García Arteagoitia, S. (2019). El éxito y el potencial del nudge en las políticas públicas. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 3, 140-155. https://www.ivap.euskadi.eus/contenidos/informacion/rvgp_ultimo_numero/es_def/Garc%C3%ADa%20140_155.pdf
- García Martín, M., Rebollo Vargas, R., Cugat Mauri, M. et al. (2014). Problemas de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Seminario realizado en la Universitat Autònoma de Barcelona el día 8 de junio de 2012). En

- M. García Arán (Dir.), *La Delincuencia Económica. Prevenir y sancionar* (54-79). Tirant lo Blanch.
- García Morillo, J. (1996). Desparlamentarización, judicialización y criminalización de la política. En J. F. Tezanos (Ed.), *La democracia post-liberal* (257-292). Editorial Sistema.
- Gimeno Beviá, J. (2014). *El proceso penal de las personas jurídicas*. [Tesis Doctoral, Universidad de Castilla – La Mancha]. RUIdeRA. <https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/3789>
- Gimeno Beviá, J. (2016). *Compliance y Derecho Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Civitas.
- Gimeno Sendra, J. V. (2015). Justicia y Política. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 56, 28-31. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=416754&d=1
- Gómez Martín, V. (2015). Artículo 31 bis – 31 quinqués. En M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig (Eds.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (100-120). Tirant lo Blanch.
- Gómez Martín, V. (2016). La responsabilidad penal para personas jurídicas en el Código Penal español: una visión panorámica tras la reforma de 2015. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1, 23-44.
- Gómez Martín, V. y Valiente Ibañez, V. (2016). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En M. Corcoy Bidasolo y V. Gómez Martín (Dirs.), *Manual de Derecho penal económico y de empresa. Parte General y Parte Especial* (128-158). Tirant lo Blanch.
- Gómez Tomillo, M. (2015). *Introducción a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Gómez Tomillo, M. (2015 b). Los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas: sistema español. Antecedentes. En A. Juanes Peces (Dir.), *Responsabilidad Penal y Procesal de las Personas Jurídicas* (175-299). Francis Lefebvre.
- Gómez-Jara Díez, C. (2005). *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons.
- Gómez-Jara Díez, C. (2006). El modelo autoconstructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. En C. Gómez-Jara Díez (Ed.), *Modelos de Autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas* (93-162). Aranzadi.
- Gómez-Jara Díez, C. (2010). *Fundamentos modernos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. BdeF.
- Gómez-Jara Díez, C. (2011). Sujetos sometidos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En J. Banaloché Palao, J. Zarzalejos Nieto y C. Gómez-Jara Díez (Eds.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales* (51-61). La Ley.
- Gómez-Jara Díez, C. (2014). *Cuestiones fundamentales de Derecho penal económico. Parte General y Parte Especial*. BdeF.
- González Cussac, J. L. (2020). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*. Tirant lo Blanch.
- González Rus, J. J. (2014). La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En J. M. Palma Herrera (Dir.), *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica* (19-41). Dykinson.
- González Sierra, P. (2014). *La imputación penal de las personas jurídicas. Análisis del art. 31 bis del Código Penal*. Tirant lo Blanch.
- Granados Pérez, C. (2018). Personas jurídicas exentas y personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal. En AA.VV (Ed.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: homenaje al Excmo. Sr. D. José Manuel Maza Martín* (201-211). Fiscalía General del Estado. <https://www.fiscal.es/documents/20142/284182/La+responsabilidad+penal+de+I>

- [as+personas+jur%C3%ADdicas.+Libro+homenaje+al+ex+Fiscal+General+del+Estado+Jos%C3%A9+Manuel+Maza+Mart%C3%ADn.pdf/c833b8ad-07b4-3b9a-4a1f-732f5d88e04a?version=1.0&t=1563363452216](https://www.academia.edu/42077384/A_qu%C3%A9_partido_pol%C3%ADtico_imputar_y_eventualmente_condenar)
- Hruschka, J. (2005). *Imputación y Derecho Penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. Thomson-Aranzadi.
- Javato Martín, A. M^a. (2017). El delito de financiación ilegal de los partidos políticos (arts. 304 bis y 304 ter CP). Aspectos dogmáticos, políticos criminales y de derecho comparado. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 19, 1-41. <http://criminnet.ugr.es/recpc/19/recpc19-26.pdf>
- Langevoort, Donald C. (2015). Behavioral Ethics, Behavioral Compliance. *Georgetown Law Faculty Publications and Other Works*.
- Laurenzo Copello, P. (1999). *Dolo y conocimiento*. Tirant lo Blanch.
- León Alapont, J. (2017). ¿A qué «partido político» imputar y eventualmente condenar? *Revista penal*, 40, 146-167. https://www.academia.edu/42077384/A_qu%C3%A9_partido_pol%C3%ADtico_imputar_y_eventualmente_condenar
- León Alapont, J. (2019). *La responsabilidad penal de los partidos políticos*. Tirant lo Blanch.
- León Alapont, J. (2020a). Partidos políticos y responsabilidad penal: una reflexión en torno al sistema de penas. *Teoría y Derecho. Revista De Pensamiento jurídico*, (25), 206-237. <https://ojs.tirant.com/index.php/teoria-y-derecho/article/view/396>
- León Alapont, J. (2020b). *Compliance penal: especial referencia a los partidos políticos*. Tirant lo Blanch.
- Maroto Calatayud, M. (2015). *La financiación ilegal de partidos políticos. Un análisis político-criminal*. Marcial Pons.
- Maza Martín, J. M. (2017). *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de personas jurídicas*. [Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]. Biblos-e Archivo. <https://repositorio.uam.es/handle/10486/680327>
- Morales Prats, F. (2010). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. En G. Quintero Olivares (Dir.), *La reforma de 2010: Análisis y Comentarios* (45-71). Thomson Reuters.
- Moreno Cruz, D. (2018). La política criminal del nudge. Algunos desafíos del Análisis Conductista a las teorías del Derecho Penal tradicionales. *Revista Discusiones*, 22 (2), 99-135. <https://revistas.uns.edu.ar/disc/article/view/2226>
- Morillas Cuevas, L. (2011). La cuestión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. *Anales de Derecho*, 29, 1-33. <https://digitum.um.es/xmlui/bitstream/10201/28070/1/cuestiondelaresponsabilidadpenal.pdf>
- Nieto Martín, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Iustel.
- Nieto Martín, A. y Maroto Calatayud, M. (2014). «Public compliance» y prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos. Tirant lo Blanch y Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Nieto Martín, A. y García-Moreno, B. (2018). *Guía para la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Nieto Martín, A. y García-Moreno, B. (2019). De la ética pública al compliance: sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas. En J. L. Gómez Colomer (Dir.) y C. M^a. Madrid Boquín (Coord.), *Tratado sobre compliance penal responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión* (379-408). Tirant lo Blanch.
- Ponce Solé, J. (2018). Derecho administrativo, ciencias conductuales y nudging en la gestión pública. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, 15, 8-27. <https://www.euskadi.eus/t59auUdaWar/t59aMostrarFicheroServlet%3FR01HNo>

- [Portal%3Dtrue%26t59aldRevista%3D3%26t59aTipoEjemplar%3DR%26t59aSeccion%3D51%26t59aContenido%3D1%26t59aCorrelativo%3D1%26t59aVersion%3D1%26t59aNumEjemplar%3D15](#)
- Ponce Solé, J., Montolío Durán, E. y Rozas Valdés, J. A. (2021). Derecho conductual y nudges: implicaciones jurídicas y lingüísticas. *GAAP. Gestión y análisis de políticas públicas*, 25, 58-72. <https://revistasonline.inap.es/index.php/GAPP/article/view/10869>
- Porciúncula, J. C. (2014). *Lo «objetivo» y lo «subjetivo» en el tipo penal. Hacia la «exteriorización de lo interno»*. Atelier.
- Quintero Olivares, G. (2013). La Responsabilidad penal de los Partidos como personas jurídicas. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. 859/2013, 8.
- Ragués i Vallés, R. (1999). *El dolo y su prueba en el proceso penal*. Bosch
- Roso Cañadillas, R. (2012). Segunda sesión: el sistema de penas para las personas jurídicas y aspectos conexos. En J. Dopico Gómez-Aller (Ed.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009* (147-158). Tirant lo Blanch.
- Roca de Agapito, L. (2014). Sanciones aplicables a las personas jurídicas. En M. Ontiveros Alonso et al (Eds.), *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Tirant lo Blanch.
- Santana Vega, D. (2020). Consideraciones críticas sobre la responsabilidad penal de los partidos políticos como instrumento de lucha contra la corrupción. *Política Criminal*. 15 (29), 313-344. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992020000100076>
- Silva Sánchez, J. M^a. (2008). La evolución ideológica de la discusión sobre la «responsabilidad penal» de las personas jurídicas. *Derecho Penal y Criminología: Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, 29 (88-89), 129-148. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3313891.pdf>
- Silva Sánchez, J. M^a. (2013). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español. En J. M^a. Silva Sánchez (Ed.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y Reacciones corporativas*. Atelier.
- Silva Sánchez, J. M^a. (2016). La eximente de «modelos de prevención de delitos». Fundamento y bases para una dogmática. En S. Bacigalupo Sagesse, B. Feijoo Sánchez y J. I. Echano Baldasúa (Eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo* (669-692). Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- Urruela Mora, A. (2012). La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectivas de *lege lata*. En C. M^a. Romeo Casabona y F. Flores Mendoza, Fátima (Eds.). *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica* (465-502). Comares.
- Valls Prieto, J. (2011). Las exenciones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Son responsables los partidos políticos y los sindicatos? *Cuadernos de Política Criminal*, 104, 109-128.
- Zugaldía Espinar, J. M. (2008). *La responsabilidad penal de las empresas, fundaciones y asociaciones*. Tirant lo Blanch.
- Zugaldía Espinar, J. M. (2014). La responsabilidad penal de los partidos políticos y los sindicatos. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 11, 365-384. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24539>
- Zugaldía Espinar, J. M. (2015). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y de sus directivos*. Tirant lo Blanch.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2003). *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. Thomson-Aranzadi.
- Zúñiga Rodríguez, L. (2011). Societas delinquere potest. En L. Zúñiga Rodríguez, M^a. C. Gorjón Barranco y J. Fernández García (Coords.), *La reforma penal de 2010* (11-24). Ratio Legis: Salamanca.

Justicia y gobernanza indígena. Una experiencia como autoridad comunitaria*

Justice and indigenous governance. An experience as a community authority

Pedro Garzón López
 Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca
garzonpedro27@hotmail.com

Cita recomendada:

Garzón López, P. (2022). Justicia y gobernanza indígena. Una experiencia como autoridad comunitaria. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 223-240.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7120>

Recibido / received: 09/12/2021
 Aceptado / accepted: 30/05/2022

Resumen

El presente trabajo articula teoría y práctica a partir de la experiencia como autoridad comunitaria en la administración de justicia, en el ejercicio de la jurisdicción y la gobernanza indígena. Cuestiona prácticas consuetudinarias que reproducen la opresión en el ámbito de la justicia comunitaria como secuela de la instauración sistemática de la cultura jurídica occidental en las comunidades indígenas. A su vez, plantea prácticas «descoloniales» para rehabilitar la justicia comunitaria sobre la base de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas a fin de maximizar la autonomía y el autogobierno indígena.

Palabras clave

Justicia comunitaria, gobernanza indígena, jurisdicción indígena, usos y costumbres, opresión estructural, prácticas descoloniales.

Abstract

Justice administration, in the exercise of jurisdiction and indigenous governance. It questions customary practices that reproduce oppression in the field of community justice as a consequence of the systematic establishment of Western legal culture in indigenous communities. At the same time, it proposes «decolonial» practices to rehabilitate community justice based on the rights recognized to indigenous peoples in order to maximize indigenous autonomy and self-government.

* Investigador indígena chinanteco, originario de la comunidad de San Miguel Maninaltepec. Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Se hace referencia en este trabajo al servicio de Agente de Policía Municipal que el autor realizó durante el periodo municipal 2020 en la comunidad indígena chinanteca de San Miguel Maninaltepec, Municipio de San Juan Quiotepec, Distrito de Ixtlán de Juárez, Oaxaca, México.

Keywords

Community justice, indigenous governance, indigenous jurisdiction, uses and customs, structural oppression, decolonial practices.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El papel del Consejo Comunal en la gobernanza y la justicia comunitaria. 3. Usos y costumbres: algunas debilidades para la justicia comunitaria. 4. Prácticas descoloniales para maximizar la autonomía comunitaria en sede jurisdiccional. 5. Conclusiones.

1. Introducción

Cuando salí de mi comunidad allá por los años 80, mi sueño era hablar español, estudiar y terminar alguna profesión, algo que se veía muy lejano en una comunidad donde casi nadie hablaba español, pocos sabían leer y escribir y, algunos no pasaban más allá de la primaria. Mi padre, quién también había salido de mi comunidad para estudiar, volvió con apenas tercer año de primaria. Dos décadas después de haber comenzado mis estudios básicos, mi sueño se hacía realidad con la obtención del título de Licenciado en Derecho, siendo el primer profesionalista de mi pueblo. Tras haberme graduado como abogado en el año 2000, brotaron nuevos sueños: quería hacer un posgrado en el extranjero, escribir un libro y hablar algunas de las lenguas extranjeras dominantes. Después de casi dos décadas más, mis expectativas fueron superadas con creces. Me doctoré en la Universidad Carlos III de Madrid en el año 2013; en el año 2014 recibí el premio extraordinario de Doctorado por mi tesis sobre pueblos indígenas y, en el año 2016, publicaba mi primer libro por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid.

Pero hay algo que quisiera subrayar, y es el propósito de este texto: como estudiante universitario ya colaboraba con las autoridades de mi comunidad en los asuntos más relevantes; había desarrollado sobre mi comunidad un estudio etnográfico en perspectiva jurídica para titularme como Licenciado en Derecho; y, durante todo mi exilio académico, nunca dejé de trabajar directa, a distancia o indirectamente con mi comunidad, hecho que constata las últimas páginas de la presentación de mi libro «Ciudadanía indígena» (Garzón López, 2016), escrita por mi querido director de tesis, el Dr. José María Sauca Cano. Durante el tiempo de mi formación profesional, siempre pensé en contribuir directamente a la comunidad, pero ya no sería concretar un sueño, sino un compromiso moral comunitario.

Ahora vuelvo a mi comunidad de origen para cumplir el cargo de «*Tsaa-to*»: máxima autoridad comunitaria categorizada externamente como Agente de Policía Municipal (periodo 2020). Vuelvo a la tierra del «*Tse-mein*» (Gente de nuestra palabra); vuelvo al lugar que ha inspirado mi reflexión académica sobre la realidad vivida; aunque sería ingenuo decir que con mis reflexiones teóricas se resolverán los problemas más urgentes de mi comunidad. Más, mis escritos y publicaciones pienso, han contribuido modestamente para reivindicar la identidad cultural, política y jurídica, no sólo de mi comunidad, sino de los pueblos indígenas en general, al cuestionar la opresión estructural que impide florecer la primavera indígena.

Espero contribuir en algo para mi comunidad. No es fácil resolver tantos problemas rezagados y atender necesidades urgentes en un breve periodo de tiempo, pero si algo puedo hacer, lo haremos con honestidad desde una política del amor comunitario (palabras preliminares al cargo de «*Tsaa-to*». Pedro Garzón López, 16/11/2019).

Con estas palabras preliminares publicaba en mi página de Facebook, días previos a la toma de protesta al cargo de Agente municipal. Había mucha expectativa en hacer lo mejor para mi comunidad, aun cuando sabemos que por muy minúscula que sea la

comunidad, como el caso de Maninaltepec –con una población de aproximadamente 500 habitantes– gobernar es complicado. Hay un dicho en mi comunidad que reza: «hagas bien o hagas mal, de todas maneras, la gente te va a criticar». Sin duda, siempre habrá un sector crítico de la comunidad –incluso, a veces es un mal necesario – y, esta es una de las grandes preocupaciones de quienes asumen un cargo, que muchas veces terminan desanimándose tras unos meses en funciones.

Pero si había un crédito moral en mí –desde luego no eran mis estudios–, era mi legitimidad respaldada por más de veinte años de trabajo comunitario; además, un liderazgo moral reconocido mediante una beca para estudios de postgrado expreso para líderes indígenas¹. Con todo esto, no me fiaba de mi crédito moral, pues en las comunidades indígenas, ni los profesionistas ni los liderazgos de cierta cepa tienen buen cartel, siempre se miran con recelo, quizás porque las comunidades se han organizado mejor sin estos. Desde luego, no significa que no haya nombre para quien se haya forjado con el trabajo, el servicio y el buen ejemplo, a ellos le llaman caracterizados, una suerte de guía moral de la comunidad.

Gobernar desde una «política del amor comunitario» significaba maximizar el mayor bien comunitario por encima de las «malas lenguas», la ingratitud, de los detractores y el pesimismo que pueblan en las comunidades y, que terminan por ahuyentar las ganas y la motivación de quienes realmente quieren hacer lo mejor para su pueblo. Gobernar desde una «política del amor comunitario» implicaba privilegiar el mandato y el trabajo colectivo, actuar bajo el consenso de la asamblea y, trabajar coordinadamente con el cabildo municipal y comunal. Gobernar desde una «política del amor comunitario» no se trataba simplemente de expresar un amor a ciegas, que solo reproduce mecánicamente usos, costumbres y tradiciones, o en el mejor de los casos, hacer obras de servicio social y aplicar con eficacia las reglas del orden para la convivencia comunitaria. Una verdadera «política del amor comunitario» supone también cuestionar aquellas facetas opresivas que subyace en la estructura comunitaria y que, directa o indirectamente, reproducen el paternalismo estatal, la obediencia ciega, el racismo estructural, la dominación cultural y la ausencia de poder.

Como máxima autoridad comunitaria somos los primeros en respetar nuestras normas de convivencia interna siguiendo la tradición de nuestros ancestros con el respeto a la madre tierra, la protección de la propiedad comunal, el trabajo colectivo, mandar obedeciendo, gobernar colectivamente, actuar con el buen ejemplo, etc., pero también somos agentes de cambio y transformación sociocultural cuando los usos y costumbres se vuelven contra la comunidad o reproduce la opresión. Dicho de otra manera: cuando la opresión se vuelve costumbre, es un compromiso moral desvelar aquellas facetas de la costumbre que están reproduciendo la dominación y la opresión dentro de la comunidad, tanto a nivel colectivo como individual.

La falta de participación de las mujeres en el espacio de decisión comunitaria constituye una situación de opresión, cuya exclusión se traduce también en ausencia de poder. En este aspecto hemos contribuido con la demanda de las mujeres de participar en la Asamblea General, y desde el año 2017, las mujeres participan en la Asamblea General de comuneros/as y ciudadanos/as con voz y voto en la toma de decisiones colectivas. Su participación en los cargos comunitarios aún está en ciernes. Hasta el momento ha habido una mujer con el cargo de Secretaria del Comisariado de Bienes Comunales en el periodo 2018-2019. Sin embargo, para cuestionar opresiones individuales existen herramientas analíticas como las

¹ En el año 2003 obtuve una beca para estudios de posgrado en el extranjero por parte de la Fundación Ford, siendo entre los requisitos principales para la selección: tener un liderazgo comunitario, pertenecer a un pueblo indígena, hablar una lengua nativa y haber concluido los estudios universitarios.

propuestas desde el pensamiento filosófico liberal cuando se atenta contra la dignidad, la libertad y la autonomía de las personas, sin dejar de ser polémica si se pretende aplicar sin contextualizarlas en las comunidades indígenas. En el caso que nos ocupará en adelante, trataremos de desvelar las opresiones estructurales que se articulan sutilmente en el entramado social y que se expresan a través de prácticas, actos, normas, símbolos, valores y actitudes que consciente o inconscientemente reproducen la «colonización jurídica» en el espacio de la justicia y la gobernanza comunitaria.

Por ello, partiremos de la premisa que la cultura no es una esencia inmutable, sino posee una naturaleza dinámica cuyos significados tienden a cambiar en el espacio-temporal. Por consiguiente, los usos y costumbres, como el barco de Teseo², siguen la misma suerte al sufrir determinados cambios a lo largo del tiempo, y todo esto cambio, desde luego, no es propio de las sociedades indígenas, sino una característica de cualquier sociedad humana. Dentro de la cultura societal habrá núcleos más estables en el tiempo como la lengua o el territorio, por ejemplo; y, otras esferas más susceptibles al cambio, como los usos y costumbres.

En el presente artículo me ocuparé básicamente en el espacio susceptible al cambio para explicar que no todos los usos y costumbres contribuyen positivamente a favor del derecho y la gobernanza indígena; por el contrario, a través de los usos y costumbres se introducen elementos que refuerzan la opresión al colonizar el imaginario social mediante dispositivos aparentemente inocuos, pero que tienden a ser más efectivos al convertir a sus destinatarios en sus propios opresores. De hecho, los usos y costumbres constituyen el sustrato y fuente principal del derecho y la gobernanza indígena, por ello es necesario desvelar aquellas barreras que impiden afianzar la jurisdicción, la justicia, el autogobierno, la autonomía y la libre determinación indígena.

Para desarrollar y explicar mi experiencia como autoridad comunitaria, primero contextualizaré brevemente la posición política-administrativa de mi comunidad, poniendo de relieve el papel del Consejo de Gobierno Comunal en la gestión de la justicia y la gobernanza comunitaria. Posteriormente, pasaré algunos casos enunciados al análisis teórico con el fin de poner en tela de juicio aquellos usos y costumbres que impiden fortalecer el derecho, la justicia y la gobernanza indígena. Por gobernanza indígena se entiende aquí el ejercicio más amplio de la autonomía y la libre determinación por las autoridades e instituciones de gobierno indígena en el contexto comunitario. Enseguida, plantearé algunas prácticas «descoloniales» que tienden a maximizar el ejercicio del autogobierno y la autonomía indígena reconocidos en distintos instrumentos normativos e institucionales. Finalmente, apuntaré algunas conclusiones poniendo de relieve la necesidad de la autocrítica como imperativo moral cuando la auto-opresión se vuelve costumbre. Sin más preámbulos, entramos en materia.

2. El papel del Consejo Comunal en la gobernanza y la justicia comunitaria

Uno de los actos simbólicos más significativos del poder indígena se presenta en el día de la ceremonia del cambio de autoridades, donde se hace entrega del bastón de mando a las autoridades entrantes. El bastón de mando representa el máximo poder

² El Barco de Teseo, una paradoja propia de la mitología griega y frecuentemente utilizado para debatir la identidad de una cosa cuyas partes se van reemplazando poco a poco en el tiempo hasta terminar sustituyendo en todas sus partes. En el caso del barco de Teseo: ¿sigue siendo el mismo barco reconstruido con sus piezas originales o es otro nuevo cuando sus partes han sido sustituidas totalmente? O, dicho de otro modo: el hacha del abuelo ¿es el mismo si fue cambiado primero el mango y, luego la cabeza, después de tanto uso?

como «*Tsaa-to*»: autoridad comunitaria. En el imaginario comunitario, quien recibe el sello y el bastón de mando también recibe todo el poder, la responsabilidad y la obligación para con la comunidad; a su vez, obtiene el respeto y obediencia de quienes lo eligieron o ratificaron en la Asamblea General según el sistema de cargos vigente. Por lo tanto, la figura del «*Tsaa-to*» es la máxima autoridad comunitaria expresada en la lengua chinanteca, cuya autoridad es considerada tradicionalmente de mayor peso social, político y moral que cualquier otra forma concurrente de autoridad dentro de la comunidad.

A partir del periodo independiente, especialmente desde la instauración del Estado-nación, la competencia de la autoridad comunitaria «*Tsaa-to*» y la categoría de comunidad indígena han sufrido una serie de cambios que progresivamente han mermado la capacidad de autogobierno. En el caso de la comunidad de San Miguel Maninaltepec, uno de los pueblos más viejos de la región³, reconocida en el siglo XIX como Municipio, en el siglo XX como Agencia Municipal y, en el actual siglo XXI, reducida a Agencia de Policía Municipal. Estas re-categorizaciones hetero-asignadas y sin consulta previa por el Estado, ha significado una pérdida de poder y estatus moral al concepto de «comunidad indígena» y de «autoridad» («*Tsaa-to*»), puesto que no es lo mismo el poder de un presidente municipal que el de un agente de policía, ni el estatus de Municipio es comparable con el de Agencia de Policía. Todo este proceso de la hetero-categorización estatal hacia la comunidad y la autoridad indígena ha disminuido la capacidad de autogobierno que las comunidades indígenas gozaban incluso aún más en la época colonial⁴. No obstante, desde el punto de vista intracomunitario sigue vigente la auto-identificación como comunidad indígena y la figura del «*Tsaa-to*».

Además de la re-categorización política-administrativa que ha sufrido la autoridad y la comunidad indígena, se suma aquello de la segmentación de la autoridad indígena con la aparición de la autoridad agraria representada por el Comisariado de Bienes Comunales y el Consejo de Vigilancia⁵. Si bien la diversificación de atribuciones y competencias facilitan las tareas autogestivas y de representación comunitaria, aunque en cuestiones de gobernanza interna e impartición de justicia, muchas veces las autoridades agrarias y las municipales parecen estar en compartimentos estancos. La fragmentación del poder indígena ha incentivado también la división entre autoridades agrarias y municipales, siendo muchas veces más importante y de mayor peso económico el Comisariado de Bienes Comunales, cuya competencia abarca actualmente todo el territorio comunal, excepto

³ San Miguel Maninaltepec es una comunidad de origen prehispánico que se encontraba asentada sobre un cerro que en lengua chinanteca se denomina *Louu-maa-moo* (Loma quiote) a la llegada de los españoles. Se mantuvo en ese lugar hasta 1603 cuando se puso en marcha el programa de congregaciones para facilitar la evangelización católica; razón por la cual, fue reubicada en donde actualmente se encuentra. La primera vez que Maninaltepec se menciona en los documentos del sistema colonial es en las Cartas de Hernán Cortés de 1520. Cortés se encuentra con Moctezuma en Tenochtitlán y le pregunta sobre el origen del oro que habían traído. Moctezuma menciona varios lugares, entre ellos Maninaltepec. Luego Cortés envió un grupo de españoles con un guía azteca al lugar (Hernán Cortés, Segunda Carta, 30 de octubre de 1520. Edición de 1870, pp. 124-128). También Maninaltepec tiene como documentos históricos los siguientes: un lienzo de 1627 que describe el territorio comunal, los barrios que pertenecían a la comunidad y las comunidades colindantes; asimismo, contiene una serie de códices relacionados con el proceso de colonización. Además, cuenta con un título primordial de 1718 otorgada por la corona española, donde se reconoce el territorio comunal que actualmente tiene San Miguel Maninaltepec.

⁴ En efecto, especialmente a partir de las nuevas leyes de 1542, la colonia española reconoció el derecho indígena en un ámbito de la auto-regulación comunitaria, siempre y cuando su ejercicio no fuera contraria a la fe católica y a las leyes de la corona española.

⁵ Son autoridades que nacieron con la reforma agraria de 1992 en la Constitución mexicana, pero que tiene su genealogía en la era posrevolucionaria con ocasión al proceso de restitución y reconocimiento del Estado mexicano de las tierras comunales que las comunidades indígenas poseían desde tiempos prehispánicos.

el espacio del asentamiento humano, reservado y limitado a la autoridad municipal. A diferencia de tiempos atrás, partiendo desde la época prehispánica, siguiendo el periodo colonial y gran parte de la época independiente, la autoridad del «*Tsaa-too*» abarcaba todo el territorio comunal.

Esta experiencia nos llevó a replantear la gobernanza indígena priorizando la unificación del poder indígena mediante la creación de un Consejo de Gobierno Comunal, integrado por todos los miembros del cabildo municipal y los miembros del Comisariado de Bienes Comunales y Consejo de Vigilancia. De esta manera, las sesiones ordinarias y extraordinarias se realizaban con la presencia de todas las autoridades agrarias y municipales reunidos en un solo cuerpo colectivo para analizar tanto los asuntos más relevantes de la comunidad como el hecho de impartir justicia dentro de la comunidad, sin distinguir si era competencia municipal o agraria, pues al fin de cuentas, se trata de asuntos propios de la comunidad. Esta unificación del poder indígena en un solo cuerpo colectivo sirvió de base para la gobernanza comunitaria durante la administración 2020, lo que supuso ahorro de tiempo, dinero y esfuerzo en las tareas de impartición de justicia, la realización obras comunitarias, la organización de las asambleas y todo tipo de gestiones al hacerlo de manera conjunta.

El año 2020 se recordará históricamente como el comienzo expansivo del letal virus Covid19 y su paso se extendió también en toda la comunidad. Afortunadamente no hubo ninguna baja y la gente hizo frente al virus mediante una mezcla singular entre medicina tradicional, la convencional y chamanería. Por lo tanto, no fue el mejor momento para realizar grandes gestiones y obras comunitarias, aunado a la crisis económica de la comunidad por malas gestiones anteriores y la falta de entrega de los recursos provenientes del ramo veintiocho y treinta y tres por parte del Municipio de San Juan Quiotepec⁶. Ante esta negativa crónica que se remonta a más de veinticinco años sin ver las participaciones municipales ni en obras ni en especie, nos vimos en la necesidad de reactivar un juicio de derecho indígena en contra de nuestro municipio ante Sala de Justicia Indígena del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Oaxaca⁷, con el fin de solicitar en vía precautoria y, en sentencia definitiva, la entrega directa del presupuesto municipal a la Agencia de San Miguel Maninaltepec.

Con todas las adversidades descritas, pudimos habilitar y hacer funcionar por primera vez en la historia de la comunidad, la red de drenaje y la planta de tratamiento de aguas negras que tenía más de quince años abandonadas en obra negra y que, dicho sea de paso, fue la única ocasión que el municipio destinó recursos para la Agencia de Maninaltepec y justificó el triple de inversión de lo que realmente costó. Por nuestra parte, con doscientos setenta y un mil pesos, producto de la cooperación a razón de quinientos pesos por comunero activo, y doscientos cincuenta pesos para jubilados, más el trabajo conjunto de todo el cabildo municipal y comunal, las calles de la comunidad dejaron de correr aguas negras y ser potencial foco de infección. Con esta obra sanitaria se ha cubierto una de las necesidades básicas de la comunidad de contar con el servicio de drenaje y, solo fue posible con el apoyo incondicional de los miembros del cabildo municipal y comunal a través de los trabajos

⁶ Se trata de recursos provenientes del gobierno estatal y federal para obras y servicios sociales que anualmente deben ser entregados a las comunidades indígenas, quienes son consideradas como el cuarto nivel de gobierno, después del municipio, las entidades federativas y la federación, pero debido a problemas de orden político, social o jurídico entre estas comunidades y sus respectivos municipios, arbitrariamente no son entregados.

⁷ Un juicio de derecho indígena es el procedimiento jurídico que se sigue ante la Sala de Justicia Indígena del Poder Judicial del estado de Oaxaca, único en su modalidad en México, vigente desde el año 2016, creada precisamente para garantizar los derechos de los pueblos y comunidades indígenas cuando existe un conflicto entre una comunidad indígena y un municipio, entre otras competencias; así como para convalidar las resoluciones que dictan las comunidades indígenas en el ejercicio de su jurisdicción interna. Al efecto, véase más ampliamente en Cordero Aguilar (2021, pp. 23-42).

realizados con el uso de maquinarias comunales y las herramientas de trabajo manual.

Asimismo, con seiscientos treinta y tres mil pesos se terminó de construir un quiosco con todos los acabados y su respectivo jardín comunitario, incluido el sistema hidráulico, eléctrico y luminaria en funciones. Era una obra que hacía falta en la comunidad ante la ausencia de un espacio para la convivencia social y, además, era un anhelo de la gente desde hacía mucho tiempo. De esta manera, en el año del covid19 se concretó este sueño y se logró básicamente con el apoyo económico gestionado por la Mesa Directiva de la Organización de Migrantes de Maninaltepec residentes en los Estados Unidos para pagar el diseño, dirección y todos los trabajos de albañilería; además de un recurso complementario de la comunidad, y, sobre todo, el apoyo total de los miembros del cabildo municipal y comunal que fue el apartado que redujo sustancialmente el costo de las dos obras al facilitar y proporcionar materiales y mano de obra.

Finalmente, se inició la apertura de un camino carretero de terracería que comunica a todas las rancherías que se ubican aproximadamente a treinta kilómetros de la comunidad. Un proyecto que se había intentado realizar algunas décadas atrás, pero se detuvo ante la resistencia de algunos dueños de terrenos aledaños. Sin embargo, esta vez hubo unanimidad y apoyo total para hacer realidad el deseo de volver a las rancherías vía carretera, lo que facilitaría el traslado de equipo y tecnología agrícola, sin tener que caminar cuatro horas o ir a vivir con todos los ajueres, animales y familias durante todo el año como se hacía antes. Cabe decir que estas rancherías fueron abandonadas desde hace más de treinta años debido principalmente a la migración hacia Estados Unidos. Con este proyecto esperábamos reactivar la economía comunitaria no solo porque se trata de lugares donde se encuentran las mejores tierras y suficiente agua para la producción agrícola y ganadera, sino porque debido a la experiencia del confinamiento provocado por la pandemia del coronavirus, obliga a volver a la producción de autoconsumo sin tener que ir a la ciudad a abastecerse de productos básicos.

En el campo de la justicia comunitaria, como se apuntó más arriba, el Consejo de Gobierno Comunal formado por el cabildo municipal y comunal fue el encargado de impartir justicia dentro de la comunidad. A través de este cuerpo colectivo se analizaron casos relevantes que, traducido al léxico jurídico estatal, fueron: violencia de género, abigeato, caza furtiva, lesiones en riña, pensión alimenticia, testamentos, escrituras de terrenos, negligencia en el cargo comunitario, escándalo público, etc. Como sanciones se determinaron, según el caso: cárcel, multa, trabajo comunitario, restitución o amonestación.

En la administración de justicia seguimos tres modelos: a) la autogestión de la justicia, la justicia comunitaria y la justicia estatal. Teniendo en cuenta estos paradigmas de justicia, se les exponía a las partes en litigio que al menos había tres vías para resolver sus diferencias. La mejor justicia era la que gestionaran ellos mismos. En caso de que no logran avenirse, entonces procedía la justicia comunitaria y esta era la más conveniente para sus intereses, pues se trataba de una justicia basada en los principios de equidad, legitimidad y expeditez en sus decisiones; además, se cumple directamente en la comunidad. Una justicia que no es ciega, al contrario, el pueblo es pequeño y todos conocen personalmente la trayectoria, el comportamiento y el antecedente de cada uno de sus habitantes. Finalmente, estaba la justicia estatal, cuya lógica supone un ganador o un perdedor, sujeto a otros principios y reglas y, se procesa en otra lengua que normalmente requiere de intérpretes y traductores. Además, un procedimiento judicial conlleva gastos en abogados, testigos, peritos, expedición de documentos, etc. En definitiva, se hacía

ver a las partes las inconveniencias de un procedimiento judicial al significar gastos económicos y un buen tiempo hasta lograr una resolución ejecutoria.

Hecha esta advertencia y habiendo explicado las ventajas o desventajas de cada modelo de justicia, la parte o partes involucradas reflexionaban y decidían libremente. En caso de que renunciasen a la justicia comunitaria, se hacía constar por escrito y se dejaban a salvo sus derechos para acudir a la justicia estatal.

El procedimiento de la justicia autogestiva fue básicamente exhortar a las partes en conflicto de lograr un acuerdo entre ellos mismos. Cada uno de los integrantes del Consejo de Gobierno Comunal los invitaba optar por el acuerdo amigable, pues muchos de ellos, sus consejos y opiniones tenían un peso moral por la experiencia que tenían en cargos que habían realizado anteriormente. Por lo tanto, se invitaba a las partes llegar a un acuerdo razonable, sea frente a las autoridades o en privado, según se sintieran más cómodos. Una vez que habían discutido suficientemente, se les requería si llegaron a un acuerdo o no. En caso afirmativo, la autoridad municipal o comunal hacía constar por escrito el acuerdo respectivo para su firma y ratificación y, quedar finalmente como asunto concluido.

Con respecto a la justicia comunitaria, esta se activa una vez que ambos rechazan la justicia autogestiva y aceptan sujetarse a la competencia jurisdiccional de la justicia comunitaria, así como acatar la decisión que dicte el Consejo de Gobierno Comunal. En caso de que alguien haya cometido alguna infracción grave dentro de la comunidad, se da prioridad a la justicia comunitaria, pues se trata de restaurar la armonía y la convivencia social por las propias autoridades comunitarias. En este caso, se sigue un procedimiento que puede durar varias sesiones a fin de recabar testimonios, pruebas, testigos, inspecciones, etc. El veredicto final del Consejo de Gobierno Comunal será por escrito en el que firman todos los integrantes del cabildo municipal y comunal.

Según la naturaleza del asunto y para efectos de dar confianza, seguridad y respaldo a las decisiones de las autoridades comunitarias frente a terceros o ante la posibilidad de que una de la partes se inconforme, impugne o denuncie a las autoridades comunitarias, en la misma resolución se pide la ratificación o convalidación de la justicia estatal a través de la Sala de Justicia Indígena del Poder Judicial del estado de Oaxaca, órgano especializado para convalidar las resoluciones de las autoridades indígenas vigente desde 2016. De igual manera se solicita a la misma Sala Indígena dar vista al Agente del Ministerio Público o Fiscal respectivo a fin de no juzgar a la misma persona en dos jurisdicciones distintas o criminalizar a las autoridades indígenas por delitos que según la ley estatal incurren al hacer justicia desde sus propios parámetros normativos y valorativos.

Ahora bien, si la situación es más complicada y supera la capacidad de intervención del Consejo de Gobierno Comunal, el caso se pasa a la Asamblea General de comuneros y ciudadanos, última instancia para resolver en jurisdicción comunitaria. Los casos que son turnados a la jurisdicción estatal, la autoridad local queda eximida de las consecuencias que en vía de justicia comporta para las partes litigantes, excepto se solicite colaboración que coadyuve a la justicia del Estado.

Hasta aquí hemos descrito de manera general los aspectos que consideramos más relevantes a los efectos del análisis del derecho, la justicia y la gobernanza indígena. Puede que, para el lector o lectora, los temas aquí esbozados no trasluzcan ningún problema ni generen asombro más allá del trabajo rutinario en el ejercicio de la justicia y la gobernanza en cualquier comunidad indígena. Sin embargo, un simple caso de los mencionados puede ser controvertido a la luz de los elementos teóricos

que nos proporciona la reflexión académica. En lo sucesivo, pasaremos algunos casos al tamiz del análisis teórico, haciendo ver que muchos de los usos y costumbres que se reproducen en las comunidades indígenas llevan en sí, discursos, actitudes, valores, símbolos, normas y prácticas que refuerzan la auto-opresión.

3. Usos y costumbres: algunas debilidades para la justicia comunitaria

Como hemos señalado en el apartado anterior, dentro de la cultura societal habrá centros más estables en el tiempo y periferias más susceptibles al cambio. En el caso de las comunidades indígenas, la lengua, el territorio, las fiestas tradicionales, el tequio⁸, las instancias de gobierno como la asamblea y los cargos comunitarios son instituciones más duraderas en el tiempo; mientras que los usos y costumbres constituyen prácticas más sensibles al cambio y, precisamente, por tener esta naturaleza pueden ser armas de doble filo: como puede servir para robustecer las instituciones de la comunidad como pueden debilitarlas al ser el medio a través del cual se introducen elementos ajenos a la lógica de la vida comunitaria.

La comunidad de San Miguel Maninaltepec dista de ser un modelo de sociedad ideal como la Utopía de Tomás Moro (1997), donde el derecho juega un papel relevante como instrumento de la perfección social⁹. Al contrario, más bien se acerca a una «distopía comunal» por la creciente pérdida de la identidad comunitaria; el desinterés por el bien común; la falta de valoración a la propia identidad; y, la indiferencia que genera el «tequio» como trabajo obligatorio para el bien común. Existen problemas endógenos de corrupción, divisionismo, desobediencia a la autoridad, violencia de género, abigeato, etc. Todos estos problemas solo pueden remediarse al confrontarlos con un sistema de justicia robusta que utilice todas las herramientas teóricas, metodológicas, normativas, institucionales, jurisdiccionales y métodos de solución de conflictos disponibles. Sin embargo, en muchas comunidades indígenas, como en el caso de Maninaltepec, la justicia se está quedando pequeña para los problemas emergentes y cualquier incidente que supere el pleito de borrachos o el robo de gallina, normalmente se delega a la justicia estatal o se acata lo que el Agente del Ministerio Público o Fiscal decida para la comunidad.

Una de las primeras acciones que realiza la autoridad municipal tras recibir el bastón de mando es acudir a la cabecera distrital para recibir instrucciones de parte del Ministerio Público o Fiscal en materia de justicia comunitaria. De modo que nadie va a la cárcel más de setenta y dos horas, porque así lo establece la Constitución y lo ratifica el Ministerio Público o el Juez. La gravedad del caso se cuantifica en términos económicos o en salario mínimo. Por lo tanto, las multas pueden ser muy altas según la infracción cometida. El «tequio» o el trabajo comunitario como medio de sanción por excelencia ha quedado prácticamente en desuso. Ahora bien, si alguna autoridad desobedece la ley estatal, la represalia puede ser desde una reprimenda del Agente del Ministerio Público o Fiscal hasta la persecución judicial de las autoridades por hacer justicia según sus usos y costumbres. Todo esto es una costumbre arraigada en la comunidad desde hace décadas, cuya práctica reiterada se ha vuelto un lastre para la justicia comunitaria.

⁸ El «tequio» es el trabajo colectivo de beneficio común que los integrantes de una comunidad indígena contribuyen a la realización de obras y servicios comunitarios como parte de sus obligaciones para con la comunidad a fin de mantener vigente una suerte de «ciudadanía comunitaria activa». Se trata de trabajos no retributivos, obligatorios y uno de los requisitos básicos para la pertenencia comunitaria.

⁹ Precisamente por ser sociedades «ideales», estas no requieren del derecho como instrumento de la perfección social; sin embargo, Utopía es una excepción. Sobre la relación entre utopía y derecho, véase (Ramito Avilés, 2002, pp. 431-460).

Las razones ¿por qué de un tiempo para acá la justicia comunitaria se volvió dependiente de la justicia estatal? Dicho de otra manera: ¿por qué se dejó de hacer justicia como se hacía a la vieja usanza? Las causas pueden ser varias y no hay una última respuesta. Al respecto podríamos señalar al menos tres aspectos que explican de alguna manera el debilitamiento de la justicia indígena en la comunidad de San Miguel Maninaltepec –y bien puede extrapolarse a otras comunidades–: a) el temor a la represalia de ley del Estado, b) el desconocimiento del reconocimiento del derecho propio, y c) la «colonización» de la cultura occidental, especialmente del derecho dominante. A mi modo de ver, cada una de estas premisas tienen su explicación en el contexto de la implementación del monismo jurídico, el pluralismo jurídico y la «colonialidad jurídica» respectivamente. Explicaré brevemente cada uno de ellos.

En efecto, el temor a la represalia de la ley estatal está intrínsecamente relacionado con el desarrollo del monismo jurídico en el contexto del Estado-nación emergente tras la descolonización española. El Estado independiente se erige sobre la base de que existe un solo derecho que se identifica con el Estado. Más allá del monopolio jurídico estatal no existe el derecho indígena ni cualquier otro derecho, si acaso habrá usos y costumbres que tendrán un carácter supletorio al derecho estatal. Es así como sobre la base del monismo jurídico se hará abstracción tanto al sujeto como al derecho indígena en el constitucionalismo emergente.

Por lo tanto, desde la instauración del Estado moderno, que vino de la mano del derecho moderno y que no era más que el mismo derecho del colonizador, reproducido ahora por el Estado mexicano. La afirmación del derecho del colonizador a través del Estado moderno supuso finalmente una suerte de «juridicidio» en palabras de Santos (2009, p. 47): «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».

A partir de la estatalización del derecho moderno del colonizador, las leyes estatales serán de obligado cumplimiento para las autoridades indígenas, aun cuando muchas comunidades siguieron aplicando su propio derecho de manera clandestina, a riesgo de ser criminalizados o perseguidos por la justicia estatal. La concepción del derecho como monopolio exclusivo del Estado, tanto en la creación como en su aplicación, es la narrativa jurídica que se ha diseminado en las facultades de derecho, en las instituciones de gobierno, y replicado por los operadores del derecho estatal. Cualquier desobediencia a la ley estatal conlleva sus efectos represivos para las autoridades indígenas que se atreven hacer justicia según «sus usos y costumbres».

Ante el temor de ser enjuiciados, encarcelados o torturados, las autoridades indígenas han terminado por acatar sistemáticamente la ley del gobierno. Esta es la política represiva de Estado que se aplicó durante más de dos siglos y que, a fuerza de repetirlo, se volvió costumbre al ser interiorizado en el imaginario colectivo como algo normal. Afortunadamente, a partir de la conformación de un Estado más abierto al pluralismo jurídico, el monopolio del derecho estatal ha ido dejando espacio para los derechos y la justicia indígena, aunque por inercia de la costumbre, muchas autoridades comunitarias siguen siendo fieles alumnos de la vieja escuela, como el caso de Maninaltepec.

El desconocimiento del reconocimiento del derecho propio tiene que ver con un proceso más reciente que se remonta a las últimas décadas del siglo XX a través del reconocimiento normativo e institucional del derecho indígena en el ámbito internacional, nacional y estatal. Este reconocimiento viene acompañado de un proceso más amplio con el reconocimiento a la autonomía y libre autodeterminación

indígena¹⁰. No es que antes no hubiera derecho indígena en la vía de hecho; es decir, social y culturalmente; el problema es que el indígena y su derecho son borrados jurídica y constitucionalmente en el contexto de la política de integración y asimilación del Estado-nación emergente (Clavero, 1994, p. 38 y ss). Será a finales del siglo XX cuando empezará a reformularse la radiografía jurídica-política de los Estados-naciones en clave multicultural y, donde la presencia de los pueblos indígenas se hará visible en el texto constitucional con la política de reconocimiento (Garzón López y Mejía Mesa, 2019).

Al reconocer el derecho y la jurisdicción indígena, se reconoce también el pluralismo jurídico que plantea la coexistencia de dos o más derechos en un mismo espacio sociopolítico, siendo el Estado una entidad más que produce derecho a lado del derecho de las comunidades indígenas¹¹. De esta manera, hay una transición del Estado monista que monopoliza la creación y aplicación del derecho al Estado pluralista que reconoce el derecho, la justicia y la jurisdicción indígena. Así, las autoridades indígenas tienen un marco normativo reconocido en la Constitución Federal y en los instrumentos internacionales para apoyar sus decisiones a la hora de hacer justicia dentro de la esfera comunitaria.

Desde luego, hay que decirlo: la política de reconocimiento estatal responde a un conjunto de luchas de los movimientos indígenas por la autonomía y la libre autodeterminación, aunque paradójicamente, la gran mayoría de las autoridades indígenas desconocen el alcance de este proceso en el ejercicio cotidiano de la impartición de justicia comunitaria; y muchas autoridades siguen actuando por inercia, según los cánones consagrados por el derecho estatal, especialmente en materia punitiva. A buen seguro, la política de reconocimiento indígena ha quedado a nivel de la reivindicación de los líderes sociales, en el reconocimiento normativo e institucional del Estado, en el discurso de los políticos, en la reflexión académica y, en la defensa de los abogados especialistas en el tema. Aún queda un largo camino para avanzar en la información, formación y capacitación de las autoridades indígenas para reivindicar e invocar su propio derecho en los casos concretos, sin miedo a la represalia de la ley estatal, en vez de ir a capacitarse con el Agente del Ministerio Público o Fiscal, salvo que sea para buscar mecanismos de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal en un marco de pluralismo jurídico. Pero también es insoslayable brindar información, formación y capacitación permanente a todos los operadores del derecho estatal desde una perspectiva intercultural de la justicia, a fin de respetar la jurisdicción indígena y abstenerse de criminalizar a las autoridades indígenas al resolver conflictos desde sus propios parámetros de justicia.

La «colonialidad jurídica» (Garzón López, 2018) es una perspectiva analítica que desvela un proceso de colonización en el imaginario colectivo de las comunidades indígenas, al interiorizar el discurso eurocéntrico/occidental que se introduce y se reproduce básicamente con la educación y el derecho. La educación y el derecho que imparte el Estado a través de sus centros de reproducción de conocimientos tienden a legitimar y reforzar el pensamiento eurocéntrico/occidental desde la educación primaria hasta la universitaria¹². Así, el único conocimiento verdadero será generado

¹⁰ Para una concepción más amplia de autonomía y libre determinación de los pueblos indígenas, véase Garzón López (2016, pp. 153 y ss).

¹¹ Una revisión esquemática del concepto de pluralismo jurídico en Garzón López (2013, pp. 186-193).

¹² «El derecho y la educación son los campos institucionalizados que, tal vez más que cualquier otro, han servido a las necesidades y designios reguladores y uniformadores, primero de la Colonia y luego del Estado, la “nación” y el proyecto nacional. Por ello su desarrollo y control siempre han permanecido en las manos de las élites y sus colaboradores, beneficiando sus intereses, que no fueron otros que los de defender y afianzar el emergente capitalismo, como vínculo constitutivo de la colonialidad del poder» (Walsh, 2009, p. 167).

por la ciencia y el derecho occidental, siendo la élite científica y filosófica europea las autoridades del conocimiento. Aquí, los saberes indígenas no valen para la ciencia moderna por ser inferiores, pre-modernas o tradicionales (Grosfoguel y Castro Gómez, 2007, p. 20).

Los sujetos susceptibles de reproducir el pensamiento eurocéntrico en las comunidades indígenas son los nuevos «educados» desde el paradigma del conocimiento occidental/eurocéntrico, es decir, los profesionistas que vuelven a las comunidades con una mentalidad y un discurso distinto a la lógica de vida comunitaria. Desde luego, habrá quienes se han formado a caballo entre dos mundos del saber indígena/occidental –lo que es inevitable hoy en día en un mundo globalizado–, y vuelven a sus comunidades re-valorando y reforzando la identidad cultural, los saberes comunitarios, el respeto a la madre tierra y los sistemas normativos internos, por un lado; y, por el otro, son consecuentes con la lógica de la cultura mayoritaria a nivel extracomunitario. Pero es sabido y comprobado que muchos de los nuevos educados reproducen consciente o inconscientemente el eurocentrismo¹³ al cuestionar prácticas normativas comunitarias desde la defensa individualista de los derechos cuando se niegan, por ejemplo, a cumplir un servicio comunitario, dar una cooperación, o hacer el «tequio». Pero también hay quienes hacen un uso instrumental de los derechos individuales, de la igualdad de género, del discurso de los derechos humanos o de la ciudadanía liberal cuando tienen un interés particular por ocupar un cargo determinado, pasando por alto los requisitos que establece el sistema de cargos o las obligaciones que impone el sistema normativo interno para la «ciudadanía comunitaria» (Juan Martínez, 2016, pp. 36-38).

Quizás el sector que interioriza más el saber eurocéntrico/occidental por su formación dogmática en el derecho sea el de los abogados/as, cuyo razonamiento normativo y valorativo en el contexto comunitario tiende a validar la supremacía del derecho occidental en perjuicio del derecho propio. Es verdad que no todos los abogados/as indígenas miran el derecho indígena con el lente del derecho occidental, también hay quienes defienden el derecho indígena desde una lógica comunitaria, pero la tendencia generalizada de los/las juristas es legitimar un sistema jurídico que históricamente ha oprimido el derecho de los pueblos indígenas. Y esta es la mejor expresión de la «colonialidad jurídica» como perspectiva epistemológica que interioriza el saber occidental y, luego reproduce prácticas, normas, actitudes, valores, razonamientos, lógicas y léxicos de la cultura de legalidad occidental al espacio comunitario. Todo este proceso va permeando en el imaginario colectivo y, a fuerza de repetición sistemática termina por normalizarse como usos y costumbres. Una vez interiorizadas determinadas prácticas opresivas, ya no se requiere de un tirano, un colonizador o un gobierno opresor, dado que los propios sujetos coloniales se vuelven el instrumento de su propia opresión. En definitiva, la «colonialidad jurídica» constituye una rémora al empoderamiento y la emancipación jurídica de las comunidades indígenas en el ámbito de la justicia y la jurisdicción.

Habiendo analizado cómo determinados usos y costumbres se vuelven prácticas que debilitan el autogobierno indígena en el ámbito de la justicia, cuestión que plantea necesariamente la pregunta: ¿cómo podemos fortalecer la justicia comunitaria ante la colonización del pensamiento occidental? O dicho de otra manera

¹³ «El eurocentrismo [...] no es la perspectiva cognitiva de los europeos exclusivamente, o solo de los dominantes del capitalismo mundial, sino del conjunto de los educados bajo su hegemonía. Y aunque implica un componente etnocéntrico, este no lo explica, ni es su fuente principal de sentido. Se trata de la perspectiva cognitiva producida en el largo tiempo del conjunto del mundo eurocentrado del capitalismo colonial/moderno, y que naturaliza la experiencia de las gentes en este patrón de poder. Esto es, la hace percibir como natural, en consecuencia, como dada, no susceptible de ser cuestionada» (Quijano, 2007, p. 94).

¿cómo generar prácticas descoloniales en la justicia indígena en un contexto de opresión jurídica? En el siguiente apartado trataremos de dar respuesta a estas interrogantes al exponer algunos casos desde la experiencia práctica.

4. Prácticas descoloniales para maximizar la autonomía comunitaria en sede jurisdiccional

Revisar algunas facetas de los usos y costumbres coloniales a luz de los instrumentos teóricos disponibles es relativamente más fácil que plantear «prácticas descoloniales» reivindicativas de la justicia comunitaria; aunque, a decir verdad, en muchas comunidades indígenas donde la justicia comunitaria aún goza de buena salud, la praxis decolonial resulta irrelevante. De hecho, es sabido que en muchas comunidades indígenas se resuelven conflictos y se deciden situaciones graves como el homicidio desde su propio paradigma de justicia, en donde no hay una regla estándar para cada caso, aunque predomina una lógica colectiva y restaurativa de justicia que va desde la intervención de las autoridades comunitarias, el consejo de ancianos hasta la asamblea como última instancia sancionadora. Y todo este proceso se lleva a cabo al margen de la justicia estatal cuyo cumplimiento efectivo es legitimado por sus instituciones, autoridades y sistemas normativos.

El caso de San Miguel Maninaltepec es diferente. La justicia comunitaria se ha ido occidentalizándose cada vez más; sobre todo, a partir de las últimas cuatro décadas. De ahí la costumbre de acudir a la cabecera distrital a pedir instrucciones al Agente del Ministerio Público o Fiscal en materia de justicia como parte de un acto protocolario al inicio de cada gestión municipal. No es que antes en Maninaltepec no se haya hecho justicia según su propio marco normativo de justicia. De hecho, aún perdura en la memoria colectiva cuando la justicia comunitaria intimidaba por sus sanciones, se aplicaba con rigor y generaba respeto hacia la autoridad. Sin embargo, hoy en día la justicia comunitaria es relegada a un papel secundario como complemento de la justicia estatal. La subalternación de la justicia indígena, al menos para el caso de Maninaltepec, se explica –según señalamos arriba– básicamente por la represalia de la justicia estatal, al desconocimiento de la implementación del reconocimiento del derecho propio y, a la occidentalización del derecho en la vida comunitaria.

Revertir un proceso de debilitamiento de la justicia comunitaria no es fácil, puede que un año haya buenas prácticas «descoloniales», pero nada garantiza que el año siguiente las autoridades en turno sigan el mismo camino. Este es el caso de San Miguel Maninaltepec que, durante el año 2020, se trató de rehabilitar la justicia comunitaria siguiendo sus propios estándares de justicia a través del Consejo de Gobierno Municipal. Para ello, se constituyó en una sola entidad colectiva el cabildo municipal y comunal para facilitar las tareas de gobernanza y justicia. Al no haber un Consejo de ancianos ni Consejo de caracterizados ni nada por el estilo, el Consejo de Gobierno Comunal funcionó para los fines de gobernanza interna.

En el Consejo de Gobierno Comunal todos tenían voz y voto. Desde el «*topil*» hasta el «*tsaa-to*», –cargo de menor a mayor relevancia– sus opiniones, consejos y sugerencias tenían el mismo peso que el de la máxima autoridad comunitaria, simple y sencillamente porque muchos de los miembros del Consejo han tenido la experiencia de haber pasado por otros cargos y muchos de ellos, si no la mayoría, eran cargos sustitutos; es decir, lo hacían en nombre de otra persona o familiar que se encontraba ausente de la comunidad. Esta modalidad de cumplimiento de cargos por terceros se debe a la creciente migración de los habitantes, especialmente a Estados Unidos, razón por la cual, tanto el sistema de cargos como el sistema normativo interno, se han adecuados a las circunstancias a fin de que cualquier

ciudadano o comunero pueda estar al corriente de sus derechos y obligaciones a distancia.

Uno de los casos paradigmáticos que se gestionó al principio del periodo municipal fue el de una persona reincidente relacionada con actos de violencia de género, escándalo público y desobediencia a la autoridad. Tras varias sesiones de análisis y deliberación dentro del Consejo de Gobierno Comunal y tomando en cuenta la gravedad del caso para la estabilidad familiar y la convivencia comunitaria, se decidió sancionar a esta persona con un mes de cárcel y un mes de trabajo comunitario. Además, no se cobró ni un peso de multa, pues consideramos que la sanción pecuniaria termina afectando la economía familiar. Esta decisión rompió el esquema de justicia que se venía haciendo en las últimas décadas, pues era costumbre enviar a cualquier infractor veinticuatro a cuarenta y ocho horas a la cárcel, y dependiendo de la gravedad del caso, se imponía una multa como sanción económica.

La mayor amenaza de quienes se enfrentan con la justicia comunitaria es amagar a la autoridad con denunciarla por abuso de autoridad o secuestro ante la justicia estatal si el tiempo acostumbrado de cárcel superaba las setenta y dos horas como reza la Constitución. La amenaza cobra sentido si se tiene en cuenta que en Maninaltepec prosperó una denuncia por abuso de autoridad allá en los años ochenta. Se trató de un caso de apropiación indebida de los bienes comunales y, al respecto se hizo justicia comunitaria con la intervención de la asamblea. Sin embargo, el particular no acató la justicia dictada y, por el contrario, denunció a las autoridades representantes por abuso de autoridad y otros delitos. Fueron libradas órdenes de aprehensión y las autoridades tuvieron que defenderse ante la justicia estatal. Estamos hablando en un tiempo en que el gobierno solo se acordaba de los indígenas cuando alguien había cometido una fechoría como relata Juan Rulfo en *Luvina* (1985). Era un tiempo en que la lucha por el reconocimiento indígena a nivel internacional estaba en ciernes y no había un Convenio 169 de la OIT, una Declaración Universal de los Derechos Indígenas ni un reconocimiento a la jurisdicción indígena en la Constitución estatal o federal¹⁴.

La decisión de sancionar con un mes de cárcel, más un mes de trabajo comunitario y sin sanción pecuniaria generó, primero un intenso debate al interior del Consejo y, luego a nivel de la comunidad en la Asamblea General. Se barajaron diversas soluciones. Algunos miembros decían que era mejor consultar al fiscal o Agente del Ministerio Público como de costumbre se ha hecho ante el temor de ser perseguidos por la justicia estatal; otros sugirieron delegar el caso a la justicia estatal. Otros más, reivindicaban la otrora justicia comunitaria señalando que basta con encerrarlo unas semanas y saliendo de la cárcel, a hacer tequio por otro tiempo igual. Algunos más buscaban la salida más fácil y decían que con veinticuatro horas de cárcel y una buena multa se resolvía todo; mientras otros más opinaban que habría que hacer justicia según el parámetro de la justicia local y bajo el amparo de las leyes e instituciones que actualmente reconocen el derecho y la justicia indígena. Al final se resolvió por consenso del Consejo de Gobierno Comunal esta última opción. De modo que se procedió a excarcelar al comunero infractor para hacerle de su conocimiento la sanción impuesta, no sin antes explicarle tanto las razones por la cual se llegó a tal decisión como hacerle ver la competencia de la autoridad comunitaria para tomar dicha decisión según las leyes que amparan la justicia indígena.

¹⁴ Para una visión general del desarrollo y evolución de los derechos indígenas en el ámbito internacional, véase Anaya (2005).

El primer sorprendido de la sanción impuesta fue el propio infractor que no daba crédito de la decisión tomada, acostumbrado a estar encerrado veinticuatro horas, a lo más cuarenta y ocho horas, pagar su respectiva multa y estar libre nuevamente. Acto seguido, amenazó con denunciar a todas las autoridades, pidió su pase a la justicia estatal y pidió la intervención de su abogado. La respuesta fue que tenía todo el derecho de denunciar cualquier abuso de autoridad, pero antes tenía que cumplir la sanción impuesta. Ahora bien, si observaba buena conducta y mostraba arrepentimiento de su conducta, podría beneficiarse de una reconsideración de la sanción fijada. Al final no hubo ni perdón ni arrepentimiento y lo llevaron nuevamente los «topiles»¹⁵ a la cárcel.

Al cabo de unos días llegó el abogado del infractor pidiendo la excarcelación de su defendido con un léxico propio de la cultura de legalidad occidental y que reproduce lo que hemos denominado más arriba como «colonialidad jurídica». Con el código penal y la Constitución en la mano evidenció lo errada que estaba la decisión tomada por el Consejo de Gobierno Comunal al decidir un mes de cárcel y otro más de trabajo comunitario. Lo mejor que podría pasar a las autoridades, antes de que conociera el caso el Agente Ministerio Público o la Defensoría de Derechos humanos, era liberar a su defendido de inmediato y, si era necesario, pagar una multa. Las autoridades escucharon atentamente sus alegatos, y tras el uso de la palabra, se procedió a la réplica.

En primer lugar, se le expuso que su defendido no estaba siendo torturado ni violentado de ningún derecho humano, excepto la privación de su libertad por las infracciones cometidas. Pero, aun así, en algunas latitudes de las Américas, la justicia estatal ha reconocido el «fuate», el «cepo» o la «ortiga» como sanciones físicas propias de la justicia restaurativa de algunas comunidades indígenas¹⁶. De modo que el concepto de «tortura» era discutible en el plano de la justicia intercultural. En segundo lugar, la sanción tomada se hizo con fundamento en las normas internacionales, nacionales y locales, así como en los precedentes judiciales y jurisprudenciales que reconocen explícitamente la jurisdicción y la autonomía indígena para hacer justicia dentro de su esfera de competencia. Por lo tanto, la decisión estaba «fundada y motivada», por usar un léxico de entendimiento común entre los abogados.

En efecto, existe una serie de instrumentos normativos que recogen derechos de los pueblos y comunidades indígenas a la autonomía y libre determinación, específicamente en el ámbito de la justicia y la jurisdicción indígena. En este sentido, se expuso que la justicia comunitaria emitida se apoyó en el artículo 9 y 10 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; artículo 2º apartado A fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; artículos 28, 29, 30 y 35 de la Ley de Derechos de los Pueblos y Comunidades Indígenas del estado de Oaxaca y en otras leyes y resoluciones judiciales que reconocen la justicia y la jurisdicción indígena para resolver sus conflictos internos como el caso de la sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de México en el Amparo Directo 6/2018, de 21 de noviembre de 2019, en el que reconoce y ratifica la jurisdicción indígena de la comunidad indígena de San Cristóbal *Suchixtlahuaca*,

¹⁵ Los topiles son, lo que para el Estado son los policías. Se encargan de ejecutar órdenes de las autoridades al mando del «mayor de mando», una suerte de jefe de policía.

¹⁶ Véase al efecto, las sentencias T-349 de 1996 y T-523 de 1997 dictada por la Corte Constitucional de Colombia donde reconoce la justicia indígena para aplicar sanciones físicas como el «cepo» y el «fuate», teniendo como límite la protección del derecho a la vida y la integridad corporal.

Coixtlahuaca, Oaxaca, tras una disputa de competencias y jurisdicciones entre la justicia indígena y la estatal¹⁷.

En tercer lugar, dicha decisión es redactada por escrito y firmado por todos los miembros del Consejo de Gobierno Comunal en el cual se describen los hechos cometidos, los derechos que respaldan la decisión de la justicia comunitaria y la parte resolutive que establece la sanción determinada. Por último, en el mismo documento resolutive se pide trasladar la determinación arribada a la Sala de Justicia Indígena del Poder Judicial del Estado de Oaxaca para los efectos de calificar, desde una interpretación intercultural, si la decisión tomada por la justicia comunitaria es violatoria o no de los derechos humanos. Además, en el mismo documento se pide a la Sala de Justicia Indígena que haga del conocimiento al Agente del Ministerio Público o Juez correspondiente para que se abstengan de iniciar cualquier investigación penal en contra de las autoridades comunitarias al resolver sus conflictos internos.

Por lo tanto, se le explicó al abogado defensor el marco legislativo, institucional, judicial y legal que sustenta la jurisdicción indígena, así como la lógica cultural en que funciona la justicia indígena en las comunidades indígenas, que se diferencia con la ley positivada en los códigos legales del Estado y no tiene porqué juzgarse siempre desde el paradigma del derecho estatal, pues precisamente la naturaleza del pluralismo jurídico es legitimar un contexto de sistemas normativos que son diferentes, pero que conviven en un mismo espacio sociopolítico.

Tras escuchar los alegatos a favor de la justicia indígena, así como las razones de porqué alguien con antecedentes de violencia familiar, amenaza con armas de fuego, desobediencia a la autoridad y escándalo público volvía a cometer todos estos «delitos» poniendo en riesgo la vida y la integridad física de sus familiares, así como la sana convivencia y armonía comunitaria, el abogado defensor finalmente pidió se hiciera una reconsideración de la sanción de su defendido y se comprometió hablar con él y sus familiares para que el asunto se termine en la comunidad.

Finalmente se pasó el asunto en la Asamblea General que se celebró días después en donde se ratificó la determinación del Consejo de Gobierno Comunal, aunque a petición de los familiares del infractor –quien aún seguía encarcelado– se hizo una reconsideración de la sanción y la condena quedó en dos semanas de cárcel y quince días de trabajo comunitario. Decisión que también fue convalidada en su momento por la Sala de Justicia Indígena de Oaxaca¹⁸.

A partir de esta experiencia, los demás casos que llegaron al Consejo de Gobierno Comunal se aplicaron el mismo criterio y mecanismo de sanción, con el conocimiento de la Sala de Justicia Indígena en los casos más controvertidos y, con

¹⁷ Uno de los casos paradigmáticos de reconocimiento al pluralismo jurídico, la jurisdicción y la justicia indígena sobre un caso de pastoreo de chivos (cabras) que derivó en criminalización de la justicia comunitaria por delitos de abuso de autoridad y abigeato contra las autoridades municipales y agrarias de la comunidad de San Cristóbal *Suchixtlahuaca* por la justicia penal mexicana por un lado; y, por el otro, la decisión de esta comunidad de sancionar a los infractores según la justicia propia fue convalidada por la Sala de Justicia Indígena de Oaxaca. Ante este conflicto jurisdiccional, finalmente la máxima instancia de justicia mexicana ratifica la decisión de convalidación de la justicia indígena realizada por la Sala Indígena de Oaxaca y, por lo tanto, la Suprema Corte de Justicia de México considera constitucionalmente válido el ejercicio de la jurisdicción indígena de la comunidad de Suchixtlahuaca. Más ampliamente sobre el caso *Suchixtlahuaca*, véase Cordero Aguilar y Juan Martínez (2021).

¹⁸ Con la creación de la Sala de Justicia Indígena del Poder Judicial del Estado de Oaxaca en el año 2015 –puesta en marcha en 2016– supone un paso sin precedente en México, pues mediante esta instancia judicial se puede ratificar el reconocimiento del derecho, la jurisdicción y la justicia indígena al convalidar la determinación de la justicia comunitaria bajo el principio de la interpretación intercultural de los derechos, de los hechos y valores.

vista al Agente del Ministerio Público o Fiscal con la finalidad de respetar la jurisdicción y las decisiones de las autoridades comunitarias. En otros asuntos, simplemente se solucionaron en sede jurisdiccional, sea a través la justicia autogestiva o la justicia comunitaria, pero no se remitió ni se delegó ningún caso a la justicia estatal. Sin embargo, el peso de la costumbre puede ser más fuerte que el deseo de maximizar la autonomía comunitaria, pues al año siguiente (2021), el primer acto realizado por la autoridad municipal tras recibir el bastón de mando fue acudir a la Agencia del Ministerio Público para capacitarse en la tarea de hacer justicia en la comunidad.

5. Conclusiones

El ejercicio autónomo de la justicia, la jurisdicción y la gobernanza indígena son indicadores que nos permiten analizar el estado de salud de una comunidad indígena. Cuando las instituciones de justicia y sus autoridades comunitarias están cohesionadas y se coadyuvan mutuamente, la gobernanza redundante en una política del bien común al procurar orden, armonía y bienestar social. Sin embargo, cuando el poder comunitario es caótico y fragmentado, este se ve reflejado en la calidad de la justicia y la gobernanza comunitaria. Pero si a este problema le añadimos la reproducción acrítica de determinadas prácticas opresivas que se afianzan en usos y costumbres en el ejercicio de la justicia y la gobernanza comunitaria, el estado de la cuestión puede ser crítico, y, por tanto, requiere también de una revisión crítica.

Teniendo en cuenta lo anterior, hemos tratado de poner de relieve la necesidad de generar la crítica y la autocrítica a fin de desvelar prácticas que encubren procesos opresivos que tienden a colonizar el imaginario comunitario al reproducirlo sistemáticamente por los sujetos coloniales. Desde luego, no solo son los sujetos quienes sufren opresión y dominación; también las instituciones, las autoridades y las comunidades indígenas resienten el impacto del paternalismo estatal, el racismo institucional y la colonialidad del poder al cambiarse de nombre, de categoría y estatus de poder, sin consulta previa. Todos estos procesos en su conjunto resignifican la opresión estructural, puesto que se proyecta y se introyecta en las instituciones, en la subjetividad, en las palabras, en el comportamiento, en el nombramiento de las cosas, en los razonamientos, juicios, valores, etc. En este sentido, la «colonialidad jurídica» es una expresión más de la opresión y racismo estructural que impiden actualmente a las comunidades indígenas el ejercicio más amplio de la autonomía y la libre determinación, especialmente en el ámbito de la justicia y la gobernanza comunitaria.

La idea que presupone la existencia de una cultura, un derecho y un conocimiento superior que las producidas en las sociedades indígenas o en cualquier otra cultura, defiende una ideología racista al presuponer que la cultura, el derecho y el saber producidas en el mundo eurocéntrico/moderno/occidental está por encima de otras concepciones subalternas. De ahí la necesidad de reafirmar, revalorar y reconocer «lo propio», sin pretensión de superioridad, empezando por desprenderse de procesos que han supuesto la colonización en el hacer, en el pensar y en el actuar. Para ello se requiere procesos de comunalizar el saber-hacer, reivindicando el derecho y la justicia indígena en sintonía con el avance legislativo e institucional en materia indígena; pero, sobre todo, «cambiar los términos de la conversación y no solo los contenidos», por parafrasear a Mignolo (2010, pp. 33-34), es decir: acudir al Agente del Ministerio Público o a la Fiscalía no para recibir instrucciones para la justicia comunitaria, sino para acordar pautas de coordinación entre justicias distintas en un marco de pluralismo jurídico.

Bibliografía

- Anaya, J. (2005). *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*. Trotta/Universidad Internacional de Andalucía.
- Clavero, B. (1994). *Derecho Indígena y Derecho Constitucional en América*. Siglo XXI.
- Cordero Aguilar L. E. y Juan Martínez, V. L. (2021). *La jurisdicción indígena, entre la Asamblea y la Corte: caso San Cristóbal Suchixtlahuaca, Oaxaca*. Poder judicial del estado de Oaxaca, Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas.
- Cordero Aguilar, L. E. (2021). La Sala de Justicia Indígena y el Juicio de Derecho Indígena. En L. E. Cordero Aguilar y V. L. Juan Martínez. (Eds.), *La jurisdicción indígena, entre la Asamblea y la corte: caso San Cristóbal Suchixtlahuaca, Oaxaca* (23-42). Poder Judicial del estado de Oaxaca, Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas.
- Garzón López, P. (2013). Pluralismo jurídico. *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, 5, 186-193. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2178>.
- Garzón López, P. (2016). *Ciudadanía indígena. Del multiculturalismo a la colonialidad del poder*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Garzón López, P. (2018). Colonialidad jurídica. *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, 14, 206-214. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4164>.
- Garzón López, P. y Mejía Mesa, O. (2019). *Pueblos indígenas y Estado: avances, límites y desafíos del reconocimiento indígena*, Abya Yala.
- Grosfoguel, R. y Castro-Gómez, S. (2007). *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Ilesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores.
- Juan Martínez, V. L. (2016). *Multiculturalidad, ciudadanía y derechos humanos en México. Tensiones en el ejercicio de la autonomía indígena*. CNDH.
- Mignolo, W. (2010). *Desobediencia epistémica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad*. Ediciones del Signo.
- Moro, T. (1997). *Utopía*. Akal.
- Quijano, A. (2007). Colonialidad del poder y clasificación social. En R. Grosfoguel y S. Castro-Gómez (Eds.), *El giro decolonial. Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global* (93-126). Ilesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores.
- Ramito Avilés, M. A. (2002). La utopía de Derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 19, 431-460.
- Rulfo, J. (1985). *El llano en llamas*. Cátedra.
- Santos, B. de S. (2009). *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta-ILSA.
- Walsh, C. (2009). *Interculturalidad, estado y sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*. Universidad Andina Simón Bolívar-Abya Yala.

Ponderación (Tribunal Constitucional español)

Balancing (Spanish Constitutional Court)

Lorena Chano Regaña
 Universidad de Extremadura
 ORCID ID 0000-0002-7475-3852
lorenachano@unex.es

Cita recomendada:

Chano Regaña, L. (2022). Ponderación (Tribunal Constitucional español). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 241-253.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7121>

Recibido / received: 12/01/2022
 Aceptado / accepted: 18/05/2022

Resumen

La ponderación es una estructura metodológica compleja utilizada por las cortes constitucionales para resolver conflictos entre principios y justificar la relación de prevalencia condicionada existente entre dos bienes constitucionalmente protegidos. Su utilización implica la aceptación de que existe una diferencia entre principios y reglas dentro del sistema normativo, que los principios son susceptibles de cumplimiento gradual y que los derechos fundamentales y bienes colectivos constitucionalmente protegidos son equiparables a los principios a efectos de aplicación de la estructura de la ponderación. El Tribunal Constitucional español utiliza la ponderación en la resolución de conflictos entre bienes constitucionalmente protegidos dentro del principio estructural de la proporcionalidad, sin que la técnica ponderativa haya alcanzado un desarrollo independiente. El presente trabajo expone la aplicación que el Tribunal Constitucional español hace de la ponderación y la función que esta desempeña en la jurisprudencia constitucional. Asimismo, se apuntan las principales problemáticas de su aplicación.

Palabras clave

Ponderación, proporcionalidad, Tribunal Constitucional español, interpretación constitucional, principios, derechos fundamentales.

Abstract

Balancing is a complex methodological structure used by the Constitutional Courts to resolve conflicts between principles and justify the existing conditional prevalence relationship between two constitutionally protected goods. Its use implies the acceptance that there is a difference between principles and rules within the normative system, that the principles are capable of gradual compliance and that the fundamental rights and constitutionally protected collective goods are comparable to the principles for the purpose of applying the structure of balancing. The Spanish Constitutional Court uses balancing in the resolution of conflicts between constitutionally protected assets within the structural principle of proportionality, without the balancing technique having reached an independent development. This paper exposes the



application that the Constitutional Court makes of the balancing and the role that it plays in constitutional jurisprudence. Likewise, the main problems of applicability are pointed out.

Keywords

Balancing, proportionality, Spanish Constitutional Court, constitutional interpretation, principles, constitutional rights

SUMARIO. 1. Ponderación: concepto y planteamientos teóricos. 2. La aplicación de la ponderación por el Tribunal Constitucional español. 2.1. El contexto de aplicación: el principio de proporcionalidad. 2.2. La fórmula de aplicación. 2.3. La funcionalidad de la ponderación constitucional. 2.4. La problemática de la ponderación: la racionalidad. 3. Conclusiones.

1. Ponderación: concepto y planteamientos teóricos

La ponderación es una estructura metodológica compleja que sirve como criterio de ordenación de los argumentos que se aducen para resolver los conflictos entre principios constitucionales.

En el constitucionalismo contemporáneo la teoría de la ponderación más desarrollada es la del filósofo del Derecho Robert Alexy. Alexy presenta la ponderación como un método racional de aplicación del derecho que permite justificar una «relación de precedencia condicionada» entre principios constitucionales en conflicto, de modo que se pueda dar una respuesta en el caso concreto sobre el principio que cede en beneficio de otro y el grado en el cual lo hace. Para ello articula de forma pormenorizada la estructura de la ponderación, partiendo de los siguientes postulados:

Primero. La aceptación de la teoría de los principios, que afirma que el ordenamiento jurídico-positivo debe ser integrado con la idea de justicia. El derecho y la moral son dos categorías conectadas y el derecho se define a partir de una relación de equilibrio entre el sistema normativo positivo o formal, la eficacia de las normas en la sociedad y la acción correctora de la justicia (Portocarrero, 2017, p. 211)¹.

Segundo. La diferencia teórica y funcional entre principios y reglas dentro del sistema normativo. Esta diferencia consiste en considerar a las reglas como mandatos definitivos, cuya aplicabilidad oscila entre el «todo o nada», mientras que los principios se mueven en el terreno de lo axiológico y pueden ser cumplidos en diferentes grados. Los principios estarían dotados de un «peso», de un valor específico, que permite sopesarlos y aplicarlos en diferente grado (Dworkin, 1999, pp. 72-80; Alexy, 1993, pp. 81-87). En esta línea, siguiendo al profesor Robert Alexy, los principios se definirían como «mandatos de optimización» susceptibles de cumplimiento gradual. Se trata de normas que ordenan que «algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes» (Alexy, 1993, p. 86). Las posibilidades jurídicas y reales son las circunstancias concretas del supuesto fáctico que concurren en la aplicación de reglas y principios.

En el normal funcionamiento del derecho pueden generarse problemas de aplicabilidad por la contraposición entre unas normas y otras, que no es posible

¹ Una visión más completa sobre la problemática de la ponderación y las relaciones entre moral y derecho desde la perspectiva de la crítica del neoconstitucionalismo: Pino (2011, pp. 220-228).

solucionar acudiendo a los principios generales de integración del derecho. En el caso de que sean dos reglas las que chocan, el conflicto se resuelve declarando una de ellas inválida o introduciendo una excepción (Alexy, 1993, pp. 88-89). Estamos, por tanto, ante problemas de validez y aplicabilidad de las normas, que se solventan con los criterios utilizados tradicionalmente por el derecho para solucionar las antinomias. Estos criterios son: a) el principio de jerarquía, en cuya virtud la ley superior deroga a la anterior; b) el principio cronológico, según el cual la ley posterior deroga a la anterior; y, c) el principio de especialidad, según el cual, la ley general cede a favor de la especial (Prieto, 2008, p. 86)²; a los que podríamos sumar también, d) el principio de procedimiento; y, e) el de competencia para aprobar determinados tipos de leyes (Santamaría, 2016, pp. 140-160). En cambio, en el caso de que choquen dos principios, nos encontramos en el ámbito de lo axiológico, la solución se deriva del diferente peso que, según las circunstancias reales y jurídicas, el operador del derecho asocie a cada uno de estos principios. Por tanto, los principios deben ser sopesados, esto es, ponderados, puestos en equilibrio, existiendo una relación de precedencia condicionada entre ellos (Alexy, 1993, pp. 89-94). Esta acción debe ser realizada en el caso concreto, confrontando las realidades jurídicas existentes.

La relación de precedencia condicionada cuenta con cuatro elementos, que pueden definirse como los componentes a nivel teórico de la estructura de la ponderación: la ley de la ponderación (i); la fórmula del peso (ii); la ley de colisión (iii); y las cargas de la argumentación (iv).

i) La ley de la ponderación se resume en la máxima alexiana tantas veces citada por la doctrina: «Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción del otro» (Alexy, 1993, p. 161). Para aplicar esta máxima se parte del grado de afectación o intervención de los principios enfrentados y de la necesidad de determinar cómo de importante es satisfacer cada uno de los principios; del peso abstracto de cada principio; y, de la certeza o seguridad de los datos empíricos aplicables al caso.

ii) Para poder racionalizar y comprender el grado de afectación y de necesidad o importancia en la satisfacción de un principio Alexy establece dos escalas triádicas: la primera distingue entre afectación «leve, media, intensa»; y, la segunda, entre afirmaciones empíricas «no evidentemente falsas, plausibles y seguras». A cada una de estas escalas le otorga un valor numérico y construye así su fórmula del peso, a modo de analogía instructiva para los operadores del derecho (Alexy, 2002, p. 42). La fórmula del peso, por tanto, no es más que la expresión matemática a partir de valores aritméticos de la ley de la ponderación³.

iii) La ley de colisión es la regla formalizada que resulta de la aplicación de la ponderación. En otras palabras, es la solución en forma de regla en la que subsumir el supuesto de hecho y las circunstancias en las que concurrió el conflicto entre principios para determinar cuál de ellos resulta aplicable.

iv) Las cargas de la argumentación son los argumentos que justifican la interferencia o sacrificio de un principio (Bernal, 2005, pp. 791-793). Operan en el caso de que los pesos de los principios confrontados se encuentren nivelados. En este tipo de situaciones, si de un lado de la balanza tenemos la igualdad o la libertad en abstracto, el empate se desharía en favor de estas, a menos que existiesen razones lo suficientemente «fuertes» como para justificar una injerencia. Esta máxima

² A mayor abundamiento sobre estos métodos tradicionales de resolución de conflictos entre normas: Guastini (2000, p. 72) y Bobbio (1990, p. 339).

³ La estructura detallada de la ley de la ponderación puede consultarse en: Alexy (2002, pp. 39-48); Bernal (2003, pp. 227-230).

fue matizada posteriormente por Alexy al señalar que en este tipo de situaciones opera cierta precedencia a la labor del legislador en cuanto a órgano representativo del pueblo, que fundamenta su competencia en el principio democrático (Alexy, 2002, pp. 45-49). Esto significa que, en el caso de que los pesos de los principios se encuentren nivelados, prevalecería en primer lugar lo determinado por el legislador, salvo en el caso de que los principios en juego fuesen la igualdad o la libertad, en cuyo caso excepcionarían al principio democrático (Bernal, 2003, pp. 231-232).

En las cargas de la argumentación juega también un papel importante la existencia de una regla derivada de la aplicación de la estructura de la ponderación en un caso anterior análogo o semejante. En estos casos procedería la aplicación analógica de la solución previa siempre que los casos fueran similares y presentaran analogía. Sin embargo, este respeto al precedente podría quebrarse mediante la carga de la argumentación, es decir, mediante razones lo suficientemente «fuertes» como para justificar una solución diferente en aplicación de la ponderación (Alexy, 1993, pp. 535-540).

Tercero. El tercer postulado es la equiparación de los derechos fundamentales y bienes colectivos constitucionalmente protegidos a los principios a los efectos de aplicación de la estructura de la ponderación. Es decir, que la ponderación se usa también para resolver conflictos e injerencias en los derechos fundamentales (Alexy, 1993, p. 82) y en los «bienes colectivos constitucionalizados», entendiéndose por tales aquellos intereses públicos que la Constitución reconoce de manera general y abstracta y cuyo contenido material es susceptible de ser cumplido «en la mayor medida posible» (Portocarrero, 2017, p. 212).

2. La aplicación de la ponderación por el Tribunal Constitucional español

Una vez definidos los fundamentos teóricos de la ponderación conforme a la doctrina comúnmente aceptada, procede, a continuación, abordar la cuestión de cómo ha aplicado el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) esta técnica y qué particularidades presenta. En primer lugar, comenzaremos por precisar su contexto de aplicación, que no es otro que el principio de proporcionalidad.

2.1. El contexto de aplicación: el principio de proporcionalidad

El TC español utiliza la ponderación en la resolución de conflictos entre bienes constitucionalmente protegidos dentro del principio estructural de la proporcionalidad, sin que la técnica ponderativa haya alcanzado un desarrollo independiente del canon de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, proporcionalidad en sentido amplio o simplemente proporcionalidad, es un método estructural de creación jurisprudencial alemana (Kluth, 1998, pp. 219-220; Jellinek, 2000, p. 205) que permite «medir y sopesar la licitud de todo género de límites normativos de las libertades, así como las de cualesquiera interpretaciones o aplicaciones de la legalidad que restrinjan su ejercicio, [...]» (Barnes, 1998, p. 16). La proporcionalidad se introduce en el TC español a través de la influencia y recepción del derecho del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)⁴. Aunque se ha discutido mucho sobre la

⁴ Los pronunciamientos de la STC 34/1981 de 19 de noviembre (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 48/1981), f.j. 3, B); la STC 75/1983 de 3 de agosto (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 44/1982), f.j. 2; y, la STC 6/1984 de 24 de enero (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 515/1982), f.j. 2, primeros referentes en materia de proporcionalidad replican y citan la definición del método en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH): TEDH. Pleno. Sentencia varios c. Bélgica, de 23 de julio de 1968 (caso relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico en Bélgica), ff.jj. 32 y 42;

naturaleza y fundamento constitucional del principio⁵ y este no aparece recogido en nuestro texto constitucional, con el paso del tiempo el TC le ha otorgado la dimensión de auténtico principio constitucional⁶.

El TC lo ha utilizado en un triple sentido. En primer lugar, para resolver los conflictos entre derechos fundamentales, particularmente en la casuística de los recursos de amparo. En segundo lugar, lo ha aplicado como límite modulador de toda actuación de los poderes públicos que pudiera suponer una injerencia en la esfera de los derechos y libertades de las personas⁷, tanto decisiones normativas de carácter administrativo o reglamentario, como decisiones judiciales. Y, en tercer lugar, lo ha utilizado como parámetro de validez de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango de ley que han limitado derechos fundamentales, libertades públicas y bienes constitucionalmente protegidos con carácter abstracto.

El método estructural de la proporcionalidad supera la teoría del contenido esencial de los derechos y la cuestiona, sobre todo, cuando se enfrenta a lo que se han denominado «derechos absolutos» (Borowski, 2020, pp. 297-339) y en aquellos «casos difíciles» (Atienza y Manero, 1996, pp. 22-23; Atienza, 2014, pp. 4-7) en los que es imposible acomodar dos derechos ajustando la zona periférica de estos y respetando su contenido esencial (Alexy, 1993, pp. 288-289), de modo que se sacrifica justificadamente el núcleo duro de un derecho en beneficio de otro.

La ponderación o proporcionalidad en sentido estricto se encuadra en el método estructural de la proporcionalidad, entendida como proporcionalidad en sentido amplio o simplemente proporcionalidad. La ponderación o proporcionalidad en sentido estricto es el tercer y último paso de este método estructural de la proporcionalidad, cuyo orden lógico se desglosa en el siguiente análisis⁸:

Uno. Examen de idoneidad o juicio de adecuación: se requiere, en primer lugar, que la medida restrictiva de un derecho o bien constitucionalmente protegido sea adecuada e idónea, es decir, apta para lograr la finalidad legítima prevista por la norma, medida jurídica o decisión judicial que establece la restricción. Este paso, a su vez, se desdobra en dos fases: la determinación de la existencia de un fin constitucional legítimo y la evaluación de que la medida adoptada (lesiva de un derecho fundamental, principio o bien constitucionalmente protegido) es adecuada para la consecución del fin constitucional y legítimo que a su vez se persigue con la medida.

Dos. Examen de necesidad o juicio de indispensabilidad: si la finalidad es legítima y la norma o medida jurídica es adecuada para su logro, se procede a analizar si esta medida es la más moderada para la consecución del fin, es decir, a constatar que no exista otra medida menos gravosa, que ocasione menos perjuicios y que sea igualmente óptima para el logro del fin.

TEDH. Pleno. Sentencia Sindicato Nacional de Policía Belga c. Bélgica, de 27 de octubre de 1975 (caso del Sindicato Nacional de la Policía Belga), ff.jj. 46 y 49; y, TEDH. Pleno. Sentencia Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras c. Bélgica, de 6 de febrero de 1976 (caso del Sindicato Sueco de Conductores de Locomotoras), ff.jj. 44 a 49.

⁵ Un resumen sobre la discusión doctrinal acerca del fundamento constitucional del principio de proporcionalidad: Chano (2020, pp. 145-150).

⁶ STC 148/2021 de 14 de julio de 2021 (Pleno. Recurso de inconstitucionalidad 2054/2020), f.j. 3, iii), 2º párrafo.

⁷ Por ejemplo, en la STC 123/2002 de 20 de mayo (Sala Primera. Recurso de amparo 5546/1999), ff.jj. 5 a 7.

⁸ Un análisis pormenorizado de la estructura del principio lo encontramos en Bernal (2005); Barak (2017).

Tres. Proporcionalidad en sentido estricto o ponderación: superados los anteriores juicios hay que valorar los intereses en juego y buscar un equilibrio que suponga la menor restricción de los intereses constitucionales en juego. Se trata de una ponderación equitativa saldada en la consecución de mayores ventajas y beneficios que perjuicios.

Si se superan los tres pasos sucesivos del canon de la proporcionalidad se concluye que la medida restrictiva que se analiza va a ser proporcionada y, por ende, constitucional. Si no se supera alguno de estos estadios, la norma sería inconstitucional.

En este contexto aplicativo y con este trasfondo teórico, nos preguntamos ahora cómo aplica el TC español la ponderación y qué particularidades presenta la jurisprudencia del TC en esta materia.

2.2. La fórmula de aplicación

El TC ha tratado con cierta confusión el contenido dogmático de la ponderación y de la proporcionalidad en sentido amplio (González, 2015, p. 109), utilizando fórmulas abiertas y tendentes a asegurar la valoración específica del caso concreto. Además, ha definido la estructura metodológica de la ponderación de forma diversa, exigiendo que la medida sea «proporcionada o equilibrada por derivarse de la misma más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto»⁹; incidiendo en otras ocasiones en el presupuesto de los «efectos no gravosos»¹⁰, rechazando como proporcionados los «efectos excluyentes»¹¹ o «exclusiones injustificadas» de algún derecho para un colectivo¹²; y profundizando otras veces en la «relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido»¹³, adjetivando incluso a la proporcionalidad en sentido amplio como «razonable relación entre medios y fines»¹⁴ y confundiendo, al definir en iguales términos, el contenido de la fase de necesidad y el de la fase de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación¹⁵. Todo esto hace complejo el análisis jurisprudencial de la estructura metodológica de la ponderación y aconseja una aproximación diacrónica a su utilización por parte del TC.

A grandes rasgos podríamos establecer que existen tres etapas:

Una primera etapa o etapa inicial, en la que se produce la recepción del principio de proporcionalidad a partir de la jurisprudencia del TEDH y de otras técnicas del derecho comparado. En este período encontramos cierta confusión terminológica y un uso desordenado de la estructura metodológica de la proporcionalidad en sentido amplio (González, 2015, pp. 19-35). La configuración de la estructura metodológica de la proporcionalidad pivota entre la justificación de la restricción a partir de la

⁹ STC 66/1995 de 8 de mayo (Sala Segunda. Recurso de amparo 1693/1992), f.j. 5, párrafo 1º.

¹⁰ STC 55/1990 de 28 de marzo (Pleno. Cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 487/1986, 158, 495 y 510/1987), f.j. 6; y, STC 76/1990 de 26 de abril (Pleno. Recurso de inconstitucionalidad 695/1985), f.j. 9.A), 2º párrafo, apartado d).

¹¹ STC 120/2010 de 24 de noviembre (Pleno. Cuestión interna de inconstitucionalidad 5085/2009), ff.jj. 5 y 6.

¹² STC 3/1993 de 14 de enero (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 231/1987), f.j. 5.

¹³ STC 63/2011 de 16 de mayo (Sala Segunda. Cuestión de inconstitucionalidad 6191/2001), f.j. 3; STC 117/2011 de 4 de julio (Sala Segunda. Cuestión de inconstitucionalidad 6725/2009), f.j. 4; STC 79/2011 de 6 de junio (Sala Segunda. Cuestión de inconstitucionalidad 12/2005), f.j. 3.

¹⁴ STC 75/1983 de 3 de agosto (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 44/1982), f.j. 3.

¹⁵ STC 161/1997 de 2 de octubre (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 4198/1996), f.j. 12, párrafo 2º y STC 136/1999 de 20 de julio (recurso de amparo 5459/1997), f.j. 22.

determinación de la finalidad legítima perseguida y la proporcionalidad de los efectos, sin definir claramente un modelo de aplicación específico de la ponderación¹⁶.

La segunda etapa comienza a principios de los noventa y tiene su punto de inflexión en 1995 con la canonización del principio de proporcionalidad por el TC y con una aplicación más formal y rigurosa de las fases del canon de la proporcionalidad en sentido amplio¹⁷.

Finalmente, la tercera etapa se sitúa a partir de la década del 2000. En ella se observa una aplicación relajada y, en ocasiones, desordenada de la estructura metodológica de la proporcionalidad (González, 2015, pp. 70-72)¹⁸, sin abandonar sus directrices y poniendo siempre el foco en:

- i) La exigencia de racionalidad, o, lo que es lo mismo, la existencia de una finalidad legítima. Esto implica que la injerencia debe responder a un propósito legítimo, acorde con el ordenamiento jurídico y protegido explícita o implícitamente por la Constitución española¹⁹.
- ii) La evaluación de las consecuencias reales y jurídicas de la restricción de un derecho fundamental, libertad pública o bien constitucional protegido, sopesando las ventajas y beneficios de la restricción, es decir, aplicando la ponderación.

Para ponderar los intereses constitucionales en juego, el TC toma en consideración al menos dos factores de análisis: la valoración del impacto de los efectos de la medida y la ponderación de bienes constitucionales enfrentados cuando son claramente identificables al margen del principio democrático²⁰.

En el control de constitucionalidad de las normas la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto exige una relación equilibrada, por adecuada y proporcional, entre los beneficios que se pretenden con la adopción de una medida limitativa de un derecho fundamental y la lesión que se provoca a ese derecho. Lleva implícita una ponderación entre los beneficios y desventajas que provoca la medida para el interés general y para la sociedad. Se trata de un juicio de resultados, que se mueve en el terreno de las consecuencias jurídicas de la adopción de la medida restrictiva (Barak, 2015, pp. 375, 377).

Cuando la adopción de la norma restrictiva enfrenta a dos bienes constitucionalmente protegidos, generalmente derechos fundamentales, la ponderación es evidente. En cambio, cuando hablamos de efectos y consecuencias jurídicas de la medida, la percepción puede ser diferente. Así sucede, por ejemplo,

¹⁶ Por todas, STC 22/1981 de 2 de julio (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 223/1980), ff.jj. 5 a 9.

¹⁷ La canonización del principio se produce en las sentencias: STC 66/1995 de 8 de mayo (recurso de amparo 1693/1992), sobre el derecho de reunión; STC 55/1996 de 28 de marzo (cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 961/1994, 1125/1995 y 2736/1995), cuestionando algunos preceptos de la Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre, por la que se regula el régimen de recursos en caso de objeción de conciencia, su régimen penal, y se deroga el art. 45 de la LOTC 2/1979, de 3 de octubre, (BOE núm. 311 de 28 de diciembre de 1984) por posible conculcación de los arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE; y, STC 207/1996 de 16 de diciembre (recurso de amparo 1789/1996), f.j. 4, relativa a los derechos de integridad física e integridad moral.

¹⁸ Esta tendencia se inicia con la STC 136/1999 de 20 de julio (Pleno. Recurso de amparo 5459/1997), ff.jj. 21 a 24.

¹⁹ Constitución española. Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.

²⁰ Un ejemplo de la valoración del impacto de los efectos de la medida lo encontramos en STC 161/1997 de 2 de octubre (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 4198/1996), f.j. 12, párrafo 2º; y STC 136/1999 de 20 de julio (Pleno. Recurso de amparo 5459/1997), f.j. 22. Evidencia de ponderación de bienes cuando estos son identificables, lo encontramos en STC 214/1991 de 11 de noviembre (Sala Primera. Recurso de amparo 101/1990), ff.jj. 5 a 7.

con relación a la igualdad, donde el derecho fundamental afectado es la propia igualdad y el examen de la proporcionalidad en sentido estricto se focaliza en evaluar los beneficios y perjuicios de la quiebra del principio a través de la diferencia introducida por el legislador. La fase de proporcionalidad en sentido estricto es entonces una ponderación o equilibrio entre la posición del legislador (principio democrático), de un lado; y, el bien constitucional en juego (la igualdad, en nuestro ejemplo), del otro lado. Sin embargo, el examen se construye y se percibe más que como una ponderación de intereses constitucionales enfrentados, como un examen sobre la gravedad o el impacto jurídico de la adopción de la medida. En otras palabras, se trata de verificar que los efectos de la diferencia legislativa o restricción de un derecho o bien constitucional no son desmedidos ni especialmente gravosos para el interés general. En realidad, lo que subyace en la aplicación de la proporcionalidad en sentido estricto es una ponderación entre el principio democrático y otros bienes constitucionales, pero en la práctica lo que se observa es un análisis de los efectos jurídicos de la restricción del derecho, confundándose y superponiéndose en multitud de ocasiones la fase de necesidad con la fase de ponderación en el marco del principio de proporcionalidad²¹.

La actividad ponderativa es más evidente en los procesos de protección de los derechos, que resuelven sobre la colisión de dos derechos fundamentales en sentido estricto (arts. 14 a 29 CE). En estos casos el TC pone en cada extremo de la balanza un derecho fundamental e intenta justificar las razones que apoyan a uno u otro derecho a partir de la existencia de la finalidad legítima que podría llegar a justificar la restricción, la coherencia de la restricción con este fin y los resultados precisos que provocaría la lesión de uno de los derechos fundamentales. No obstante, el TC tiende siempre a equilibrar o acomodar ambos derechos, buscando el equilibrio de las ventajas y desventajas para no llegar a excluir completamente el disfrute de un derecho fundamental. Para ello no aplica fórmulas matemáticas, sino que hace una actividad valorativa que parte de las certezas jurídicas, de la importancia en la satisfacción o preservación de determinados bienes constitucionales y de la realidad del caso concreto.

En este orden de ideas, cabe preguntarse ahora: ¿existe algún criterio de carácter general en la aplicación de la ponderación que haya podido constituirse en regla de aplicación para resolver los conflictos entre bienes constitucionales enfrentados?

Como se ha indicado, la proporcionalidad en sentido estricto es una ponderación o equilibrio entre bienes constitucionales enfrentados consistente en un examen sobre la gravedad o el impacto jurídico de la injerencia en el bien constitucional. Medir esa gravedad es algo complejo y controvertido. Resulta complicado fijar los límites o parámetros a partir de los cuales la restricción de un derecho o bien constitucionalmente protegido comenzará a ser desproporcionada. La línea divisoria es difusa y se diluye en el conjunto de necesidades y fines constitucionales, más aún cuando se persiguen finalidades muy concretas o sensibles desde la perspectiva de la política social, donde parece que toda interferencia es admisible si hay un objetivo constitucional claro y deseable que la sustente, particularmente en los procesos de control de la constitucionalidad de las normas, donde rige cierta presunción de legitimidad constitucional a favor del legislador. Son múltiples los factores externos a tener en cuenta en la evaluación del impacto, entre ellos la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas.

²¹ STC 37/1998 de 17 de febrero (Sala Segunda. Recurso de amparo 3694/1994), f.j. 8; y, STC 98/2003 de 2 de junio (Sala Primera. Recurso de amparo 3165/1998), f.j. 4.

Para salvar la subjetividad de los argumentos que se articulan dentro de la estructura metodológica, cualquier indicador que permita fijar los parámetros de la proporcionalidad de los efectos será tenido en consideración como garantía de la seguridad jurídica del control de la constitucionalidad. Por ello, cobra especial significación la consideración como «desproporcionados» de los efectos que excluyen de forma absoluta el disfrute de un derecho fundamental²². La privación absoluta de un derecho fundamental califica la clasificación legislativa de desproporcionada y, por tanto, de inconstitucional. Solo en casos extremos podría ponderarse en sentido favorable a la restricción. Por casos extremos entendemos aquellos que persiguen un fin legítimo muy deseable constitucional y socialmente, por ejemplo, la igualdad material del art. 9.2 CE, que solo pudiera lograrse mediante la restricción o exclusión del disfrute del derecho a un colectivo, siendo la medida absolutamente imprescindible para el logro del fin.

2.3. La funcionalidad de la ponderación constitucional

Hemos definido la ponderación constitucional como una estructura metodológica, carente de contenido material, que ordena y pone en relación los argumentos favorables y desfavorables que intervendrían en la resolución de un conflicto entre bienes constitucionalmente protegidos. En esta definición se encuentra la función esencial de la ponderación: ser instrumento de ordenación lógica de los argumentos, dotando de cierta previsibilidad y seguridad la actuación del TC a la hora de enjuiciar este tipo de casos. Sin embargo, sucede que el uso desordenado del principio de proporcionalidad en sentido amplio, dentro del cual se encuadra la aplicación de la ponderación, y el amplio margen de discrecionalidad del Tribunal en la valoración de las circunstancias reales y jurídicas aplicables al caso concreto hacen que la previsibilidad se resienta y que más bien nos encontremos ante un parámetro de aplicación al caso concreto para admitir o inadmitir la lesión de un derecho o de un bien constitucionalmente protegido. Esta es una de las principales objeciones a la ponderación: la subjetividad y el amplio margen de maniobra del operador jurídico que aplica la estructura metodológica de la ponderación²³.

Junto a esta función de ordenación lógica, concurre también otra función de la ponderación no menos importante, se trata de la función interpretativa. Esta ocurre cuando en la ordenación de los argumentos a favor y en contra de la aplicación de los principios se dota de significados concretos a determinados enunciados que se ponen en relación para justificar la injerencia en un bien constitucional y fijar determinados límites de contenido material²⁴. En desarrollo de esta función el TC ha producido un número considerable de sentencias interpretativas, sobre todo en los años ochenta y noventa, en las cuales ha establecido criterios y reglas aplicables a determinados conflictos entre derechos fundamentales (por ejemplo, el típico caso que enfrenta el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar con la libertad de expresión²⁵), contribuyendo a fijar los límites en abstracto del contenido constitucional de los derechos y las condiciones de ejercicio y desarrollo legislativo de estos. Así ha sucedido en un conjunto de sentencias significativas y citadas reiterativamente por la

²² El criterio de los efectos excluyentes se introduce en la década de los noventa. *Vid.* STC 222/1992 de 11 de diciembre (Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad 1797/1990), f.j. 6, 2º párrafo, como primer indicativo.

²³ Sobre el amplio margen de discrecionalidad del órgano jurisdiccional que aplica la proporcionalidad en sentido estricto, *cf.* Tushnet (1985, pp. 1502-1544).

²⁴ Sobre la función interpretativa de la ponderación entendida en términos generales, *cf.* Barak (2015, pp. 118-119). No obstante, a diferencia de lo sostenido por el autor, del análisis de la jurisprudencia del TC español se desprende que la ponderación interpretativa no opera fuera del marco del principio de proporcionalidad.

²⁵ STC 214/1991 de 11 de noviembre (Sala Primera. Recurso de amparo 101/1990), f.j. 6.

doctrina constitucional sobre el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, la integridad física, el derecho de huelga, el derecho de reunión y manifestación, etc.²⁶.

2.4. La problemática de la ponderación: la racionalidad

De todas las críticas que se han esgrimido contra la aplicación de la ponderación, la objeción mayoritaria es la de falta de racionalidad, lo cual es paradójico en un método que se define en sí mismo como un criterio de orden lógico y racional.

La falta de racionalidad es la objeción que incluye con carácter abierto todas las demás críticas de la estructura de la ponderación (Portocarrero, 2017, p. 220; Habermas, 1996, p. 259). Junto a la ya citada subjetividad del intérprete y al amplio margen de discrecionalidad de los operadores jurídicos y particularmente de las cortes constitucionales destacan como objeciones: primero: la inconmensurabilidad de las magnitudes a ponderar. La problemática de la inconmensurabilidad se puede sintetizar en las siguientes dos críticas²⁷: una, la imposibilidad de cuantificar los bienes a ponderar²⁸; y, dos, la carencia de una escala común para poder medir las magnitudes que se ponderan²⁹. Segundo: la falta de precisión e imposibilidad de establecer los resultados de la ponderación (Bernal, 2006, pp. 53-55)³⁰.

Ambas circunstancias, unidas al margen de discrecionalidad que tiene el operador jurídico, comportan la existencia de una objeción más: la inseguridad que acarrea la incertidumbre de lo inconmensurable y lo discrecional³¹.

Nos planteamos ahora si la aplicación de la ponderación por parte del TC es «racional». Lo primero que hay que señalar es que estas críticas apuntadas con carácter general y abstracto son plenamente aplicables al modelo concreto de actuación del TC cuando aplica la ponderación. No obstante, conviene hacer algunas precisiones terminológicas.

Como ya se ha indicado, partimos de la base de que la aplicación de la ponderación por parte del TC se enmarca siempre en el principio de proporcionalidad en sentido amplio. Esto implica que, con independencia de que haga un uso desordenado o no de este principio, el TC va a fijar la finalidad legítima que se persigue con la injerencia en un determinado bien constitucional en un momento previo a la evaluación de los efectos y consecuencias jurídicas del caso concreto. El control finalista de la restricción del derecho determinará el fundamento racional o razón de ser que justifica o no justifica en una primera aproximación al conflicto, la posible restricción de los intereses constitucionales en juego. A la determinación de este elemento racional la doctrina le ha llamado «juicio de racionalidad» o simplemente «racionalidad» de la norma o medida restrictiva del derecho (Giménez, 2004, pp. 57-91; Morrone, 2005, pp. 145-160). No se debe confundir la racionalidad de la medida restrictiva que se enjuicia por el TC con la crítica de irracionalidad como problema aplicativo de la ponderación. Los problemas aplicativos de la ponderación

²⁶ Como muestra y a modo de ejemplo, STC 37/1989 de 15 de febrero (Sala Primera. Recurso de amparo 235/1987), ff.jj. 7 y 8; STC 120/1990 de 27 de junio (Pleno. Recurso de amparo 443/1990), f.j. 8; STC 7/1994 de 27 de enero (Sala Pleno. Recurso de amparo 1407/1992), ff.jj. 3 a 5; STC 207/1996 de 16 de diciembre (Sala Primera. Recurso de amparo 1789/1996), f.j. 4.

²⁷ Un resumen bastante sintético sobre la inconmensurabilidad como objeción a la estructura constitucional del principio de proporcionalidad lo encontramos en Klatt y Meister (2021, pp. 108-116).

²⁸ Cfr. Tsakyrakis (2009, pp. 468-493).

²⁹ Sobre la inconmensurabilidad o falta de un denominador común que permita medir las dos magnitudes o principios enfrentados, cfr. D'Agostino (2018) y Moreso (2009, pp. 309-313).

³⁰ Sobre la racionalidad de la ponderación, cfr. Bernal (2006, pp. 51-75).

³¹ Cfr. Klatt y Meister (2021, pp. 161-202).

en torno a la irracionalidad se concretan en objeciones específicas de orden lógico una vez que están claras las finalidades que persiguen las medidas restrictivas de derechos o los bienes constitucionalmente protegidos que situamos en los dos platos de la balanza.

Por tanto, en la aplicación de la ponderación por parte del TC la racionalidad viene dada por la conexión entre la finalidad de la norma o medida que interfiere en el derecho fundamental o bien constitucionalmente protegido y su fundamento constitucional. En resumen, el juicio de racionalidad incluye: 1) la finalidad perseguida con la medida restrictiva; y, 2) el fundamento constitucional de la medida, esto es, que el propósito perseguido tenga una apoyatura explícita o implícita en un precepto constitucional. La relación constatada y positiva entre ambos requisitos implicaría la existencia de un elemento racional, de una «razón de ser de la ley» o *ratio legis*. De no existir este elemento racional no cabría la ponderación, pues la restricción sería ilegítima ya desde el punto de partida. Ese elemento racional es el preludeo del juicio de adecuación de la medida que interfiere con los derechos y bienes constitucionales y ocupa un papel central en el examen de constitucionalidad y en las tutelas de amparo en las que se aplica la proporcionalidad en sentido amplio. Este componente inicial se da en la totalidad de los casos en los que se produce la aplicación de la ponderación.

La objeción de racionalidad en la práctica ponderativa del TC queda por tanto reducida a los problemas de inconmensurabilidad de los intereses constitucionales en juego y a su amplio margen de discrecionalidad al evaluar las circunstancias reales y jurídicas del caso, siendo recomendable hablar de estas objeciones concretas en vez de falta de racionalidad. Por último, cabría también apuntar como críticas de la aplicabilidad de la ponderación por parte del TC el uso desordenado de las fases del principio de proporcionalidad en sentido amplio, sobre todo en sus primeros años y la confusión terminológica en el empleo de las fases de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación, que no quedan claramente delimitadas en una gran cantidad de supuestos.

3. Conclusiones

En definitiva, podemos concluir que el TC ha incorporado la estructura metodológica de la ponderación siguiendo la estela del TEDH y de otros tribunales constitucionales de nuestro entorno. El TC ha utilizado la ponderación desde sus inicios, aunque la aplicación del método ha ido variando a lo largo del tiempo.

El TC aplica la ponderación o proporcionalidad en sentido estricto dentro del marco del principio de proporcionalidad, sin que haya tenido un desarrollo independiente de este. Aunque el ámbito natural de aplicación del principio es el conflicto entre derechos fundamentales, el TC no limita su aplicabilidad a solo este ámbito. La proporcionalidad se aplica también para resolver sobre la legitimidad constitucional de todo tipo de injerencias de los poderes públicos en la esfera de los derechos y libertades de las personas. La encontramos tanto en recursos de amparo como en procesos de control de la constitucionalidad.

La utilización del principio de proporcionalidad en sentido amplio no siempre se hace aplicando todas sus fases de forma ordenada, pero en todas las resoluciones que lo aplican está presente la determinación de la finalidad legítima de la medida restrictiva de los derechos y bienes constitucionales.

Para aplicar la estructura de la ponderación, el TC toma en consideración dos factores de análisis:

1) La valoración del impacto de los efectos de la medida restrictiva de los derechos y bienes constitucionales. Lo que subyace es una ponderación entre el principio democrático y otros bienes constitucionales, pero en la práctica lo que se observa es un análisis de los efectos jurídicos de la restricción del derecho o bien constitucionalmente protegido. Este criterio se aplica normalmente en los procesos de control de constitucionalidad de las normas.

2) La ponderación de bienes constitucionales enfrentados cuando son claramente identificables por encontrarnos ante un conflicto entre derechos constitucionales.

La ponderación ha desempeñado una función interpretativa muy significativa para fijar el contenido, los límites y las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, además de servir como criterio estructural para la argumentación jurídica.

Entre las principales objeciones que se pueden hacer al uso de la ponderación por parte del TC está el amplio margen de discrecionalidad a la hora de valorar los intereses constitucionales enfrentados, el uso desordenado del principio de proporcionalidad y la confusión terminológica en el empleo de las fases de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto que se superponen sin discontinuidad.

Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2002). Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (66), 13-64.
<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/25632redc066011.pdf>
- Atienza, M. y Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Ariel.
- Atienza, M. (2014). *Ponderación y sentido común jurídico*. Universidad de Alicante.
<https://dfddip.ua.es/es/documentos/ponderacion-y-sentido-comun.pdf?noCache=1415615082659>
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra Editores.
- Barnes Vázquez, J. (1998). El principio de proporcionalidad. Estudio preliminar. *Revista Cuadernos de Derecho Público*, (5), 15-50.
<https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/509>
- Bernal Pulido, C. (2003). Estructura y límites de la ponderación. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (26), 225-238.
<https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.12>
- Bernal Pulido, C. (2005). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bernal Pulido, C. (2006). La racionalidad de la ponderación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (77), 51-75.
<https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/48220>
- Bobbio, N. (1990). Sobre la interpretación para resolver las antinomias. En A. Ruiz Miguel (Ed.), *Contribución a la teoría del Derecho* (339-356). Debate.
- Borowski, M. (2020). Derechos absolutos y proporcionalidad. *Revista Derecho del Estado*, (48), 297-339.
<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6964>

- Chano Regaña, L. (2020). La limitación proporcionada de los derechos fundamentales: problemas constitucionales y aportes de la proporcionalidad. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, (36), 125-163. <https://doi.org/10.17398/2695-7728.36.125>
- D'Agostino, F. (2018). *Incommensurability and Commensuration: The Common Denominator*. Routledge CRC Press.
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Ariel.
- González Beilfuss, M. (2015). *El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Giménez Glück, D. (2004). *Juicio de igualdad y Tribunal Constitucional*. Bosch.
- Guastini, R. (2000). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Universidad Autónoma de México.
- Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Polity Press.
- Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado*. Comares.
- Klatt, M. y Meister, M. (2021). *La estructura constitucional del principio de proporcionalidad*. Marcial Pons.
- Kluth, W. (1998). Prohibición de exceso y principio de proporcionalidad en el derecho alemán. *Revista Cuadernos de Derecho Público*, (5), 219-237. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/516/571>
- Moreso, J. J. (2009). *La Constitución: modelo para armar*. Marcial Pons.
- Morrone, A. (2005). *Il custode della regionevolezza*. Giuffrè Editore.
- Pino, G. (2011). Principios, ponderación y la separación entre derecho y moral. Sobre el neoconstitucionalismo y sus críticos. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (34), 201-228. <https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.13>
- Portocarrero Quispe, J. A. (2017). Ponderación=Balancing. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (12), 210-223. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3653>
- Prieto Sanchís, L. (2008). El juicio de ponderación constitucional. En M. Carbonell. (Ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional* (85-123). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Ecuador. <https://www.sedh.gob.hn/odh/documentos/derechos-penales/117-el-principio-de-proporcionalidad-y-la-interpretación-constitucional/file>
- Santamaría Pastor, J. A. (2016). *Principios de Derecho Administrativo. Parte General, Tomo I*. Iustel.
- Tsakyraakis, S. (2009). Proportionality: An assault on Human Rights?. *International Journal of Constitutional Law* (7), 468-493. <https://doi.org/10.1093/icon/mop011>
- Tushnet, M. V. (1985). Anti-formalism in Recent Constitutional Theory. *Michigan Law Review*, (83), 1502-1544. <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol83/iss6/8>

Magistrado constitucional

Constitutional Judge

Laura Baamonde Gómez
 Universidad Carlos III de Madrid
 ORCID ID 0000-0002-4152-4252
lbaamond@der-pu.uc3m.es

Cita recomendada:

Baamonde Gómez, L. (2022). Magistrado constitucional. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 254-270.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7122>

Recibido / received: 20/12/2021
 Aceptado / accepted: 28/02/2022

Resumen

El presente es un ensayo breve que pretende condensar los aspectos más relevantes del concepto «magistrado constitucional». Partiendo de resaltar la importancia del estudio de estas cuestiones, que conectan directamente con la propia noción de legitimación del Tribunal Constitucional en cuanto órgano de cierre del sistema y de lógica contramayoritaria, se analizará su estatuto jurídico en sentido amplio. Es decir, se abordarán las cuestiones relativas al esquema constitucional de composición, los aspectos temporales de la regulación del mandato, así como el conjunto de prerrogativas y restricciones que acompañan la estancia en el cargo. Todo ello estudiado a partir de la dicotomía fisiología –el «deber ser» que impone el marco normativo de referencia–/patología –el «ser» muchas veces pernicioso de su aplicación práctica.

Palabras clave

Magistrado, Tribunal Constitucional, estatuto jurídico, mandato, patología.

Abstract

This is a brief essay that aims to condense the most relevant aspects of the concept of «constitutional judge». Starting from highlighting the importance of studying these issues, which are directly connected with the very notion of legitimacy of the Constitutional Court as a body that closes the system and of counter-majority logic, its legal status will be analyzed in a broad sense. In other words, issues related to the constitutional composition scheme, the temporal aspects of the regulation of the mandate, as well as the set of prerogatives and restrictions that accompany the stay in office will be addressed. All this studied from the dichotomy physiology –the «should be» that imposes the normative frame of reference–/pathology –the «be» often pernicious of its practical application.

Keywords

Judge, Constitutional Court, legal status, mandate, pathology.



SUMARIO. 1. Introducción: importancia del estudio del estatuto jurídico de los magistrados constitucionales. 2. Composición del Tribunal Constitucional: participación de los demás poderes del Estado. 3. Duración del mandato: mandato personal vs. mandato institucional. 4. Estatuto jurídico en sentido estricto: prerrogativas y restricciones. 5. Conclusiones.

1. Introducción: importancia del estudio del estatuto jurídico de los magistrados constitucionales

La importancia de prestar atención a los aspectos orgánicos de la justicia constitucional, el estudio detallado de la composición del órgano de cierre del sistema y el estatuto jurídico –en sentido amplio– que envuelve a los miembros del colegio, debe ser destacada. Pues si bien *a priori* pudiese parecer una cuestión baladí, puramente técnica y sin la relevancia suficiente para merecer atención doctrinal, resulta ser sin embargo una cuestión fundamental, pues conecta directamente con la propia legitimación constitucional de la institución. Aspecto crucial si tomamos en consideración la naturaleza contramayoritaria que caracteriza a los Tribunales Constitucionales. Una legitimación que nuestro Tribunal debe preservar, tanto en su origen como en su ejercicio, en la medida en que no ha sido ajeno a las críticas en el contexto generalizado de crisis institucional que nuestra democracia vive desde hace unos años.

Precisamente por el deterioro en la imagen pública que ha sufrido este órgano y quienes lo han venido componiendo en tiempos recientes, llevo años dedicándome a reivindicar la necesidad de explicar mejor esta institución, fundamental para el proceso de consolidación democrática en nuestro país. Una explicación orientada a poner el foco en sus miembros, todos ellos juristas, que, por mandato constitucional, deben gozar de reconocido prestigio profesional, y que en demasiadas ocasiones no suelen ser objeto de atención por la manera en que prestan su servicio a la interpretación de la Constitución, sino por su cercanía –sea real o no tanto– a una determinada fuerza política. Una adscripción partidista que desvirtúa su papel en la institución con el consiguiente descrédito colegial y personal que esto implica.

Es por lo anterior que nace mi interés en reflexionar acerca de los aspectos problemáticos que genera la aplicación en la práctica del marco jurídico que regula la magistratura constitucional¹. Sólo a partir de la contrastación entre la fisiología que imponen tales normas –el deber ser– y la patología resultante de su aplicación material –el ser– podrá surgir un auténtico debate acerca de cómo redefinir ese marco normativo a fin de garantizar una esfera de trabajo idónea para los titulares de la justicia constitucional en el desempeño de sus funciones. Cuestión no menor si tenemos en cuenta que estamos hablando del máximo intérprete en materia de garantías constitucionales.

El constituyente español, consciente de la relevancia de estas cuestiones orgánicas, y en el deseo de crear un Tribunal Constitucional, que sin renunciar a la inspiración que suponía su precedente del Tribunal de Garantías Constitucionales de la II República, pudiese superar en cambio las carencias de diseño que este había presentado en su corta andadura, optó, dentro los mejores ejemplos del

¹ El concepto de «Magistrado constitucional» que se aporta en estas páginas es fruto de años de estudio en la materia. Un recorrido investigador que se inicia con motivo de la elaboración de la tesis doctoral, publicada con título homónimo (Baamonde Gómez, 2019b, Accésit del Premio Nicolás Pérez Serrano en Derecho Constitucional 2016). También puede encontrarse una reflexión más breve sobre estas cuestiones en mi artículo Baamonde Gómez (2019a).

constitucionalismo democrático europeo posteriores a la Segunda Guerra Mundial, por el esquema italiano de selección, mandato y estatuto de sus jueces constitucionales como referente. Aspecto que resulta relevante para estudios como el presente, pues la más dilatada experiencia constitucional italiana permite tomar como punto de parangón a su Corte Constitucional a la hora de detectar disfunciones y proponer soluciones para la mejora de nuestro diseño.

2. Composición del Tribunal Constitucional: participación de los demás poderes del Estado

El modelo de elección de los miembros de nuestro Tribunal Constitucional viene prefigurado por el art. 159.1 Constitución Española (CE), en conexión con el art. 16 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (LOTC)², apartados primero y segundo, y podría resumirse en forma esquemática de la siguiente manera: selección de cuatro magistrados por parte del Congreso de los Diputados, otros cuatro por el Senado (dentro de las candidaturas presentadas por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas), dos mediante propuesta del Gobierno, y a cargo del Consejo General del Poder Judicial correspondería la decisión sobre los dos restantes.

Según el tenor literal determinado por este cuadro normativo, se puede afirmar que el único órgano de nuestro entramado orgánico-institucional en cuya integración participan, bien de forma directa o indirecta, prácticamente todos los demás poderes del Estado es el Tribunal Constitucional. Destacando el vínculo –aunque sea indirecto– con la voluntad popular, en la medida en que tanto las Cámaras parlamentarias³ como el Gobierno están condicionados por el resultado decidido en las urnas. Intervienen así, de forma directa, los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, a quienes la Constitución otorga el mandato de designar a los doce magistrados constitucionales (De Esteban y González Trevijano, 1994, pp. 177-178). A lo que debemos añadir, a partir de la reforma del artículo 16. 1 *in fine* LOTC, a través de la LO 6/2007, que el poder autonómico también entra a participar activamente en la selección de candidatos cuya nominación se atribuye al tercio del Senado. Finalmente, participa además el llamado poder moderador, en la medida en que el nombramiento, aunque no deje de ser una cuestión de mera formalidad, viene reconocido entre las competencias del Jefe de Estado, el Rey.

La determinación del constituyente por construir un esquema de composición basado en el origen plural de las candidaturas ha merecido una valoración ampliamente favorable por la generalidad de la doctrina; más discutida es, sin embargo, la concreta distribución de las propuestas entre las diversas instituciones, y, muy especialmente, la perniciosa dinámica práctica de estas en la conformación de su voluntad para la selección. En esta línea, se ha subrayado su plus de legitimidad

² Art. 159. 1 CE: «El Tribunal Constitucional se compone de 12 miembros nombrados por el Rey; de ellos, cuatro a propuesta del Congreso por mayoría de tres quintos de sus miembros; cuatro a propuesta del Senado, con idéntica mayoría; dos a propuesta del Gobierno, y dos a propuesta del Consejo General del Poder Judicial»; art. 16 LOTC: «1. Los Magistrados del Tribunal Constitucional serán nombrados por el Rey, a propuesta de las Cámaras, del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, en las condiciones que establece el art. 159. 1 de la Constitución. 2. Los magistrados propuestos por el Senado serán elegidos entre los candidatos presentados por las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara».

³ La selección de jueces constitucionales por parte de las Cámaras parlamentarias es una solución común en el Derecho Comparado. Pueden consultarse algunos ejemplos en el informe elaborado por el Servicio de Estudios, Biblioteca y Documentación del Tribunal Constitucional «Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales» (2001, pp. 215-217).

democrática⁴, al tiempo que se ha destacado la aportación de este modelo de composición al reforzamiento de la dignidad y a la acentuación del papel integrador del Tribunal Constitucional (García Pelayo, 1981, p. 29).

Dicho esto, a nadie se le escapa el elevado –podríamos decir incluso excesivo– peso relativo de los órganos de naturaleza política en la nominación de los futuros magistrados. Teniendo en cuenta que el Gobierno surge como emanación de la mayoría parlamentaria –a partir de la confianza política depositada por el Congreso en su Presidente–, y recordando la dinámica de designación de vocales del Consejo General del Poder Judicial –cuyas vacantes se proveen en su totalidad por parte del Congreso y del Senado–; no es difícil advertir que nos encontramos frente a una paradoja ciertamente curiosa: el colegio del órgano de control estará formado mayoritariamente por candidatos cuya propuesta fue avalada, a su vez, por aquellas instituciones a las que constitucionalmente le corresponde controlar (Fernández Segado, 1999, pp. 80-81).

Para contrapesar esta realidad se han establecido cautelas, como es la de alcanzar necesariamente unas mayorías reforzadas en el proceso de elección correspondiente a las Cámaras –tres quintos– (art. 159.1 CE) y al Consejo General del Poder Judicial (art. 599.1.1ª de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ)) –también tres quintos, aunque esta lo es por previsión del legislador orgánico–, medida que tiene por finalidad exigir un consenso amplio entre las fuerzas políticas que intervengan en la negociación de las candidaturas. Tratando de evitar, en consecuencia, que un partido pueda llegar a controlar de modo, diríamos, monopolístico, la provisión de las vacantes de contar con una extensa mayoría parlamentaria llegado el momento de la selección. Se busca la pluralidad a través de una garantía, que, al menos formalmente, pretende desvirtuar la fuerte carga política que caracteriza los reemplazos, privilegiando los criterios objetivos de acceso al cargo (idoneidad técnica) frente a las consideraciones de afinidad político-partidista. Un enfoque normativo que busca dotar de una mayor independencia al Tribunal Constitucional reforzando el respaldo de sus miembros, que lo serán sólo a partir de un gran consenso político, limitando así su cuestionamiento *a priori*. No obstante, y a tenor de lo sucedido con ocasión de las últimas renovaciones parciales⁵, un estudio más detallado revelará las deficiencias de esta garantía que, aunque bienintencionada, resulta insuficiente para lograr sus objetivos.

⁴ (De Esteban y González Trevijano, 1994, p. 178). Precisamente, una de las críticas recurrentes en el Derecho Comparado en relación con los órganos de justicia constitucional es la de los déficits de legitimidad democrática que aquéllos presentan. En nuestro país, en cambio, serán otros los aspectos del modelo de selección susceptibles de ser cuestionados, pues teniendo en cuenta el protagonismo del Parlamento en la designación de los miembros del Tribunal, el principio democrático quedaría, al menos *a priori*, suficientemente satisfecho.

⁵ Sin ánimo de que esta aportación teórica quede lastrada por los últimos acontecimientos, que no dejan de ser un ejemplo más, sin bien descarnado, de la dinámica perniciosa que preside los procesos de renovación parcial del Tribunal Constitucional correspondientes al Congreso y al Senado desde hace años; es menester señalar, siquiera en una nota al pie, el revuelo mediático, social y político suscitado por la renovación del tercio del Congreso, que tras largo tiempo de bloqueo, ha desembocado en la nominación pactada –en términos de reparto de cuotas– entre los dos partidos mayoritarios –PSOE y PP– de cuatro candidatos, respecto de los cuales se ha generado un debate acerca de cuánto ha pesado la afinidad político-partidista en la ponderación de sus méritos para el acceso al puesto. Ilustres académicos y miembros eméritos del Tribunal se han pronunciado públicamente en prensa, preocupados ante el descrédito que supone para el órgano y el resto de componentes del colegio anteponer la lucha partidista por el control de las instituciones frente al mandato constitucional de seleccionar a juristas de indiscutido reconocimiento profesional capaces de desempeñar sus altas funciones con la debida independencia respecto de quienes les propusieron para el cargo. Puede consultarse la noticia recogida en prensa en: <https://elpais.com/espana/2021-11-02/el-congreso-avala-a-los-cuatro-candidatos-al-constitucional-pactados-por-el-gobierno-y-el-pp.html>

De un lado, la aplicabilidad de este freno se circunscribe a las propuestas que realiza el legislativo, pues tal exigencia de reunir una mayoría cualificada, para las candidaturas que corresponden al órgano de gobierno de los jueces no responde a un mandato constitucional, siendo fruto de una opción del legislador orgánico, susceptible por tanto de ser reformulada cuando así lo determine la oportunidad política, sino removida directamente por la simple voluntad de las Cámaras. Además, y como es lógico, aquellos magistrados designados por el Gobierno (los dos restantes) están al margen de la cautela. Lo que conlleva matizar el alcance de este freno, pues a pesar de su innegable relevancia, su operatividad práctica presenta unos límites bien definidos.

De otro lado, la necesidad de alcanzar estas mayorías reforzadas –con el consiguiente consenso parlamentario que ello exige– provoca otro problema no menor: el favorecimiento de prolongados retrasos en el reemplazo de los puestos a cubrir. Una dificultad en absoluto baladí a la que prestaré atención en líneas sucesivas al referirme a los aspectos temporales del mandato.

Vista ya la cautela previa, por lo que respecta a los requisitos de idoneidad técnico-jurídica, será la exigencia de cualificación, combinada con un período mínimo de desempeño en el ejercicio profesional, otra de las herramientas configuradas para tratar de compensar el exceso de protagonismo de los órganos de índole política en la designación de los magistrados. Así, imbuidos por esa finalidad de «objetivar» los criterios de presides la propuesta de candidatos, tanto el constituyente como el legislador orgánico diseñaron un elenco de condiciones de elegibilidad que pueden clasificarse de la siguiente manera (arts. 159. 2 CE y 18 LOTC⁶): requisitos generales [ciudadanía española, plena capacidad, no incompatibilidad (arts. 18, 19 y 23.1 LOTC)] y requisitos especiales [perfil profesional, juristas de reconocida competencia, plazo temporal mínimo de ejercicio profesional o en activo (arts. 159.2 CE y 18 LOTC)].

Descrita la fisiología, las previsiones normativas y su finalidad, llega el momento de analizar la dimensión patológica, susceptible de replanteamiento y mejora, surgida a partir de la materialización práctica del marco normativo descrito previamente. Pues a pesar de los objetivos señalados en líneas precedentes al referir el diseño institucional, podemos constatar la existencia de fenómenos no deseados como: el recurso al reparto de cuotas en la formulación de las candidaturas (*lottizzazione*), la oposición de vetos mutuos entre las fuerzas políticas y sus efectos de bloqueo en la negociación, la nociva –y en demasiadas ocasiones injusta– percepción partidista de los jueces, así como el consiguiente «etiquetado público» al que se les somete mediática y socialmente, sin olvidar la controvertida participación de los entes autonómicos en la provisión de los candidatos y su eventual incompatibilidad con el carácter no representativo del mandato constitucional.

Decía más arriba que el constituyente español, siguiendo al italiano, se inclinó por un esquema de composición de procedencia tripartita, previendo la participación de los distintos poderes del Estado. No obstante, a diferencia del modelo original, la preponderancia de las candidaturas de origen parlamentario es muy acusada, lo que me lleva a considerar que habría sido deseable un modelo de selección más fiel al

⁶ Art. 159. 2 CE: «Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional»; art. 18 LOTC: «Los miembros del Tribunal Constitucional deberán ser nombrados entre ciudadanos españoles que sean Magistrados, Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos o Abogados, todos ellos juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional o en activo en la respectiva función».

italiano. Pues si bien es cierto, que, al menos en apariencia ambos países ponen la elección de sus jueces constitucionales en manos de los diversos poderes del Estado; no lo es menos que en el caso de España las consideraciones políticas –incluso partidistas– cobran mayor peso relativo frente a aquellas otras de orden técnico-jurídico. Un escoramiento mucho más matizado en la experiencia italiana, más balanceada entre las sensibilidades políticas (un tercio de elección por el Parlamento), las sensibilidades de tipo técnico (un tercio por las Supremas Magistraturas) y el equilibrio institucional que aporta el último tercio seleccionado por el Presidente de la República (sin intervención del Gobierno).

Un reparto más equilibrado de las candidaturas entre los órganos proponentes digno de reflexión, especialmente por lo que respecta a la legitimación del órgano. Así, en esa línea, cabría proponer avances como el de residenciar la nominación correspondiente al Poder Judicial en un órgano de naturaleza jurisdiccional del máximo nivel, como podría ser el caso de la Sala de Gobierno o la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo, enfatizando con el cambio la sensibilidad judicial de una designación actualmente más marcada por las consideraciones políticas.

En relación con el rol que deba, o, mejor dicho, pueda, tener el Jefe del Estado en la formulación de candidaturas, debe destacarse el óptimo rendimiento de la práctica italiana, pero que por razones evidentes, no es trasladable a la realidad de nuestro sistema de gobierno. No obstante, el nuevo escenario político que se ha ido dibujando en los últimos años, a partir de la quiebra del bipartidismo hegemónico y la irrupción de terceras y cuartas fuerzas de ámbito nacional con apoyo parlamentario amplio, susceptible de condicionar la gobernabilidad, es previsible que fomente una mayor pluralidad –si bien muy limitada por el escaso número de puestos a cubrir– en la propuesta de los dos candidatos que corresponde al Gobierno. Las alianzas obligadas por la complejidad de articular las mayorías –coaliciones, pactos de gobernabilidad, etc.– repercutirán también sin duda en esta atribución constitucional.

En cuanto a las vacantes de provisión parlamentaria, debe subrayarse la relevancia de los instrumentos llamados a atenuar la parcialidad característica de las negociaciones conducentes al reemplazo, que, además, acaban por desembocar en un indeseado «etiquetado» de los magistrados por parte de los medios –y a renglón seguido de la opinión pública–, atendiendo a la fuerza política que hubiese sustentado su acceso al cargo. Es por ello necesario reiterar la virtualidad de las mayorías cualificadas requeridas, siempre, claro está, que se no se recurra al sistema de reparto de cuotas (con los consiguientes vetos y bloqueos derivados de esta peculiar dinámica negociadora). Consolidar un consenso auténtico, genuino, y, si no unánime, al menos especialmente amplio, en la asignación de las magistraturas es el camino a seguir como garantía del cumplimiento del espíritu constitucional, así como el mejor aval de los nuevos miembros en su incorporación al Tribunal. Aquí de nuevo la superación del bipartidismo debería considerarse un aliciente para la selección de las candidaturas en términos de verdadero consenso –no mera transacción– y no como una dificultad añadida en la consecución de las mayorías (ahora por bloques ideológicos).

Además de la prolija discusión acerca del origen político de algunas candidaturas y la atenuación de sus inconvenientes, España e Italia han compartido una discusión doctrinal muy enriquecedora acerca de la idoneidad de que los entes subestatales (Comunidades Autónomas y Regiones respectivamente) participen de los procesos de selección de los jueces constitucionales, si bien el resultado en la práctica ha sido el de las soluciones diametralmente opuestas. Mientras nuestro legislador orgánico optó por la modificación legislativa aludida más arriba

(participación indirecta mediante formulación de candidaturas al Senado); Italia mantiene su rechazo a una medida semejante.

En este punto muestro mi cercanía con la doctrina mayoritaria en Italia, considerando que la previsión de una intervención directa de los territorios plantearía legítimas dudas de encaje con un mandato, el de los magistrados del órgano de cierre, al que de ningún modo se le puede dotar de naturaleza representativa. Una postura, que, en coherencia, me lleva a sostener que en este punto la mejor solución institucional sería de tipo orgánico. Es decir, dado que en ambos países sus respectivos Senados ya están llamados a proveer candidatos, y teniendo en cuenta que en sendos ordenamientos dichos órganos han sido objeto de crítica por los especialistas por su escasa caracterización como cámaras de representación territorial –lo que redundaría en denuncias de falta de sensibilidad territorial, a su vez, de la justicia constitucional– la propuesta óptima sería la de redefinir su configuración y atribuciones en sentido federal⁷.

Precisamente ese carácter no representativo del mandato es el que me lleva a no detenerme en una cuestión por otro lado muy relevante: la escasa presencia de mujeres magistradas en el Tribunal a lo largo de su historia⁸. Sin restar un ápice de importancia a la cuestión, que debe ser corregida, y digo más, compensada, a lo largo de las futuras designaciones, creo que no debe ser objeto de modificación normativa alguna, sino de un cambio en la cultura de la selección de los candidatos por parte de los órganos proponentes. Todo avance hacia la preeminencia de los criterios de capacidad técnica frente a las consideraciones partidistas debería llevar aparejado la selección de los mejores, sean estos hombres o mujeres. Y precisamente por el arrinconamiento histórico de estas últimas, injustificable hoy en día en términos objetivos, debería prestarse especial atención a la cuestión del género en la composición del Tribunal. Pues aun no siendo la magistratura constitucional un mandato de carácter representativo, sí sería deseable que en su composición el órgano llamado a la máxima interpretación constitucional tratase de reflejar la realidad social de los tiempos que corren, y siempre que se cumplan los requisitos objetivos de acceso, el sexo del candidato no sea un condicionante.

3. Duración del mandato: mandato personal vs. mandato institucional

Ha sido el propio constituyente quien, en el art. 159. 3 CE, ha determinado la duración del mandato de los magistrados constitucionales: «Los miembros del Tribunal Constitucional serán designados por un período de nueve años...». En términos idénticos se pronuncia el art. 16. 3 LOTC: «La designación para el cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional se hará por nueve años...».

La opción por un período de nueve años en el desempeño del cargo, prolongado, y, por tanto, apartando la renovación del Tribunal de la lógica de las legislaturas ha sido valorada positivamente por parte de la doctrina, al entender que es un factor orientado a la garantía de la independencia de sus miembros. Aspecto nada baladí si tenemos en cuenta que Congreso y Senado, además de estar

⁷ De hecho, la reciente reforma de las Cámaras parlamentarias italianas en relación con la reducción del número de sus miembros en nada ha afectado en lo sustancial a la elección de magistrados constitucionales en la medida en que las relaciones entre representantes y fuerzas políticas siguen siendo las mismas (Romboli, 2021, p. 283). Una aportación más completa acerca de la participación de las Comunidades Autónomas en la composición del Tribunal Constitucional puede consultarse en mi artículo previo Baamonde Gómez (2020).

⁸ Por orden cronológico: Gloria Begué Cantón (Vicepresidenta), María Emilia Casas Baamonde (Presidenta), Elisa Pérez Vera, Adela Asua Batarrita (Vicepresidenta), Encarnación Roca Trías (Vicepresidenta), María Luisa Balaguer Callejón; y en la última renovación se incorporan Concepción Espejel Jorquera e Inmaculada Montalbán Huertas.

sometidos en su labor de producción legislativa al enjuiciamiento del órgano, son a su vez partícipes privilegiados en su composición⁹.

Asimismo, pueden señalarse otros efectos beneficiosos de la prolongada estancia en el cargo de los jueces constitucionales, no menos importantes que la salvaguarda de la independencia. En este sentido, cabe mencionar que De Esteban y González Trevijano (1994, p. 181) han señalado que el período de nueve años favorece también la existencia de un elemento de continuidad, necesario para la estabilidad y coherencia de la jurisprudencia del Tribunal.

Eso sí, la previsión de nueve años haría referencia a la duración ordinaria del mandato, y a ella debemos añadir lo establecido por la LOTC en su art. 17. 2, al contemplar la figura de la *prorogatio*: «Los Magistrados del Tribunal Constitucional continuarán en el ejercicio de sus funciones hasta que hayan tomado posesión quienes hubieren de sucederles». Precepto cuyo objetivo no es otro que el de garantizar la continuidad funcional de las tareas propias del Tribunal.

Acerca de la reelección en el cargo, si bien no estaría totalmente prohibida, sí se encuentra limitada, aunque con excepciones. El art. 16. 4 LOTC dispone: «Ningún Magistrado podrá ser propuesto al Rey para otro período inmediato, salvo que hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años». Una restricción¹⁰ de carácter subjetivo, es decir, vinculada a la persona concreta¹¹, y que persigue, de un lado, impedir que una persona se petrifique en el Tribunal; del otro, evitar la tentación que pudiera tener algún juez de «tratar de agradar» con su actividad al partido político que favoreció su ingreso en el órgano con la intención de ser renovado para un nuevo mandato (Espín Templado, 2001, p. 300). Estamos ante una garantía llamada a preservar dos finalidades: de una parte, blindar la independencia de los magistrados (deshaciendo eventuales vínculos político-partidistas con el objetivo de ser recompensado con la reelección); de otra, dotar de continuidad y estabilidad al trabajo de la institución. Una opción del legislador orgánico por una solución de impronta moderada, prescribiendo una limitación parcial a la designación sucesiva, compatible al mismo tiempo con mantener en el cargo a aquellos jueces cuya llegada al colegio sea relativamente reciente al vencimiento del tercio correspondiente.

En cuanto a la renovación del Tribunal, el art. 159. 3 CE señala que los magistrados «se renovarán por terceras partes cada tres (años)». Aspecto confirmado por el art. 16. 3 LOTC que reproduce el mandato constitucional sin mayores precisiones. Configurando un sistema de renovación de tipo parcial que operaría

⁹ Acerca de la importancia de los mandatos prolongados como mejor garantía de la independencia de los miembros del Tribunal, véanse: García Pelayo (1981, p. 29); Fernández Segado (1999, pp. 106-109) (este autor incluye esta garantía dentro de lo que denomina como «frenos frente a la politización»); De Esteban y González Trevijano (1994, p. 181); Almagro Nosete (1989, p. 107).

¹⁰ No está claro sin embargo el plazo que un magistrado debería esperar para volver a ser reelegido, cuestión no abordada en la LOTC. Al respecto encontramos una división en la doctrina en la medida en que la Ley orgánica contempla dos tipos de períodos, los de nueve años –mandato- y los de tres – renovaciones parciales–. Hasta el momento sólo un magistrado del Tribunal Constitucional ha formado parte del mismo en dos ocasiones diferentes: D. Javier Delgado Barrio, quien fue parte del órgano entre 1995 y 1996, momento en que renunció para incorporarse como Presidente del Consejo General del Poder Judicial y del Tribunal Supremo, volviendo a la magistratura constitucional en el año 2001.

¹¹ Con independencia de que la nueva designación pudiera provenir de un órgano diferente a aquél que previamente propuso al referido juez. Cfr. Fernández Segado (1999, p. 122). El autor aclara en una nota al pie, que esta duda interpretativa sólo podría darse respecto de las propuestas que corresponden al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial. Ya que, como es lógico, cuando la renovación afecta a los otros tercios, cesan unos magistrados que han sido propuestos por el mismo órgano que ahora debe efectuar la renovación (Fernández Segado incluye la garantía de la irreelegibilidad inmediata dentro de los llamados «frenos frente a la politización»).

como otra de las cautelas orientadas a proteger la independencia del Tribunal, y, que, en consecuencia, ha merecido buena acogida por parte de la doctrina especializada.

De tal modo, esta medida de la renovación parcial sería el complemento a lo sostenido anteriormente en relación con la prolongada duración del mandato. Pues, de una parte, favorece la estabilidad y la unidad de la doctrina del Tribunal (Alzaga Villaamil, 1978, p. 921) (en oposición a un esquema de sustitución simultánea); evitando sin embargo el anquilosamiento de su jurisprudencia, asegurando su progresivo *aggiornamento* (Almagro Nosete, 1989, p. 107).

Ahora bien, como podrá advertir el lector, fue necesario prever un régimen transitorio (Disposición Transitoria Novena CE) que disciplinase la renovación parcial por tercios para los primeros magistrados que integraron el Tribunal (en su constitución en 1980). Ya que la entrada simultánea de todos ellos hacía imposible conciliar la cadencia de reemplazo parcial (mandato institucional) con el mandato personal de nueve años:

A los tres años de la elección por vez primera de los miembros del Tribunal Constitucional, se procederá por sorteo para la designación de un grupo de cuatro miembros de la misma procedencia electiva que haya de cesar y renovarse. A estos solos efectos se entenderán agrupados como miembros de la misma procedencia a los dos designados a propuesta del Gobierno y a los dos que proceden de la formulada por el Consejo General del Poder Judicial. Del mismo modo se procederá transcurridos otros tres años entre los dos grupos no afectados por el sorteo anterior. A partir de entonces se estará a lo establecido en el número 3 del art. 159¹².

En relación con la finalización del mandato, y en aras a proteger la independencia e imparcialidad de los jueces constitucionales, el art. 159 CE en su apartado 5 dispone un estatuto jurídico al que éstos deberán someterse: «los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su cargo». Precepto que debe ser leído de manera sistemática con los arts. 23 y 24 LOTC para comprender así el porqué de sus tasadas condiciones de cese y suspensión.

La garantía de inamovilidad es una institución clásica en la comprensión de la independencia judicial, en la medida en que constituye un medio de resistencia frente al Poder Ejecutivo. Un remedio predicable asimismo de la magistratura constitucional, que plantea una proyección en dos planos: de un lado, evita que los órganos designantes puedan posteriormente remover del cargo a los magistrados; y, de otro, trata de crear una esfera profesional en la que el juez pueda desempeñar su labor de enjuiciamiento en un ambiente sereno (Lozano Miralles y Saccommano, 2000, p. 199).

En esta línea de razonamiento, en virtud del principio de inamovilidad, los magistrados no podrán ser removidos o apartados del cargo si no es por alguna de las causas legalmente tipificadas (arts. 23 y 24 LOTC). Más allá de la propia expiración del mandato, los escenarios posibles en la práctica de acuerdo con el art. 23 LOTC serían los siguientes: lo que podríamos llamar causas involuntarias [incapacidad intelectual o física sobrevenida que inhabilite para el desempeño del cargo –aplicabilidad de las causas de incapacitación previstas para los miembros del

¹² Aquí procede traer a colación la Disposición Transitoria Tercera, apartado 2º de la LOTC, que añadió: «No será aplicable la limitación establecida en el art. 16. 2 de esta Ley –actualmente el 16. 4, que limita la posibilidad de reelección inmediata. *Vid. Supra*– a los Magistrados del Tribunal que cesaran en sus cargos, en virtud de lo establecido en la disposición transitoria novena de la Constitución, a los tres años de su designación».

Poder Judicial (art. 303 LOPJ)–; fallecimiento –aunque respondería más a una situación de vacancia–; las causas derivadas de conducta lícita [renuncia al cargo, cuya eficacia quedaría condicionada a su aceptación por el Presidente, y, en todo caso, para éste la aceptación sería *a priori* un acto obligado, y no discrecional, sin perjuicio de que pueda modular los efectos temporales de la renuncia si se considerase necesario atendiendo a razones de organización interna del Tribunal¹³] y finalmente las causas derivadas de conductas ilícitas [incompatibilidad sobrevenida; falta de diligencia en el cumplimiento de los deberes del cargo; violación de la reserva propia de la función; sentencia de condena por delito o por incurrir en responsabilidad dolosa –bastaría la condena en cualquier instancia, no es necesario que devenga firme; incluiría las infracciones y delitos cometidos fuera del ejercicio de las atribuciones del cargo–].

La finalidad común a todas estas reglas de índole temporal es la de proteger la independencia de los magistrados constitucionales en su elevada misión como máximos intérpretes de la Carta Magna, favoreciendo al mismo tiempo la estabilidad y continuidad en los trabajos del órgano de cierre de nuestro sistema constitucional.

Desde una perspectiva patológica, sin embargo, podemos destacar varios fenómenos perversos derivados de la aplicación de las previsiones de índole temporal, como son: los recurrentes y dilatados retrasos en el reemplazo de las vacantes de origen parlamentario¹⁴, la aplicación desmedida de la figura de la *prorogatio*, así como las dificultades que surgen de la renovación escalonada ante la imposibilidad, en determinadas situaciones, de conciliar el cumplimiento efectivo del mandato personal de nueve años y la correspondiente cadencia de los tercios cada tres (como sucede en situaciones de cese anticipado, por ejemplo). Elementos todos ellos muy vinculados a lo tratado en el apartado anterior –sobre la composición del órgano– pues las estipulaciones relativas a la duración del mandato, aunque pudieran parecer meramente técnicas, tienen una significación crucial en la configuración del estatuto personal de los magistrados, puesto que contribuyen de manera muy directa a consolidar un contexto libre de injerencias en el que éstos puedan desarrollar las obligaciones de su cargo con independencia.

Detectados efectos no deseados en la aplicación práctica del diseño temporal del mandato, se propone desde aquí una reforma constitucional radical, que se aproximase a los criterios temporales fijados por el constituyente italiano en 1967¹⁵, de los que destacaría dos: la interdicción de la *prorogatio* y la superación de la renovación parcial en favor de una renovación gradual basada en el cumplimiento efectivo del mandato individual de nueve años. Y, aunque, si bien este movimiento tampoco supondría la solución definitiva para todos los problemas que aquejan a nuestro sistema, sí sería deseable volver a mirar al modelo constitucional de referencia para tratar de importar medidas, que, al menos, parecen demostrar un

¹³ Sirva a modo ejemplificativo la anécdota que tuvo lugar en junio de 2011, cuando tres magistrados cuyo mandato había expirado pretendieron mediante su dimisión simultánea forzar su renovación y el Presidente decidió no aceptar las renunciaciones.

¹⁴ Las crisis en el nombramiento parlamentario de magistrados constitucionales no son exclusivas de España e Italia, sino frecuentes en aquellos países que otorgan a las Cámaras la selección de todos o una parte de los miembros de sus órganos de justicia constitucional. Un estudio comparado que analiza las patologías detectadas en Croacia, Eslovaquia, Polonia, República Checa, Italia y España es el realizado por Chmielarz-Grochal, Laskowska y Sułkowski (2018, pp. 481 y ss)

¹⁵ La Ley Constitucional número 2 de 22 de noviembre de 1967, introdujo un giro radical en la comprensión de los aspectos temporales del mandato de los jueces de la Corte Constitucional italiana. Así, el art. 135, apartados 3 y 4 Constitución italiana pasa a disponer: «*i giudici della Corte Costituzionale sono nominati per nove anni, decorrenti per ciascuno di essi dal giorno del giuramento, e non possono essere nuovamente nominati. Alla scadenza del termine il giudice costituzionale cessa dalla carica e dall'esercizio delle funzioni.*».

mejor desempeño. En este sentido, la experiencia italiana –basada en dar primacía al mandato individual en detrimento de la renovación institucional (los tercios)– resulta más congruente con la protección de la independencia individual de los miembros del Tribunal (y su igual dignidad al interior del colegio), y, por tanto, merece ser defendida¹⁶.

Bien es cierto que en sendos ordenamientos la superación de los retrasos parlamentarios dependería en todo caso de cuestiones de oportunidad política que pasarían porque las fuerzas parlamentarias empezasen a cumplir de manera rigurosa sus obligaciones constitucionales, y es precisamente por este motivo que no puedo compadecerme de la lógica subyacente a las dos últimas reformas llevadas a cabo por el legislador orgánico español sobre esta materia: la previsión de la prórroga del mandato presidencial y la fijación de un criterio de cobertura de vacantes basado en la prevalencia del mandato institucional frente al individual en caso de contradicción práctica¹⁷. En tales modificaciones, contextualizadas en una anormal situación de no renovación en plazo de dos tercios del Tribunal por razones de bloqueo político, el legislador –en su tarea de desarrollar el mandato constitucional del art. 165 CE– dio carta de naturaleza a la confrontación político-partidista anteponiendo esta lógica a la del correcto funcionamiento institucional. Lo que, a juicio de quien suscribe, supone una deriva arriesgada que pone en cuestión a un órgano cuya legitimidad debe ser preservada de la contienda política, y que debería haberse evitado mediante una reforma constitucional, que, en coherencia con el resto de este trabajo, consolidase la expiración del mandato individual de nueve años por parte de los jueces constitucionales. Es decir, un replanteamiento de la duración del mandato tendente al escalonamiento de las vacantes en el tiempo –dificultando con ello las prácticas perniciosas de reparto de cuotas en favor del consenso genuino en la selección de los candidatos– que debería ser completado con la previsión de una herramienta subsidiaria de cobertura de vacantes para aquellos casos patológicos en los que la sustitución de los magistrados salientes no se lleve a efecto en plazo.

4. Estatuto jurídico en sentido estricto: prerrogativas y restricciones¹⁸

Para completar el análisis emprendido al inicio de este trabajo corresponde ahora hacer mención al «estatuto jurídico» de los magistrados en sentido estricto,

¹⁶ Una voz autorizada en defensa de esta posición es la del profesor Germán Fernández Farreres, por todas sus intervenciones en esta línea véase Fernández Farreres (2015, pp. 28 y ss).

¹⁷ En cuanto a la prórroga presidencial, esta fue positivizada a través de la reforma del art. 16. 3 *in fine* LOTC con motivo de la aprobación de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, que introdujo la siguiente previsión: «si el mandato de tres años para el que fueron designados como Presidente y Vicepresidente no coincidiera con la renovación del Tribunal Constitucional, tal mandato quedará prorrogado para que finalice en el momento en que dicha renovación se produzca y tomen posesión los nuevos Magistrados». Por otro lado, con ocasión de la aprobación de la Ley Orgánica 8/2010 se pretendió solventar la contradicción del art. 159. 3 CE, tratando de superar las dudas interpretativas y positivizando de una vez por todas un criterio único. Así, el nuevo art. 16. 5 LOTC dispone: «las vacantes producidas por causas distintas a la de la expiración del período para el que se hicieron los nombramientos serán cubiertas con arreglo al mismo procedimiento utilizado para la designación del magistrado que hubiese causado vacante y por el tiempo que a éste restase». Previsión que puede ser defendible en coherencia con la práctica precedente del Tribunal. Aunque no puede decirse lo mismo de la redacción subsiguiente del precepto, cuando dice: «Si hubiese retraso en la renovación por tercios de los magistrados, a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación».

¹⁸ Se opta por la rúbrica «prerrogativas» y «restricciones» frente a otras posibles etiquetas, en la medida en que el estatuto jurídico que envuelve la estancia del magistrado constitucional en el cargo se compone de: por un lado, facultades exorbitantes distintas a los derechos que con carácter general corresponden a los ciudadanos para el correcto ejercicio de sus funciones constitucionales en un clima de independencia e imparcialidad (inamovilidad, inviolabilidad, fuero especial, etc.); por otro, limitaciones al ejercicio normal de determinados derechos fundamentales por razón de la relación de especial sujeción que conlleva la pertenencia al colegio (prohibición de ostentar cargos directivos en partidos políticos, estricto régimen de incompatibilidades, etc.).

entendiendo por tal al conjunto de prerrogativas y restricciones que rigen durante su desempeño en el órgano (y aún una vez superado el cese). Toda una serie de previsiones orientadas a generar un espacio de independencia, dignidad y responsabilidad dentro del cual los titulares del órgano sean capaces de ejercer las altas funciones que constitucionalmente les fueron atribuidas.

El común denominador de todas las restricciones y prerrogativas queda establecido por el art. 159. 5 CE, desarrollado a su vez a través del art. 22 LOTC. Disposiciones cuyo tenor literal es el siguiente:

Art. 159. 5 CE: «Los miembros del Tribunal Constitucional serán independientes e inamovibles en el ejercicio de su mandato».

Art. 22 LOTC:

Los Magistrados del Tribunal Constitucional ejercerán su función de acuerdo con los principios de imparcialidad y dignidad inherentes a la misma; no podrán ser perseguidos por las opiniones expresadas en el ejercicio de sus funciones; serán inamovibles y no podrán ser destituidos ni suspendidos sino por alguna de las causas que esta Ley establece.

De la interpretación sistemática de ambos preceptos podrían formularse tres principios generales a partir de los cuales clasificar los elementos del estatuto jurídico de los miembros del Tribunal: independencia, dignidad y responsabilidad.

El primero de ellos, la independencia, sería basilar, una condición indisociable de la propia función jurisdiccional e inmediatamente ligado al principio de imparcialidad. Independencia e imparcialidad suponen principios distintos pero complementarios entre sí, que, siguiendo el criterio de los procesalistas, se distinguen de acuerdo con el binomio potestad/función. Mientras la independencia sería predicable de la potestad jurisdiccional; la imparcialidad se asociaría con el ejercicio concreto de la función jurisdiccional. Tendrían por tanto distintos momentos de aplicación. La independencia tiene que ver con el momento constitucional y la imparcialidad, en cambio, hace referencia al momento procesal. Así, la independencia sería presupuesto e instrumento al servicio de la imparcialidad, necesario, pero no suficiente (Jiménez Asensio, 2002, pp. 69-70). Una independencia, la de los magistrados constitucionales, que no constituiría un fin en sí misma; sino que fungiría de instrumento a través del cual la función jurisdiccional pudiera realizarse imparcialmente (Espín Templado, 2001, p. 338) y de la que podrían predicarse tres proyecciones diversas. En primer lugar, independencia frente a los demás poderes públicos, lo que abarcaría las prerrogativas de la inamovilidad (causas de cese y suspensión)¹⁹ y la inviolabilidad (arts. 22, 23 y 24 LOTC).

En segundo término, independencia frente a las partes, que se lograría a través de un estricto régimen de incompatibilidades (arts. 159. 4 CE y 19 LOTC) y con instituciones como las del deber de abstención y el derecho de recusación [art. 80 LOTC que remite a los arts. 217 y ss. LOPJ y 99 y ss de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)]. En tercer y último lugar, independencia dentro del

¹⁹ Acerca de la relevancia de la inamovilidad, cabe señalar la STC 47/2011, de 12 de abril, en cuyo FJ. 6º el Tribunal Constitucional destaca: «la independencia e inamovilidad de los miembros del Tribunal Constitucional en el ejercicio de su mandato es una de las garantías expresamente previstas en el art. 159.5 CE. Las eventuales causas de cese de un Magistrado del Tribunal Constitucional tienen una indudable conexión con el ejercicio independiente de la función jurisdiccional de los miembros del Tribunal Constitucional, toda vez que afectan a la conformación misma del órgano y al sistema de equilibrios que para la elección de los Magistrados del Tribunal Constitucional se establece en los apartados 1 y 3 del art. 159 CE».

órgano, que se llevaría a cabo mediante la emisión de los votos particulares (Lapuente Aragón, 1997, pp. 438-442) (arts. 164. 1 CE y 90. 2 LOTC).

El segundo principio, el de dignidad, se articula como un atributo de carácter honorífico que pretende poner de manifiesto la relevancia institucional atribuida constitucionalmente al Tribunal (Espín Templado, 2001, p. 337). En particular, la materialización de este principio se efectúa a través de una serie de derechos y deberes propios de la magistratura constitucional, como son: el derecho a la retribución económica y otras cuestiones de índole laboral (situación de servicios especiales a favor de los funcionarios y cómputo del mandato a efectos pasivos) (Presupuestos Generales del Estado y arts. 20 y 25 LOTC), el derecho a ostentar la condición de magistrado emérito [arts. 41 y 42 del Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional (ROP²⁰)], el privilegio del fuero (arts. 26 LOTC y 56. 2 LOPJ) o el deber de diligencia y el deber de reserva o sigilo (art. 23. 1 LOTC).

Finalmente, el principio de responsabilidad, que sería el correlato lógico al principio de independencia, y que podría ser de tres tipos: la penal, la civil y la disciplinaria (arts. 15 y 26 LOTC, 56. 2 LOPJ y 14. j) ROP).

Pero al igual que ocurría en los apartados precedentes, vista la fisiología del diseño constitucional, desde el prisma de la patología procedo a identificar tres bloques de problemas derivados de la aplicación práctica del estatuto.

El primer bloque sería el relativo a los magistrados constitucionales y su libertad de expresión, donde podríamos cuestionar: el poder de «exteriorización» del Presidente y demás miembros del colegio y sus límites, su conexión con la idoneidad de la aplicación de las categorías de abstención y recusación y la debida interpretación de sus causas –evitando alterar/manipular la composición del Tribunal con interpretaciones extensivas de los supuestos de apartamiento–, las restricciones a la militancia en partidos políticos –en relación con la apariencia de imparcialidad– y en último lugar, las ventajas e inconvenientes que presenta la figura del voto particular.

En cuanto a las restricciones a la libertad de expresión de los jueces constitucionales, y, en particular, al poder de exteriorización que corresponde ejercer al Presidente, la evidencia lleva a sostener la necesidad de avanzar en una especie de política de comunicación propia del órgano que derive en un mejor conocimiento social de éste. La generación de una estrategia comunicativa pactada entre los componentes del colegio, de manera que quien ostente la Presidencia se convierta en su imagen, desarrollando una labor divulgativa hacia la ciudadanía a través de la cual explique el trabajo que se realiza al interior de la institución. Abandonando en consecuencia experiencias previas en las, que, bien el Presidente de turno, bien algún otro magistrado, han sido cuestionados por expresar en público pensamientos y/o posiciones estrictamente personales en relación con circunstancias de la vida política –eventualmente susceptibles de constituir objeto de un procedimiento de control de constitucionalidad– arriesgando con esta conducta su percepción como imparciales.

Por lo que respecta a los supuestos de abstención y de recusación, si bien considero necesaria su existencia, pues a pesar de la mayor generalidad y abstracción que caracteriza a los procedimientos constitucionales frente a los propios de la jurisdicción ordinaria, podrían producirse situaciones en las que se advierta un conflicto de intereses entre uno de los jueces considerado individualmente y las partes

²⁰ Acuerdo de 5 de julio de 1990, del Pleno del Tribunal Constitucional, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional.

o el objeto del litigio; no es menos cierto que debe apuntarse a una debida interpretación restrictiva de las causas de aplicación como mejor garantía de la independencia del órgano. Evitando así precedentes negativos como el acontecido con el polémico ATC 26/2007²¹, un claro ejemplo de mala praxis que no debe repetirse a riesgo de situar al Tribunal a merced de los abusos de las fuerzas políticas, tentadas al empleo sistemático de las figuras con fines manipulativos respecto de la composición del colegio decisor.

Retomando lo dicho en líneas precedentes sobre la independencia y la apariencia de imparcialidad que debe acompañar a los miembros del Tribunal, sería deseable que se realizase un cambio normativo clarificando de modo expreso la imposibilidad de compatibilizar la militancia política con el ejercicio de la magistratura constitucional. No pudiendo considerarse plausible la jurisprudencia habida en la materia, que admite tal posibilidad siempre que no se ostenten cargos directivos en la formación²², toda vez que la formalización de una relación con una determinada fuerza política –más allá del impacto real que tenga en el esquema mental de toma de decisiones del magistrado en particular– supone un elemento distorsionador de la imagen de imparcialidad que debe revestirles en el ejercicio de sus atribuciones.

Para finalizar con la reivindicación de un Tribunal Constitucional transparente y abierto al diálogo con los ciudadanos, debe resaltarse el balance positivo de la introducción de la figura del voto particular. Sin desconocer sus eventuales riesgos de lectura sesgada o de mecanismo para el lucimiento personal, debe considerarse preponderante su virtualidad para el control democrático de las decisiones, además de destacar su capacidad para incentivar la evolución jurisprudencial.

El segundo bloque haría referencia a los magistrados constitucionales ante la acción de la Justicia, donde cabría replantearse la continuidad de prerrogativas como la del fuero especial, además de cuestionar algunos ejemplos pasados de exigencia de responsabilidad civil de los magistrados en el ejercicio de sus funciones y su intrínseca relación con la imposibilidad de fiscalizar la actuación de los órganos de justicia constitucional en tanto que instituciones de cierre del sistema: *la guerra delle due Corti*²³.

En relación con el privilegio del fuero puede pensarse que es hora de reconsiderar la pervivencia de tal instituto. Su contradicción con el principio de igualdad, así como el riesgo de abusos que comporta, conduce a sugerir su abolición. Una vez superados los momentos iniciales de actuación de la Constitución y consolidada la democracia en España, no hay razón para seguir recelando del criterio de los jueces ordinarios en la persecución de las conductas de los magistrados constitucionales.

²¹ Que resolvió la estimación del incidente de recusación formulado frente al magistrado D. Pablo Pérez Tremps en la tramitación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos de la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Acerca de la utilización de estas categorías con fines manipulativos véase mi contribución Baamonde Gómez (2018).

²² Interpretación del Tribunal por otro lado debida, puesto que toda medida limitativa de derechos debe ser siempre interpretada de manera restrictiva, es decir, favorable a la mayor eficacia del derecho. De ahí que se abogue por un cambio normativo que especifique la incompatibilidad de la magistratura constitucional con la mera militancia política, más allá de la actual prohibición de ostentar cargo directivo en la formación (art. 159. 4 CE y 19. 1 LOTC).

²³ Como ejemplo, la STS (Sala 1ª) de 23 de enero de 2004, exponente de la dificultad de exigir responsabilidades civiles a los magistrados constitucionales en el ejercicio de sus funciones sin invadir consecuentemente la jurisdicción del propio Tribunal Constitucional. Ejemplo además de la compleja articulación de relaciones entre Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional, de ahí el empleo de la terminología italiana –país que también ha experimentado esta tensión entre Altos Tribunales– para referir el fenómeno.

Ahora bien, dicho lo anterior, ello no supone convalidar decisiones como la sostenida con ocasión de la controvertida sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 23 de enero de 2004, en la que, mediante el genérico recurso a la responsabilidad civil por daños, se condenó a once miembros del Tribunal Constitucional. Un peligroso precedente en el que el Alto Tribunal procedió a revisar una previa decisión del órgano de cierre, generando en consecuencia una gravísima crisis institucional de la que deben extraerse consecuencias para el futuro²⁴. Pues, si de un lado estamos reconociendo la posibilidad de exigir responsabilidad civil a los jueces constitucionales; de otro lado, debemos tomar en consideración el hecho de que corresponde al Tribunal Constitucional ser el supremo en materia de garantías constitucionales, lo que implica que su jurisdicción no pueda ser discutida por ningún otro poder del Estado. Por lo tanto, una debida articulación de relaciones entre jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria exigirá una mejor y más escrupulosa delimitación de sus esferas competencias respectivas, y, en todo caso una apelación a la moderación y la deferencia mutuas constatada la dificultad material de tal empresa.

Un tercer y último bloque vendría constituido por las circunstancias que rodean la finalización del mandato. Aquí es necesario poner atención en los casos de dimisión cuando no se aprecie la concurrencia de causas justificadas de tipo objetivo e indiscutible. Si *a priori* la manifestación de voluntad de ser relevado en el cargo debiera comportar la aceptación por el Presidente en términos automáticos, debe tomarse en consideración el riesgo de que tal renuncia sea en realidad un ardid para tratar de alterar de modo consciente la composición del colegio, introduciendo un sesgo en la cadencia natural de los tiempos de reemplazo de vacantes. Tal posibilidad, aunque remota, exige una ponderación de los intereses antes de pronunciar la aceptación. Una senda de razonamiento que además permitiría sostener la necesidad, llegado el caso, de permitir al Presidente la modulación de efectos y/o el establecimiento de condiciones de acuerdo con las necesidades organizativas del Tribunal en cada momento.

Finalmente, se aboga por ampliar el debate sobre las «puertas giratorias» a los magistrados constitucionales. De tal manera, que, llegado el momento en que se adopten regulaciones de alcance general estableciendo incompatibilidades postfuncionales respecto de cargos representativos o de designación política, se tenga también en consideración la situación de los miembros salientes del Tribunal Constitucional, quedando así sometidos a tales limitaciones. Alejando la tentación de una recompensa futura y generando un escenario donde se imposibilite –o cuando menos se dificulte– ejercer el cargo con la expectativa de «hacer carrera», lo que supondría una esfera más propicia para la toma de decisiones independiente.

5. Conclusiones

A modo de conclusión, simplemente insistir en la necesidad de dar protagonismo a la dimensión técnico-jurisdiccional del Tribunal Constitucional, pero admitiendo y reconociendo al mismo tiempo la relevancia política de sus funciones. Para ello, las disfunciones identificadas en esta breve reflexión, así como las líneas de solución

²⁴ Una consecuencia de este incidente, y dentro de la línea de razonamiento que preside este ensayo, baste con acudir a la redacción del art. 4 de la LOTC tras la reforma introducida por la LO 6/2007. Una intervención en el precepto por parte del legislador orgánico, que, dada la conflictiva coyuntura creada por la resolución del Tribunal Supremo, se esforzó por otorgar un mayor peso institucional al Tribunal Constitucional, y que puede resumirse de forma esquemática en tres premisas: autodelimitación de la propia jurisdicción, potestad anulatoria sobre todas aquellas resoluciones que la menoscaban y no enjuiciabilidad de las resoluciones del Tribunal Constitucional por ningún otro órgano jurisdiccional del Estado.

apuntadas para su desactivación, caminan en la dirección de reforzar el papel de los magistrados constitucionales como sujetos independientes dentro de un colegio dotado de la suficiente legitimidad para imponer sus decisiones en una dinámica de lógica contramayoritaria como es la correspondiente a la justicia constitucional.

Sin caer en el buenismo, y más allá de algunas reformas normativas señaladas como necesarias, el éxito de la aplicación práctica de los aspectos orgánicos del Tribunal Constitucional (composición, aspectos temporales del mandato y estatuto personal de sus miembros) depende en buena medida de la actitud de las fuerzas políticas dado su rol preponderante en el proceso de selección de los candidatos. La apelación al cumplimiento de sus obligaciones constitucionales de acuerdo con el espíritu constitucional que preside el diseño institucional de nuestro órgano de cierre democrático no debe considerarse inútil, y debe completarse en todo caso con un llamamiento a no anteponer –como en demasiadas ocasiones ha ocurrido– los intereses del realismo político a las necesidades de un adecuado encaje orgánico orientado a fortalecer al órgano llamado a imponer el principio de constitucionalidad.

Bibliografía

- Almagro Nosete, J. (1989). *Justicia Constitucional. Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Tirant Lo Blanch.
- Alzaga Villaamil, O. (1978). *La constitución española de 1978 (Comentario sistemático)*. Ediciones del Foro.
- Baamonde Gómez, L. (2018). El juez constitucional y la judicialización de la política. Una reflexión acerca del incidente de recusación a partir de los AATC de 7 y 13 de septiembre de 2017. En M. Vaquer Caballería, A. M. Moreno Molina y A. Descalzo González (Coords.), *Estudios de Derecho Público en homenaje a Luciano Parejo Alfonso, Vol. 1 (Crisis y renovación del Derecho Público)* (404-423). Tirant lo Blanch.
- Baamonde Gómez, L. (2019a). La dimensión orgánica de la Justicia constitucional: apuntes para la reflexión a partir de la comparación de los casos italiano y español. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 23 (2), 339-367.
- Baamonde Gómez, L. (2019b). *La magistratura constitucional en España e Italia. Selección, aspectos temporales del mandato y estatuto jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Baamonde Gómez, L. (2020). Descentralización territorial e integración del órgano de justicia constitucional: el caso español a la luz de la doctrina italiana. *Rivista del Gruppo di Pisa (Italia)*, 2, 525-539.
- Chmielarz-Grochal, A., Laskowska, M. y Sułkowski, J. (2018). Selección de magistrados constitucionales. Aspectos legales y políticos de la crisis de nombramiento en algunos países europeos. *Estudios Constitucionales*, 16 (2), 481-526. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002018000200481>.
- De Esteban, J. y González Trevijano, P. J. (1994). *Curso de Derecho Constitucional Español III*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Espín Templado, E. (2001). Comentario del art. 16 LOTC. En J. L. Requejo Pagés (Ed.), *Comentarios a la LOTC* (293-304). Tribunal Constitucional, BOE.
- Espín Templado, E. (2001). Comentario del art. 22 LOTC. En J. L. Requejo Pagés (Ed.), *Comentarios a la LOTC* (335-341). Tribunal Constitucional, BOE.
- Fernández Farreres, G. (2015). Sobre la designación de los magistrados constitucionales: una propuesta de reforma constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 105, 13-49.

- Fernández Segado, F. (1999). Artículo 159. La composición del Tribunal Constitucional. En Ó. Alzaga Villaamil, *Comentarios a la Constitución española de 1978* (61-172) Tomo XII (arts. 159 al final). Cortes Generales, Editoriales de Derecho Reunidas.
- García Pelayo, M. (1981). El status del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1 (1), 11-34.
- Jiménez Asensio, R. (2002). *Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial*. Aranzadi.
- Lapuente Aragón, R. (1997). El estatuto de los magistrados del Tribunal Constitucional. En VVAA (Ed.), *Estudios de Derecho Constitucional y de Ciencia Política, Homenaje al Profesor Fernández-Carvajal* (427-447). Universidad de Murcia.
- Lozano Miralles, J. y Saccomanno, A. (2000). *El Tribunal Constitucional. Composición y principios jurídico-organizativos (el aspecto funcional)*. Tirant Lo Blanch.
- Romboli, R. (2021). La reducción del número de parlamentarios y la propuesta de reforma del sistema de elección del Consejo Superior de la Magistratura en Italia. *Teoría y Realidad Constitucional*, 47, 265-296. <https://doi.org/10.5944/trc.47.2021.30718>.
- Servicio de Estudios, Biblioteca y Documentación del Tribunal Constitucional. (2001). Modelos de renovación personal de Tribunales Constitucionales. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 61, 209-237.

«Prima facie»

«Prima facie»

Víctor García Yzaguirre
 Universidad de Los Lagos
 ORCID ID 0000-0002-4662-2919
garciayzaguirre@gmail.com

Cita recomendada:

García Yzaguirre, V. (2022). «Prima facie». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 271-288.
 DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7123>

Recibido / received: 31/03/2022
 Aceptado / accepted: 28/06/2022

Resumen

El objetivo de este trabajo es identificar y caracterizar brevemente las maneras en que los juristas entienden el carácter *prima facie* de una norma. Para ello reconstruiré los dos sentidos que la literatura especializada usualmente le atribuye: i) como una forma de presentar un problema de falta de información sobre el alcance de la norma (*prima facie* en sentido epistémico); y ii) como una forma de presentar un problema de indeterminación generado por la falta de ordenación entre normas (*prima facie* en sentido normativo).

Palabras clave

Cancelabilidad, superabilidad, excepciones, normas, deberes.

Abstract

The objective of this article is to identify and briefly characterize the ways in which jurists understand the prima facie character of a norm. For this, I will reconstruct the two meanings that the specialized literature usually attributes to it: i) as a way of presenting a problem of lack of information about the scope of a norm (prima facie in an epistemic sense); and ii) as a way of presenting a problem of indeterminacy generated because of the lack of hierarchy between norms (prima facie in the normative sense).

Keywords

Cancelability, superability, exceptions, norms, duties.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Nociones generales sobre el carácter *prima facie* de las normas. 3. *Prima facie* en sentido epistémico. 4. *Prima facie* en sentido normativo. 5. Desafío normativista. 5.1. Presentación del problema. 5.2. Diferencias entre problemas epistémicos y problemas normativos. 6. Conclusiones.



1. Introducción

Numerosos juristas suelen señalar que las normas tienen un carácter *prima facie* como una forma de expresar que no posee un carácter actual, todo considerado, definitivo o concluyente. El principal problema de estas expresiones es que no siempre resulta claro ni preciso qué es lo que se está predicando con cada una de ellas ni qué las diferencia.

Frente a esta situación, el propósito de este artículo será alcanzar los siguientes dos objetivos. En primer lugar, realizaré un análisis conceptual de los principales usos de la caracterización *prima facie* por parte de juristas. A partir de tal análisis mostraré que la expresión puede utilizarse, o bien para presentar un problema de falta de información sobre el alcance de la norma (*prima facie* en sentido epistémico); o bien para presentar un problema de indeterminación generado por la falta de ordenación entre normas (*prima facie* en sentido normativo).

En segundo lugar, voy a presentar y resolver una posible crítica a entender *prima facie* como una expresión ambigua. Dicho en breve, me haré cargo de la siguiente crítica: que los diferentes usos de esta caracterización no expresan sentidos diferentes de un mismo término, sino distintas aproximaciones de una misma noción, esto es, que tanto el problema epistémico como el de falta de ordenación, bien entendidos, son maneras alternativas de presentar que el alcance de una norma puede ser variado por un intérprete. Frente a esta posible crítica, que denominaré «desafío normativista», contestaré ofreciendo razones para considerar que los dos sentidos mencionados son diferentes.

Procederé de la siguiente forma: en la sección 2 formularé una breve presentación general de los usos del carácter *prima facie* y de las razones por las cuales la literatura especializada sostiene que es una expresión ambigua. En particular, explicaré que, de acuerdo con tal literatura, hay autores que emplean dicha caracterización para presentar un problema epistémico y otros que lo hacen para presentar un problema de falta de ordenación entre elementos normativos. En la sección 3, voy a reconstruir qué es lo que están diciendo quienes emplean el carácter *prima facie* para presentar un problema epistémico. En la sección 4 reconstruiré qué es lo que están diciendo quienes emplean el carácter *prima facie* para presentar un problema de falta de ordenación. Finalmente, en la sección 5 presentaré el desafío normativista y las razones para descartarlo.

En relación con el desarrollo de las secciones 3 y 4 debo hacer algunas precisiones previas. En primer lugar, mi pretensión es reconstruir qué es lo que se trata de expresar al caracterizar una norma como *prima facie* desde una perspectiva jurídica. Ello supone, por un lado, que realizaré un ejercicio reconstructivo e introductorio, de manera que dejaré diversas discusiones y críticas pendientes para una ulterior investigación.

En segundo lugar, este artículo no pretende ser exhaustivo de todas las formas de entender el carácter *prima facie* disponibles en la teoría jurídica. Para la selección de autores he empleado como criterio tomar en cuenta sólo aquellos que adoptan, por lo menos, alguno de los siguientes presupuestos teóricos: i) concepción del derecho como sistema normativo¹; ii) uso de una lógica deóntica deductivista como

¹ Para un estudio profundo de esta concepción del derecho ver Núñez Vaquero (2017).

forma de entender la justificación de una decisión; y iii) uso del lenguaje de las normas².

2. Nociones generales sobre el carácter *prima facie* de las normas

Empiezo por señalar tres ejemplos clásicos que permiten mostrar parte de los contextos habituales en los cuales se usa la caracterización *prima facie* de una norma. El primero es el caso de la promesa interrumpida. Supongamos que Juan le ha prometido a Patricio que lo encontrará en un café a las 15:00 del día de hoy. Sucede que Juan, mientras estaba de camino al café, se encontró con un menor de edad que estaba sufriendo una emergencia y que requería de su ayuda (en particular, que le brinde primeros auxilios y contacte a personal médico para una adecuada atención). Esto supone que: i) Juan tiene el deber cumplir su promesa; ii) Juan debe prestar auxilio; iii) Juan debe cumplir su promesa y prestar auxilio, pero; iv) Juan no puede cumplir su promesa y prestar auxilio, pues si cumple su promesa no ayudará al menor y si presta auxilio no llegará a la cita en la hora prometida.

El segundo caso es el dilema de Jefe. En el Libro de los Jueces del Antiguo Testamento se relata la historia de Jefe, quien fue encargado de defender Galaad de un ataque por parte de los amonitas. Para asegurar su victoria, Jefe le pidió a su dios, Yahvé, que le ayudase en la batalla. Como ofrenda para ello le prometió que, si vencía, entonces le entregaría en sacrificio la vida de la primera persona que lo busque para felicitarle. Fue el caso que derrotó a los amonitas y la primera persona que lo buscó para celebrar fue su hija. En este escenario Jefe se vio enfrentado a un conflicto moral entre el deber de cumplir sus promesas (en particular, una promesa hecha a Yahvé) y la prohibición de matar a quienes están bajo su cuidado (en particular, la prohibición de matar a su hija).

El tercero es un caso de conflicto entre derechos. Imaginemos que el administrador de un casino ha instalado cámaras de video y micrófonos tanto en la caja registradora como en la mesa de ruleta³. Ello, con el propósito de registrar todo tipo de interacción que los trabajadores tienen con los clientes a efectos de reducir el riesgo de estafas y/o robos. La acción de instalar dichos equipos supone, por un lado, una afectación al derecho a la intimidad (que se traduce en «prohibido instalar cámaras de video y micrófonos») y el poder de dirección de la empresa (que se traduce en «facultativo instalar cámaras de video y micrófonos»). Como vemos, una misma acción supone dos calificaciones normativas diferentes y conflictivas entre sí.

Estos escenarios son ejemplos de personas que no pueden ejecutar el consecuente de dos normas aplicables en un mismo momento. Ante ello, surge la pregunta sobre cómo deberíamos entender esta situación: o bien una de las dos normas es más importante que la otra (y, por tanto, sólo ella debería ser aplicada), o bien una de las dos normas es solo aparentemente aplicable, pues bien, entendido el contexto fáctico y normativo del caso, puede concluirse que no es relevante para el caso individual. De manera más precisa, estamos frente a dos tipos de problemas diferentes, pero vinculados entre sí: i) si los conflictos entre normas son genuinos o aparentes⁴; y ii) cuál es la mejor manera de entender la estructura de los antecedentes

² Esto supone dejar de lado a todos aquellos que adoptan una concepción dialógica del derecho (ver Barth y Krabbe, 1982); lógicas no clásicas (en especial a quienes adoptan una lógica deóntica no montónica), y quienes adoptan el lenguaje de las razones para la acción.

³ Hechos analizados en la sentencia N° 98/2000 del Tribunal Constitucional español.

⁴ Una de las presentaciones más claras de las implicancias teóricas de esta discusión ha sido ofrecida por Susan Hurley. Normalmente al hablar de normas prescriptivas se suelen asumir como correctas tres afirmaciones: i) todos los deberes se aglomeran, esto es, si una persona tiene un deber de realizar A y junto con ello tiene el deber de realizar B, entonces debe realizar A.B; ii) la noción de conflicto normativo

de las normas. Para presentar, analizar y resolver estos problemas, tanto filósofos morales como juristas suelen señalar que las normas son *prima facie* aplicables⁵.

La noción de *prima facie* es un concepto teórico⁶ propuesto por William David Ross en su libro *The Right and the Good* y posteriormente desarrollado en *Foundations of Ethics*⁷. Su formulación ha generado múltiples discusiones entre filósofos morales, al punto que el debate sobre deontologismo kantiano o el intuicionismo racional no puede realizarse sin tomar en cuenta las tesis de este autor⁸. Junto con ello, su influencia en las discusiones que emplean deberes o razones, como es el caso de los juristas, ha sido notable dado que actualmente es usual que se emplee la expresión y referencia a Ross para dar cuenta de cierto tipo de normas y/u operaciones.

¿Qué se está expresando al predicar el carácter *prima facie* de una norma? Parto por la definición ofrecida por Ross:

[i] suggest “prima facie duty” or “conditional duty” as a brief way of referring to the characteristic (quite distinct from that of being a duty proper) which an act has, in virtue of being of a certain kind (e.g. the keeping of a promise), of being an act which would be a duty proper if it were not at the same time of another kind which is morally significant (Ross, 1930, pp. 19-20).

En breve (y aplicado a las normas jurídicas), predicar que una norma tiene carácter *prima facie* es una manera de señalar que será aplicable a un caso individual, siempre que este no posea alguna propiedad normativamente relevante que la haga subsumible a otra norma. A esta última norma se le suele denominar actual, *all things considered*, todo considerado, definitiva, concluyente, entre otras⁹. Para los efectos del presente artículo la denominaré norma ATC.

supone contradicción lógica, es decir, una contradicción es entendida como la imposibilidad lógica de realizar, de manera simultánea, dos acciones (sobre esto ver sección 3.1.1.); y iii) se acepta que debe implicar puede (lo que quiere decir que si no es posible realizar una acción, entonces no puede ser el caso que deba realizarse). El problema de asumir el punto ii) es que, en caso de conflicto entre dos normas, o bien la aglomeración no cabe (no es correcto señalar que debemos hacer A,B, sino solo A o solo B) de manera que deberíamos renunciar a ello, o bien no es correcto asumir que debe implicar puede (no es correcto señalar que debemos hacer A,B, pues no podemos hacer ambas). Una manera de resolver este punto es debilitando el principio de aglomeración: hay quienes distinguen entre deberes *prima facie* (que pueden entrar en conflicto entre sí) y deberes actuales (deber que resultan de haber resuelto el conflicto), de manera que las afirmaciones i); ii) y iii) sólo son aplicables a deberes actuales. Hurley, 1992, pp. 125-127. Asimismo, ver Rescher (1992, pp. 32-35). Ahora bien, ¿qué quiere decir deberes *prima facie*? Sobre ello profundizaré en las siguientes líneas.

⁵ Cabe agregar una tercera: cuál es la mejor manera de entender el proceso y resultado de exceptuar una norma. Dicho de otro modo, este tipo de discusiones son relevantes para entender las diversas teorizaciones sobre la noción de derrotabilidad en la teoría del derecho. Sobre este punto no me extenderé en este artículo, pues exigiría ofrecer una voz sobre derrotabilidad, lo cual escapa al objetivo propuesto. Sin perjuicio de ello, me remito a lo expuesto sobre la materia en García Yzaguirre (2022a y 2022b).

⁶ En términos de Carrió (1991, pp. 8-9).

⁷ La discusión sobre la obra de Ross desde la filosofía moral ha sido y sigue siendo muy activa. Sobre este punto ver: Zimmermann (1996, Cap. 5), Snares (1974), Atwel (1978), Ascher y Bonevac (1996), Pietroski (1993), Dancy (2004) y Dancy (1993, Cap. 6).

⁸ Los deontologistas kantianos, en especial Alan Donagan, sostienen que frente a una situación en la que hay dos deberes que guían la conducta de manera diferente e incompatible no tiene sentido hablar de deberes superables (o *prima facie*) ni de conflicto, sino de que estamos frente a una situación en la que no hemos identificado, aún, el deber aplicable de manera correcta. Los intuicionistas morales, en cambio, sostienen que en ese tipo de escenarios sí cabe hablar de dilemas morales y que hay deberes en conflicto que pueden ser superados. Para mayor profundidad ver Zimmerman (1996, pp. 142-43).

⁹ Searle apunta que cada vez que se propone un término técnico nuevo debemos ser particularmente precisos en presentar qué motiva su introducción y a qué nociones se opone. En el caso de la propuesta de Ross la motivación era clara: hay situaciones en las que un sujeto está sometido a un deber, pero no

Para evitar confusiones lo dicho requiere algunas precisiones. Ross trató de explicarse señalando, en un primer momento, que la caracterización *prima facie* presenta un deber que puede ser superado, lo que implica que, aunque superado, se trata de un deber genuino. En contraste a ello, en un segundo momento, expresó que una caracterización *prima facie* es una forma de señalar una apariencia de deber o ilusión, lo que supone que el deber superado no era un deber genuino¹⁰.

A efectos de resolver los problemas de confusión que genera esta caracterización, la literatura especializada suele señalar que predicar el carácter *prima facie* es ambiguo¹¹. En breve, señalan que la caracterización puede ser entendida o bien en un sentido epistémico, o bien en un sentido normativo. Voy a presentar, brevemente, los diferentes sentidos usualmente atribuidos a la expresión y en las secciones siguientes desarrollaré cada uno de estos.

En primer lugar, «*prima facie*» en un sentido epistémico sería una forma de presentar que un sujeto posee, presuntamente, un deber o que solo lo tiene bajo un primer análisis del sistema normativo de referencia. Esto supone que el resultado del análisis de las normas sólo ha ofrecido como conclusión que un sujeto posee un deber, por el momento, aparente o indiciario del deber genuino que regula una conducta.

Para determinar cuáles son los deberes ATC (o genuinos) tendremos que llevar una operación de averiguación. Lo que se está presentando con esta noción es que quien ha de calificar normativamente una acción debe realizar un análisis indagatorio compuesto de, por lo menos, los siguientes pasos: i) en T1 haber identificado los deberes relevantes, que serán los deberes *prima facie*; ii) en T2 realizar una labor de confirmación o descarte de que esos sean los deberes ATC que guían la conducta, cuya conclusión puede ser: ii.1) en T3 tal deber *prima facie* se haya confirmado y que, por ello, sea ahora el deber ATC; o ii.2) en T3 tal deber *prima facie* haya sido descartado por no haber tomado en cuenta propiedades normativamente relevantes. Como podemos ver, la diferencia entre un deber *prima facie* y un deber ATC está en la cantidad, calidad y evaluación de la información disponible.

En segundo lugar, «*prima facie*» en un sentido normativo es una forma de presentar que un sujeto posee un deber, pero que por sí mismo no es suficiente para determinar qué es lo que se debe hacer. De manera más precisa, dicho predicado pone de relieve que un deber puede no ser aplicado (sin que ello implique que deje de ser aplicable al caso), como producto de haber identificado otro deber que se considera que posee superioridad sobre este. Por su parte, bajo este sentido por deber ATC se presenta que, tras una ponderación o balance¹², considerando todos

es correcto (moralmente) que lo obedezca. En atención a ello, necesitamos poder diferenciar entre tipos de deberes: los que en un primer momento nos obligan y los que, todo considerado, obedecemos. Searle (1978).

¹⁰ El propio Ross se disculpó expresamente por haber introducido confusión en la discusión con este lenguaje: «[t]he phrase “prima facie duty” must be apologized for, since (1) it suggests that what we are speaking of is a certain kind of duty, whereas it is in fact not a duty, but something related in a special way to duty. Strictly speaking, we want not a phrase in which duty is qualified by an adjective, but a separate noun. (2) ‘Prima facie’ suggests that one is speaking only of an appearance which a moral situation presents at first sight, and which may turn out to be illusory; whereas what I am speaking of is an objective fact involved in the nature of the situation, or more strictly in an element of its nature, though not, as duty proper does, arising from its whole nature». Ross, (1930, p. 20).

¹¹ Ver, por ejemplo, Searle (1978), Brink (1994, pp. 216-18), Pérez Bermejo (2012, pp. 297-98, 300), Bayón (1991, pp. 385 y 395), Redondo (2012), Kramer (2011 pp. 53-54), Kramer (1991, pp. 267-69), Reisner (2013) y Zuleta (2022).

¹² Ponderación en un sentido amplio, es decir, como evaluar y jerarquizar razones a favor y en contra de llevar a cabo una acción. Ver Boot (2017, pp. 13-14).

los factores relevantes, dicho deber ATC es el que debe ser utilizado para guiar la conducta por estar respaldado en razones más fuertes¹³.

Como podemos ver (y profundizaré en las siguientes líneas), cada sentido de «*prima facie*» presenta un problema y operación diferente¹⁴. El sentido epistémico da cuenta de un problema de falta de información por no haber agotado la labor de averiguación de los elementos que configuran tanto el caso individual como el sistema normativo. En cambio, el sentido normativo da cuenta de un problema de falta de ordenación de normas que forman parte de un sistema normativo¹⁵.

Los dos sentidos de «*prima facie*», si bien presentan problemas y operaciones diferentes, forman parte del conjunto de dificultades sobre cómo determinar la norma aplicable para calificar un determinado caso individual. Como tal es una discusión teórica relevante para determinar: i) qué normas forman parte de un sistema jurídico de referencia; y ii) de qué manera los operadores jurídicos operan con normas.

Cabe advertir que, si bien esta desambiguación suele ser aceptada por la literatura especializada, no está libre de posibles objeciones. Un punto problemático está en si ambos sentidos nos permiten presentar operaciones y resultados diferentes, o si son dos aproximaciones de un mismo fenómeno que emplean lenguajes teóricos diferentes. En breve, cabe preguntarse si todo problema epistémico es traducible en un problema normativo, esto es, si ambas presentaciones solo están dando cuenta de la modificación del antecedente que conlleva hacer una norma inaplicable a un caso individual¹⁶. A este punto le llamaré el desafío

¹³ Un deber *prima facie* será el deber ATC cada vez que: i) no se presenten otros deberes concurrentes y contradictorios; ii) hay más de un deber concurrente y contradictorio, pero que se cancelan mutuamente; o iii) hay un deber concurrente y contradictorio, pero que no supera en fuerza al deber. Brink (1994, pp. 216-217).

¹⁴ Una lectura alternativa ha sido ofrecida por Bouvier quien propone dos maneras de entender los sistemas axiológicos tomando en cuenta estos dos deberes. Por un lado, el sistema está compuesto por deberes que son todos, en un primer momento, *prima facie*, en el sentido de superables (son deberes genuinos, pero no concluyentes). Por el otro lado, el sistema está compuesto por dos subconjuntos de deberes: subconjunto de deberes *prima facie*; y subconjunto de deberes concluyentes. Sobre este punto no profundizaré. Ver Bouvier (2012) y Bouvier (2012, pp. 47 y ss).

¹⁵ Siguiendo de cerca a Searle la diferencia entre ambos sentidos, en síntesis, sería la siguiente: i) una norma *prima facie* en sentido epistémico no es una norma genuina; y ii) una norma *prima facie* en sentido normativo es una norma genuina. Searle (1978, p. 85).

¹⁶ Esta idea ha sido presentada de manera clara desde el lenguaje de las razones para la acción, el cual reconstruyo brevemente solo respecto a este punto para efectos explicativos. Quienes adoptan dicho lenguaje diferencian entre relevancia y fuerza de las razones. La relevancia de las razones se refiere a si la razón es pertinente o no para guiar la conducta. Decir que una razón no es relevante quiere decir que esta no es una razón que justifique llevar a cabo o no llevar a cabo una determinada acción. La fuerza de las razones se refiere al mayor o menor peso que puede tener una razón para determinar la acción a realizar. Ahora, veamos el contraste y la objeción.

Quienes consideran que *prima facie* es genuinamente ambiguo sostienen: a) quienes adoptan un sentido epistémico están sosteniendo que todo problema se reduce a cancelación o variación de la relevancia de una razón. De esta manera predicar el carácter *prima facie* es solo una manera de señalar que estamos frente una relevancia aparente y el carácter actual o todo considerado nos presenta una relevancia comprobada o decidida; y b) quienes adoptan un sentido normativo están sosteniendo que con la distinción entre caracterizar una razón como *prima facie* o como razón actual o todo considerado es que una razón puede tener más fuerza que otra, sin que ello implique que pierda su relevancia. Una razón actual o todo considerado puede ser una razón absoluta o una razón concluyente. Como razón absoluta en el sentido de que posee la máxima relevancia práctica posible, es decir, no hay ningún otro deber que sea más importante que él. Como razón concluyente en el sentido de que es una razón que se considera más importante que la otra para el caso individual a resolverse. Sobre el punto ver Redondo (2012, p. 312), Redondo (2015, pp. 61-79) y Monti (2016, pp. 225-226).

Quienes consideran que *prima facie* no es genuinamente ambiguo sostienen que estamos ante una falacia de falsa oposición, pues toda la discusión (o discusiones) es reducible a un problema de relevancia. En breve, están sosteniendo que señalar que una razón tiene menos fuerza que otra es solo una manera encubierta o incompleta de señalar que la razón dejó de ser relevante para guiar la conducta.

normativista, el cual será analizado en la sección 5. Al respecto daré razones para desestimar dicho problema en vista a que: i) el sentido epistémico permite presentar un efecto cancelatorio de una norma sobre la otra y el sentido normativo permite presentar un efecto justificativo; y ii) el sentido normativo permite dar cuenta del residuo moral que se puede producir tras no aplicar una norma, en cambio, el sentido epistémico no puede aclarar tal fenómeno.

3. *Prima facie* en sentido epistémico

Muchos juristas predicán el carácter *prima facie* a una norma a efectos de presentar que, a partir de la información disponible, esta es aparentemente aplicable para resolver un caso individual, pero que es necesario realizar actos ulteriores de confirmación de dicha información. En otros términos, con esta caracterización se está señalando conjuntamente que: i) tras un primer análisis, tanto del caso individual a resolver¹⁷ como del sistema normativo de referencia, se ha identificado un caso que es subsumible dentro de una determinada norma; y ii) los primeros análisis no son suficientes para determinar la aplicabilidad de una norma a un caso individual, pues es necesario realizar actos ulteriores para determinar si: ii.1) esta primera aproximación era correcta; o ii.2) si debe ser descartada por no haber tomado en cuenta aspectos normativamente relevantes sea del caso individual, del sistema normativo de referencia o de ambos. Una vez realizados los actos previstos en ii) habremos identificado la norma ATC, esto es, la norma que es aplicable al caso individual una vez valorados todos los aspectos normativamente relevantes¹⁸.

El carácter *prima facie*, bajo este sentido, es un predicado que presenta una conclusión provisional sobre la aplicabilidad de una norma por haberse identificado una o un conjunto de propiedades normativamente relevantes. Se asume que es provisional, debido a que aún no se han realizado todas las operaciones cognitivas necesarias para determinar si esta conclusión es correcta o no. Una vez realizadas estas operaciones (identificando todas las propiedades normativamente relevantes del caso individual), se podrá arribar a una conclusión definitiva o identificar la norma aplicable con carácter ATC (la norma genuinamente aplicable al caso individual)¹⁹.

Caracterizar una norma como *prima facie*, como podemos ver, no es muy distinto a proponer una hipótesis de solución normativa al caso individual. Como toda hipótesis, esta puede ser descartada o confirmada. En otros términos, es una manera de señalar que es necesario descartar que estemos frente a un problema de laguna de conocimiento (Alchourrón y Bulygin, 2012, p. 50).

Si la hipótesis es confirmada (si la norma *prima facie* es la norma aplicable), ello quiere decir que, tras haber recopilado toda la información posible sobre el caso individual y sobre el sistema normativo de referencia, se ha determinado que la norma identificada en un primer momento es la norma aplicable (es la norma ATC). Esto

¹⁷ El punto a poner de relieve es que nuestras caracterizaciones sobre un caso individual pueden variar dependiendo de la información disponible sobre los hechos ocurridos. Los casos individuales, como tales, son hechos pasados que no pueden cambiar, solo podemos hacer (en el mejor de los casos) descripciones veraces y precisas de ellos. Esto supone que podemos hacer múltiples descripciones diferentes de un mismo caso, las cuales conllevan, posiblemente, concluir diferentes calificaciones normativas.

¹⁸ Para seguir la definición de Ross, si una persona cree que una norma *prima facie* es la norma relevante al caso individual, es debido a que no está tomando en cuenta un determinado aspecto normativamente relevante. Sobre este punto, desde el lenguaje de las razones, ver Sinnott-Armstrong (1988, p. 100). Me expresé en términos similares en García Yzaguirre (2022c, p. 36).

¹⁹ Como bien lo explica Redondo, presentar el carácter *prima facie* es una manera de decir que el objeto de referencia parece tener importancia práctica, pero que ATC, puede que no la tenga (o que sí la tenga). Redondo (2012, p. 313).

supone que ninguna información adicional a nuestra primera indagación fue suficiente para descartar la aplicabilidad de la norma *prima facie*.

En cambio, si la hipótesis es descartada (la norma *prima facie* no sea la norma aplicable), ello quiere decir que, tras haber recopilado toda la información posible sobre el caso individual y sobre el sistema normativo de referencia, se ha determinado que la norma identificada en un primer momento era una norma irrelevante para el caso individual. Esto supone que la norma *prima facie* no era relevante para calificar un caso individual²⁰.

El punto a poner de relieve es que estamos frente a un problema epistémico²¹: una norma *prima facie* es solo una manera de decir que se ha identificado una primera propuesta de calificación normativa de una acción que requiere actos ulteriores de corroboración. La oposición, en este sentido, entre normas *prima facie* y normas ATC presenta un contraste entre la apariencia de relevancia normativa de una norma y la norma (genuinamente) relevante para el caso.

Ahora bien, este problema epistémico se puede producir por: i) cambio del contexto normativo; y/o ii) cambio del contexto fáctico. A efectos de claridad presento una breve definición y supuestos de cada uno²²:

Por cambio del contexto normativo me refiero a modificaciones del microsistema de normas aplicables al caso individual. Esto se puede producir por incorporar nuevas normas, expulsar normas, o una combinación de ambas operaciones. Dicha modificación puede producir un nuevo microsistema de normas que genere problemas lógicos: inconsistencia, incompletitud o de redundancia. Tras la ordenación del microsistema (resolver dichos problemas), podrá ser el caso que la calificación normativa del caso individual varía y suponga el descarte de la calificación prevista por la norma *prima facie*²³.

Al respecto, cabe precisar que la variación de este microsistema de normas aplicables al caso individual es producto de haber resuelto una laguna de conocimiento sobre el sistema normativo de referencia. En términos más precisos, en un momento T1 habíamos identificado un conjunto de normas y fueron sistematizadas a efectos de determinar la calificación jurídica de un caso individual. En un momento T2, variamos nuestra información sobre las normas que forman parte de dicho

²⁰ Como bien apunta Zimmerman, hablar de deberes ATC o de deberes superadores no tiene ningún sentido, pues lo único que hemos realizado es haber comprendido, de manera satisfactoria, el contenido de un sistema normativo. La caracterización *prima facie*, de este modo, es solo una forma alternativa de presentar una hipótesis sobre qué es lo que debemos hacer o cómo debemos calificar un determinado objeto o hecho. Zimmerman (1996, p. 142). Cabe anotar que esta lectura de la caracterización *prima facie* suele ser empleada por quienes consideran que los conflictos normativos (sea entre normas jurídicas o normas morales) es sólo aparente. Desde una perspectiva moral, esta postura es sostenida, por ejemplo, por los kantianos que han discutido (y siguen discutiendo) con Ross. Por todos ver Donogan (1996). Desde una perspectiva jurídica, esta postura es sostenida, por ejemplo, por quienes consideran que los conflictos entre derechos son aparentes. Por todos ver Cianciardo (2007).

²¹ En relación a la propuesta rossiana, cabe anotar que la pregunta de filosofía moral que trató de resolver Ross era qué hace a una acción buena o mala. Lo que estaría diciendo este autor, al presentar este sentido de la caracterización *prima facie*, es que esta es una pregunta epistémica que, para ser respondida, no tienen relevancia los deberes *prima facie*, pues estos son solo apariencias de deber. Sobre esta interpretación de Ross ver Morreau (1996, pp. 49-50).

²² En este punto sigo de cerca a Rodríguez (2002, pp. 195 y ss).

²³ Otra manera de variar el contexto normativo es resolver una laguna axiológica. En este caso, en un primer momento habíamos identificado que al caso individual era aplicable N1 y en un segundo momento, tras resolver la laguna axiológica creada, identificamos que es N1', la cual posee un alcance más restringido. Sobre este punto, Rodríguez (2002, p. 357).

microsistema, pues no fueron tomadas en cuenta en T1²⁴, lo cual puede generar que la solución jurídica en T2 sea diferente a la identificada en T1.

Por cambio de contexto fáctico refiero a las modificaciones de la información disponible sobre el caso individual. Ello se puede producir debido a la incorporación de nueva información (probada) que suponga variar la composición del caso individual. En términos más precisos, en un momento T1 habíamos identificado un conjunto de información disponible sobre un caso individual y luego, en un momento T2, nos damos cuenta de que esta información ofrecía, o bien una caracterización incompleta, o bien una caracterización falsa²⁵. La modificación de información disponible, como es evidente, tiene impacto en cómo se califica un caso individual. En este contexto la caracterización *prima facie* es útil para construir un razonamiento en un contexto de información incompleta: nos permite presentar hipótesis de solución²⁶.

4. *Prima facie* en sentido normativo

Muchos juristas predicán el carácter *prima facie* a una norma para presentar que, por sí misma, no es suficiente para determinar la calificación normativa de un caso individual. Esto quiere decir que una norma es aplicable a un caso individual, pero consideradas el resto de las normas conjuntamente aplicables, es posible que la norma no sea utilizada como premisa normativa en la calificación del hecho o acción.

Desde esta perspectiva, el carácter *prima facie* indica que una norma determinará la calificación de un caso individual, a menos que otra norma la supere (tenga, producto de una decisión del aplicador del derecho, una ordenación superior). A diferencia de lo señalado en la sección anterior, para que esta afirmación tenga sentido será necesario que estemos frente a una norma aplicable y no aparentemente aplicable (Searle, 1978, p. 83; Loewet y Belzer, 1991, pp. 362-64; Farrel, 1983, pp. 136 y ss; Dancy, 2004, pp. 314-16).

La calificación *prima facie*, operaría como un calificador de fuerza. Esto implica que: i) una norma *prima facie* es una norma aplicable para calificar un determinado caso individual (se ha agotado la discusión sobre la identificación de las normas relevantes); y ii) es una norma cuyas relaciones de ordenación con otras normas no están determinadas. Este último punto quiere decir que, en caso de antinomia, el

²⁴ Por ejemplo, haber identificado en T1 un microsistema de normas aplicables tomando en cuenta únicamente disposiciones previstas en un cuerpo normativo codificado, pero sin haber tomado precedentes sobre la materia. En T2 el microsistema de normas aplicables es variado a efecto de tomar en cuenta tanto las señaladas disposiciones y los precedentes.

²⁵ Para clarificar este punto Orunesu, Navarro, Rodríguez y Sucar han propuesto la distinción entre casos individuales y casos judiciales. Ambas son especies de casos particulares (objetos identificables en un determinado espacio-tiempo), pero les diferencia el tipo de información que se presenta. Un caso individual es una instanciación de un caso genérico. Un caso judicial, en cambio, es: i) una instanciación de un caso genérico normativamente relevante (previsto en el antecedente de una norma jurídica); y ii) cuya identificación depende de todas aquellas proposiciones de hechos que se consideren probadas. En el texto principal estoy describiendo las variaciones de haber identificado un caso judicial en T1 y que varía en T2 tras haber incorporado nueva información probada. Para efectos del presente artículo cada vez que haga referencia al caso individual estaré presentando un caso judicial. Navarro, Orunesu, Rodríguez y Sucar (2004).

²⁶ Este sentido ha tenido un notable impacto en discusiones teóricas, pero también dogmáticas. Un ejemplo de estas últimas son las discusiones en materia de regulación de las Cortes Internacionales y de tribunales arbitrales. En extrema síntesis, los dogmáticos en esas materias suelen emplear la expresión «*prima facie test*» como una manera de señalar que, ante un escenario de duda (generada por falta de información) sobre si un fuero jurisdiccional internacional es competente o no para resolver una controversia o pedido de medida cautelar, se asumirá que lo es hasta confirmar o descartar dicha presunción. Para una reconstrucción histórica y breve análisis de esta figura ver Sheppard (2008).

sistema normativo no ha determinado cuál de las normas en conflicto deberá ser usada para calificar normativamente por parte del aplicador del derecho y cuál no.

Reformulo a efectos de claridad. Caracterizar a una norma como *prima facie* no es presentar una hipótesis sobre la identificación de una norma, sino presentar una norma cuya pertenencia al microsistema de normas aplicables a un caso individual está determinada. Junto con ello, se admite la posibilidad que esta pueda generar situaciones de inconsistencia con otras normas y que, tras resolver dicho defecto lógico, la norma no sea aplicada (a pesar de ser aplicable). De esta manera, predicar que una norma tiene carácter *prima facie* es una manera de señalar que será aplicable a un caso individual, siempre que este no posea alguna propiedad normativamente relevante que la haga subsumible a otra norma que posea una mayor ordenación dentro del sistema normativo.

En cuanto a la ordenación de las normas dentro de un sistema, cabe precisar que podemos estar frente a dos escenarios: i) un sistema compuesto por normas ordenadas; y ii) un sistema compuesto por normas no ordenadas. El escenario i) supone un sistema bajo el cual las relaciones entre normas ya están determinadas. Este caso es irrelevante para lo que se pretende aclarar con esta caracterización. El escenario ii) supone un sistema que padece de indeterminación en casos de inconsistencia. Si dos normas poseen un mismo rango jerárquico y que ofrecen consecuentes normativos incompatibles entre sí aplicables a un mismo caso individual, entonces el aplicador del derecho no tendrá determinado, de manera racional, qué norma aplicar al caso. En este tipo de escenarios, el aplicador del derecho tendrá discrecionalidad para determinar cuál de las dos normas debe ser, todo considerado, aplicada para resolver el caso.

En este sentido, la caracterización *prima facie* es descriptiva y relacional: da cuenta de un rasgo del tipo de relación de una norma con otra(s). Dos normas son *prima facie* aplicables a un caso individual, pero solo una de ellas (la que decida el aplicador del derecho) será una norma ATC. La norma ATC es la norma aplicada para calificar el caso individual. La norma *prima facie* que no fue usada no pierde su identidad ni relevancia, pues aún sigue regulando el caso individual. En determinadas situaciones, dicha norma no preferida puede ser usada para justificar deberes compensatorios (produce, usando la terminología de los filósofos morales, residuo moral). Este es el caso, por ejemplo, de autores que consideran que la ponderación entre derechos no supone que un derecho deje de regular una conducta, sino solo que este no será aplicado para resolver el caso.

A efectos de diferenciar este sentido del visto en la sección anterior se suele reemplazar la expresión *prima facie* por pro tanto. Quienes proponen esto, señalan que cada vez que se emplee *prima facie* se hará para presentar un problema epistémico y cada vez que emplee pro tanto será para describir que entre dos normas no hay una ordenación predeterminada. En lo que sigue del artículo mantendré la expresión «*prima facie* en sentido normativo», a efectos de insistir en que «*prima facie*» padece de ambigüedad.

5. Desafío normativista

5.1. Presentación del problema

Una posible objeción al análisis anterior es que incurre en una falacia de falsa oposición: la caracterización *prima facie* en sentido epistémico y normativo serían dos formas de expresar una misma noción, solo que desde distintas aproximaciones.

Veamos el siguiente supuesto: un agente identifica un elemento normativo N1 que le prescribe que cada vez que se verifique p, entonces debe hacer q (Oq). Sucede que el agente ha identificado un caso p y tiene, a primera vista, el deber de realizar la acción q. Ahora bien, ocurre que, tras una mejor comprensión del caso, se da cuenta que es un caso compuesto por las propiedades p y r (es un caso p.r). Sabe que r es normativamente relevante, pues sus acciones también se guían por un elemento normativo N2 que le prescribe que cada vez que se verifique r, entonces deberá no hacer q ($O\neg q$).

Si adoptamos la caracterización *prima facie* en sentido normativo, entonces diremos que estamos frente a una situación en la que hay dos normas *prima facie* respecto de las cuales es necesario crear una regla de preferencia para determinar cuál de las dos es la norma ATC. Supongamos que el agente considera que N2 es el mejor deber disponible y está mejor justificado actuar de esta forma. Esto supondrá que N1 aún es aplicable, pero no será aplicada para regular este caso individual.

Si adoptamos la caracterización *prima facie* en sentido epistémico, entonces diremos que estamos frente a una situación en la que hay dos normas *prima facie* respecto de las cuales es necesario realizar operaciones de indagación para determinar cuál de esas dos es la norma genuina o ATC. Asumamos que el agente considera que N2 es la norma ATC. Ello supone que la norma N1 era solo una norma aparentemente aplicable, pero que bien entendido el caso y el sistema normativo se ha concluido que era irrelevante para regular el caso.

Veamos un ejemplo de esta situación²⁷. Supongamos que nuestra conducta se rige por dos normas. Por un lado, N1 que señala «si persona comete homicidio, entonces obligatorio castigarla». Por el otro lado, N2 que señala «si persona es menor de edad, entonces prohibido castigarla». Si ocurre que un menor de edad ha cometido un homicidio, entonces el aplicador del derecho tendrá dos deberes incompatibles entre sí (obligatorio castigarlo y prohibido castigarlo). A efectos de resolver esta circunstancia, el aplicador del derecho puede considerar que N2 constituye un mejor deber que N1, de manera que N2 es preferida por sobre N1 (*prima facie* en sentido normativo).

Pero ello puede también ser entendido como un proceso de explicitación de condiciones de aplicación. Presentado de otra manera, el aplicador del derecho consideraba que debía aplicar N1, pero tras un mejor análisis de las normas aplicables al caso, se da cuenta que está regido por N2. La lectura conjunta de N1 con N2 le da a entender que dentro del antecedente de N1 estaban excluidos los menores de edad, esto es, que su antecedente, bien entendido, expresa «si persona comete homicidio y es menor edad, entonces prohibido castigarla» (*prima facie* en sentido epistémico).

¿Estamos frente a dos sentidos del carácter *prima facie* o en ambos casos estamos diciendo lo mismo, solo que con presentaciones diferentes? Este punto es particularmente problemático si llevamos la operación a un campo formal. Por ejemplo, si usamos la propuesta de Carlos Alchourrón sobre cómo entender las normas derrotables²⁸, podemos ver que la mejor manera de entender la identificación del antecedente de una norma es con un operador de revisión: ($fp \rightarrow Oq$). Ello quiere decir que el antecedente está compuesto por condiciones explícitas (p) y por condiciones implícitas (una expansión conceptual de p), de manera que el conjunto de condiciones explícitas e implícitas, operan conjuntamente como condición suficiente para el consecuente. Ahora bien, ¿cómo identificamos estas condiciones

²⁷ Ejemplo tomado de Alchourrón (1991 [1988]).

²⁸ Para un análisis en extenso de ello ver García Yzaguirre (2020a, 2021a).

implícitas? Una posibilidad es mediante la especificación de relaciones de preferencia entre resultados de métodos de interpretación, como es el caso expuesto líneas atrás: N1 se representa como $(fp \rightarrow Oq)$, tras resolver las relaciones conflictivas de este elemento normativo con el resto vemos que bien entendida N1 (en relación con el resto de normas del sistema al que pertenece) esta debe ser representada como $(p \cdot \neg r \rightarrow Oq)$. Como vemos, $(\neg r)$ es entendido como una condición implícita de aplicación.

Al respecto, considero que no es lo mismo modificar el alcance de un elemento normativo a sostener que no debe ser empleado para resolver un caso individual. Veamos ello:

5.2. Diferencias entre problemas epistémicos y problemas normativos

El desafío normativista tendría éxito siempre que los fenómenos teóricos y prácticos de la caracterización *prima facie* en sentido normativo puedan ser reformulados en el lenguaje de la caracterización *prima facie* en sentido epistémico. Si embargo, me parece que esto no es posible por dos razones: i) el sentido epistémico permite presentar un efecto cancelatorio de la identificación de ciertas condiciones en un caso individual, en cambio, el sentido normativo permite presentar un efecto justificativo de una norma; y ii) el sentido normativo permite dar cuenta del residuo moral que se puede producir tras no aplicar una norma, en cambio, el sentido epistémico no puede aclarar tal fenómeno²⁹. Veamos estos puntos.

Si bien el sentido epistémico y el sentido normativo tienen un mismo punto de partida (incorporación de nueva información valorada), cada uno de estos presenta operaciones y resultados diferentes con dicha información. La diferencia radica en que una información es usada para cancelar y la otra es usada para justificar³⁰.

Partamos por entender los procesos de toma de decisiones como un conjunto de operaciones por las cuales un agente racional justifica una conclusión a partir de un conjunto de premisas. Si este conjunto de premisas es ampliado, entonces debemos diferenciar entre la conclusión obtenida del primer conjunto de premisas (Conclusión 1) de la conclusión que obtendremos del conjunto de premisas ampliado (Conclusión 2).

¿Cómo incide la incorporación de una nueva pieza de información (esto es, una nueva premisa) sobre la Conclusión 1? Al respecto, las nuevas premisas pueden producir uno de los siguientes efectos: i) cancelación (la nueva premisa refuta la conclusión, de manera que está injustificado adoptarla); ii) debilitamiento (la nueva premisa nos lleva a pensar que no tenemos razones suficientes para una determinada conclusión, en el sentido de que se pierde la confiabilidad de la relación entre las

²⁹ Cabe anotar que Susan Hurley propone una tercera razón para diferenciar entre ambas nociones: la posibilidad de que generen situaciones de *akrasia* (o debilidad de la voluntad). Por *akrasia*, en extrema síntesis, se entienden todos aquellos supuestos en los cuales una persona: i) posee, en un mismo momento, una razón para hacer X y otra razón para hacer $\sim X$; ii) concluye, tras haber tomado en cuenta todos los aspectos relevantes del caso, es mejor seguir la razón para hacer X; y iii) decide y realiza la acción $\sim X$. Una situación de este tipo sucede, por ejemplo, cuando tenemos un conflicto entre razones de bondad contra razones egoístas frente al cual, aunque asumamos que es mejor ser bondadoso, elegimos ser egoístas (son, como podrá notarse, supuestos de irracionalidad). Para Hurley las razones *prima facie* epistémicas no pueden generar *akrasia*, pues todo considerado una de las razones deja de ser relevante. En cambio, las razones *prima facie* normativas pueden generar *akrasia*. Sobre este punto no profundizaré, pues los problemas de *akrasia* en los procesos de toma de decisiones jurídicas requeriría de una investigación propia. Sobre este punto ver: Hurley (1992, pp. 130-31).

³⁰ Para aclarar la distinción entre cancelación y justificación voy a usar el esquema de análisis propuesto por Lou Goble para entender los efectos de incorporar nueva información: Goble (2013).

premisas y la conclusión³¹); iii) conflicto (la nueva información nos muestra que ese mismo caso individual está regulado por otra norma que posee una conclusión contradictoria o contraria); y iv) infectividad (la nueva premisa no tiene efecto cancelador, debilitador ni de conflicto con la primera conclusión)³². De estas posibilidades nos interesa la i); ii); y iii).

El efecto cancelatorio presenta el supuesto de: i) haber identificado de información que, hasta ese momento, no había sido tomada en cuenta para la calificación de un caso individual; y ii) el resultado (o consecuencia) de esta nueva información es descartar una caracterización que habíamos tenido de un caso hasta el momento. En términos más precisos, se presenta información que hace inaplicable una determinada calificación³³.

Para ilustrar el punto supongamos que tenemos una razón A para cumplir con una promesa B. Sucede que, además de la razón A, tenemos en el caso concreto que considerar la razón C la cual es una razón para no cumplir la promesa B. En este supuesto, la concurrencia de A con B, conlleva cancelar la razón A y, por tanto, no hacer B. Veamos un ejemplo jurídico de este esquema. Supongamos que sabemos que un sujeto ha matado (es una descripción verdadera y probada), por lo que consideramos debe ser sancionado penalmente. Luego sabemos que mató en defensa propia (descripción verdadera y probada), la cual es una razón para no sancionar. En este supuesto, la concurrencia de ambas conlleva concluir que no se debe castigar. Como podemos ver, el efecto de cancelación es la inaplicabilidad de una norma por haberse demostrado que el caso individual no se subsume en el caso general previsto en el antecedente.

El efecto de debilitamiento y de conflicto nos muestran puntos diferentes al cancelatorio. En el caso del debilitamiento el agente puede optar por una de dos opciones: i) la nueva premisa no lo lleva a descartar la Conclusión 1, esto es, la adoptará a pesar de que el vínculo entre las premisas y la conclusión no esté tan justificado como lo estaba antes; o ii) la nueva premisa conlleva no adoptar la Conclusión 1, por falta de justificación suficiente.

Como podemos ver, el debilitamiento de una conclusión genera la necesidad de crear un criterio de preferencia entre dos posibilidades. Eso permite mostrar que el desafío normativista no es del todo correcto dado que debilitamiento y cancelación presentan efectos diferentes: en la cancelación no estamos frente a la necesidad de crear una preferencia, sino ante la demostración de que la conclusión no era correcta a partir de las premisas relevantes para la toma de decisiones. En este sentido, la cancelabilidad puede dar cuenta de no adoptar una Conclusión 1 por haber sido

³¹ Marmor ofrece un claro ejemplo de este punto. Consideremos que estamos frente a un objeto que es de color rojo. Sabemos que, en condiciones habituales, este objeto suele ser de color rojo. Sin perjuicio de ello, nos informan que hemos tomado una sustancia que afecta nuestro sentido de la vista de forma que nuestra percepción de los colores se ha visto alterada. Esta nueva pieza de información niega la conclusión, lo que produce es que no podamos considerar que lo percibido sea razón suficiente para calificar que el objeto es rojo. Marmor (2016, p. 17).

³² Este sería el caso de incorporar información sobre una propiedad normativamente irrelevante (su presencia y ausencia no varían la calificación del caso individual). En breve, cancelación puede ser entendida como una forma de expresar que ciertas inferencias dejan de estar garantizadas tras haber sido confrontadas con otras razones en un proceso de toma de decisiones.

³³ En el discurso moral, Sinnott-Armstrong (Sinnott-Armstrong, 1988, p. 98), propone el siguiente ejemplo: supongamos que le prometo a un amigo ir a pintar su casa, pero luego me entero de que su casa se derrumbó. En este escenario, la obligación de cumplir con mi promesa se ve cancelada (ya no es más aplicable). Ver, además, Sinnott-Armstrong (2006, pp. 68-69, 215) y Sinnott-Armstrong (1999, pp. 5-6).

negada, lo cual no puede ser analizado por una operación y resultado de haber generado una preferencia en vista a una situación de debilitamiento.

En el caso del conflicto estamos frente a un escenario en el que la incorporación de nueva información muestra que un mismo caso individual es subsumible en dos casos genéricos (Ausín, 2005, p. 144). Dicho de manera más precisa, tras un estudio indagatorio tanto del caso individual como del sistema normativo concluimos que estamos frente a un conflicto normativo (lógico o funcional). Esto nos muestra que, al igual que en el caso del debilitamiento, será necesario que el aplicador del derecho introduzca una nueva norma para resolver el problema: un criterio de preferencia.

En breve, cancelar una norma es una manera de decir que se ha demostrado que un caso individual no subsumible en ella. Ello es diferente a los casos de debilitamiento y de conflicto, en cuales será necesario llevar a cabo una operación de justificación, esto es: i) considerar que un caso individual puede ser calificado por dos normas diferentes; ii) crear una nueva norma que exprese cuál de las normas aplicables a un caso individual es preferida; iii) usar esta nueva norma para determinar la calificación del caso³⁴; y iv) asumir que la calificación de la norma no preferida es vulnerada³⁵.

Esto nos lleva al segundo punto: si la cancelación de una norma es una manera de señalar que se ha concluido que la norma es irrelevante para el caso individual, entonces no cabe hablar de vulneración de dichas normas. Una norma cancelada no es susceptible de generar deberes compensatorios.

En cambio, la justificación permite reconstruir las razones que dan lugar a un deber compensatorio (o residuo moral) por haber vulnerado una norma. Una norma no preferida no es una norma que pierda relevancia o aplicabilidad al caso individual, es sólo una norma que no es usada (por razones justificadas) en la justificación de la decisión institucional. Dado que el estado de cosas de esa norma no se ha cumplido, dicha afectación puede suponer (dependiendo del sistema normativo) que la persona afectada sea reparada de algún modo.

Como podemos ver, el sentido epistémico y sentido normativo de la caracterización *prima facie* nos permite presentar operaciones y resultados diferentes³⁶.

³⁴ Esta misma diferencia ha sido analizada por Austin, quien la presentó como la diferencia entre justificación y excusa de la acción. Por justificación de la acción, siguiendo a Austin, entiendo los actos de aceptación responsable por un acto, pero negamos que esta sea contraria al sistema normativo. En cambio, excusa se refiere a la aceptación de que se cometió una acción contraria al sistema normativo, pero que esta es concurrente con otras acciones o eventos que exoneran de responsabilidad. Esta distinción se aclara si consideramos el rol del afectado: si un acto está excusado, entonces la víctima tuvo todo el derecho de resistirse al daño. En cambio, si un acto está justificado, entonces no hay víctima, pues la persona afectada no tuvo derecho a resistirse al acto. Austin (1975, p. 172).

³⁵ A efectos de precisión entiendo por vulneración de una norma a los casos en los que un agente realiza una acción o genera un estado de cosas que es normativamente incompatible con el consecuente de dicha norma. De manera más precisa, presenta el supuesto de una norma que prescribe Phq y un agente que, o bien realiza acciones que producen q, o bien deja de realizar acciones que eviten q (siendo q una acción o estado de cosas).

³⁶ En términos de Chisholm: «[o]ne important difference between nullifying and overriding would be this. If I am required to perform a certain action A and if the requirement is overridden but not nullified, then I am subject to conflicting requirements and am required therefore to choose between them. But if the requirement that I perform A is nullified but not overridden, I am not thereby subject to conflicting requirements. (It may well be, of course, that the nullification of a requirement, along with the circumstances under which it occurs, creates a new requirement. If I cannot deliver the dog to my friend,

6. Conclusiones

Los juristas suelen caracterizar a las normas como *prima facie*, pero dicha caracterización es ambigua. Puede ser usada en un sentido epistémico o en un sentido normativo. Quienes emplean la caracterización *prima facie* en un sentido epistémico están presentando que la formulación de una norma para determinar la calificación normativa de una acción se ha realizado en un contexto de información incompleta sobre el caso individual y/o del sistema normativo de referencia. Esto implica que será necesario realizar ulteriores operaciones de indagación que permitan confirmar o descartar dicha formulación.

Quienes emplean la caracterización *prima facie* en un sentido normativo están presentando que entre una norma y otra no hay una ordenación, por lo que no es posible determinar cuál de las dos debe ser usada y cuál debe ser descartada en casos de conflicto normativo entre ellas.

Las diferencias entre el sentido epistémico y el sentido normativo son las siguientes: i) en cuanto al tipo de operación que presentan: el sentido epistémico permite presentar que la identificación de ciertas condiciones en un caso individual conlleva cancelar la aplicabilidad de una norma sobre el dicho caso; en cambio, el sentido normativo permite presentar un efecto justificativo de una norma por sobre otra; y ii) en cuanto a la posibilidad de vulneración de una norma: el sentido normativo permite dar cuenta que una norma sea vulnerada en un proceso de aplicación del derecho y que ello es susceptible de generar residuo moral o deberes compensatorios; en cambio, el sentido epistémico no puede aclarar tal fenómeno, pues presenta la determinación de que una norma era irrelevante para regular un caso individual.

Bibliografía

- Alchourrón, C. (1991 [1988]). Conflictos entre normas y revisión de sistemas normativos. En C. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y derecho* (291-301). Centro de Estudios Constitucionales.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Astrea.
- Ascher, N. y Bonevac, D. (1996). Prima facie obligation. *Studia logica: An International Journal for Symbolic Logic*, 57 (1), pp. 19-45. <https://doi.org/10.1007/bf00370668>
- Atwell, J. (1978). Ross and prima facie duties. *Ethics*, 88 (3), 240-249.
- Ausín, T. (2005). *Entre la lógica y el Derecho. Paradojas y conflictos normativos*. Plaza y Valdez.
- Austin, J.L. (1975). *Ensayos filosóficos*. Ediciones de la Revista de Occidente.
- Bayón, J.C. (1991). *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Barth, E. y Krabbe, E. (1982). *From Axiom to Dialogue. A philosophical study of logics and argumentation*. Walter de Gruyter.
- Beauchamp, T. y Childress, J. (2009). *Principles of biomedical ethics*. Oxford University Press.
- Boot, M. (2017). The Right Balance. *The Journal of Value Inquiry*, 51, 13-32. <https://doi.org/10.1007/s10790-016-9551-z>

then an explanation at least is called for-unless of course the friend is also dead)». Chisholm (1974, p. 46). El punto fue inicialmente propuesto por Raz (1974, pp. 30-35).

- Bouvier, H. (2010). Deliberación y decisión. Los deberes prima facie según David Ross. *Revista brasileira de Filosofia*, 234, 37-53.
- Bouvier, H. (2012). *Particularismo y Derecho. Un abordaje postpositivista en el ámbito práctico*. Marcial Pons.
- Brink, D. (1994). Moral conflict and its structure. *The Philosophical Review*, 103 (2), 215-247. <https://doi.org/10.2307/2185737>
- Broome, J. (2004). Reasons. En J. Wallace, P. Pettit, S. Scheffler y M. Smith (Eds.), *Reasons and value. Themes from the moral philosophy of Joseph Raz* (28-55). Clarendon Press.
- Carrió, G. (1991). Nota preliminar. En W. C. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* (7-22). Fontamara.
- Chisholm, R. (1974). Reply to comments. En S. Korner (Ed.) *Practical Reason* (41-53). Yale University Press.
- Cianciardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*. Editorial Ad Hoc.
- Dancy, J. (1993). *Moral reasons*. Blackwell.
- Dancy, J. (2004). Una ética de los deberes prima facie. En P. Singer (Ed.), *Compendio de ética* (309-321). Alianza.
- Donogan, A. (1996). Moral dilemmas, genuine and spurious: a comparative anatomy. En H. Mason (Ed.), *Moral dilemmas and moral theory* (11-22). Oxford University Press.
- Farrel, M. (1983). Las obligaciones jurídicas como obligaciones prima facie. En E. Bulygin, M. Farrel, C. Nino, E. Rabossi (Comps.), *El lenguaje del derecho, Homenaje a Genero R. Carrió* (131-55). Abeledo Perrot.
- Frederick, D. (2015). Pro-Tanto Obligations and Ceteris-Paribus Rules. *Journal of moral philosophy* (12), 255-266. <https://doi.org/10.1163/17455243-4681036>
- García Yzaguirre, V. (2020a). Normas derrotables como normas compuestas por condiciones contribuyentes. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 42, 115-34. <https://doi.org/10.7203/CEFD.42.16398>
- García Yzaguirre, V. (2020b). Exceptuando normas: apuntes para un análisis conceptual. *Doxa*, 43, 427-56. <https://doi.org/10.14198/doxa2020.43.16>
- García Yzaguirre, V. (2021a). Antecedente de las normas y excepciones implícitas. *Diritto e Questioni Pubbliche* (2021), 217-38.
- García Yzaguirre, V. (2021b). Derrotabilidad de reglas y principios. Una propuesta de análisis. *Derecho PUCP*, 87, 373-404. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202102.011>
- García Yzaguirre, V. (2022a). *Conflictos entre normas y derrotabilidad: una propuesta de análisis*. Colex.
- García Yzaguirre, V. (2022b). *Excepciones implícitas e interpretación. Una reconstrucción analítica*. Palestra.
- García Yzaguirre, V. (2022c). «A primera vista». Un análisis sobre las normas prima facie. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 25, 31-85.
- Goble, L. (2013). Prima facie norms, normative conflicts, and dilemmas. En D. Gabbay, J. Horty, X. Parent, R. Van der Mayden y L. Van der Torre (Eds.), *Handbook of deontic logic and normative systems* (241-352). College Publications.
- Gunther, K. (1995). Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. *Doxa* (17-18), 271-302. <https://doi.org/10.14198/doxa1995.17-18.11>
- Hart, H.L.A. (1955). Are there any natural rights? *The Philosophical Review*, 64 (2), 175-191. <https://doi.org/10.4324/9781315236308-4>
- Hart, H.L.A. (2014). Discrecionalidad. *Doxa*, 37, 85-98. <https://doi.org/10.14198/doxa2014.37.05>
- Hintikka, J. (1969). *Models for Modalities. Selected Essays*. Springer.
- Hurley, S. (1992). *Natural Reasons: Personality and Polity*. Oxford University Press.

- Hurtig, K. (2007). On prima facie obligations and nonmonotonicity. *Journal of Philosophical Logic*, (36), 599-604. <https://doi.org/10.1007/s10992-007-9056-0>
- Kagan, S. (1989). *The limits of morality*. Oxford University Press.
- Kramer, M. (1991). *In defense of legal positivism. Law without trimmings*. Oxford University Press.
- Kramer, M. (2011). *The ethics of capital punishment. A philosophical investigation of evil and its consequences*. Oxford University Press.
- Kramer, M. (2014). *Torture and moral integrity. A philosophical enquiry*. Oxford University Press.
- Loewet, B. y Belzer, M. (1991). Prima facie obligation: its deconstruction and reconstruction. En E. Lepore y R. Van Gulick (Eds.), *John Searle and his Critics* (359-70). Basil Blackwell.
- MacCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford University Press.
- Marmor, A. (2016). Defeasibility and pragmatic indeterminacy in law. En F. Poggi y A. Capone (Ed.), *Pragmatics and law, perspectives in pragmatics, philosophy & psychology* (15-35). Springer.
- Monti, E. (2016). Universalismo y particularismo: desde la Moral al Derecho. *Discusiones*, 16, 223-58. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2015.2424>
- Morreau, M. (1996). Prima facie and seeming duties. *Studia Logica: An International Journal for Symbolic Logic*, 57 (1), 47-71. <https://doi.org/10.1007/bf00370669>
- Navarro, P. y Rodríguez, J. (2014). *Deontic logic and legal systems*. Cambridge University Press.
- Navarro, P., Orunesu, C., Rodríguez, J. y Sucar, G. (2004). Applicability of legal norms. *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 17 (2), 337-59.
- Núñez Vaquero, Á. (2017). *Teorías normativas de la ciencia y de la dogmática jurídicas*. Palestra.
- Orunesu, C., Rodríguez, J. y Sucar, G. (2001). Inconstitucionalidad y derogación, *Discusiones*, 2, 11-58.
- Pérez Bermejo, J.M. (2012). Principles, Conflicts, and Defeats: An Approach from a Coherentist Theory. En J. Ferrer y G.B. Ratti (Eds.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility* (288-308). Oxford University Press.
- Pietroski, P. (1993). Prima Facie Obligations, Ceteris Paribus Laws in Moral Theory. *Ethics*, 103 (3), 489-515. <https://doi.org/10.1086/293523>
- Raz, J. (1974). Comment: Reason, requirements and practical conflicts. En S. Korner (Ed.), *Practical Reason* (22-35). Yale University Press.
- Redondo, M.C. (2012). Reasons for Action and Defeasibility. En J. Ferrer y G.B. Ratti, (Eds.), *The logic of legal requirements, essays on defeasibility* (309-325). Oxford University Press.
- Redondo, M.C. (2015). Dos modelos de norma y razonamiento práctico. En P. Luque (Ed.), *Particularismos, ensayos de filosofía del derecho y filosofía moral* (59-88). Marcial Pons.
- Reisner, A. (2013). Prima Facie and Pro Tanto Oughts. En H. LaFollette (Ed.), *The International Encyclopedia of Ethics* (4082-06). Blackwell.
- Rescher, N. (1992). *An inquiry into the Nature and Function of Ideals*. University of California Press.
- Rodríguez, J. (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ross, D.W. (1930). *The right and the good*. Oxford University Press.
- Ross, D.W. (1939). *The foundations of ethics*. Oxford University Press.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Marcial Pons.
- Searle, J. (1978). Prima facie obligations. En J. Raz (Ed.), *Practical Reasoning*. Oxford University Press.

- Sheppard, A. (2008). The Jurisdictional Threshold of a Prima-Facie Case. En P. Muchlinski, F. Ortino y C. Schreuer (Eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law* (932-61). Oxford University Press.
- Sinnott-Armstrong, W. (1988). *Moral dilemmas*. Blackwell.
- Sinnott-Armstrong, W. (1999). Some varieties of particularism. *Metaphilosophy*, 30 (1). 1-12.
- Sinnott-Armstrong, W. (2006). *Moral skepticisms*. Oxford University Press.
- Snares, F. (1974). The definition of prima facie duties. *The Philosophical Quarterly*, 24 (96), 235-244. <https://doi.org/10.2307/2217936>
- Zimmerman, M. (1996). *The concept of moral obligation*. Cambridge University Press.
- Zuleta, H. (2022). ¿Son *prima facie* las obligaciones jurídicas? En J. Millón y M. Florencia (Coord.), *Tomando las consecuencias en serio. Ensayos en homenaje a Martín Diego Farrell* (267-282). Thomson Reuters.

Oposición política (en las democracias)* Political opposition (in democracies)

Antonio Natera Peral
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID 0000-0001-8017-3937
natera@polsoc.uc3m.es

Cita recomendada:

Natera Peral, A. (2022). Oposición política (en las democracias). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 289-310.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7125>

Recibido / received: 08/01/2022
Aceptado / accepted: 28/06/2022

Resumen

El artículo ofrece una revisión crítica de algunos temas centrales y dimensiones conceptuales sobre la oposición política como objeto de estudio, así como de sus variedades, roles y funciones en los regímenes democráticos. Se dedica especial atención a valorar los factores propios de la estructura de oportunidades que inciden en el poder de la oposición parlamentaria.

Palabras clave

Oposición política; oposición democrática; oposición parlamentaria; tipos de oposición; poder de la oposición

Abstract

The article offers a critical review of some central issues and conceptual dimensions related to political opposition as an object of study, as well as its varieties, roles, and functions in democratic regimes. Special attention is devoted to assessing the factors inherent to opportunity structure that influence the power of the parliamentary opposition.

Keywords

Political opposition, democratic opposition, parliamentary opposition, opposition types; opposition power

* Este artículo forma parte del trabajo desarrollado en los proyectos de investigación: «El estatus jurídico-político de la oposición política en las democracias representativas», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación dentro de la convocatoria 2020 de ayudas a Proyectos de I+D+i (2021-2024, Ref. PID2020-117154GA-I00); y «Cultura de la Legalidad (*On Trust-CM*)», financiado por programa de Actividades de I+D entre Grupos de Investigación de la Comunidad de Madrid (2020-2022, Ref. H2019-HUM-5699)

SUMARIO. 1. Introducción. Oposición política y democracia: un binomio inseparable. 2. La oposición política como ámbito pobremente estudiado. 3. Sobre el concepto de oposición política. 4. Variedades y funciones de la oposición política: una radiografía de baja resolución. 4.1. Oposición sistémica vs. oposición antisistema. 4.2. Oposición parlamentaria vs. oposición extraparlamentaria. 5. Revisitando el trabajo pionero de Dahl y más allá. 6. La estructura de oportunidades de la oposición parlamentaria. 6.1 El entorno institucional «interno». 6.2. El entorno institucional «externo». 7. Concluyendo: hacia una concepción ampliada de la oposición política.

1. Introducción. Oposición política y democracia: un binomio inseparable

Es difícilmente imaginable un sistema político sin oposición. Hasta en los regímenes autoritarios más represivos es posible encontrar reductos de actividad opositora con diferentes modos y grados de articulación o expresión de la disidencia.

Pero si hay algo característico que distingue a los regímenes democráticos es que se legitiman por la propia existencia de una oposición política. Las democracias son regímenes de «oposición garantizada» (De Vergottini, 1979, p. 5) que contrastan con otros regímenes que cuestionan su ejercicio legítimo.

La definición, el funcionamiento y la calidad de las democracias no se entienden sin la presencia activa y pública de fuerzas de oposición. Tanto es así que, como señala Shapiro (1996, p 51, la «democracia es una ideología de oposición tanto como lo es de gobierno»). Democracia y oposición política constituyen un binomio inseparable. Al fin y al cabo,

la historia de la democracia, cualquiera que sea la forma en que se “narre” o analice [...], está formada por los múltiples intentos de afirmación, en todos los sentidos (incluido naturalmente el acceso al gobierno), de la oposición, y de los correspondientes intentos de represión por parte de las autoridades (Pasquino, 1998, pp. 39-40).

La existencia de la oposición y la posibilidad de alternancia en las instituciones y estructuras de autoridad son elementos definitorios de las democracias liberales entendidas como «poliarquías» (Dahl, 2009). En ellas se distribuyen ampliamente las oportunidades para disentir y se conjugan en grado máximo los vectores de participación y de contestación política que justamente encarna la oposición¹.

Sin embargo, la oposición política no ha sido un objeto de estudio particularmente complaciente. A la escasez de estudios de envergadura sobre el tema cabe añadir que la propia conceptualización de la idea de oposición ha solido colocar al analista en una situación quizás incómoda: no solo ha tenido que enfrentarse a la indeterminación terminológica, y a la confusión conceptual correspondiente, sino al propio carácter multidimensional de un objeto de estudio que posee contornos bastante difusos. No resulta extraño, pues, que la mirada analítica se haya

¹ Sobre la relación conflictiva gobierno-oposición y la importancia de la oposición para la pervivencia de las democracias competitivas, Dahl propone sus conocidos tres axiomas. De ellos destacamos el tercero: «en la medida en que el precio de la supresión (de la oposición) exceda al precio de la tolerancia (de la oposición) mayores son las oportunidades de que se dé un régimen competitivo, sistema político que necesariamente requiere que gobierno y oposición tengan seguridad mutua para desempeñar cada uno su imprescindible función en los regímenes democráticos y competitivos» (Dahl, 2009, p. 24).

concentrado donde hay más luz, esto es, en la oposición parlamentaria y su articulación institucional.

Este artículo tiene dos objetivos básicos: a) ofrecer una revisión crítica de los contornos conceptuales, variedades y funciones de la oposición política en las democracias; y b) abordar algunos temas y problemas centrales de la oposición política como objeto de estudio y, en particular, de los factores que conforman la estructura de oportunidades de la oposición parlamentaria.

2. La oposición política como ámbito pobremente estudiado

El análisis de la actividad opositora y sus protagonistas ha sido abordado por muy diversas disciplinas: desde la historia a la sociología, pasando por el derecho constitucional y parlamentario e, incluso, la psicología política o la antropología. Pero, por sorprendente que pueda parecer, la oposición política no ha sido un objeto de estudio pródigamente tratado en la ciencia política.

Resulta ya un tópico referirse a este lamento compartido: a pesar de que existen magníficos estudios de caso, apenas hay trabajos globales y sistemáticos, sean teóricos o comparativos, sobre oposición política (Ionescu y de Madariaga, 1968; Von Beyme, 1987; Blondel, 1997; Brack y Weinblum, 2011; Helms, 2008). Da la impresión de que ha habido poca vida más allá de la obra inaugural editada por Dahl (1966), *Political Opposition in Western Democracies*, que supera ya holgadamente el medio siglo.

Se puede decir que no existen «teorías» de la oposición política en el amplio sentido de la palabra y, menos aún, «una» teoría rigurosa y bien ensamblada (Blondel, 1997) sobre oposición política en democracia. Además, los estudios sobre oposición política se encuentran a menudo subsumidos en otros ámbitos temáticos que gozan de mayor atención y recorrido investigador, como los de gobierno, parlamento, elecciones, partidos políticos o movimientos sociales (De Giorgi, 2007). Son pocos los trabajos que abordan el estudio de la oposición política desde un abordaje analítico claramente diferenciado.

Si hacemos un ejercicio de agrupación, los estudios sobre oposición política son susceptibles de encuadrarse en alguna de estas corrientes principales:

- a) Las fuerzas de la oposición política en diferentes regímenes no democráticos (movimientos, partidos, grupos, liderazgos).
- b) La oposición en los procesos de cambio político y, en particular, en los de transición y consolidación democrática en el marco de las teorías de la democratización (por ejemplo, Stepan, 1997).
- c) La oposición en la teoría de la democracia liberal de la mano de referentes sesenteros como Dahl (1966), Sartori (1966) y Ionescu y De Madariaga (1968).
- d) La oposición impulsada por movimientos sociales reivindicativos, contestatarios y de protesta (Kolinsky, 1987).
- e) Actores de la sociedad civil que asumen un papel relevante de oposición política en coyunturas específicas: grupos de interés, medios de comunicación, liderazgos sociales y otros actores de la sociedad civil organizada.
- f) Los estudios sobre la naturaleza, funcionamiento y estatus de la oposición parlamentaria.

A la vista de esta agrupación en corrientes podemos realizar dos observaciones de tipo general acerca de las limitaciones de la literatura sobre oposición política.

Por un lado, como se ha mencionado, la mayoría de los trabajos son fundamentalmente estudios de caso nacionales que contemplan a la oposición política en particulares coyunturas históricas, o bien estudios circunscritos a un determinado sistema de gobierno (por ejemplo, la oposición en el parlamentarismo o el presidencialismo).

El estudio de casos representa un valiosísimo material bruto para construir perfiles y explorar la estructura de oportunidades de la oposición en diferentes contextos, pero se echa en falta una mayor ambición teórica y comparativa. Con la excepción de las interesantes aportaciones derivadas del trabajo de Blondel (1997), las compilaciones de Kolinsky (1987) y Helms (2008), o más recientemente los estudios empíricos de Garrizmann (2017) y Wegmann (2020), la sombra alargada de Dahl (1966) sigue estando presente como referente básico de los estudios comparativos sobre oposición.

Por otro lado, el volumen de trabajos y enfoques no se reparten de modo equilibrado entre las diferentes corrientes, ya que destaca de modo especial la f), es decir, el estudio de la oposición parlamentaria, que es con mucho el ámbito predominante.

Ello ha tenido como consecuencia que el tratamiento analítico que se da a la oposición política se ha caracterizado por una mirada institucionalista, no pocas ocasiones en conexión con los estudios de carácter jurídico.

Se puede afirmar que ha sido predominante el enfoque funcionalista e institucional clásico –con una influencia destacada de los estudios procedentes del derecho constitucional y parlamentario–, si bien hay que destacar la emergencia y paulatina extensión en la ciencia política de los enfoques renovadores propios del neoinstitucionalismo a partir de la década de los noventa del siglo pasado.

En cualquier caso, ya sea desde el institucionalismo clásico o el renovado, lo cierto es que esta visión se puede calificar de reduccionista y ha llevado a limitar el alcance de los temas de investigación y el propio del objeto de estudio. Como apuntan Brack y Weinblum (2011), la visión institucionalista ha excluido a otros actores y relaciones susceptibles de integración en la categoría de «oposición política», y ha reducido a un único escenario –el parlamento– las funciones y los roles de la oposición.

3. Sobre el concepto de oposición política

Por lo general los referentes clásicos no definen el concepto de oposición política o lo hacen de modo vago.

Es el caso, por ejemplo, de la propuesta de Dahl, quien entiende sencillamente que hay oposición cuando B se opone a la conducta del gobierno A. Con sus palabras:

Supongamos que A determina algún aspecto de la conducta del gobierno en un sistema político particular durante algún intervalo. [...] Supongamos que durante este intervalo B no puede determinar la conducta del gobierno; y que B se opone a la conducta del gobierno de A. Entonces ese B es lo que queremos decir con “una oposición” (Dahl, 1966b, p. xvii).

Dada esta conceptualización no es extraño que, para Dahl, la idea de oposición se vincule a las ideas genéricas de conflicto o contestación política.

En el mismo sentido, Ionescu y Madariaga (1968, p. 1) conciben la oposición política en términos laxos como la «contraparte dialéctica del poder... tanto de modo lógico como morfológico».

Como se puede advertir el tratamiento que se da al concepto es el de dependencia al tiempo que contrapunto del gobierno. La noción de oposición es «parasitaria» (Blondel, 1997, p. 465) de las ideas de gobierno y autoridad en el sentido de que la naturaleza de la oposición está vinculada a la naturaleza del gobierno o la autoridad a la que se opone, formando parte de una permanente dualidad gobierno-oposición.

En ocasiones la idea de oposición se asocia a otras categorías complejas como las de disenso o minoría, entre otras².

La idea de «disenso» es mucho más amplia que la de oposición política. El disenso apunta a toda forma de desacuerdo no necesariamente vertebrado por las instituciones sobre la base de algún tipo de división o conflicto, sin poner en cuestión la legitimidad ni las normas básicas de la comunidad política. Así lo señala, por ejemplo, De Vergottini (1979, p. 15) quien entiende que el disenso es «una oposición sólo potencial en el ámbito de ordenamientos políticamente homogéneos que imponen una concordancia general acerca de los principios constitucionales».

Por otra parte, los términos oposición y «minoría» tampoco son equivalentes, ya que la idea de oposición está en mayor medida vinculada al ámbito jurídico y político, mientras que la idea de minoría es más amplia, extendiéndose a ámbitos de tipo lingüístico, étnico, social o cultural (Sánchez Navarro, 1997). Pese a todo, en la arena parlamentaria ambos términos se usan en la práctica de modo intercambiable, ya que

toda minoría parlamentaria excluida del poder critica al gobierno con el propósito más o menos realista de poder reemplazarlo, o al menos de llegar a formar parte de una mayoría distinta. En consecuencia, los grupos minoritarios ejercen –en tanto no participen en una coalición formal o informal de gobierno, es decir, en tanto no pierdan su carácter de minoría– la función de oposición (Sánchez Navarro, 1997, p. 33).

En cualquier caso, la categoría de «oposición política» viene utilizándose principalmente con dos acepciones que encarnan dos perspectivas diferentes³:

i) La «perspectiva funcional», que se centra en los actores de la oposición y en sus comportamientos y actividades orientadas a controlar la acción gubernamental.

Según la misma, y siguiendo en este punto a López Aguilar, la oposición se concebiría como

aquella clase de actividad social dirigida a refutar, contradecir, limitar o controlar activamente el poder, con base en unos diferentes vectores valorativos, y con voluntad de asumir la dirección del proceso político colectivo. Si acentuamos la dimensión

² Un resumen de la discusión, con base en la literatura sobre el tema, acerca de las conexiones de la idea de oposición política con otras categorías de análisis y conceptos (como los de protesta, contestación política o desobediencia civil) se puede encontrar en la tesis doctoral de Mújica (2004).

³ Aunque pueda resultar tópico y ciertamente manido es oportuno reproducir aquí la definición de «oposición» que proporciona la RAE, ya que recoge dos acepciones de interés que se relacionan justamente con las dos perspectivas que contemplamos: por un lado, como «conjunto de grupos o partidos que en un país se oponen a la política del Gobierno o al poder establecido» (acepción 5) y, por otro, «en los cuerpos legislativos, minoría que habitualmente impugna las actuaciones y propuestas del Gobierno» (acepción 6).

subjetiva, llamamos Oposición a aquel sujeto político, agente o actor del proceso, que elabora y/o actúa una estrategia política en contradicción con otra que viene determinada por un sujeto antagónico, que en el marco del sistema detenta el poder directivo y/o ejecutivo (1991, p. 50).

De nuevo, se halla presente esa dependencia conceptual de la oposición, como contraparte de gobierno, en el marco de la dualidad gobierno-oposición.

ii) La «perspectiva institucional», que dirige la atención al lugar o escenario donde se practica la oposición.

Según una versión estrecha de esta perspectiva la oposición se vincularía a la oposición estrictamente parlamentaria. Pero si ampliamos el foco a una versión institucional más amplia, se pueden incluir otros «lugares» de oposición como, por ejemplo, los ámbitos subnacionales gubernamentales o parlamentarios en los Estados descentralizados, las organizaciones supranacionales (parlamento europeo) o, incluso, las coaliciones de gobierno. Ambas versiones, estrecha y amplia, descansan en la actualidad en los planteamientos típicos del neoinstitucionalismo y su interés por el estudio de las instituciones y la estructura de oportunidades de la acción política.

Si tomamos como base la esencia de lo que es la actividad opositora según los referentes clásicos mencionados (Dahl, Ionescu), esto es, su posicionamiento dialéctico y, además, hacemos abstracción del tipo de actores, funciones, actividades y escenarios de la oposición, se puede proponer una conceptualización sencilla, pero lo suficientemente inclusiva. En esencia, y siguiendo a Brack y Weinblum (2011, p. 74), por oposición política se entiende «un desacuerdo con el gobierno y sus políticas, la élite o el régimen político en su conjunto, expresado en la esfera pública, por un actor organizado a través de diferentes modos de acción».

Aunque inevitablemente genérica, podemos asumir de modo operativo esta propuesta por ser lo bastante inclusiva como para integrar las dos perspectivas mencionadas, aunque esté más próxima a la funcional. Tiene la ventaja, además, de que permite escapar del tradicional reduccionismo de la literatura sobre oposición política, mayoritariamente centrada en el estudio de la oposición parlamentaria, ya que da margen al tratamiento de otros tipos o variedades de oposición política.

4. Variedades y funciones de la oposición política: una radiografía de baja resolución

Aun a riesgo de simplificar en exceso, podemos situar las variedades de oposición política a lo largo de dos grandes ejes con dos polos extremos: por un lado, el eje oposición sistémica vs. oposición antisistema y, por otro, el eje oposición parlamentaria vs. oposición extraparlamentaria. Al entendimiento de ambos ejes se dedica el resto del apartado.

4.1 Oposición sistémica vs. oposición antisistema

Un primer eje es el que distingue convencionalmente entre «oposición sistémica» (también llamada «constitucional») y «oposición antisistema» («no constitucional» o «antirrégimen»).

La oposición sistémica suministra tanto la crítica como el control de la actividad gubernamental, así como una alternativa a su visión política, sin poner en cuestión los valores y reglas del juego propias del régimen político. La existencia de oposición

sistémica permite separar la crítica específica al gobierno de aquella crítica al régimen político en su conjunto. De hecho, la fortaleza de la oposición sistémica constituye un elemento clave de integración y canalización del descontento y una eventual oportunidad para la innovación política.

Como contrapunto a la oposición sistémica, los movimientos, grupos o partidos antisistema adoptan valores y modos de actuación que no aceptan las normas y estructuras de autoridad y cuestionan las reglas del juego del régimen político y, en no o pocas ocasiones, el propio orden socioeconómico.

En su análisis clásico de los rasgos del pluralismo polarizado, Sartori destaca que

un partido es antisistema siempre que socava la legitimidad del régimen al que se opone [...] un partido antisistema no cambiaría –aunque pudiera– el gobierno, sino el mismo sistema de gobierno. Su oposición no es una “oposición por cuestiones concretas” (tan poco lo es, que puede permitirse negociar sobre cuestiones concretas), sino una “oposición por principio”. Ni tampoco debería confundirse oposición «antisistema» con «extrasistema», ya que «un partido antisistema puede funcionar tanto desde dentro como desde fuera, mediante una sutil infiltración igual que mediante una obstrucción conspicua» (Sartori, 1980, pp. 168-169).

La utilización estratégica u oportunista de las estructuras de autoridad, o la eventual liza por el acceso al gobierno de los partidos antisistema serían solamente medios para deslegitimar el sistema político. La oposición antisistema es una oposición que no se identifica con el sistema político, que es ante todo «irresponsable» en el sentido de que sus «promesas no se prevé que se van a cumplir nunca» (Sartori, 1980, p. 176) y es todavía más irresponsable cuantas menos posibilidades tenga de llegar al gobierno.

No obstante, por paradójico que parezca, en no pocas ocasiones la oposición antisistema puede servir en última instancia de legitimación del sistema político al cumplir una función «tribunicia» expresión acuñada originalmente por Lavau (1981) en su estudio del papel del Partido Comunista Francés. La oposición antisistema cumpliría una función similar al del «tribuno de la plebe» que da voz, defiende e integra en el sistema a aquellos valores, ciudadanos y grupos sociales excluidos del mismo.

Muy próxima a la distinción entre oposición sistémica y antisistema, está la de «oposición leal» y «oposición desleal», según la propuesta de Linz (1989) en su análisis de los procesos de quiebra de las democracias.

Las oposiciones leales se caracterizan por la utilización de medios legales y no violentos de acceso al poder político institucional, asumiendo la derrota electoral, así como la sustitución de los gobernantes. La oposición desleal, en cambio, se implica en modos de actuación tendentes a desestabilizar y derribar el gobierno por medios ilícitos y en ocasiones violentos al no reconocer la legitimidad de los resultados electorales y gobiernos constituidos. Sin duda, podemos interpretar las categorías de leal-desleal como los polos de una escala o continuum en el que cabe identificar diferentes grados de deslealtad opositora en función de la intensidad y diversidad de los modos de actuación. De ahí que, por ejemplo, el autor entienda necesario utilizar la expresión de «oposición semileal»⁴.

⁴La misma idea subyacente de modular entre los polos de la escala sistema-antisistema se encuentra en la señera propuesta tipológica de Graham (1971). A partir de tres dimensiones del consenso hacia el

Por último, no hay que olvidar que la distinción entre oposición sistémica y antisistema posee una indudable carga normativa e ideológica. Forma parte habitual de la retórica y de las estrategias partidistas en la competición política. La utilización de la etiqueta «antisistema» –o «anticonstitucional»– funciona como modo de estigmatización del adversario en la liza política al que se le cuestiona la legitimidad de su discurso o acción política frente a lo que supuestamente debiera ser la «verdadera», «buena» o «legítima» oposición.

4.2. Oposición parlamentaria vs. oposición extraparlamentaria

Un segundo eje es el que diferencia entre oposición parlamentaria y oposición extraparlamentaria, si bien –como en el eje anterior– las fronteras entre ambas categorías son también permeables.

A pesar de la importancia de la oposición extraparlamentaria, lo cierto es que cuando se habla de oposición política en democracia el foco se pone en la oposición dentro del ámbito parlamentario. Como ya se ha señalado, la oposición parlamentaria ha sido tradicionalmente el principal objeto de estudio: analizar la oposición política ha sido casi equivalente a analizar la oposición parlamentaria.

Por «oposición parlamentaria» se entiende

una actividad dirigida a controlar la acción del gobierno, condicionando e influyendo en la orientación del mismo en base a una diversa trayectoria programática, y en vista a una futura sustitución del equipo gobernante [oposición-función], llevada a cabo por grupos parlamentarios minoritarios, colocados fuera de la mayoría del gobierno [oposición-organización] (De Vergottini, 1979, p. 7).

En el mismo sentido, la idea de oposición parlamentaria «identifica a determinados sujetos o actores excluidos del poder político gubernamental, que representan intereses, principios o valores distintos de los sustentados por la mayoría (parlamentaria y gubernamental, en los sistemas parlamentarios)» (Sánchez Navarro, 1997, p. 31). Obsérvese que, con otra terminología, nos encontramos de nuevo con la doble perspectiva o acepción, funcional e institucional, a la que aludíamos al referirnos al concepto de oposición en el apartado anterior.

¿A qué se dedica la oposición en el contexto parlamentario? ¿Cuáles son sus roles o funciones principales? Al margen de otras aproximaciones, podemos afirmar que la actividad de la oposición parlamentaria se sustenta esencialmente en dos grandes funciones: por un lado, la función de control al gobierno en sentido amplio, esto es, la supervisión y limitación del poder del gobierno, así como la influencia en la elaboración de políticas; y, por otro, la función de provisión de alternativas visibles al gobierno, esto es, alternativas a su visión política, acciones, a sus métodos y estrategias, personal político, etc.

La tabla 1 recoge algunas características de las funciones de los partidos de la oposición parlamentaria en su contraposición a los partidos de la oposición extraparlamentaria conforme a la propuesta de Franzmann (2009).

sistema político (fines, reglas de juego y resultados del sistema) distingue diferentes tipos de oposición política: intrapartidista, constitucional, de método, de conciencia, finalista, simbiótica y anómica. Quizás consciente del barroquismo taxonómico y los límites porosos entre categorías, Graham agrupa dichos tipos en tres categorías generales en función de los distintos grados o niveles de consenso hacia el sistema político: oposición «legítima», oposición «contestataria» y oposición «revolucionaria».

Obsérvese que se incluye en ella una función adicional: la de crítica al gobierno. No obstante, aunque muy importante, no se trataría de una función sustantiva o diferencial, sino más bien transversal a ambas. Esto es, la crítica al gobierno, que pasa por ser otra función convencional de la oposición en la literatura sobre el tema, se puede interpretar como un conjunto de actividades implícitas, transversales e integradas tanto en la función de control como en la función de provisión de alternativas.

Tabla 1.

Funciones de la oposición partidista parlamentaria y extraparlamentaria

	<i>Oposición parlamentaria</i>	<i>Oposición extraparlamentaria</i>
<i>Alternativa de personal político</i>	Alternativa permanente (p.e. «gabinete en la sombra») y voto de no-confianza	Futura alternativa de personal para todos los partidos parlamentarios
<i>Alternativa de temas y de soluciones a los problemas</i>	Depende del sistema de comisiones y de la organización del partido	Depende de la organización del partido
<i>Control</i>	Depende del sistema de comisiones y la constitución; influencia potencial durante el proceso de formulación de políticas y elaboración legislativa	Solo control de los productos y resultados de las políticas públicas
<i>Crítica</i>	Depende de los recursos para la comunicación y de las oportunidades parlamentarias para las interpelaciones	Depende de los recursos para la comunicación (pero es de la mayor importancia)
<i>La élite partidista es responsable ante...</i>	Las corrientes y facciones del partido y la militancia	Militancia

Fuente: elaboración a partir de Franzmann (2019, p. 335).

Lógicamente en el cumplimiento de estas dos macrofunciones se despliegan numerosas tareas de diverso tipo, unas más generales, otras más concretas: desde aquellas relacionadas con la exposición crítica de las políticas y actuaciones del gobierno ante la opinión pública, la representación, agregación y movilización de intereses (Sartori, 1966), la alimentación de la controversia en el debate legislativo, la formulación de propuestas en torno a políticas públicas, hasta las tareas de reclutamiento de líderes y personal político.

Es un lugar común entender que la naturaleza y tareas de la oposición parlamentaria se encuentran estrechamente relacionadas con los sistemas de gobierno. Desde el punto de vista de su institucionalización en el nivel constitucional se pueden distinguir cinco modelos de oposición (Helms, 2014, p. 25): modelo de oposición centrada en el parlamento sin mecanismos de veto y/o cogobierno para los partidos minoritarios (Reino Unido); modelos de oposición centrada en el parlamento con mecanismos de veto y/o cogobierno para los partidos minoritarios (Alemania); modelo de oposición en el sistema semipresidencialista (Francia); modelo de oposición en el sistema presidencialista de separación de poderes (Estados Unidos); y modelo de oposición con dispositivos amplios de democracia directa (Suiza).

Sin entrar a abordar cada uno de estos modelos, y con independencia del sistema concreto de gobierno, lo cierto es que la actividad opositora es una actividad relacional no homogénea que no sólo tiene que ver con los partidos de la oposición (al gobierno) en sentido estricto, o con el partido más grande o con mayor peso en la cámara (la Oposición, que a veces se indica con mayúscula).

No es extraño, por ejemplo, encontrar partidos que son socios parlamentarios o forman parte de una coalición de gobierno que tienen una gran capacidad de veto o «chantaje» (como diría Sartori) en caso de conflicto entre preferencias o estrategias políticas. Incluso dentro del propio partido gubernamental es posible identificar pautas de oposición como resultado de la vulnerabilidad y dependencia que eventualmente pueda tener de los apoyos de miembros o corrientes internas de su partido. Asimismo, un elemento importante, que es objeto de debate, es si considerar oposición parlamentaria o no a aquellas fracciones, partidos o miembros de la asamblea parlamentaria que, aunque no forman parte del gobierno o su coalición, ayudan o son importantes –a veces decisivos– para mantenerlo.

De hecho, la oposición parlamentaria se puede expresar en una gran variedad de «modos de relación» en los regímenes democráticos (véase Norton, 2008 con base en King, 1976):

- a) «modo oposición» en sentido estricto, que es propio de los sistemas mayoritarios tipo Westminster y se caracteriza por el conflicto entre gobierno y partidos de la oposición;
- b) «modo interpartidista» de oposición, que pone el foco en el conflicto que se da entre partidos «desde dentro», como puede ser el caso de una coalición;
- c) «modo intrapartidista» de oposición, que se presenta también «desde dentro» pero entre tendencias, corrientes, facciones o clientelas más o menos estables del partido y no siempre respaldadas por la dirección del mismo;
- d) «modo no partidista», que comprende agrupaciones parlamentarias sin una estructura oficial y que operan al margen de los partidos sobre la base de perfiles o intereses compartidos⁵; y
- e) «modo consensual» («*cross-party opposition*»), típico de los países escandinavos y otras democracias del «modelo consociacional» (Lijphart, 2000) en las que se dan prácticas habituales de trabajo encaminadas a alcanzar acuerdos amplios entre partidos de la oposición y gobierno para la elaboración de políticas públicas específicas⁶.

Mayores problemas de delimitación conceptual tiene la «oposición extraparlamentaria».

⁵Es el caso, por ejemplo, de los *All-Party Parliamentary Groups* (APPGs). Se trata de agrupaciones impulsadas por miembros del parlamento «que no forman parte de la estructura parlamentaria oficial, pero disfrutan de algún reconocimiento institucional -hay un registro de su existencia y pueden utilizar espacios de los comités- y atraen miembros de todos los partidos políticos» (Norton, 2008, p. 241). Las APPGs pueden implicar también en sus actividades a individuos u organizaciones externos al parlamento. Se pueden especializar bien por países o bien por temas. Estos últimos que pueden ser tan diversos como el problema de la obesidad, el bienestar animal, el autismo, las apuestas, los crímenes de guerra, etc. Si alguna agrupación logra cierta visibilidad o reputación es probable que entren en conflicto con determinadas políticas gubernamentales. En enero de 2022 había más de 350 APPGs registradas. Véase: <https://www.parliament.uk/mps-lords-and-offices/standards-and-financial-interests/parliamentary-commissioner-for-standards/registers-of-interests/register-of-all-party-party-parliamentary-groups/>

⁶ En el modo consensual, «los partidos de la oposición actúan no tanto como jugadores con veto sino como actores persuasivos en un proceso consensual. Los partidos de la oposición están en contra, por supuesto, de que el gobierno siga gobernando –y buscan sustituirlo en las próximas elecciones–, pero no se oponen necesariamente a medidas concretas y desean –o son invitados– a ejercer un papel en el desarrollo de esas medidas» (Norton, 2008, p. 246).

Aunque la expresión «oposición extraparlamentaria» se vinculó inicialmente a los movimientos estudiantiles de contestación y protesta de mediados de los sesenta del siglo pasado en algunos países occidentales, lo cierto es que se ha ampliado su uso y aplicación como categoría de análisis más allá de sus orígenes (Kolinsky, 1987). Ello ha tenido como consecuencia que en la actualidad las fronteras entre las categorías de oposición parlamentaria y extraparlamentaria sean porosas.

Como sabemos, los grupos de la oposición parlamentaria generan conexiones y ramificaciones complejas con asociaciones, grupos y organizaciones de la sociedad civil y, además, los partidos se implican no pocas veces en actuaciones extraparlamentarias de todo tipo contra el gobierno: la opción de los tribunales y la judicialización del conflicto, la movilización de los medios y la opinión pública, el despertar de la «calle», el impulso de un referéndum, etc.

Al fin y al cabo, la vitalidad de la oposición política en las democracias depende en buena medida de la participación y la amplia difusión de los lugares de oposición. Como señala Pasquino, «el arraigo social de la oposición constituye la condición previa para su arraigo institucional; y, a su vez, el arraigo institucional refuerza el de índole social» (1998, p. 54). Conviene, pues, tener presente la diferencia entre los grupos y partidos parlamentarios que actúan también de forma significativa fuera de la arena parlamentaria, y grupos y organizaciones de oposición extraparlamentaria en sentido estricto.

El mapa de actores que pueden formar parte de la oposición extraparlamentaria es ciertamente heterogéneo y de geometría variable, cuya configuración particular está muy ligada a las singularidades nacionales.

En cualquier caso, y sin ánimo exhaustivo, podemos mencionar algunos de ellos: a) partidos políticos que no han alcanzado representación parlamentaria o que poseen cuotas residuales de poder político institucionalizado; b) los movimientos sociales tradicionales (feminismo, ecologismo) y nuevos movimientos sociales (15-M, antiglobalización, LGTBI, cambio climático) en los que cabe integrar los grupos de «promoción de causas»⁷; c) los grupos de interés o de «defensa global de intereses» (sindicatos, organizaciones empresariales) que no pocas veces entran conflicto con la dirección gubernamental e impulsan una oposición social a determinadas políticas públicas; d) grupos de presión y asociaciones orientadas a promover temas o *issues* específicos (pensionistas, consumidores, agricultores, corporaciones sectoriales); y e) los medios de comunicación y también los líderes sociales de oposición en virtud de su capacidad para personalizar y hacer visibles temas, problemas y conflictos en la opinión pública.

La valoración de la multiplicidad de factores que influyen en el peso e importancia de la actividad opositora de estos movimientos y grupos y la casuística de sus modos de actuación –sean directos sobre el poder político gubernamental o indirectos sobre la opinión pública–, escapan con mucho el espacio de este trabajo. En cualquier caso, parece evidente que una distinción fundamental es la que se da entre aquellos actores que pretenden canalizar el conflicto social ejerciendo su presión sobre el parlamento y otras instancias de autoridad, de aquellos otros que no reconocen, ignoran o emplean rutas ajenas a la arena parlamentaria y, en ocasiones, al propio régimen en línea con planteamientos antisistema.

⁷ Como bien sabemos de los trabajos integrados en la literatura sobre grupos de presión, no es fácil delimitar una frontera precisa entre grupos de promoción de causas y grupos de defensa de intereses.

5. Revisitando el trabajo pionero de Dahl y más allá

Hasta la fecha el trabajo teóricamente más ambicioso sobre oposición política en las democracias sigue siendo la obra clásica editada por Dahl (1966). Al margen de los diferentes estudios de caso, en ella utiliza un amplio arsenal de criterios, tanto empíricos como normativos, y de factores condicionantes del papel y la fortaleza de la oposición política en los sistemas democráticos.

En primer lugar, propone seis «criterios de diferenciación» a modo de esquema para clasificar los diferentes «modelos de oposición»: a) cohesión de los partidos u otros opositores políticos, susceptible de evaluación a partir de su número, unidad interna, formato del sistema de partidos, etc.; b) competitividad o el «modo en que las ganancias y pérdidas de los opositores políticos en las elecciones y en el parlamento están relacionados» (Dahl, 1966a, p. 336); c) los lugares o escenarios donde se sustancia de modo predominante el conflicto gobierno-oposición, ya sea en la liza electoral local, regional o nacional, en la asamblea parlamentaria, en los medios de comunicación, en la movilización callejera, etc.; d) la identificabilidad o carácter distintivo de la oposición política (grado de notoriedad)⁸; e) Los fines u objetivos a medio-largo plazo (estos es, oposición al gobierno, al equipo de gobierno, al régimen político en su conjunto, al sistema socioeconómico, etc.); f) las estrategias (medios de actuación de los que se vale la oposición).

En segundo lugar, y en conexión con estos criterios, Dahl destaca diversas condiciones que ayudan a entender la variabilidad de los modelos de oposición. Las cinco «condiciones primarias» serían, en esencia: la estructura constitucional y el sistema electoral, las orientaciones básicas de la cultura política compartida por los ciudadanos, las subculturas específicas de la oposición, el nivel de descontento social hacia el gobierno, y las *cleavages* políticas derivadas las diferencias económicas y sociales. Asimismo, habría que considerar también dos factores intervinientes: «las pautas específicas de división, conflicto y consenso en las actitudes y opiniones, y el grado de polarización» (Dahl, 1966d, p. 348).

Por si fuera poco, Dahl introduce, en tercer lugar, ocho criterios normativos a modo de estándares de relevancia para juzgar los modelos de oposición, los cuales están estrechamente relacionados con su concepción teórica de la poliarquía⁹.

La contribución de Dahl ha sido criticada, con razón, por la complejidad o, incluso, barroquismo que presenta y porque no distingue entre actores e instituciones. Asimismo, ha sido criticada por el hecho de que algunos factores que describe son imprecisos, se solapan y, en ocasiones, se confunden en ellos causas y efectos.

⁸El grado de distintividad de la oposición varía a lo largo de una escala en la que podemos situar a sistemas en los que los actores de la oposición gozan de gran reconocimiento o notoriedad (la Oposición con mayúsculas) y en el otro polo hay sistemas en los que gobierno y oposición son prácticamente indistinguibles

⁹Lo ocho criterios son los siguientes (Dahl, 1966d): a) libertad de pensamiento y expresión, incluyendo oportunidades para que las minorías puedan disentir y que se conozcan sus perspectivas sus visiones entre ciudadanos y decisores público; b) oportunidades para la participación de los ciudadanos en la vida política; c) control sobre las decisiones del gobierno por parte de una mayoría o minoría de ciudadanos, votantes o electos cuando se presenta un conflicto político; d) racionalidad en la deliberación política y la toma de decisiones, en el sentido de que se comprenden por los líderes y ciudadanos los temas, objetivos y medios; e) consenso en la deliberación política y la toma de decisiones, en el sentido de que las soluciones que se alcancen minimizarán el rechazo de las minorías perdedoras y se ampliará el número de ciudadanos cuyos objetivos ha sido alcanzados de modo satisfactorio; f) gestión pacífica de conflictos y minimización de la violencia política; g) resolución urgente y adopción satisfactoria de decisión ante problemas públicos que se consideran importantes por una proporción sustancial de ciudadanos y líderes; y h) amplia confianza en la lealtad hacia el régimen político democrático y constitucional.

Como, por ejemplo, que las «estrategias» de la oposición pueden ser en parte la causa de su «distintividad» (Garritzmann, 2017, p. 6).

También se ha puesto en evidencia la dificultad que tiene de aplicación empírica y comparativa. Su aportación no proporciona ni una clasificación donde situar a las diferentes oposiciones de los diferentes países, ni tampoco una tipología, ya que los «criterios de diferenciación» y condiciones no aparecen claramente articulados.

Pero también es cierto que la aportación dahliana es notable por la variedad de temas y dimensiones que incorpora, así como por su valor como esquema comprensivo y sistemático para el análisis de la oposición. Aunque presenta sus limitaciones para ser aplicada en estudios comparativos, su construcción teórica resulta de gran utilidad para comprender muy diversos elementos de la estructura de oportunidades de las oposiciones en ámbitos nacionales.

Casi desde su publicación ha servido de referente habitual para la investigación y de base e inspiración a aportaciones más acotadas y estudios de caso (Helms, 2004; Kolinsky, 1987; Kaiser, 2008), aunque –como ya se ha mencionado– las aportaciones teóricas novedosas y los estudios empíricos de tipo comparativo están prácticamente ausentes con algunas excepciones¹⁰.

Una excepción es el trabajo de Blondel (1997) que, partiendo de una crítica exhaustiva a diversos planteamientos de la propuesta dahliana, acaba por agrupar y simplificar sus «criterios de diferenciación». De hecho, construye una tipología sencilla centrándose en los actores de la oposición parlamentaria, más que en las instituciones, sobre la base de únicamente dos criterios: a) la distancia entre los objetivos de la oposición y del gobierno, b) la fortaleza relativa de los actores que integran la oposición (Blondel, 1997, pp. 470-474). Probablemente es también criticable que la tipología simplifica en extremo el planteamiento de Dahl y no hace justicia de la riqueza de matices de sus «criterios».

Otra excepción es la interesante propuesta politológica de Helms (2008) que, si bien incluye algunos factores específicos de la oposición institucional parlamentaria, parece claramente deudora –después de más de cuatro décadas– de la contribución pionera de Dahl. Helms se pregunta sobre cuáles son los «parámetros estructurales» que modelan la oposición parlamentaria y su margen de maniobra en el proceso democrático.

Tabla 2.

Parámetros estructurales que afectan a la oposición parlamentaria

Factores institucionales no parlamentarios	Factores institucionales parlamentarios	Factores societales
Sistema de partidos y estructura de la competición Sistema electoral Modo de financiación de los partidos	Preguntas e interpelaciones Voto de no confianza o censura Fijación de la agenda parlamentaria Otros factores: existencia de un tribunal constitucional, de leyes que puedan ser invocadas por la	Principales <i>cleavages</i> sociales que estructuran el espacio político Demandas sociales y estrategias partidistas

¹⁰Deben destacarse también como excepciones relativamente recientes los trabajos empíricos y comparativos Garritzmann (2017) y Wegmann (2020) sobre los incentivos y oportunidades institucionales de las oposiciones parlamentarias, los cuales son poco conocidos y a los que se aludirá en el próximo apartado.

	minoría, del referéndum y su frecuencia de uso...	Parámetros culturales y convenciones relativas al eje cooperación-conflicto
--	---	---

Fuente: elaboración propia a partir de Helms (2008).

En la Tabla 2 se resumen dichos parámetros agrupándolos en factores institucionales y no institucionales siguiendo la propuesta original de Helms. No obstante, hemos reelaborado dicha propuesta y añadido la distinción entre factores institucionales parlamentarios (o del «entorno interno» de la oposición) y factores institucionales no parlamentarios (o del «entorno externo»), que nos servirá de guía en el próximo apartado.

Obsérvese que, tanto los factores institucionales no parlamentarios como los factores societales, guardan relación con la obra dahliana y, en concreto, con los criterios de diferenciación de los modelos de oposición.

6. La estructura de oportunidades de la oposición parlamentaria

La bien conocida tesis del declive de los parlamentos en el mundo actual ha ido conduciendo a la percepción de que el parlamento y con él la oposición parlamentaria tienen un papel cada vez menos relevante en la gobernanza democrática. No obstante, los pocos estudios de naturaleza empírica y comparativa sobre oposición apuntan en la dirección de que el parlamento continúa siendo una arena fundamental de escenificación del conflicto político y que el estatus de la oposición parlamentaria no es ni mucho menos marginal.

No resulta extraño que, con unas u otras formulaciones, la pregunta clave de investigación que ha suscitado mayor interés en relación con la oposición parlamentaria haya sido: ¿de qué depende el poder de la oposición parlamentaria? Dicho con otros términos, ¿cuáles son los factores que marcan la diferencia en la capacidad de influencia o impacto de la oposición?

La actuación de la oposición parlamentaria se encuentra vinculada a un entorno específico, un «entorno de la oposición» podemos decir, que induce una determinada estructura de oportunidades. La estructura de oportunidades enmarca las posibilidades actuación de la oposición ya que impone una «selección estratégica» (Blaskar, 1998), que favorece a unas estrategias de la oposición en mayor medida que a otras. Ello no quiere decir, por supuesto, que determinen de forma directa los resultados, sino que únicamente definen el abanico de opciones y estrategias posibles. Aunque dicha estructura condiciona sustancialmente su comportamiento, ello no tiene por qué impedir, sin embargo, que la oposición la aproveche a su favor, intentando así potenciar su autonomía e incrementar el quantum de su influencia política. En este sentido, el entorno proporciona límites y amenazas, al tiempo que recursos potenciales a la oposición.

El entorno de la oposición estará integrado por un conglomerado muy numeroso de factores (institucionales, de la dinámica política, sociales...), ponderables en cada caso concreto y de carácter contingente. Resultan difícilmente aprehensibles sin acudir al terreno empírico. Calibrar el impacto de la oposición es, pues, un problema complejo que no tiene fácil solución si se plantea en términos abstractos, sin hacer referencia a qué oposición, en qué circunstancias concretas y el ámbito donde se desarrolla su impacto.

Una aproximación operativa al análisis de la estructura de oportunidades de la oposición parlamentaria es el instrumento propuesto por el informe de la Comisión

Venecia (2019), que contempla un conjunto de parámetros sobre las relaciones entre mayoría parlamentaria y oposición en los sistemas democráticos.

Se trata de un *check-list* ciertamente exhaustivo que aborda los derechos y responsabilidades de la oposición agrupados en diez dimensiones o parámetros, los cuales se desglosan a su vez en preguntas concretas a modo de indicadores clave para la verificación de cada parámetro (véase un resumen en la Tabla 3).

Tabla 3.

Un *check-list* de las oportunidades institucionales de la oposición parlamentaria

PARÁMETROS	PREGUNTAS-INDICADORES CLAVE
<i>Estatus jurídico de la oposición</i>	¿Se garantizan los derechos de la oposición a nivel constitucional, a nivel legislativo y/o a nivel reglamentario? ¿Cómo se adoptan las regulaciones? ¿Qué papel juega la costumbre parlamentaria/constitucional en los procedimientos parlamentarios?
<i>Grupos mayoritarios y minoritarios en el parlamento</i>	¿Existe alguna diferencia entre el estatuto de los parlamentarios de la oposición y los de la mayoría? ¿Cuántos parlamentarios pueden formar un grupo que tenga un estatuto especial? ¿Hay alguna obligación de los parlamentarios de adscribirse a alguno de estos grupos? ¿Se rigen los grupos por sí mismos o hay reglas externas? ¿Pueden recibir recursos humanos y financieros adicionales? ¿Es posible para un parlamentario cambiar su lealtad política o votar contra la línea del partido sin perder el mandato? ¿Es posible privar el mandato de un parlamentario por una falta específica o por incompatibilidad? ¿Se puede privar el mandato por incumplimiento de sus tareas o ausencia injustificada?
<i>Debates parlamentarios</i>	¿Son accesibles los debates para la prensa y el público en general? ¿Cuántos parlamentarios y grupos deben participar en el debate y la votación? ¿Cómo se cuentan los votos? ¿Cuánto tiempo debe asignarse a las consultas públicas y a la preparación de un debate plenario? ¿Cómo puede el público, los actores interesados, los expertos y los testigos participar en los debates parlamentarios?
<i>Cargos del parlamento</i>	¿Cómo se nombran los cargos de responsabilidad? ¿Cómo se designa y administra al personal del parlamento? ¿Qué papel juegan los comités o comisiones permanentes en la elaboración de leyes y en otros procedimientos parlamentarios?
<i>Participación de la oposición en la elaboración de leyes</i>	¿Puede la oposición convocar una sesión extraordinaria del parlamento? ¿Qué papel juega en la preparación del orden del día para una próxima sesión? ¿Tiene el derecho de presentar iniciativas legislativas? ¿Es posible que la oposición o la mayoría añadan de manera urgente un punto en el orden del día, en el curso de una sesión? ¿Cómo se distribuye el tiempo de intervención oral en el debate plenario? ¿Es posible reducir el tiempo de intervención oral o retirarlo por completo? ¿Por quién? ¿Quién puede presentar enmiendas y cuáles son las posibles limitaciones a este derecho? ¿Qué proyectos de ley requieren una mayoría cualificada? ¿Es posible que la oposición inicie un referéndum o se oponga a uno? ¿Puede la oposición impugnar la constitucionalidad de una ley o un proyecto de ley?
<i>Legislación a iniciativa del gobierno</i>	¿Cuáles son los mecanismos de control parlamentario de la iniciativa legislativa gubernamental? (legislación por decretos del gobierno, legislación delegada y situaciones de emergencia)
<i>Participación en el control parlamentario del poder ejecutivo</i>	¿Qué modalidades hay de informes regulares por parte ejecutivo ante el pleno del parlamento? ¿Cómo puede la oposición obtener respuestas de los órganos estatales y unidades administrativas fuera del mecanismo regular de informes? ¿Se puede iniciar una moción de censura? ¿Y un procedimiento de juicio político contra un cargo público? ¿Cómo se crean las comisiones de investigación y cómo puede participar la oposición en sus tareas? ¿Cuáles son los poderes y el resultado de la investigación y cómo puede influir la oposición en ellos?
<i>Nombramiento de altos cargos</i>	¿Cómo participa la oposición en el nombramiento de altos cargos que no pertenecen al Gobierno? ¿Cómo evitar bloqueos (<i>dead-locks</i>) en los procedimientos de nombramiento?
<i>Inmunidades parlamentarias</i>	¿Cuál es el alcance de la inmunidad de los parlamentarios por sus tareas? ¿Quién puede retirar -y cómo- la inmunidad de un parlamentario?
<i>Resolución de disputas</i>	¿Quién puede examinar las infracciones éticas cometidas por los parlamentarios? ¿Cómo se resuelven las disputas entre grupos parlamentarios?

Fuente: elaboración a partir de Venice Commission (2019).

Aunque eminentemente descriptivo y normativo, el instrumento es de utilidad como punto de partida para evaluar y plantear recomendaciones acerca del estatus jurídico-político de la oposición en los regímenes democráticos y, en particular, en las democracias débiles o vulnerables. En este sentido, resulta de interés para «identificar debilidades en las regulaciones nacionales» en relación con los procedimientos y prácticas parlamentarias. No obstante, la Comisión destaca que las normas y regulaciones no bastan, ya que «incluso si se establecen de manera formal todos los mecanismos legales recomendados, esto no garantiza que el régimen respectivo sea necesariamente democrático. En ausencia de un pluralismo político genuino (que incluye la existencia de partidos políticos independientes y con la suficiente solidez, medios de comunicación libres, elecciones justas, una sociedad civil fuerte, etc.), las garantías legales para la oposición en el Parlamento seguirán siendo letra muerta» (Comisión Venecia, 2019, p. 4).

6.1. El entorno institucional «interno»

Más allá del *check-list* de la Comisión Venecia, y si centramos la atención en primer lugar en el entorno institucional «interno», esto es, en aquellas instituciones que pueden ofrecer oportunidades internas a la oposición —ámbito éste hay algunos estudios recientes y globales de carácter empírico—, podemos destacar algunos factores o variables relevantes.

La Tabla 4 sintetiza las variables principales de carácter interno que se consideran en los estudios de Garritzmann (2017) y Wegmann (2020)¹¹.

Tabla 4.
El poder de la oposición parlamentaria

<i>Poder de iniciativa</i>	<i>Poder de debate</i>	<i>Poder de veto</i>
Proposiciones de ley Fijación de la agenda	Preguntas e interpelaciones Enmiendas Sistema de comisiones (estructura y procedimiento)	Poder del ejecutivo Referéndum

Fuente: elaboración a partir de Wegmann (2020) y Garritzmann (2017).

Como se puede observar, los factores están agrupados siguiendo el criterio de las «etapas» del proceso político-legislativo (Wegmann, 2020).

En primer lugar, el «poder de iniciativa» se refiere al poder de la oposición para la introducción de propuestas legislativas y su influencia en la agenda parlamentaria, así como en la selección y formato de las propuestas políticas que se van a votar. Entre otros aspectos, si el gobierno fija la agenda en solitario o la oposición participa en ello, si hay limitaciones a las proposiciones de ley o alternativas de la oposición, relacionadas, por ejemplo, con restricciones financieras o previsiones de gasto, o si el gobierno tiene poder de reducir los intentos de obstrucción de la oposición.

En segundo lugar, el «poder de debate» de la oposición se relaciona con elementos y posibilidades de actuación como, entre otras, las interpelaciones y preguntas escritas (tiempo disponible para contestar a las mismas, por ejemplo), las

¹¹Ambos estudios centran su atención en la estructura de oportunidades de la oposición parlamentaria a partir del análisis cuantitativo y comparativo de las instituciones y procedimientos parlamentarios de las cámaras legislativas de 21 países en el caso de Garritzmann (2017) y de 54 países en el caso de Wegmann (2020).

preguntas orales¹² (la posibilidad de debatir sobre las preguntas, la posibilidad de preguntar espontáneamente e incluso la posibilidad de debatir sobre preguntas espontáneas), las enmiendas (la existencia de mayores o menores limitaciones a su presentación), el sistema de comisiones parlamentarias (su mayor o menor fortaleza susceptible de medición por su número, tamaño, personal, si son reflejo o no de la estructura ministerial) y las oportunidades de la oposición dentro de las comisiones (como, por ejemplo, la asignación proporcional de puestos en las comisiones en función de los escaños, si existe la oportunidad de publicar informes finales para las minorías, si las comisiones se reúnen en sesión pública o a puerta cerrada, etc.).

Por último, el «poder de veto» alude a la capacidad del ejecutivo –y en qué grado– para hacer uso de la vía del decreto y para vetar una proposición de ley; así como la capacidad de la oposición para impulsar un referéndum.

Sin entrar en los detalles relativos a la operativización de variables y análisis cuantitativo de datos, lo cierto es que el poder de la oposición se acaba midiendo, en el caso de Garrizman (2017), a través de un índice sintético: el «índice del poder de la oposición» («*opposition power index*»). Los resultados de dicho índice apuntan de forma concluyente –para el caso de los países europeos– a que cuatro países del Sur de Europa (Francia, Portugal, Grecia y España) son los sistemas que menos oportunidades ofrecen a la oposición parlamentaria: entre 0,3 y 0,4 puntos en el índice. En cambio, los países nórdicos (Dinamarca, Finlandia, Noruega y Suecia) ofrecen a la oposición parlamentaria mayor poder y oportunidades, con índices entre 0,8 y 0,9 puntos.

Con criterios metodológicos distintos, el más reciente índice del poder de la oposición de Wegman (2020) –el «*policy-making power of opposition players index*»– que incluye muchos más casos que el Garrizmann, llega también al mismo resultado. No obstante, hay que señalar que la variabilidad del índice entre cámaras legislativas y países del conjunto de la muestra mundial es muy grande: 44 de los 54 países estudiados se agrupan en el intervalo amplio entre 0,4 y 0,8 puntos en el índice. Con carácter general, la media más alta del índice de poder de la oposición corresponde a los países europeos y la media más baja a los países asiáticos. Entre ambos grupos de países se sitúan los países americanos y africanos con índices también más bajos que los europeos.

Así pues, al contrario de lo que tradicionalmente sugiere la literatura sobre modelos de democracia, las diferencias en la estructura de oportunidades y el poder de la oposición parlamentaria no descansan en la distinción entre países de democracia mayoritaria tipo Westminster y países de democracia consociacional (Lijphart, 2000), sino en la distinción entre países del Norte y Sur de Europa.

Tampoco los países de democracia mayoritaria tipo Westminster tienen puntuaciones muy bajas en el índice, sino que se sitúan más bien en lugares en torno a la media o ligeramente por debajo. No existe en ellos, ni mucho menos, una oposición devaluada, como a veces se ha subrayado. Ello puede deberse a que en estos países «las oposiciones son muy visibles y nítidamente reconocibles como contraparte del gobierno, pueden expresar alternativas con fuerza y asegurarse niveles altos de publicidad» (Garrizmann, 2017, p. 18), aunque sin duda no tienen importantes capacidades de control de la acción del gobierno.

¹²Uno de los índices más interesantes que se han utilizado para medir diferentes aspectos de la variable «preguntas orales» (como, por ejemplo, frecuencia de las preguntas, posibilidad de hacer preguntas espontáneas, tiempo de las intervenciones, etc.) es el llamado «índice de confrontación» de Russo y Wiberg (2010).

Obviamente los factores que señalamos guardan relación con las funciones generales que atribuíamos a la oposición parlamentaria en el apartado 4.1., esto es, algunos de ellos están en mayor medida relacionados con la función de control del gobierno y otros con la función de provisión de alternativas visibles al mismo. En tal sentido, Garrizmann (2017) sugiere también la interesante hipótesis de que algunos sistemas políticos descansan en instituciones que ofrecen a las oposiciones parlamentarias mayores oportunidades para controlar el poder del gobierno, mientras que otros sistemas favorecen en mayor medida la provisión de alternativas.

En todo caso, conviene no olvidar que ambas funciones pueden solaparse y su puesta en práctica no está exenta de tensiones. No pocas veces los actores de la oposición exhiben comportamientos contradictorios y buscan concesiones o soluciones de compromiso a la hora de buscar un equilibrio entre dichas funciones. También hay que tener presente, con Norton (2008), que los partidos de la oposición suelen ser más eficaces en su papel de exponer al gobierno a la supervisión y el cuestionamiento público, pero no tanto a la hora de influir en los resultados de la elaboración legislativa y contribuir al diseño de políticas públicas.

6.2. El entorno institucional «externo»

Por lo que se refiere a los factores o variables del entorno institucional «externo» de la oposición parlamentaria destacamos de modo especial el sistema electoral.

Sin entrar a considerar el papel relevante del sistema de partidos y su formato, cabría esperar que los sistemas electorales proporcionales favorecerían en mayor medida la fragmentación parlamentaria que los sistemas electorales mayoritarios. Dicha fragmentación se traduciría en reglas y procedimientos que reflejarían esa dispersión del poder en la asamblea, lo que concedería mayor poder a los actores de la oposición.

Y, en efecto, parece que así es. Los resultados empíricos parecen apoyar, al menos parcialmente, esta idea: los países con sistemas proporcionales otorgan más poder político a los actores de la oposición en comparación con los países con sistemas electorales mayoritarios, pero en menor medida que aquellos países que tienen sistemas mixtos (Wegman, 2020, p. 17).

Sin embargo, y por sorprendente que pueda parecer, otros factores o variables que tradicionalmente son importantes en la literatura sobre oposición parlamentaria, como el sistema de gobierno (parlamentario, presidencial, semipresidencial) o el tamaño de la asamblea no parecen explicar ni tener un efecto significativo sobre la «oposición efectiva» –por utilizar la expresión de Altman y Pérez-Liñán (1999)–.

Se puede comprobar que existe una gran variabilidad en la fortaleza de las oposiciones en cuanto a oportunidades de influencia en la elaboración legislativa y en el control del gobierno; variabilidad que se da dentro de cada sistema de gobierno y también entre cámaras legislativas de diverso tamaño. En cambio, factores aparentemente menos señalados como la fragmentación religiosa o la región de pertenencia (Wegman, 2020, p. 19) presentan una correlación positiva con el poder efectivo de la oposición parlamentaria.

No menos sorprendente es la práctica ausencia de cualquier análisis mediamente riguroso del papel que juegan los liderazgos y portavoces de la oposición, a pesar de su indudable importancia en el escenario de creciente personalización de la política democrática (McAllister, 2007). Existe la percepción generalizada de que el liderazgo político constituye una de mejores garantías de éxito

a la hora de desplegar estrategias de dirección política, de persuadir a la opinión pública, de buscar de recursos y apoyos y, en definitiva, de competir en la liza política y electoral.

Tanto en el discurso político como académico se entiende que los líderes desempeñan funciones esenciales en las democracias (Natera, 2014): proporcionan rumbo, impulso, dirección y, sobre todo, «sentido» –mediante la incorporación de valores– a las estructuras políticas; desempeñan un papel muy significado en la comunicación política y la vertebración de la opinión pública; y contribuyen decisivamente a la persuasión y/o movilización no solo a su equipo de fieles o afines sino también a sus competidores y a la opinión pública en torno a valores, proyectos o estrategias. La importancia del liderazgo se revela, además, porque en no pocas ocasiones los líderes de la oposición se convierten en agentes simplificadores de la complejidad de lo político: encarnan temas, problemas o conflictos y sintetizan la representación de algunas demandas e intereses de tal forma que sean asimilables por los ciudadanos.

Queda mucho, pues, por dilucidar acerca de los factores (en especial, los propios del entorno institucional «externo») que conforman la estructura de oportunidades y que ejercen un impacto en el poder de la oposición parlamentaria.

La naturaleza de la oposición es, pues, multifacética. La pluralidad de modos de relación en que se despliega la actividad opositora y esa diversidad de incentivos institucionales existentes ponen de manifiesto que el parlamento «es algo más que un órgano ineficaz establecido para entablar conflicto con el ejecutivo» (Norton, 2008, p. 242), al contrario de lo que sugieren las visiones más descarnadas acerca del declive de los parlamentos en la actual política democrática.

7. Concluyendo: hacia una concepción ampliada de la oposición política

Del recorrido trazado en las páginas precedentes podemos derivar algunas propuestas generales encaminadas a intensificar futuros ámbitos de estudio en línea con una concepción más amplia, inclusiva y extravertida de la oposición política.

En primer lugar, por lo que se refiere a la oposición parlamentaria, resulta necesario estudiar con mayor profundidad las oposiciones en las segundas cámaras, así como su complejo papel en escenarios territoriales multinivel (en particular, de Estados federales o altamente descentralizados) donde es frecuente encontrar partidos que son al mismo tiempo gobierno y oposición en diferentes niveles o asambleas territoriales, o partidos con gran apoyo en un determinado territorio, aunque minoritarios a nivel nacional, que son decisivos como jugadores con capacidad de bloqueo en las políticas nacionales.

En segundo lugar, es ineludible expandir la visión de la oposición centrada en las instituciones para contemplar también el estudio de los actores de la oposición en sentido amplio, así como sus estrategias, prácticas y comportamiento político. Aunque no es tarea sencilla, se puede tomar –de nuevo– como base y reformular los «criterios» generales de Dahl para construir un marco teórico actualizado, ambicioso y versátil que incluya a la vez el análisis de las instituciones y los actores de la oposición política.

En tercer lugar, es también relevante abundar en el análisis de las relaciones y estrategias de cooperación o competencia que se dan entre la oposición parlamentaria y los tipos de oposición extraparlamentaria, sobre todo ante la paulatina extensión e implicaciones del paradigma de la gobernanza pública y en red. De gran

interés es, por ejemplo, es el estudio de las condiciones y factores que favorecen o dificultan la utilización por parte de la oposición parlamentaria de instrumentos, recursos y espacios extraparlamentarios, o el modo en que emergen y se articulan coaliciones amplias basadas en el apoyo explícito o tácito de otros grupos de la sociedad civil.

Probablemente nunca han existido tiempos benignos para la oposición política en democracia. Tampoco los que vivimos. El engrandecimiento de los ejecutivos, el retroceso democrático de la última década y la ola de autoritarismo en el ámbito internacional, la emergencia de los populismos o la polarización política ideológica y afectiva en algunas sociedades son tendencias francamente preocupantes. En todo caso, como creemos haber puesto de manifiesto, el hecho de poner el foco en el papel fundamental de la oposición política puede abrirnos nuevas vías para comprender el funcionamiento de la política democrática y los grandes retos a los que se enfrenta. Recordemos una vez más que democracia y oposición componen un binomio inseparable.

Bibliografía

- Altman, D. y Pérez-Liñán, A. (1999). Más allá de la poliarquía. Una aproximación a la calidad de las democracias. *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 11, pp. 83-105. <https://hdl.handle.net/20.500.12008/7121>
- Beyme, K. V. (1987). Parliamentary Opposition in Europe. En A. Kolinsky (Ed.), *Political Opposition in Western Europe* (30-48). Croom Helm.
- Bhaskar, R. (1998). General Introduction. En M. Archer, R. Bhaskar, A. Collier, T. Lawson y A. Norrie (Eds.), *Critical Realism: Essential Readings* (3-15). Routledge.
- Blondel, J. (1997). Political opposition in the contemporary world. *Government and Opposition*, 32 (4), 462-486. <https://doi.org/10.1111/j.1477-7053.1997.tb00441.x>
- Brack, N. y Weinblum, S. (2001). Political Opposition. Towards a Renewed Research Agenda. *Interdisciplinary Political Studies*, 1 (1), pp. 69-79.
- De Giorgi, E. (2007). *Parliamentary opposition in Western Europe Democracies today: systemic or issue oriented? A comparative study of two parliamentary systems*. [Comunicación en Congreso]. ECPR Joint Session, Helsinki.
- Dahl, R. A. (1966). *Political Opposition in Western Democracies*. Yale University Press.
- Dahl, R. A. (1966a). Patterns of Opposition. En R.A. Dahl (Ed.), *Political Opposition in Western Democracies* (332-347). Yale University Press.
- Dahl, R. A. (1966b). Preface. En R.A. Dahl (Ed.), *Political Opposition in Western Democracies* (xiii-xxi). Yale University Press.
- Dahl, R. A. (1966c). Epilogue. En R.A. Dahl (Ed.), *Political Opposition in Western Democracies* (87-402). Yale University Press.
- Dahl, R. A. (1966d). Some Explanations. En R.A. Dahl (Ed.), *Political Opposition in Western Democracies* (348-386). Yale University Press.
- Dahl, R. A. (2009). *La poliarquía. Participación y oposición*. Tecnos.
- De Vergottini, G. (1979). La forma de gobierno de oposición garantizada. *Revista de Estudios Políticos*, 9, 5-41.
- Franzmann, S.T. (2019). Extra-Parliamentary Opposition within a Transforming Political Space: The AfD and FDP under Merkel III between 2013 and 2017. *German Politics*, 28 (3), 332-349. <https://doi.org/10.1080/09644008.2018.1512972>

- Garrizmann, J. L. (2017). How much power do oppositions have? Comparing the opportunity structures of parliamentary oppositions in 21 democracies. *The Journal of Legislative Studies*, 23 (1), 1-30. <https://doi.org/10.1080/13572334.2017.1283913>
- Graham, G. (1971). Consenso e Opposizione: una tipologia. *Rivista Italiana di Scienza Politica*, 1 (1), 93-121. <https://doi.org/10.1017/S0048840200000319>
- Helms, L. (2004). Five ways of institutionalizing political oppositions: Lessons from the advanced democracies. *Government and Opposition*, 39 (1), 22-54.
- Helms, L. (2008). Studying Parliamentary Opposition in Old and New Democracies: Issues and Perspectives. *The Journal of Legislative Studies*, 14 (1/2), 6-19. <http://dx.doi.org/10.1080/13572330801920788>
- Helms, L. (2021). Introduction: The nature of political opposition in contemporary electoral democracies and autocracies. *European Political Science*, 4, 569-579. <https://doi.org/10.1057/s41304-021-00323-z>
- Ionescu, G. y De Madariaga, I. (1968). *Opposition. Past and Present of a Political Institution*. The New Thinker Library.
- Kaiser, A. (2008). Parliamentary opposition in Westminster democracies: Britain, Canada, Australia, and New Zealand. *The Journal of Legislative Studies*, 14 (1/2), 20-45. <https://doi.org/10.1080/13572330801920887>
- King, A. (1976). Modes of Executive-Legislative Relations: Great Britain, France, and West Germany. *Legislative Studies Quarterly*, 1 (1), 11-34.
- Kolinsky, A. (1987). *Political Opposition in Western Europe*. Croom Helm.
- Lavau, G. (1981). *A quoi sert le Parti communiste français?* Fayard.
- Lijphart, A. (2000). *Modelos de democracia. Formas de gobierno y resultados en treinta y seis países*. Ariel.
- Linz, J.J. (1989). *La quiebra de las democracias*. Alianza Editorial.
- López Aguilar, J.F. (1991). *Minoría y oposición en el parlamentarismo. Una aproximación comparativa*. Congreso de los Diputados.
- McAllister, I. (2007). The personalization of politics. En R. J. Dalton y H-D. Klingemann. (Eds.), *The Oxford Handbook of Political Behaviour* (571-588). Oxford University Press.
- Mújica, J. A. (2004). *La oposición política en la España democrática*. [Tesis Doctoral, de la Universidad Complutense]. E-Prints. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/5295/>
- Natera, A. (2014). El liderazgo político como proceso: una mirada integradora. En A. Natera y C. Díaz-Carrera. (Eds.), *El coraje de liderar. La democracia amenazada en el siglo XXI* (115-147). Tecnos.
- Norton, P. (2008). Making Sense of Opposition. *The Journal of Legislative Studies*, 14 (1), 236-250. <http://dx.doi.org/10.1080/13572330801921257>
- Pasquino, G. (1998). *La oposición*. Alianza Editorial.
- Russo, F. y Wiberg, M. (2010). Parliamentary Questioning in 17 European parliaments: some steps towards comparison. *Journal of Legislative Studies*, 16 (2), pp. 215-232. <https://doi.org/10.1080/13572331003740115>
- Sánchez Navarro, A.L. (1997). *La oposición parlamentaria*. Congreso de los Diputados.
- Sartori, G. (1966). Opposition and Control: Problems and Prospects. *Government and Opposition*, 1 (1), 149-154.
- Sartori, G. (1980). *Partidos y sistemas de partidos*. Alianza Universidad.
- Shapiro, I. (1996). Three Fallacies concerning Minorities, Majorities, and Democratic Politics. En I. Shapiro (Ed.), *Democracy's Place* (16-52). Cornell University Press.
- Stepan, A. (1997). Democratic Opposition and Democratization Theory. *Government and Opposition*, 32 (4), 657-678.

- Venice Commission (2019). Parameters on the relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: A Checklist. [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2019\)015-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2019)015-e)
- Wegmann, S. (2020). Policy-making power of opposition players: a comparative institutional perspective. *The Journal of Legislative Studies*, 28 (1), 1-25. <https://doi.org/10.1080/13572334.2020.1843233>



Disciplina-(s) jurídica-(s)*

Legal discipline(s)

Fernando Liendo Tagle
 Pontificia Universidad Católica del Perú
 ORCID ID 0000-0002-5369-5884
fernando.liendot@pucep.pe

Cita recomendada:

Liendo Tagle, F. (2022). Disciplina-(s) jurídica-(s). *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 311-327.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7126>

Recibido / received: 25/01/2022
 Aceptado / accepted: 23/05/2022

Resumen

En este texto presento una síntesis de las cuestiones centrales en torno a las disciplinas jurídicas en cuanto objetos de conocimiento. Lo primero será señalar la imprecisión semántica y conceptual en los usos del término «disciplina» al ser equiparado con área o especialidad del Derecho. Después pasaré a colocar la disciplina en perspectiva histórica lo cual implica examinar al Derecho como una tradición intelectual que cambia en el tiempo y se desarrolla con relación a un conocimiento acumulado. Finalmente se presentan algunas teorizaciones posibles sobre las disciplinas jurídicas, las fuentes para su estudio y la dinámica que es posible encontrar en el desarrollo y formación de las disciplinas.

Palabras clave

Teoría e historia del conocimiento, disciplinas jurídicas, tradiciones disciplinares, historia intelectual.

Abstract

In this paper I provide a synthesis of the central issues concerning legal disciplines as objects of knowledge. First, I will point out the lack of semantic and conceptual precision in the uses of the term «discipline» when it is equated with an area or speciality of law. I will then move on to place the discipline in historical perspective, which implies examining law as an intellectual tradition that changes over time and develops in relation to accumulated knowledge. Finally, I will present some possible theorisations of legal disciplines, the sources for their study and the dynamics that can be found in their development and formation.

Keywords

Theory and history of knowledge, legal disciplines, disciplinary traditions, intellectual history.

* Parte de este texto fue escrito y revisado durante un *fellowship* en la Universidad de Viena (Austria). Agradezco al Prof. Miloš Vec por la amable invitación y tiempo en el *Institut für Rechts- und Verfassungsgeschichte*. También agradezco los comentarios de utilidad de los dictámenes anónimos.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Una definición de partida. 3. La disciplina en perspectiva histórica. Aproximaciones para el pasado y presente. 4. Teorizaciones posibles sobre la disciplina. 4.1. Los discursos y la creación de los objetos. Una perspectiva genealógica. 4.2. Fuerzas alrededor de las disciplinas. 4.3. La disciplina como un campo. La constitución de los campos jurídicos y la especificidad del discurso. 4.4. Algunas teorizaciones complementarias. 5. Las fuentes de la disciplina. 6. La dinámica de la disciplina. 7. Conclusiones provisionales.

1. Introducción

Existe una generalizada falta de precisión, a mi juicio, cuando en el lenguaje común y profesional nos referimos a «disciplina jurídica». En el ámbito forense se confunde disciplina jurídica con área, rama, materia, o especialidad del Derecho. Y, si nos delimitamos al ámbito universitario, la confusión puede asimilar disciplina con términos como asignatura, materia o cátedra.

Un primer plano de diferenciación viene con la imposibilidad de hacer equivalente, intercambiable o equiparable disciplina con un área o sector del Derecho positivo. Por ejemplo, el Derecho Comparado no es propiamente un sector del orden jurídico (no existen materiales de Derecho positivo adscribibles a la comparación jurídica *per se*) sino la comparación es un estudio sobre al menos dos órdenes jurídicos. Algo semejante ocurre con otras disciplinas que no son de Derecho positivo, pero que se dictan largamente en las Facultades de Derecho, como la Filosofía del Derecho, la Historia del Derecho, o incluso asignaturas sin un contenido invariable, pero casi siempre recurrentes, como la Introducción al Derecho. El aspecto que quiero resaltar en todo caso es que la dependencia y división del Derecho positivo no es el factor determinante en la definición de las disciplinas jurídicas. Tampoco los materiales más relevantes del Derecho positivo engloban la disciplina, lo cual demuestra que no son términos intercambiables o equivalentes (*v. gr.* el Derecho Penal no es el Código Penal; la Constitución no es el Derecho Constitucional).

El segundo plano se refiere a los fundamentos conceptuales e históricos de lo que es una disciplina jurídica. La división del Derecho en sectores y especialidades es algo muy antiguo. Basta acudir al Digesto para recuperar la *summa divisio* del Derecho entre Derecho público y privado, descrita por Ulpiano (Digesto 1.1.1.2), y que se ha mantenido como una división central del Derecho. Desde luego que sería un anacronismo indicar que esta división sigue siendo válida en nuestros días, cuando, en realidad, los contenidos y contextos de los Derechos son inconmensurablemente diferentes. Lo que me interesa, sin embargo, es la tendencia a la separación de campos y esferas diferentes en el pensamiento jurídico.

En este texto quisiera resumir las características centrales de la discusión y presentar algunos elementos para una comprensión más exacta del concepto de las disciplinas jurídicas. Valga indicar que la perspectiva que presentaré corresponde más a la de un historiador del Derecho que a la de un filósofo o teórico del Derecho. Sin embargo, considero que existen elementos de interés para la comunidad de interesados en los aspectos fundamentales del estudio del Derecho.

2. Una definición de partida

La formación histórica y conceptual de las disciplinas jurídicas es una materia de alta complejidad cuando se consideran los elementos que conforman su análisis. Una de

las primeras cuestiones es dilucidar, como indiqué, cierta confusión (o uso indistinto) entre disciplina, materia, rama, cátedra, especialidad y asignatura. No pueden significar lo mismo. Muy gruesamente, se puede decir que la materia es un sector «crudo» del orden jurídico (reglas vigentes que regulan una parte o aspecto de la realidad social), la cátedra es el espacio universitario donde se imparte un conocimiento específico, la asignatura es el contenido lectivo que se dicta y se supone que los estudiantes deben dominar. Así, la disciplina no es equivalente a asignatura porque las asignaturas no cubren todo lo que es una disciplina, si bien la asignatura se orienta a lograr un conocimiento fundamental de la disciplina. Considero que la disciplina va más allá. Finalmente, un aspecto de compleja elucidación consiste en diferenciar entre disciplina y dogmática jurídica. Sobre el concepto de dogmática jurídica y su eventual estatuto científico (o no), así como el relacionado a una posible «ciencia jurídica», se han escrito bibliotecas enteras que no es ocasión de abordar. Si nos atenemos a una definición más o menos amplia de dogmática como la exposición y explicación de un ordenamiento jurídico dado¹, podemos entender que la dogmática es generalmente el producto de una descripción sistemática del Derecho positivo. De ahí que se habla de «dogmática civil» o «dogmática constitucional», haciéndola muchas veces equivalente al concepto de «doctrina» (Jamin y Jestaz, 2004). No es posible aquí hacer un ejercicio analítico para diferenciar todos los componentes de estos conceptos. Sin embargo, creo que no es acertado hacer equivalentes dogmática con disciplina porque la dogmática como la conocemos obedece, en cuanto producto intelectual, a cierto modelo históricamente localizable de pensar el Derecho en términos de «cientifización» que no necesariamente se produjo de forma uniforme y universal (al menos en los países de adscripción al Derecho occidental) y, por ende, carece de un concepto suficientemente comprensivo y verificable². Igual de altamente complejo es el concepto «ciencias jurídicas» por, al menos, dos razones. Primero, se puede afirmar que el conjunto de las disciplinas jurídicas forma las «ciencias jurídicas» en cuanto tales (incluyendo a las disciplinas «mixtas», como la filosofía, sociología o historia del Derecho e incluso, con cautelas, el Derecho Romano). Segundo, se puede decir también que la «ciencia jurídica» hace referencia solo a un modelo de producción de conocimiento para el Derecho (el modelo históricamente localizable basado en la «cientifización»), (Schröder, 2020). En cualquier escenario, la conexión casi siempre presente entre la dogmática y el Derecho positivo es otro aspecto que la separa de la disciplina, pues disciplinas como la filosofía o sociología jurídica, la historia y la comparación jurídica no tienen propiamente una dogmática. Desde luego, los intentos de distinción y definición de los conceptos altamente complejos antes mencionados siempre quedan abiertos a planteamientos e investigaciones específicas. Pasemos ahora a la disciplina.

Indiquemos una definición básica desde un comienzo: la disciplina es un conjunto discursivo impulsado por diversos agentes que engarza muchas proposiciones y elementos normativos distintos y les otorga cierta coherencia. Es una

¹ Véase, por ejemplo, la definición del Diccionario panhispánico del español jurídico. Creo más precisa, por ejemplo, la definición de *Dogmática jurídico-penal* del mismo diccionario: «Pen. Método de investigación jurídica que permite ordenar los conocimientos, conceptos, construir sistemas, interpretar, sistematizar, todo lo referente al derecho positivo, con el propósito de aportar los instrumentos esenciales y accesorios para la aplicación proporcional y justa del Derecho Penal, y garantizar el principio de seguridad jurídica», en línea.

² Piénsese en todos los modelos y estilos de hacer dogmática sin ir más lejos de la *doctrine* francesa, la *Rechtswissenschaft* alemana, o la *doctrinal legal scholarship* de los *legal scholars* de países anglosajones. Se trata, desde luego, de modelos diferentes, con resultados diferentes. En el ensayo clásico de Calsamiglia (1990) pueden verse precisamente todas las dificultades de encontrar tal modelo de dogmática que no coincide con la perspectiva histórica de disciplina que se presenta en este texto. Una cosa es el análisis sobre el estatuto epistemológico del conocimiento jurídico y otra es el estudio histórico sobre la formación de sus tradiciones disciplinares. Son planos de análisis diferentes.

construcción intelectual. La disciplina, en general, se puede entender como un «cuerpo de conocimientos». En principio, la disciplina jurídica otorga un sentido, orden y sistema a los materiales legislativos, jurisprudenciales, y a las opiniones jurídicas diversas (materia prima). También en principio, la disciplina aspira a la reducción y abstracción de materiales y hechos muy diversos a principios generales y a elaborar un sistema entre esos principios.

3. La disciplina en perspectiva histórica. Aproximaciones para el pasado y presente

Un primer aspecto sobre el que quiero llamar la atención consiste en las «posibilidades disciplinares» de los juristas como un campo donde podemos observar enormes cambios. Esta reconfiguración de la «constelación disciplinar» no es baladí, sino que ha ido de la mano del crecimiento normativo de los órdenes jurídicos nacionales, internacionales y transnacionales, desde luego, pero también es un cambio epistémico. Con la expresión de cambio epistémico me refiero a las posibilidades de conocimiento de aquellos sectores de normatividad que nos es posible aprehender y dominar.

En general, si nos colocamos en la *longue durée* podríamos esquematizar un desarrollo en el cual, hasta el siglo XVIII, el modelo de jurista *in utroque iure* tenía un panorama disciplinar compuesto por la recuperación del Derecho Romano en el *corpus iuris civilis* (*Codex / Digesto / Institutas / Novellas*), el Derecho Canónico-*corpus iuris canonici*, más ciertas nociones de Derecho natural, educación humanística y retórica, y Derecho patrio³. Si se hace una elemental comparación, hoy en día no solo hace falta revisar lo que establecen los contemporáneos planes de estudio en las Facultades de Derecho y sus programas de postgrado sino el cada vez más comentado surgimiento de disciplinas jurídicas, con autonomía y notable alcance transnacional (y por eso referidas en inglés), que se hacen cada más conocidas y atraen la atención de nuevos interesados, tales como *Climate Change Law*, *Animal Law*, *Legal Tech*, *Artificial Intelligence Law*, *inter alia*.

Los notables cambios señalados en el campo jurídico del pasado y en el presente conducen a subrayar al Derecho (entre otras cosas y tal vez primariamente) como tradición intelectual. Cuando nos referimos a estos cambios conviene recordar que existen, al menos, dos sentidos principales cuando hablamos de Derecho. Por una parte, están las reglas, prácticas y usos que gobiernan y regulan un sector de la realidad. Por otra parte, está el estudio que se hace de lo anterior y que generalmente se elabora mediante expertos y que tiende a generar una tradición (intelectual, académica o científica). En este texto nos referimos esencialmente al segundo sentido.

Este es uno de los puntos de partida de esta exposición, que, aunque pueda sonar evidente, no lo es tanto cuando se toman en serio sus consecuencias. Considerar al Derecho como una tradición intelectual significa verlo como el producto de una acumulación de prácticas discursivas. Al estar estas prácticas plasmadas en diferentes documentos del pasado, es posible historiarlas como una genealogía, es decir, trazar los usos y los contenidos que se les dio en determinado momento histórico y ver cómo se modificaron con el tiempo.

En esta aproximación, no son las reglas jurídicas en sí mismas lo que interesa (lo que estaba permitido o prohibido según las reglas) sino las reglas comunicadas dentro de la transmisión de prácticas, de un *habitus* que las acompaña, dentro de una constelación de significados adscribibles en un momento histórico. Así, cada texto y

³ Un resumen de estos desarrollos en el caso español en Alonso Romero (2012).

cada documento relacionado, puede ser interpretado como una intervención en debates en curso del pasado, una contribución a tradiciones de debate más amplia. Las intenciones se relacionan con las «convenciones» que gobiernan un tema, contextualmente considerado (Skinner, 2002, pp. 101-102). Al recrear estos debates es posible establecer, en la medida lo posible según las fuentes disponibles, el contexto discursivo en el que se hicieron (Collini, 2016). Y en tal contexto discursivo, intentar analizar lo que se puede decir sobre lo que estos juristas quisieron hacer (y estaban haciendo) en los textos que escribieron. Así, conforme a este preconizado planteamiento metodológico, no se buscan en estos textos las fuentes que puedan reportar o registrar los hechos, como si tratase de un notario imparcial del pasado, sino más bien poder detectar las regularidades que se pueden apreciar en el conjunto de textos (esto es, la «intertextualidad») a fin de fijar el tipo de intervención que cada texto realiza en un contexto y una tradición de debate más amplia (Skinner, 2002, pp. 101-102).

4. Teorizaciones posibles sobre la disciplina

En esta sección quiero presentar cuatro perspectivas para abordar la disciplina. La primera es una perspectiva histórica que enfatiza los discursos y la creación de los objetos como el resultado de una serie de prácticas acumuladas. La segunda se interesa en las relaciones de fuerza y agentes alrededor de las disciplinas. La tercera considera la disciplina como un campo, y se enfoca en la constitución de los campos jurídicos, así como el rol y especificidad del discurso jurídico. Se termina con algunas teorizaciones complementarias.

4.1. Los discursos y la creación de los objetos. Una perspectiva genealógica

Cuando nos referimos a los procesos de formación disciplinar en el Derecho estamos abordando una materia de la cual creo que nunca se termina de ser consciente. Las divisiones dentro del Derecho son, como indiqué, algo muy antiguo: no hay que olvidar que la *summa divisio* Derecho público – Derecho privado podemos encontrarla en Ulpiano (D 1.1.1.2)⁴. La separación y diferencia entre Derecho público y privado se mantiene en líneas generales en múltiples ordenamientos del mundo, donde a cada Derecho se le asigna unos principios y características específicas (Ancel y Bonnet, 2010). En una perspectiva histórica más amplia, podemos recordar las separaciones entre Derecho natural y Derecho de gentes, o entre Derecho consuetudinario y escrito. La agrupación, separación y distinción de las reglas que existen en el Derecho ha sido un interés persistente a través de la larga historia jurídica occidental (Alvazzi del Frate y Bloquet, 2018). No me refiero con esta afirmación a los contenidos y significados de Derecho antiguos (para prevenir todo riesgo de anacronismo) sino me interesa la forma de escribir y pensar sobre el Derecho como punto subyacente.

Cuando se examina este tipo de documentos debe tenerse, a mi juicio, una necesaria cantidad de ponderación y cautela intelectual para no extralimitar las posibilidades sobre lo que los documentos jurídicos pueden decir, ni se les atribuya

⁴ Al comienzo del Digesto 1.1.1.2: «*Huius studii [del Derecho] duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. Privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus*» (Traducción libre: «Dos son las posiciones que se ofrecen en el estudio del derecho: el derecho público y el privado. Es derecho público el que respecta al estado del pueblo romano; privado, el que pertenece a la utilidad de los particulares, pues algunas cosas son de utilidad pública y otras de utilidad privada. El derecho público contiene lo relativo al culto, a los sacerdotes y a los magistrados; el derecho privado es tripartito, porque se ha formado por los preceptos del derecho natural, de gentes y el civil»). En general, en este texto desarrollo aspectos antes tratados en mi tesis doctoral leída en 2021.

un alcance que no tienen porque, en realidad, casi nunca se propusieron tenerlo. Esto significa que determinados sectores de la realidad social no necesariamente ingresan en estos análisis, o lo hacen de forma limitada. Naturalmente, esto no desvincula al Derecho de la realidad ni de los grandes elementos y materiales que nos puede aportar, como fuente privilegiada, sobre la misma realidad y las sociedades pasadas, sino más bien lo coloca como elemento clave de estas, pues expresa la forma en que se pretendían gobernar. Y desde luego en sus documentos quedan mezclados rasgos de esa realidad en la que se inserta. En tal sentido, creo que más que interesar si el discurso de los juristas demuestra rigurosamente el mundo en que ellos vivían, estoy interesado en descubrir qué mundo querían crear⁵.

Las consideraciones expuestas cobrarían mayor relevancia cuando acudimos a los procesos de formación de las disciplinas jurídicas en cuanto saberes institucionalizados. En este caso, estamos esencialmente ante una acumulación de discursos que va generando cierta «tradición». Así, me adhiero a los modelos que consideran que la forma de historiar una tradición disciplinar sería el camino de la construcción social de una realidad normativa (de unas prácticas normativas) a través del discurso. De alguna forma, este fue el desafío planteado por Foucault en la *Arqueología del saber*, cuando disertó sobre «la formación de los objetos» en términos de genealogía, es decir, como una serie discursos y prácticas discursivas los cuales van formando los objetos de los que se razona y habla. Esto es, examinar estas prácticas del lenguaje para formar objetos, con el fin de generar un espacio al que precisamente este lenguaje se refiere; el discurso sería así «una práctica que forma sistemáticamente los objetos de los que habla»⁶ (Foucault, 2008, p. 88).

Esto es mucho más manifiesto cuando acudimos aquello que sería el «Derecho erudito», el Derecho cultivado por los juristas académicos y su amplia historia. Aquí estamos hablando de una tradición intelectual en sus manifestaciones y rastros que nos llegan hasta hoy⁷. Creo que lo que deberíamos hacer ante todo es recuperarla en sus documentos para comprenderla mejor. Primero recuperar estos documentos, dominar su lenguaje, e intentar interpretar lo que querían decir y hacer. Después vendrían las críticas o explicaciones. A veces la cautela sobre las propias condiciones de posibilidad de nuestro conocimiento es mejor que envanecimientos, que resultan conceptualmente inconvincentes.

⁵ También en Pierre Bourdieu (2001, p. 66): «El discurso jurídico es una palabra creadora, que hace existir lo que ella enuncia [...] Jamás deberíamos olvidar que la lengua, en razón de la infinita capacidad generadora, pero también, *originaria*, en el sentido de Kant, que le confiere su poder de producir la existencia al producir la representación colectivamente reconocida, y así realizada, de la existencia».

⁶ Especialmente capítulo III sobre «La formación de los objetos». Aunque considero que ha habido cierto abuso de Foucault en la academia creo que, en este caso, se acierta en el camino a seguir porque nos conduce al análisis del discurso, a la representación del conocimiento, y a las condiciones de lo que significa el aprendizaje y la erudición históricamente considerada.

⁷ Este enfoque tiene también como inspiración el trabajo de James Gordley sobre la historia intelectual de los juristas y los proyectos intelectuales que intentaban realizar, en el sentido de que su interés: «[...] *is concerned with what jurists said and what they were trying to do. Rarely have jurists worked alone. Rather, they have worked in schools of similarly minded jurists. Each school can be described by the project that it was pursuing. The project can be described by the goal that the jurists sought and the methods that they used to achieve it. The goal and methods can be seen from what they wrote and can explain why they wrote what they did. The goals and methods may or may not have had anything to do with whatever else was going on at the same time. [...] To describe their work in terms of the projects that they undertook is faithful to the truth behind the modern insight that history must be understood in terms of what people in the past were trying to do. But that does not mean that their goals and methods were meaningful only to themselves or only within their historical or cultural context. Later jurists found the work of earlier jurists meaningful even though their own projects were different. They tried to learn from the successes and to avoid the failures of earlier projects*». (Gordley, 2013, p. X).

4.2. Fuerzas alrededor de las disciplinas

Si nos detenemos en lo que significa la disciplina dentro del Derecho, existe una acepción en el diccionario que no se refiere propiamente a una tradición intelectual (o cualquier ciencia) sino a un tipo de práctica. El verbo disciplinar en el diccionario se nos presenta como «instruir, enseñar a alguien su profesión, dándole lecciones» e inclusive como «imponer, hacer guardar la disciplina (observancia de leyes y ordenamientos)». Si reflexionamos sobre esto, las acepciones tampoco están tan distanciadas. No se encuentran tan distanciadas porque lo que hace es relacionar la disciplina con el poder⁸.

En este escenario, el Derecho como disciplina académica se conecta con la Universidad como el espacio para la «disciplinización». En resumen, esta «disciplinización» consistiría en transmitir cuerpos de conocimiento y formas de hacer. El rol del poder respecto de la «disciplinización» introduce tanto agentes participantes como objetos y resultados, productos de estas prácticas. Hoy en día por ejemplo aparecen agentes genéricos el Estado y el Mercado. Ambos agentes detentan instrumentos de disciplina en el pasado y el presente, sea como exámenes, requisitos de acceso a posiciones y estatus profesionales o se refieran, como en la actualidad, a las «demandas» del mercado que se invocan a ser satisfechas. Más allá de estos orígenes, lo cierto es que podemos encontrar diferentes respuestas históricas al asunto. Los modelos de «disciplinización» del Derecho condujeron a la justificación de un modelo, lo cual fue un problema común en diferentes contextos, incluido la propia experiencia anglosajona (a superficial vista pragmática y despreocupada de cuestiones teóricas) como lo reflexionaron en su día Blackstone y Dicey⁹. Veamos cómo diversos autores han tratado de explicar estos procesos.

Las conexiones entre universidad y «disciplinización» del Derecho están muy vinculadas con el tipo de proceso histórico que ambas atravesaron. Según Helge Dedek, fueron dos las variantes que concurrieron en este proceso que afectó en general al Occidente en diversos grados: la afirmación del Derecho como un saber universitario y por otro lado la apropiación que el Estado-nación tendió a hacer de las universidades y en especial de las Facultades de Derecho para crear profesionales a su servicio (Dedek, 2016). En el proceso de formación del Derecho como disciplina académica moderna, Dedek encuentra que los «esfuerzos de auto-disciplinización» buscaron «complacer simultáneamente a tres amos: la universidad, el Estado regulador y la profesión jurídica». Las tendencias que se pueden encontrar en dicho proceso serían una ciencia del derecho dependiente de una profesión y academia especializada, una consolidación del positivismo, más controlable por el Estado, y la «disciplinización» de la educación jurídica mediante la imposición de requisitos externos y estándares que tendieron a formar estos cuerpos de conocimiento, aceptados por el Estado mediante diversos mecanismos.

Veamos más detalles de este planteamiento. La cuestión de la disciplinización del Derecho «nos conduce al siglo XIX, cuando la universidad en el mundo occidental se aproxima a su forma moderna y también desarrolló, a través de un proceso de profesionalización y especialización del campo académico, el concepto moderno de disciplinariedad» (Dedek, 2016). Dentro de este ámbito, fueron al menos dos los factores subyacentes en el proceso históricamente considerado: por una parte «la presión sobre el discurso académico de los juristas para definirse a sí mismo como una disciplina distinta» y además de la «distinguibilidad» se debe considerar la presión

⁸ Sobre disciplina y poder mediante un uso creativo de la historia: Foucault, M. *Vigilar y castigar* (1975), en su capítulo sobre «La Disciplina», los «cuerpos dóciles» y las funciones de la disciplina.

⁹ Blackstone (1758) y Venn Dicey (1883).

de la profesionalización del «Estado regulador» (Dedek, 2016). En el caso alemán se recuerda a Friedrich Carl von Savigny, quien, en su *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* de 1814, propuso una ciencia histórica, pero para dominar el Derecho positivo. Siguiendo al mismo autor, la disciplinización impuso modelos sobre «cómo se supone que se tienen que hacer las cosas», los «medios de la adecuada educación», los parámetros y espacios de debate. Esto reproduce modelos que se tienden a estandarizar al crear un cuerpo de conocimiento que los profesores deben impartir, los estudiantes aprender y el Estado lo tiende a exigir en sus exámenes sobre todo para el acceso de funciones públicas (Dedek coloca al conocido y exigente examen de Estado alemán –en estricto los dos *juristische Staatsprüfung*– como ejemplo paradigmático de la estandarización disciplinar, p. 12). El autor concluye que disciplinar el Derecho es un tipo de «auto-disciplinización» que consiste en concentrar y fijar determinados tipos y contenidos de erudición y excluir/marginalizar otros que no forman parte de tal cuerpo doctrinal (Dedek, 2016, p. 13).

La síntesis recién citada parece convincente y aplicable para nuestro período. La universidad y los estudios de Derecho fueron precisamente uno de los sub-campos donde se disputaron las consideraciones antes descritas. Corresponderá entonces que el historiador aporte las pruebas, presenta las evidencias de constitución de estos campos disciplinarios, históricamente considerados.

4.3. La disciplina como un campo. La constitución de los campos jurídicos y la especificidad del discurso

Las elecciones metodológicas se pueden complementar con algunas consideraciones que indican la especificidad de lo que tienden a hacer los juristas. La línea seguida considera que los juristas no sólo desarrollan un discurso jurídico por un interés erudito sino por intereses prácticos que están relacionados con sus posiciones en la sociedad. De tal manera, el discurso no es neutral sino está directamente relacionado con la afirmación de espacios de poder frente a otros poderes. Este camino de las auto-representaciones dentro del Derecho fue desarrollado por Pierre Bourdieu con la noción del «campo jurídico», expuesta en el célebre ensayo de 1986 *La force du droit*¹⁰. El campo jurídico no es una casualidad sino el producto de la acumulación de una serie prácticas discursivas, estratégicamente dirigidas. Tres son los aspectos que me interesan que la posición de Bourdieu: 1) no visión internista ni externista del Derecho, entre independencia absoluta o dependencia; 2) lenguaje jurídico y creación de realidad; 3) un campo de competencia donde los agentes luchan por hacerse de la interpretación prevaleciente (Bourdieu, 2017 [1986]).

En esta perspectiva, el campo jurídico es el espacio de acción de los juristas que abarca una multiplicidad de ámbitos e instituciones (desde los tribunales, la Administración, o la práctica privada de las profesiones jurídicas, *inter alia*). Creo que no hay problema en considerar que el espacio universitario y disciplinar es un sub-campo dentro del conjunto. Así, al constituir la disciplina un campo, queda sujeta a las características de este tales como interacciones en términos de cooperación o

¹⁰ En general, creo que esta es una sociología del conocimiento bastante útil en cuanto presenta elementos sobre cómo se genera este conocimiento. Tiene elementos que sirven mucho para establecer de forma precisa los términos de esta creación de discursos jurídicos, su especificidad. A mi juicio, aporta al historiador una mejor conceptualización de estos fenómenos y el historiador lo que hace es aportar las pruebas, presenta las evidencias de constitución de estos campos disciplinarios, históricamente considerados. Así, para mi proyecto de investigación tenía que encontrar el marco teórico adecuado para lo que es la reconstrucción de una tradición disciplinar. Después de pensar mucho en el asunto creo que la mejor explicación es la tesis de los campos de Pierre Bourdieu, aunque esto no sea una idea original mía sino está ejemplarmente desarrollada, para el caso del Derecho Público de la Tercera República francesa, por Richard (2015), entre otros. Otro caso de reconstrucción disciplinar, bajo otro marco teórico, es el monumental trabajo de Stolleis (1992) sobre el Derecho Público en Alemania.

conflicto, acumulación de capital simbólico, enfrentamientos por la asignación de significados y la recreación de conceptos, o el desarrollo de *habitus* que posibilitan la participación en el campo, *inter alia*. Se debe insistir en que la concepción del campo jurídico no significa en absoluto que la disciplina sea un espacio neutro, de pura erudición, de ausencia de intereses subyacentes y conflictos relacionados a contextos particulares, sino es un espacio creado mediante la competencia entre agentes diversos y que procura afirmar determinado tipo de concepciones que intentan juridizarse para poder actuar sobre el mundo. Una batalla por imponer interpretaciones que se presentan como correctas. Y eso es así porque el lenguaje jurídico tiene una visión inescindiblemente performativa (aquí usando a Austin), es un «lenguaje específico» porque «el discurso jurídico es una palabra creadora, que hace existir lo que ella enuncia»¹¹.

En resumen, Bourdieu plantea el campo jurídico como un espacio de «semi-autonomía». Los juristas «reciben» una serie de textos e imposiciones externas (desde los aparatos de poder político), pero ahí no termina la historia sino que ellos mismos «reconfiguran» este espacio con el empleo de su lenguaje, en sus prácticas intelectuales y profesionales.

Podemos decir entonces que una sociología del conocimiento contribuye con suministrar pistas sobre las condiciones sociales de generación y reproducción de conocimientos institucionales como las disciplinas. Esta perspectiva tiene elementos que sirven de mucho para establecer de forma precisa los términos de la creación de discursos en cuanto a su especificidad, aportando al historiador y teórico del Derecho una mejor conceptualización de estos fenómenos¹².

4.4. Algunas teorizaciones complementarias

Veamos otras perspectivas sobre cómo abordar la disciplina. Hasta hace no mucho no parecían circular obras esencialmente centradas en los aspectos netamente disciplinares del Derecho producidas desde el ámbito de los juristas, esto es, estudios los cambios y evolución del conocimiento jurídico en cuanto conocimiento organizado. En este tipo de investigaciones era recurrente (y sigue siendo válido) acudir a los avances de la historia de la ciencia usando por ejemplo la obra clásica de Thomas Kuhn de 1962 sobre las revoluciones científicas y la noción de «paradigma»¹³. También es posible acudir a la sociología del conocimiento que ha reflexionado sobre las condiciones que hacen posible el surgimiento de las disciplinas y sus complejidades intrínsecas como su delimitación, utilidad, desordenes y cambios (Boutier, Passeron y Revel, 2006). Y en este contexto se podría acudir también a la teoría de sistemas de Niklas Luhmann aplicadas al Derecho. Los conceptos de diferenciación funcional, significado y normatividad articulada por actos y operaciones en constante comunicación, intercambio y reiteración tendientes a «estabilizar las expectativas normativas» (Luhmann, 2006), pueden aplicarse para explicar la dinámica disciplinar.

¹¹ Es posible reiterar la cita anterior: «El discurso jurídico es una palabra creadora, que hace existir lo que ella enuncia [...] Jamás deberíamos olvidar que la lengua, en razón de la infinita capacidad generadora, pero también, *originaria*, en el sentido de Kant, que le confiere su poder de producir la existencia al producir la representación colectivamente reconocida, y así realizada, de la existencia» (Bourdieu, 2001, p. 66).

¹² Naturalmente, la introducción de la perspectiva Bourdieu en historia jurídica no es una novedad metodológica alguna, sino me adhiero a diversos análisis como (Halpérin, 2014).

¹³ Aunque el propio Kuhn mencionó en la *Postdata* de 1969 las limitaciones de aplicar su modelo, esencialmente para las ciencias naturales, a otros dominios del conocimiento como las humanidades y ciencias sociales (Kuhn, 2004, pp. 316 y ss). Agradezco a la evaluación anónima que me sugirió esta referencia.

Desde mi punto de vista, siempre es posible usar el clásico de Kuhn para comprender los cambios en los modelos de conocimiento. Sin embargo, esto solo es un marco inicial que necesita ser completado con las pruebas correspondientes. Lo mismo con la sociología del conocimiento y modelos como la teoría de sistemas de Luhmann: estas aproximaciones no pueden dar una respuesta históricamente fundada si no presentan las evidencias convincentes sobre la formación de cada espacio disciplinar.

En esta ausencia de investigación específica, en diciembre de 2018 se publicó en Francia *Qu'est-ce qu'une discipline juridique?*, bajo de la dirección de Frédéric Audren y Ségolène Barbou Des Places, como un intento de colmar este vacío. Esta obra colectiva tuvo como origen un coloquio de 2015, y el libro presenta como proyecto:

[...] analizar cómo los saberes jurídicos se constituyen en disciplinas y comprender cuándo, cómo y porqué el paisaje disciplinar evoluciona en Francia. El desafío era entonces aprehender el Derecho y la ciencia del derecho bajo el ángulo de la *disciplina*, definida como un espacio intelectual organizado, que sirve para ordenar la multiplicidad de conocimientos producidos y transmitidos por los juristas [...] se trataba ante todo de buscar entender cómo un cuerpo de reglas jurídicas y el conocimiento sobre esas reglas logran o no convertirse en disciplina [...] comprender, en una perspectiva histórica y comparada, las relaciones que se entablan entre el fondo del derecho, los saberes jurídicos, la comunidad científica y los elementos institucionales circundantes (Audren y Des Barbou Places, 2018, p. 2).

Las preguntas planteadas apuntaban igualmente a cuestiones centrales de lo que son los proyectos de reconstrucción disciplinar, como las correlaciones entre disciplinas y áreas del Derecho, o las correlaciones entre divisiones del derecho positivo, las categorías de la doctrina o las separaciones en el ámbito universitario. Esta iniciativa se presentaba, con razón, en la contraportada como «la primera investigación de amplitud sobre la noción de disciplina y su rol dentro de las facultades de derecho francesas», con mucha razón, mediante las aportaciones de expertos en historia jurídica y ciencias sociales. En general, la obra no está concentrada en el desarrollo individual de los contenidos sustantivos de una disciplina, sino en un enfoque «más global» a efectos de comprender estas evoluciones¹⁴. En síntesis, creo que es posible afirmar que en su conjunto la obra logra un primer paso en esta difícil tarea, como lo es la teorización general sobre las cuestiones disciplinares. Entre otros aportes, se brinda un vocabulario para la mejor comprensión de las disciplinas jurídicas.

Ahora bien, esta sólida publicación era consciente de que en una primera fase era extraordinariamente complejo emprender una tarea así. En la propia presentación se indica «el tema que escogimos para este estudio se revela tan fecundo como difícil. Somos conscientes de solo haber respondido muy imperfectamente a la pregunta planteada por el título de esta obra: ¿qué es una disciplina jurídica?» (Audren y Des Barbou Places, 2018, p. 2). Por ejemplo, creo que un aspecto que en general no termina de quedar claramente establecido son los elementos constitutivos de las disciplinas y las interacciones entre los mismos. Pero esto es perfectamente explicable: existen elementos fundamentales como los «actores» (trayectorias y carreras de profesores e investigadores), los «textos» (una gran diversidad y cantidad de tipos de textos y géneros editoriales), las prácticas académicas (los métodos y

¹⁴ Como carácter general, las contribuciones individuales son de excelente calidad y precisión. El arco temporal rastrea evoluciones en Francia del «marco disciplinar de los juristas desde la refundación napoleónica de las facultades de derecho». Dentro de un formato de entre quince y veinticinco páginas, se logra una alta densidad teórica e historiográfica para cada una de las disciplinas o temáticas abordadas.

temas compartidas), las ocasiones y formas de socialización (congresos, asociaciones y encuentros), los contextos de institucionalización de los saberes, las discusiones en curso, *inter alia*. Toda una complejidad personal e intelectual en movimiento y cambio constante. Es realmente difícil analizar y sintetizar este complejo entretendido de sujetos y objetos. La razón general de esta complejidad consiste en que esta indagación implica hundirse en las raíces de movimientos intelectuales con una multiplicidad de fuentes casi inabarcables en investigaciones particulares que no estén debidamente acotadas.

Más allá de las dificultades, me gustaría subrayar la hipótesis propuesta por los directores sobre las disciplinas jurídicas:

[...] la disciplina es una noción poco trabajada por los juristas, una categoría por lo menos imprecisa en su discurso jurídico que sin embargo, a nuestro ojos, puede constituir un recurso cardinal para comprender cómo esos juristas piensan, organizan su saber, sus enseñanzas, su carrera, su funcionamiento colectivo [...] En realidad, los juristas hacen un uso intensivo de la noción de disciplina casi exclusivamente cuando reivindican el estatus disciplinar para su materia, sea para obtener su consagración como disciplina nueva, sea para resistir a un movimiento de recomposición disciplinar en curso. La disciplina es por tanto una categoría instrumental: la consideramos como una 'categoría de combate' [...] pensar el Derecho y la ciencia jurídica bajo el prisma de la categoría disciplina permite comprender cómo el conocimiento jurídico se estructura, se transmite y se recompone (Audren y Des Barbou Places 2018, pp. 7-8).

En conclusión, después de hacer esta breve revisión de aproximaciones a las disciplinas, es posible extraer diferentes visiones. Al hacerlo, este cuerpo de literatura también revela el contexto discursivo de los debates sobre los modelos del «jurista ideal» y el conocimiento que se le requería dominar (el conocimiento formalizado y estandarizado del que surge una «disciplina» distinta). Al comparar las tendencias de los estudios jurídicos observamos el surgimiento y reinención de diferentes disciplinas que en conjunto constituyen el Derecho como una tradición intelectual.

Al reunir las teorizaciones sobre la disciplina debe tenerse presente que estas construcciones conceptuales fueron lo que Max Weber llamaría «tipos ideales» (*Idealtypus*), entendiéndolos como modelos abstractos e incluso «exageraciones» (Weber, 1904), que no requieren una verificación exacta y correlación plena con la realidad empírica, pero que sirven para simplificar y sintetizar una realidad compleja a través de unas características esenciales (por ejemplo, el concepto alemán de *Volljurist* sería un «tipo ideal» relacionado a la educación jurídica, una construcción abstracta, pero respecto a la cual es posible trazar su genealogía para comprender las formas en que fue históricamente comprendido y empleado).

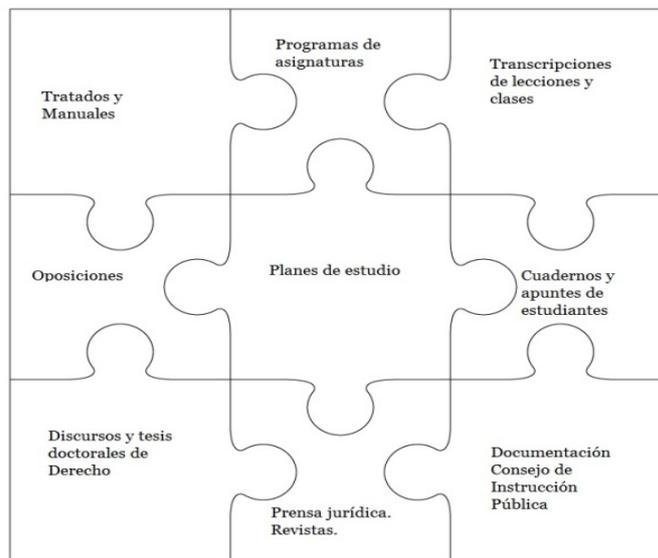
5. Las fuentes de la disciplina

La disciplina tiene múltiples fuentes documentales¹⁵ que se desarrollan en muchos espacios o ámbitos diferentes: está en los tratados, en las oposiciones a cátedra, en los manuales y monografías, en programas de cátedra, en tesis o discursos doctorales de la época, en las exámenes, en los programas o temarios de oposiciones para el acceso a determinada posición o puesto público (notarías, funcionariado público) que el aspirante debe dominar para aprobar, en documentación universitaria y administrativa. En todas estas fuentes podemos encontrar el contenido ideal o ese conocimiento estandarizado para cada disciplina. No se puede reconstruir ninguna disciplina sólo apoyándose en una sola fuente. Es sólo una pieza de un *puzzle* más

¹⁵ En este texto reitero ideas de mi tesis doctoral aprobada en 2021.

amplio. A cada disciplina corresponden meticulosos y sistemáticos estudios específicos, y son otro tipo de estudios. ¿Cómo relacionar estas prácticas discursivas respecto de otros documentos y espacios discursivos? A veces es mejor usar un gráfico para tener el panorama completo:

Composición de la disciplina: un amplio conjunto de agentes y discursos esparcidos en diferentes espacios



Fuente: Elaboración propia

A mi juicio, el proyecto de hacer una historia disciplinar es como ensamblar un rompecabezas (un *puzzle*). Me gusta la imagen del *puzzle* porque no hay una jerarquía entre las piezas, a diferencia de una pirámide o un organigrama. Relativiza la discusión [*ad infinitum*] sobre qué pieza es más importante en una tradición disciplinar: para mí, es una discusión en la que no hay prueba definitiva y categórica. También porque los diccionarios en inglés recogen una acepción del sustantivo *puzzle* como misterio o enigma difícil de comprender¹⁶. Y finalmente porque es más desafiante: el pasado del Derecho nunca se representa en un material perfectamente bien organizado, toma su tiempo organizarlo y ensamblarlo¹⁷.

Tenemos entonces diferentes fuentes que documentan los elementos de una tradición académica: los programas o *syllabus* que los profesores redactaban para un año académico o los temarios escritos por ellos para las exámenes; los expedientes de oposiciones a Cátedras donde encontramos documentos aportados

¹⁶ «A person or thing that is difficult to understand or explain; an enigma», *Oxford dictionary*. «A situation that is very difficult to understand» *Cambridge dictionary*. Incluso en su forma intransitiva en inglés: «transitive verb 1: to offer or represent to (someone) a problem difficult to solve or a situation difficult to resolve : challenge mentally» *Merriam-Webster dictionary*. También el Diccionario de la lengua española en su segunda acepción: «Rompecabezas 2. m. coloq. Problema o acertijo de difícil solución». Todos en línea.

¹⁷ Sobre los puzzles, la reflexión más hermosa para mí está en la novela de 1978 de George Perec, *La Vie mode d'emploi*, sobre el arte de armar puzzles. No puedo evitar tomar prestadas sus palabras sobre «la verdad última» del puzzle: «a pesar de las apariencias, no se trata de un juego solitario: cada gesto que hace el jugador de puzzle ha sido hecho antes por el creador del mismo; cada pieza que coge y vuelve a coger, que examina, que acaricia, cada combinación que prueba y vuelve a probar de nuevo, cada tanteo, cada intuición, cada esperanza, cada desilusión han sido decididos, calculados, estudiados por el otro». Agradezco a Manuel Martínez Neira la referencia a este libro, inmediatamente sugerida después de presentarle mi propuesta.

para acreditar aptitud y méritos para ser nombrado profesor: escritos dentro del concurso y las fuentes bibliográficas citadas, las preguntas y los dictámenes del tribunal de nombramiento. Los manuales de Derecho primero obligatorios y después los predominantes de forma más «libre». Los expedientes personales de los profesores donde se documenta su carrera administrativa e incidentalmente intelectual. Los apuntes, cuadernos y manuscritos de los estudiantes sobre las lecciones impartidas por los profesores (y quizá sobre sus propios pensamientos). Las tesis o discursos que redactaron los estudiantes para ser «doctores en Derecho». Todo esto permitiría reconstruir razonablemente el «contenido ideal» de las disciplinas en determinado período histórico. A cada fuente le corresponde un estudio sistemático y particular respecto a cada una de las disciplinas, tal como las conocemos hoy en día¹⁸.

Cuando se examina cada uno de estos documentos, la disciplina aparece esporádicamente, pero no se muestra en su totalidad. Es bastante evidente que todo estudio universitario tiene siempre un objeto y un método, y que los productos de esta actividad quedan registrados en determinados tipos de documentos. Pido disculpas por esta obviedad, pero sólo desde esta constatación podemos recordar que ese objeto y método tiene unas transformaciones en el tiempo que quedan plasmadas en documentos. Entonces, podemos afirmar que si emprendemos una recolección rigurosa de este tipo de material seremos capaces de obtener múltiples evidencias sobre este proceso de formación intelectual. Pero recordemos, como señalamos después, que esto solo una pieza de un paisaje más grande.

Recreado en sus términos el debate (es decir, lo que intelectualmente estaba pasando), se podría establecer cómo ellos entendieron los usos y alcance específico de los conceptos disciplinares centrales en determinadas épocas. Como se puede intuir, se trata de recuperar formas de pensar pasadas (sus términos y conceptos) sobre el jurista y sus saberes disciplinares.

6. La dinámica de la disciplina

En relación con las disciplinas jurídicas, es posible identificar cinco tendencias generales: surgimiento, nacionalización, autonomización, diversificación y sistematización.

Entiendo por surgimiento el momento en que se logra un consenso mínimo sobre el reconocimiento de que existe un «área» o «sector» del orden jurídico que puede tener una «entidad» propia. Por ejemplo, recordemos, en modo aleatorio, el surgimiento del Derecho Procesal o del Laboral. El primero pugnó por la dependencia conceptual del Derecho civil o sustantivo. El segundo desde luego obedece a la cuestión social, las revoluciones industriales, accidentes de trabajo y surgimiento de derechos especiales de los trabajadores.

Por nacionalización entiendo el momento en el que, con matizaciones, el Estado «toma el control» de la disciplina. Esto significa que el contenido de la disciplina pasa a ser completado por el Derecho positivo.

Por autonomización me refiero al momento en que se logra completar un área más o menos delimitada de conocimiento. Tiene sus rituales de acceso y fuentes

¹⁸ La tarea de reconstruir las tradiciones disciplinares españolas está impulsada por los proyectos de investigación dirigidos por Carlos Petit «La memoria del jurista español: génesis y desarrollo de las disciplinas jurídicas» (ref. DER2014-55035-C2-1-P/DER2014-55035-C2-2-P), financiados por la Agencia Estatal de Investigación los cuales han generado ya publicaciones sobre la temática (Bermejo Castriello, 2019), así como mi tesis doctoral que parcialmente he empleado en este texto.

singulares que se manifiesta en la creación de cátedras universitarias especializadas y posiciones docentes; campos de investigación separados (reconocidos como tales por el resto de la comunidad jurídica); literatura especializada (manuales, monografías, tratados, revistas); mayores oportunidades para las personas que dominan un cuerpo estandarizado de conocimiento.

Diversificación es cuando el campo disciplinar estabiliza la diferenciación entre disciplinas y se genera un panorama de disciplinas donde el rol de experto es cada vez mayor. Así, con el tiempo estos conocimientos fueron surgiendo, sistematizando y generando sus propios espacios. Veamos el caso español durante el siglo XIX: el Mercantil estuvo dentro del Civil y después solo con el Penal en una sola asignatura hasta 1883-1884; el Constitucional (político) y el Administrativo eran una sola asignatura hasta su separación formal a finales siglo; la Historia del Derecho estuvo dentro y entremezclada en el Derecho Civil o de alguna forma dentro de todas las asignaturas (especialmente cuando el Código Civil y el positivismo no entraban en escena) hasta que se hace una disciplina autónoma en 1883; el Derecho Internacional en los primeros planes se entendía primero como Derecho de Gentes y se enseñaba al mismo tiempo que el Derecho Natural hasta que en 1883 separó entre Internacional Público y Privado como disciplinas autónomas; el Derecho Natural pasó a ser Filosofía del Derecho pero el término no es neutro sino respondía determinados contextos más liberales o más conservadores; los Procedimientos no existían como asignatura independiente sino eran apéndices del civil, penal o canónico al comienzo y después pasaron a ser una sola asignatura que agrupó a los procedimientos civiles, criminales, canónicos –y donde no existía el Derecho Procesal Civil y Penal de hoy en día–; el Derecho Civil universitario tardó en formalizar plenamente al Derecho de los Fueros singulares hasta que llegó a convertirse, por presión regional, en un Derecho civil español, común y foral diferenciado; el Derecho Notarial, que se dictaba en una sección de la Facultad de Derecho, fue una sub-área compartida entre el Civil y el Procesal; el Romano se debatió entre ser parte de una «introducción» al Derecho, o ser una enseñanza acerca de su propia historia o una enseñanza de sus instituciones jurídicas; el Penal estuvo siempre unido a otros, desde el civil al comienzo (compartiendo manuales incluso), al administrativo después y casi por descarte al mercantil hasta que se hizo una asignatura independiente en 1884; el Derecho Tributario/Fiscal estuvo unido con la Economía Política¹⁹.

Estos procesos de diversificación están reflejados en las fuentes disponibles de forma tangible. Así, si nos limitamos a las revistas jurídicas, lo que era inicialmente un mercado editorial dominado por las «Revistas de los Tribunales» (existentes prácticamente en casi toda Europa y Latinoamérica durante los dos primeros tercios del siglo XIX) que reunían todos los sectores del orden jurídico pasa a transmutarse para la proliferación de revistas Derecho adscritas a una disciplina para hacer «revistas de especialidad» (revistas de derecho procesal, penal, administrativo, internacional, privado, *inter alia*).

Sistematización es cuando el «paradigma científico» se hace de la disciplina. Ya no basta con tener un cuerpo de derecho, sino que se busca construir un «sistema». En este caso la construcción de categorías y conceptos fue esencial. Sobre todo, mediante el uso de «meta-conceptos» o «conceptos-tipo» que agrupen una serie de categorías y conceptos incluíbles dentro del mismo y que se puedan explicar mediante procedimientos deductivos.

¹⁹ Todo esto se basa en un análisis sistemático de todos los planes de estudio del período estudiado. Están compendiados en el estudio de Martínez Neira (2001) sobre planes de estudio.

Gruesamente hablando, la asunción del paradigma científico y positivo en el siglo XIX dio una estructura y aspiración epistemológica a las disciplinas jurídicas. No se trataría de tener un conocimiento ligado al simple comentario de textos jurídicos y a las humanidades con las que la jurisprudencia (en sentido clásico, como *scientia* del Derecho) había estado muy relacionada (retórica, filosofía moral, teología, *inter alia*) sino una pretensión de conocimiento sistemático, basado en realidades verificables, que pueda generar construcciones jurídicas de pretensiones científicas. Esto último entendido como categorías que pueden ordenarse en forma de sistema, y explicar la realidad normativa mediante principios y argumentos lógicamente ordenados, donde cada concepto jurídico puede incluirse dentro de un orden conceptual mayor.

7. Conclusiones provisionales

Después de este recorrido sobre las dimensiones de la disciplina me parece que en el fondo la «pregunta del millón» gira en torno a las condiciones externas e internas en las que una disciplina jurídica surge y se desarrolla, así como las dinámicas entre lo externo y lo interno. Con esto me refiero a la cuestión en torno a si la construcción disciplinar del Derecho surge y compete a la sola comunidad de juristas (el Derecho como sistema autónomo con relación a otros sistemas sociales²⁰) o si las condiciones externas (cambios políticos, revoluciones, grandes proyectos económicos y sociales) lo condicionan, limitan, influyen y dominan (y en qué medida lo hacen). Con esto se alude, desde luego, a los grados de dependencia o autonomía que puede lograr el conocimiento jurídico; esto es, la sempiterna cuestión sobre si el rol de los juristas en la construcción del Derecho se limita a poner en orden algo que les es impuesto (actuando como siervos de los contextos y de los poderes políticos y económicos), o si tienen un lugar relevante y recreador en las reformas y construcción continua del Derecho. A mi juicio, después de revisar la literatura sobre formación disciplinar, no existe respuesta terminante esto. Sabemos por una parte cómo las disciplinas se van formando. Es más que obvio que la disciplina no surge del simple arbitrio de los juristas académicos, ni antes ni después. Hay cambios políticos que escapan largamente a los juristas. Creo que esto lo podemos ver tanto en el pasado y como en el presente. Pensemos en disciplinas jurídicas más o menos recientes en proceso de asentamiento como el Derecho del Cambio Climático, el *Animal Law* o el *Legal Tech* (por no mencionar menos recientes como el Derecho ambiental o el Derecho de la Unión Europea). Es más que evidente que no fueron el producto de juristas académicos. Pero esa es solo *una parte* de la historia. El paso siguiente es cuando los juristas toman el control de estos cambios y lo reconfiguran a través de sentencias, textos doctrinales, desarrollo de nuevos casos, congresos, cátedras, revistas, *inter alia*. Ahora bien, si se entra en las nuevas disciplinas se verá que las mismas no suponen una creación plena y *ex nihilo* de nuevos conceptos. En buena medida, lo que hacen es adoptar elementos ya existentes y los aplican a determinados nuevos sectores de la realidad²¹. Desde luego, esta concentración genera conocimientos más especializados, pero muchos de sus fundamentos son semejantes o guardan cierta relación que los encadena con el conocimiento acumulado. En todo caso, esta es una materia de una altísima complejidad y de respuestas históricamente muy variables. En estos tiempos que se habla de interdisciplinariedad o de crisis de sistemas de conocimiento tradicionales, queda mucho por saber en torno a las condiciones que permiten que los conocimientos jurídicos se institucionalicen y asienten, y sobre todo por reconstruir, rigurosa y documentadamente, estos procesos.

²⁰ Como lo pensó Niklas Luhmann (2005 [1993]).

²¹ Por ejemplo, intervención de la Administración, impuestos, laboral, aspectos penales, resolución de disputas, aspectos internacionales del sector, responsabilidades civiles y penales.

En resumen, en este texto he intentado delimitar los elementos que explican lo que son las disciplinas jurídicas. Así, no partimos desde cero y la literatura, que en otros contextos ha desarrollado proyectos de reconstrucción disciplinar, nos indica muchos aspectos de interés sobre lo que constituye este conocimiento sobre el conocimiento. En su conjunto, la disciplina es un conjunto discursivo que está en las bases mismas de la gramática con que el Derecho se expresa en la realidad. La formación histórica de estos conjuntos discursivos así como la reflexión crítica sobre la actualidad de las disciplinas son tareas que interesan por el igual al historiador y al teórico del Derecho.

Bibliografía

- Alonso Romero, M. P. (2012). *Salamanca, escuela de juristas: Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Alvazzi del Frate, P. y Bloquet, S. (2018). *La summa divisio droit public-droit privé dans l'histoire des systèmes juridiques en Europe, XIXe-XXIe siècles*. Institut Universitaire Varenne.
- Ancel P. y Baptiste B. (2010). *De l'intérêt de la summa divisio droit public - droit privé?* Dalloz.
- Audren, F. y Des Barbou Places, S. (2018). *Qu'est-ce qu'une discipline juridique? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*. LGDJ Lextenso éditions.
- Bermejo Castrillo, M.A. (2019). *La memoria del jurista español*. Dykinson.
- Blackstone, W. (1758). *A Discourse on the Study of the Law. Being an Introductory Lecture Read in the Public Schools*. Clarendon Press.
- Bourdieu, P. (2017). *La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique*. Editions de la Sorbonne [original: La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique]. *Actes de la recherche en sciences sociales*. 64 (1986), 3-19].
- Bourdieu, P. (2001). *Langage et pouvoir symbolique*. Seuil.
- Boutier, J., Passeron, J.C. y Revel, J. (2006). *Qu'est-ce qu'une discipline*. Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales.
- Calsamiglia, A. (1990). *Introducción a la Ciencia Jurídica*. Ariel.
- Collini, S. (2016). The identity of intellectual history. En B. Young y R. Whatmore (Eds.), *A companion to intellectual history* (5-18). Wiley Blackwell.
- Dedek, H. (2016). Stating Boundaries: The Law, Disciplined. En H. Dedek y S. van Praagh. (Eds.), *Stateless Law. Evolving Boundaries of a Discipline* (9-22). Taylor and Francis.
- Dicey, A.V. (1883). *Can English Law be Taught at the Universities? An Inaugural Lecture, Delivered at All Souls College*. Macmillan.
- Gordley, J. (2013). *The Jurists. A Critical History*. Oxford University Press.
- Feichtinger, J., Fillafer, F. y Surman, J. (2018). *The Worlds of Positivism. A Global Intellectual History, 1770-1930*. Palgrave Macmillan.
- Foucault, M. (2008). *L'archéologie du savoir*. Repr. Gallimard.
- Halpérin, J.L. (2014). *Five Legal Revolutions Since the 17th Century. An Analysis of a Global Legal History*. Springer.
- Jamin, C. y Jestaz, P. (2004). *La doctrine*. Dalloz.
- Grossi, P. (1984). *La "cultura" delle riviste giuridiche italiane: Atti del primo Incontro di studio*. Giuffrè.
- Liendo Tagle, F. (2020). *Prensa jurídica española. Avance de un repertorio (1834-1936)*. Dykinson.
- Luhmann, N. (2005 [1993]). *El Derecho en la sociedad*. Herder.

- Kennedy, D. (2006). Three Globalizations of Law and Legal Thought: 1850–2000. En D.M. Trubek y A. Santos (Eds.), *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal (19-73)*. Cambridge University Press.
- Kuhn, T. (2014). *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- Martínez Neira, M. (2001). *El estudio del Derecho: libros de texto y planes de estudio en la universidad contemporánea*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Petit, C. (2019). *Derecho ex cathedra, 1847-1936*. Diccionario de catedráticos españoles. Universidad Carlos III de Madrid.
- Petit, C. (2014). *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en cultura jurídica de la España liberal*. Universidad Carlos III de Madrid.
- Real Academia Española. (s.f.). *Dogmática jurídica*. En Diccionario panhispánico del español jurídico. <https://dpej.rae.es/lema/dogmatica-juridica>.
- Richard, G. (2015). *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*. Dalloz.
- Schröder, J. (2020). *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1990)*. Beck Verlag.
- Skinner, Q. (2002). *Visions of politics. Volume 1: Regarding method*. Cambridge University Press.
- Skinner, Q. (2018). *From Humanism to Hobbes: Studies in Rhetoric and Politics*. Cambridge University Press.
- Stolleis, M. (1992). *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. Band 2: Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800 bis 1914*. Beck Verlag.
- Weber, M. (1904). Die 'Objektivität' sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis. En J. Winkelmann, (Hrsg.), *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre (146–214.)*. Mohr Siebeck.

El garantismo de Aristovoulos Manessis como constitucionalismo positivista.

Elementos biográficos y teóricos de su trayectoria académica

The garantism of Aristovoulos Manessis as positivist constitutionalism.

Biographical and theoretical aspects of his academic trajectory

Triantafyllos Gkouvas
 Universidad Carlos III de Madrid
 ORCID ID 0000-0003-1686-7461
tgkouvas@der-pu.uc3m.es

Cita recomendada:

Gkouvas, T. (2022). El garantismo de Aristovoulos Manessis como constitucionalismo positivista. Elementos biográficos y teóricos de su trayectoria académica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 328-341.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7127>

Recibido / received: 13/08/2022
 Aceptado / accepted: 30/08/2022

1. Algunos prolegómenos

La primera sección de este trabajo es un breve mapa conceptual que ayudará al lector a navegar a través del análisis y traducción siguientes de algunos pasajes representativos de la obra doctrinal y filosófica de Aristovoulos Manessis, un destacado constitucionalista griego cuya obra transmite de la manera más auténtica la recepción del liberalismo político en la Grecia de posguerra. No sería exagerado sugerir que Manessis es el principal representante del garantismo constitucional en los círculos académicos griegos. El garantismo es tanto una teoría del derecho constitucional como un método de interpretación constitucional. Como tal, el

garantismo combina elementos de los principios tradicionales del constitucionalismo liberal, así como de las defensas positivistas del estado de derecho¹.

Como se explicará más adelante, el proyecto teórico de Aristovoulos Manessis es de naturaleza garantista precisamente porque y en la medida en que es una variante híbrida de dos proyectos a menudo en competencia, el del constitucionalismo liberal y el del positivismo jurídico. Antes de entrar en más detalles, vale la pena señalar que está en discusión si estas dos teorías jurisprudenciales son directamente comparables principalmente porque el constitucionalismo es una teoría que se articula en un nivel de abstracción más bajo que la teoría del positivismo jurídico². En otras palabras, el primero es mucho más sensible a las prácticas institucionales dentro de órdenes jurídicos particulares, mientras que el segundo puede conservar su relevancia explicativa incluso en un contexto jurídico sin una constitución escrita y rígida.

Dicho esto, es plausible argumentar que pueden cruzarse de muchas maneras interesantes, principalmente porque ambas asignan una importancia teórica especial a un concepto normativo específico: la autoridad estatal.³ El constitucionalismo ve la autoridad como un poder intrínsecamente limitable, mientras que el positivismo jurídico ve la autoridad como un poder infinitamente productivo o generativo.⁴ En consecuencia, el poder de gobernar conforme a derecho es tanto el poder de la autolimitación de los poderes públicos como el poder de regular las relaciones sociales en infinitas formas y direcciones. La razón es que el derecho mismo es a la vez un límite y una forma general.

Como límite, el derecho resuelve la cuestión de quién es coercitivamente responsable de qué en una sociedad política. La responsabilidad es por excelencia el paradigma de la finitud normativa. Siempre hay límites sobre lo que uno puede ser considerado responsable y, por lo tanto, ser considerado sujeto a fuerza coercitiva o sanciones. Por otro lado, como una forma de generalidad, el derecho resuelve la cuestión de lo que generalmente se considera obligatorio o debido en una sociedad política. El contenido de tal obligación o deber es (al menos a la luz del positivismo jurídico moderno⁵) general incluso si la autoridad jurídica se considera equivalente al poder de imponer sanciones particulares. Es decir, las sanciones pueden ser individualizadas pero la obligación subyacente de obedecer el derecho o de obedecer al portador del poder soberano es general en su contenido so pena de convertirse en

¹ Sobre el concepto doctrinal y filosófico del garantismo, véase Ferrajoli (2009).

² Por esta polémica, véase Chiassoni (2011, pp. 327-342).

³ La mayoría de las veces el portador de esta autoridad será el estado, tanto para el constitucionalismo como para el positivismo jurídico, pero esto no es conceptualmente obligatorio. Existen (aunque no sin objeciones escépticas) modelos supraestatales tanto de constitucionalismo como de positivismo jurídico. Para el primer tipo véase Kumm (2018, pp. 279-300). Para el último tipo véase Culver-Giudice (2013, pp. 279-300).

⁴ La productividad (*jurisgenerativity*) infinita de la autoridad jurídica es precisamente el resultado de su carácter formal, es decir, intrínsecamente general. Solo las normas emitidas por una autoridad general pueden tener el poder de explicar normativamente infinitas instancias atómicas de comportamiento ilegal o legal porque solo las explicaciones generales pueden contar como explicaciones genuinamente jurídicas de eventos jurídicamente relevantes. Lo particular cuenta como jurídicamente relevante en la medida en que pueda subsumirse bajo algo jurídicamente general.

⁵ En aras de la simplicidad, he puesto entre paréntesis las variantes imperativistas del positivismo jurídico asociadas primariamente con la obra de John Austin. Según su teoría, las declaraciones de obligación jurídica son solo predicciones sobre la probabilidad de llevar a cabo las amenazas del soberano. El contenido de tales predicciones es obviamente más particular que general. Se refiere a la probabilidad de todas y cada una de las amenazas particulares de sanciones. Para más detalles, véase su obra seminal Austin (1832/1995).

una paradoja sobre la continuidad del poder jurídico⁶. En el sentido especificado, la obligación es por excelencia el concepto de generalidad normativa.

Aunque la responsabilidad y la obligación son conceptos relacionados, también deben mantenerse separados. Están relacionados porque ambos se refieren a la realización de acciones. Pero también están separados porque lo que entendemos por «realización de acciones» es sistemáticamente ambiguo. Realizar una acción puede significar realizar una elección, pero también producir ciertos resultados. Bajo el último caso cae cualquier cosa que pueda ser vista como consecuencia de cierta acción en lugar de la acción misma. En consecuencia, mientras que la responsabilidad es el tipo de noción normativa que exige un límite hasta el cual las consecuencias de los propios actos pueden atribuirse a su propia autoría, la obligación es el tipo de noción normativa que también puede incluir deberes para lograr ciertos resultados o bien deberes cuyo cumplimiento no es solo consecuencia de la autodeterminación, sino también de su carácter moral o de su pertenencia a una comunidad o cultura particular. Una responsabilidad ilimitada hace imposible la existencia de verdaderos agentes, pero la obligación ilimitada no. Una obligación ilimitada como la que se refleja en el eslogan «debe haber paz mundial» o «debería darse el caso de que nadie se muera de hambre» no impone límites sobre quién puede hacer qué para lograr un determinado resultado. Es una genuina obligación política o cívica por excelencia, pero no una responsabilidad política o cívica, al menos en sentido estricto.

En consecuencia y a la luz de estos comentarios, el poder de gobernar por el derecho (que, como se señaló, es una noción central tanto para el constitucionalismo como para el positivismo jurídico) muestra el rostro de Jano: es tanto el poder de responsabilizar como el poder de obligar. El primer poder es limitable porque la responsabilidad (jurídica) siempre es limitada y el segundo poder es general o formal porque la obligación (jurídica) es, al menos principalmente, general o formal. El constitucionalismo es, por así decirlo, una teoría aplicada de los límites normativos del gobierno por el derecho, mientras que el positivismo jurídico es una teoría de la forma normativa del gobierno por el derecho. Para el constitucionalismo estos límites normativos deben establecerse a nivel constitucional y para el positivismo jurídico esta forma normativa debe ser positiva, es decir, escrita o lógicamente deducible de una determinada práctica institucional. Cómo y por qué el garantismo intenta fusionar estas dos teorías en una sola visión de la legitimidad política es un tema fascinante y, por lo tanto, ardientemente discutido.

Más específicamente, el constitucionalismo, en general, es la idea de que el poder público puede y debe ser «limitado» por medios constitucionales. En consecuencia, la legitimidad de la autoridad estatal depende de en qué medida estos límites constitucionales sean observados por los órganos públicos. Qué tipo de límites

⁶ H.L.A. Hart ha asociado esta variante particularista del positivismo jurídico con el ejemplo de una sociedad política donde todos hacen lo que dice Rex. Hart asocia la naturaleza no totalmente jurídica de esta práctica con el hecho de que, tras la muerte del soberano, debe establecerse desde cero un nuevo patrón de obediencia habitual. Escribe (Hart, 1961, p. 52), «en esta explicación de la situación social bajo Rex, el hábito de la obediencia es una relación personal entre cada sujeto y Rex: cada uno hace regularmente lo que Rex le ordena, entre otras cosas, que haga. Debe observarse que, en esta situación tan simple, todo lo que se requiere de la comunidad para constituir a Rex como soberano son los actos personales de obediencia [énfasis añadido] por parte de la población» (traducción libre del autor). La fuente de sospecha de Hart sobre la propiedad jurídica de esta práctica es precisamente el problema de la discontinuidad señalando que (Hart, 1961, p. 55) «los meros hábitos de obediencia a las órdenes dadas por un legislador no pueden conferir al nuevo legislador derecho alguno para suceder al anterior y dictar órdenes en su lugar. En segundo lugar, la obediencia habitual al antiguo legislador no puede por sí misma hacer probable, ni fundamentar ninguna presunción, de que las órdenes del nuevo legislador serán obedecidas» (traducción libre del autor).

son los más adecuados para esta tarea y cómo se debe controlar y hacer cumplir su observancia es otra pregunta que las diferentes teorías constitucionales responden de maneras distintas, a menudo ideológicamente irreconciliables. Mientras que los derechos individuales, los recursos judiciales⁷ y las garantías pueden verse y operar como límites al poder estatal, su naturaleza y función siguen siendo conceptualmente distintas⁸.

Además, y de nuevo más específicamente, el positivismo jurídico, en general, es la teoría de que ciertas declaraciones o enunciados institucionales están investidos de la «forma» jurídica en la medida en que una autoridad jurídica lo ha establecido y porque así lo ha hecho. Proclamar con autoridad que algo cuenta como derecho y, por lo tanto, demostrar que, «en virtud de esta proclamación autoritativa», algo se ha convertido en derecho es el rasgo definitorio de una concepción positivista de la obligación jurídica. Mark Greenberg, un filósofo analítico del derecho estadounidense, entiende esta dimensión constitutiva del positivismo jurídico como el camino argumentativo que permite explicar la validez de las normas jurídicas. En sus propias palabras,

En el relato constitutivo completo de la obtención de una determinada norma jurídica: 1) la autoridad promulgadora es previa como objeto de explicación a la existencia de la norma jurídica; 2) la autoridad promulgadora es independiente del contenido y las consecuencias (específicas) del pronunciamiento; 3) no existen principios mediadores entre el pronunciamiento autorizado y la obtención de la norma. Usaré el término «inmediatez explicativa» para la propiedad que esta tesis atribuye a una explicación de la obtención de una norma jurídica» (Greenberg, 2010, p. 44)⁹.

El garantismo es una variante específica de constitucionalismo positivista que asigna la tarea de delimitar el poder público no directamente a los derechos fundamentales constitucionalmente previstos o a los recursos constitucionales elaborados o estipulados doctrinalmente, sino a las así llamadas «garantías constitucionales». En los términos de Ferrajoli (2001, p. 7), un teórico prominente del garantismo continental, estas garantías son de dos tipos: primarias y secundarias. Las garantías primarias son deberes de confirmar expectativas normativas positivas, así como prohibiciones de infringir expectativas normativas negativas. Tales expectativas son el contenido de lo que ordinariamente entendemos por derechos fundamentales positivos (sociales y económicos) y negativos (civiles). Las garantías secundarias son obligaciones de reparar o sancionar jurídicamente la violación de las garantías primarias.

En consecuencia, el garantismo es una fusión de los dos tipos de conceptos normativos que hemos señalado anteriormente: Es una fusión porque la

⁷ Sobre la primacía (en la jurisprudencia constitucional estadounidense) de los recursos judiciales doctrinalmente elaborados como caminos para limitar el poder público véase Fish (2016, pp. 322-386) y Berman (2010, pp. 39-69).

⁸ Al menos en un nivel arquetípico, los derechos se deben a los miembros individuales de una comunidad política y, por eso, el objetivo final o más fundamental de su función limitante no es el poder público per se, sino el poder de la «mayoría política». Con algunos pasos argumentativos intermedios, se puede argumentar, por supuesto, que el poder de la mayoría es y debe entenderse como poder público. En términos de lema, la mayoría política tiene sentido, algunos podrían decir, «solo» como una mayoría parlamentaria o, más generalmente, institucional. Por supuesto, las mayorías importan, se podría argumentar, porque y en la medida en que gobiernan por medio de las decisiones institucionalmente autorizadas que ciertas mayorías «institucionales» toman e imponen a otros. Aunque no hay duda de que una mayoría política pueda adoptar, y a menudo adopte, la forma de instituciones de gobierno, su naturaleza política y su importancia normativa van más allá de su configuración institucional. Las mayorías políticas pueden conservar su autonomía conceptual en la medida en que sea conceptualmente recomendable preservar la distinción entre lo político y lo institucional. En consecuencia, una mayoría institucional (parlamentaria) es siempre (también) una mayoría política, pero no al revés.

⁹ Traducción libre del autor.

«responsabilidad» constitucionalmente prevista de proteger la autonomía de los ciudadanos de la intromisión no autorizada por parte del estado está indisolublemente unida a la «obligación» de proteger la autonomía de ese modo. En otras palabras, las garantías constitucionales son a la vez responsabilidades y obligaciones de las instituciones públicas. Como responsabilidades señalan la existencia de límites en el ejercicio del poder jurídico. Como obligaciones positivas institucionales, señalan la forma positiva (más que trascendente o iusnaturalista) de tal protección. Las garantías desprovistas de la forma positiva de las obligaciones de protección no cumplen su función normativa. En palabras de Luigi Ferrajoli (2001, p. 7), «la ausencia [positiva] de garantías relativas equivale a una falta de aplicación de los derechos estipulados positivamente y, por lo tanto, consiste en una laguna legal, que el legislador tiene el deber de subsanar».

2. Elementos biográficos del garantismo de Manessis

En la conciencia colectiva de los ciudadanos griegos, Aristovoulos Manessis ya se había establecido antes de la dictadura como una figura emblemática identificada con el derecho constitucional como «técnica de libertad política». La contradictoria y troncada «legitimidad» constitucional del estado de posguerra lo llevó a confrontarse científicamente con problemas centrales del derecho constitucional como el derecho de Resistencia o los derechos de los desplazados. Su tesis doctoral sobre el tema de las garantías constitucionales constituye esencialmente el manifiesto científico del positivismo jurídico en el campo del derecho constitucional. Sin embargo, lo más destacado en el contexto de su presencia antidictatorial se relaciona con los acontecimientos de 1965 en Grecia comúnmente conocidos como «Apostasía» o *Ioulianá*¹⁰ y las implicaciones de la cuestión de confianza que determinaba la posición político-constitucional del primer ministro griego.

Aristovoulos Manessis nació en marzo de 1921 en Argostoli, Cefalonia, y pasó su infancia en varias ciudades del Peloponeso y Zacinto, donde su padre se desempeñó como secretario judicial. Estudió en la Facultad de Derecho de la Universidad de Tesalónica, donde en 1943 se licenció con una calificación de Excelente (9,7). Realizó investigaciones de posgrado en las Universidades de Heidelberg y París y en 1953 se doctoró en derecho en la Universidad de Tesalónica. Su tesis doctoral se tituló: *Sobre las leyes obligatorias: las facultades legislativas excepcionales del Ejecutivo*. En 1956 publicó el primer volumen y en 1961 y 1965 (en dos mitades), el segundo volumen de su obra *Las garantías de la observancia de la Constitución I y II*, que inauguró la ciencia de posguerra del derecho constitucional.

Desde 1957 fue profesor de derecho constitucional en la Escuela de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad Aristóteles de Tesalónica y en 1961 fue elegido profesor a tiempo parcial en la cátedra de derecho constitucional. En 1965 fue elegido profesor titular en el área de derecho constitucional, pero tres años más tarde fue destituido por decisión de la dictadura, con base en el Acta Constitucional ΘΔ/1967, debido a sus opiniones democráticas. La *Última Lección*, en el marco de su

¹⁰ El término «Apostasía» (Αποστασία) o *Ioulianá* se refiere, en la historia moderna de Grecia, al período de anomalía política que siguió al derrocamiento del gobierno de Georgios Papandreou el 15 de julio de 1965 hasta la imposición de la «dictadura de los coroneles». Tras la dimisión de Papandreou, los miembros de la Unión del Centro formaron varios gobiernos, a pesar de la fuerte oposición de su líder Papandreou y la mayoría de sus diputados. Los primeros ministros y ministros de estos gobiernos, así como los miembros de la Unión del Centro que llegado el momento apoyaron a estos gobiernos fueron calificados de apóstatas, ya que existía la impresión entre políticos, periodistas e historiadores de que el apoyo que brindaban no provenía de un acuerdo político o ideológico, sino producto de sobornos y promesas de asumir cargos gubernamentales. Este período fue un período de inestabilidad política y tensiones con la intensa participación del entonces joven rey Konstantinos en los asuntos políticos del país en violación de la Constitución de 1952.

monumental conferencia *El derecho constitucional como técnica de libertad política*, se convertiría en el primer evento antidictadura en la Universidad de Tesalónica¹¹.

Durante los años 1968 y 1969 permaneció desplazado en Lidoriki, Fokida, por ser «peligroso para el orden público y la seguridad», y hasta 1970 se le prohibió salir del país. De 1970 a 1974 se exilió en Francia y fue profesor de derecho público en la Universidad de Amiens. En 1974, tras el colapso de la dictadura, fue restituido en el área de derecho constitucional de la Escuela de Ciencias Jurídicas y Económicas de la Universidad Aristóteles de Tesalónica, donde permaneció hasta 1981. Luego se trasladó a la Facultad de Derecho de la Universidad de Atenas, donde permaneció durante los años siguientes como profesor de derecho constitucional.

La caída de la dictadura y el cambio de régimen fueron al mismo tiempo el fin del período de los frentes amplios y la entrada en la era de las oposiciones y desacuerdos democráticos. Ahora bien, las propuestas contrapuestas de cualquier conflicto político-constitucional deben ser analizadas principalmente a través de la lógica de los contrapesos institucionales. Pero el criterio para Manessis siempre es claro: la Constitución como garantía del estado de derecho, como escudo para la protección del ciudadano, como mecanismo para organizar la soberanía popular y asegurar la autenticidad de sus expresiones.

La dimensión garantista de la constitución, para Manessis, se relacionaba principalmente con su forma y no con su contenido. La forma de la constitución se entendía como la estructura de normas de superior jerarquía formal que se refieren a la formación y ejercicio del poder estatal. La forma de constitución, que desde finales del siglo XVIII revisten las normas que rigen la formación y expresión de la voluntad estatal, es «la primera garantía técnica de la libertad política en general», a la que Manessis atribuía dos significados: amplio y estricto. El significado amplio (de libertad política) incluye aquellas instituciones que limitan la acción del poder público, imponen la observancia de los procedimientos establecidos y prohíben la intromisión del estado en los ámbitos donde los ciudadanos individual o colectivamente desarrollan sus actividades y relaciones vitales. El significado estricto de libertad política incluye el principio de soberanía popular ya que, como señala Manessis, «la libertad del pueblo reside en el poder del pueblo» (Manessis, 2007, p. 49). Tanto el sentido amplio como el estricto de la libertad política se construyen polémicamente y no metafísicamente. Manessis, como opositor de la fundamentación iusnaturalista del poder constitucional, tenía una firme preocupación por las condiciones políticas que aseguran el poder garantista de la constitución. La libertad política es un objeto de reafirmación constante, mientras que las condiciones bajo las cuales se legitima esta reafirmación se reconfiguran de acuerdo con los desarrollos sociopolíticos de cada época.

El fuerte tono antiautoritario de la obra de Manessis está impregnado de una «preocupación liberal» que percibe la constitución como un sistema de garantías y el derecho constitucional como una «técnica» de la libertad política y como una disciplina al servicio de los gobernados. Como técnica de la libertad política se describe aquella metodología jurídica que pretende proteger la autodeterminación del ciudadano dentro de una comunidad política mediante el establecimiento de limitaciones al poder estatal, la organización de sus poderes, así como el establecimiento de un sistema de

¹¹ Su lección final en el abarrotado auditorio de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas mostró el vínculo del jurista con la sociedad y del constitucionalista con la democracia. Como dijo, «si mi lección de esta tarde resulta ser la última, quisiera pedirles que preserven la esencia de mi enseñanza: la importancia de la libertad política como conquista histórica para el desarrollo de la vida social y como condición para la liberación general y la autorrealización del ser humano. Y como la teoría y la práctica están interrelacionadas, lo esencial es mantenerse libre, firme y desencadenado frente a los mecanismos coercitivos e ideológicos de los gobernantes» (Manessis, 2007, p. 525).

derechos individuales. Como objeto de la técnica de la libertad política, la constitución es, según Manessis, ante todo un mecanismo de garantías. No existe una buena política *simpliciter*, solo una buena política *in actu*. Este *actus* o práctica no es espontánea, autónoma o autopoietica, sino la expresión de la aplicación de un método de raciocinio jurídico que es también el estándar para su evaluación.

El objeto de este método es, precisamente, la estructura de las garantías constitucionales que tienen como objetivo evitar la arbitrariedad del poder público. En consecuencia, el grado de (éxito de) este tipo de prevención es el más importante estándar de evaluación de la práctica política. En última instancia, la evaluación de la práctica política a partir de este estándar se manifiesta en la atribución de responsabilidad política a quienes ejercen el poder estatal. El garantismo de Manessis es bidimensional. Su primera dimensión es negativa y liberal y la segunda es afirmativa y democrática. La dimensión liberal impone límites al ejercicio del poder estatal y la dimensión democrática establece las condiciones para la formación y ejercicio igualitario de este poder. La dimensión liberal se centra en la protección defensiva de un campo de independencia y autorrealización de cada persona-miembro de una sociedad política. La dimensión democrática se centra en la autodeterminación política de los individuos, que no puede entenderse sin su participación en los procesos políticos. En sus propias palabras,

Considero imperativo subrayar que especialmente en lo que se refiere a la libertad política, alcanzarla y asegurarla es ante todo una cuestión institucional. Sobre todo, es de crucial importancia la regulación jurídica de la manera sistemática en que se forma y ejerce la voluntad que constituye el poder estatal, es decir, el régimen político. Hay entidades políticas por definición buenas y por definición malas, en términos de asegurar la libertad política: eso depende de si quienes ejercen el poder estatal están sujetos o no a un control efectivo y, de hecho, por parte de los gobernados (Manessis, 2007, p. 23).

En ese contexto teórico, Manessis se muestra partidario de delimitar el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, partidario de limitar las facultades del presidente de la República, partidario de la necesidad de que su posición jurídica y política sea clara e inequívoca y partidario de la necesidad de que se instituyan contrapesos al papel institucional del primer ministro, así como a las capacidades institucionales de la respectiva mayoría parlamentaria. Una precondition epistemológica y teórica obvia para esta versión del positivismo aceptada por Manessis es el rechazo de cualquier ideología de la «pureza» o la «neutralidad» de la ciencia jurídica. Según Manessis, la dimensión política del derecho es tan indiscutible como la dimensión jurídica de la política. Derecho y política, según Manessis, no «coinciden», sino que se «entrelazan».

Durante los años 1980 y 1982 se publicaron tres de sus obras más importantes: *Teoría y práctica constitucional. Colección de Estudios* (1980), *Derecho Constitucional I* (1980) y *Derechos Constitucionales de las Primeras Libertades Individuales* (1982). De 1987 a 1989 Manessis se convirtió en miembro de la Junta Directiva de la Universidad Europea de Florencia, en 1988 se convirtió en profesor emérito de la Universidad de Atenas, y que en 1990 se convirtió en doctor honoris causa de la Facultad de Derecho de la Universidad Demócrito de Tracia. Su mandato de 1976 a 1977 y de 1987 a 1988 como miembro del Tribunal Supremo Especial es reseñable. Asimismo, entre los años 1982 y 1983, Aristovoulos Manessis fue presidente de la Comisión Especial de Legislación para la implementación del principio constitucional de igualdad entre hombres y mujeres, a la que se atribuyen las conocidas importantes reformas del Código Civil griego y otras legislaciones.

Desde 1987 hasta su muerte fue presidente del consejo científico del Parlamento griego. En 1992 fue elegido miembro de pleno derecho de la Academia de Atenas, mientras que en 1998 el presidente de la República le otorgó la Orden de Brigadier Mayor de la Orden del Fénix. La Universidad de Tesalónica honró la contribución de Manessis a la ciencia y la vida académica organizando el «Alegre Simposio» en 1991, mientras que la Universidad de Atenas organizó una ceremonia especial en 2000, en la que se le otorgó un volumen conmemorativo.

Manessis siempre repetía las palabras del Abate Sieyès: La Constitución es un sistema de normas jurídicas obligatorias, de lo contrario no es nada. Esta proclamación de «fe» científica impregna la obra de Manessis desde la primera hasta la última página.

3. Elementos teóricos del garantismo de Manessis

El camino científico de Manessis comenzó en el período en que los vencedores de la guerra civil griega habían impuesto un régimen que excluía de la vida social a casi la mitad de la población griega, donde las persecuciones políticas aumentaron la inmigración y el movimiento interno en los grandes centros urbanos griegos y donde muchos grupos sociales cayeron en niveles extremos de pobreza que los llevaron a la indigencia. Esta situación derivó en la creación de movimientos sociales por parte de ciudadanos que habían caído en la «invisibilidad constitucional». Debido a las coacciones legales y políticas que existían, los griegos de «mentalidad antinacional» se convirtieron en víctimas de la arbitrariedad gubernamental, privados de su libertad personal y, a menudo, de su estatus social.

Hubo dos rasgos particulares de la realidad institucional que surgió en Grecia desde la aprobación de la Constitución de 1952 hasta la imposición de la «dictadura de los coroneles» en 1967. El primero se refería a las medidas de emergencia de la guerra civil griega que se mantuvieron en vigor indefinidamente y en derogación de la constitución, formando así la infame «paraconstitución» (*parasyntagma*). La segunda característica consistió en las sucesivas intervenciones del Palacio en el gobierno del país. En el contexto de este modo de funcionamiento del estado, que originalmente se caracterizó como «democracia caquética», las batallas de un jurista por la defensa de los derechos individuales y del principio democrático solo podían basarse en la invocación constante y persistente de la legitimidad constitucional.

Esta legitimidad constitucional está indisolublemente ligada en la obra de Manessis a la cuestión de la coerción institucional, por así decirlo, de la cuestión de quiénes ejercen la coerción estatal. En la medida en que una norma jurídica sin posibilidad de aplicación coercitiva es un «fuego que no quema y una luz que no alumbraba», surge la pregunta de cómo hacer cumplir la observancia de aquellas normas que regulan la conducta de quienes ejercen coercitivamente el poder estatal. Manessis intenta resolver este problema desconectando la coercitividad del derecho de sus normas individuales y confiriendo carácter coercitivo al orden jurídico en su conjunto. Como fundamento del poder coercitivo, el orden jurídico está constituido por garantías de cumplimiento de la constitución.

Guiado por una metodología positivista, Manessis no cesó a lo largo del período 1952-1967 de mantener una postura militante en defensa de la libertad política que reducía la fuerza normativa del derecho a un baluarte contra la arbitrariedad del estado de posguerra griego. Este contexto sociopolítico dio forma a las elecciones políticas y dogmáticas de Manessis. La relegación acrítica y oportunista de todos los intereses políticos y jurídicos a la «nación» permitió a los gobernantes excluir a los opositores políticos de la protección de la constitución y ejercer el poder

estatal sin control. Este crudo «nacionalismo constitucional» fue la razón principal por la que Manessis rechazó las teorías del derecho natural y se asentó metodológicamente en el positivismo jurídico.

En el primer volumen de la obra *Las Garantías de la Observancia de la Constitución*, publicado en 1956, Manessis ofrece una formulación canónica de su filosofía jurídica: «el derecho», dice, «se entiende solo como derecho positivo» (Manessis, 1965, p. 218). Según Manessis, el método positivista se distingue por dos características principales: (a) las normas jurídicas son solo aquellas establecidas y reconocidas como tales por la autoridad estatal y (b) la validez del derecho positivo no depende de su cumplimiento de normas extrajurídicas como la idea de la justicia o los principios morales. Este par de supuestos positivistas no hace del derecho una ciencia neutra. Dado que no otorga a los gobernantes la posibilidad de invocar elementos extrajurídicos o principios supraconstitucionales, tiene una clara orientación política. Como explicó Manessis, la concepción positiva del derecho «impide [...] el uso de la teoría jurídica en aras de justificar, ocultar o glorificar la política de los gobernantes» (Manessis, 1956, pp. 232-233) y, en consecuencia, trabaja a favor de quienes están sujetos a las decisiones del poder político.

En el campo del derecho constitucional, este positivismo tomó la forma de un positivismo constitucional según el cual la constitución consta únicamente de todas las disposiciones, sin excepción, que son establecidas por el designado órgano constitucional. El órgano de autoridad constitucional es dual: desde un punto de vista interno, se le considera jurídicamente responsable de establecer la constitución, mientras que, desde un punto de vista externo, no es más que un *factum*. El positivismo constitucional de Manessis reconoce como la fuente de la «verdad jurídica» solamente la normas que son establecidas y se aplican coercitivamente dentro de cada ordenamiento jurídico. Estas normas, en la medida en que gozan de esta positivización, pueden convertirse en objeto de un estudio científico independiente, de una categorización conceptual y también de una crítica interna, así como externa.

A los efectos de esta presentación, distinguiremos dos aspectos principales de la visión positivista de la constitución. El primero y más importante es la reducción del fundamento de la constitución positiva a la soberanía popular. El pueblo no se entiende aquí como un concepto abstracto. Como órgano constitucional de soberanía, el pueblo «no es un ente abstracto, sino que está formado por los ciudadanos del Estado», a cuya voluntad «debe reducirse el poder del Estado en toda su organización jurídica» (Manessis, 1956, pp. 80-81). Manessis acepta que la libertad política, en la medida en que emana del principio de la soberanía popular, exige el reconocimiento de un ámbito de libertad individual «aunque no como un fin en sí mismo, sino como un medio evidente y necesario para la más eficaz consecución del objetivo de la identificación de gobernantes y gobernados» (Manessis, 1965, p. 45). Esta relación instrumental implica que ni un estado democrático es necesariamente liberal, ni un estado que respeta las libertades individuales es necesariamente democrático.

El segundo aspecto del entendimiento positivista de la constitución es la suposición de que sus normas son formalmente equivalentes. Las contradicciones entre sus principios y disposiciones no menoscaban su integridad normativa. Según Manessis, las contradicciones encontradas en el texto de la constitución no tienen ninguna influencia decisiva en su prestigio y poder normativo. Son meramente sintomáticas de un conflicto subyacente e históricamente verificable de fuerzas sociopolíticas e ideologías. En este mismo sentido, se descarta la posibilidad de la existencia de disposiciones inconstitucionales en la constitución. En consecuencia, tales casos de normas contradictorias pueden ser manifiestamente intencionales, o

pueden ser interpretadas como reducibles a la voluntad del legislador constituyente o, alternatively, pueden atribuirse a un tipo de «acrasia constituyente» o debilidad de la voluntad del legislador constituyente en cuanto a la resolución definitiva y final y autoritativa de ciertas cuestiones de la vida sociopolítica.

A principios de la década de 1960, las preocupaciones políticas y teóricas de Manessis se vieron enriquecidas por un giro político en su pensamiento que se refería a la teoría de la democracia y su base normativa. En el segundo volumen de la obra *Las Garantías de la Observancia de la Constitución*, Manessis discutió el concepto de libertad política y destacó su importancia primordial para el funcionamiento de las instituciones representativas. En sentido estricto, la libertad política se refiere a la posibilidad de participación de los ciudadanos en la formación y ejercicio del poder estatal. Como participación, la libertad política se distingue de la libertad individual, cuyo núcleo arquetípico es la protección de la propiedad individual y la libertad personal de los ciudadanos frente a intervenciones ilícitas en la esfera privada. A través de esta distinción, Manessis aboga por un parlamentarismo democrático que él distingue del parlamentarismo liberal del siglo XIX.

Una línea básica de diferenciación entre estos dos tipos de gobierno es el carácter de la soberanía sobre la que descansa el poder estatal. Manessis insiste en distinguir la soberanía nacional de la popular y atribuir la primera al modelo liberal y la segunda al modelo democrático de parlamentarismo. La soberanía nacional está entrelazada con la representación de la nación principalmente por miembros de la comunidad política que efectivamente pueden dedicar tiempo y dinero al servicio de los asuntos comunes. Dichos miembros cuentan, en su mayoría, con los recursos propios necesarios para llevar a cabo esta función. En esta forma de representación, señala Manessis, «no parece haber lugar lógico [...] para los partidos políticos ni para la representación de distintos intereses de clase» (Manessis, 1965, p. 59). La soberanía popular, por su parte, se funda en el pueblo no como entidad abstracta sino como suma de personas concretas que constituyen el cuerpo político de una comunidad jurídicamente constituida. Contrariamente a la soberanía nacional, el recurso a un concepto de soberanía popular como fundamento del poder del estado tiene un claro signo político, ya que repudia la ideología del estado de posguerra griego que, invocando la soberanía nacional (y no popular), se hizo eco de y promovió nociones monárquicas. Cada miembro del colectivo llamado pueblo es un representante directo de los miembros electos del parlamento sin la mediación del concepto metafísicamente cargado de la nación.

Este importante proyecto teórico se inscribe en el contexto del constitucionalismo democrático del siglo XX. Influenciado por el trabajo de entreguerras de Hans Kelsen, así como del constitucionalista griego Alexandros Svolos, Manessis enfatizó que la participación de los ciudadanos en la formación y ejercicio del poder estatal es de fundamental importancia ya que «de esta manera no son heterodeterminados sino autodeterminados y desde este prisma son considerados políticamente libres» (Manessis, 1956, p. 14). En el contexto de una sociedad pluralista donde conseguir la unanimidad se hace prácticamente imposible, la aplicación del principio de mayoría al cuerpo electoral tiene el efecto de «ampliar al máximo el círculo de sujetos autodeterminados» (Manessis, 1965, pp. 48-49).

El principio democrático se complementa con el principio liberal, ya que sin la protección de los derechos individuales resulta injustificada la heterodeterminación por las decisiones de la mayoría representativa que, en gran parte, es necesaria para ciertos aspectos de la vida ciudadana. En este último caso «la minoría queda [...] completamente indefensa a merced de cualquier voluntad de la respectiva mayoría» (Manessis, 1965, p. 45). En una época como aquella en la que los no «nacional-

pensantes» (*ethnikóphrones*) eran sometidos a persecuciones políticas y penales sistemáticas, Manessis subrayó que «la libertad que vale y tiene importancia práctica no es tanto la libertad de los que están de acuerdo como la libertad de los disidentes» (Manessis, 1956, pp. 54-55).

Tras el retorno de la democracia, el positivismo de Manessis mostró una marcada refundación, ya que dejó de basarse en la exclusión de cualquier elemento extrajurídico y adquirió una clara base sociológica. Hubo dos razones principales para esta transformación. La primera se refería a las características políticas e institucionales de la nueva coyuntura histórica, en la que el derecho ya no necesitaba cumplir un papel puramente defensivo, pues los fundamentos organizativos del estado ya no estaban bajo constante amenaza. Una serie de reformas, como la transición plebiscitaria a una democracia de tipo republicano, la abolición de las medidas de emergencia civil y la legalización del Partido Comunista Griego, habían contribuido a la normalización de la actividad del estado. La segunda razón era puramente ideológica. Durante sus años de exilio en París (1970-1974), Manessis entró en intenso contacto con la corriente del eurocomunismo y, más concretamente, con el pensamiento de Nicos Poulantzas y, a través de él, con la obra de Rosa Luxemburgo.

Ya en su tesis doctoral, Manessis esboza el carácter aspiracional que quiere dar al concepto de democracia política. Citando indirectamente el famoso pasaje del Nuevo Testamento, Manessis aclara que la socialdemocracia no viene a «abrogar, sino a cumplir»¹² la democracia política. Su trabajo posdoctoral sobre los derechos sociales, cuyo reconocimiento constitucional califica de conquista mínima en la dirección de la socialdemocracia se enmarca precisamente en este contexto. Para el Manessis postdictadura, la defensa de la libertad política no se desliga de un compromiso programático por la justicia social que el estado debe otorgar a través de sus instituciones y servicios.

Tras el derrumbe de la «dictadura de los coroneles» en 1974, Manessis regresa a Grecia e intenta contribuir a la formación de la nueva constitución de la república griega participando en un grupo científico cuya tarea era presentar propuestas para la elaboración de la nueva constitución. En el contexto de su trabajo, este grupo reconoció el carácter de los derechos económicos y sociales como normas imperativas que deben ser susceptibles de eficacia directa y justiciabilidad. Típica fue la propuesta del grupo sobre seguridad social, proponiendo introducir en la nueva constitución un derecho a la atención médica y pensión de vejez de todo ciudadano que no estuviera cubierto por alguna agente de seguridad social.

Por su parte, y contra la inclinación más radical de la mayoría de este grupo, Manessis expresaba sus reservas sobre la justiciabilidad de los derechos sociales y, más ampliamente, del ámbito conceptual del término «estado social», que consideraba cargado ideológicamente ya que «es impensable la socialización del estado sin socialización de intereses, y básicamente de los medios de producción de bienes económicos» (Manessis, 2007, p. 537). A pesar del claro giro a la izquierda en su pensamiento, Manessis mantiene la distinción entre el elemento aspiracional y el elemento normativo-institucional del derecho, señalando que la transformación social del estado «es, por supuesto, facilitada y promovida por la realización sistemática y progresiva del elemento social de la Constitución, no obstante, es posible lograrlo y completarlo dentro del marco institucional existente» (Manessis, 2007, p. 540).

¹² «No penséis que he venido para abrogar la ley ó los profetas: no he venido para abrogar, sino á cumplir» (Mateo 5:17).

Esta fue también la época en que la metodología positivista de Manessis se vio teñida por los presupuestos de la teoría jurídica crítica. El punto de partida del análisis crítico del derecho fue la distinción entre el concepto jurídico y sociológico de pueblo. La representación jurídica de los ciudadanos como iguales y libres contrasta con su división social en «poseedores» y «no-poseedores». En este sentido, la normalización jurídica de las relaciones sociales cumple una clara función ideológica al silenciar el papel explotador de las clases sociales que son propietarias de los medios de producción. La perversión de las instituciones de la democracia liberal está relacionada, según Manessis, con «el contraste entre la textura social de los medios de producción modernos y la forma privada de su propiedad» (Manessis, 2007, p. 551).

En consecuencia, la superación de la asimetría normativa entre el lenguaje jurídico y sociológico no puede lograrse sin la intervención de los métodos de la teoría crítica. Según la redacción exacta de Manessis,

el enfoque abstracto, exclusivamente jurídico [...] es científicamente insuficiente [...] El enfoque sociológico y la consideración de la forma en que se constituye y ejerce el poder estatal [...] revela la esencia del estado y sus relaciones con la sociedad, así como las normas de derecho constitucional que las rigen (Manessis, 1989, pp. 133-35).

El matiz sociológico del pensamiento institucional de Manessis fue de especial importancia para la valoración global de su obra. El constitucionalista griego se centró en la naturaleza bidireccional de la relación entre la superestructura jurídico-política y la base socioeconómica. En particular, Manessis subrayó que esta última no determina unilateralmente a aquélla, sino que, por el contrario, el derecho «puede ejercer [...] un efecto transformador activo sobre la base económica y sobre toda la estructura social» (Manessis, 2007, p. 18) y, por tanto, «las normas jurídicas no son meramente declaratorias [...] sino que también pueden ser transformadoras (reformadoras, modificadoras o catalizadoras) de las relaciones sociales» (Manessis, 1980, pp. 106-107). En esta fase crítica tardía de su obra, según Manessis, el derecho adquiere un carácter dual: por un lado, funciona como conservador del poder estatal y, por el otro, es una «herramienta de transformación social y cambio político» potencialmente radical (Manessis, 1980, p. 89).

El positivismo izquierdista de Manessis después de la dictadura se mantiene fiel a la depuración de la interpretación del derecho de cualquier elemento de voluntarismo político. En consecuencia, la cuestión constitucional de la determinación social de los derechos individuales no es meramente una cuestión de justicia social redistributiva. La teoría positivista de Manessis también sustenta la clara delimitación del campo normativo de los derechos sociales. Tal demarcación puede permitir la imposición de cargas y restricciones a la propiedad privada en aras de fortalecer el estado social o promover la economía social, pero en ningún caso trae consigo el derrocamiento del régimen social burgués. Como señaló Manessis, si bien introducen principios de justicia distributiva y delimitan la economía de mercado, los derechos sociales «la protegen (*in globo*) como sistema económico, dado que las disposiciones de la Constitución [griega] relativas a la libertad económica [...] son irreformables» (Manessis, 2007, p. 540). Tal método de delimitación de los derechos sociales, por más críticamente orientado que pueda ser, no va tan lejos como para abogar por un cambio radical en las relaciones de producción.

4. Conclusión

La visión positivista de Manessis no fue sinónimo de una defensa de la neutralidad normativa o ideológica. Por el contrario, precisamente porque el camino hacia su positivización está sembrado de conflictos sociales, políticos y, más ampliamente, ideológicos, estas normas no se desvinculan de su función primordial como barreras a la arbitrariedad estatal. Parte de esta posible arbitrariedad es «precisamente» la instrumentalización de estos conflictos para dejar de lado la función delimitadora de las normas constitucionales. Además, en la medida en que la visión positivista de Manessis no estuvo rodeada por un velo de neutralidad conceptual o formal, la interpretación y aplicación de estas normas está necesariamente mediada por los hallazgos de disciplinas vecinas como la ciencia política, la sociología y la filosofía política.

En este punto surge la comprensión dialéctica de la positividad de la constitución según Manessis. La positividad de las normas constitucionales no está exenta de la presión ejercida por los intereses subyacentes de quienes las establecieron. La única posibilidad de sintetizar la positividad con la intencionalidad de las normas constitucionales es la participación democrática en la conformación de su sentido y la delimitación de su ámbito de aplicación. Según sus propias palabras,

[E]l derecho tiene como principal objetivo asegurar el orden y la convivencia pacífica. Sin embargo, como expresión más general de la naturaleza competitiva de una sociedad estatalmente organizada, el derecho funciona dialécticamente [...]. Esto significa que es básicamente «conservador» del régimen gobernante, pero potencialmente también puede resultar (siendo) lo contrario de conservador [...]. El progreso tiene lugar precisamente con la «rivalidad de los opuestos» («todo se engendra por la discordia» según Heráclito), es decir, de las clases sociales en particular, en el caso del derecho. El derecho vigente se caracteriza por la contradicción porque expresa un «equilibrio» histórico de intereses contrapuestos [...]. Esto quiere decir que la regulación jurídica (básicamente estatal), sin ser «neutral» o «imparcial», también busca y expresa un equilibrio relativo y una fusión elemental o un compromiso temporal «táctico» de intereses en conflicto [...] dictado por la imperante correlación de fuerzas sociopolíticas en su conformación por las luchas abiertas de quienes caen bajo la autoridad del estado (Manessis, 1980, pp. 96-97).

La recepción de la dimensión dialéctica del derecho permite al Manessis posdictatorial vincular el concepto normativo de la Constitución posmoderna no tanto a su carácter rígido sino a su capacidad de funcionar como espejo crítico de la arbitrariedad de los gobernantes y de propiciar las condiciones que posibiliten una confrontación democrática más amplia. En sus propias palabras,

Así, a medida que avanzamos hacia el año 2000, la Constitución parece funcionar cada vez más como un *instrumentum pacis*, como una especie de acuerdo político expreso o tácito, producto e instrumento del compromiso político [...]. Pero esto no quiere decir que sea “neutral”. Es simplemente «abierto» y «tolerante» con los enfrentamientos pacíficos (Constitución «pluralista»), ya que asegura el orden y la convivencia (Manessis, 2007, p. 130).

La dimensión dialéctica del derecho tiene, por tanto, un impacto directo en la determinación del significado de las normas jurídicas. Como portadoras de significado, estas normas deben tener un contenido general, pero como enunciados normativos deben abordar una determinada realidad sociopolítica. Manessis formula esta idea al decir que «esos métodos de interpretación son válidos si en cada caso concreto resultan en la formulación de proposiciones normativas que levantan diques contra la arbitrariedad de los gobernantes y brindan a los ciudadanos una posibilidad real de controlar el poder político y participar en su ejercicio» (Manessis, 2007, p. 183).

Esto es lo que los comentaristas del trabajo de Manessis han descrito como una «técnica» del ejercicio democrático del poder estatal. La designación «técnica» no es casual, ya que refleja una comprensión filosófica más profunda del derecho: la teoría y la práctica del derecho están precedidas por su «metodología». Es precisamente a ésta a la que se atribuye la designación de «democrática». Así como se puede decir que la democracia misma es ante todo un método de toma de decisiones, así el derecho debe entenderse ante todo como una metodología democrática, un instrumento de principios que en manos hábiles puede erigir barreras a la arbitrariedad de los gobernantes y baluartes para la libertad de los gobernados.

La democracia como el estado arquetípico de responsabilidad política y rendición de cuentas no se agota en el proceso y la práctica parlamentaria y electoral. No se entiende la responsabilidad política sin fundamentos jurídicos y políticos para la atribución de esta responsabilidad. Y las garantías constitucionales como límites del poder del estado cumplen precisamente este papel: sirven de base o razón para imputar esta responsabilidad cuando y en la medida en que se excedan los límites fijados por ellas. Sin condiciones de libertad política la función democrática se queda corta. Manessis rastrea este vínculo al subrayar que las barreras de garantía frente al poder político no deben «dirigirse contra el pueblo soberano, sino colocarse contra quienes por mandato suyo y en su nombre ejercen el poder estatal» (Manessis, 2007, p. 24).

Bibliografía

- Austin, J. (1995). *The Province of Jurisprudence Determined* (1832), W. Rumble (Ed.). Cambridge University Press.
- Berman, M.N. (2010). Constitutional Constructions and Constitutional Decision Rules: Thoughts on the Carving of Implementation Space. *Constitutional Commentary*, 27, 39-69. https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1484/.
- Chiassoni, P. (2011). Constitutionalism Out of a Positivist Mind Cast: The Garantismo Way. *Res Publica*, 17, 327-342. <https://doi.org/10.1007/s11158-011-9167-x>.
- Culver, K. y Giudice, M. (2013). Making Old Questions New: Legality, Legal System, and State. En W. J. Waluchow y S. Sciaraffa (Eds.), *Philosophical Foundations of the Nature of Law* (279-300). Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (2001). Fundamental Rights. *International Journal for the Semiotics of Law*, 14, 1-33. <https://doi.org/10.1023/A:1011290509568>.
- Ferrajoli, L. (2009). *Garantismo: Una Discusión sobre Derecho y Democracia*. 2ª edición. Trotta.
- Fish, E. (2016). Choosing Constitutional Remedies. *UCLA Law Review*, 63, 322-86. <https://www.uclalawreview.org/choosing-constitutional-remedies/>
- Greenberg, M. (2011). The Standard Picture and Its Discontents. En L. Green y B. Leiter (Eds.), *Oxford Studies in Philosophy of Law* (39-106). Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1961). *The Concept of Law*. Clarendon Press.
- Kumm, M. (2018). On the History and Theory of Global Constitutionalism. En T. Suami *et al.* (Eds.), *Global Constitutionalism from European and East Asian Perspectives* (168-200). Cambridge University Press.
- Manessis, A. (1956). *Las Garantías de la Observancia de la Constitución (Αι Εγγυήσεις Τηρήσεως του Συντάγματος)*, vol. 1. Sakkoulas.
- Manessis, A. (1965). *Las Garantías de la Observancia de la Constitución (Αι Εγγυήσεις Τηρήσεως του Συντάγματος)*, vol. 2. Sakkoulas.
- Manessis, A. (1980). *Derecho Constitucional I (Συνταγματικό Δίκαιο I)*. Sakkoulas.
- Manessis, A. (2007). *Teoría y Práctica Constitucional (Συνταγματική Θεωρία και Πράξη)*. Sakkoulas.

Extractos de «Las garantías de la observancia de la Constitución» (Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος)*

Extracts of «The Guarantees of Observance of the Constitution » (Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος)

Aristovoulos Manessis

Cita recomendada:

Manessis, A. (2022). Extractos de «Las garantías de la observancia de la Constitución» (Αι εγγυήσεις τηρήσεως του Συντάγματος). *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 342-361.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7128>

Recibido / received: 13/08/2022
Aceptado / accepted: 30/08/2022

LIBRO PRIMERO

TEORÍA DE LAS NORMAS Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE ORIGEN SUPRAPOSITIVO

Capítulo A

«Derecho Natural y Constitución

§ 34 El derecho natural. Es una creencia muy antigua que, además de las normas establecidas por los órganos estatales competentes, existen otras normas anteriores y superiores que no derivan su autoridad jurídica del poder estatal, sino únicamente del hecho de que son (y en la medida en que son) conformes con la «naturaleza del

* Transliteración al alfabeto latino: «*Hai Engyēseis Tērēseōs tou Syntagmatos*». Traducción hecha por Triantafyllos Gkouvas del griego del capítulo homónimo del libro *Las Garantías de la Observancia de la Constitución – I Introducción* (Tesalónica, Publicaciones *To Nomikon - Elias Sakkoulas*, 1956), que también fue objeto de su tesis doctoral. El traductor quiere expresar su profundo agradecimiento a Philippos Vassiloyannis por guiarle en su interpretación de la obra de Aristóvoulos Manessis y a Noel Villalba López por sus excelentes recomendaciones editoriales y lingüísticas.

hombre» o «ley divina» o «razón correcta» o «idea de justicia», etc. Tales normas (que se consideran válidas, no porque sean establecidas y aplicadas por una autoridad humana concreta, sino porque emanan de Dios, la Naturaleza o la Razón) constituyen el llamado derecho suprapositivo o natural, y obligan al legislador de cualquier estado, en el sentido de que las normas del derecho positivo deben ser compatibles con el derecho suprapositivo, de lo contrario son de entrada inválidas.

La teoría del derecho natural fue sistematizada solo en tiempos recientes, aunque ya en la antigua Grecia se hablaba de «normas no escritas y dadas por Dios», o de una distinción entre el derecho natural (*phýsei*) y el derecho positivo (*nómōi*), como enseñaban los sofistas. Incluso Aristóteles distinguió el derecho local (*ídion*) y por naturaleza común (*koinón*). En la antigua Roma, Cicerón hablaba de *lex scripta* y *lex nata*, mientras que las fuentes del derecho romano contenían la definición del jurista Paulus según la cual «*quod semper aequum ac bonum est jus dicitur, ut est jus naturale*». Lo mismo indicó el Apóstol Pablo cuando dijo que «los gentiles que no tienen ley cumplen por naturaleza lo que la ley exige». Después de la Edad Media, cuando Tomás de Aquino enseñó la triple distinción entre derecho eterno (*lex aeterna*), natural (*lex naturalis*) y humano (*lex humana*) y especialmente a partir del siglo XVII gracias a la obra del holandés H. Grotius y el sajón S. Pufendorf, inició la formación gradual de la escuela más joven del derecho natural en la que *jus naturale est dictamen rectae rationis*. La asimilación del *jus naturae* con el *jus rationis* se completó con la filosofía de Kant. A través de la enseñanza de Rousseau, la teoría del derecho natural se canaliza en la ideología de la Revolución Francesa y su existencia es reconocida por la «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano» de 1789. Finalmente, después del renacimiento del derecho natural a principios del siglo XX, esta teoría fue desarrollado especialmente por V. Cathrein, R. Stammler, F. Gény y G. del Vecchio.

De acuerdo con la teoría del derecho natural tal como se enseña hoy, el derecho natural es un conjunto de normas cuyo contenido se deduce lógicamente de la naturaleza de las cosas, así como de la naturaleza humana. Estas normas preexisten y sustituyen a las normas del derecho positivo. Son el estándar al que deben ajustarse las normas positivas. Las normas del derecho natural tienen autoridad absoluta, eterna e inmutable, en contraste con las normas relativas, temporales y cambiantes del derecho positivo. El derecho natural inmutable e indestructible se expresa principalmente a través de ciertos principios básicos que constituyen la idea de la justicia. Esta idea, al estar investida de validez objetiva, es el fundamento del derecho positivo.

Desde otro punto de vista, el concepto del derecho natural tiene un contenido más amplio. El derecho natural ocupa un lugar destacado no solo en relación con el derecho positivo, sino también porque es posible que forme parte de él. En otras palabras, hay muchas normas de derecho positivo que, en la medida en que concuerdan con la naturaleza de las cosas y la lógica, se consideran «derecho natural». Así, el derecho natural es el derecho ideal que comprende todas aquellas normas que deberían haberse establecido como normas de derecho positivo. El legislador se inspira en el derecho natural y gracias a ello es posible suplir las lagunas y carencias del derecho positivo.

Finalmente, según otra teoría, el derecho natural tiene un contenido variable (*Naturrecht mit wechselndem Inhalt*) y se identifica con el derecho correcto vigente que se deduce de la relación de cada norma específica con la «idea del derecho». El «derecho natural de contenido variable» consiste en las normas que se forman mediante la correcta determinación de la *idea del derecho*.

§ 35 El concepto de Constitución según la teoría del derecho natural. La teoría del derecho natural también encontró resonancia entre los teóricos del derecho constitucional. Según E.v. Hippel, la «Constitución Jurídica» (*Rechtsverfassung*) no es más que un maniquí de la «Constitución del Mundo» moral (*moralische Weltverfassung*). Por lo tanto, adquiere significado y fuerza jurídica solo si se alinea con las normas de la «Constitución moral del Mundo» arquetípica, es decir, si la realiza. La Constitución escrita es una parte simple de toda la Constitución jurídica, ya que ésta también consta de normas no escritas. El derecho constitucional no escrito (*ungeschriebenes Verfassungsrecht*) se identifica en parte con la «Constitución moral del Mundo», es decir, es en parte suprapositivo. Esto se refiere a la parte del derecho constitucional no escrito que consiste en los «principios constitutivos» (*Konstitutionsprinzipien*) de la Constitución. Estos principios también pueden estar contenidos en la Constitución escrita sin quitarles su carácter trascendental. Pero también existe el derecho positivo no escrito, en sentido estricto, que no se identifica con la «Constitución moral del Mundo», pero la determinación de su contenido solo es posible con referencia a esta última. La importancia de la letra positiva del derecho constitucional se establece principalmente cuando existen lagunas en la Constitución escrita, así como cuando es necesario definir el contenido de sus conceptos «indefinidos» como «dignidad humana», «libertad», «orden fundamental democrático» y así sucesivamente.

La verdadera fuente del derecho no es el derecho positivo (escrito y consuetudinario), sino la «Constitución moral del Mundo», y la voluntad del legislador constituyente solo es importante si se manifiesta en el ámbito de libre apreciación que esta Constitución ideal le reconoce. El contenido de la Constitución no escrita consta de ideas y principios fundamentales de la «Constitución moral del Mundo» en los que se basa la Constitución escrita. En primer lugar, obliga al legislador constitucional el principio jurídico fundamental de la Justicia (*Gerechtigkeit*). Las ideas del Bien, de lo Bello, de lo Verdadero y de lo Santo tienen el mismo carácter vinculante. Del mismo modo, rigen los «principios constitutivos» que postulan el desarrollo del espíritu humano, así como el principio que dicta que cada persona ocupa dentro de la «comunidad» la posición superior o inferior que corresponde a sus cualidades morales y capacidades reales. Otro principio similar es aquel según el cual el legislador está facultado (pero también obligado) a legislar solo cuando es necesario, es decir, cuando lo impone el «bien común» (*Gemeinwohl*) y cuando se trata de una regulación de intereses generales claramente justificados y no de intereses particulares. Del derecho constitucional no escrito se deducen no solo «principios» para la interpretación y ulterior formación de la Constitución escrita, sino también mandatos dirigidos al propio legislador constitucional que no son meramente políticos o voluntarios, sino de naturaleza jurídica. También el legislador está sujeto a ciertos principios generales del derecho (*Rechtsprinzipien*) aunque conserva una amplia discrecionalidad con respecto a su aplicación. Su violación de los principios derivados de la «Constitución moral del Mundo» no invalida automáticamente (ni obligatoriamente) las disposiciones concretas o la totalidad de la Constitución positiva. Esto solo puede ocurrir cuando la vulneración de la Constitución suprapositiva por parte del legislador constitucional positivo excede cualquier medida tolerable.

Hippel acepta que este modelo de Constitución se deduce de la «verdadera naturaleza del hombre» y que los principios de tal Constitución moral deben ser especificados a través de normas de la Constitución positiva para tener un carácter jurídico vinculante. Asimismo, las instituciones estatales establecidas por la Constitución positiva deben poder articular los mandatos de la «Constitución moral del Mundo». Esto solo puede lograrse si la formación de estos órganos se basa en

criterios cualitativos y no cuantitativos (como ocurre con el principio de mayoría que asume el igual valor moral de cada opinión individual). El órgano estatal debe ser por naturaleza apto para cumplir su misión constitucional, aunque ésta no sea su única competencia.

La Constitución escrita solo puede ser entonces una Constitución jurídica (*Rechtsverfassung*), concluye Hippel, cuando acepta los valores y principios fundamentales de la «Constitución del Mundo» no escrita, «objetiva», moral, que es anterior a ésta y continuará existiendo después de ésta, ya que es válida *per se*.

Los conceptos anteriores se limitan a formular un ideal moral y político, pasando por alto la realidad jurídica, y no tienen relación con la ciencia e investigación jurídicas. Sin embargo, se describieron anteriormente precisamente porque tienen la ventaja de expresar de manera completamente consistente la teoría del derecho natural tal como se aplica a la Constitución. Por supuesto, queda por ver adónde puede conducir esta aplicación.

§ 36 Cuestiones sobre la oposición de las normas constitucionales al «derecho suprapositivo». Si se supone que existe realmente un derecho constitucional suprapositivo, se sigue que surgen conflictos entre las normas de la Constitución positiva y las normas y principios no escritos del derecho suprapositivo. En el contexto de un orden constitucional válido y, más generalmente, jurídico, surge la cuestión del cumplimiento de sus normas, es decir, la cuestión de su legitimidad. Este tipo de juridicidad puede denominarse «juridicidad supraconstitucional».

Dado que esto presupone la existencia de un orden «constitucional suprapositivo», creo que el término «constitucionalidad suprapositiva» es más apropiado. De esta forma, el concepto de «constitucionalidad suprapositiva» (es decir, conformidad con la Constitución suprapositiva) trasciende el concepto de mera constitucionalidad (es decir, conformidad con la Constitución positiva). En consecuencia, debido a que es posible que una ley entre en conflicto con una norma constitucional suprapositiva, la cuestión de la constitucionalidad suprapositiva de las leyes surge como un tema propio. Es igualmente posible que se plantee una cuestión de constitucionalidad suprapositiva de normas de la Constitución positiva, en cuyo caso se habla de constitucionalidad de las normas constitucionales, pero también de constitucionalidad de la Constitución misma. Por lo tanto, dado que algunas normas y principios del derecho constitucional «suprapositivo» han sido «positivizados» a través de la Constitución positiva escrita, ciertas disposiciones constitucionales pueden calificarse de «inconstitucionales» si entran en conflicto con otras que se consideran expresivas del derecho «suprapositivo».

Al margen de esta cuestión, pero relacionada con ella, está la cuestión de la validez de las normas inconstitucionales en este sentido, es decir, tanto las disposiciones de la Constitución rígida escrita como las normas de la costumbre constitucional supletoria que pueden formarse en virtud de aquélla. Obviamente, la suposición de la existencia de la ley natural es consistente con la suposición de que las normas del derecho positivo que son contrarias al derecho «suprapositivo» son, por ello, inválidas. De acuerdo con la misma idea, las normas de la Constitución formal también deben ser inválidas si y en tanto no sean compatibles con el contenido del derecho escrito en cuestión. Sin embargo, incluso los propios defensores del derecho natural son reacios a extraer esta conclusión.

Desde otro punto de vista, el tema de la validez de las normas constitucionales está conectado con el problema de comprobación de su validez desde dos ángulos: a) ¿Quién está legitimado para ejercer este control? Dado que se trata de un control

de validez de las normas jurídicas, este control pertenece evidentemente y por excelencia a los tribunales. Toda la cuestión también puede analizarse desde la perspectiva más general del control judicial de la constitucionalidad de las normas jurídicas. Este análisis es posible, pero no debe pasarse por alto que el control de la «constitucionalidad suprapositiva» de la Constitución ofrece serias peculiaridades por la naturaleza de las normas en conflicto: derecho natural, por un lado, declaración de voluntad del legislador constituyente por el otro. Pero la cuestión es: ¿tienen los demás órganos del estado, además de los tribunales, potestad para controlar, siquiera bajo ciertas condiciones, no solo la legalidad de los actos administrativos y la constitucionalidad de las leyes, sino también la «constitucionalidad suprapositiva» de la misma Constitución? Y también: ¿Deben los ciudadanos obediencia a las disposiciones de las leyes inconstitucionales y, en particular a las disposiciones de las leyes o incluso a las disposiciones de la Constitución inválidas por contradecir las normas o principios del «derecho suprapositivo» no escrito? b) ¿Sobre la base de qué criterios se ejercerá este control de las normas constitucionales en relación con el derecho natural no escrito, dado que su contenido es incierto y controvertible, como generalmente se reconoce?

Capítulo B

La dependencia de la autoridad de las normas constitucionales de su conformidad con el «derecho suprapositivo»

§ 37 Defensa de la teoría del derecho «suprapositivo». I. Según Hippel la juridicidad sustantiva (*Legitimität*) de la Constitución radica en su validez frente a los «destinatarios» de los mandatos constitucionales. Esa validez no debe identificarse con su «positividad» (*Positivität*) en el sentido de que se encuentra vigente. Y esto se debe a que tal mentalidad «positivista» equipara la vigencia y la justicia, y por eso es, según Hippel, inaceptable. Por lo tanto, la «positividad» debe distinguirse de la obligatoriedad (*Verbindlichkeit*) de las normas constitucionales. Este último concepto, precisamente porque se basa en la «idea de derecho», se verifica solo cuando el legislador constitucional actúa de acuerdo con los «principios constitutivos» (*Konstitutionsprinzipien*) del ordenamiento jurídico y en particular con el principio de justicia. Alternativamente, las normas constitucionales que sean contrarias a ese derecho no son obligatorias. La violación de estos «principios generales constitutivos» de la Constitución constituye una violación de normas jurídicas y como tal tiene consecuencias jurídicas análogas a las que se derivan de la violación de disposiciones constitucionales expresas y escritas. En todo caso, Hippel acepta que esto solo sucede cuando la oposición de una norma constitucional al derecho suprapositivo excede cualquier «medida tolerable».

II. Esta última solución moderada del problema fue defendida originalmente por Radbruch cuando, después de la guerra, se orientó hacia el derecho natural. Según su enseñanza, la «idea de derecho» consta de tres elementos: justicia (*Gerechtigkeit*), adecuación conforme a fines (*Zweckmäßigkeit*) y seguridad jurídica (*Rechtssicherheit*). La seguridad jurídica presupone necesariamente su positividad, pero el derecho positivo, como hecho, rige independientemente de cualquier referencia a las nociones de justicia y adecuación conforme a fines. Por lo tanto, es posible que surja un conflicto entre la justicia o la adecuación conforme a fines por un lado y la seguridad jurídica por el otro. Para juzgar la validez de una ley concreta, primero debe tenerse en cuenta el elemento de la seguridad jurídica, si es que se logra a través de ella. Asegurar la paz y el orden es el mandato fundamental sobre el que se fundamenta la validez de cualquier derecho positivo. En caso de conflicto entre estos tres elementos de la «idea de derecho» asumida por el derecho positivo, su

validez será juzgada en función de si logra cumplir su misión primaria de hacer cumplir y mantener el orden dentro de una sociedad particular.

Esta comprensión correcta de la importancia del derecho, sin embargo, no es, según la última enseñanza de Radbruch, un criterio absoluto para la solución del problema de la validez de las normas del derecho positivo. Por el contrario, así como se reconoce la existencia del derecho natural suprapositivo, se acepta también que la justicia exige que se consideren inválidas aquellas disposiciones del derecho positivo que se le oponen. Esto se acepta al menos cuando la oposición a la idea de la justicia excede el umbral de tolerancia o cuando estas disposiciones ni siquiera tienen carácter jurídico, sino que son una denegación consciente de justicia. El Tribunal Constitucional Federal alemán adoptó esta teoría de Radbruch aceptando que en los casos en que el legislador constitucional excede los «límites extremos» (*äusserte Grenzen*) de la justicia, el principio de la seguridad jurídica, como criterio de validez de las normas constitucionales positivas, decae frente al principio de la justicia sustantiva.

III. Las opiniones de Hauriou son menos «abstractas» y más cercanas a la realidad social. Según él, el derecho natural puede ser una parte del derecho positivo dentro del cual se realiza parcialmente como derecho ideal. Los mandatos que suelen componer el contenido de la idea de la justicia (*alterum non laedere, suum cuique tribuere*) ya presuponen, según Hauriou, la existencia de un orden social individualista (*ordre social individualiste*) así como la institución del derecho individual a la propiedad.

Específicamente con respecto a la Constitución, Hauriou argumenta que el derecho establece una «legitimidad constitucional sustancial» (*legitimité constitutionnelle*) o, dicho de otro modo, una «constitucionalidad suprapositiva» basada en «principios generales» individualistas fundamentales de orden y justicia, que crearon la civilización moderna. Esta forma de constitucionalismo está por encima incluso de la Constitución misma y de la legislatura constitucional. A través de estos «principios generales» supraconstitucionales se aseguran principalmente las instituciones sociales de la vida privada y se impide el socavamiento de los pilares sociales del estado. Incluso el legislador constituyente está obligado a cumplir con estos principios. De esta manera, puede surgir la cuestión de la compatibilidad o incumplimiento de las normas constitucionales con los «principios generales». En otras palabras, además del control de la validez constitucional de las leyes, también está la cuestión del control de la validez de éstas y de las propias normas constitucionales en relación con los «principios generales» de «constitucionalidad suprapositiva». Sin embargo, Hauriou parece limitar esta cuestión únicamente al campo de la revisión constitucional al aceptar, pero sin explicar, que el texto constitucional original se considera conforme a dichos «principios generales».

La teoría de Hauriou de los «principios generales» suprapositivos no es tanto metafísica como sociológica y más bien de naturaleza pragmática. En este sentido, no es análoga a las concepciones doctrinales de la jurisprudencia de los tribunales estadounidenses.

§ 38 La relevancia de la teoría de Duguit sobre este tema. I. La validez de las normas jurídicas establecidas tanto por el legislador ordinario como por la legislatura constitucional depende, según Duguit, de su concordancia con el «derecho objetivo» (*droit objectif*). Duguit es cualquier cosa menos un devoto de la teoría del derecho natural. En general, su enseñanza política está libre de una mentalidad «metafísica»

y se distingue por su orientación positivista. Sin embargo, independientemente de que la teoría de Duguit implique el reconocimiento de la existencia del derecho natural, debe señalarse que, según Duguit, la validez del derecho positivo se acepta existe solo si éste es conforme con la norma jurídica objetivamente existente (*règle de droit*) cuya naturaleza es psicológica y al mismo tiempo sociológica.

Este concepto de «norma jurídica» objetiva es fundamental en la teoría de Duguit. A través de tal norma, los miembros de una sociedad están básicamente obligados a comportarse de una manera que promueva la «solidaridad social». La *règle de droit*, en la medida en que se funda en la solidaridad social y constituye el respectivo «derecho objetivo», no es absoluta, sino que varía y cambia según la forma y las aspiraciones de las sociedades humanas, así como según el «sentimiento de sociabilidad» imperante y el «sentimiento de justicia». Este tipo de norma se forma en la conciencia de los miembros de una determinada sociedad. Cuando determinados actos ofenden, en la percepción de la «masa de las conciencias individuales», la solidaridad social y el sentido del derecho de un determinado grupo y época, entonces estos actos se consideran vulneradores de esa norma que la mayoría considera necesario salvaguardar. Independientemente de si y bajo qué apariencia se organiza finalmente la implementación coercitiva de la norma, «hay una norma jurídica que en un momento dado es captada, deseada [...] por la masa de conciencias» de una determinada sociedad. Todo lo que le resta al legislador es declarar su existencia. En consecuencia, Duguit cree que «incluso en las sociedades modernas la regla jurídica no se crea por acto legislativo sino a través de la conciencia de que una determinada regla debe gozar de una sanción positiva y organizada por parte de los gobernantes».

II. El «derecho objetivo» de Duguit es previo al estado y vincula tanto a los gobernantes como a los gobernados. En cuanto a los gobernantes, éstos deben, en el contexto del ejercicio del poder estatal y en sus tres direcciones, cumplir con los mandatos del «derecho superior» (*droit supérieur*) que expresa las exigencias de la «solidaridad social». En particular, el legislador está obligado por normas jurídicas preexistentes que debe formular y aplicar. De manera más general, no tiene derecho a actuar de manera contraria a la «solidaridad social».

De acuerdo con lo anterior, una ley que sea contraria al «derecho superior» u «objetivo» fundado en el principio de la «solidaridad social» carece de vigencia jurídica y no obliga a nadie a cumplirla. Tal norma «contraria a derecho» se considera, según Duguit, «inconstitucional» en el sentido de que son inconstitucionales no solo las leyes que se oponen a la Constitución formal, sino también aquellas que contradicen los «principios superiores del derecho» no escritos (*principes supérieurs du droit*) tal y como son percibidos por la conciencia del pueblo.

Por encima de la ley se encuentran también otras normas de derecho positivo que ciertamente ostentan una jerarquía formal superior. Estas son las normas contenidas en la Constitución rígida. En consecuencia, el legislador constituyente no crea, sino que simplemente «declara» el derecho objetivo existente al que está vinculado. Por lo tanto, las normas constitucionales no deben contradecir el «derecho superior» preexistente del estado. Estos «principios» a veces son «constatados» y proclamados solemnemente y a través de las llamadas «declaraciones de derechos» (*déclarations des droits*). La «carta de derechos» es, según Duguit, la ley por excelencia (*loi par excellence*) que es superior a las leyes constitucionales y ordinarias que son válidas solo en la medida en que sean compatibles con los principios generales contenidos en tal declaración. Sin embargo, no puede mantenerse que el «derecho objetivo superior» de un estado coincida con el derecho positivo escrito porque también hay «principios del derecho superior» que se aplican y obligan al poder estatal, aunque no estén incluidos en la «declaración de derechos» y en la

Constitución formal. La autoridad del estado está sujeta a estos principios cuando procede a «declarar» el derecho objetivo mediante la promulgación de normas de cualquier jerarquía formal, es decir, ya sea mediante leyes ordinarias, disposiciones constitucionales o una «declaración de derechos».

De lo anterior se concluye que, según Duguit, todas las normas del derecho positivo se consideran válidas y obligatorias como tales solo cuando son conformes con el derecho «superior» u «objetivo» no escrito y, especialmente, con el contenido (psicológico y sociológico) del concepto de «solidaridad social» en el sentido de Duguit.

§ 39 Teorías anti-iusnaturalistas. I. Las teorías suprapositivas postuladas, en la medida en que hacen depender la validez de las normas del derecho positivo de su concordancia con el «derecho superior», son consecuentes con su punto de partida teórico. Pero también hay teóricos del «derecho natural» que, aun teniendo un «instinto práctico» (o más bien un «sano instinto jurídico») acaban renunciando efectivamente a esta doctrina en el momento más crítico, es decir, cuando las normas del derecho positivo pasan a ser contrarias al «derecho natural». Entonces encuentran y confiesan la imposibilidad de hacer cumplir y anular el derecho natural y deciden que en este caso de conflicto la victoria siempre pertenece al derecho positivo. Esta manifestación de «inconsistencia» teórica (en el que se puede ver el «talón de Aquiles» de la teoría del derecho natural) es importante precisamente por el prestigio científico de los defensores de estas teorías.

Así, Géný también admite que en caso de conflicto entre las normas del derecho positivo y las normas del derecho «natural», los dictados del derecho positivo escrito prevalecen (incluso si son brutales) contra los dictados del derecho natural, incluso si estos últimos se consideran enraizados en la conciencia humana. Géný justifica su punto de vista al referirse a la idea de la justicia como el elemento principal para el mantenimiento del orden (*ordre*) dentro de la sociedad humana. El orden, sin embargo, está confeccionado con normas estables que regulan coercitivamente el comportamiento (externo) de las personas. Las normas de esta naturaleza son solo normas de derecho positivo escrito. Este último prevalece sobre las normas de la lógica o de la conciencia precisamente porque expresa el «principio» del orden, un «principio» superior a cualquier otro.

A continuación, Géný busca métodos para limitar el poder del legislador, ya no en los muy vagos y fluidos principios del «derecho natural», sino en las Constituciones formales (escritas y rígidas). Admitiendo la omnipotencia del legislador constituyente, él cuestiona su compromiso con los principios supraconstitucionales y rechaza categóricamente la opinión de que la ley contraria al derecho «superior» o «natural» sea inválida y no deba ser aplicada por los tribunales. Para Géný, los principios del «derecho natural» tienen significado jurídico solo si son incorporados a las normas del derecho positivo (es decir, a una ley formal o una Constitución o «Declaración de Derechos»). Pero en tal caso, ¿qué papel le queda al «derecho natural»?

II. Percepciones similares son expresadas por otros. Del Vecchio, también partidario de la teoría del derecho natural, acepta que de ésta procede el principio de libertad (como expresión del valor de la personalidad humana) del que se deducen posteriormente, como principios fundamentales del orden jurídico, el principio del estado de derecho, el principio de igualdad ante la ley y el principio de separación de poderes. Sin embargo, en caso de conflicto entre las disposiciones del derecho positivo y los principios del derecho natural, cree que deben aplicarse las primeras. De lo contrario, se rompería la unidad del ordenamiento jurídico, existiría siempre la

confusión entre *jus conditum* y *jus condendum*, y el derecho positivo quedaría privado de la certeza que merece.

De manera similar, Le Fur argumenta que el derecho positivo es en principio obligatorio porque se presume que es generalmente conforme con el derecho natural.

Según Coing, la oposición de la ley positiva a la natural no implica automáticamente la constatación de la nulidad. Mientras cumple la misión del Derecho de asegurar el orden y la paz, el derecho positivo permanece en vigor, sin embargo, debe ser derogado. Por otro lado, la constatación de cualquier incongruencia entre el derecho positivo y el natural no siempre es posible, mientras que el juez está obligado por los «principios de justicia» adoptados por el legislador.

Y los autores griegos que se han ocupado de esta cuestión reconocen que las normas del derecho positivo no cancelan su validez en caso de su incompatibilidad con el «derecho natural».

Según K. Tsatsos, el principio de positividad del derecho deriva de su naturaleza como orden heterónomo. Pero este principio quedaría anulado si el orden social se regulara sin la mediación de normas establecidas por los órganos estatales competentes, es decir, por los órganos legislativos. Por tanto, argumenta Tsatsos, los significados que son producto de una adecuada concretización de la idea de derecho son objetivamente válidos, pero no pueden prevalecer sobre el principio de positividad, que es más general. En consecuencia, se retiran si contradicen el derecho positivo. El legislador presume que define el derecho «correcto», que se ajusta a la idea del derecho que él «concretiza». Solo en caso de que el orden jurídico en su conjunto se oponga a la idea de derecho, se considera que concurre una excepción a la regla de la exclusiva validez del derecho positivo.

Además, Th. Tsatsos reconoce la existencia del «derecho natural» y argumenta que existen algunos elementos estables del derecho estatal que consisten en ciertos «principios generales del derecho» que obligan al legislador. Sin embargo, se niega a admitir que estos principios prevalezcan sobre la voluntad del legislador constituyente. Según Th. Tsatsos, en caso de oposición de una disposición constitucional a los principios del derecho, no está permitido impugnar y por tanto controlar su validez. Esta visión se ve reforzada por el reconocimiento de que en el ejercicio del poder constitucional es poco probable que se dicten disposiciones contrarias a los principios del derecho.

Al. Litzeropoulos también se enfrentó al problema de reconocer o no la competencia del juez para controlar la validez de las leyes (especialmente aquellas de reciente promulgación y que obviamente responden a la voluntad legislativa vigente) o de la propia Constitución en cuanto a su concordancia con la conciencia jurídica o comunitaria de los ciudadanos o al «derecho superior» o «natural». Sin embargo, también se niega a aceptar, aunque abraza la doctrina del «derecho natural», que el juez (que está obligado por su juramento a hacer cumplir la Constitución y las leyes) pueda elevarse por encima del derecho positivo para juzgar si éste es conforme con el «derecho natural» y aplicarlo solo si realmente lo es. Debe preferirse la adhesión al orden jurídico positivo en aras de la seguridad en el tráfico jurídico dada la fluidez y vaguedad de cualquier «derecho superior».

LIBRO SEGUNDO

LA CONSTITUCIÓN VIGENTE

Capítulo III

La costumbre constitucional

§ 27 En general. La costumbre constitucional es parte de la constitución sustantiva y es ley constitucional no escrita. Solo el concepto de una constitución formal (escrita y estricta) tiene significado jurídico. Sin embargo, no se discute la posibilidad de la existencia de un derecho no escrito *per se*. Por lo tanto, debe investigarse si y en qué medida existe derecho constitucional no escrito y cuál es su relación con la constitución formal.

Es cierto que el derecho consuetudinario ha precedido históricamente al derecho escrito que se estableció en sociedades relativamente avanzadas. En la antigüedad griega y romana, el derecho consuetudinario fue absorbido cada vez más por el derecho escrito. Sin embargo, en la Edad Media, pero también más tarde, la costumbre fue la principal fuente del derecho. Esto se debió al entonces dominante sistema social feudal que implicaba y favorecía el ejercicio flexible y descentralizado del poder estatal en conjunción con la economía cerrada.

En el campo del derecho constitucional, como en Inglaterra, por ejemplo, la cuna de las instituciones estatales modernas, las reglas del derecho constitucional se han formado y desarrollado como reglas no escritas en su mayor parte hasta el día de hoy. También en Francia no se escribieron las leyes fundamentales del reino.

A partir del siglo XVIII, y especialmente a partir de la Revolución Francesa de 1789, el derecho escrito desplazó paulatinamente a las normas no escritas, por naturaleza inaccesibles, vagas y controvertibles. La existencia de estas normas ya no es compatible con las nuevas condiciones generales de la vida social. Estas nuevas condiciones exigen una regulación clara, precisa, rápida y detallada, que solo puede lograrse a través de normas escritas establecidas por el gobierno central. Con respecto al derecho constitucional en particular, el tipo de constitución escrita ha comenzado a extenderse y generalizarse desde entonces, junto con la difusión y el establecimiento de ideas democráticas liberales. La razón es que las libertades individuales y políticas se garantizan de manera más efectiva a través de la constitución escrita.

Tras el predominio casi universal del tipo de constitución rígida y más o menos rígida, se observó en la práctica (sobre todo a partir de principios del siglo XX) que estas normas no conseguían una regulación eficaz de la cambiante realidad social y política y, en particular, el cumplimiento de su misión básica, esto es, limitar la acción de quienes ejercen el poder estatal y más concretamente de los gobernantes en el marco de su competencia. Dado que, así las cosas, no era posible subsumir las circunstancias en las normas constitucionales adoptadas, la teoría invocó la ley constitucional no escrita en un intento de adaptar las normas constitucionales a las circunstancias. Aquí reside básicamente la importancia de defender la costumbre constitucional.

En consecuencia, la cuestión de la costumbre constitucional es principalmente una cuestión sobre las relaciones entre las reglas no escritas y las reglas escritas de la constitución formal. La costumbre no se caracteriza como simple hecho sino como

regla jurídica. En otras palabras, cuando hablamos de costumbre, nos referimos al derecho consuetudinario, y cuando hablamos de costumbre constitucional, nos referimos al derecho constitucional consuetudinario. Además, el derecho constitucional consuetudinario tiene interés no en su contenido, sino en términos de su lugar en la jerarquía de las normas del orden jurídico. En otras palabras, no se investiga la importancia de las normas consuetudinarias en cuanto a su contenido. En tanto regulan cuestiones de derecho constitucional, forman parte de la constitución sustantiva. Lo que es jurídicamente esencial es si hay reglas consuetudinarias en una constitución formal que tengan una mayor si no equivalente jerarquía que sus normas escritas. Entonces, lo que importa es si ciertas reglas consuetudinarias pueden modificar o derogar normas de la constitución formal.

§ 28 Costumbre y constitución formal. I. En principio, es bien sabido que la costumbre puede ser una fuente de derecho constitucional. El ejemplo más característico es el del derecho constitucional inglés, que se compone en gran parte de costumbres. Por supuesto, esta observación no es decisiva porque Inglaterra no tiene una Constitución formal.

Con respecto a las constituciones formales, se ha observado que con el tiempo algunas de sus disposiciones caen prácticamente en desuso o que su validez se reduce bajo la presión de las cambiantes condiciones sociales y políticas, lo que resulta en cierta tolerancia hacia su incumplimiento o en la consolidación de normas concretas que no estaban previstas en la constitución formal. Estos hallazgos convencieron a algunos de la existencia de la costumbre incluso bajo el régimen de una Constitución formal. Pero otros, por el contrario, consideraron que estas determinaciones se refieren a simples hechos para cuya interpretación jurídica no es suficiente la teoría convencional de la costumbre constitucional.

Dado que la costumbre constitucional no es más que una regla jurídica, ella solo puede existir si y en la medida en que sea reconocida por el estado. La coacción es un elemento esencial del derecho y, además, el estado tiene el monopolio de la coacción. En consecuencia, el derecho se entiende solo como derecho estatal. Una regla jurídica existe solo si la voluntad expresada en ella se reduce al poder estatal. De la misma manera, la validez de la norma consuetudinaria como norma jurídica se fundamenta en la voluntad estatal. El derecho consuetudinario solo puede existir si y en la medida en que el poder estatal permita su reconocimiento.

En cada estado se definen los modos en que se forma, expresa e impone la voluntad estatal. Esto es especialmente cierto en el caso de los estados modernos, que generalmente se rigen por una constitución escrita y estricta y se caracterizan por un poder estatal altamente centralizado. El ejercicio de esta facultad está encomendado a determinados órganos que expresan la voluntad del estado en el marco de sus competencias. En cuanto a la forma de dictar las normas jurídicas, se ha procurado regular con precisión y claridad el ejercicio de la función legislativa. La constitución regula, en primera instancia, el modo en que se adoptan normas jurídicas más concretas. En otras palabras, el poder legislativo constituido debe ser ejercido de conformidad con la Constitución y como lo establece la Constitución. La legislación es, después de todo, la forma habitual de promulgar normas jurídicas. Por lo tanto, surge la pregunta: ¿el poder estatal contempla, o al menos permite o tolera, la creación de normas jurídicas mediante la costumbre?

La existencia misma de una constitución formal presumiblemente excluye cualquier forma de promulgar normas jurídicas no incluida en lo que está consagrado explícitamente en la Constitución.

En cuanto a la promulgación consuetudinaria de las normas constitucionales, ésta implica el ejercicio de la potestad constituyente, y de hecho primaria y soberana si se hace en forma distinta a la prevista por el ordenamiento constitucional vigente. Sin embargo, el legislador constituyente, en la formación inicial del estado, suele prever y regular de manera específica y con carácter previo el ejercicio del poder constituyente tendiente a revisar las normas constitucionales establecidas. Además, mientras el orden constitucional se mantenga vigente, no es concebible el ejercicio del poder constituyente, es decir, el establecimiento de normas constitucionales jerárquicamente superiores de forma distinta a la prevista. La constitución restringe el poder del agente estatal (constituyente) para actuar de acuerdo con las reglas que ha establecido si no decide reformarlas. En la medida en que a través de la constitución formal haya definido la forma en que estas reglas pueden ser reformadas, debe expresar su voluntad de esta manera. Por lo tanto, una constitución formal prohíbe el ejercicio del poder constituyente en forma consuetudinaria o, en otras palabras, la costumbre constitucional.

§ 29 Costumbre y soberanía popular. El tema del agente que ejerce el poder constituyente está vinculado al ejercicio del poder constituyente a través del uso de normas consuetudinarias. Esto se explica por el hecho de que las normas constitucionales solo pueden provenir de su propia voluntad. Pero ¿quién establece las normas constitucionales consuetudinarias?

Es común decir que las normas consuetudinarias provienen de la conciencia popular y, en este sentido, se consideran promulgadas por ella. Esta interpretación excluye necesariamente la posibilidad lógica de la existencia de una costumbre constitucional en los estados establecidos por una autoridad monárquica. En este último caso el órgano de poder constituyente es el monarca. Sin embargo, la posibilidad de una costumbre constitucional parece ser compatible con el principio democrático. Dado que en las democracias el pueblo es el titular del poder constitucional, ¿por qué no puede ejercer su poder constituyente ni siquiera bajo la forma de una costumbre constitucional? Se ha argumentado que en estos regímenes el legislador no puede impedir la creación de una norma consuetudinaria que derogue una disposición legal escrita. Por lo tanto, se argumenta que existe al menos una relación de igualdad entre el derecho consuetudinario y el derecho escrito, ya que a través de la regla consuetudinaria el pueblo soberano expresa su voluntad sin mediación, ejerciendo así un poder constituyente o legislativo informal.

No son correctas aquellas percepciones que relacionan la costumbre con el principio de soberanía popular. El ejercicio del poder legislativo constituido en forma consuetudinaria, es decir, inmediatamente por el pueblo, queda descartado como ya se explicó, cuando la democracia directa no está reconocida por el orden constitucional vigente (aunque se base en el principio de la soberanía popular) que ha regulado específicamente la forma en que se establecen las normas jurídicas. Sin embargo, de manera más general, en relación con los argumentos a favor del ejercicio directo y consuetudinario del poder legislativo e incluso constituyente por parte del pueblo, vale la pena señalar lo siguiente:

(a) La costumbre no se origina en el pueblo ni, en particular, en la llamada conciencia «común» popular o nacional, sino en la práctica ejercida por un círculo más o menos limitado de personas. En particular, la costumbre constitucional se crea solo en virtud de la conducta de ciertas personas que constituyen los órganos superiores del estado. El pueblo soberano está ausente de todo el proceso consuetudinario de promulgación de normas constitucionales. Por lo tanto, no es posible considerar estas reglas como derivadas de aquél o como manifestación, además directa, de su voluntad.

(b) Además, a través de la constitución formal, el pueblo soberano ha definido la forma en que se ejerce el poder constituyente en el marco del ordenamiento jurídico vigente, es decir, la forma en que su voluntad constituyente se manifiesta a través del ejercicio de la función revisora de la Constitución. Esto, por supuesto, no significa que el pueblo soberano haya renunciado a su derecho a cambiar las normas constitucionales en cualquier momento. Simplemente, desde un punto de vista jurídico, hasta que exprese una voluntad constituyente nueva, primaria y dominante, la ya expresada lo obliga a actuar en consecuencia. El pueblo no está obligado jurídicamente por el orden preexistente solo cuando quiere derrocar el orden legal y constitucional e instaurar uno nuevo. Pero, aun en este último caso, la voluntad del soberano debe manifestarse de manera expresa y explícita, fidedigna e indiscutible, y no deducirse de acciones de instituciones estatales sobre la base de las denominadas presunciones de «consentimiento» tácito o «reconocimiento» o «delegación de poder», etcétera, que interpretan arbitrariamente aquellos objetos.

En las democracias modernas no tienen cabida las enseñanzas de *tacitus consensu populi* de los juristas romanos y especialmente de la filosofía escolástica de la Edad Media y más tarde de los teóricos iusnaturalistas. Estas tradiciones establecieron sobre una base popular el poder de los monarcas autoritarios. En las democracias, especialmente cuando hay una constitución formal, lo que el pueblo decide puede ser identificado explícitamente. Los órganos personales de los órganos del estado no tienen otras atribuciones que las conferidas expresamente por la constitución y las leyes de conformidad con ésta. Dado que los órganos del estado han sido constituidos sobre la base de una voluntad previamente expresada del órgano de la autoridad autorizante, no puede considerarse que dictan normas jurídicas en nombre del soberano silencioso cuando violan las normas expresamente establecidas por él, es decir, cuando se desvían de lo prescrito por la ley establecida a partir de la cual adquieren el estatus de órgano estatal.

La versión contraria termina fatalmente al considerar que la presencia del órgano del poder constitucional es ininterrumpida. Parte de este supuesto es la idea de que la presencia constante del soberano se manifiesta de manera informal y de diversas formas. Pero esta visión no puede aceptarse, porque no solo impone una inseguridad jurídica constante y socava de manera permanente e irreparable la seguridad del derecho (que, sin embargo, es el fin primordial del derecho), sino que, además, a pesar de su cariz democrático, establece la omnipotencia de quienes actúan en nombre del soberano, que típicamente parece disfrutar de derechos ilimitados. Esta omnipotencia se explica por el hecho de que el soberano se considera constantemente presente pero también silencioso, por lo que se presume que presta su consentimiento general. De esta manera, sin embargo, esta visión tiende a convertir el principio de la soberanía popular de la base del estado democrático en un medio para su derrocamiento aparentemente legítimo por parte de los gobernantes.

En vista de lo anterior, el hecho de que un orden constitucional esté fundado en el principio de la democracia no puede, en principio, alterar la relación entre el derecho consuetudinario y el escrito, y aún menos bajo el régimen de una Constitución formal. Sin embargo, es necesario investigar la voluntad del legislador constitucional sobre sí, y en qué medida, se permite la creación de una costumbre constitucional.

Pero primero debe definirse con claridad y precisión el significado de la costumbre constitucional, así como las condiciones de su existencia.

§ 30 Los elementos constitutivos de la costumbre constitucional. La costumbre constitucional puede definirse tanto desde el punto de vista de la validez de sus normas con respecto a las normas de la Constitución formal como desde el punto de

vista de su contenido sustantivo. Así, por un lado, las normas jurídicas no escritas son consideradas una costumbre constitucional, que tiene fuerza formal constitucional o, en otras palabras, jerarquía formal superior, y se establecen a través de una práctica continua y uniforme de los órganos directos del estado que la practican con conciencia de su obligatoriedad jurídica. Desde un punto de vista sustantivo, la costumbre constitucional se define como el conjunto de normas jurídicas no escritas que, en la medida en que se establecen mediante la práctica continua y uniforme de órganos estatales directos con conciencia de su obligatoriedad jurídica, regulan al nivel más primario el ejercicio del poder estatal.

En todo caso, para que exista una costumbre constitucional se requieren ciertas condiciones. De acuerdo con los principios generales del derecho, hay dos elementos principales que son necesarios para la creación de una norma de derecho consuetudinario (así como para la costumbre constitucional), uno material y otro psicológico.

a) Aplicación práctica de una manera específica de regular un asunto de forma continua y uniforme. Cuando existe una práctica continua y uniforme de una determinada práctica es un problema fáctico, y por lo tanto debe ser investigado con relación a las circunstancias. De acuerdo con el derecho constitucional, el ejercicio de esta práctica no necesita prolongarse en el largo plazo debido a la peculiaridad de ciertas instituciones en esta área doctrinal. Sin embargo, un simple ejercicio de una sola vez es completamente insuficiente para ser considerado como el elemento material de la formación de una norma consuetudinaria.

b) Creencia de que la práctica anterior se practica por necesidad jurídica, es decir, con un sentido de obligación jurídica (*opinio juris vel necessitatis*), y no simplemente porque es más conveniente o porque, en la percepción de quienes practican esta práctica, así es exactamente como debe ser regulado jurídicamente el asunto concreto. El elemento en cuestión de la costumbre constitucional es lo que la distingue de la simple práctica política.

Además de los dos elementos básicos antes mencionados de cualquier norma de derecho consuetudinario, la costumbre constitucional también se caracteriza por otros rasgos, tales como:

(c) Esta práctica se ejerce directamente, en particular, por los órganos del estado que actúan en el marco de las competencias que les atribuye la Constitución. Vale la pena subrayar, en este sentido que los órganos del estado solo pueden ejercer un poder constituido y, por tanto, solo expresan la voluntad del estado si actúan dentro de los límites de sus competencias y, en general, de conformidad con la Constitución fundacional. No pueden ser consideradas como de naturaleza estatal cualesquiera de sus voluntades y acciones. En consecuencia, es imposible considerar como costumbre constitucional una costumbre que, aunque formada por la práctica de los órganos del estado, es contraria a las disposiciones de la Constitución formal.

Los órganos del estado, gracias a cuya práctica se puede crear una costumbre constitucional, son principalmente los que ejercen la llamada «función gubernativa», es decir, en nuestro ordenamiento jurídico, el parlamento, el rey y los ministros, pero sin excluir a los otros dos órganos estatales directos, a saber, el electorado y los tribunales.

d) La conciencia de la obligatoriedad jurídica de seguir una determinada práctica debe estar presente en el círculo de aquellos a quienes concierne practicarla. Por lo tanto, para formar una cierta costumbre, no es suficiente que solo el órgano

estatal actuante tenga tal conciencia. La misma conciencia deben tener aquellos órganos a los que se refiere la práctica específica y cuyas relaciones regula. Por tanto, una costumbre constitucional no puede derivarse de una práctica respecto de la cual se hayan interpuesto excepciones de inconstitucionalidad o de ilegalidad por parte de los órganos a los que se refiere dicha práctica.

II. La formación de una costumbre constitucional bajo el régimen de Constitución formal se funda en la condición de que el legislador constitucional no prohíba la forma consuetudinaria de promulgar las normas constitucionales. Como se dijo anteriormente, la existencia misma de una Constitución formal presupone la voluntad negativa del legislador que la redactó. Esta presunta voluntad, sin embargo, necesita ser investigada más a fondo, y en particular en relación con la validez formal de las normas que pueden haber sido reconocidas como costumbre constitucional.

La costumbre constitucional puede entenderse, ya sea como superior a la Constitución formal, ya sea como equivalente o como subordinada a ella.

La costumbre se impone a la Constitución formal cuando se considera que sus normas tienen fuerza supraconstitucional, es decir, vinculan incluso al legislador constituyente. Tal punto de vista lleva a la necesidad lógica de suponer que estas reglas constitucionales consuetudinarias son más o menos estables e invariables. Este caso se presenta si cualquier cambio en su contenido está prohibido por el legislador constituyente y más aún por las instituciones del estado y los ciudadanos. Además, dado que esta versión conduce a un callejón sin salida lógico cuando se plantea la cuestión de crear una nueva costumbre opuesta al poder supraconstitucional, es preferible en este caso adoptar honestamente la teoría iusnaturalista.

En consecuencia, el caso que queda por investigar se refiere a la costumbre constitucional equivalente o subordinada a la Constitución formal. En otras palabras, la costumbre constitucional «derogatoria» y «supletoria».

§ 31 La costumbre derogatoria es incompatible con la Constitución formal. 1. Puede considerarse que la costumbre contiene normas equivalentes a las de la Constitución formal. Esto significa dos cosas: a) las normas contenidas en la constitución formal pueden modificar las costumbres constitucionales vigentes al momento de adoptarse dichas normas. A la inversa, las normas constitucionales consuetudinarias pueden modificar o derogar normas ya establecidas de la Constitución formal. La equivalencia formal entre las normas de la Constitución formal y las costumbres constitucionales consiste en que las normas posteriores derogan o modifican las anteriores y prevalecen siempre sobre ellas, b) si se amplía así el sentido de la Constitución, es prudente caracterizar como inconstitucionales no solo los actos u omisiones que sean contrarios a la Constitución formal sino también los que sean contrarios a las costumbres constitucionales.

La costumbre constitucional derogatoria es aquella que contradice las constituciones escritas, pero, precisamente porque se considera equivalente a ellas, las suprime si es posterior a éstas.

La derogación de las disposiciones constitucionales por una costumbre contraria puede realizarse hipotéticamente de dos formas: a) positivamente, al crear una norma consuetudinaria con contenido directamente contrario a la disposición constitucional escrita (*consuetudo* abrogatoria), b) negativamente, en virtud de la inaplicación (*desuetudo*) que resulte de la simple omisión de la aplicación de esta disposición. Tanto en el primer como en el segundo caso, la regla consuetudinaria se

forma de la misma manera y su fuerza legal frente a la norma escrita es la misma. En ambos casos hay una sustitución de las normas jurídicas escritas por otras normas consuetudinarias. En consecuencia, la inaplicación de una norma constitucional escrita no puede considerarse reconocida bajo el régimen de una Constitución formal. Por el contrario, se excluye la posibilidad de crear una costumbre constitucional con un contenido positivo directamente contrario a una disposición constitucional.

II. Para una comprensión más completa de la relación entre una Constitución formal (escrita y estricta) y una costumbre constitucional, consideremos cómo sería posible formar una costumbre derogatoria.

Las normas consuetudinarias constitucionales se forman, como se ha dicho, por actos u omisiones, en particular de los órganos directos del estado, y atañen tanto a su funcionamiento como a las relaciones entre éstos. Así, por ejemplo, se puede crear una costumbre constitucional:

a) A través de los actos de las legislaturas (es decir, en Grecia, a través de leyes o decretos legislativos del artículo 35§2 de la Constitución). Suponiendo que sea legalmente posible efectuar una derogación consuetudinaria de una Constitución formal, la legislatura podría regular un tema abordado en la Constitución de una manera que se desvíe de sus estipulaciones. Supongamos que tal disposición se repite de manera uniforme y un día termina siendo considerada aplicable por su carácter jurídico (con *opinionem juris*). Puede entonces argumentarse que mediante esta práctica legislativa se derogó la disposición contraria de la Constitución y que en lo sucesivo se aplica la regulación establecida en la práctica por el legislador. Esto quiere decir, sin embargo, que esta regulación ahora en vigor equivale a las disposiciones de la Constitución y que, en una consecuencia estrictamente lógica: aa) las normas establecidas por el legislador ordinario, es decir, la ley formal concreta ya no deben poder ser modificadas o derogadas por una ley posterior, bb) una ley por la cual se promulgue algo contrario a la ley que ha adquirido la vigencia de una norma constitucional debe calificarse como inconstitucional si es contraria a ella. Sin embargo, si no se aceptan estas conclusiones, entonces es necesario aceptar que la Constitución ha dejado de ser estricta.

b) Por la conducta general de los órganos que ejercen el poder ejecutivo, en particular en sus relaciones con los principales órganos legislativos y en particular con la representación parlamentaria. Así, por ejemplo, si el gobernante supremo no decidiera ejercer su poder de disolver el parlamento durante mucho tiempo, llegaría el momento en que su elección sería considerada inconstitucional según la disposición constitucional promulgada. En otro caso, si la Constitución contiene una disposición según la cual la disolución del parlamento por el gobernante supremo por la misma razón se permite una sola vez y esta disposición se violó repetidamente con conciencia de su obligatoriedad jurídica, se crearía así una costumbre constitucional. Pero esto significaría que, en última instancia, esos actos (los decretos sobre la disolución del parlamento) han derogado una disposición constitucional y que su contenido ha adquirido el estatus de regulación constitucional.

Estas conclusiones jurídicamente inconsistentes, que conducen a la noción de que puede existir una costumbre constitucional derogatoria, se deben principalmente a que esta noción reconoce en órganos estatales que ejercen un poder constituido la posibilidad de ejercer un poder constituyente. Además, se reconoce que el ejercicio del poder constitucional se realiza de la siguiente manera: mediante la violación continua de las normas constitucionales de las que las instituciones estatales derivan la facultad de expresar la voluntad estatal. ¡Cuántas más violaciones hay, más pleno se considera el ejercicio del poder constituyente por parte de los órganos constituidos!

Lo anterior se produce sin cuestionar en absoluto la legitimidad de los gobernantes, la continuación de la existencia y el buen funcionamiento del orden constitucional establecido, la vigencia de la Constitución y el carácter estricto de ésta.

III. La costumbre constitucional derogatoria resulta incompatible con la Constitución formal porque es a) lógicamente incomprensible cómo la violación de una disposición constitucional deja de ser violación por repetirse constantemente. Las infracciones reiteradas no son más que una suma de infracciones; b) jurídicamente incomprensible cómo puede considerarse una *opinio juris* existente cuando el órgano estatal inconstitucionalmente actuante es, como casi siempre ocurre, inmediatamente consciente de la oposición de su conducta al derecho aplicable. Si, después de todo, se reconoce la competencia de los tribunales para revisar la constitucionalidad de los actos de los órganos estatales, incluido el legislativo, es más probable que cualquier futura conciencia jurídica sobre la base de la cual pueda crearse una costumbre constitucional derogatoria desaparezca ya con su nacimiento.

Por otra parte, la costumbre constitucional derogatoria implica que de esta forma la autoridad constitucional es efectivamente ejercida por los órganos estatales constituidos, y ello al nivel más elemental. Esto se debe a que estos órganos adquieren conscientemente las competencias del legislador constituyente, y consideran que establecen derecho mediante la violación de las normas constitucionales vigentes. Sin embargo, esto es inaceptable porque de esta manera se inutiliza el sentido de la Constitución formal, ya que no solo las disposiciones de la Constitución sino también sus violaciones se reconocen como fuentes del derecho constitucional.

La trascendencia jurídica de la Constitución radica en la suprema jerarquía formal de sus normas, a saber, que estas normas sean modificadas o derogadas en la forma prescrita por la Constitución formal. Sin embargo, la costumbre constitucional no se forma de acuerdo con el procedimiento de revisión previsto por la Constitución. Por el contrario, las normas consuetudinarias, por su propia naturaleza, se modifican y derogan de la misma manera informal en que se promulgan. En otras palabras, una característica de las normas consuetudinarias es que aparecen en el mundo de los conceptos jurídicos y desaparecen de él sin que sea posible determinar el momento exacto en que comienzan y cesan de existir. Pero lo principal es que aparecen y desaparecen sin someterse al estricto procedimiento especial de adopción, reforma y derogación, que podría darles la jerarquía jurídica suprema, característica principal de las normas constitucionales.

La incapacidad de las reglas consuetudinarias de existir como equivalentes a las reglas de una Constitución formal se debe precisamente a que inherentemente sufren de esta «inferioridad incurable». En consecuencia, si se descarta razonablemente la posibilidad de tener normas consuetudinarias con vigencia formal equivalente a las disposiciones de la Constitución formal, ni siquiera es concebible su derogación o modificación consuetudinaria sin revocar al mismo tiempo el significado de la Constitución formal. Bajo el régimen de Constitución formal, la costumbre constitucional derogatoria no tiene cabida.

§ 32 La costumbre supletoria. I. Sí, no es posible, como se ha dicho, derogar o reformar las normas establecidas en la Constitución formal por normas consuetudinarias contrarias. Pero la pregunta es: ¿es posible, bajo el régimen de una Constitución formal, adoptar al menos nuevas normas por la vía consuetudinaria, siempre que no afecten las disposiciones escritas, es decir, si se refieren a materias no reguladas por disposiciones constitucionales existentes? En otras palabras, esta

es la costumbre constitucional supletoria que no contradice las normas constitucionales escritas, sino que solo llena las lagunas de la Constitución formal.

Según estricta precisión jurídica y por la propia naturaleza y misión de la Constitución formal, la costumbre constitucional supletoria debe ser considerada incompatible con ella. En efecto, la Constitución formal define estrictamente la manera en que, dentro del marco del orden constitucional, es posible el ejercicio del poder constitucional (es decir, la modificación, derogación o promulgación de normas constitucionales). Dado que, de acuerdo con lo anterior, una norma de derecho solo tiene vigencia constitucional si emana de una voluntad expresa del órgano estatal competente y se basa en un procedimiento determinado, es obvio que incluso esta regulación de un tema para el cual no hay referencia en la Constitución formal, no puede reputarse que adquiera validez constitucional si no se lleva a cabo por una regla jurídica establecida de conformidad con el procedimiento constitucionalmente prescrito.

La costumbre constitucional supletoria puede entenderse de dos formas:

a) De modo que, de conformidad con las normas generales de interpretación, se confieren a un órgano estatal, principalmente directo, nuevas facultades además de las que ya le han sido atribuidas expresamente o tácitamente por disposiciones constitucionales. Por ejemplo, según la Constitución griega actual, la autoridad suprema ejerce solo ciertos poderes legislativos: ella emite los decretos ejecutivos necesarios (artículo 35§2), otorga amnistía por delitos políticos (artículo 39) y suspende temporalmente, bajo ciertas condiciones, la aplicabilidad de ciertos artículos de la Constitución (artículo 91). Pero, la Constitución no le reconoce la facultad de dictar normas mediante la función legislativa. Sin embargo, desde hace muchos años el titular del poder ejecutivo viene ejerciendo tal potestad. ¿De dónde la obtiene? Hoy tal competencia está claramente implícita en virtud de su puesta en relación con el artículo 59§2 de la Constitución. Además, esta competencia se deriva del hecho de que el legislador constituyente, aunque teniendo en cuenta la práctica anterior, ha evitado desaprobalo y, por lo tanto, lo ha aprobado tácitamente (y de hecho recientemente). También se ha argumentado en el pasado que esta competencia legislativa de la autoridad suprema está implícita en particular en el artículo 44 de la Constitución. Pero, suponiendo que esta facultad de dictar decretos legislativos en virtud de una ley formal no derivara de las disposiciones de la Constitución, ¿podría considerarse que se basa en una costumbre supletoria creada como se ha argumentado? Lo dudo. La causa principal de mi duda es que esta costumbre no sería literalmente supletoria sino derogatoria y como tal inaceptable. Ello porque lo que se modifica mediante el reconocimiento supletorio de poderes regios además de los conferidos por la Constitución formal es la Constitución misma, y no en la forma prescrita por el legislador constituyente a través de las disposiciones sobre la revisión constitucional.

En los casos en que (particularmente respecto de las disposiciones constitucionales sobre los poderes de los órganos directos del estado) una cuestión ha sido regulada por disposiciones concretas de una Constitución formal, es difícil considerar que exista una «laguna» que deba colmarse para formar una costumbre constitucional supletoria. Por muy supletorio que sea el carácter de tal costumbre, modificará, sin embargo, la Constitución en el siguiente sentido: otorgará al órgano más facultades de las que el legislador constituyente ha reconocido y, por lo tanto, modificará la distribución general del ejercicio del poder estatal entre las instituciones del estado y su pretendido equilibrio por parte de ésta. Desde este punto de vista, tal costumbre ciertamente sería derogada *lato sensu*, por lo que debería considerarse imposible su formación bajo el régimen de una Constitución formal.

(b) Al margen de la anterior costumbre supletoria, que puede ser derogada *lato sensu*, existe también la costumbre supletoria primaria. Se considera como tal la que se forma para regular un asunto concreto para el cual no se prevé nada específico en la Constitución formal. En este último caso, es de hecho un relleno de lagunas. Además, no hay posibilidad de caracterizar esta costumbre como reformadora de la Constitución porque no se refiere a cuestiones de responsabilidades de los órganos directos del estado y las relaciones entre ellos, sino especialmente a cuestiones de su funcionamiento. Así, por ejemplo, la cuestión de la publicidad de los debates del comité legislativo del parlamento no ha sido regulada por el ordenamiento constitucional griego (artículo 35§§2-3). Sin embargo, desde 1952 hasta hoy y de manera continua y uniforme, las reuniones de la comisión legislativa son públicas. De hecho, esto está ocurriendo, sin duda alguna, con conciencia jurídica. Por tanto, podría decirse que se ha formado una costumbre constitucional supletoria.

II. Una costumbre complementaria de la naturaleza anteriormente descrita puede considerarse compatible con la Constitución formal.

Como es bien sabido, la Constitución formal se distingue por una cierta brevedad y generalidad de sus formulaciones, lo que hace natural que existan lagunas en ella. Esto puede deberse a que, al tiempo de la promulgación de la Constitución, se omitió la regulación de ciertas cuestiones, o a que éstas fueron surgiendo gradualmente a través de la evolución de la vida social. Además, es cierto que la Constitución no solo no es revisada con frecuencia, sino que, por el contrario, gracias al proceso especial de revisión, se descarta su rápida y precipitada reforma. Surge entonces la pregunta: ¿Es posible suponer que el legislador constituyente pretendió excluir por completo el tratamiento de situaciones y la solución de cuestiones cuya existencia pudo haber escapado a su atención o previsión? Esta pregunta surge si, por supuesto, la regulación de estas materias no afectara a las reglas establecidas por ella y distorsionara el equilibrio impuesto por ella en el ejercicio del poder estatal. Además, es sabido que los órganos directos del estado han sido dotados por el legislador constituyente de una gran libertad de acción. Esta libertad podría utilizarse de conformidad con la Constitución y con este mismo propósito para llenar las lagunas más o menos secundarias de la Constitución formal, cuando las necesidades cambiantes de la vida social así lo dicten.

Por lo tanto, es posible considerar que incluso bajo el régimen de una Constitución formal, el legislador constituyente admite la creación, en el marco de la Constitución formal (*intra legem*), de una costumbre constitucional supletoria (*praeter legem*). En todo caso, la posibilidad de formación de tales costumbres constitucionales no parece ser grande.

La costumbre constitucional supletoria no es equivalente a las normas de la Constitución formal, sino inferior a ellas, porque por definición no puede derogarlas ni reformarlas, mientras que, por el contrario, puede ser derogada y reformada por ellas. Así la costumbre supletoria está sujeta a la Constitución. Pero ¿cuál es su posición frente a las leyes ordinarias? El carácter y la significación jurídica de una norma consuetudinaria como constitucional radica, más concretamente, en que no puede ser impugnada por el legislador ordinario. Si la costumbre constitucional supletoria ha de ser entendida de esta manera, entonces debería ocupar un rango intermedio en la jerarquía normativa del orden jurídico, entre la Constitución formal y las leyes formales. Frente a éstas tendrá una superior jerarquía formal y no podrá ser suprimida o modificada por ellas. Tal jerarquía superior formal otorga a la costumbre supletoria el carácter de una costumbre constitucional. Por un lado, puesto que se crea a través de la práctica de órganos estatales constituidos que no tienen ni siquiera un poder de revisión constitucional, la costumbre no justifica tener jerarquía superior formal, que

solo puede impartir el legislador constituyente. Sin embargo, esta constatación, crucial para la costumbre derogatoria, quizás no sea crucial si se acepta que el legislador constituyente admite, presumiblemente, la costumbre constitucional supletoria cuya jerarquía formal es superior pero no equivalente a la de la Constitución formal. Los órganos del estado cuya práctica suple consuetudinariamente las lagunas secundarias de la Constitución según la voluntad presunta del legislador constituyente y en el marco de su voluntad expresamente expresada, derivarán de aquélla la superior jerarquía formal de sus actos, lo que significa que adoptan a través de estos actos normas consuetudinarias constitucionales.

Sin embargo, tal versión no parece estar de acuerdo con el carácter del orden constitucional que se basa en una Constitución formal. La superior jerarquía formal de la costumbre supletoria es incompatible con su naturaleza de vía informal para dictar normas jurídicas. Por otro lado, su jerarquía superior formal significaría no solo que no podría ser enmendada o derogada por las leyes formales ordinarias, sino también que podría enmendar y derogar tales leyes. En tal caso, sin embargo, a) la costumbre supletoria, aunque colmara una laguna en la Constitución, no sería realmente supletoria porque la cuestión concreta ya estaría regulada por el legislador ordinario. Esta misma regulación sería derogada por la costumbre constitucional supletoria. Y b) Su jerarquía superior, en la medida en que se basa en una voluntad del legislador constituyente meramente presunta, contradiría la disposición legal general explícita existente en Grecia, según la cual «la costumbre no deroga la ley». El supuesto de que las normas escritas dictadas por las legislaturas competentes pueden ser derogadas por la práctica del poder ejecutivo, por ejemplo, invocando la presunta tolerancia de la legislatura, es incompatible con toda la organización constitucional del poder estatal y la distribución de responsabilidades entre los distintos órganos estatales.

En conclusión, bajo el régimen de una Constitución formal, la costumbre constitucional supletoria no ostenta una superior jerarquía formal. Ni siquiera es equivalente a las leyes formales ordinarias, ya que, aunque pueda ser derogada por ellas, no puede derogarlas a su vez. En consecuencia, la costumbre supletoria es designada constitucional solo en el sentido de que regula materias de derecho constitucional. En otras palabras, es parte de la Constitución sustantiva. Pero no es constitucional en el sentido formal de la palabra, porque no es jerárquicamente superior.

Enseñanza del Derecho. Breves enfoques macro y micro

Teaching Law. Brief macro and micro approaches

Luis López Guerra

Catedrático Emérito de Derecho Constitucional. UC3M.

ORCID ID 0000-0002-2106-7410

lopez@der-pu.uc3m.es

Cita recomendada:

López Guerra, L. (2022). Enseñanza del Derecho. Breves enfoques macro y micro. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 362-369.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7129>

Recibido / received: 02/07/2022
Aceptado / accepted: 12/07/2022

Resumen

En la presente exposición se trata de la formación de los juristas desde dos perspectivas: por una parte, dónde debe llevarse a cabo esta formación (perspectiva macro) y por otro, y más brevemente, las metodologías a emplear en cada contexto (perspectiva micro). En cuanto a lo primero, se señala el papel tanto de la Universidad como de otras instituciones, así como la necesidad de una formación básica común de tipo contencioso-procesal. En cuanto a lo segundo, se apunta la necesidad de adaptar la metodología docente a la creciente diversidad de las especializaciones jurídicas, y a la evolución de los medios de obtención de información en materias jurídicas.

Palabras clave

Universidad, formación del jurista, Escuela Judicial.

Abstract

This commentary deals with the training of legal professionals from two perspectives. On the one hand, where this training should be provided (macro perspective), and on the other and more briefly, which methodologies should be followed in each context (micro perspective). From the first perspective, the role of the university and other institutions is examined, as well as the need for a common training of a contentious-procedural nature. Viewed from a micro perspective, particular attention is given the need to adapt legal training to the growing specialization in practice areas, and to the progressive evolution of information retrieval in these matters.

Keywords

University, Legal Training, Judges' Training School.

SUMARIO. 1. Dos tipos de reflexiones basadas en la experiencia. 2. Perspectiva «macro». Universidad y abogacía. 3. Acceso a la abogacía y a otras profesiones jurídicas. 4. Formación fuera de Universidad. 5. Una breve perspectiva «micro».

1. Dos tipos de reflexiones basadas en la experiencia

Cuando José María Sauca me invitó a participar en los debates sobre la enseñanza del Derecho me envió amablemente varios videos conteniendo las sesiones ya celebradas. Tuve así la oportunidad de comprobar la variedad de los enfoques y perspectivas desde los que se había abordado el tema, como correspondía a la diversidad de profesiones y experiencias de los participantes, provenientes no sólo de la Universidad sino también de diferentes profesiones jurídicas; por otro lado, y como era de esperar, las opiniones sobre el tema reflejaban visiones más amplias sobre el papel de la Universidad, de los juristas, y del ordenamiento jurídico en general. En este marco, si algún valor tiene mi aportación, puede ser el que haya tenido la oportunidad de tener experiencias respecto de la enseñanza del Derecho en contextos distintos. Por una parte, en el ámbito universitario, como profesor de Derecho Constitucional (hasta 1984, Derecho Político), de 1970 a 2018; por otra, y en otros ámbitos, por cuanto hube de enfrentarme con cuestiones referentes a la enseñanza del Derecho como Presidente de la Comisión de Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial, y posteriormente, como Secretario de Estado de Justicia, al proceder a la elaboración del proyecto de ley sobre el Acceso a la Abogacía, que se tradujo eventualmente en la ley sobre el tema de 2007. Son, en todo caso, experiencias sobre aspectos parciales de una materia amplia y compleja, en la que, al menos desde mi perspectiva, abundan más las preguntas que las respuestas.

Partiendo de mi experiencia, caben dos tipos de reflexiones sobre la enseñanza del Derecho. Por una parte, lo que podríamos denominar enfoque macro: esto es, el que versa sobre la estructura y organización en general de los estudios de Derecho: qué materias debe estudiar el candidato a jurista, dónde, quién debe impartir esas enseñanzas. Por otro lado, y en un nivel micro, cuál debe ser la metodología del docente concreto, dentro del área que le corresponda en la estructura general de los estudios de Derecho. Debo decir que, en cuanto a lo primero, me baso en mi actividad, arriba citada, en el Consejo General del Poder Judicial, y en el Ministerio de Justicia; en cuanto a lo segundo, en mis años de profesor de Universidad.

2. Perspectiva «macro». Universidad y abogacía

Comenzando por perspectiva «macro», y en la línea de otros intervinientes en este seminario, la primera cuestión que se plantea es la de dónde debe llevarse a cabo la formación del jurista. No extrañará que, como profesor universitario, responda también que desde luego en la Universidad. No podría negar que esta respuesta está condicionada por el contexto del que esto escribe: en nuestro país, la enseñanza del Derecho ha sido una tarea propia de la Universidad, a diferencia de otros contextos (sobre todo en el mundo anglosajón) en que la formación del jurista se situaba más lo que hoy denominaríamos formación profesional, esto es, fuera de la Universidad y en

la misma práctica, sin necesidad de título universitario. Todos hemos leído la historia de Abraham Lincoln como abogado que nunca pisó una Universidad... Pero, aparte de la tradición universitaria, por otra parte común en el continente europeo, no resulta difícil justificar el papel de la Universidad en el sentido de que superar el filtro académico garantiza un nivel mínimo de capacidad de los que van a prestar sus servicios en materias jurídicas.

Claro está que la exigencia de una formación y un título universitarios reconocidos tiene sus límites; la complejidad de la vida jurídica, y la consiguiente exigencia de una especialización en la práctica suponen que la formación universitaria sólo pueda ser básica y parcial, y que el que se gradúa en una Facultad de Derecho no puede esperar dominar no ya todas las áreas jurídicas, sino ni siquiera un área concreta en profundidad. Esto último requiere una especialización y una práctica que van más allá de la limitada estancia en la Universidad.

En consecuencia, parece que la necesaria formación universitaria se configura como la formación básica común del jurista, previa a su especialización en otros contextos. La cuestión es, obviamente, hasta dónde llega esa formación básica, y cuál debe ser su contenido, a la vista de las exigencias sociales del momento.

Mis reflexiones en estos aspectos resultan de la citada experiencia en el Ministerio de Justicia en la redacción del proyecto de ley de Acceso a la Abogacía. Cuando comenzamos a trabajar sobre esta cuestión (y debo citar la inestimable ayuda del Abogado General del Estado, Joaquín de Fuentes Bardají) el año 2004, la situación al respecto en España era muy distinta a la de otros países europeos. En aquel momento, para el ejercicio de la abogacía bastaba con haber finalizado la licenciatura en Derecho, y la inscripción en el Colegio de Abogados. Con estos requisitos, era posible comenzar inmediatamente a llevar casos ante los tribunales, incluso al máximo nivel; recuerdo que en una ocasión, siendo catedrático en la Universidad Carlos III, vino un antiguo alumno mío, recién licenciado, a consultarme sobre un caso sobre el que debía informar al Tribunal Supremo... Ello contrastaba con la situación en otros países, en que el acceso a la profesión de abogado requería unas severas pruebas; incluso, en algunos países, se exigían mayores cualificaciones para acceder a las más altas instancias judiciales. Por el contrario, en el nuestro bastaba el título universitario para gestionar ante los tribunales intereses muy relevantes (a veces decisivos) de los ciudadanos.

Para asegurar una formación mínima para defender esos intereses era evidente que se hacía necesario algún control del acceso a la abogacía profesional. Pero en este aspecto se presentaban posiciones muy encontradas, que representaban no sólo intereses sociales o políticos, sino visiones distintas de la enseñanza del Derecho. Por parte de los profesionales de la abogacía (tanto en manifestaciones individuales como mediante las organizaciones profesionales que representaban los Colegios de Abogados) si bien se admitía, y aún se instaba a ello, que se instaurase un mecanismo de control, se consideraba que ese mecanismo debía llevarse a cabo dentro de la misma profesión, bien, en unas versiones, a través de la misma práctica en despachos de abogados, bien a través de las Escuelas de Práctica Jurídica que los Colegios de Abogados habían ido estableciendo para impartir una formación especializada. Por otro lado, no sorprendentemente, muchos representantes de los estamentos universitarios veían con desconfianza cualquier solución que privara a las Universidades de su calidad de puertas de acceso a la profesión, y que devaluara la importancia de las Facultades de Derecho. Por otro lado, no faltaban intervenciones de las autoridades de las Comunidades Autónomas, que estimaban que el proceso de control de acceso debía establecerse como dentro de las competencias autonómicas.

Puede apreciarse que la cuestión iba más allá de detalles organizativos: en el fondo lo que se planteaba era si la enseñanza en ese tramo del Derecho debía llevarse a cabo desde una perspectiva estrictamente profesional, o dentro de los tradicionales cánones universitarios; y al tiempo, qué autoridad –profesional, académica, político-administrativa– debía ejercer el control final.

Como es sabido, la Ley de Acceso a la Abogacía, aprobada tras largas negociaciones en 2007 (y que como era de prever, dada la usual inercia en materia de enseñanza, solo se puso en práctica bastantes años después), adopta una solución híbrida; tras obtener el título de grado, en Derecho los aspirantes a ejercer la abogacía deben finalizar un curso de especialización en la Universidad, que debe incluir una fase práctica en despachos jurídicos; y pasado este trámite, deben superar un examen estatal de acceso a la abogacía. Por el momento, ello cualifica para acceder a todo tipo de tribunales en sus distintos niveles.

A partir de la entrada en vigor de la ley, el ejercicio de la abogacía necesita pues requisitos adicionales a la graduación en Derecho. Valga decir que en los últimos meses anteriores a la práctica de la reforma se multiplicaron las inscripciones en los Colegios de Abogados, entre ellas muchas de extranjeros que querían ejercer la abogacía en España sin someterse a los nuevos requisitos... Lo que cabe destacar es que la reforma vino a coincidir con el cambio en los planes de estudios a partir de la aplicación de los llamados criterios de Bolonia; como consecuencia, la vía de acceso a la abogacía se configuró como un Máster, a cursar tras la obtención del grado. En conjunto, pues, el iter universitario al respecto se configuró como primeramente los estudios básicos de grado (cuatro años), y posteriormente la especialización mediante el Máster de acceso (un año, incluyendo una estancia práctica) más un examen final.

3. Acceso a la abogacía y a otras profesiones jurídicas

Esta configuración no deja de ofrecer motivos de reflexión. En mi opinión, la más relevante que se ha expresado en ocasiones, es la de por qué se requiere una especialización en sede universitaria para la profesión de abogado, y no para otras profesiones jurídicas. ¿Por qué no se exige esa especialización para funcionarios del Estado en sus diversas variantes? Como es sabido, el modo de acceso usual y tradicional al funcionariado es el sistema de oposiciones; y este sistema se basa en la preparación individual y básicamente memorística para una serie de exámenes, fuera del ámbito universitario. Las características de esas oposiciones varían según el tipo de funcionarios de que se trate, y del área del sector público en que se integren. Pero no faltan motivos para estimar que la especialización que hoy supone el Máster de acceso a la Abogacía debería extenderse como requisito para el acceso a otras profesiones jurídicas.

Ciertamente, la especialización para la abogacía aparece como una especialización centrada sobre todo en un área del Derecho, la que podríamos llamar contencioso-procesal, frente a áreas de carácter más sustantivo (tributario, urbanístico, penal, etc.). Pero no parece difícil concluir que ese área reviste una especial importancia en el mundo del Derecho, de forma que el ejercicio de cualquier profesión jurídica exige un profundo conocimiento al respecto. Y ello por varios motivos.

Primeramente, por razones si se quiere, de tipo cuantitativo: una parte importante de las profesiones jurídicas se encuentran directamente insertas en áreas que exigen una especialización contencioso -procesal. Dentro de esta directa inserción habría que considerar no solo a los abogados ejercientes en la práctica

privada, sino también a los abogados del Estado y los procuradores (éstos ya incluidos en la reforma) y desde luego a los jueces. A lo que habría que añadir la casi totalidad de las especialidades docentes, estrechamente vinculadas, con muy pocas excepciones, a la enseñanza de la teoría y la práctica del respectivo sector del Derecho que les corresponde. Y la necesidad de una formación contencioso procesal se hace también evidente en prácticamente todos los sectores del funcionariado: el diseño y aplicación de prácticas administrativas, desde la elaboración de reglamentos, la formulación de planes de acción, o la aplicación de medidas individuales difícilmente pueden llevarse a cabo adecuadamente en administraciones de todo tipo sin tener muy en cuenta que con alta probabilidad muchas de esas actuaciones van a verse sujetas de una forma u otra a revisiones jurisdiccionales; la actuación administrativa, pues, no puede olvidar la necesidad de prever esas posibles revisiones, y sus características procesales, si no quiere correrse el riesgo de ver su eficacia muy disminuida, o incluso eliminadas en el mundo real.

A estas consideraciones de orden cuantitativo en favor de la ampliación de la exigencia del actual Máster de acceso a la Abogacía pueden añadirse otras de índole si se quiere cualitativa. Se trata de tener en cuenta la especial relevancia, en el mundo del Derecho, de su dimensión contencioso-procesal, no sólo desde una perspectiva práctica, sino también desde el mismo concepto de la justicia. Pues si bien cabe una perspectiva sustantiva de la justicia (una decisión jurídica sería justa si se acomoda a determinados criterio objetivos, como la igualdad, la proporcionalidad o la legalidad, por citar algunos) es evidente que junto a ella se afirma cada vez más una perspectiva procesal de la justicia; un elemento fundamental de la justicia de una decisión será si se ha llegado a ella en forma adecuada, mediante un procedimiento que garantice tener en cuenta en forma imparcial e independiente todos los elementos relevantes, así como haber escuchado debidamente a las partes afectadas. Debe señalarse que esta perspectiva se ha traducido en gran manera en la procesalización de los derechos; la garantía de un derecho consistirá no sólo en que se haya respetado su contenido esencial, sino que para su mantenimiento, reducción o supresión se haya seguido el procedimiento adecuado. Tal es en gran parte la línea seguida hoy por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, línea que hace posible la adopción en muchos casos de un criterio objetivo y verificable (el cumplimiento de requisitos procesales) más allá de la mera apreciación subjetiva relativa a la mayor o menor extensión de un derecho.

Una perspectiva procesalista de este tipo requiere no sólo la familiarización con las normas de procedimiento en todos los ámbitos de la actuación pública, judiciales y administrativos como necesidad práctica, sino además la convicción de que la regularidad procedimental representa una exigencia ética en un Estado de Derecho, y que por tanto la dimensión contencioso-procesal del Derecho se encuentra presente en todas las manifestaciones del mismo.

Desde ese punto de vista, esta dimensión contencioso-procesal no sólo sería algo a tener en cuenta en la formación jurídica básica, sino que aparece como elemento esencial en las diversas especialidades jurídicas. Lo que conduciría a contestar a la cuestión arriba planteada sobre la extensión de la exigencia del denominado hoy Máster de acceso a la Abogacía respondiendo que no parecería inadecuado que se incorporara a los requisitos para otras (si no a todas) vías de acceso a las especializaciones jurídicas, particularmente a la función pública (incluyendo la judicatura). Ello supondría desde luego, la generalización (o casi generalización) de esta fase de la formación del jurista, con las lógicas consecuencias en cuanto a su apertura a todos los graduados frente a obstáculos económicos o de otro tipo. Desde luego, esta generalización no impediría la existencia de otras especializaciones en el ámbito universitario. Pero por las razones expuestas, la

formación en el ámbito contencioso-procesal aparece como un objetivo al que debería dársele la máxima prioridad, a la hora de distribuir recursos. No se oculta que la generalización de esta fase (que representaría, por ejemplo, su exigencia no sólo para el ejercicio de la abogacía, sino para el acceso a muchas áreas del funcionariado) representaría en gran manera una devaluación del significado del título de grado. Pero dada la complejidad del mundo del derecho hoy, parece evidente que el nivel de grado no asegura por sí mismo un conocimiento del Derecho con aplicaciones prácticas.

4. Formación fuera de la Universidad

Las cuestiones relativas a la enseñanza del Derecho no se reducen al ámbito universitario. La formación del jurista se plantea también fuera de ese ámbito, por cuanto, como se indicó, el nivel de la enseñanza del Derecho en la Universidad no puede sino considerarse como básico, y común a los juristas en sus diversas especializaciones; incluso, como también se indicó, en lo que se refiere a la formación de los abogados en ejercicio, formación que aparece como necesaria en prácticamente todas las profesiones jurídicas. Pero más allá de ese nivel, una formación adicional parece imprescindible, no sólo por la obligada especialización de tareas, sino también por la continua evolución y cambio en el Derecho. Esta formación ya queda (y ello es inevitable) fundamentalmente fuera de la Universidad, y encomendada a instituciones vinculadas a cada especialidad profesional. Desde luego, no cabe excluir que la Universidad establezca también vías de formación especializada (seminarios, mesas redondas, cursos) fuera del curriculum académico. Pero en la práctica, esa formación especializada se está produciendo en un contexto extrauniversitario, y en dos marcos distintos: por un lado, en lo que se refiere a la abogacía, mediante las ya mencionadas Escuelas de práctica jurídica; en lo que se refiere a los funcionarios de diverso tipo, en el marco de la Administración, como fase incluida en el proceso de selección.

Mi experiencia en este campo se refiere a la selección del personal judicial, y concretamente a la función de la Escuela Judicial. Como es bien sabido, el procedimiento de selección de la mayoría de jueces en nuestro país (dejando de lado los famosos cuarto y quinto turno, así como la extendida práctica de nombramiento de jueces sustitutos y suplentes) se ha basado también en el conocido sistema de oposiciones, a que se ha hecho referencia más arriba. Dentro del proceso de selección, y para los que hubieran superado las pruebas y exámenes demostrativos del conocimiento (y memorización) del temario de materias exigido, se ha configurado también una fase de formación, digamos práctica, que durante mucho tiempo consistió en unos muy breves cursos de especialización profesional. Estos cursos no tenían carácter selectivo, ni influían en el resultado obtenido en los exámenes anteriores.

Esta situación se vio alterada por la creación de la Escuela Judicial, que pretendía impulsar una capacitación profesional que fuera más allá de la memorización y exposición (con la habitual ayuda de los «preparadores») de unos cientos de temas, y que permitiera al nuevo juez acceder a sus tareas con una cierta preparación práctica, impartida durante un período de tiempo suficiente. Ahora bien, la puesta en práctica de esta nueva institución no dejó de plantear problemas. En la tradición española (y no sólo en el campo judicial, sino en general en la Administración, y también en la Universidad), la superación de las pruebas de la oposición se había considerado como el trámite esencial, que, por decirlo así, consagraba definitivamente al nuevo funcionario (en este caso al juez). Ante esta tradición, el papel de la formación post-oposiciones, y particularmente en la Escuela Judicial, aparecía para muchos como algo adjetivo, y probablemente inútil. De hecho, el que en un primer momento la formación en la Escuela no supusiera alteración

alguna, no ya de la selección resultante de las oposiciones, sino ni siquiera de aspectos secundarios, como la posición relativa en el escalafón, no suponía un incentivo para llevar a cabo esfuerzos adicionales de especialización.

En el caso de la Escuela Judicial, esta fase de especialización (con componentes teóricos y prácticos) no ha supuesto una selección adicional a la resultante de las oposiciones; por otra parte, sí ha podido influir en algunos casos (tras un considerable debate) en el orden del escalafón. Pues bien, aun excluyendo que la fase de la Escuela Judicial suponga un nuevo proceso selectivo (lo que exigiría una reforma sustancial del sistema de selección) al menos cabe considerar que para reforzar la importancia de esa fase y de la especialización práctica que pretende conferir, sí debería representar un elemento decisivo en cuanto al orden escalafonal, siempre que sus programas representaran efectivamente una formación adicional a los años de aprendizaje memorístico del opositor. Y probablemente estas reflexiones podrían aplicarse a los procesos de selección en otros sectores jurídicos del funcionariado.

5. Una breve perspectiva «micro»

Si desde la perspectiva «macro» de organización de las enseñanzas jurídicas es difícil pasar de algunas consideraciones muy generales, como las arriba expuestas, las dificultades se acentúan en una perspectiva micro, centrada en el papel del profesor individual en la impartición de su materia, dentro del marco general en que se le coloca. En la actualidad parece que se quieren extender también a la enseñanza jurídica los avances en materia de pedagogía... En lo que se refiere a la Universidad, puedo aducir mis experiencias como recipiente de la enseñanza, en la Facultad de derecho de la Universidad Complutense, de 1964 a 1969, y como discente a lo largo de mi carrera académica. Pero no sé si estas experiencias siguen siendo válidas, por varias razones.

En primer lugar, por la limitación de la práctica docente propia a una sola materia, y por la diferente naturaleza de las diversas disciplinas jurídicas y el distinto peso de sus componentes teóricos y prácticos; no es lo mismo la enseñanza de la Historia del Derecho, pongamos por caso, que la del Derecho Tributario. Pero además, no deja de ser relevante la evolución de las técnicas de comunicación y de obtención de información: sobre todo estas últimas suponen un cambio radical a la hora de analizar los métodos de enseñanza del Derecho y el papel del profesor. En esto ha habido una bien conocida evolución histórica: desde el decisivo papel del profesor mediante la *lectio* (esto es, lectura) profesoral cuando los libros eran escasos, hasta su función orientadora cuando, siendo ya disponibles fácilmente los textos, la complejidad del Derecho, la variedad de fuentes, y la dificultad en localizarlas requerían una dirección y sistematización profesoral del conocimiento mediante las lecciones magistrales. En la actualidad, la facilidad de acceso a la información, y, además, la misma ayuda orientadora y sistematizadora que proporcionan los medios informáticos (como las bases de datos) han venido a reducir ese papel.

Cabría considerar que esa reducción implica de alguna forma una disminución de las actividades «presenciales» en la vida universitaria, o, en términos más simples, una menor necesidad de clases lectivas. La formación básica que corresponde a la Universidad no exige hoy una labor profesoral de transmisión de contenidos, tanto doctrinales como legales y jurisprudenciales, que pueden en la mayoría de los casos ser fácilmente accesibles a los estudiantes. Por otra parte, no parece muy útil repetir oralmente materias que pueden encontrarse excelentemente expuestas en textos impresos (o en formato electrónico). En mi experiencia como estudiante, profesores

que habían escrito textos o manuales de alta calidad y fácil comprensión no destacaban precisamente por su amenidad y claridad en sus exposiciones; a mí al menos me resultaba más útil leer sus libros que atender a la repetición oral de su contenido, por ellos mismos o por otros profesores.

Por ello, posiblemente no resulte inadecuada la tendencia actual a reducir el número de clases lectivas del tipo de lección magistral, y su sustitución por clases de análisis de textos, legales o jurisprudenciales, y de discusión de casos prácticos (lo que antes se llamaba «clases prácticas»); en lo que se mantuviera la tradicional lección magistral, ésta se vería así convertida en un forma de orientación general , dirigida a la formación sobre conceptos y categorías generales, y a la exposición y crítica de la doctrina, más que a la reproducción de contenidos sustantivos de las asignaturas. Valga señalar que todo ello parte (quizás en forma demasiado optimista) del supuesto de que serán los estudiantes los que lleven a cabo una labor de lectura de textos que hará innecesaria la repetición de su contenido por el profesor; recuérdese la expresión británica «*reading law*» para referirse a los estudios de Derecho. No deja de ser contradictorio que esta tendencia a la reducción de horas lectivas se produzca en forma paralela a la tendencia a aumentar su número mediante el fomento de las llamadas «dobles titulaciones», cuya utilidad no es evidente, en un contexto cada vez más exigente de especializaciones, y si de lo que se trata es de obtener una mayor formación personal y cultural, más allá de lo profesional, no parece que para ello sea necesario obtener también un título académico adicional.

¿Qué puede aportar sobre la formación del jurista un viejo profesor?

What can an old professor contribute to debate on legal training?

Andrés Ollero Tassara
Ex Magistrado del Tribunal Constitucional
aollero15@gmail.com

Cita recomendada:

Ollero Tassara, A. (2022). ¿Qué puede aportar sobre la formación del jurista un viejo profesor? *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 370-373.
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7130>

Recibido / received: 02/07/2022
Aceptado / accepted: 28/08/2022

Resumen

En el trabajo se examina la profesión de jurista desde diferentes ámbitos de la vida social y política. Desde una perspectiva donde prima la mirada académica, el autor comparte sus reflexiones acerca de la formación del jurista.

Palabras clave

Formación, academia, experiencia, educación, Derecho.

Abstract

The work examines the legal profession from different areas of social and political life. From an academic perspective, the author shares his reflections on the formation of the jurist.

Keywords

Training, academia, experience, education, Law.

A cierta edad solo cabe esperar que un profesor que antes de un mes cumplirá los setenta y ocho nos cuente algunas batallitas. En todo caso, comenzaré por hacer constar que no considero que cualquier tiempo pasado fue mejor; no fue ni mejor ni peor, sino simplemente distinto. Cada cual, si analiza las diferencias, podrá extraer de ellas las oportunas conclusiones.

Lo que tengo claro es que –a estas alturas– puedo autodefinirme, con orgullo, como un universitario. En varias universidades, de dentro y fuera de España, he aprendido lo mucho o poco que sé y, sobre todo, he ejercido un modo peculiar de



abordar la vida; convencido de que esta solo cobra sentido haciendo algo por los demás: investigar, enseñar o intentar resolver problemas de interés común.

La universidad, en efecto, me ha llevado a conocer mundo. He realizado estancias de estudio en Alemania e Italia, prolongando valiosos lazos personales. He visitado repetidamente países de la Europa central, que habíamos situado – bizqueando– en el Este. Sobre todo, Polonia, Rumania –donde me honraron con un doctorado honoris causa– y, en más de una oportunidad, incluso Ucrania. Como es previsible, casi toda Iberoamérica, con alguna escapada a Estados Unidos. He podido, sin perder contacto con las aulas, dedicar tiempo a la política y a servir al Tribunal Constitucional, sintiéndome siempre ante todo universitario.

Tras iniciar mi andadura universitaria en Sevilla, me formé en la de Granada, rebosante –como Santiago o Salamanca– de historia; donde estaba mal visto no vivir todo el día en la Facultad. Tuve un maestro –Nicolás María López Calera– que llegaba el primero y se iba el último; me enseñó a valorar el trabajo bien hecho y la independencia política.

Había llegado a Granada recién licenciado. Allí hice el doctorado y me convertí, por concurso, en profesor adjunto por cuatro años prorrogables. Acabé siendo de los más jóvenes, entre más de mil integrantes del novedoso Cuerpo de Profesores Adjuntos de Universidad, convirtiéndome en presidente de los de mi distrito, que abarcaba por entonces media Andalucía. Recuerdo haber organizado la primera huelga de este sector del profesorado.

Tuve que esperar ocho años para poder presentarme a unas oposiciones de las de hoy calificadas de pata negra, porque un trashumante profesor, poco serio, se dedicaba a ocupar las vacantes que iban saliendo sin otro placer conocido que fastidiar al prójimo.

Como consecuencia, tuve tiempo sobrado para preparar la exigida Memoria sobre Concepto, Método y Fuentes de la asignatura. Sus dos volúmenes superaron las mil páginas, de las que acabaría saliendo mi libro aún más citado –¿Tiene razón el derecho? 2006– y no menos de una decena de artículos. Por supuesto, pude estar en condiciones de afrontar que me sortearan una de las noventa lecciones del programa que había presentado, demostrando que estaba preparado para enseñar las correspondientes asignaturas. Me siento satisfecho de ello, aunque ya sé que hoy no se considera exigible; dejo a cada cual que valore quién sale beneficiado con ello. Personalmente, no creo que la cortedad de vuelo deba enmascararse como especialización.

Tuve suerte y me libré de la fiebre del marxismo, que con el tiempo convirtió a jóvenes prometedores –lectores asiduos de Cerroni, Poulantzas y Pietro Barcellona– en personajes excéntricos de la filosofía del Derecho, tras haber cultivado con fruición tan efímera escolástica, sin estar en condiciones de imaginar quién podría ser Kelsen. Tampoco, por razón generacional, me ha llegado a afectar la fiebre actual por la perspectiva de género, que lleva las mismas trazas, sin que ello me haya impedido dedicar un libro al tratamiento constitucional de la discriminación por razón de sexo.

Escribí hace ya ocho lustros un primer libro sobre «Qué hacemos con la universidad», que se vería años después acompañado de otro preguntándome qué habíamos hecho realmente con ella; a ambos me remito en lo relativo a la formación de los juristas.

La actitud de mi antiguo profesor en la Universidad de Sevilla, Manuel Clavero Arévalo, me llevó en 1980 –en plena polémica por el referéndum sobre la autonomía andaluza– a perder la virginidad política, poniendo en marcha un fallido partido andalucista. Quizá por ello me fue fácil seis años después aceptar otra oferta, que me llevaría a encabezar en cinco ocasiones una lista electoral al Congreso de los Diputados.

No perdí mi contacto con la universidad, ya que mantuve durante esos diecisiete años en mi Facultad un seminario sobre jurisprudencia constitucional, del que acabarían saliendo sucesivamente mis libros sobre los artículos 14, 15 y 16 de la Constitución.

Como diputado, me ocupé particularmente –aparte de los problemas de Granada, como era mi deber– de asuntos universitarios y educativos, asumiendo las portavocías de Educación, Universidades e Investigación Científica y Justicia.

Vi nacer con esperanza la revulsiva iniciativa de los sexenios de investigación, que marcaba novedosamente diferencias entre un profesorado en trance de masificación. Con el tiempo se han visto desnaturalizados con la obsesiva entrada en juego de la llamada gestión. Esta ha enmarañado tropicalmente, como me permití profetizar, los organigramas universitarios, multiplicando vicerrectorados y vicedecanatos. Lo peor es que –como todo órgano genera alguna función– me temo que puede estar convirtiendo a los profesores en distinguidos miembros del Personal de Administración y Servicios (PAS); obligados a pasar el día rellenando papeles, dentro de un enloquecido frenesí burocrático. Personalmente, ya tuve oportunidad de aprender con creces a oficiar de secretario de mí mismo, pero ahora –cuando me invitan a una conferencia– la universidad de turno me obliga a rellenar no menos de tres papeles; eso sí, con los mismos datos del año anterior, que resulta más cómodo ignorar.

Volviendo a mi tarea parlamentaria, me siento orgulloso de haber provocado la puesta en marcha –por vía legal– de un acceso a plazas de profesorado universitario por habilitación. Regresado a las aulas, llegué a presidir uno de aquellos tribunales, capaces de combatir con eficacia la endogamia, que hoy ha llegado al extremo, al generalizar oposiciones (?) con un solo candidato, consolidando un localismo de dudosa virtud. No soy darwinista, pero siempre he sospechado que la falta de competencia puede generar incompetencia. Así ocurrirá si la antigüedad se convierte en indiscutido mérito, como en tiempos de paz en el ámbito militar.

Soy consciente de que estoy aportando más preocupación por la selección del profesorado que por la formación de los juristas, cuya calidad –obviamente– no es ajena a ella. No ignoro las positivas reformas de los planes de estudios. En mis últimos nueve años en activo promoví una asignatura opcional de Bioderecho -manual incluido- y dirigí un máster sobre Bioética y Bioderecho.

Durante mis años de diputado, procuré acercar a la universidad a políticos destacados, invitándolos a coloquios con alumnos interesados. Siendo Presidente del Gobierno José María Aznar, propicié hasta tres coloquios con él de universitarios, de diversa ideología, durante dos horas en La Moncloa, para facilitar un mutuo conocimiento de personas y problemas.

Cuando en 2003 abandoné por propia voluntad la política, volví durante nueve años a mi dedicación exclusiva a la universidad, ya en Madrid; aunque algunos, con torcida memoria histórica, den por hecho que pasé directamente al Tribunal Constitucional. Continué con mi vieja costumbre de seguir viviendo cotidianamente –

mañana y tarde— en la Facultad, mensa incluida. Pronto comprobé que no era costumbre entre la mayor parte de los catedráticos, que —dadas sus clases— solían tener otras cosas que hacer.

A dos años de la jubilación fui elegido —ahora sí— Magistrado del Tribunal Constitucional por el Congreso de los Diputados, donde aún era bien conocido.

Seguí, durante esos nueve años, estando presente en cuantas universidades me reclamaron, para difundir mis experiencias o comentar las publicaciones que seguía teniendo entre manos, que —convertido ya en magistrado emérito— estoy ahora recopilando y difundiendo. Presento en estos días dos breves libros; uno sobre «Laicismo: sociedad neutralizada» y otro que recoge columnas de prensa bajo el taurino título «Tercio de quites». Están en corrección de pruebas otros dos de mayor tonelaje: «La justicia en el escaparate» y otro con mis sesenta y nueve Votos particulares, precedidos por una intencionada introducción con datos, que desmienten el arraigado tópico enfrentamiento entre presuntos magistrados conservadores y magistrados presuntamente progresistas, entre los que he procurado que no siempre resulte fácil adecuarme razonable encaje.

Ultimada mi presencia en el Tribunal, fui sorprendido por la imprevista elección como Secretario General del Instituto de España, cuya sede —en viejo territorio complutense— integra a las diez principales Reales Academias.

Continúo yendo a la universidad, más o menos un día a la semana en jornada completa. Rejuvenezco ahora reproduciendo la que fue cronológicamente mi primera tarea universitaria: trasladar libros de una estantería a otra, en un intento desesperado por encontrar para ellos nuevos huecos de no fácil hallazgo. Esto me garantiza entretenimiento para el futuro...

Bibliografía

- Ollero Tassara, A. (1985). *Qué hacemos con la universidad*. Instituto de Estudios Económicos.
- Ollero Tassara, A. (2006). *¿Tiene razón el derecho?* (2ª ed.). Congreso de los Diputados.
- Ollero Tassara, A. (2022a). *Laicismo: sociedad neutralizada*. Digital Reasons.
- Ollero Tassara, A. (2022b). *Tercio de quites*. Tirant lo Blanch.
- Ollero Tassara, A. (2022c). *La justicia en el escaparate*. Real Academia Ciencias Morales y Políticas - Tirant lo Blanch.

La formación como factor de configuración y articulación institucional. El (¿mal?) ejemplo del Ministerio Fiscal

Training as an institutional configuration and articulation factor. The (bad?) example of the Public Prosecutor

Pedro José Crespo Barquero

Fiscal de Sala Jefe de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional

pedro.crespo@fiscal.es

Cita recomendada:

Crespo Barquero, P. J. (2022). La formación como factor de configuración y articulación institucional. El (¿mal?) ejemplo del Ministerio Fiscal. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 374-401.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7131>

Recibido / received: 26/07/2022

Aceptado / accepted: 28/08/2022

Resumen

Una sólida formación jurídica es la base imprescindible para el correcto desempeño de cualquier profesión relacionada con el Derecho. Pero cuando esa actividad profesional se desarrolla al servicio de una institución, la formación puede constituir además una herramienta primordial para la organización y la mejora del servicio público que esa institución presta, en términos de calidad y también de eficacia. El Ministerio Fiscal español ofrece un magnífico ejemplo..., que por ahora no ha podido ser.

Palabras clave

Formación, instituciones, organización, servicio público, calidad, eficacia, ministerio fiscal.

Abstract

A solid legal education is the essential basis for the correct performance of any Law related profession. But when this professional activity is carried out at the service of an institution, training can also constitute a fundamental tool for the organization and improvement of the public service that institution provides, in terms of quality and efficiency. The Spanish Public Prosecutor's Office offers a magnificent example..., which for now has not been possible.

Keywords

Training, institutions, organization, public service, quality, efficiency, public prosecutor's office.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. El contexto: el «modelo» formativo de la carrera fiscal. 2.1. El acceso y la formación inicial. 2.2. La formación continuada. 2.2.1. La formación continuada de los fiscales es voluntaria. No existe formación continuada obligatoria. 2.2.2. La formación continuada de los fiscales es semi-autodidacta. 2.2.3. La formación continuada es, en general, oficialmente irrelevante para la carrera profesional de los fiscales. 3. La formación de los fiscales como factor de articulación de la carrera fiscal y de configuración institucional del Ministerio Fiscal. 3.1. El régimen de acceso a la carrera fiscal y la formación inicial de los fiscales como factores de configuración y articulación institucional. 3.2. La formación continuada de los fiscales como factor de configuración y articulación institucional de la carrera fiscal y del Ministerio Fiscal. 3.2.1. La formación continuada obligatoria como factor de calidad del servicio público atribuido al Ministerio Fiscal. 3.2.2. La formación como herramienta de gestión de la movilidad geográfica y funcional. 3.2.3. La formación como factor de especialización y promoción profesional. 3.2.4. La incidencia de la formación como factor de objetivación y delimitación del marco discrecional en el sistema de nombramientos del Ministerio Fiscal. 4. Conclusiones.

1. Introducción

Aportar la visión reducida de un ámbito profesional/institucional como el del Ministerio Fiscal a un panorama de connotaciones caleidoscópicas como es este proyecto de *Eunomia* no presenta, en principio, el aspecto de una tarea que pueda intuirse fácil. La lectura de las páginas que siguen ayudará a comprender que si algo ha caracterizado al sistema –por así llamarlo– de formación de los fiscales es, seguramente, la frágil consistencia de su esqueleto conceptual, programático y organizativo. Teorizar sobre la formación de los fiscales es o ha sido históricamente algo más bien alejado de las necesidades del aparato burocrático sobre el que descansa esta institución.

Quizá por ello no solo es prácticamente imposible encontrar obra escrita acerca del tema (lo cual ahorrará al lector el incómodo vaivén de los pies de páginas y la consulta de las sabias citas), sino que tampoco da la impresión, echando mano de la memoria de los que ya van siendo muchos años de integración en la Fiscalía, que haya constituido nunca una materia especialmente debatida o generadora de inquietudes apasionadas en el interior de este órgano de relevancia constitucional, como lo define la ley. Es verdad que la formación es parte irrenunciable –en esa y probablemente en todas las latitudes institucionales– del discurso oficial estándar, definidor de toda organización que pretenda ofrecer una imagen de cohesión interna, basada obviamente en la participación de sus componentes en unos principios, unos valores y unos objetivos comunes, que como es natural se canalizan a través de los mecanismos formativos. Pero no es menos cierto que entre las muchas y muy graves preocupaciones que cotidianamente sobresaltan a los más altos responsables de un centro de poder como el que va a merecer breve y levemente nuestra atención, el modelo formativo como tal no suele ser –no ha sido nunca– ni lo más urgente ni lo más importante que aparece cada mañana encima de la mesa.

Dicho esto, y pese a ello, la elección, precisamente, del ejemplo del Ministerio Fiscal en este contexto de reflexión sobre la formación de los juristas en el siglo XXI obedece a dos motivos. El primero es que, para quien –como el que suscribe– la

formación en el seno del Ministerio Público ha constituido siempre más una preocupación que una ocupación específica, la visión externa trufada de alguna aproximación interna puntual y temporal (concretada sobre todo en el paso por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, unidad responsable de la materia en el organigrama de la institución) ofrece alguna base para hacer algo que uno aprendió de pequeño: tratar de hablar solo de lo que conoce, y solo en la medida en la que lo conoce. Y el segundo motivo se relaciona con la capacidad más generalizada –que a fin de cuentas se identifica con una forma de conocimiento extraordinariamente valorada hoy en día– como usuario; en la doble faceta, además, de sujeto activo y pasivo, docente y discente, tanto en el ámbito de la formación inicial, previa y subsiguiente al acceso a la carrera fiscal, como en la más controvertida –se verá por qué– formación *continuada* de las y los fiscales.

La audacia de escribir estas páginas se excusa únicamente, en suma, por la incapacidad de rechazar el amable ofrecimiento de hacerlo rodeado de admirables y muy admirados profesionales del Derecho en sus más variadas vertientes, y se apoya principalmente en esa condición de observador –a veces, a qué ocultarlo, con sensación de víctima– de un modelo formativo mejorable. A todo ello se añade (tampoco cabía omitirlo) una muy feliz experiencia de docencia universitaria, prolongada durante algunos años en la misma Universidad que sirve de catalizador a este proyecto –la Carlos III de Madrid– y cruelmente estrangulada por la feroz incompatibilidad material que supuso el modelo de Bolonia, incluso antes que la crisis, para la gran mayoría de los verdaderos profesores asociados, es decir, para quienes pretenden –o pretendíamos– aportar a la formación universitaria los aprendizajes obtenidos en nuestro ámbito profesional propio, y no fallecer en el intento de cubrir, en régimen de pluriempleo infrarremunerado, las tareas ordinarias de atención personalizada al alumno que a duras penas consiguen abarcar los profesionales de la Academia con dedicación exclusiva o principal.

Con tan magro bagaje, por tanto, aunque –como decía una vieja y querida amiga y compañera– con la seguridad que da el tener pocas ideas, pero tenerlas más o menos claras, se intentarán hilar a continuación algunas sugerencias acerca de cómo la formación puede erigirse en fundamento basal de todo un modelo orgánico y organizativo de una institución, en este caso, clave en la estructura del Estado de Derecho, y –qué se le va hacer– cómo es posible que algo tan importante encuentre tantos y, a veces, tan absurdos obstáculos para poder hacerse realidad.

2. El contexto: el «modelo» formativo de la carrera fiscal

La Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, y la Ley Orgánica del Poder Judicial, ya desde su versión inicial de 1985, definieron al Ministerio Fiscal como un órgano integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial. No corresponde a esta exposición el relato complejo de las vicisitudes que determinaron en la tarea constituyente la dificultad enorme de resituar la figura del Fiscal –saliente de un largo período de notable arraigo autoritario y marcada proximidad al poder político del régimen anterior– en un contexto democrático. Pero, aunque no sea ni original ni novedoso, conviene señalar aquí la ambigüedad, no exenta de contradicciones, con que el artículo 124 CE¹ define y

¹ Artículo 124

«1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

caracteriza la institución, y dejar sentada la sospecha de que su desarrollo legal en los más de cuarenta años transcurridos desde entonces no se ha acercado excesivamente al que a primera vista parecería ser el sentido literal de la declaración de principios contenida en esa norma constitucional.

Precisamente, uno de los más flagrantes ejemplos de la discordancia entre lo constitucionalmente proclamado y lo hecho tiene que ver con la formación. Puede que no sea fácil hallar en nuestro panorama legislativo más grosera paradoja. La puesta en práctica de esa integración en el Poder Judicial se tradujo no tardando mucho en dos hitos estelares: la exclusión institucional del Ministerio Fiscal de todos los órganos de gobierno de dicho Poder (incluida la expulsión de aquellos en los que ya estaba, como las Salas de Gobierno de los Tribunales), y, en lo que aquí importa, la separación de los sistemas de formación de jueces y fiscales, tanto inicial como continuada. Esta última modalidad de (curiosa) integración se materializó en la L.O. 16/1994, de 8 de noviembre, de reforma de la LOPJ, que engendró la Escuela Judicial de Barcelona y dejó la formación de los aspirantes a miembros de la carrera fiscal y de los fiscales ya en activo en el ámbito de un órgano que cabría calificar de residual. El llamado Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, luego y hasta hoy CEJ a secas, acumuló la formación de todos aquellos cuerpos de funcionarios públicos –secretarios (ahora ridículamente llamados «LAJs»), fiscales, forenses, policías judiciales, funcionarios y hasta abogados del Estado²– relacionados con la Justicia cuyo rasgo común es que no son jueces.

De esta forma quebró una línea institucional ininterrumpida desde 1944 (momento de creación de la primera Escuela Judicial)³, que había mantenido un sistema común de selección y formación para jueces y fiscales⁴ –de ahí, en buena medida, el mito (endeble, como casi todos) de las «carreras hermanas»–, y se abrió paso la necesidad de crear un modelo propio de formación de la carrera fiscal que fue interinamente abordado por una Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 1993 y mejoró algo su definición –ciertamente para dejar clara, por si había alguna duda, su plena inserción en el ámbito del Poder Ejecutivo– a través del Real Decreto 1276/2003, que instituyó al Centro de Estudios Jurídicos como un organismo autónomo del Ministerio de Justicia. De este modo se consolidó básicamente, hasta hoy, con el matiz que se dirá, el armazón institucional y funcional de la formación inicial de los recién ingresados y de la tarea de *aggiornamento* del resto de los fiscales.

Una estructura administrativa muy burocratizada y una arquitectura orgánica disparatada –los destinos del CEJ teóricamente eran regidos por un variopinto Consejo de veintitrés miembros, desde Vocales del CGPJ hasta forenses– que en realidad convertían en *factótum* de su gestión al director –primero con rango de

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad.

3. La ley regulará el estatuto orgánico del Ministerio Fiscal.

4. El Fiscal General del Estado será nombrado por el Rey, a propuesta del Gobierno, oído el Consejo General del Poder Judicial».

² Ley 53/2002 de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE 313/2002 de 31 de diciembre)

³ Ley de 26 de mayo de 1944 sobre creación de la Escuela Judicial (BOE 148/1944 de 27 de mayo) y Decreto de 2 de noviembre de 1945 por el que se aprueba el Reglamento de la Escuela Judicial (BOE 348/1945 de 14 de diciembre).

⁴ Se convocaba una oposición común para ambos cuerpos, se sometía a los aprobados a un breve periodo de *formación inicial* en la Escuela, y al final cada uno de los miembros de la promoción optaba, entre las vacantes que les ofrecían y según su número de escalafón, por un destino concreto de juez o de fiscal, que determinaba su incorporación definitiva a una u otra carrera.

director general, degradado a subdirector en el marco de las decisiones de adelgazamiento de la Administración que impuso la crisis económica de 2008–, cuya capacidad de mando era, reglamentariamente, casi absoluta⁵. Buena parte del *trabajo en la sombra* lo hacía la Comisión de formación del Ministerio Fiscal, creada por aquella Instrucción 5/1993, de 27 de diciembre, sobre la formación y perfeccionamiento de los miembros de la Carrera Fiscal, y sobre todo la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado, que desde siempre ha constituido el núcleo operativo en la materia, pero cuyos proyectos, propuestas, desarrollos y decisiones nunca dejaron de estar férreamente sujetos al *placet*, a la colaboración entusiasta o –según soplaran los vientos– al displicente desapego del susodicho director del CEJ. La llave de la caja la llevaba siempre este, o esta.

La situación ha cambiado perceptiblemente en virtud de la modificación del Reglamento del Centro, operado por Real Decreto 312/2019, de 26 de abril, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo Autónomo Centro de Estudios Jurídicos, sobre todo al aceptar la creación de la figura del Director de Formación de la Carrera Fiscal. Pero el resultado de la reforma quedó bien lejos de la propuesta que había formulado la Fiscalía, y lo que no hicieron las tijeras normativas lo perpetró el diseño de la RPT (relación de puestos de trabajo, para los no familiarizados con las siglas de una de las más eficientes armas secretas con las que cuenta la Administración pública), rebajando el rango administrativo de ese director a un nivel que impide materialmente ofrecer sin sonrojo semejante cargo a un fiscal de razonable antigüedad, experiencia y recorrido profesional. Lo cierto, no obstante, es que al menos ha permitido dotar de cierta estabilidad y arraigo a un esforzado enlace de la propia Fiscalía que con anterioridad pendía del débil hilo de la condición de mero asesor del Ministerio.

La llave de la caja, y de lo demás, la sigue llevando quien ostenta la dirección del centro, pero la capacidad de pintar algo del Ministerio Fiscal ya no solo depende –aunque no deja de depender del todo– de la cara que le pongan, sino de la breve descripción institucional de la figura del Director de Formación que el nuevo reglamento realiza, dejando por lo menos testimonio escrito de su peleada existencia (artículos 11 y 12). Su aparente peso es mayor –no siendo demasiado en ningún caso, porque no le toca nunca decir la última palabra– en la formación inicial, pero en la medida en que, en la práctica, la gestión de la formación continuada es cada vez más compleja, da la impresión de que la tradicional penuria de medios del CEJ y el descubrimiento de ese Director de Formación de la Carrera Fiscal como válvula de descompresión, ha venido facilitando –por lo menos es la apariencia que genera al espectador, o la propaganda de la Fiscalía es muy buena–, alguna dosis de descarga favorable a la intervención de los órganos de la Fiscalía General del Estado.

2.1. El acceso y la formación inicial

El modelo dual de formación jueces-fiscales ha experimentado ciertamente a lo largo de los años algunas fluctuaciones parciales, sobre todo en lo que se refiere a la faceta de formación inicial, porque razones más vinculadas a la (algo errática) gestión de recursos humanos y materiales que a los principios programáticos han ido produciendo diversas modalidades de acceso a los cuerpos de jueces y fiscales. En algún momento se intentó que la peculiar «integración» llegara incluso al extremo de separar las vías de entrada, convocando oposiciones distintas para ambos cuerpos, lo que dio lugar a un memorable dislate: los opositores mejor preparados aprobaban simultáneamente las dos oposiciones, dejando como es obvio vacante la plaza

⁵ Vid. Real Decreto 1276/2003 de 10 de octubre (BOE 249/2003 de 17 de octubre)

conseguida en uno de los dos cuerpos (la excelencia jurídica, incluso en los casos más brillantes, no traía de serie el don de la ubicuidad), mientras que otros esforzados aspirantes con algo menos de formación o de suerte se veían aplazados a la convocatoria siguiente, y la vacante endémica así perpetuada pasaba interinamente a un juez o fiscal sustituto por regla general mucho peor preparado. Luego, y hasta ahora de momento, se volvió a la oposición común, regida por una Comisión mixta de selección CGPJ-Ministerio de Justicia-Ministerio Fiscal⁶. Concluidos los exámenes, los aptos eligen por orden de calificación el cuerpo al que desean entregar su vida profesional, y a partir de esa bifurcación su deseo se convierte en realidad definitiva e irreversible. Nada de cuerpos únicos ni pasarelas⁷, como en Francia o Italia.

El resumen de lo que se acaba de relatar en términos institucionales –o incluso constitucionales– es que, en materia formativa, la integración del Ministerio Fiscal en el Poder Judicial con autonomía funcional, se tradujo (ya ahí seguimos, más o menos), en el divorcio *ope legis* del sistema de formación de jueces y fiscales, seguido del amancebamiento forzado –lo que hace perdonar que no siempre sea bien avenido– de la carrera fiscal con todos los demás cuerpos de funcionarios públicos que tienen algo que ver con la Administración de Justicia, en el seno de un organismo autónomo del Ministerio de Justicia. Habrá mentes malpensadas y malpensantes que retorcidamente puedan sospechar que esa no es la fotografía perfecta de un fiscal autónomo, y sobre todo autónomo de quien no lo fue desde sus orígenes: el Poder Ejecutivo. Y es que hasta el órgano de formación –el CEJ– se apellida así: organismo autónomo, mientras que la Fiscalía no es autónoma ni del propio CEJ.

Antes de echar un vistazo complementario a la otra cara de la moneda –la formación continuada– conviene añadir alguna observación sobre el asunto de la formación inicial que no toca tanto a lo normativo e institucional como a lo que cabría calificar de sociológico. No está ni en la intención ni en la capacidad de quien escribe esto –ni sería de recibo permitir que pudiera generarse esa sensación– ofrecer un estudio o conclusión de rango científico acerca de lo que con habitual convicción se da por supuesto en amplios círculos políticos, mediáticos e intelectuales, en unos casos como motivo de lamento y en otros como silenciosa fuente de alivio: la idea extendida de que el modelo de formación para el acceso –y por tanto, de acceso– a las carreras judicial y fiscal está fuertemente preñado de un germen «conservador», que por lógica genética, y sin perjuicio de las excepciones que describe la combinatoria de Mendel, se transmite con fluidez a los miembros y *miembras* de ambas carreras.

No cabría negar, desde la no siempre concurrida bancada del sentido común, que parece poco probable que, dada la propia idiosincrasia de la tarea a la que se aplican jueces y fiscales, estos cuerpos de servidores públicos posiblemente no resulten especialmente atractivos a las mentes revolucionarias, los elementos subversivos y los espíritus ácratas. Pero no es esa obviamente la sustancia de esa tesis, sino la que hace referencia al sesgo socioeconómico de los aspirantes y sus familias, que suma a la tradición intergeneracional y sus consecuentes sagas, la supuesta evidencia de que pasarse cinco o seis años encerrado en una habitación con una pila de libros, en lo mejor de la juventud, con papá y mamá sufragando los

⁶ Artículo 305 de la LOPJ, redactada por L.O. 9/2000, de 22 de diciembre, sobre medidas urgentes para la agilización de la Administración de Justicia, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 307/2000 de 23 de diciembre).

⁷ Con alguna excepción: en los concursos de ascenso a magistrado por la vía de especialización en materia contencioso-administrativa y social se ha admitido siempre y se sigue admitiendo la posibilidad de que puedan participar fiscales. La recíproca no existe: el blindaje endogámico-corporativo de la carrera fiscal es a prueba de bombas... y hasta de jueces.

gastos y asumiendo el *lucro cesante*, no es algo que, con la que está cayendo, pueda considerarse al alcance de la mayoría de los hogares españoles.

Que esta tesis se corresponda con la realidad estadística, y sobre todo con qué grado de precisión, es algo que posiblemente nunca ha sido objeto de un estudio del todo serio, capaz de poner en cifras las consecuencias esperables de algunas sospechas quizá no tan firmes, como que los pobres son de izquierdas y los ricos de derechas, o que la capacidad económica de la familia es más fuerte que la vocación del interesado. Todo eso no impide percibir, como sensación general –y si el lector lo permite, confirmar a la luz de una experiencia de navegación por estos mares de la Justicia de más de treinta años–, que efectivamente una abrumadora mayoría de jueces y fiscales son más bien conservadoras/es, y que lo del progresismo tiene muchas y muy variadas formas de presentación. Pero quizá lo que sea más importante no sea determinar el color cultural de la aproximación a lo jurídico que late en la cabeza y el corazón de una mayoría y su correlativa minoría, sino dar fe de alguno de los mecanismos de perpetuación de esas tradiciones y, lo que ya podríamos decir que es peor, de articulación subterránea de la vida judicial y fiscal.

Más claro: si algo preocupante hay en la figura del clásico preparador, quizá no sea tanto la tradicional reticencia de algunos –quisiéramos creer que cada vez menos– a cumplir con sus obligaciones tributarias con la excusa de que para poder hacerlo habría que subir los precios, ahondando aún más la brecha entre los pudientes y los excluidos (hay mentes exquisitamente afinadas para el cinismo). Cuando se empiezan a conocer mejor los rincones del sistema, es peor la inquietante sensación de que tras el sentimiento de dilección paternofamiliar entre preparador y alumno, y la emotiva camaradería que arraiga entre los compañeros criados a los pechos profesionales de ese maestro común, a veces se va tejiendo una tupida y difícilmente visible red que nadie se atreve a identificar –por no utilizar términos italianos más hirientes– con la imagen de un sólido *lobby* proclive a sutiles gestiones que entre compañeros de ningún modo nos recordarían al tráfico de influencias. Pero resulta que si un juez o un fiscal pertenece a una asociación o es percibido como próximo a una línea político-ideológica, será de inmediato seguro acreedor de una bonita e indeleble etiqueta, crecedera en proporción al éxito de su carrera profesional; pero, entretanto, no es infrecuente algún salto sorpresivo y meteórico que nadie osaría imputar a causas ajenas al –eso sí, no necesariamente evidente– mérito profesional del o la agraciado/a... hasta que sale a la luz (pocas veces) quién era su preparador. O que era compañero o compañera de preparador de quien puede tener algo que ver con la palanca que había que accionar para impulsar tan imprevisible pirueta ascendente en la pirámide jerárquica.

Nadie vaya a pensar, no obstante, que la airada reacción de algún sector de la carrera fiscal (Carmona, 2022) a la –todo sea dicho– patéticamente torpe instrucción difundida por la Inspección Fiscal hace poco –julio de 2022– para que todos los miembros de esta institución confiesen si preparan o no (el «o no» es lo que parece haber dolido) opositores pueda tener nada que ver con todo esto. Nunca hay que ser malpensado. Que los propios preparadores (si consta que lo son, claro) tengan prohibido formar parte de los Tribunales de oposiciones, pero hasta hace muy poco fueran habituales profesores del propio CEJ o tutores en las prácticas –donde calificaban a sus pupilos recién aprobados junto al resto de aspirantes de la misma hornada–, tampoco debería conducir a pensar mal. Otra cosa es la imagen, sobre todo –hay que insistir– porque hay gente dispuesta a sacarle punta a todo.

Pero el caso es que, por más que periódicamente se deje ver algún intento de abrir la vía hacia otros medios de acceso a la carrera fiscal –por ejemplo, mediante la

dotación de un sistema de becas públicas que por lo menos operen algún efecto paliativo en el terreno de la disuasión económica– (Oposita Test, 2022), la enorme mayoría de quienes hoy vestimos toga con un escudo constitucional al lado izquierdo del pecho hemos cantado temas en el saloncito del domicilio (o peor, en el despacho oficial) de un muchas veces anónimo preparador. A veces magnífico, casi siempre inolvidable, en ocasiones peligrosamente orientado al activismo corporativo o dado al manejo cortijero, pero siempre, siempre, absolutamente ajeno a cualquier forma y posibilidad de control o coordinación relativo a los contenidos, los fines, los límites o las posibilidades de su labor.

El resto es más y mejor conocido, y no merece la pena dedicarle excesivo tiempo y espacio: un perfil exclusivamente memorístico (la guerra contra la prueba inicial eliminatoria de *test* para despejar la masificación de opositores de cara a los sucesivos ejercicios de fondo ha sido y sigue siendo abierta, dicen que en algún caso promovida por los susodichos preparadores, algo –o bastante– descolocados ante una prueba que exige aplicar más lógica jurídica que cantarina memoria), un temario vasto y en ocasiones desequilibrado en sus contenidos, un enorme margen para el azar en el propio mecanismo de funcionamiento, y la tradicional sospecha de que el enchufismo y las influencias puedan desempeñar un papel que no sea el de igualar a todos porque todos han llamado a alguien del Tribunal, o a alguien que conoce a alguien, solo para decirle que van a examinarse, forman parte de un cóctel argumental de arraigada tradición, pero, por lo que se ve, insuficiente potencia revulsiva para generar un cambio. Al final, podría decirse que en el subconsciente colectivo de jueces y fiscales retumba la música de una frase que Churchill le dedicó a la democracia, pero con la letra cambiada: «La oposición es el peor sistema de acceso a la carrera judicial y fiscal, a excepción de todos los demás».

En el caso de Churchill y la democracia, parece que es verdad.

Lo que viene después, la ya mentada formación inicial, es breve (algo menos en el caso de los jueces), concentrado y no siempre útil.

El curso de formación inicial de la carrera fiscal suele durar en torno a tres o cuatro meses, seguidos de una fase de prácticas tuteladas en las Fiscalías que normalmente no dura mucho más (cinco meses en 2022) (Centro de Estudios Jurídicos / Ministerio de Justicia, 2021). El curso agolpa materias diversas, más variadas en los últimos años, en un calendario apretado, y aunque se ha avanzado algo en aprendizajes prácticos (uso de herramientas informáticas, comunicación, valores constitucionales y democráticos), está aún demasiado poblado por las clases teóricas en las que sigue pesando mucho más la reiteración de conocimientos ya adquiridos en el estudio de la oposición que la información acerca del funcionamiento real interno del Ministerio Fiscal o, por ejemplo, de la amplísima y variopinta doctrina –de obligado cumplimiento– contenida en las Circulares, Instrucciones y Consultas, que probablemente sería conveniente que los nuevos fiscales pudieran conocer con cierta soltura, y que no han tenido oportunidad de estudiar antes... ni tendrán luego tiempo ni ganas de leer.

Después viene un período de prácticas tuteladas que, con honrosas y fructíferas excepciones, en no pocos casos –necesidad y penuria de medios obligan– se acaban pareciendo, salvo quizá por el sueldo, a la atribulada vida del becario. Esa fase acaba también con una calificación de apto o no apto. No hay constancia de que nunca nadie haya sido declarado no apto. La oposición sigue siendo la reina absoluta del régimen de acceso.

Eso sí, hay que reconocer –y en eso quizá ha ganado la institución y han perdido los protagonistas– que antiguamente todo esto era más festivo.

El sistema de acceso, por demás regulado en la LOPJ, ha sido sustancialmente compilado para los fiscales, sin aportaciones sustanciales salvo en materias muy concretas, como el tratamiento de las personas con discapacidad, en el artículo 25 y siguientes del reciente Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal. Nada relevantemente novedoso.

2.2. La formación continuada

Si el tema de la formación inicial toca fibras sensibles de la realidad judicial de este país, el de la formación continuada no le va a la zaga. Dado que aquí ya no hay zona común⁸, porque una vez superado el ingreso la bifurcación entre las carreras judicial y fiscal está consumada, dedicaremos lo que sigue únicamente a la cuestión que ya anunciaba el título: la que concierne al Ministerio Fiscal.

Históricamente –y la historia se remonta, en el ámbito de lo que cabría calificar como institucionalmente organizado, poco más atrás de 1993, fecha de la Instrucción que ya se reseñó–, la formación de los fiscales se circunscribía a algunos cursos temáticos a los que podía asistir un número limitado de miembros de la carrera, previa selección entre los solicitantes, que por regla general se efectuaba atendiendo a criterios de antigüedad. Por supuesto, la dependencia formal y material del CEJ, en el plano organizativo, tenía que ver esencialmente con la poderosa razón presupuestaria: el Ministerio Fiscal ni tuvo ni tiene autonomía ni presupuesto propio. Ha habido épocas, no obstante –aquella en la que se cocinó la mentada Instrucción, por ejemplo–, en las que se ha operado un traslado, generalmente *de facto*, de la capacidad de decisión o incluso del control real del presupuesto a la Fiscalía General del Estado, pero lo malo es que ese mayor o menor margen de maniobra ha dependido siempre de variables tan frágiles como la buena o mala sintonía con el Ministerio de Justicia, y hasta de químicas personales. Y lo peor es que la gestión de la Fiscalía –carente entre otras cosas de una infraestructura de medios imprescindible para hacer frente a esa tarea– no ha destacado casi nunca por su cegador brillo.

Como se ha dicho, la reforma reglamentaria de 2019 ha cambiado algo la imagen de la situación, pero orbita muy lejos aún de lo que cabría entender como una transformación radical que permitiera vislumbrar un reflejo, por aproximado que fuera, del modelo de autonomía que sugiere el artículo 124 de la Constitución.

Ahora bien, pergeñado el panorama sin necesidad de más detalles a los efectos que aquí interesan, lo que desde luego no ha cambiado es precisamente lo que, a tales efectos, más importa: una vez superada la formación inicial y consumado el acceso a la carrera fiscal, la actualización formativa de sus miembros queda, salvo en tímidos y mínimos aspectos, sometida al libre albedrío de sus potenciales destinatarios, y, lo que posiblemente es peor, se configura de forma por completo desconectada de la organización y funcionamiento institucional del Ministerio Fiscal y –lo que puede resultar aún más sorprendente– de propio *currículum* profesional de las/los fiscales.

⁸ Queda a lo sumo cierto uso de reciprocidad, en forma de *cuotas*. Algunos cursos de formación del CGPJ suelen reservar un número de asientos para fiscales, y viceversa. Poco más.

En *roman paladino*: la formación continuada de los fiscales es exclusivamente voluntaria, por tanto, semi-autodidacta, y, en general, oficialmente irrelevante para su carrera profesional.

A continuación, se tratará de demostrar cada una de estas afirmaciones.

2.2.1. La formación continuada de los fiscales es voluntaria. No existe formación continuada obligatoria

La primera afirmación –que la formación continuada de los fiscales es exclusivamente voluntaria– se demuestra mediante la mera descripción del modelo.

El reglamento del CEJ se limita a decir (artículos 29 y 30), refiriéndose por cierto no solo a los fiscales, sino al *totum revolutum* de sus potenciales usuarios, que «[l]a convocatoria de los cursos de formación continuada se ajustará a los principios de publicidad e igualdad (...)», y que –ahora sí– la formación de los fiscales «se desarrollará de conformidad con los planes y criterios previamente elaborados y definidos por la Fiscalía General del Estado», aunque «[l]os cursos (...) tendrán el contenido y duración que se establezcan en el plan general de actividades del Centro de Estudios Jurídicos», y «[l]a superación de cada uno de estos cursos y la obtención, en su caso, del certificado correspondiente, exigirá el cumplimiento de los requisitos que sobre asistencia o participación se fijen por la Dirección del Centro de Estudios Jurídicos en la convocatoria de dichos cursos».

Como se ve, aparte de quedar bien claro –según se había advertido– quién manda en lo concreto, no hay la más mínima mención de la naturaleza, la finalidad o la configuración de esos planes o criterios cuya elaboración se asigna a la Fiscalía General. Esta remisión invita a visitar el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. El artículo 13 dice que «la Secretaría Técnica [de la Fiscalía General del Estado] colaborará en la planificación de la formación de los miembros de la carrera fiscal cuya competencia corresponde al Centro de Estudios Jurídicos». Eso es todo. El cimiento normativo de la intervención de la Fiscalía General en la formación sigue siendo la Instrucción de 1993.

En la práctica, dentro del Ministerio Fiscal, en lo que concierne a la formación continuada, la Secretaría Técnica lleva, como se ha dicho, la batuta. Elabora el programa anual, lo lleva a la Comisión de Formación, donde están desde el Fiscal General hasta representantes de las asociaciones de fiscales y, a partir de la reforma estatutaria llevada a cabo en el año 2007 (Ley 24/2007, de 9 de octubre) y la Instrucción 1/2015, sobre algunas cuestiones en relación con las funciones de los Fiscales de Sala Coordinadores y los Fiscales de Sala Delegados, pueden realizar aportaciones los Fiscales de Sala responsables de las distintas especialidades. Y el Consejo Fiscal «aprueba», finalmente, el plan anual, en ejercicio de una competencia estatutaria que en realidad le atribuye la función de conocer e informar dichos planes [art. 14.2.i) EOMF].

Esa es la dimensión formal. El mecanismo práctico que le da vida es el siguiente: una vez calculado por aproximación, en función de las disponibilidades presupuestarias y las posibilidades organizativas, el número de actividades de formación que la Fiscalía General del Estado y el CEJ van a poder ofrecer durante el año, se abre una especie de oferta pública, a la que pueden concurrir todos los miembros del Ministerio Fiscal. El ofertante solo tiene que proponer un título (ejemplo: el dolo en los delitos de lesiones, el recurso de suplicación en la Jurisdicción Social, liderazgo y negociación para fiscales jefes), resumir brevemente su contenido, y apuntar el nombre de un director, que podrá ser el propio proponente u otro a su

elección. La Secretaría Técnica examina las ofertas y elabora el proyecto. No es infrecuente –ni anómalo, obviamente– que la propia Secretaría Técnica tome alguna iniciativa: una llamada a alguien para que asuma una determinada propuesta, por ejemplo. El Consejo Fiscal y las asociaciones de fiscales tienen, además, reservada su propia cuota para la organización de un determinado número de cursos, con libertad de elección de tema y director.

Hecha la selección, el director nombrado para cada curso se encargará de todo lo demás: concretar las ponencias, elegir a los ponentes, organizar los contenidos... e incluso certificar que las ponencias, si se plasman por escrito, alcanzan a su juicio el nivel requerido. Es, por tanto, ese acto de concreción, el que realmente dota de contenido al plan anual de formación del Ministerio Fiscal. Si el director es bueno y elige bien los temas y los ponentes, el curso será útil y provechoso; en otro caso, nada impedirá el desastre. El principio de confianza es el alfa y el omega del sistema.

En consecuencia, descubrimos que el sistema de formación del Ministerio Fiscal no solo es voluntario en el sentido de que los fiscales pueden acogerse a él o no, según su deseo, como sujetos pasivos, sino también en la faceta activa: el motor del modelo se identifica también con la voluntad de aportar propuestas y dirigir cursos de quienes, sencillamente, se crean –a sí mismos– capacitados para ello.

El capítulo de la participación pasiva merece, con todo, un desarrollo un poco más detallado.

El ya citado Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Ministerio Fiscal proclama en su artículo 118 el derecho de los miembros de la carrera fiscal «c) A recibir formación continuada, individualizada, especializada y de alta calidad durante toda su carrera profesional». También se refiere al ejercicio de ese derecho en determinadas situaciones especiales –licencias por maternidad, etc.–, pero no hay un desarrollo específico del tema de la formación. Teniendo en cuenta que en ese mismo artículo se reconoce también, por ejemplo, el (¿sorprendente?) derecho «a que se les avise del Juzgado o la Sala para asistir a la vista cuando las dependencias de fiscalía, a las que deberán acudir con la debida anticipación, se encuentren en las mismas instalaciones judiciales», la enjundia de esa solemne proclamación puede generar ciertas dudas.

Sin embargo, lo que interesa subrayar es que esa mención al derecho a recibir formación no tiene correlato en el artículo 122, donde se regulan los deberes de los fiscales. Y no es un olvido: es el retrato exacto, reveladoramente actualizado, de la tradición institucional del Ministerio Fiscal.

Por tanto, queda acreditada la afirmación inicial: una vez superado el curso de formación que da acceso a la carrera fiscal es perfectamente posible que cualquier fiscal realice todo su recorrido profesional hasta la jubilación sin haber tomado parte en ninguna –ninguna– actividad formativa. Y el lector no debe pensar, bajo ningún concepto, que esa es una hipótesis de laboratorio que posiblemente responde a un vacío normativo alejado de la realidad de nuestros días. No lo debe pensar.

El panorama que se acaba de describir ha sufrido alguna transformación –no clara, como se verá– como consecuencia de la política institucional de especialización consagrada formalmente por la reforma del EOMF de 2007. En ese terreno se ha movido algún –se calificó más arriba de tímido– pequeño gesto organizativo y funcional hacia cierta caracterización condicionante, que no propiamente obligatoria, de la formación. Concretamente, en el artículo 62 del ya mencionado Reglamento del

Ministerio Fiscal de 2022 se dice que para ser nombrado Fiscal Delegado de las Fiscalías Especiales (Anticorrupción y Antidroga) «será necesario acreditar la formación específica y la experiencia práctica en las materias propias» de dichas Fiscalías, y para ser nombrado Fiscal Delegado de las demás especialidades «se atenderá preferentemente, dentro de los méritos alegados, el haber recibido formación específica en la materia propia de la especialidad y tener experiencia práctica».

Es un avance, si no fuera porque, como veremos con más detenimiento, ni se define en ninguna parte cuál es exactamente la formación que hay que acreditar, ni cómo se acredita, ni –lo que es peor– está institucionalmente establecido, según se ha podido comprobar, el mecanismo para recibir esa formación.

En realidad, el asunto de la especialización de los fiscales ha generado en el terreno de la formación algunas curiosas paradojas. Por ejemplo: durante años, a raíz de la puesta en marcha de las distintas especialidades (seguridad vial, extranjería, menores, medio ambiente, etc.) como consecuencia de la mentada reforma estatutaria de 2007, se organizaban y publicitaban cursos para especialistas en esas distintas materias, lo que simplemente quería decir que, en función del tema, tenían preferencia para obtener plaza quienes acreditaran –en realidad es una evidencia orgánica– que prestaban servicio en la sección especializada correspondiente de su Fiscalía, o asumían la llevanza de los asuntos de esa especialidad, en aquellas que por su reducido tamaño no cuentan propiamente con una sección. Lo curioso es que había especialistas y cursos para especialistas, pero no constaba que jamás se hubiera convocado ni celebrado un curso de iniciación o acceso a ninguna especialidad. De este modo, la especialización solo era transitable para los ya especializados: una autopista sin vías de incorporación.

No se vea como un arrebató de inmodestia la plasmación del dato fácilmente comprobable: la primera propuesta de celebración de un curso de iniciación a la especialidad fue formulada por quien suscribe estas páginas, siendo a la sazón Fiscal de Sala coordinador del área contencioso-administrativa. Se celebró en 2019; doce años después de la reforma de 2007. Después ha habido algunos otros en otras materias.

Lo relevante es que en algún caso, como se ha visto, se menciona la necesidad de acreditar algún tipo de formación especializada para acceder o tener preferencia en el acceso a alguna función, pero no hay ninguna norma que contemple la formación continuada obligatoria de los fiscales.

Para despejar la duda acerca de una posible inexactitud de esta última afirmación, conviene aclarar que la referencia que hace la ya citada Instrucción 1/2015 de la Fiscalía General a la asistencia obligatoria a las Jornadas de especialistas es engañosa. Para los no iniciados en las interioridades del Ministerio Fiscal, como ya se ha dado por sabido en las páginas anteriores, la tantas veces mencionada reforma estatutaria de 2007 desencadenó un proceso de formación de redes de fiscales especialistas que, como su nombre –redes– indica, se extienden por todo el territorio, tejiendo canales verticales y horizontales de transmisión de información. Se trata, como es obvio, de un utilísimo instrumento para una institución a la que el propio texto constitucional (art. 124 CE) impone la unidad de actuación como regla organizativa. Y, obviamente, la articulación de esa unidad, máxime cuando se trataba de dar cuerpo a la actuación especializada del Fiscal en materias diversas que, en algunos casos, no habían formado parte de sus principales ocupaciones hasta entonces, requería de la comunicación y el intercambio de experiencias y soluciones.

La evacuación de dudas y adopción de criterios a través del debate colegiado sí forma parte, por el contrario, del ADN del Ministerio Fiscal español. Las juntas de Fiscalía, y en la cumbre la Junta de Fiscales de Sala (a cuya convocatoria, por razones que sería curioso conocer, parecen sin embargo resultar sospechosamente reacios los últimos Fiscales Generales) forman parte de una tradición arraigada que ofrece una solución idónea para ese tipo de necesidades. De ahí que las jornadas de especialistas, que no son otra cosa que la reunión de los fiscales especialistas de una determinada materia geográficamente dispersos en su quehacer cotidiano, se contemplara como el instrumento ideal para esa labor de comunicación y puesta en común periódica⁹. En realidad, son juntas de fiscales de la correspondiente especialidad. No, por tanto, actividades de formación. Por supuesto, se puede aprender mucho asistiendo a ellas, pero a nadie se le ocurriría afirmar que una junta de fiscales de la Fiscalía de Albacete, o la Junta de Fiscales de Sala –si algún día volviere a haberla con alguna frecuencia– es una actividad de formación, como a nadie se le ocurriría pensar que lo sea una reunión de la Sala de Gobierno del TSJ de Castilla y León o de la Audiencia Nacional.

Lo que ocurre es que, como ya se ha dicho –por no decir denunciado–, el Ministerio Fiscal español carece de un soporte presupuestario autónomo, de modo que a alguien se le ocurrió (rigor constitucional no sobra, pero imaginación no falta) que la forma de poder celebrar estas reuniones periódicas era financiarlas con cargo al presupuesto que –claro está– maneja el CEJ, bajo el paraguas de la formación continuada. Y de ahí la lamentable confusión –que no error, muy probablemente– que recoge –o provoca– la Instrucción de la Fiscalía General ya citada, cuando ofrece una descripción de estas jornadas que netamente las asimila a un curso de formación. Pero, *quod erat demonstrandum*, no lo son en absoluto.

Hacía falta explicar todo esto para confirmar la tesis, aquí sostenida, de que el sistema de formación continuada de los fiscales es –y sigue siendo, incluso para los fiscales especialistas– puramente voluntaria: la asistencia a las jornadas de especialistas es obligatoria, pero es que las jornadas de especialistas no son actividades de formación.

2.2.2. La formación continuada de los fiscales es semi-autodidacta

La segunda afirmación, subsecuente de la primera, era que por tanto la formación continuada de los fiscales es semi-autodidacta. No lo es del todo, porque si el interesado decide mantenerse al día haciendo uso voluntariamente, como se expuesto, de las posibilidades que le ofrece el sistema de formación «oficial», o al menos acudir de modo ocasional a algún curso para romper, con la frecuencia con que dicho sistema se lo permita, la monótona inercia del trabajo diario, se integrará en un régimen heterónimo que simplemente le permitirá solicitar aquellos cursos que más le interesen, y esperar a que los criterios de asignación de plazas –hoy en día diferentes según los objetivos y la naturaleza de la materia– le resulten favorables.

⁹ La revolucionaria decisión –contenida en esa misma Instrucción 1/2015–, es posible que sin conciencia plena de su alcance, de dotar a las conclusiones de esas jornadas de fuerza vinculante una vez que son aprobadas por el Fiscal General, suponía además optar por una auténtica revolución conceptual. En efecto, la dependencia jerárquica y unidad de actuación interactúan, de manera que –como siempre se ha defendido desde el Estatuto Orgánico de 1981– la dependencia jerárquica empieza y acaba en su función de asegurar la unidad de actuación, pero eso no tiene por qué significar que los criterios que inspiran y a los que ha de ajustarse la unidad de actuación no puedan fluir de abajo hacia arriba: es decir, la jerarquía, una vez que las asume, asegura su cumplimiento, pero el contenido de esas directrices puede emerger del debate y el acuerdo de quienes mejor conocen –justamente por razón de su especialización– la materia de que se trate.

Luego acudirá al curso, por regla general consistente en una sucesión de clases magistrales durante un día, día y medio o dos días, impartidas en su abrumadora mayoría por otros fiscales, y en menor medida por jueces y otros profesionales del derecho (más raramente por profesionales o técnicos de otros «mundos»), y para concluir se le libraré un certificado de asistencia. Solo de asistencia, porque esa modalidad clásica de formación no comporta evaluación alguna. El curso se supera firmando en la hoja de comprobación de la presencia física que circula entre los asistentes durante cada sesión (en los últimos años el CEJ, o la propia Fiscalía General, ofrecen en el plan de formación cursos o actividades, por regla general organizadas por otras instituciones, y en muchos casos *online*, que sí comportan un control del nivel de adquisición de conocimientos. Pero esto sigue siendo una rareza).

Por tanto, el sistema sí es autodidacta en un doble sentido: primero, porque el fiscal puede optar por formarse en el seno de la oferta oficial que emite anualmente el tándem CEJ-FGE, puede optar por formarse por su cuenta y puede optar por no formarse; y segundo, porque en cuanto a los contenidos, su capacidad soberana de decisión solo está limitada, en lo que al sistema oficial se refiere, por la ley de la oferta y la demanda. Es decir, el fiscal puede en general pedir los cursos o las actividades formativas que le apetezcan, y que se le adjudiquen dependerá básicamente del número de solicitantes que haya y, si son más que las plazas previstas, de los criterios de preferencia que se apliquen. A veces la convocatoria indica que, por ejemplo, el curso es solo para especialistas de una materia, o preferentemente para fiscales jefes, o para compañeros de las últimas promociones, pero eso en definitiva configura, en el sentido expuesto, la variedad en la oferta, que se cruza con la demanda. No significa, como es patente, que nada sea obligatorio.

Y, en definitiva, nada en ese modelo de formación continuada impone o exige, o permite, orientación alguna, o incentiva o facilita la elaboración de un recorrido temático.

La capacidad de autodeterminación absoluta al respecto solo topa, paradójicamente, con un obstáculo. Como se ha visto, un fiscal puede decidir seguir formándose o no, y hacerlo dentro o fuera del sistema. Si opta por hacerlo dentro, puede decidir anualmente en qué materias pretende formarse, de entre aquellas que le son ofrecidas. Pero tendrá mucho más difícil –por no decir imposible– elaborar un currículum que, por ejemplo, le permita persistir coherentemente a lo largo de los años en la profundización del conocimiento de una materia. A veces, pocas, existe algún curso con primera parte y segunda parte, pero no se contempla, por ejemplo –salvo en los cursos de idiomas, que circulan por otro carril en la geografía del CEJ–, la sucesión de grados o niveles que exijan un seguimiento y permitan operar y mucho menos acreditar un progreso en la formación. Los cursos suelen ser temáticos –es decir, monográficos, en torno a un determinado tema–, independientes absolutamente unos de otros y no concebidos con criterios de conexión, unidad o continuidad.

Se podría replicar a esto que últimamente se definen ejes –violencia de género, delitos de odio, criminalidad informática, por citar algunos de los temas tendencia–, pero eso no presupone (ni ha producido hasta el momento) una cohesión articulada de la formación sobre esas cuestiones, sino la simple previsión de que se dedicará un específico esfuerzo para que exista una elevada oferta de actividades sobre esas materias. Uno puede participar, a lo largo de los años, en muchos cursos de medio ambiente; pero no encontrará un itinerario para la formación especializada ordenada. La especialización, si es que es su objetivo personal –porque también puede serlo cualquier otro, o ninguno– le vendrá dada con el paso del tiempo por

acumulación de experiencias que él mismo deberá ir seleccionando, a la vista de cada plan anual.

Por tanto, y por ir avanzando en el resumen: una vez que acceden a la carrera fiscal, las/los fiscales pueden decidir si se continúan formando o no, puede elegir –sin garantía de acceso– sobre qué materias deciden recibir formación, pueden excepcionalmente intentar acceder a formación en una determinada especialidad y pueden, siendo especialistas, asistir con preferencia a cursos de formación en la materia de su especialidad, pero en cualquier caso nada garantiza nada de eso, y no existe una ordenación curricular de esas preferencias, ni una previsión de continuidad o una relación de progresión en su configuración y contenido.

2.2.3. La formación continuada es, en general, oficialmente irrelevante para la carrera profesional de los fiscales

Al tratar de analizar la proyección de todo lo que se ha expuesto en los apartados anteriores sobre la configuración de la carrera profesional de los fiscales, sale a la luz una circunstancia que en buena medida explica esa relación entre formación y carrera profesional del fiscal como un bucle de vacío. Esta afirmación final de que la formación continuada es, en general, oficialmente irrelevante para la carrera profesional de los fiscales también exige una explicación detallada de cada uno de sus elementos.

A diferencia de la formación inicial, que, en cuanto se vincula al acceso a la carrera, es obviamente determinante del estatus profesional de los fiscales, e incluso de su posición inicial, ya que el resultado de la oposición más el del período de formación en el CEJ –este último suele influir bien poco o nada, salvo en rarísimos casos– acaban determinando el número escalafonal del interesado, la formación continuada discurre, en relación con el resto de la carrera profesional de aquel, básicamente como una línea paralela respecto de otra.

Ojo: se ha advertido sobre la importancia de cada uno de los elementos de la afirmación inicial. En ella no era gratuito el adjetivo «oficial». Por supuesto, el esfuerzo –voluntario, hay que insistir– de cada fiscal para mantenerse al día autoprocúrandose una formación continuada adecuada redundará positivamente en su capacidad y forma de trabajar, y también –con la salvedad que se dirá enseguida– le permitirá en su caso concurrir a aquellos puestos de designación discrecional en cuya provisión no opera de manera exclusiva el clásico criterio de la antigüedad, sino que se incluye la valoración de méritos. Pero el problema es que en ningún sitio está escrito cuáles han de ser esos méritos ni cómo hay que valorarlos, y por ahí hace aguas (de vez en cuando estrepitosamente) todo el sistema.

Este es un dato que ya se había anticipado y que ahora procede concretar. La profunda reforma del EOMF llevada a cabo en 2007 incorporó en el artículo 13 una norma que dice que «[e]n la Inspección Fiscal se creará una Sección Permanente de Valoración, a los efectos de centralizar toda la información sobre méritos y capacidad de los Fiscales, con la finalidad de apoyar al Consejo Fiscal a la hora de informar las diferentes propuestas de nombramientos discrecionales en la Carrera Fiscal». Como muchas otras de las novedades introducidas por aquella reforma, su desarrollo ha sido raquítico o nulo, cuando no mágicamente reconducido a la conclusión de que, en realidad, había que seguir haciendo las cosas como siempre se habían hecho. Ciertamente es que en este concreto caso colabora al inmovilismo la propia redacción del precepto, puesto que si se lee con detenimiento, se puede detectar fácilmente el divorcio entre el nombre del órgano (Sección Permanente de Valoración) y la función que se le

asigna (centralizar información... con la finalidad de apoyar al Consejo Fiscal a la hora de informar los nombramientos).

Es decir que la Comisión de Valoración no valora nada, sino que simplemente acumula –y en su caso ordena– la información que después valorará el Consejo. Quienes pudieran albergar la esperanza de que esa Comisión lleve a cabo una labor de filtro previo o de calificación de méritos sobre la base, por ejemplo, de unos baremos preestablecidos, que permitiera acotar el posterior ejercicio del margen de discrecionalidad que, oído –con carácter no vinculante– el Consejo Fiscal, corresponde al Fiscal General al efectuar sus propuestas de nombramientos, deberá leer con mayor atención la norma. Porque, sin perjuicio de voluntariosas, bienintencionadas e imaginativas interpretaciones, en su texto literal no hay el más mínimo rastro de nada de eso. Lo que dice es que esa Comisión ubicada en la Inspección Fiscal es el órgano encargado de recoger y transmitir al Consejo la documentación que presenten los candidatos para acreditar sus méritos. Y nada más.

De cualquier modo, el porcentaje de supuestos en los que la acreditación de haber recibido –o incluso impartido– formación continuada puede funcionar como mérito para concurrir a un puesto determinado es relativamente pequeño, en proporción al total de destinos del Ministerio Fiscal. Pero son los puestos clave.

En efecto, la lectura del EOMF permite comprobar que se proveen por el sistema de concurso discrecional los órganos centrales (Tribunal Supremo, Fiscalías especiales, Fiscalía de la Audiencia Nacional...), las jefaturas de todas las Fiscalías y el cargo de teniente fiscal de las Fiscalías de las Comunidades Autónomas. Recientemente, en el nuevo Reglamento del Ministerio Fiscal, como ya se ha dicho, la condición de especialista, que no está exactamente claro cómo se acredita pero que parece que pueda tener algo que ver con la formación –y en particular con la formación continuada–, se erige como condición o como criterio de preferencia para el acceso a determinados cargos intermedios. Pero estos tampoco son muchos, al menos los que determinan un específico destino, más allá de atribuciones o delegaciones particulares de funciones con nombres más o menos rimbombantes, como el «vicedecano» de menores de determinada Fiscalía, o la «coordinadora» de discapacidades de tal otra. Se trata en realidad de fórmulas puramente organizativas del trabajo en el seno de un concreto órgano del Ministerio Fiscal, sorprendentemente heterogéneas, por cierto, para una organización como la que cabría esperar de una institución presidida por un designio de unidad.

Se pueden dar cifras precisas y muy expresivas de ese desequilibrio. El Real Decreto 306/2022, de 3 de mayo, por el que se amplía la plantilla orgánica del Ministerio Fiscal para adecuarla a las necesidades existentes, fija el número total de miembros del Ministerio Fiscal, a esa fecha, en 2.613. De ellos, los órganos técnicos de la Fiscalía General, la Fiscalía del Tribunal Supremo, la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional, la del Tribunal de Cuentas, las Fiscalías Especiales Antidroga y Anticorrupción y la Fiscalía de la Audiencia Nacional, más los Fiscales de Sala especialistas y sus adscritos, suman en total 177 miembros de la carrera fiscal nombrados por procedimientos discrecionales, incluidos los 26 que integran la primera categoría de la carrera. A esos 177 cabe agregar los 34 Fiscales Superiores y tenientes fiscales de las Fiscalías de las Comunidades Autónomas, los 50 fiscales jefes provinciales, 27 fiscales jefes de las Fiscalías de Área, y, en fin, 144 fiscales decanos, que desempeñan en su fiscalía funciones de coordinación o dirección de secciones o áreas temáticas. La suma total alcanza, s.e.u.o, la cifra de 432 fiscales en cuyo nombramiento y, en su caso, ascenso profesional, han de ser valorados sus méritos y, por tanto, puede ser valorada su formación, aunque –habrá que insistir una vez más– no consta ni cómo ni con qué límites o consecuencias. La evolución

profesional del resto ($2613 - 432 = 2181$) se rige única y exclusivamente por antigüedad escalafonal¹⁰. Eso significa en todo caso que, oficialmente, el futuro profesional, en términos de movilidad geográfica y funcional, del 83,5 % de los miembros de la carrera fiscal no está vinculado a su formación. Sin perjuicio, como ya se ha advertido, de que dicha formación, cuyos medios de acreditación no se hallan regulados, pueda valorarse oficiosamente en determinadas asignaciones de tareas en el marco de la organización interna de las fiscalías, para lo que es competente en principio el respectivo fiscal jefe.

Dejaremos de lado, porque no es directamente el tema que nos ocupa, la alarma que debería producir en los responsables de la institución esa fotografía estadística de la pirámide jerárquica del Ministerio Fiscal. Teniendo en cuenta que la permanencia habitual en los puestos discrecionales suele rondar los diez años, las cifras examinadas desvelan que muchos más de la mitad de los miembros actuales de la carrera fiscal nunca tendrán la más mínima posibilidad, por razones puramente aritmética, de aspirar siquiera a un puesto «intermedio» de fiscal decano, por no hablar de cualquier jefatura o, mucho menos, del ascenso a la primera categoría. Al tiempo de escribir estas líneas, tras un crecimiento en progresión geométrica a lo largo de las últimas tres décadas (con alguna etapa de retracción, coincidente como es natural con las crisis económicas), la carrera fiscal está virtualmente bloqueada: el 55 % de sus miembros se mueve entre los 20 y los 49 años de edad, pero es la franja de 50 a 59 –con mucho tiempo de carrera por delante, hasta los 70-72 años– la que predomina en los cargos directivos territoriales, y la edad media en los órganos centrales está establecida en torno a los 59 años¹¹. Solo hay que hacer cuentas.

Lógicamente esto es algo en buena medida consustancial al esquema piramidal del órgano, salvo que se optara por el paródico modelo del ejército con más generales que soldados. El mayor problema no es el –no obstante, manifiestamente mejorable– diseño de la estructura jerárquica del Ministerio Fiscal. Lo malo es que, si a la hora de progresar profesionalmente da igual esforzarse en mantener un nivel óptimo de formación y actualización de los conocimientos y las aptitudes que sentarse a esperar que pasen los años, de modo que sea el mero transcurso del tiempo el que permita el acceso a otro destino, puede generarse –si es que no está ya instalado– un efecto desaliento que desemboque en una sustancial pérdida de calidad del trabajo que, en su conjunto, lleva a cabo la institución.

En este difícil contexto, la ya mencionada aportación del Reglamento del Ministerio Fiscal relativa al sistema de acceso a determinados puestos especializados, camina sin duda por una senda novedosa y –si se desarrolla bien– positiva, a la que justamente se dedicará la última parte de estas páginas. Pero justo es también reconocer que por ahora carece de una definición clara. En este sentido, hay que insistir en que no consta especificación alguna de cómo –ni en lo cuantitativo ni en lo cualitativo– hay que acreditar tal especialización, ni, sobre todo, de cómo se ha de valorar la que se acredite, si es que se supone que existe o ha de existir algún criterio preestablecido para su valoración¹².

¹⁰ Eso incluye –por si a algún lector curioso se le ha ocurrido consultar el Real Decreto citado– el acceso a la condición de «fiscal coordinador», que en realidad no es una función ni un cargo, sino un mero concepto retributivo, que se inventó en su día para poder equiparar los complementos de un determinado número proporcional de fiscales con los que perciben los magistrados de órganos colegiados.

¹¹ Fuente: Indicadores sociológicos de la Carrera Fiscal 2022. Fiscalía General del Estado. www.fiscal.es.

¹² Con ocasión de las SSTs (Sala Tercera) 452 y 453/2022, de 19 de abril, que resolvieron anular el nombramiento del Fiscal de Sala de Menores por falta de motivación idónea de la propuesta formulada por la Fiscalía General del Estado, se ha revelado con toda su crudeza un aspecto del sistema de nombramientos del Ministerio Fiscal que, sorprendentemente, quizá debido al ruido provocado por el

3. La formación de los fiscales como factor de articulación de la carrera fiscal y de configuración institucional del Ministerio Fiscal

Hasta aquí se ha tratado de ofrecer una descripción aproximada, confesadamente fragmentaria y carente de toda aspiración de exactitud científica, de la difícil relación existente entre el sistema de formación inicial y continuada de las/los fiscales y el régimen de configuración y ordenación tanto de la carrera fiscal como del Ministerio Fiscal.

Se ha tratado de describir cómo el peculiar y probablemente obsoleto sistema de acceso a la profesión cristaliza en un número de escalafón que, desde ese instante inicial, pasará a constituir el elemento condicionante absoluto de la carrera profesional de una enorme mayoría de los fiscales. Y se ha explicado con algún detalle cómo a partir de ese momento del acceso a la carrera, la formación del fiscal se convierte en una opción exclusivamente personal, cuyo encauzamiento a través de los programas oficiales concebidos anualmente por la Fiscalía General del Estado, aunque delimitados (y por tanto, limitados), gestionados, organizados, financiados y ejecutados por el CEJ, organismo *autónomo* del Gobierno¹³, puede facilitar el acceso a determinados destinos especializados, si bien no está regulado el procedimiento de obtención y acreditación de la formación específicamente necesaria a tal fin. La formación demostrable es también susceptible de valorarse con carácter general (pero también al margen de cualquier regulación atinente a los contenidos, procedimientos y, sobre todo, baremos o parámetros de evaluación) en los nombramientos discrecionales, que sin embargo no alcanzan a una cuarta parte del total de la asignación de destinos y puestos de trabajo. Pero, en fin, resulta

hecho mismo de que por primera vez se anulase un nombramiento de este tipo, no parece haber suscitado demasiada preocupación ni dentro ni fuera de la carrera fiscal. Sin embargo, no es en las sentencias, sino en la réplica que la Fiscalía General formuló al proponer de nuevo a mismo candidato, donde sale a la luz el –a juicio de quien esto escribe– más grave problema: la cuestión no está en que el nombramiento resulte mejor o peor motivado, en cuanto a la valoración de los méritos de los candidatos. Lo verdaderamente preocupante es que no se sabe cuáles son los méritos que hay que valorar, ni cómo. Simplemente, ese es un terreno rendido al libérrimo criterio del que decide.

Con esto no se pretende cuestionar –como se verá en la parte final de esta exposición– el imprescindible ejercicio de la discrecionalidad en este tipo de nombramientos; sino que la determinación del umbral y los márgenes que permiten distinguir esa discrecionalidad de la arbitrariedad no existen, no porque el Fiscal General haga o no por respetarlos, sino porque sencillamente no están previstos en ninguna parte. Dicho de otro modo, que cualquier jurista conocedor del Derecho Administrativo entenderá a la primera: el problema de cómo se resolvió ese «concurso de méritos» no está –o no está solo– en que la decisión fuera mala o inmotivada; el verdadero problema está en las bases del concurso (RD 212/2021, de 30 de marzo, BOE del día siguiente, por si alguien tiene curiosidad), donde, más allá de los requisitos estrictamente legales de antigüedad mínima y pertenencia a la segunda categoría de la carrera fiscal, no se dice ni una sola palabra acerca de cuáles son los méritos que se valorarán, ni cómo se valorarán, ni cómo se deben acreditar para poder ser valorados. De donde el posterior escrutinio que la mentada (segunda) propuesta de la Fiscalía General emprende, repartiendo calificaciones de lo que está bien y lo que está mal acreditado por los candidatos concurrentes, deja, en opinión del que suscribe, más incógnitas de las que soluciona acerca de la aplicación del principio de seguridad jurídica en ese proceso selectivo. Y eso, salvo mejor criterio, con la normativa vigente en la mano, no tiene solución. Otra que no sea, al menos, afinar en la redacción de las bases de futuros concursos, lo que desde luego no parece que constituya la primera y más asfixiante prioridad del Ministerio de Justicia que, con dudosa legitimación constitucional (léanse con atención el artículo 124 CE y el 2 EOMF, sigue gobernando –nunca mejor dicho– todo el régimen administrativo de la carrera fiscal.

¹³ No obstante esta evidencia y su significado en la perspectiva del principio de autonomía que deriva del artículo 124 CE, hay que señalar que en el segundo informe de cumplimiento (2019) de la cuarta ronda de evaluación del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO, 2019) se afirmaba respecto del sistema de formación de los fiscales: «se dispone ahora de una mayor autonomía en relación con la formación de fiscales: creación del puesto de Director de Formación de la Carrera Fiscal (nombrado a propuesta de la Fiscalía General del Estado de entre miembros de la Carrera Fiscal), responsabilidad exclusiva del Ministerio Fiscal en relación con los planes de formación, rúbrica presupuestaria específica para la formación de fiscales».

absolutamente ajena al régimen oficial de gestión de la carrera fiscal en el resto de los casos, donde las decisiones se adoptan única y exclusivamente en función de la antigüedad escalafonal de los interesados.

Teniendo en cuenta que solo la partida finalista de formación de la carrera fiscal en el presupuesto del Centro de Estudios Jurídicos alcanzó, para 2021, la cifra de 4.189.170 euros (Ministerio de Hacienda y Función Pública, 2022), cabe preguntarse si el esfuerzo que los poderes públicos dedican a la programación y ejecución de la formación de los fiscales y el aparato burocrático que se aplica a esa finalidad podría reconfigurarse y aprovecharse para algo más que facilitar el acceso al cuerpo y realizar una oferta anual de formación individual voluntaria. Se trata, en definitiva, como se anunció en el título que encabeza estas páginas, de reflexionar –si no elucubrar– acerca de la posibilidad de que la formación de los miembros del Ministerio Fiscal se contemple como un verdadero factor de configuración y articulación institucional, capaz de contribuir a la mejora del funcionamiento de la Fiscalía, y, por ese camino, a optimizar el cumplimiento de la misión que la Constitución le encarga, consistente en «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social» (nada menos).

La tesis que aquí se sostiene es que la formación de un cuerpo de funcionarios que cabría calificar de élite, sujetos a una organización jerarquizada pero susceptible de una amplia versatilidad estructural y funcional, como es el Ministerio Fiscal, puede rentabilizarse mediante una proyección directa de los objetivos y resultados de ese esfuerzo formativo en la propia configuración, en el funcionamiento y, en fin, en la mejora del cumplimiento de las tareas que, como tal, tiene atribuidas la institución. De este modo, la formación de los funcionarios, igual que sucede en la empresa privada, pasaría de concebirse –o al menos, recibir el tratamiento de– un gasto, a programarse y gestionarse como una inversión. En un contexto intrínsecamente caracterizado por la gestión de recursos escasos (por no decir paupérrimos), cualquier posibilidad de recuperar en términos de eficiencia el esfuerzo inversor parece elemental. Si estamos hablando de una administración endémicamente afectada por la lentitud y sistemáticamente caracterizada –con mayor o menor razón– por su ineficacia, como es la Administración de justicia, razón de más.

Siguiendo el mismo esquema propuesto para el análisis del *status quo*, vamos a procurar esa aproximación institucional de la formación de los fiscales distinguiendo entre la formación inicial y la continuada.

3.1. El régimen de acceso a la carrera fiscal y la formación inicial de los fiscales como factores de configuración y articulación institucional

Como se ha expuesto, la formación inicial de los fiscales, inherentemente vinculada al acceso a la carrera fiscal, se caracteriza por tres rasgos: 1) en la fase previa a las pruebas de acceso la formación se ubica exclusivamente en el ámbito del sector privado, a lo sumo asistido por mecanismos de subvención o ayuda económica con fondos públicos, es decir, no existe un sistema público de preparación de opositores; 2) las pruebas de acceso tienen una configuración exclusivamente memorística, una vez efectuada la criba inicial a través de un examen tipo test; y 3) la formación inicial de quienes ya han superado la oposición tiene un contenido en buena medida reiterativo de los conocimientos ya adquiridos; es escasa en aportaciones de índole específicamente profesional, sobre todo en el conocimiento del funcionamiento

interno de la institución y del desarrollo doctrinal del Derecho aplicable, que vincula a los fiscales, y resulta considerablemente breve, si se tiene en cuenta que, para muchos fiscales, ahí termina su formación obligatoria, y en todo caso que, una vez superada la fase de prácticas tuteladas, la incorporación a las fiscalías se llevará a cabo mediante bautismo por inmersión. Es decir, nada impide que un fiscal recién incorporado tenga que hacerse cargo, al día siguiente, de un asunto de extrema complejidad, o sea adscrito a un Juzgado especialmente complejo o conflictivo (de hecho, esto suele ser habitual, porque el reparto de trabajo dentro de las Fiscalías también se rige por el sacrosanto precepto de la antigüedad en el escalafón: el más antiguo elige, el más moderno se fastidia).

La mera sugerencia de revisar ese sistema viola el más sagrado tabú de la Administración de Justicia española: la ya enunciada máxima de que el modelo, tal y como está configurado, es el peor de los posibles descartados todos los demás, exime por supuesto de cualquier necesidad de explorar alguna alternativa. Para qué.

De modo que el mantenimiento de un sistema en el que el acceso a un poder público solo es posible a través de un –¿a veces oscuro?– negocio privado como la preparación de oposiciones, que podría incluir un alto riesgo de corruptelas –por supuesto, inexistentes– y se ajusta a los mismos parámetros de aprendizaje empleados hace cien años –por supuesto eficacísimos–, es fruto de una palmaria evidencia: el sistema de oposiciones de acceso a la carrera judicial y fiscal es la única obra del ser humano perfecta y definitiva, inmune a la evolución de los tiempos y a los cambios del Universo.

Eso sí. Ningún sabio defensor de la tradición patria parece capaz de explicar por qué, a pesar de que el período de formación universitaria se ha acortado, pasando de la licenciatura en Derecho de cinco años al grado de cuatro, la media de edad de ingreso en la carrera fiscal está hoy en 29,35 años (Centro de Estudios Jurídicos / Ministerio de Justicia, 2021b) (lo que comporta el disparate de la incorporación a una función productiva en la frontera de los treinta años, tras haber pasado, concluida la formación universitaria, seis o siete encerrado estudiando en situación de aislamiento), en lugar de los 26 o 27 de hace veinticinco o treinta años¹⁴. A lo mejor –es un decir– lo que ocurre es que el modelo memorístico de aprendizaje resulta hoy tan absolutamente ajeno a la formación pre-universitaria y universitaria, que los opositores se encuentran con un escenario de absoluto desajuste entre la formación que se les requiere para poder acceder a la carrera fiscal y las pruebas a las que han de someterse para ello, de modo que una buena parte del período de preparación para el acceso lo tienen que dedicar a resetear su cerebro y todas sus habilidades y destrezas adquiridas a lo largo de todo su período formativo para, retrocediendo cincuenta o cien años, ponerse a aprender de memoria, por supuesto sin necesidad esencial de entenderlo, todo un caudal de información que, por otra parte, pensarán algunos incautos, se puede adquirir en tres minutos tecleando ante una pantalla y que además, fruto de la disparada motorización legislativa, varía continuamente, a velocidad imposible de seguir.

De manera que seguramente no estará bien visto aspirar a un sistema de acceso que garantice que el aspirante sabe Derecho y sabe para qué tiene que servir el Derecho, en lugar de saberse de memoria las leyes que están vigentes en el

¹⁴ Sobre este dato no hay datos estadísticos tan certeros, o al menos quien esto escribe no los ha hallado, pero es fácil tomar el escalafón de la carrera fiscal y comprobar, por *la cuenta de la vieja*, la diferencia entre la fecha de nacimiento y la antigüedad en la carrera de los fiscales que sobrepasan, por poner un ejemplo, los veinte años de antigüedad. Compárese después con el resultado de la misma operación aplicada a los que tienen menos de diez.

momento en que se examina. Esa herética sugerencia no es conforme a los cánones establecidos. Ni procede sugerir que tal vez conviniera acomodar el procedimiento de acceso, no solo en sus contenidos, sino también en su propia configuración, al modelo de formación universitaria, de manera que quizá la propia Universidad (¿vía máster, por ejemplo?) podría asumir en su fase inicial la orientación especializada de la formación de quienes proyecten incorporarse a las carreras judicial y fiscal. Lo que podría y debería conducir después a una concepción y organización del sistema de acceso a dichas carreras que fuera mínimamente coherente –incluso con cierta lógica de progresión en el régimen de formación– con esa preparación universitaria.

También resultará, por consiguiente, fuera de lugar, añadir que una posible descarga, aunque fuera parcial, de ese extremo esfuerzo memorístico (como es obvio, no se trata de despreciar el conocimiento en favor de las meras técnicas de búsqueda de información, lo que por desgracia sí parece, en el extremo opuesto, orientar a veces el perfil pedagógico de la Universidad *post Bolonia*) podría dejar hueco a la formación de los futuros jueces y fiscales para otros aprendizajes que en la vida actual resultarían más útiles para todos, empezando por ellos mismos (psicología, criminología, expresión y comunicación, sociología, idiomas, etc.).

Pero quizá sí nos esté permitido insinuar que la respuesta a determinadas cuestiones que por fuerza hay que resolver en la maltrecha arquitectura de nuestro vigente modelo de Justicia podría resultar más fácil con la ayuda de ciertos planteamientos relativos a la formación.

Tal vez no viniera mal, por citar un caso, que alguien que pueda y deba hacerlo acabe de decidir si el modelo procesal –en particular, procesal penal– español va a escorar definitivamente con rigor ortodoxo hacia un régimen acusatorio a la americana en el que el Fiscal no solo no es necesariamente independiente del Gobierno, sino que además es indispensablemente autónomo en el seno del Poder Judicial, de modo que los cuerpos de jueces y fiscales requieren un tratamiento separado con visos de cordón sanitario; o, por el contrario, nos apuntamos a un modelo continental evolucionado como el de los franceses o los portugueses (el perfeccionismo equilibrista caótico de los italianos es tan admirable por su subsistencia como probablemente inconveniente y, desde luego, difícil de imitar), que han dado en apostar por la imagen de profesionalidad de jueces y fiscales, basada en medidas de estructuración y gestión de su carrera.

Repensar, en ese sentido, la eventual formación conjunta de jueces y fiscales en España (como venía ocurriendo hasta los años 90), máxime cuando el acceso ya es otra vez común, sería –para quienes defienden esa opción– un paso previo casi imprescindible en orden a generar la fusión de ambas carreras a todos los efectos, tipo francés, lo que haría mucho, no cabe duda, por la imagen de independencia del Fiscal, amén de recomponer el mito de las carreras hermanas en términos que no exijan recordar que ese parentesco era precisamente el que unía a Caín y Abel.

Con un alcance más modesto, en todo caso, esa reconciliación formativa podría favorecer, a corto y medio plazo, la posibilidad de establecer pasarelas que incluso pueden resultar inevitables si algún día se pone en marcha –de verdad, no como operación política *ad exhibendum*, como ha sucedido hasta ahora en tres ocasiones– ese complejísimo proyecto de reforma procesal.

Por otra parte, quizá se pudiera repensar también la formación inicial en términos de acceso progresivo y racionalmente dosificado a las tareas propias de una profesión difícil, no exenta de grandes dosis de responsabilidad y basada en la aplicación de conocimientos cada vez más complejos.

Dicho de otro modo: embutir el temario de oposiciones en la cabeza de una persona, someterla al estrés de los exámenes, aplicarle en estado de gozosa descompresión cuatro meses de clases y visitas a instituciones, asignarles un tutor otros cuatro meses, y, finalmente, soltarlas en el maremágnum del trabajo cotidiano de una Fiscalía, donde la dictadura de la antigüedad fácilmente les asignará las tareas más penosas, no parece a primera vista un sistema inmejorable.

Y el caso es que no siempre funcionó así. El viejo Estatuto del Ministerio Fiscal de ¡1926!, que en realidad reciclaba una concepción avanzada en la Ley Provisional Orgánica de ¡¡1870!!!, establecía un sistema de categorías –nueve– que suponía que los fiscales, una vez que accedían a la carrera, iban asumiendo responsabilidades, y por tanto funciones y cargas de trabajo, en virtud de su pertenencia a cada una de esas categorías, entre las que se movían, en las más bajas por antigüedad, y posteriormente a través de un sistema de calificación/clasificación que gestionaba el Consejo Fiscal, con criterios de experiencia y formación (y con una peculiaridad: el ascenso no se producía por el nombramiento, sino que, con cadencia anual y mediante valoración de méritos, se declaraban susceptibles de ascenso a un determinado número de fiscales, entre los que después el Gobierno podía –y en principio tenía que– elegir a los que nombraba para cada cargo).

Naturalmente no se está proponiendo aquí la recuperación de ese modelo, que por cierto generó en su aplicación no pocas quejas y acusaciones de corrupción, sino que simplemente se está sugiriendo que –con las evidentes garantías que ofrece y exige un sistema de democracia plena, no predicable del contexto de aquellos precedentes– caben alternativas que podrían permitir, una vez producida la incorporación a la Carrera Fiscal, articular una asignación progresiva de tareas e incluso destinos y cargos, en función de la experiencia –que no siempre es lo mismo que la antigüedad– y –*voilà*– de la formación de cada uno de los interesados. Se trataría de sustituir el ya mencionado bautismo por inmersión, seguido de un autodidacta aprendizaje de las técnicas de natación, salto y buceo, por un auténtico sistema, digno de ese nombre, preconcebido y articulado, de formación profesional progresiva de los nadadores, conducente a perfilar las distintas especialidades y estilos, los niveles de perfeccionamiento y a concretar –y si es posible, incentivar– los pasos encaminados a la alta competición.

Todo ello, además, y puesto que estamos hablando de un órgano de relevancia constitucional (art. 2 EOMF) con una misión claramente establecida por la propia Constitución, concebido y orientado desde la institución misma al exigible cumplimiento de sus objetivos, y no como una actuación prestacional al servicio del interés particular de los fiscales que, a su vez, tengan tiempo o ganas de hacer uso de tal prestación (que es, según se ha expuesto, lo que sustancialmente tenemos en la actualidad).

Como es evidente, esta última observación fuerza el salto al siguiente apartado.

3.2. La formación continuada de los fiscales como factor de configuración y articulación institucional de la carrera fiscal y del Ministerio Fiscal

Si la reconfiguración del sistema de acceso y formación inicial de los fiscales resulta especialmente complicada por las enormes resistencias políticas y corporativas que, sobre todo en los sectores más conservadores, abrumadoramente mayoritarios en el mundo judicial, suscita cualquier sospecha de que se está intentando tocar el modelo vigente, en el que, como se he expuesto, confluyen intereses públicos, colectivos y

privados, incluso económicos, de lo más variopinto, un cambio sustancial en el modelo interno de gestión de la formación continuada parece más bien –si son sinceras, por ejemplo, las permanentes reivindicaciones de las asociaciones de fiscales de todos los colores ideológicos– cuestión de falta de reflexión sobre los objetivos, de planificación de los cambios y de liderazgo para emprenderlos.

Sin embargo, las enormes ventajas que reportaría una adecuada configuración del modelo formativo de los fiscales, orientada al mejor funcionamiento de la institución para la que trabajan, merecen el esfuerzo de sugerir algunas ideas. Naturalmente, no está ni en la voluntad ni dentro de las posibilidades de esta exposición formular una propuesta sistematizada a tal fin. Pero sí es posible, y hasta fácil, facilitar algunas pistas.

Con carácter previo cabe apuntar que el camino emprendido en el ámbito de la especialización *ratione materiae* es interesante, y debería ser recorrido hasta la meta que parece razonable y esperable desde el punto de vista de la consolidación de ese modelo especializado. Volveremos sobre ello. Pero esa orientación, a la que como se ha expuesto parece sumarse el reciente Reglamento del Ministerio Fiscal, adolece de una visión de corto alcance y marcadamente fragmentaria. Potenciar la formación exclusivamente como factor de cimentación de determinadas especialidades es insuficiente, e incluso podría llegar a resultar contraproducente, si se traduce en la apertura de una brecha –en el plano de la progresión profesional, por ejemplo– entre los fiscales especialistas, sobre todo en determinadas áreas que cabría calificar de minoritarias, y el resto.

Sin menospreciar el fundamental papel que debe desempeñar la actividad formativa en ese ámbito, el planteamiento podría y debería ser otro. Concebir la formación como un elemento estructural de la organización de la carrera fiscal en su conjunto, en todos sus niveles y zonas de actividad, y, a través de ella, refundar los engranajes orgánicos y funcionales de Ministerio Fiscal, exige abrir más el diafragma hacia una visión de conjunto.

3.2.1. La formación continuada obligatoria como factor de calidad del servicio público atribuido al Ministerio Fiscal

En primer lugar, es necesario revisar el presupuesto –no formulado como tal, pero hasta ahora incontrovertido en la práctica, según se ha demostrado más arriba– de que la formación continuada es cosa de cada fiscal, un derecho profesional, como se desprende del citado Reglamento, que se ejerce o no a voluntad de su titular. La formación de los fiscales es una obligación directamente proporcional a la exigencia de calidad que impone el servicio público que han de prestar, y que además tiene un contenido y unos objetivos de rango constitucional.

Considerar a cada fiscal como dueño de su formación, y no como depositario de una responsabilidad que implica la necesidad de actualizar continuamente los conocimientos y las destrezas, y de avanzar al paso de la progresiva complejidad que caracteriza –como a todo el acontecer social– el desarrollo del conocimiento jurídico, supone olvidar lo principal. Concebir la formación de los fiscales única y exclusivamente como un derecho integrado en el derecho a la promoción profesional, como parece implícitamente sugerir la norma reglamentaria, es tanto como convertir una institución esencial del Estado de Derecho, dotada de una función constitucional, en un aparato burocrático anclado en la peor tradición de la Administración decimonónica: gana una oposición y tienes la vida resuelta. Si quieres ascender, la institución te ofrece la oportunidad de hacerlo facilitándote recursos de formación con

cargo al erario público, pero eso es cosa tuya. E incluso es posible que te venga bien para irte después a la empresa privada.

Los ciudadanos no pagan los impuestos para que los fiscales que lo estimen oportuno adquieran el nivel que se presume a un solvente jurista y se mantengan en él, sino para que la institución asegure, en todas sus actuaciones, en los grandes asuntos y en los pequeños conflictos, un elevado grado de dominio del Derecho y de eficacia. Y eso implica formar a los fiscales. A los que quieren y a los que no sienten una especial necesidad.

Así que de la misma manera que el acceso a la carrera fiscal presupone un enorme esfuerzo de formación, a la altura de –como se ha dicho– un cuerpo de élite, que es asumido y aceptado como una carga proporcional e inevitable por quien aspira a encauzar su vida profesional por esa vía, la formación continuada no puede resultar ajena a las necesidades y los objetivos de la institución, ni ser ignorada como parte de la carga o el compromiso profesional de quien ya está integrado en ella. Es inconcebible, por ejemplo, que una reforma importante de una ley troncal, como pueda ser el Código Penal o la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no vaya inmediatamente seguida de un plan de formación obligatoria para todos aquellos miembros de la carrera fiscal que presten sus servicios en la jurisdicción penal (cabe recordar, por cierto, que no todos lo hacen). Y lo mismo cabe decir para el resto de las materias, constituyan o no especialidades institucionalizadas.

Hoy en día, además, las herramientas de formación *online*, notablemente desarrolladas –no hay mal que por bien no venga– a consecuencia de la pandemia, permiten resolver con cierta facilidad los problemas de intendencia que en el pasado planteaba cualquier iniciativa que exigiera movilizar (en el sentido literal del término) a un importante número de fiscales. Una buena programación de las actividades de formación, el aprovechamiento de la estructura territorial para poder replicar en los distintos niveles dichas actividades, y el auxilio de la tecnología como recurso complementario, permitirían una ágil gestión de cualquier necesidad formativa.

Por supuesto, la misma lógica es aplicable a la ya comentada política de especialización desarrollada a raíz, sobre todo, de también citada reforma estatutaria de 2007. La configuración de esa formación especializada a través del régimen de asistencia obligatoria a las jornadas de fiscales especialistas no solo se apoya en un error conceptual –o en una confusión interesada, por razones de gestión y financiación–, sino que puede ofrecer un margen excesivamente estrecho por su cadencia anual o por la necesidad de un programa más intensivo que el que permite un encuentro de un par de días que incluye objetivos no necesariamente vinculados con la formación.

Pero más allá de su utilización puntual como mecanismo de actualización o incorporación de nuevos conocimientos, la formación obligatoria continuada debería constituir un instrumento al servicio de un objetivo aún más primario y general: el mantenimiento del nivel de excelencia requerido como condición *sine qua non* del desempeño de la tarea del Fiscal. Que el momento inmediatamente posterior al ingreso en la carrera fiscal sea el que se identifica con el más alto grado de conocimientos que alcanzará el recién ingresado en toda su vida profesional –tópico habitualmente manejado en el seno de la profesión– no parece algo absolutamente inevitable. Sin perjuicio de cuanto se acaba de exponer, la obligatoriedad de la formación no tiene por qué vincularse necesariamente a los cambios normativos o a la especialización en determinadas materias. No hay ninguna razón para que una institución del Estado en cuyas manos descansan intereses y derechos –a veces fundamentales– de los ciudadanos, sus vidas y haciendas, por así decirlo, no pueda

e incluso no deba exigir a sus miembros un permanente esfuerzo de actualización. La posibilidad de introducir un régimen de evaluación periódica que afecte a todos los miembros de la carrera, que existe en otras instituciones y que también funciona en el ámbito judicial y de los Ministerios Públicos de otros países, debería plantearse como algo más que un serio síntoma de enajenación mental susceptible de atender, por su mera formulación pública, contra la dignidad de los fiscales. Si esa evaluación periódica de conocimientos pudiera ir acompañada además de un control acerca de las condiciones de salud física y mental de los miembros de la carrera fiscal, para determinar en qué medida se hallan en condiciones de seguir asumiendo la enorme responsabilidad que implica su trabajo (o, incluso, un puesto o tarea determinados), tanto mejor.

En ese esquema, la oferta de formación voluntaria cobra además un relevante papel institucional, porque ya no se trata de que el fiscal tenga un derecho a formarse si quiere, sino que tenga un derecho a obtener la formación que necesitará para poder superar sin problemas ese control periódico si la formación obligatoria no le resulta suficiente, o incluso para recuperar su estatus si no lo supera. En este sentido, la posibilidad de suspender el ejercicio profesional o el desempeño de determinadas funciones mientras no se recupere el nivel mínimo requerido, constituiría el más eficaz incentivo. Otra herejía. Pero acabará siendo inevitable.

De este modo, la formación se convierte en un elemento estructural de la organización y la definición de los requisitos mínimos de capacitación y competencia para el desempeño de las funciones que la institución tiene atribuida, muy lejos por tanto de la mera opción prestacional que, como se ha descrito, supone sustancialmente en la actualidad.

3.2.2. La formación como herramienta de gestión de la movilidad geográfica y funcional

Anteriormente se ha aludido a la progresiva tendencia a la saturación que presenta en la actualidad, tras décadas de crecimiento (sobre todo ensanchamiento por la base), la pirámide orgánica de la carrera fiscal. El bloqueo no afecta solo al ascensor profesional, en los términos que se han examinado grosso modo, a partir de algunas cifras extraídas de la estadística de la Fiscalía General del Estado, sino que también se extiende a la mera movilidad horizontal, tanto en lo que concierne al acceso a tareas diferentes dentro de una misma Fiscalía –dejando al margen la cuestión de la especialización, que ya se ha examinado y sobre la que aún se volverá enseguida– como, muy destacadamente, a la movilidad geográfica. Sin perjuicio de arbitrar otras recetas dirigidas a paliar ese efecto de solidificación de las plantillas, en las que llevan tiempo trabajando sobre todo las asociaciones de fiscales (favorecer las sustituciones «profesionales» en lugar de acudir a los sustitutos externos, recuperar viejas fórmulas de preferencias o permutas vinculadas al matrimonio o relación análoga, o a situaciones de necesidad familiar o de salud), no cabe duda de que, una vez más, la formación puede constituir un elemento de articulación muy versátil y eficiente, que permita superar la situación en buena medida derivada, como se explicó *supra*, de la automática y exclusiva aplicación del principio de antigüedad escalafonal.

Una institución básicamente caracterizada por la colegialidad e intercambiabilidad de sus miembros como es el Ministerio Fiscal no se ajusta fácilmente a un sistema de definición de cada puesto de trabajo que permita establecer un perfil de acceso o un régimen de preferencias en el que la acreditación de determinada formación pudiera ser condicionante o determinante para cada movimiento (esto es, sacando a concurso cada plaza de la carrera fiscal y estableciendo para su provisión un baremo de puntuación que, por ejemplo, combine

la antigüedad con la acreditación de conocimientos específicos para las tareas que implica ese puesto). Pero sí es obvio que en todas las Fiscalías existen bloques o, como se dice en el *argot* de la institución, lotes de trabajo que reproducen un modelo similar de asunción de tareas. De este modo, si en el reparto de funciones interno cabe establecer distintos perfiles (fiscales que llevan un Juzgado de Instrucción y acuden a juicios en el Juzgado de lo Penal y/o a la Audiencia Provincial, fiscales que hacen guardias, fiscales que hacen juicios de jurado, etc.) en cada uno de esos lotes sí sería posible definir un perfil preestablecido que, mediante un sistema de baremación de méritos, permitiera añadir un incentivo a la mera y potencialmente eterna espera que supone la pura y dura dictadura de la antigüedad.

Naturalmente, en la definición y ponderación de esos baremos sería necesario cuidar la objetividad –incluso aritmética– y prever por tanto los procedimientos y medios concretos de acreditación y puntuación de los distintos factores, entre los cuales debería, por supuesto, hallarse la formación. En este punto, exigir la acreditación de haber superado concretos procesos formativos –preestablecidos también a tal fin en el sistema oficial de formación del Ministerio Fiscal– llevaría a cerrar el círculo del efecto institucional de la formación continuada.

Y también sería ese un terreno para la formación voluntaria, pero incentivada por los objetivos alcanzables a través de su acreditación. Nada nuevo bajo el sol, pero inédito en la Carrera Fiscal.

3.2.3. La formación como factor de especialización y promoción profesional

En fin, y habiendo dejado para el final lo más evidente, la formación debería desempeñar un papel verdaderamente determinante, más allá de declaraciones programáticas o buenos propósitos, tanto en el terreno de la especialización como en el funcionamiento del ascensor profesional de un cuerpo de servidores públicos, regido en consecuencia por las exigencias de mérito y capacidad que proclama el artículo 23 de la Constitución.

Sobre el tema de la especialización, ya se ha dicho que el Reglamento del Ministerio Fiscal aprobado por RD 305/2022 apunta buenas maneras, aunque no concreta los procedimientos. Sería necesario establecer cuál es exactamente el *currículum* que ha de valorarse para la asignación preferente o excluyente (distinguiendo además con claridad ambos supuestos) de los puestos especializados, y vincular naturalmente, de manera jurídico-formal, ese *currículum* al programa de formación del Ministerio Fiscal. Una vez más no hay nada nuevo bajo el sol: se trata de que los Fiscales de Sala especialistas, en ejercicio de la función que les otorga la varias veces citada Instrucción 1/2015, se apliquen a la tarea de definir los requisitos mínimos de formación que debería exigir el acceso a la especialidad y la progresión en su escala funcional, y una vez efectuada esa labor preparatoria, se establecieran los baremos pertinentes –incluida, por ejemplo, la valoración de los resultados obtenidos en la actividad formativa, que por supuesto debería ser evaluada– para poder objetivar su aplicación en los concursos correspondientes.

La misma mecánica, ya en una dimensión promocional vertical, puede ser aplicada al acceso a los cargos de coordinación (decanos) y de jefatura. No parece descabellado sugerir que tal vez la institución pudiera exigirse a sí misma que quienes ocupan esos cargos antes hubieran recibido –y superado con una calificación positiva– determinado o determinados módulos de formación específica al respecto. Hoy se puede llegar a ser fiscal jefe –lo que, para quien no lo sepa, incluye todas las atribuciones de gestión de medios y de personal de una oficina administrativa, más la

responsabilidad de comunicación y, por supuesto, la actividad de liderazgo y organización del trabajo de los propios fiscales– sin haber recibido ni un minuto de formación en ninguna de esas materias.

3.2.4. La incidencia de la formación como factor de objetivación y delimitación del marco de discrecionalidad en el sistema de nombramientos del Ministerio Fiscal

Las sugerencias efectuadas en los últimos apartados no solo conciernen a la capacitación y especialización de los fiscales orientada a la movilidad horizontal y vertical, sino también, como se anunció desde el inicio, a la propia configuración de la institución. Uno de los aspectos enteramente pendientes, *guardianescamente* polémicos y determinantes de un notable desgaste de la imagen institucional del Ministerio Fiscal, es el controvertido asunto de los nombramientos.

Las acusaciones de arbitrariedad o favoritismo en la materia, alimentadas por la rivalidad asociativa que a su vez se nutre de su presencia invasiva en un Consejo Fiscal al que es materialmente imposible acceder al margen de las propias asociaciones, y no precisamente acalladas por el modo de proceder de algunos Fiscales Generales, no solo sirven de munición en la batalla política y en el seno de la propia carrera fiscal, sino que contribuyen, mediante una sospecha indiscriminada de politización, a una imagen innegablemente deteriorada de la institución que afecta a su patrimonio más imprescindible: la apariencia de imparcialidad que en realidad justifica su existencia y sirve de base a su propia definición constitucional.

Definir con precisión los umbrales, los mínimos y, en su caso, los perfiles más exigentes de formación requerida para acceder a cada nivel de responsabilidad, y objetivar los procedimientos de valoración lo más posible, permitiría disuadir en considerable medida la imagen –o la realidad– del manejo partidista, o nepotista, o simplemente irresponsable o caprichoso, de los resortes del ascenso y el reparto de cargos en la carrera fiscal. La transparencia de los baremos de evaluación y la motivación de los aspectos discrecionales de las propuestas y nombramientos, harían más por la imagen de la institución que los discursos henchidos de autoproclamada probidad y rigor en el manejo de la técnica de designación digital (o sea, a dedo).

4. Conclusiones

Una debida imbricación de la formación en el entramado institucional, mediante fórmulas como las que primariamente se han apuntado en estas páginas, no solo facilitarían la profunda labor de reestructuración y modernización que, por diversos motivos, necesita la carrera fiscal, tanto a la hora de mantener y mejorar un determinado nivel de calidad en el desempeño de las funciones de los fiscales, como en la articulación del propio esquema funcional que se traduce en la gestión de la carrera profesional propiamente dicha (movilidad geográfica, funcional y vertical, especialización y promoción). También permitiría intensificar la correlación entre méritos, capacidad y nombramientos, mediante la definición de umbrales que deberían alcanzar todos los candidatos a cada puesto, y la configuración normada y previsible de requisitos, criterios de preferencia o baremos de valoración que (sin eliminar por supuesto el margen de discrecionalidad que es connatural a toda decisión que implique la legítima y necesaria valoración no solo de los méritos académicos y profesionales, sino también la actitud y la aptitud personal para una determinada función, y, en su caso, el grado de confianza inherente a determinados cargos) permitiría acotar el ejercicio de esa discrecionalidad al terreno que le es propio en el

ámbito de lo público, que es el de elegir para cada función a quien mejor pueda desempeñarla, de entre quienes acrediten estar mejor preparados para ella.

De la capacidad –y la voluntad, que tal vez sea lo que falta– de definir con la mayor precisión posible los mecanismos de concreción de este *prius* operativo que supone la reducción del círculo de opciones en función de la preparación y la experiencia profesional, depende sin duda alguna la posibilidad de recuperar y mejorar la presencia y la imagen de rigor y objetividad de cualquier institución, en este caso el Ministerio Fiscal, cuyo prestigio y fiabilidad dependa en no menor medida de esa imagen. El papel determinante que puede desempeñar, de cara a semejante objetivo, el diseño y el aprovechamiento de la formación, se hace patente a través de una mínima reflexión sobre las enormes posibilidades existentes. Dar testimonio de ello era el objetivo de estas páginas.

Y con ello, invitar a la reflexión acerca de la potencial proyección de estas mismas apreciaciones sobre otros ámbitos de lo público en los que, con mayor o menor incidencia de unos u otros problemas concretos, es seguro que se reproducen muchas de las situaciones y preocupaciones que aquí han quedado retratadas. Cuanto se ha expuesto intenta solamente sugerir que la formación, y en este caso la formación de los juristas, puede erigirse en un factor nuclear para el impulso de auténticos giros de alcance histórico en la configuración de las instituciones y en la transformación de su actividad y sus resultados.

Cuidar la educación y la formación no parece haber sido nunca una prioridad angustiosa en este país. Empezar a ser conscientes de su potencial debería ayudar a mejorarlo. Si quien puede, quiere.

Bibliografía

- Carmona, A. (14 de julio de 2022). Los fiscales recurren el decreto que les obliga a declarar si preparan a opositores como sobresueldo. *Elcierredigital*. <https://elcierredigital.com/empresa-y-economia/147487596/fiscales-apif-recurren-decreto-obliga-declarar-si-preparan-opositores.html>
- Centro de Estudios Jurídicos / Ministerio de Justicia (2021). *Plan docente de la 60ª Promoción de la Carrera Fiscal*. <https://www.cej-justicia.es/sites/default/files/adjuntos/2022-01/PLAN%20DOCENTE%2060FS.pdf>
- Centro de Estudios Jurídicos / Ministerio de Justicia (2021b). *Memoria de actividad del Organismo Autónomo Centro de Estudios Jurídicos 2021*. <https://www.cej-justicia.es/sites/default/files/adjuntos/2022-03/MEMORIA%202021%20CEJ.pdf>
- Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa (GRECO). Cuarta ronda de evaluación. Prevención de la corrupción respecto de miembros de Parlamentos Nacionales, Jueces Y Fiscales. Segundo informe intermedio de cumplimiento España. <https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-respecto-de-mie/168098c68e>.
- Ministerio de Hacienda y Función Pública (1 de julio de 2022). *Presupuestos Generales del Estado. Organismos Autónomos*. https://www.sepg.pap.hacienda.gob.es/Presup/PGE2021Proyecto/MaestroDocumentos/PGE-ROM/doc/2/1/2/3/1/N_21_A_V_1_102_2_1_413_1_1101_2_2_1.PDF.
- Oposita Test (20 de junio de 2022). *Becas para opositar a Jueces, Fiscales y LAJ*. <https://blog.opositatest.com/becas-para-opositar-justicia/>

La reforma de la selección y formación de los altos cuerpos de las Administraciones Públicas relacionados con las profesiones jurídicas

The reform of the selection and training of high ranked civil servants of Public Administrations related to legal professions

Francisco Ramos Fernández-Torrecilla

Presidente de la Academia Española de Administración Pública / Ex Secretario de Estado para la Administración Pública

francisco.ramosft@gmail.com

Cita recomendada:

Ramos Fernández-Torrecilla, F. (2022). La reforma de la selección y formación de los altos cuerpos de las Administraciones Públicas relacionados con las profesiones jurídicas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 402-410.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7132>

Recibido / received: 02/08/2022
Aceptado / accepted: 02/09/2022

Resumen

Se analizan las necesidades de reforma en la selección y formación de los altos cuerpos de las Administraciones Públicas, relacionados con las profesiones jurídicas. Se destacan una serie de problemas relacionados con la selección, que sigue unos métodos tradicionales y memorísticos, señalando algunas soluciones que permitirían mejorar de manera notable la selección y hacer que la misma se adaptara a las exigencias constitucionales y cumpliera fielmente los requisitos establecidos en el EBEP. Por lo que hace a la formación se destaca su importancia y la necesidad de adaptar la misma a la nueva sociedad del conocimiento y a las tecnologías de la información y las comunicaciones. Se señalan finalmente las necesidades a que hay que hacer frente en la Administración General del Estado, a la que van destinadas los funcionarios de profesiones jurídicas, de cuya selección y formación se trata.

Palabras clave

Selección, formación, pruebas memorísticas, formación a lo largo de la vida.



Abstract

This work analyses the necessity of a reform in the selection and training of high ranked civil servants of Public Administration related to legal professions. A series of problems related to the selection process, which follows traditional and memoristic methods, are highlighted, pointing out some solutions that would allow a notable improvement in the selection process, while it complies with the constitutional standards and the requirements established in the EBEP. As regards training, it is highlighted the importance and the need to adapt it to the new knowledge society and to information and communication technologies. Finally, it is pointed out the needs that have to be met by the General Administration of the State, for which the selection and training of civil servants in the legal professions are intended.

Keywords

Selection, training, memory exams, lifelong training.

SUMARIO. 1. Una función pública suficientemente profesionalizada. 2. Mejoras posibles en los sistemas de selección. La selección por el talento y no por la memoria. 2.1. Los principios de la selección en el Estatuto Básico del Empleado Público. 2.2. Algunos problemas no resueltos. 3. La formación como aprendizaje a lo largo de toda la vida. 4. Juristas adaptados a las nuevas tareas de la Administración General del Estado.

1. Una función pública suficientemente profesionalizada

El mero análisis estadístico de la función pública española nos permite sostener que nos hallamos, como dice el encabezamiento, ante una función pública suficientemente profesionalizada. Es decir, el conjunto de los empleados públicos españoles, podemos afirmar que han sido seleccionados para sus puestos de trabajo mediante un procedimiento objetivo e imparcial, conforme a criterios de igualdad, mérito y capacidad. Así mismo, todo este personal tiene como característica fundamental de su desempeño la inamovilidad, que en el caso de los funcionarios de carrera implica el derecho a la permanencia indefinida en su condición de funcionario público.

Esta rotunda afirmación no puede predicarse de todos los funcionarios públicos, pero sí de muchos colectivos funcionariales, y desde luego de los altos cuerpos de las Administraciones Públicas y del Poder Judicial, a los que pertenecen las profesiones jurídicas.

Puede afirmarse, en definitiva, que el conjunto de la función pública española está constituido por empleados que han sido reclutados mediante un procedimiento objetivo e imparcial, en igualdad de condiciones y con valoración del mérito y la capacidad, para su acceso, cuando ellos pertenecen a las categorías de funcionarios de carrera. No obstante, en algunos colectivos el acceso puede haberse producido con carácter interino, sin que se haya respetado el principio de la valoración objetiva, y en algunos casos tales colectivos han tenido una forma privilegiada de acceso. La presión sindical ha hecho que en muchos casos ese personal para ser seleccionado con carácter interino tenga que formar parte de una «bolsa» integrada por aquellos que no han aprobado la correspondiente oposición y que quedan, así como una especie de reserva, para cubrir las vacantes que vayan produciéndose por el orden que obtuvieron en la oposición que no lograron aprobar. Pero tal condición de interino, que afecta a un número importante de empleados públicos y que ha motivado importantes llamadas de atención a las autoridades españolas por parte de los organismos europeos, y que parece querer solucionarse de manera rápida y no

sabemos si con las suficientes garantías para el mérito y la capacidad, creemos que poco afecta a los altos cuerpos de las administraciones españolas, salvo quizá entre el personal de algunas comunidades autónomas. Desde luego, por lo que respecta a la Administración General del Estado, el fenómeno de los interinos no ha tenido lugar.

2. Mejoras posibles en los sistemas de selección. La selección por el talento y no por la memoria.

El hecho de que se haya afirmado que España cuenta con una función pública suficientemente profesionalizada no significa que el sistema de selección de los empleados públicos no tenga también posibilidades de mejora para hacer frente a los nuevos problemas que lógicamente pueden detectarse. Sobre todo, dicha mejora debe predicarse principalmente de aquellos altos cuerpos que ejercen tareas de singular importancia, bien desempeñando tareas de dirección en las correspondientes administraciones, bien incorporándose a los profesionales del Derecho.

Pero acertar en los sistemas de selección se configura como un recurso estratégico para poder llevar a cabo reformas estructurales en el empleo público. Y, además, nuestro sistema de selección, por su carácter objetivo en base al mérito y la capacidad, ha contribuido de manera muy notable a la movilidad social y por tanto a la igualdad. Esa es una característica que debe potenciarse y a la que hay que prestar en estos tiempos una especial atención.

Pues bien, a pesar de los cambios tan notables producidos en el entorno de las administraciones públicas, el sistema selectivo de la alta función pública española conserva sesgos muy tradicionales. Probablemente la dinámica de cuerpos impide cualquier modernización. Como bien afirma el Doctor Luis Felipe Paradela, que fuera responsable de la selección del personal de nuevas tecnologías en el INAP, seguimos seleccionando por la memoria y no por el talento.

2.1. Los principios de la selección en el Estatuto Básico del Empleado Público

El Estatuto Básico del Empleado Público ha definido con bastante precisión los principios por los que se rige la selección de todo tipo de empleados públicos en España. Tras afirmar que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad ha establecido los siguientes principios rectores:

- a) Publicidad de las convocatorias y de sus bases.
- b) Transparencia.
- c) Imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección.
- d) Independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección.
- e) Adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar.
- f) Agilidad, sin perjuicio de la objetividad, en los procesos de selección.

Podemos afirmar que no todos estos principios se cumplen en buena y debida forma en el conjunto de los procesos selectivos y, como analizaremos más adelante, muchos de ellos necesitan una reorientación adecuada para poder adaptarlos a las necesidades presentes de las administraciones públicas. Es decir, el sistema garantiza básicamente los principios enumerados, pero necesita importantes

adaptaciones para hacerlo más eficaz y justo. Pues no podemos olvidar que una selección rigurosa es el correlato indispensable de la inamovilidad, pues se trata de una «selección para toda la vida». Y más bien hay que señalar que en algunos colectivos, principalmente los cuerpos superiores, ha habido una escasa modificación de los procedimientos selectivos.

2.2. Algunos problemas no resueltos

Selección por la memoria y no por el talento (Luis F. Paradela). Un problema no resuelto de la selección de los Cuerpos Superiores de la Administración Central Española tiene que ver con la escasa evolución de los sistemas selectivos, es decir, de las oposiciones. Seguimos un esquema muy tradicional, que se ha mantenido igual a lo largo del tiempo. Quizá se han cambiado los programas de acceso y en ocasiones los ejercicios, pero el procedimiento sigue siendo predominantemente memorístico. El sistema es objetivo e imparcial, pero no parece que seleccione a los mejores o a los que más pueden aportar a las mejoras de la Administración. No hay duda de que estando en la sociedad del conocimiento, el predominio de la memoria no parece que permita rentabilizar las capacidades de los aspirantes, que son muchas y así suelen demostrarlo cuando llevan a cabo sus tareas. Se quedan por el camino muchos aspirantes que podrían aportar talento a la administración. Teniendo que hacer frente a múltiples tareas de planificación estratégica y de liderazgo, enfrentar la constante evolución de las nuevas tecnologías, nos obliga a replantear la forma en que se selecciona a los llamados a las funciones directivas y a las profesiones jurídicas. Y todo ello porque resulta imposible abarcarlo todo y porque la evolución de la sociedad del conocimiento y las nuevas tecnologías nos van a obligar a un reciclaje permanente y a la necesidad de una formación continua, cuando no a adquirir nuevas capacidades como consecuencia de los cambios en nuestro trabajo. Pero son los propios funcionarios seleccionados por este sistema los que más radicalmente se oponen a su reforma.

Adecuación de las pruebas a las funciones o tareas a desarrollar. Lo establece expresamente uno de los principios del Estatuto, pero ello obligaría a efectuar una revisión completa de la estructura de los cuerpos y escalas definiendo de manera expresa sus funciones y distinguiéndolas de aquellas otras que pueden ser desempeñadas de forma indistinta. Siendo, además, nuestro sistema un híbrido entre la tarea del cuerpo y el desempeño de un concreto puesto de trabajo, es necesario también definir los puestos para poder acometer la modernización de las pruebas. Porque las vacantes que se van a convocar a selección vienen definidas por las que eventualmente puedan existir en el cuerpo de referencia, con independencia del puesto que vaya a desempeñarse. Y para seleccionar por el talento y no por la memoria, y adecuar las pruebas selectivas al perfil del puesto o puestos que vayan a desempeñarse, es preciso incorporar pruebas capaces de medir habilidades, destrezas, actitudes y valores.

Agilidad, sin perjuicio de la objetividad. Otro principio que incorpora el Estatuto y que no suele respetarse. Los procesos selectivos, por fas o por nefas se alargan mucho más tiempo del que sería razonable, incumpliendo las precisas disposiciones de la Ley 30/84 respecto a que los puestos convocados en las diferentes ofertas públicas de empleo debían estar sustanciados en el propio ejercicio presupuestario al que se refieren. El profesorado, seleccionado por unos tribunales no permanentes elegidos por sorteo, es capaz de terminar la selección en el transcurso del verano cuando no hay actividad lectiva. Y otros colectivos numerosos como los MIR son seleccionados mediante una única prueba celebrada en un día concreto. Bien es cierto que el sistema de formación MIR, que se considera de una gran eficacia, incluye un buen número de años de aprendizaje hospitalario.

El sistema de selección se ha demostrado eficaz en cuanto a su agilidad en aquellos procesos con una gran cantidad de aspirantes: fuerzas de policía, profesorado, personal sanitario etc., pues al tener que hacer frente a unos colectivos de aspirantes muy numerosos, los sistemas se han perfeccionado mucho y se han hecho más objetivos e imparciales. Pero hay que reconocer que existe una gran desidia en numerosos organismos que alarga hasta tres y cuatro años la conclusión del proceso selectivo sin razón alguna.

Las nuevas tecnologías permiten hoy día la agilización de los procesos sin, como dice el Estatuto, perder la objetividad. Sistemas de preselección para los procesos masivos y desde luego el establecimiento de órganos permanentes de selección deben permitir que los procesos se agilicen. Por otra parte, no parece que resulte necesario comenzar cada vez de nuevo todo el proceso selectivo, sino que deberían establecerse mecanismos que permitan no tener que volver a ser evaluados de los conocimientos que ya hayan sido acreditados.

El coste de la preparación para el acceso descansa en el candidato y su familia. Es este uno de los más graves problemas que tiene nuestro sistema. Terminadas las carreras universitarias, quienes aspiran a ingresar en los grandes cuerpos de la Administración, singularmente los de contenido jurídico, tienen que pasar un tiempo, en ocasiones largo, dedicados exclusivamente a la preparación de las oposiciones, sin que exista ningún tipo de beca o ayuda que permita mantenerse durante ese tiempo y hacer frente a los gastos que conlleva. Ello significa que los sectores más desfavorecidos no pueden aspirar, por falta de capacidad económica, a su ingreso en los grandes cuerpos de la Administración. Y así, solo las clases medias y altas, y en multitud de ocasiones los hijos de los propios profesionales de la función pública, son los únicos que pueden aspirar a pasar unos años dedicados a la oposición, a costa de sus familias. Esto es sin duda el principal problema que hay que resolver para que efectivamente se cumpla el principio de la igualdad en el acceso al empleo público que proclama la Constitución. Tenemos, pues, unas barreras socioeconómicas de acceso a la función pública superior que es necesario remover. Porque no solo perdemos talento por este problema, sino que estamos en flagrante incumplimiento del principio constitucional de igualdad en el acceso al empleo público.

Privatización de los procesos selectivos. El imprescindible papel de la Universidad. El sistema de preparación de las oposiciones, que puede llevar dos o más años, descansa sobre un sector formado por las «academias» y los «preparadores». Cuando un posible candidato quiere comenzar a preparar las oposiciones tiene inevitablemente que acudir a una academia o un preparador, con el consiguiente coste económico. No es despreciable desde el punto de vista económico este sector de actividad. Pero resulta evidente que es un sector privado que ha privatizado el proceso de acceso a los Altos Cuerpos de la Administración. Además, por su importancia económica el sector condiciona, en buena medida, el tipo de pruebas y supone –y tengo experiencia directa en ello– un factor de contención en cualquier proceso de reforma. Por otra parte, la tarea de preparar recae por regla general en los propios funcionarios del Cuerpo para el que se va seleccionar, sin que quede claro en ningún caso que los profesores de las academias y los preparadores cumplan siempre y estrictamente con la legislación sobre incompatibilidades e, incluso, con los correspondientes deberes fiscales derivados de los ingresos que proporciona esta actividad. Un sistema alternativo sería encargar la mayor parte de este proceso de preparación de los opositores a las Universidades Públicas, como sucede en otros países de la UE. El proceso de Bolonia, con la creación de los másteres, permitiría que las Universidades formalizaran diversos cursos específicamente indicados para participar en las oposiciones. Ello tendría otra ventaja adicional y es que, para el supuesto de suspender en la oposición, el candidato

dispondría de un título universitario, con el que podría dedicarse a otras actividades privadas.

Los órganos de selección. La Ley 30/84 estableció la prohibición de que los órganos de selección estuvieran constituidos mayoritariamente por miembros del mismo cuerpo que se trataba de seleccionar, con objeto de evitar el corporativismo. La disposición ha tenido algún recorrido, pero, desde luego, al incorporarse individuos de otros cuerpos afines, los objetivos de la ley no se han cumplido plenamente. El Estatuto establece como características de los órganos de selección su independencia, que debe entenderse del órgano que tiene la competencia para nombrarlos, y como correlato de esta independencia la discrecionalidad técnica a la hora de ejercer sus funciones selectivas. Principios importantes que sin duda se cumplen en la mayoría de las situaciones. Quizá como señalan los autores del libro colectivo, publicado por el INAP, «Nuevos tiempos para la función pública», sería muy conveniente, para dar cumplimiento al principio de transparencia, definido también en el Estatuto Básico que, a la manera de la ENA francesa, los tribunales vinieran obligados a publicar los mejores exámenes de la respectiva convocatoria y los criterios que han aplicado en la evaluación de los opositores. Tenemos, finalmente, que referirnos a los principios de imparcialidad y profesionalidad que deben predicarse de los órganos de selección. El primero, aunque el nombramiento sea de la autoridad administrativa competente, debe presumirse en un órgano colegiado constituido por al menos cinco miembros. Y respecto de la profesionalidad creemos que el sistema debe ser modificado. El que los tribunales estén constituidos por funcionarios en activo, que tienen que hacer frente, mientras dura el proceso selectivo, a sus específicas responsabilidades y tareas, y a los que no se ha exigido ninguna condición especial para formar parte del mismo, salvo su pertenencia a un cuerpo superior, no nos parece que fomente la profesionalidad necesaria para participar en un proceso selectivo. Para que pueda predicarse esa profesionalidad de los órganos de selección, los mismos debían tener algún tipo de carácter permanente y para formar parte de ellos debería exigirse algún tipo de especialización en este tipo de tareas.

Cursos de formación inicial y periodos de prácticas. La adecuada preparación de los opositores, seleccionados por el talento y no por la memoria, exigiría, en el modelo de escuela de funcionarios, la celebración de algún curso inicial, dedicado básicamente al aprendizaje de las técnicas precisas para el desempeño del puesto al que vaya a ser destinado. Y no estaría de más tampoco que al mismo siguiera un periodo de práctica, de la suficiente duración, como para permitir que el funcionario, al incorporarse a su responsabilidad conozca la práctica de su oficio. El sistema MIR del que se ha hecho referencia antes es un buen ejemplo que podría aplicarse a otros colectivos. En un algún momento se planteó que no tenía sentido que un juez, terminada la oposición y el curso en la Escuela Judicial, pasara directamente a encargarse de un órgano judicial sin haber efectuado un largo y eficaz periodo de prácticas en algún juzgado.

3. La formación como aprendizaje a lo largo de toda la vida

Si hemos criticado el contenido memorístico de las oposiciones y los demás problemas que se plantean, que como hemos dicho repercuten de manera negativa en el principio de igualdad definido por la Constitución para el acceso al empleo público, no es porque creamos que el procedimiento no tenga algunos beneficios. La prueba es que nuestros juristas han sido seleccionados por dicho procedimiento y su actuación en las administraciones puede calificarse de notable. Con todo no estará demás pensar en medidas de discriminación positiva que aseguraran ese principio de igualdad.

Nos hallamos en la sociedad del conocimiento, y la gestión del conocimiento dentro de las organizaciones se nos revela como un elemento estratégico decisivo para el presente y desde luego para el futuro.

La extensión del uso de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, fenómeno imparable al que se enfrentan todas las profesiones jurídicas, exige que nos planteemos una formación que no puede terminar en recitar de memoria todo un extenso temario, al que por otra parte, una palabra del legislador puede dejar obsoleto antes de que terminen las pruebas. Resulta imposible abarcarlo todo. Las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y la sociedad del conocimiento exigen un cambio radical en la formación de los juristas de las administraciones y se rebelan como un factor condicionante de la formación; formación que por otra parte no resulta barata.

La formación continua ha devenido en un aprendizaje a lo largo de toda la vida y se ha convertido en un deber ineludible de todo funcionario, y de manera precisa de los actores jurídicos. Pero el objetivo básico debe ser la mejora de las organizaciones y su funcionamiento.

Las necesidades de formación derivan de las necesidades de las organizaciones, no de los individuos, y para que sea eficaz ha de aplicarse no de manera individual sino colectiva, mediante los oportunos planes de formación. También debe anticiparse a los retos de la organización y no copiar de instituciones ajenas, que seguramente resultarán eficaces en el ámbito privado de los negocios, pero que no resultan apropiadas para el sector público. La formación ha de estar ligada necesariamente al propio desarrollo profesional. No puede concebirse la formación sin la carrera y la carrera debe estar en inmediata relación con la formación. Es necesario aplicar las nuevas tecnologías profusamente. La formación se configura así como un elemento básico de la carrera funcional. El siglo XXI necesita en la administración juristas dispuestos a aprender siempre.

4. Juristas adaptados a las nuevas tareas de la Administración General del Estado

Las Administraciones Públicas españolas han sufrido en los últimos tiempos profundas transformaciones y constituyen hoy también realidades diferentes entre ellas. Sin duda todas han mejorado respecto a etapas anteriores, pero lo han ido haciendo sin una hoja de ruta precisa, siguiendo una lógica más de cambio incremental que de política pública de modernización administrativa. Nuestras Administraciones se han ido adaptando a las grandes transiciones representadas por el fenómeno descentralizador que supuso el estado de las autonomías, sobre todo a partir de la igualación de las competencias por la transferencia de los grandes servicios públicos de educación y sanidad; la incorporación a Europa y el papel de pertenencia a una superestructura territorial más amplia; el incremento de las políticas sociales y los derechos derivados del estado del bienestar, y últimamente han tenido que adaptarse rápidamente a la globalización y a la revolución tecnológica. Y aunque, sin duda, todas estas adaptaciones se hayan hecho de manera razonable, no creemos que las capacidades administrativas disponibles en el conjunto de nuestro sistema administrativo hayan sido las apropiadas para hacer frente a fenómenos de tal envergadura. El déficit de esas capacidades administrativas, y los problemas relacionados con las tareas de la alta función pública, se han puesto particularmente de relieve cuando han llegado los momentos de crisis, la primera como consecuencia de la crisis económica y la segunda, y de manera muy precisa, con motivo de la pandemia del COVID 19. Pero no son los momentos de crisis los mejores para aplicar políticas de modernización, reforma o perfeccionamiento interno de las

Administraciones Públicas ni para sugerir orientaciones estratégicas que contribuyan a elevar las capacidades institucionales de las mismas.

La Administración General del Estado asume múltiples actividades que presentan, a su vez, objetivos y necesidades de gestión distintas entre sí. Así, frente a las tradicionales funciones administrativas y de prestación de servicios, la Administración General del Estado debería asumir actualmente, un repertorio de funciones de diseño y planificación de políticas, coordinación y cooperación interadministrativa, que hacen difícilmente reconducible a un único modelo organizativo y procedimental tal diversidad funcional.

Sin embargo, a pesar de estos elementos de complejidad, multiplicidad y diversidad funcional y estructural, el modelo organizativo general de la Administración General del Estado presenta rasgos que no responden a dicha complejidad. Así, el modelo se basa en una uniformidad organizativa que desde luego no resulta generalizable para todas las situaciones y para todos los organismos que integran la Administración General del Estado, lo que sin duda provoca serios desajustes. Por otra parte, el modelo es válido para una Administración básicamente gestora y ejecutiva, pero hay que tener en cuenta que buena parte de las funciones de la Administración General del Estado ya no son de gestión directa. Estas funciones han sido transferidas a las Comunidades Autónomas, que son las que tienen ahora esas competencias directas de gestión. La concepción del Ministerio como único eje vertebrador de la Administración, con un esquema organizativo prácticamente idéntico, independiente de cuál sea la naturaleza de las funciones a desarrollar o de cuál sea su relación con las competencias transferidas a las Comunidades Autónomas, conlleva la persistencia de un modelo organizativo propio de una Administración gestora. Y si excluimos a la Agencia Tributaria y a la Administración de la Seguridad Social, pocos organismos quedan con una función únicamente gestora y que se extienda por todo el territorio nacional. La realidad es que la Administración General del Estado, con cada vez menos gestión, tiene que desarrollar nuevas capacidades que exigen nuevos modelos organizativos que permitan la aplicación de nuevas técnicas de dirección.

Hemos señalado en el punto anterior la existencia de una alta función pública en todos los niveles administrativos, que permite afirmar que las administraciones cuentan con una cantera de personas con la preparación y experiencia profesional suficiente para poder dar cobertura a los diferentes puestos de las distintas organizaciones en donde sean necesarios sus servicios a la hora de definir y llevar a cabo las diferentes políticas públicas y contribuir a sugerir orientaciones estratégicas que contribuyan a elevar las capacidades institucionales de tales administraciones.

Para formular políticas públicas eficaces, que respondan a las necesidades de los ciudadanos, es necesario que las administraciones cuenten con una capacidad, estructurada de modo tal que permita al Gobierno plantear las políticas específicas teniendo en mente todo el sistema político-administrativo. Para ello la actuación pública se ha de llevar a cabo de tal modo que quede claro que sirve a los intereses de todos los ciudadanos, se atiende al impacto a largo plazo de las políticas, no se introducen cargas injustificadas para las próximas generaciones, se adoptan medidas «duras» cuando es necesario y se protege siempre el interés público frente a todo tipo de intereses privados. Además, las políticas deben evidenciar que se actúa con sumisión a la Constitución y a las leyes; se trata con justicia a los ciudadanos, respetando sus derechos individuales y colectivos; se mantiene el sentido de seguridad; se toman decisiones de modo transparente, y se salvaguarda todo el entramado al partir de la evaluación honesta e independiente de lo conseguido.

El establecimiento de una nueva política pública exige elaborar una estrategia que obtenga y mantenga el apoyo necesario para implementarla. Asimismo, hay que tener muy presente que las políticas públicas tienen hoy una naturaleza más política que técnica, pero que resulta indispensable para ponerla en marcha y que resulte eficaz. Los procesos por los que la administración correspondiente las concreta exigen que todos los actores que intervienen en las decisiones públicas actúen con el mayor grado posible de preparación técnica, usando los instrumentos y herramientas que resulten más apropiados y teniendo en cuenta tanto el entorno internacional como nacional, en sus facetas políticas, sociales, tecnológicas, económicas e institucionales. Todo ello acompañado de un liderazgo coherente y eficaz, con un pensamiento estratégico, que imponga que todos los planes que formule y apruebe cuenten con medidas de control paralelos que sirvan para detectar en el tiempo las consecuencias indeseadas de los planes aprobados.

No cabe duda que la Administración General del Estado, como se ha señalado más arriba, cuenta con una alta función pública de gran cualificación profesional. La pregunta subsiguiente es si esas capacidades se aplican debidamente para las tareas que en el momento presente tiene que cumplir la Administración General del Estado, que tienen mucho que ver con la existencia de 17 Comunidades Autónomas, con gobiernos y parlamentos propios y con un gran nivel competencial, en temas que afectan muy directamente a los ciudadanos.

Para estas exigencias organizativas es para lo que se necesitan funcionarios bien preparados, capaces de asesorar adecuadamente a los responsables políticos y de aplicar técnicas adecuadas. No cabe duda del sistema de selección de los mismos y su formación resultan elementos estratégicos, por lo que a ello hay que dedicarse con rigor. Las administraciones necesitan personal con muy altas cualificaciones, pero los procesos selectivos y de formación más bien miran para otro lado y siguen pautas excesivamente tradicionales.

Bibliografía

- Velázquez López, F.J., (2021). *El burócrata disruptivo: para comprender la administración pública*. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. CLAD.
- Ramio Matas, C. (2021). *Innovación pública en Iberoamérica: presente y tendencias de futuro*. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. CLAD.
- Areses Vidal, X., Blanco Gaztañaga, C., Colmenares Soto, P., Fernández Palomares, E., Gallego Torres, A., Gómez de Villalobos, G., Íñiguez Hernández, S., Labrada Tellado, M.L., Mapelli Marchena, C., Pastor Sainz-Pardo, I., Souto Alonso, J. (2017). *Nuevos tiempos para la función pública. Propuestas para atraer y desarrollar el talento en la Administración General del Estado*. INAP.
- Castillo Blanco, F.A. (2021). Un sistema de empleo público distópico: ¿Será preciso reformar el EBEP? *Documentación Administrativa*, (7), 8-32. <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/10889>.
- Villameriel, L.P. (2020). *Una propuesta legislativa para modernizar las oposiciones*. ENDYMION.

Futuro de la formación jurídica. Especial aproximación al sistema de oposiciones

Future of legal training. Special approach to the public examinations system

Dulce Calvo González-Vallinas

Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España

dcalvo@registradores.org

Cita recomendada:

Calvo González-Vallinas, D. (2022). Futuro de la formación jurídica. Especial aproximación al sistema de oposiciones. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 411-419.

DOI: <https://doi.org/0.20318/eunomia.2022.7161>

Recibido / received: 08/07/2022
Aceptado / accepted: 22/07/2022

Resumen

Tras una breve valoración de la evolución del sistema educativo español, este artículo trata de analizar cómo podría adaptarse la formación académica del jurista de mediados del siglo XXI para hacer frente a las exigencias de la sociedad moderna. Asimismo, se hace una aproximación al sistema de oposiciones para el acceso a la función pública, valorándose positivamente, sin perjuicio de la posibilidad de su mejora y adaptación.

Palabras clave

Formación jurídica, juristas, oposiciones, deontología

Abstract

After a brief assessment of the evolution of the Spanish educational system, this article tries to analyze how the academic training of the jurist in the mid-21st century could be adapted to meet the demands of modern society. Likewise, an approximation is made to the public examination system for access to the public service, which is positively evaluated, notwithstanding the possibility of its improvement and adaptation.

Keywords

Legal training, jurists, public examinations, ethics

SUMARIO. 1. El sistema educativo en España: un modelo en constante revisión. 2. Modificación de los estudios jurídicos. 3. La formación de los juristas en las próximas décadas. 4. Un ámbito específico: las oposiciones.



1. El sistema educativo en España: un modelo en constante revisión

Hablar de la formación de los juristas de mediados del siglo XXI exige hacer una primera aproximación a los profundos cambios que la educación en general está experimentando en España en las últimas décadas.

Desde finales de los años sesenta del pasado siglo fueron imponiéndose en el mundo educativo nuevas tendencias pedagógicas que empezaban a poner en entredicho valores que, hasta ese momento, se consideraban intocables. La consideración del profesor como una autoridad incontestable en el aula comenzó a ser revisada, aplicando al ámbito escolar, así como al universitario, principios democráticos en la toma de decisiones que provenían del campo de la vida política. Así, se fueron haciendo cada vez más relevantes en la comunidad educativa instituciones como el consejo escolar, que permitía la participación en la organización y gobierno de los colegios y universidades de los alumnos y de los representantes del personal no docente. De igual forma, las asociaciones de padres se convirtieron en un sujeto activo en la vida colegial. Este proceso se ha ido haciendo cada vez más intenso, hasta el punto de que algunas asociaciones de profesores denuncian que estos han pasado a tener un papel secundario en la gestión escolar.

En paralelo se han ido imponiendo muchos límites a la autoridad que el profesor ejercía sobre los alumnos. Sin necesidad de centrarnos en casos extremos, en los que incluso se producen incidentes de violencia contra profesores, es cierto que, tanto en los colegios como en los centros universitarios, los profesores se quejan de que ya no tienen recursos para mantener adecuadamente el orden en las clases y que su autoridad sobre los alumnos ha caído a niveles inaceptables. Además de la modificación de aspectos formales como los relativos al uso del usted cuando un alumno se dirige a un profesor, hay hechos incontestables como la práctica cada vez más habitual de las revisiones de exámenes hechas en presencia de testigos, para evitar posibles denuncias por abuso de autoridad.

Desde el punto de vista de los contenidos de la educación obligatoria, las sucesivas leyes, que han mantenido el sistema educativo en constante estado de cambio y reordenación, han caminado hacia una rebaja en los niveles de exigencia para superar los exámenes y para pasar de curso. Oímos constantemente noticias que causan cierta perplejidad sobre la eliminación del currículo formativo de ciertas materias que siempre se han considerado esenciales para la formación humana y que, desde la perspectiva de la formación de futuros juristas, parecen de una capital importancia. Que las lenguas clásicas o la filosofía desaparezcan casi por completo de la educación secundaria o del bachillerato implica un déficit formativo que sin duda afectará al futuro estudio de materias como el Derecho Romano, el Derecho Natural o la Filosofía del Derecho. Otro tanto cabe decir de la reducción de contenido en la asignatura de Historia, tendiéndose cada vez más a una perspectiva regionalizada del estudio de nuestro pasado, generándose la pérdida de una visión global que es la que permite entender el porqué de las normas y su origen. Y los planes que nos anuncian para los próximos cursos no mejoran precisamente este vaciamiento de conocimientos sobre la Historia.

Otro de los aspectos que ha sufrido un mayor desgaste con todo este proceso de reformas ha sido el de la valoración de la capacidad memorística de los alumnos. Se ha pasado de un excesivo realce del aprender de memoria todas las materias, desde las tablas de multiplicar o la tabla periódica de los elementos, hasta la lista de los reyes godos, a un desprecio total por esta capacidad de la mente humana que tan necesaria resulta en el desenvolvimiento de la vida personal y profesional de los seres humanos.

Finalmente, hay que hacer alusión a la eclosión de las nuevas tecnologías, de Internet y de las redes sociales, que han impuesto nuevas formas de trabajo para profesores y alumnos. Los cuadernos han sido sustituidos por *tablets*, las enciclopedias por consultas en la red y los libros son electrónicos. Por su parte, los padres participan de forma cada vez más activa en la vida escolar por medio de toda suerte de aplicaciones que permiten conocer en tiempo real lo que hacen sus hijos en el colegio.

Quienes promueven y defienden estas tendencias educativas resaltan que con ello buscan promover una enseñanza respetuosa con la diversidad de ritmos y caminos que muestran cada uno de los alumnos en su proceso de aprendizaje y que intentan ajustarse lo máximo posible a las diferencias individuales, celebrando y reconociendo el trabajo y esfuerzo personal de cada uno. El resultado de la personalización del aprendizaje es un aprendizaje al que el alumno le puede dar un sentido personal, considerando, por ende, el currículo y su contexto personal y social.

2. Modificación de los estudios jurídicos

La mayor parte de las tendencias que acabamos de exponer no son privativas de la enseñanza media y del bachillerato, sino que están también presentes en la universidad. Pero, además, los estudios jurídicos han vivido una auténtica revolución en España como consecuencia de la implantación de lo que se conoce como el «plan Bolonia».

En 1998, en La Sorbona, cuatro países firmaron un acuerdo de colaboración para armonizar los estudios superiores. Un año después es pacto se extendió a 29 países en lo que se conoció como la Declaración de Bolonia. Ahora son casi cincuenta Estados los que se han adherido. El plan Bolonia supone una guía que se debía seguir por todos los sistemas educativos con el objetivo de facilitar el intercambio de titulados entre países, así como un contenido adaptado a las demandas sociales y profesionales actuales. Con todo ello se pretende mejorar la competitividad en el continente.

Desde finales de la primera década de este siglo se empezó a implantar en España. Las principales novedades que ha supuesto en el campo de los estudios jurídicos son, entre otras, las siguientes:

- De la tradicional licenciatura de cinco años de duración, se ha pasado a un sistema de grado de cuatro años y la posibilidad de completar luego la formación con algún máster.

- Hay también un cambio total del concepto del trabajo del alumno. El nuevo Grado en Derecho se integra por los 240 créditos ECTS que debe adquirir el estudiante a lo largo de cuatro años (frente a los 300 créditos de la Licenciatura). Debe destacarse –porque ésta es una de las claves de la reforma– que para el cálculo de lo que supone un crédito en el aprendizaje lo relevante ya no es el número de horas lectivas que correspondan a cada materia, sino la carga de trabajo que la consecución de unos objetivos supone para el alumno. Un crédito ECTS implica de 25 a 30 horas de trabajo del estudiante, horas de trabajo en las que se computan las presenciales (un tercio, aproximadamente, distribuidas en clases magistrales, seminarios, clases prácticas, tutorías, etc.) y las no presenciales (estudio personal, preparación de los casos y lecturas propuestos, etc.). En síntesis, menos clases y más trabajo del alumno.

- Los contenidos son los mismos que ofrecía la licenciatura, aunque, naturalmente, han debido comprimirse por la menor duración del grado. La metodología tradicional, que había atribuido un peso muy relevante a la clase magistral, se sustituye parcialmente por un nuevo modelo en el que ya no prima tanto la exposición completa y sistemática de las materias, sino que deja un espacio notable al acercamiento tópico a aquéllas, a través de la resolución de casos prácticos, la lectura de artículos seleccionados o resoluciones jurisdiccionales, ponencias encargadas a los estudiantes, etc., en grupos de enseñanza reducidos.

- En cuanto a los sistemas de evaluación, también la nueva metodología impone introducir medios más complejos de valoración de la adquisición de competencias y de cumplimiento de objetivos del aprendizaje, que el examen predominantemente teórico, hasta ahora dominante, que tenía la exclusiva finalidad de evaluar la adquisición de conocimientos de una asignatura.

- Las diferentes universidades se esfuerzan por ofrecer unos currículos cada vez más especializados, con asignaturas optativas de muy diverso contenido.

- Se han potenciado enormemente los dobles grados que permiten al alumno obtener dos titulaciones en menos de seis años.

3. La formación de los juristas en las próximas décadas

Con todo este panorama no resulta fácil proponer conclusiones seguras sobre las pautas a seguir en la formación de los juristas del futuro. No obstante, sí que parece posible esbozar al menos algunas ideas que no deben perderse de vista al diseñar el sistema de estudios del Derecho en España.

En este sentido, podríamos tratar cuatro bloques de ideas esenciales: un primer bloque relativo al origen, principios y valores que subyacen al ordenamiento jurídico; un segundo bloque relativo al contenido concreto de la formación universitaria, asignaturas y materias a tratar; un tercer bloque relativo a habilidades, destrezas que deben adquirirse o desarrollarse en la etapa universitaria y un cuarto bloque en relación con las formas de enseñanza.

1º. Origen, principios y valores del ordenamiento.

A) Conocer el origen de nuestro sistema jurídico

Debe conservarse, en un plan de estudios jurídicos, un espacio inicial que permita conocer y entender la evolución histórica de nuestro Derecho, con especial atención a aquellos sistemas jurídicos, como el romano o el germánico, que han tenido una mayor influencia en la conformación de las instituciones jurídicas que todavía rigen nuestras vidas. Sin conocer los orígenes resulta imposible entender el sentido de las normas que hoy tenemos que aplicar.

B) Los grandes principios éticos y morales que fundamentan nuestro sistema

De igual manera, parece imprescindible que el jurista tenga al menos una aproximación a los valores que están detrás de nuestro ordenamiento jurídico. Para ello es necesario seguir manteniendo una formación básica en Derecho Natural y Filosofía del Derecho. También es de vital importancia el conocimiento de los principios constitucionales que están en la base de nuestro ordenamiento jurídico.

Los juristas no son meros aplicadores de normas, sino que han de comprender por qué existen esas normas y a qué esquema axiomático responden. Solo de esa forma se aprende a interpretar adecuadamente las leyes que habrán de aplicar en su vida profesional.

En relación con lo anterior, el estudio de derechos humanos y libertades fundamentales, así como las materias de ética profesional y deontología son también esenciales.

2º. Contenido, asignaturas y materias.

A) Un adecuado diseño de las materias troncales

Aunque el derecho actual es sumamente complejo y altamente especializado, hay tres grandes materias que están en el origen de todas las demás, y sin las cuales resulta imposible entender el resto. Se trata del Derecho Civil, eje fundamental de todo el derecho privado y sede de los conceptos jurídicos básicos (personalidad, capacidad, negocio jurídico, contrato...); Derecho Administrativo, que regula los elementos esenciales de la organización del Estado y de la relación de los ciudadanos con los poderes públicos; y, finalmente, el Derecho Penal, que aborda la sanción de las conductas más graves y perturbadoras del orden social. Si la formación en estas materias es buena, el salto a la especialización será fácil.

B) Especialización de contenidos

Un adecuado sistema de competencia entre universidades facilitaría una oferta variada de especialidades, con diseños curriculares distintos según la rama que se pretenda escoger. Incluso dentro de una misma rama (privada, pública...) existe suficiente margen para organizar procesos de especialización en materias cada vez más concretas.

En consecuencia, se partiría de una parte general, básica y común, importante, y luego esta especialización para introducir más versatilidad en el plan de estudios. Pues es innegable que el plan de estudios ha de ser más flexible, y, en este sentido, podría servir de inspiración el modelo norteamericano.

C) Complemento de otras materias no estrictamente jurídicas

La complejidad de la actividad profesional demanda de los futuros juristas el manejo de otras disciplinas distintas de las estrictamente jurídicas. Todos los operadores jurídicos, en el día a día, necesitan ciertas nociones o conocimientos, aunque sean básicos, en materias económicas, financieras, de contabilidad, tan importantes para la actividad empresarial; de desarrollo de negocio; formas de negociación para las soluciones alternativas de conflicto (mediación, conciliación, arbitraje); la psicología, esencial en el campo de la gestión de recursos humanos; determinadas áreas del mundo científico, para las especialidades criminológicas; o las nuevas tecnologías, para el ámbito del *legal tech*, etc.

Por ello es esencial que se configuren optativas y dobles grados que aúnen estos conocimientos con los propiamente jurídicos, a fin de satisfacer la demanda cada vez más creciente de profesionales altamente especializados para cada área.

D) Internacionalización

También, en relación con el contenido de la enseñanza, no puede obviarse la perspectiva internacional. Un mundo globalizado demanda juristas abiertos a trabajar en diferentes países y con distintos sistemas jurídicos. Para ello los procesos formativos deben, no solo educar en una mentalidad proclive al conocimiento de esa diversidad, sino también planificar una adecuada política de intercambios que permita a los estudiantes cursar una parte de su formación fuera de España, consolidando el manejo de otros idiomas y aproximándose a conocer otros sistemas jurídicos.

Y es que, aunque no se quiera trabajar fuera de España, hoy en día, las materias de Derecho Internacional, Derecho Comunitario se erigen en esenciales para la completa formación de un jurista. Existe una notable influencia de los sistemas extranjeros y, en particular, una intensa producción normativa desde la Unión Europea. Muchísimas normas nacionales en realidad son transposición de Directivas. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea está motivando importantes modificaciones de nuestro ordenamiento. La formación en este ámbito es ineludible.

Otras asignaturas, más propias del ámbito de la investigación, también son muy interesantes en relación con la internacionalización, como es caso del Derecho Comparado. Se trata de una asignatura que permite conocer otros sistemas y ver qué soluciones se dan a problemas que también existen en nuestro ordenamiento o en nuestra sociedad. De hecho, es una técnica que el legislador suele tener muy en cuenta.

3º. Habilidades.

En la universidad el alumno debe aprender a razonar, a interpretar, a saber aplicar la norma según las circunstancias concurrentes.

La capacidad de argumentación jurídica es esencial, así como la expresión. En el mundo jurídico expresarse con rigor es fundamental. Hay cuestiones de matiz que pueden modificar totalmente el sentido de lo que se dice. La persona que se vaya a dedicar al mundo jurídico debe saber expresarse con rigor. Para ello, es preciso incidir e insistir en la exposición oral, a través no solo de monografías, trabajos, simulación de casos, sino también de exámenes orales. Los exámenes orales constituyen un medio eficaz para que el profesor pueda llegar al convencimiento de que el alumno ha entendido la materia. El alumno puede ser preguntado sobre muchas más cosas y es más fácil detectar si lo ha entendido todo bien o, por el contrario, no ha podido asimilar algún concepto. El alumno, a su vez, se beneficia de poder practicar esa habilidad de exposición oral.

También deben impartirse medios y formas de investigación. Ya hemos aludido al Derecho Comparado; asignaturas como esa o como el Análisis Económico del Derecho, propias del ámbito de la investigación, son fundamentales. Conocer esa forma de analizar las normas, el análisis de beneficio y costes, conocer cómo se crean las normas, los trabajos preparatorios, como crear normas. Se trata, en definitiva, de contribuir a un desarrollo jurídico de calidad; de plantear cuestiones como: ¿Qué normas haríamos ante tal o cual circunstancia nueva? Con ello se logra crear esa mentalidad jurídica y que el alumno se acerque al Derecho con visión analítica, crítica y constructiva; que sepa moverse por el ordenamiento jurídico con soltura, que sepa conectar las normas, y saber de dónde vienen, qué principios y valores las orientan.

4º. Formas de enseñar

A) Nuevas maneras de enseñar

Ya se ha insistido, en la primera parte, en los cambios que han acontecido en relación con los métodos pedagógicos en los últimos cincuenta años. ¿Cómo coordinar estas tendencias en la universidad para la formación del jurista?

No resulta fácil armonizar las distintas perspectivas que tradicionalmente han existido sobre la forma de enseñar el Derecho y de evaluar a los alumnos. Creemos que deben respetarse tres premisas básicas en este proceso:

- Aprendizaje de contenidos: no podemos orillar esta perspectiva fundamental para la formación del jurista. Las normas jurídicas han de ser conocidas por los que aspiran a ejercer como profesionales del Derecho. No se puede saber lo que es la propiedad o el usufructo, el acto administrativo o el delito de homicidio, sin estudiar el Código Civil, la Ley de Procedimiento Administrativo o el Código Penal. Una parte esencial de las instituciones jurídicas ha de seguir siendo objeto de estudio con los esquemas tradicionales. Y los exámenes que comprueben que el alumno ha aprendido esos conceptos básicos deben seguir siendo fundamentales para su evaluación.

- Perspectiva práctica: desde que un alumno empieza a adentrarse en una rama concreta del Derecho debe entender su aplicación práctica y su utilidad. Es la forma idónea de despertar su interés. Resulta fundamental trabajar con casos prácticos, lo más reales posibles, participar haciendo prácticas en despachos, instituciones, organismos y empresas de todo tipo, que permitan a los estudiantes descubrir la realidad práctica y les facilite la elección de la especialidad y de su futuro profesional. Trabajar con sentencias o resoluciones que aborden la aplicación de las distintas instituciones jurídicas es el mejor método para su adecuado aprendizaje, así como el análisis de artículos especializados. En este ámbito sí parece adecuado el sistema moderno de evaluación de competencias que tenga en cuenta los trabajos realizados por los alumnos en las distintas actividades. No obstante, no se debe perder de vista que para la profesionalización la carrera profesional es muy larga, y en la universidad debe adquirirse una formación jurídica sólida.

- Impacto de las nuevas tecnologías: vivimos en una sociedad en la que todo pasa por el uso del móvil, de las *tablets*, de las redes sociales, y de Internet en general. La enseñanza del Derecho no puede estar al margen de ello. Las universidades no pueden vivir ajenas a la realidad social y por ello han de hacer un constante esfuerzo para mantenerse al día y poner a disposición de los alumnos las mejores herramientas tecnológicas. No se puede formar a los futuros juristas con medios tradicionales porque, cuando lleguen a la vida profesional, se van a encontrar con unos sistemas de trabajo que nada tienen que ver con esos medios. Los alumnos deben tener al alcance el uso de herramientas digitales, para lograr habilidades básicas, pero esenciales, como la destreza en la utilización de bases de datos, y otras más técnicas y especializadas en el manejo de aplicaciones y programas que la tecnología de la información desarrolla constantemente. Las nuevas tecnologías deben abordarse y estar presentes no sólo como herramienta sino también como objeto mismo del Derecho, en aspectos tan importantes y de actualidad como la inteligencia artificial o la robótica.

4. Un ámbito específico: las oposiciones

El proceso de selección tradicional para los que pretenden acceder a los cuerpos jurídicos de la Administración ha sido la oposición libre. Como casi todo en la actualidad también el sistema de oposición es objeto de discusión y se oyen todo tipo de propuestas para su reforma o sustitución. Las críticas se centran en su carácter memorístico y en la dificultad que entrañan para las nuevas generaciones que se han educado en planteamientos de aprendizaje diferentes.

Partimos de una premisa esencial: el método de la oposición sigue siendo el mejor sistema para la selección de funcionarios públicos. Ninguna otra alternativa garantiza la igualdad de todos los ciudadanos ni ofrece los niveles de objetividad en la evaluación. La previsión del artículo 103.3 de la Constitución Española, sobre la exigencia de que la regulación del acceso de los funcionarios públicos se base en los principios de mérito y de capacidad, solo cabe cumplirla a través de un sistema objetivo que compruebe de forma imparcial los conocimientos y la preparación del candidato. El sistema de oposición garantiza que cualquier candidato, al margen de su situación socioeconómica, pueda acceder a profesiones públicas que, de otra forma, estarían reservadas a personas que tengan la suficiente influencia económica, política, social o de cualquier otro tipo.

¿Cómo ha de ser el sistema de oposiciones en el futuro próximo? Ha de estar basado en los siguientes principios:

- El opositor ha de acreditar el conocimiento de un solvente conocimiento de los temas teóricos en los que se recoge la materia propia prevista en el programa. Los exámenes orales y públicos son el mejor instrumento para evitar la discrecionalidad o arbitrariedad del tribunal y garantizar su objetividad.

- Los programas de las oposiciones han de estar en continua revisión para mantener la adecuada actualización de los conocimientos que han de acreditar los opositores.

- También ha de existir un examen práctico que permita comprobar si el opositor ha interiorizado y comprendido bien lo estudiado y si sabe aplicar correctamente las normas a las diferentes situaciones que habrá de afrontar en el desempeño de su función.

- Ha de haber toda la transparencia posible en los procesos de convocatoria de plazas, formación de tribunales y desarrollo de los exámenes.

- Han de arbitrase las medidas precisas para garantizar el acceso al sistema a todos los ciudadanos, con independencia de sus circunstancias económicas. En esta línea de trabajo, el Colegio de Registradores, a través de la Fundación Registral, trabaja para la atención integral de los opositores a Registros. Además de una información completa sobre la oposición (temarios, convocatorias, preparadores...), se ofrecen becas que permiten el sostenimiento del opositor durante el periodo de preparación para que no existan barreras económicas en el acceso a la oposición. Así, en 2021 han aprobado seis personas becadas. Teniendo en cuenta que la convocatoria es de 50 plazas, la proporción no es nada desdeñable. También se está trabajando en un proyecto para ofertar un curso de especialización para aquellos opositores que no consigan el objetivo, a fin de que puedan reciclarse y acceder al mercado laboral después de los largos años de preparación de la oposición.

En todo caso la formación ha de ser constante para todo operador jurídico. La formación ha de ser permanente, debemos estar siempre actualizados para prestar un servicio de calidad a la sociedad. La relación con la universidad ha de ser continua e indisoluble.



Preparación de los futuros abogados

The training of future lawyers

Gonzalo Martínez-Fresneda Ortiz de Solórzano
Abogado en Martínez-Fresneda Abogados
gfresneda@gfresneda.com

Cita recomendada:

Martínez-Fresneda Ortiz de Solórzano, G. (2022). Preparación de los futuros abogados. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 420-424

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7163>

Recibido / received: 05/07/2022
Aceptado / accepted: 28/07/2022

Resumen

Este trabajo analiza los cambios producidos en la forma de ejercer la abogacía en los últimos años. La formación que ofrecen las Universidades a los estudiantes de Derecho también debe adaptarse a estas nuevas circunstancias, que aparecen caracterizadas, sobre todo, por un predominio del ámbito penal en las preferencias laborales de los jóvenes abogados, las nuevas formas de conciliación y negociación entre el Ministerio Fiscal y los abogados defensores y, también, por el empleo cada vez más acusado de aparatos tecnológicos tanto en el trabajo diario del abogado como en el desarrollo del propio proceso penal.

Palabras clave

Abogado, derecho penal, Ministerio Fiscal, formación.

Abstract

This paper analyzes the changes in the way lawyers practice in recent years. The training offered by universities to law students must also be adapted to these new circumstances, which are characterized, above all, by a predominance of the criminal sphere in the employment preferences of young lawyers, new forms of conciliation and negotiation between the Public Prosecutor's Office and the defence lawyers and, also, the increasing use of technological devices both in the daily work of the lawyer and in the development of the criminal process itself.

Keywords

Lawyer, criminal law, Public Prosecutor, training.

SUMARIO. 1. Tiempos de cambio. 2. La figura hoy del abogado ejerciente. 3. El ejercicio de la abogacía en la jurisdicción penal.



1. Tiempos de cambio

La situación en el ejercicio de la abogacía y en la enseñanza del Derecho ha evolucionado produciendo grandes cambios en los últimos años. Estos cambios ya han sido expuestos y analizados por otros expertos en esta misma revista. En cuanto a la enseñanza, creo que lo más importante actualmente es la posibilidad de especialización a través de múltiples asignaturas optativas, dobles grado, etcétera. Se han introducido multitud de asignaturas nuevas que van orientadas específicamente al ejercicio de la abogacía (i.e. técnicas de expresión oral y escrita; clínica jurídica). Parece difícil, a la vista de los cambios sucedidos y su rápido ritmo, avanzar más en la especialización a nivel académico. En cuanto al ejercicio, me referiré solo a lo que siempre he llamado el ejercicio «libre» de la abogacía, por contraposición a los abogados de las distintas administraciones públicas.

En cuanto a las condiciones para dicho ejercicio, el cambio relevante ha sido el introducido por la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador, que regula los requisitos para la obtención del título de abogado o procurador que habilita para colegiarse en los respectivos colegios. Esos requisitos, básicamente, son los dos siguientes: (i) Poseer el título universitario de licenciatura en Derecho o de Grado en Derecho; y (ii) Una «formación especializada» que culmina con una «prueba de acceso a la abogacía». Una prueba, dicho sea de paso, regulada por la Orden 404/2014 de 14 de marzo. Esta prueba no contiene limitación en el número de plazas y es gratuita. En el caso de la Comunidad de Madrid, esta formación la imparte la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense en coordinación con el Colegio de Abogados: lo que se denomina, comúnmente, como el «Máster de acceso», en el que se enseña desde tecnología hasta la organización de despachos.

Esta modificación legal ha supuesto un cambio progresivo en la composición del perfil del abogado español, en beneficio del tipo de abogado vocacional y en detrimento del abogado que ejerce como opción residual, que antes era tan frecuente. Esta salida residual, que ha permitido la existencia de figuras tan contradictorias y peculiares como la del «abogado no ejerciente», ha difuminado el concepto mismo de abogado, en el que han tenido cabida desde el más sencillo gestor de trámites hasta los juristas más insignes.

2. La figura hoy del abogado ejerciente

Centraré mi análisis, sobre todo, en la figura del abogado que actúa como autónomo y ejerce ante los Tribunales o la Administración Pública.

La pregunta básica para enfocar la formación del abogado es la de cuál es su función en la sociedad. No hay que olvidar que, como le oí decir una vez a un abogado francés (François Sureau), el abogado es una especie de «quimera» (animal mitológico con cabeza de león y cuerpo de cabra) mitad burgués y mitad anarquista, en la medida en que vive de la aplicación de las leyes y a la vez impugna sus consecuencias cuando así toca. Es deseable que los alumnos de Derecho o, mejor, los aspirantes a abogados tengan claro este perfil dual de su función, más allá de las generales denominaciones de «colaborador de la justicia» o la de ser «garante de los derechos de los ciudadanos».

La Constitución, por su parte, sólo menciona al abogado para garantizar su asistencia a todo detenido (art. 17.3) y posibilitar su presencia en órganos como el

Consejo General del Poder Judicial (art. 122.3) o en el Tribunal Constitucional (art. 159.2). Pero no define cuál es su misión dentro de la Administración de Justicia, como sí hace con la figura del Fiscal (art. 124: «promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley (...); velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social»). El Ministerio Fiscal es un órgano de «relevancia constitucional», según el art. 2 de su Estatuto Orgánico, y el abogado, en cambio, carece de dicha categoría. El Fiscal actúa con sujeción al principio de imparcialidad, el abogado no y esto le exime del deber de veracidad. Hay que acudir al Estatuto General de la Abogacía Española (Real Decreto 135/2021, de 2 de marzo) para conocer la misión que al abogado se le encomienda en la sociedad: «velar siempre por los intereses de aquellos cuyos derechos y libertades defienden», con respeto naturalmente al Estado de Derecho (art. 1 del Estatuto). De manera que el abogado es un colaborador de la justicia dentro de un sistema de competencia con otros abogados, porque aporta los argumentos de una de las partes en contradicción, pero no deja de defender «intereses». Y aquí surge, entonces, una pregunta importante: ¿Cuál es el fin prioritario, por tanto, del abogado ante cualquier litigio: que se haga justicia o que su cliente consiga ganar? En la jurisdicción penal, la pregunta que nos hacen los profanos es la siguiente: ¿Cómo puedes alegar la inocencia de alguien sabiendo que es culpable?

Este es, podríamos señalar, el lado «anarquista» del abogado: el que le enfrenta con todo el aparato del Estado en defensa de la persona de su cliente. Los límites de su actuación son mucho más amplios que los del Fiscal (aunque sus medios, por el contrario, sean muy inferiores).

3. El ejercicio de la abogacía en la jurisdicción penal

Mi experiencia se ha centrado, de forma preeminente, en el Derecho penal, al que he dedicado la mayor parte de mi actividad profesional. Para saber hacia dónde vamos en el ejercicio de la abogacía y cuál es la dirección que debemos seguir, es necesario empezar con una mirada hacia atrás. En mis comienzos, la especialidad del penal era absolutamente minoritaria. Hoy es al revés, siendo el deseo de la mayoría de los jóvenes abogados dedicarse al ámbito del Derecho penal.

Sería largo de explicar aquí cuáles son las razones de este fenómeno (mayor visibilidad de la justicia penal en los medios de comunicación, frecuencia de juicios penales en las series de TV y plataformas, judicialización de la política a través de la proliferación de querellas, etc.). Pero, desde luego, es abrumador el predominio del Derecho penal. Esto, seguramente, debería influir en los planes de estudios de los centros dedicados a la enseñanza del Derecho, que deberían priorizar las materias que tienen que ver con el ejercicio profesional de materias penales.

En el ejercicio del Derecho penal, la experiencia me ha enseñado, después de tantos años, que lo que alguien ha llamado «los intersticios que existen entre la ley y el caso concreto» son más anchos de lo que cabía suponer. Esto significa, primero, que la función de interpretación del juez se mueve en unos márgenes considerablemente amplios (a pesar del principio de legalidad, del de tipicidad, etc. que nos enseñaron). Segundo, que el margen de actuación del abogado también es más amplio que lo que parecería si se ciñera estrictamente al análisis de los hechos y su encaje en la ley, especialmente en su faceta de abogado defensor.

Me referiré a dos de los principales cambios que se han producido en el ejercicio del Derecho penal en los últimos tiempos. Uno hace referencia tanto a los

conocimientos como a las habilidades de los abogados. El segundo se refiere más bien a éstas, sobre todo las referentes al manejo de la tecnología.

En el ámbito de la justicia penal, el cambio más relevante que se ha producido en los últimos años en España ha sido, sin duda, la introducción por vía de hecho de la negociación entre el Ministerio Fiscal y las defensas. La mayor parte de los juicios señalados para celebrarse todos los días en nuestros Juzgados y Tribunales son objeto de una negociación previa entre el Fiscal y el abogado defensor. Este acuerdo se suele resolver, por un lado, con una rebaja de la pena y, por el otro, con una aceptación de la misma y un reconocimiento de la culpabilidad. Todo ello conlleva que el juicio como tal no se celebre y se dicte directamente la sentencia pactada. Incluso existe ya en las principales ciudades un protocolo de actuación, a través de los Colegios de Abogados, para gestionar esta negociación con el Fiscal antes de llegar a juicio. Esto es lo que en el argot forense se llaman «sentencias de conformidad». Es un sistema importado del Derecho anglosajón (el famoso *plea bargain*) pero que produce contradicciones con algunos principios tradicionales del Derecho procesal español: como son el principio de legalidad, el derecho a la presunción de inocencia (que solo cede ante la prueba practicada), la búsqueda de la verdad material como objeto del proceso, etc.

Las «sentencias de conformidad» implican, en cierto modo, una ventaja: en la medida en que el poder del Estado sólo tiene que insinuarse para ser eficaz. En otro sentido son un atraso en la medida en que se prescinde de la verdad material que, en teoría, es el objetivo de la justicia penal.

En las Facultades de Derecho se explica, entre otras muchas cosas, que en el procedimiento penal rige el principio de libertad de prueba, porque su objeto es averiguar la verdad sobre los hechos que se juzgan, presupuesto de una sentencia (absolutoria o condenatoria) justa. Pero, en cambio, no se explica que en la práctica la mayoría de los procesos penales acaban con una sentencia que ha buscado dar prioridad a: a) la rapidez; b) la eficacia; y c) la economía procesal (al ahorrar a la administración de justicia el trabajo de las pruebas y los recursos). Se prescinde, por tanto, de la verdad material y de las pruebas que sirven para llegar a ella. Quizás esta manera de proceder sea, además, lo más coherente si nos creemos aquello que decía Dürrenmatt: «La realidad transcurre en planos inalcanzables para los tribunales de justicia».

Todo esto nos lleva a la exigencia de transformar la enseñanza de varias asignaturas de Derecho, introduciendo en las mismas todas las técnicas referentes a los procesos de mediación y negociación. También nos obliga a introducir salvedades en la enseñanza del Derecho procesal (mientras que no llegue una reforma de las leyes de enjuiciamiento), porque el Derecho ahora vigente decae frente a esa realidad que se impone.

Así pues, estos cambios que la realidad social exige son tan rápidos que traen consecuencias inesperadas. Tales circunstancias nos obligan a la toma de las siguientes decisiones: (i) Por un lado, determinar si hay que dar prioridad a los conocimientos o a las habilidades. Mi admirado Gonzalo Olivares hablaba de que en las escuelas de práctica jurídica se enseña desde «vicios procesales que conviene saber», hasta —decía— «técnicas golfas de ejercer la abogacía». (ii) Por otro, poner en cuestión principios que se creían inmutables (entre ellos: el principio de legalidad que vincula al Fiscal, que resulta incompatible con la negociación; el principio de inmediación, que es incompatible con el uso de las videocámaras; o el concepto de jurisprudencia como «doctrina reiterada» (art. 1.6. Código Civil) que sirve para complementar el ordenamiento jurídico, pues la interpretación por el Tribunal

Supremo se ha hecho más «fungible», como ejemplifican aquellas sentencias actuales que consideran la doctrina jurisprudencial de hace veinte años sobre el Código Penal vigente como «jurisprudencia antigua».

El segundo gran cambio que se ha producido es lo que podíamos llamar el imperio de las pantallas. Los ordenadores portátiles de los abogados son a la vez archivo de expedientes, bases de datos (jurisprudencia, doctrina), máquinas de escribir, etc. Es decir, despachos ambulantes. Hasta el punto de que ya hay muchos abogados que ni disponen de una oficina que les sirva de despacho.

En muchas ocasiones, esos ordenadores portátiles son el medio de participación en las actuaciones judiciales, tanto para presentar escritos y recibir notificaciones (sistema *LexNet*) como para intervenir en actos judiciales (videoconferencias).

Desde el año 2003, la Ley Orgánica del Poder Judicial ya preveía que se podían realizar declaraciones judiciales a través de videocámara en los casos de «personas geográficamente distantes». Esa posibilidad se ha ido ampliando y consolidando, y en la pandemia del coronavirus se ha hecho notar con toda su influencia. Desde el año 2015, un acto tan importante como la asistencia letrada al detenido, puede hacerla el abogado por videoconferencia.

Recientemente el Ministerio de Justicia ha presentado el denominado «Proyecto de intermediación y presencia digital (Escritorio Virtual de Inmediación Digital)» que permitirá a los ciudadanos y operadores jurídicos comparecer por videocámara en actos judiciales y administrativos. Es decir que, como se puede comprobar, supone lo contrario de la «inmediación» incluida en la denominación del proyecto.

Recuerdo un profesor mío de Derecho Procesal, Don Nicolás González Deleito, que nos explicaba aquel viejo apotegma:

Los tres pilares del Derecho Procesal son la jurisdicción, el procedimiento y la acción. La jurisdicción, se sabe dónde está, pero no se sabe muy bien lo que es; el procedimiento, se sabe lo que es pero no se sabe muy bien donde está; la acción, no se sabe ni lo que es ni donde está.

Pues bien, ahora ya sabemos al menos donde están los tres: en una pantalla.

Reflexiones sobre la formación de los abogados en el siglo XXI

Reflections about training of lawyers on the XXI century

Pilar Menor Sánchez
DLA Piper Spain SL
ORCID ID 0000-0001-5999-3279
pilar.menor@dlapiper.com

Cita recomendada:

Menor Sánchez, P. (2022). Reflexiones sobre la formación de los abogados en el siglo XXI. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 425-431.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7133>

Recibido / received: 02/07/2022
Aceptado / accepted: 12/07/2022

Resumen

El sector legal, que tradicionalmente ha sido conservador, ha experimentado importantes cambios en los últimos años y está atravesando un proceso de transformación tecnológica. Los retos de los abogados de la abogacía de los negocios son los de sus clientes, que se enfrentan a tendencias como la globalización, la transformación digital y la incorporación de criterios de sostenibilidad a la estrategia. Para hacer frente a todos estos retos con éxito, es imprescindible formar a los abogados en las habilidades requeridas por el siglo XXI.

Palabras clave

Formación, jurista, abogado, siglo XXI.

Abstract

The traditionally conservative legal sector has undergone significant changes in recent years and is undergoing a process of technological transformation. The challenges for lawyers in business law are those of their clients, facing trends such as globalization, digital transformation and the incorporation of sustainability criteria into strategy. To meet all these challenges successfully, it is essential to train lawyers in the skills required by the 21st century.

Keywords

Training, jurist, lawyer, XXI century.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. La formación dentro de la estrategia de un despacho. 3. La formación como respuesta a los retos de los clientes en el escenario post pandemia. 4. Cuestiones relevantes. 4.1. La excelencia técnica y la formación meramente jurídica. 4.2. Habilidades tecnológicas. 4.3. Globalización. 5. Formación y desarrollo de negocio. ¿Qué habilidades y aptitudes personales (*soft skills*) deberán tener los juristas del siglo XXI? 6. Formación y liderazgo. 7. La experiencia de DLA Piper.

1. Introducción

Recojo en este artículo mi intervención en la sesión convocada por el Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia en relación con la formación que hoy se proporciona en las Universidades a los futuros abogados, y cómo debería reorientarse hacia el futuro. Se parte de la premisa de que en el ámbito académico se tiende a pensar en los grandes conceptos (formación del jurista), en lugar de pensar en las profesiones para las que se prepara a los alumnos.

2. La formación dentro de la estrategia de un despacho

Mi enfoque sobre la cuestión planteada es el de una abogada que desarrolla su carrera en un entorno internacional. DLA Piper es uno de los grandes despachos globales de la abogacía de los negocios, con más de 8.000 profesionales en 40 países. Nuestros valores son *be supportive, be collaborative, be bold y be exceptional*. Aplicamos estos valores en nuestra relación con nuestros clientes, nuestros empleados y las comunidades en las que operamos.

Dentro del valor de búsqueda de la excepcionalidad en todo lo que hacemos está la calidad como uno de los pilares de nuestra estrategia y, por ello, la formación de calidad de nuestros abogados forma parte de esa estrategia. Es decir, la formación continua de los abogados y profesionales del despacho no es un complemento, ni un añadido, es parte de la estrategia del despacho.

3. La formación como respuesta a los retos de los clientes en el escenario post pandemia

Los retos de los abogados son los retos de nuestros clientes y de las sociedades en las que operamos y por eso, al margen de la imprescindible formación académica y técnica de calidad, formamos abogados en otras habilidades que les permitan enfrentarse a esos retos. No olvidemos que el eje de esta profesión son las relaciones de confianza: los abogados no sólo deben conocer y aplicar la ley, sino que también deben ser capaces de generar relaciones de confianza con los compañeros y clientes, y para ello hay que trabajar en el desarrollo de habilidades tales como la inteligencia emocional, la empatía, la comunicación, la oratoria y la capacidad negociadora. Todas estas habilidades son claves para avanzar con éxito en la carrera profesional, ya que la evolución lógica en un despacho es que el abogado con más experiencia, además de asesorar a clientes, también tenga que enfrentarse al reto de gestionar equipos. Por ello la formación en liderazgo es muy importante.

En el escenario post pandemia, es clave la formación en liderazgo inclusivo. Nos enfrentamos a nuevas formas de trabajar, como el trabajo en remoto, y ello obliga a que, en este entorno de mayor flexibilidad, los gestores de los equipos se transformen en líderes inspiradores que integren a todo el equipo.



Vivimos en un entorno en permanente transformación, así que una de las primeras cuestiones en las que incidiría es la necesidad de formar a los abogados del futuro en desarrollar habilidades para adaptarse al cambio. Nadie esperaba hace dos años que sufriríamos el impacto de una pandemia. La flexibilidad y la resiliencia han resultado claves para gestionar con éxito los efectos de esta.

Los abogados y los clientes nos enfrentamos a retos como la revolución digital, también llamada cuarta revolución industrial, la globalización, porque nuestro terreno de juego es el mundo, el reto de la sostenibilidad ESG, los efectos de la pandemia, etc.

Por otra parte, los clientes cada vez los son más versátiles, más sofisticados y más exigentes, piden más valor y esperan que los abogados no sólo les demos asesoramiento legal, sino soluciones prácticas a sus problemas, esperan también que conozcamos sus sectores muy bien para poder anticiparnos a sus necesidades. Los abogados que sepan anticiparse a las necesidades del cliente, triunfarán.

Por todo ello, la formación en cuestiones que tradicionalmente no eran objeto de nuestras carreras profesionales, se convierten en imprescindibles. También es importante la formación en el manejo de nuestras emociones y en poder compatibilizar una profesión exigente con la necesidad de desarrollarnos como personas y ser felices, es decir, encontrar el equilibrio entre lo personal y lo profesional.

4. Cuestiones relevantes

Entrando en el análisis de alguna de las cuestiones que he apuntado:

4.1. La excelencia técnica y la formación meramente jurídica

El cimiento imprescindible en la carrera de un jurista es la formación sólida y de calidad pero ¿qué otras cuestiones hacen falta al margen de los conocimientos jurídicos?

4.2. Habilidades tecnológicas

La tecnología influye en la forma en la que se prestan los servicios jurídicos y en la gestión de los despachos de abogados y asesorías jurídicas de empresas, que en la actualidad se benefician de herramientas que aportan eficiencia.

El trabajo más mecánico, recurrente y de menor valor añadido se puede tramitar a través del uso de programas de inteligencia artificial. La tecnología ya nos acompaña en nuestro día a día, no podemos poner límites. Lo que está claro es que el abogado deberá añadir la destreza en el uso de la tecnología como parte de sus habilidades.

El experto en tecnología legal Richard Susskind en su obra *The End of Lawyers* (El fin de los abogados) asegura que los abogados tradicionales serán “reemplazados por sistemas avanzados basados en inteligencia artificial, o por trabajadores menos costosos apoyados por tecnología o procesos estándar, o incluso por ciudadanos legos armados con herramientas de autoayuda en internet”.

La transformación digital de las profesiones jurídicas ya está teniendo lugar. Los motores del cambio vienen de la mano de la llamada tecnología jurídica (del inglés, *Legaltech*). Los juristas debemos incorporar conocimientos en transformación

digital, inteligencia artificial, robots, el internet de las cosas, la tecnología *blockchain* y los contratos inteligentes.

Como usuarios, en las relaciones con la administración en general y con la administración de justicia en particular, la tecnología es imprescindible. El abogado «friki» será el que no utilice las nuevas tecnologías. La pandemia ha acelerado muchos de estos cambios. Ya teníamos Lexnet, pero ahora nos hemos convertido en expertos en vistas, reuniones y negociaciones virtuales.

La tecnología también tiene un papel importantísimo aplicada a la gestión del conocimiento y formación, al marketing y desarrollo de negocio, e incluso a la captación del talento a través de redes sociales.

Pero la tecnología también tiene una «cara B». Hay que formarse en ciberseguridad, protección de la información, riesgos, marca personal en redes sociales, y también en saber poner frenos a la hiper conectividad. Como laboralista, veo que una de las tendencias en relaciones laborales es precisamente la desconexión digital, controlar a la tecnología para que ella no nos controle a nosotros.

4.3. Globalización

El terreno de juego de los abogados internacionales es el mundo y cada vez hay una mayor demanda de servicios jurídicos de alcance internacional y más estudiantes de Derecho que viajan a otros países para recibir esta formación, y que ejercerán su profesión en diferentes jurisdicciones a lo largo de su carrera. En este sentido, cobran fuerza los intercambios de alumnos o de profesores, los programas conjuntos entre universidades de dos o más países o la introducción de asignaturas de Derecho de otras jurisdicciones.

Los programas con marcado enfoque internacional serán cada vez más demandados por el abogado de finales del siglo XXI. Es muy interesante y enriquecedor conocer el Derecho Comparado. En mi área de práctica, cada vez son más importantes las sentencias del TSJUE y algunas han marcado importantes hitos legislativos en materias como el registro horario.

5. Formación y desarrollo de negocio. ¿Qué habilidades y aptitudes personales (*soft skills*) deberán tener los juristas del siglo XXI?

Es fundamental la incorporación de formación en competencias y habilidades transversales para los futuros abogados, como la capacidad de comunicar, anticipar tendencias, necesidades de los clientes y cuestiones relevantes para el sector en el que opera el cliente.

A igualdad de conocimientos, los clientes se decantarán por los profesionales con la capacidad de generar confianza, prácticos, que sepan explicar las cosas bien y que estén más familiarizados con las cuestiones que afectan al negocio.

El desarrollo de negocio implica hacer un esfuerzo en la orientación a un mercado en continuo cambio y evolución, los despachos buscamos diferenciarnos. Es importante tener la capacidad comercial para captar nuevos clientes o aumentar la venta cruzada a partir de los clientes existentes, para desarrollar nuevos mercados o lanzar nuevos productos y servicios.

El abogado debe ser capaz de definir nuevas oportunidades de negocio, crear necesidades y diseñar nuevas alianzas con agentes externos que permitan

expandirnos en el portfolio de nuestra prestación de servicios y en nuevas áreas geográficas.

La formación en estas habilidades es muy importante:

- Comunicación.
- Atención al cliente.
- Gestión del tiempo.

6. Formación y liderazgo

Finalmente, destacaría la necesidad de formar a los profesionales en habilidades de liderazgo y gestión de personas.

Vivimos en tiempos de guerra por el talento, y necesitamos atraer, retener y motivar al mejor talento. Para ello es necesario formar en Liderazgo, teniendo en cuenta las siguientes cuestiones:

Relaciones interpersonales. Los líderes deben generar confianza, actuar con integridad y motivar e inspirar a otros.

Reconocimiento. Los líderes deben saber cuándo y cómo dar reconocimiento, es importante y fomenta un ambiente de trabajo positivo.

Relaciones del personal. Los socios, los abogados junior y el resto del equipo, deben compartir una visión y un propósito comunes, respetarse mutuamente y aceptar mantener conversaciones delicadas cuando surgen problemas.

7. La experiencia de *DLA Piper*

En nuestro despacho consideramos que la formación es uno de los pilares del desarrollo de la carrera de nuestros profesionales, y por ello tenemos diferentes y muy amplios planes de formación disponibles todo el año para ellos.

Nuestra política abarca tanto planes específicos de formación para abogados, según los diferentes colectivos (y dentro de cada departamento, según práctica legal), como oferta formativa para toda la plantilla (ej. formación en idiomas, formación técnica y formación en *soft skills*). Casi la totalidad de la oferta está disponible a través de una innovadora plataforma propia de formación denominada *DLA Piper Academy*, que se apoya en la tecnología.

Se han puesto equipos al frente de estas cuestiones de tal forma que no solo tenemos equipos de gestión del conocimiento con los *knowledge heads*, *knowledge partners* y *knowledge associates* que tienen la responsabilidad de preparar planes de formación.

Conscientes de la amplitud y profundidad de conocimientos que nuestros clientes y el mercado reclaman de nuestros profesionales, en *DLA Piper* hemos apostado por una oferta extensiva y enfocada en desarrollar conocimientos y adquirir las habilidades que el abogado debe poner en práctica desde su primer día de ejercicio, considerando también las obligaciones deontológicas y la responsabilidad profesional en la que puede incurrir un abogado en el ejercicio de su profesión.

Por ello, como ejemplo de esta responsabilidad, cuando un profesional se incorpora a nuestra organización, debe formalizar una serie de cursos técnicos en materia de gestión de riesgos y cumplimiento normativo en materia de prevención contra el blanqueo de capitales, prácticas antisoborno y anticorrupción, seguridad de los sistemas y protección de datos.

DLA Piper es uno de los despachos pioneros en programas de desarrollo internacional. Nuestro programa estrella es el denominado *Career Academy*, cuatro programas (*Academy I y II, Management Academy I y II*) con estancias internacionales y *networking* con profesionales de otras oficinas, diseñados para cubrir las habilidades legales, interpersonales y comerciales.

Además, tenemos un programa propio de desarrollo de futuros líderes, *Career Pathways*, para profesionales de amplia experiencia, identificados con un altísimo talento y potencial, los futuros líderes de la Firma.

Igualmente somos pioneros en los programas de *Coaching, Mentoring y Sponsoring* gestionado y liderado internamente por abogados de experiencia que actúan como mentores de abogados con potencial.

Respecto de la oferta formativa en recursos técnicos, tenemos una amplísima paleta de recursos en materia de gestión documental, cómo realizar presentaciones, trabajo en remoto, preparación de informes, gestión de conflictos de interés, facturación y gestión de horas, maquetado de documentos y gestión de la confidencialidad, entre otros temas.

Por otro lado, para fortalecer las habilidades y *soft skills*, de todos nuestros profesionales, hemos desarrollado un programa propio llamado *Ways of Working*, formado por diferentes módulos que se van actualizando y ampliando continuamente, que ofrecen formación en habilidades tales como coordinación del trabajo en equipo, comunicación asertiva, búsqueda de la excelencia o influencia y negociación, entre otras.

También contamos con una amplia oferta de formación en idiomas. Todos los profesionales que lo soliciten pueden acceder a la plataforma de formación en idiomas online, con amplísimo contenido de clases virtuales ilimitadas y clases de conversación personalizadas con 8 idiomas para escoger.

Por otra parte, también se organizan sesiones de formación jurídica organizadas para el colectivo de abogados sobre temas de actualidad jurídica en diferentes áreas de derecho, donde se incluyen ponencias y seminarios impartidos por profesionales de reconocido prestigio del mundo legal, junto con abogados senior y socios del despacho.

En definitiva, el sector legal que tradicionalmente ha sido conservador ha experimentado importantes cambios en los últimos años y está atravesando un proceso de transformación, reforzándose el poder del cliente especialmente a partir de la crisis del 2007. Nos encontramos ante un escenario de permanente búsqueda de valor, se exige más a los abogados, por lo que tenemos que ser más eficientes e innovadores en nuestros procesos. La formación de los juristas es clave para poder tener éxito en el acompañamiento de nuestros clientes, un entorno cada vez más complejo y competitivo.

Bibliografía

Susskind, R. (2008). *The end of Lawyers. Rethinking the nature of legal services*. Oxford University Press.



La formación del jurista en el siglo XXI desde la perspectiva del ejercicio profesional de la abogacía en un despacho de abogados

Training of jurist in the 21st century from professional practice of lawyer's perspective in a law firm

Daniel Sáez Castro
Auren Abogados
daniel.saez@auren.es

Cita recomendada:

Sáez Castro, D. (2022). La formación del jurista en el siglo XXI desde la perspectiva del ejercicio profesional de la abogacía en un despacho de abogados. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 432-437.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7134>

Recibido / received: 02/07/2022
Aceptado / accepted: 31/08/2022

Resumen

La formación de un jurista hoy en día pasa necesariamente no sólo por inculcar conocimiento, sino también por potenciar otras habilidades que serán imprescindibles en su práctica profesional.

Palabras clave

Eterno estudiante, esfuerzo, sacrificio, idioma, vocación de servicio, lenguaje, escritura, compromiso.

Abstract

The training of a lawyer today necessarily involves not only inculcating knowledge, but also strengthening other skills that will be essential in their professional practice.

Keywords

Eternal student, effort, sacrifice, language, dedication to service, speech, writing, agreement.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Eterno estudiante. 3. Esfuerzo y sacrificio. 4. El idioma. 5. Vocación de servicio. 6. El lenguaje y la escritura. 7. Compromiso.

1. Introducción

No seré yo quien se atreva a contradecir opiniones mucho más doctas y experimentadas que la mía en materia de formación universitaria y, menos aún, de aquellos que han entregado su vida y su carrera profesional a formar a juristas, o se han dedicado, en pro del avance de la ciencia jurídica, a arduas labores de investigación o, a poner la simiente del libre pensamiento jurídico en manos de futuras promesas.

Por ello, sin ninguna otra pretensión, asumiendo lo que soy y quien soy, trataré de ofrecer mi humilde opinión basada en máximas de mi propia experiencia en la que, espero, se puedan ver reflejados otros profesionales del sector y, con algo de fortuna, aún asumiendo la exposición a la crítica por exponer mis ideas, quizás alguien incluso pueda llegar a coincidir en una o varias de mis opiniones o, según se mire, mis imprecisas reflexiones.

Realizo la presente exposición, en primer lugar, porque mi queridísimo profesor don José María Sauca tuvo el atrevimiento de invitarme a participar como ponente en los debates por él organizados en la Universidad Carlos III y, en segundo lugar, porque como antiguo alumno de esa Universidad –y ya han pasado más de 25 años– no puedo más que mostrar mi eterno agradecimiento a esa gran institución educativa que tanto me dio y, si de alguna forma contribuyo al proyecto, merecerá la pena cualquier esfuerzo.

2. Eterno estudiante

La primera idea que me viene a la cabeza al hablar de la formación del jurista es que ésta tiene y debe ser a perpetuidad, al menos, para aquellos que decidan emprender la ardua tarea del ejercicio profesional, ya sea en un despacho profesional, como autónomo, o a través de cualquier otra forma de ejercicio profesional.

Me atrevería a aseverar que el mismo predicamento debería ser aplicable a todos los diferentes ámbitos profesionales donde la cualidad de jurista adquiera o tenga preponderancia, pero como he manifestado al principio, al basarme en máximas de mi propia experiencia, me centraré únicamente en el sector de la abogacía y, más concretamente, en su ejercicio dentro de un despacho profesional.

El jurista, dentro de dicho ámbito, es un eterno estudiante que no puede dejar los estudios bajo pena de empobrecer su trabajo, apalancar sus ideas o, incluso, frustrar su carrera profesional. Está sometido al imperio de la formación continua.

Esta idea, tan básica, debe aprenderse, conocerse y practicarse en los centros de formación universitaria, cualquier momento posterior puede llegar a ser tardío o, incluso, intempestivo.

No basta con memorizar materias, manuales y temarios en centros universitarios, el jurista debe ser capaz de comprender y entender que esas materias están sujetas a continuos cambios y constante evolución y que, cuanto más tiempo

dedique a conocerlas, comprenderlas y a poner en práctica sus conocimientos, mayor será su capacidad de análisis y entendimiento.

3. Esfuerzo y sacrificio

Cómo conseguirlo, sinceramente, no se me ocurre otra forma que hacerlo a través de esfuerzo y sacrificio. Factores básicos en la formación de todo jurista que sólo se asimilan poniéndolos en práctica. Aquí la institución educativa juega un papel trascendental, a través de la elevación del nivel de exigencia a todos sus alumnos.

Cuando me refiero a elevar el nivel de exigencia he de precisar que no sugiero que dicha elevación necesariamente deba realizarse *ex ante* en el proceso de filtrado o selección del alumnado que accede a determinada institución educativa –pantanosa cuestión a la que no me referiré– entiendo que ha de hacerse durante el proceso de formación del futuro jurista, combinando esfuerzo individual y colectivo.

Es aquí donde los planes de estudio y la institución educativa juegan un rol fundamental, debiendo imponer al futuro jurista una significativa carga de trabajo constante y continua, entendiéndose que dentro de unos lógicos y comprensibles límites.

Ha de entenderse que esa carga de trabajo exigida no es sino el prólogo de aquello a lo que el jurista se enfrentará al momento de iniciar su carrera profesional y a lo largo de toda su trayectoria.

Los despachos profesionales, al momento de elegir nuevos candidatos a ocupar puestos de abogados junior dentro de su organización, priorizan la capacidad de esfuerzo y sacrificio de los candidatos sobre cualquier otro factor adicional que el futuro jurista presente.

De ahí, que el primer filtrado que realizan los departamentos de recursos humanos sobre los cientos de candidaturas que reciben se limite a establecer un corte en la nota media del expediente académico del candidato que, de ordinario, se establece en una nota superior al 7.

El 7, con mayor o menor acierto, parte de la creencia de los responsables de RRHH de considerar que el alumno ha demostrado, entre otras habilidades, una deseada capacidad de esfuerzo y sacrificio superior a la media. De ahí que esa «nota de corte» sirva para hacer ese primer cribado entre los diferentes candidatos que se les presentan.

Ello no quiere decir, obviamente, que aquel candidato que no acredite esa nota no pueda llegar a ser un magnífico jurista, tendrá muchas oportunidades de demostrarlo a lo largo de su carrera profesional. Únicamente significa que, ante el elevado número de candidatos que anualmente presentan su candidatura en diferentes despachos, dicha nota resulta útil para realizar un primer filtrado y asegurar, al menos sobre el papel, que el candidato ha dado muestras de su capacidad de esfuerzo y sacrificio durante su formación inicial.

Ese esfuerzo y sacrificio al que me vengo refiriendo, como elemento de cribado, también se presume en aquellos juristas que cuentan con un doble grado. No es tan importante la materia concreta del doble grado que se haya estudiado – obviamente incluirá Derecho– como el hecho de contar con esa doble titulación.

Existe la creencia de que el doble grado representa que el alumno ha tenido que dedicar mayor esfuerzo y sacrificio para obtener ese doble grado que aquel otro

alumno que no cuenta con doble titulación, pues el plan de estudios del primero concentrará mayor número de asignaturas por año y, por tanto, tendrá que dedicar más horas de trabajo y estudio.

Ahora bien, es cierto que ese doble grado y la carga lectiva que representa el gran número de asignaturas y diversidad de materias que tiene que superar el alumno, en tan corto espacio de tiempo, hace que éste presente serias dificultades a la hora de poder profundizar seriamente en el conocimiento de las materias que le imparten y llegar a asimilarlas. En cierta medida, sacrifica desarrollar su capacidad de análisis y autocrítica, tan imprescindible en la práctica profesional.

En mi opinión, es preferible que el jurista dedique mucho tiempo de su formación a profundizar en todas y cada una de las materias que le imparten y analice todas ellas con espíritu crítico y con gran capacidad de análisis, desarrollando su propio pensamiento y expresando su opinión dentro de la amplia libertad que cada materia permite.

Querer abarcar muchas materias, sin profundizar en ellas, no siempre es positivo. Más vale profundizar mucho en pocas, que poco en muchas.

Por desgracia, posteriormente, y a lo largo de su vida profesional el jurista no dispondrá de tanto tiempo para dedicarlo a profundizar en esas materias por lo que, cuanto más profundice durante sus estudios, mayor será la base y más sólidos sus conocimientos de cara a futuro cuando llegue el momento de ponerlos en práctica esas bases sólidamente adquiridas.

Además, la práctica nos demuestra que la mayor parte de las materias incluidas en las dobles titulaciones posteriormente, en función de la especialidad que decida ejercer el jurista, resultarán superfluas e innecesarias.

4. El idioma

Otro elemento de filtrado para la selección de juristas viene representado por el idioma, y más concretamente por el inglés. Efectivamente, el jurista que pretenda desarrollar su carrera en un despacho profesional deberá contar, entre sus múltiples habilidades, con el dominio de un idioma extranjero.

Vivimos en un mundo globalizado, y como tal, cada día es más común –sobre todo en los denominados despachos de los negocios– que éstos exija en sus procesos de selección, como digo, el dominio de un idioma.

Téngase en cuenta que dicho idioma no sólo será imprescindible para poder tratar con clientes internacionales que el despacho pueda tener, de ordinario un recién graduado tardará una media de dos o tres años en asumir directamente –con cierta supervisión– cualquier asunto relacionado con un cliente internacional. Pero ello no es óbice para que desde el primer día de su ejercicio profesional deba enfrentarse al estudio y análisis de múltiple documentación y contratos redactados en inglés que habrá de asimilar para preparar cualquier asunto y/u operación en la que el equipo de trabajo esté envuelto.

Es cierto que determinados planes de estudio de algunas concretas facultades se realizan de forma íntegra o parcial en inglés y ello facilita muchísimo que el jurista pueda llegar a dominar y consolidar esa habilidad. Lo deseable sería que, al menos para aquellos juristas que desean dedicarse a la práctica profesional en un despacho de abogados, se les ofrecieran más facilidades que las que actualmente tienen.

En la práctica, la mayor parte de los estudiantes adquieren el conocimiento del segundo idioma fuera del circuito educativo, lo deseable sería adquirirlo dentro ya que el inglés jurídico reviste de ciertas particularidades que, cuanto más se practique, mejor será asimilado y resultará más eficiente.

5. Vocación de servicio

Quizás sea una de las partes más importantes en la formación de un jurista. Éste debe asimilar, si decide dedicarse al ejercicio de la abogacía, no sólo el esfuerzo y sacrificio que anteriormente enunciábamos, también su total entrega al servicio que prestará a sus clientes que, en la mayoría de los casos, dejarán depositados en él la defensa de sus intereses, ya sean menores o de mayor enjundia.

La práctica nos enseña que los clientes acuden a los juristas, de ordinario, con la intención de resolverles sus problemas y la resolución de los mismos no siempre está sujeto a horarios, ni vacaciones, ni fines de semana.

Afrontar dichas vicisitudes sólo es posible si el jurista cuenta con vocación suficiente para sacrificar tiempo y esfuerzo en defensa de los intereses que se le encomiendan, ya sean de carácter público o privado.

Las expectativas de ganancia o pérdida económica de un determinado asunto no suplen el nivel de compromiso, ni recompensa en modo alguno, el esfuerzo y sacrificio que el jurista debe estar dispuesto a comprometer en la prestación del servicio.

El jurista debe asumir cada asunto como propio y ello solo se consigue con una adecuada dosis de vocación de servicio. Debe, si se me permite la expresión, ser consciente de su ser y del importante papel que desempeña el ejercicio de su profesión, tanto en el ámbito privado, como en el público.

Los juristas, a través de sus diferentes posiciones, no sólo son imprescindibles en cualquier tipo de sociedad, además, juegan un papel clave y determinante en el desarrollo de las instituciones ya sean públicas o privadas. Y, en ambas, deben priorizar su vocación de servicio.

6. El lenguaje y la escritura

Otro factor importante al referirnos a la formación del jurista hemos de centrarlo en el adecuado uso del lenguaje y la correcta escritura.

Por desgracia, a pesar de ser factores básicos, parecen olvidados en la formación del jurista pues, cada día, apreciamos un mayor número de graduados y masterizados que no son capaces de dominar de forma adecuada el lenguaje.

No usan adecuadamente el lenguaje verbal, o no son capaces de expresar y ordenar de forma adecuada sus ideas y, por tanto, carecen de la capacidad de dialogo y convicción frente a sus interlocutores, una habilidad totalmente imprescindible en la práctica profesional.

Dicha habilidad, una vez más, solo se adquiere mediante su práctica. Vuelvo a insistir sobre la necesidad de profundizar en las materias y, precisamente, profundizar es lo que permite debatir sobre los conceptos y las ideas que conforman dichas materias.

La Facultad debe potenciar la capacidad del jurista de expresar sus ideas y potenciar la capacidad de análisis y síntesis a través del debate, o la exposición en público de sus trabajos.

Por otro lado, el jurista debe dominar la escritura mediante el uso de un lenguaje sencillo –cada vez más requerido en la práctica profesional–, ordenado y conciso.

Ese dominio sólo se adquiere por medio de la lectura y la práctica enlazando, una vez más, la idea del esfuerzo y sacrificio anteriormente enunciada pues sólo a través de ambos factores se consiguen los objetivos perseguidos.

El hábito por la lectura, y no sólo de temas jurídicos, se echa en falta con carácter general en los nuevos juristas. Éstos han de esforzarse en leer con mucha asiduidad. La búsqueda de información rápida, concisa y supuestamente precisa por medios tecnológicos no suple la necesaria capacidad de comprensión y asimilación de aquello que se lee y el necesario tiempo pausado que ha de destinarse a la lectura.

Tampoco ayuda la práctica, cada vez más extendida, del «corta y pega» en la redacción de escritos de ámbito contractual o forense donde el jurista se limita a hacer suyos textos, cláusulas o párrafos previamente escritos por otro jurista que, previamente, han escrito sobre una determinada materia. Debe huirse de esa mala praxis pues en nada ayuda a conseguir el objetivo deseado y a desarrollar una habilidad tan básica y necesaria como la expuesta.

Sobre esta última cuestión, reconocer que no ayuda en nada la práctica tan extendida en los despachos profesionales de dejar en manos de los juristas menos expertos únicamente la revisión de escritos y textos pre-redactados con la finalidad de que procedan a su concreta adaptación a un determinado caso, pero sin posibilidad de introducir muchas variaciones o cambios ante el temor de que el resultado, no sea el deseado, o precise de mayor supervisión por un jurista más experimentado. Es cierto que sería deseable dejar más margen a la creación, mayor autonomía, aún a expensas de sacrificar la eficiencia del trabajo y ello en pro del desarrollo personal y profesional del jurista.

7. Compromiso

Por último, otro valor más a considerar en la formación jurista y no me refiero sólo al compromiso con su trabajo, o con la firma a la que pertenezca –que también– es el relativo a su compromiso con los temas sociales, la diversidad, la inclusión o los objetivos de desarrollo sostenible.

Valores tan necesarios hoy en día como la capacidad técnica del jurista y que, cada día, se aprecian más en las distintas organizaciones.

Los nuevos juristas del S. XXI deben estar comprometidos con dichos valores y ser propulsores y motores de cambio en las organizaciones, impulsando actuaciones centradas en dichos campos.

Adscripción(es) y reacción(es) (del libro) de S. Figuroa Rubio. Un intento por introducir el debate

(2019) Marcial Pons
Madrid, 282 pp.

Sebastián Agüero-SanJuan
Universidad Austral de Chile
ORCID ID 0000-0003-2772-794X
sebastian.aguero@uach.cl

Cita recomendada:

Agüero-SanJuan, S. (2022). Adscripción(es) y reacción(es) (del libro) de S. Figuroa Rubio. Un intento por introducir el debate. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 438-442.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7135>

Recibido / received: 16/08/2022
Aceptado / accepted: 03/09/2022

1. Introducción

En esta oportunidad, *Book Forum* recoge el debate en torno al libro de Sebastián Figuroa Rubio, *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal* (2019). La discusión se estructura a partir de las contribuciones de reconocidos/as especialistas en la materia, quienes «desmenuzan» cada capítulo con el objeto de presentar sus críticas a las propuestas del autor, junto con entregar a este la oportunidad de formular sus descargos. El resultado final es un detallado y agudo *post scriptum*, cuyo carácter, de precisión, corrección, o complemento al libro, corresponderá determinar al lector de esta sección, y no a este presentador.

2. Adscripción(es)

En sus páginas iniciales, el autor del libro objeto de la discusión sostiene que el problema central que busca enfrentar es: «...cómo comprender las actividades relativas a responsabilizar y ser responsable, explorando dentro del frondoso árbol (tan desgobernado y delirante) en que ha devenido el concepto de responsabilidad en las discusiones contemporáneas dentro del pensamiento jurídico» (Figuroa Rubio, 2019, p. 39).

Si mantenemos la metáfora, y las pretensiones del autor, su libro no busca talar o podar el árbol de la responsabilidad, sino más bien escamondarlo, es decir, su propósito es limpiar el concepto de responsabilidad quintándole aquellas ramas



inútiles, secas, superfluas o dañosas. Figueroa (2019, p. 29) diría «Toda proliferación exige realizar aclaraciones y desambiguaciones con el fin de delimitar el ámbito de la discusión»¹.

Por ende, un primer resultado de la actividad de escamondar el árbol de la responsabilidad muestra la inosculación, natural o artificial, que ha sufrido, ya que en él se ha dado un crecimiento conjunto de diversos troncos, raíces y ramas, cuya dependencia o independencia forma parte del debate. En este sentido, Figueroa realiza distintas advertencias tendientes a clarificar las diferencias entre responsabilidad jurídica y moral, contextos formales e informales, casos de responsabilidad (directa, indirecta, subjetiva y objetiva), y acciones de adscribir, responder, responsabilizar, y ser responsable. Todo con el propósito de acotar su objeto de estudio y mostrar sus preferencias intelectuales.

Como todo árbol fusionado, el árbol de la responsabilidad entrega la apariencia de solo uno, aunque en realidad haya más de alguno escondido entre sus ramas. Se presenta así un segundo resultado de la actividad de escamondar. A juicio de Figueroa, en la discusión filosófica, habría dos troncos centrales (responsabilidad-sujeción y responsabilidad-autoría) los cuales están en constante competencia por ser el predominante. En sus palabras «...entre los diferentes sentidos de expresiones como “responsabilidad” y “ser responsable” que se han revisado, la discusión de este trabajo se puede reducir a estos dos: sujeción a una reacción y autoría» (Figueroa, 2019, p. 69).

Una manera de decantarse por alguno de dichos troncos está en explicitar hacia dónde se extienden las raíces que les entregan sustento. Al explicitar los postulados de las concepciones que posibilitan el desarrollo de las teorías en competencia, se pueden derivar consecuencias para las segundas a partir de los marcos establecidos por las primeras. En palabras de Figueroa

[...] será necesario ver cuáles son los compromisos filosóficos que hay detrás de las diferentes perspectivas en juego [...]. Con ello se tendrán más herramientas para contextualizar las tesis contrapuestas dentro de una disputa más amplia acerca de cómo comprender las actividades relativas a responsabilizar y ser responsable (Figueroa, 2019, p. 69).

De este modo, el libro excava alrededor de las raíces del árbol de la responsabilidad. En primer lugar, a través de la revisión de la concepción intrapersonal, sostén de la responsabilidad-autoría, y, en segundo lugar, mediante el examen de la concepción interpersonal, fundamento de la responsabilidad-sujeción. En el primer caso, junto con exponer los trazos centrales de la concepción, se presentan los desafíos que debe enfrentar y las respuestas entregadas a algunos de ellos; mientras que, en el segundo, la presentación de la concepción interpersonal se estructura a partir de dos problemas cardinales de la concepción intrapersonal (las relaciones del determinismo y la reacción con la responsabilidad). Exposición que muestra los propósitos e inclinaciones de su autor.

Estas últimas se defienden con claridad en el penúltimo capítulo del libro. De un modo perspicaz, las ventajas de la concepción interpersonal y la tesis de la primacía de la sujeción surgen al controvertir las críticas formuladas en su contra.

¹ Me decanto por explicar las ideas centrales del libro a través de una metáfora, no solo porque él mismo utiliza otra para entender la responsabilidad (siguiendo a Feinberg utiliza la expresión *cargar a la cuenta*), sino en virtud de las inconclusas conversaciones que hemos tenido con su autor en torno a la relevancia y utilidad filosófica de las metáforas. La posición del autor frente a las metáforas en (Figueroa, 2019, p. 102).

Inclusive en los ámbitos donde pareciera ventajosa una concepción intrapersonal, la argumentación de Figueroa busca mostrar lo contrario. Si mantenemos la metáfora arbórea, el autor busca justificar su plan de manejo forestal, frente al frondoso árbol de la responsabilidad, fundamenta por qué su propuesta de intervención captura de mejor manera nuestras prácticas sociales en materia de atribución de responsabilidad, entregando las condiciones para un desarrollo más auspicioso de la discusión filosófica.

El libro termina su travesía intelectual a través del arte de la topiaria. El árbol de la responsabilidad ha sido escamondado, sus troncos principales fueron explicitados y con ello las raíces que les dan sustento, luego se entregaron razones para preferir uno de ellos, y ahora, frente al árbol que se yergue ante nosotros, en su último capítulo, el autor busca darle una forma artística (analítica): una responsabilidad estructurada en cinco pasos. Cada uno de ellos se puede identificar analizando las interacciones entre personas cuando atribuyen responsabilidad. El autor nos dirá:

La estructura de cinco pasos da cuenta de la importancia de la tesis primacía de la sujeción para comprender las actividades relativas a responsabilizar y ser responsable. Ello se debe a que se complementa con los elementos de una concepción interpersonal [...] se caracteriza la responsabilidad como adscripción y sujeción a una reacción, porque responsabilizar se lleva a cabo en las relaciones entre ambas (Figueroa Rubio, 2019, pp. 212-213).

En definitiva, esta esquemática adscripción de las ideas de un libro a su autor tiene un doble propósito. Primero, mostrar los rasgos centrales de la obra para quienes aún no están familiarizados con ella, y, segundo, entregar un esquema expositivo dentro del cual sea posible insertar los comentarios críticos elaborados por los y las reconocidos/as académicos/as que participan de esta sección².

3. Reacción(es)

Una de las primeras reacciones suscitadas por el libro objeto de la discusión fue el seminario organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, en su sede de Puerto Montt, los primeros días de septiembre de 2019. Un año después, seguiría la misma senda la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Quizá, uno de los frutos más destacado de dichas reacciones sea el presente *Book Forum*, porque no solo entrega continuidad en el tiempo a dichos eventos, sino también posibilita actualizar algunas de las ideas allí presentadas. Por lo mismo, toda nuestra gratitud (de los y las participantes en esta sección) con José María Sauca, director de *Eunomía*, y su equipo de trabajo, quienes nos ha facilitado este espacio de discusión.

Se podría pensar que da inicio a este debate el trabajo de Rocío Lorca, quien busca controvertir algunos de los nodos centrales de la actividad realizada y lo resultados obtenidos por Figueroa, cuando empieza a escamondar el árbol de la responsabilidad. Así, Lorca se pregunta por la capacidad explicativa de los sentidos de responsabilidad, y también, sobre la (ir)relevancia de la interacción entre la (in)dependencia y la (a)simetría conceptual de la responsabilidad, junto con polemizar la manera en que se distinguen las responsabilidades jurídica y moral, mostrando tres problemas derivados de ello. El desacuerdo no es sobre la

² En las respuestas que S. Figueroa realiza a sus críticos se encuentra un mayor desarrollo de los argumentos centrales de *Adscripción y reacción*.

necesidad de la actividad (escamondar), sino respecto de cómo realizarla y, consecuentemente, sobre sus resultados.

La discusión es continuada por Juan Pablo Mañalich y Matías Parmigiani quienes controvierten, de modo diverso, las excavaciones realizadas por Figueroa a las raíces del árbol de la responsabilidad. El comentario de Mañalich se construye a partir de cómo es tratada la noción de expectativa (como estándar y/o como actitud). A su modo de ver, dicho tratamiento produce un desequilibrio en la presentación de las concepciones en juego (intrapersonal e interpersonal), cuestión importante, pero que, a su juicio, no repercute en la plausibilidad o solvencia de la presentación y defensa realizada por Figueroa de la concepción interpersonal. Es más, Mañalich busca mostrar la funcionalidad de la contribución más significativa de esta defensa: presuponer una ontología no-atomista de la subjetividad cuando se predica la responsabilidad dentro de un enfoque strawsoniano. A su vez, Parmigiani busca mostrar el carácter normativo (no neutral) de la concepción (interpersonal) presentada y defendida por Figueroa. Con un marcado estilo mayéutico, Parmigiani dirige la atención hacia algunos argumentos claves dentro del libro con el propósito de mostrar cómo el propio texto contiene la crítica que él busca formular. No es suficiente la mejor adecuación de una concepción interpersonal a nuestras prácticas sociales, pues ella debe ser normativamente convincente o razonable. Esto último se lograría al introducir un elemento atribuido por Figueroa a la concepción intrapersonal, pero considerado por Parmigiani como propio de una concepción interpersonal, a saber: la capacidad del agente de controlar el evento por el que se lo responsabiliza.

Ambas contribuciones enfatizan cómo la manera de entender una concepción intrapersonal impacta en el modo en que se concibe una concepción interpersonal y viceversa. Los comentarios de Mañalich y Parmigiani transitan así entre los tres capítulos centrales de la obra buscando controvertir (no la adhesión) sino cómo se ha presentado y adherido a una concepción interpersonal. Así, a partir de su lectura, se podría concluir que las raíces del árbol de la responsabilidad estarían igualmente inosculadas, aunque forma parte del debate determinar si esta imbricación se presenta entre las concepciones (*per se*) o más bien deriva de la reconstrucción que se ha realizado de ellas.

Por su parte, la contribución de Juan Ormeño se dirige hacia la manera en que Figueroa realiza la defensa de una concepción interpersonal de la responsabilidad. Ormeño considera que ella pudo haber sido más robusta y, en consecuencia, se pregunta ¿por qué el autor pasó por alto algunos elementos o no siguió otra estrategia de defensa? Primero, controvierte la identificación *per se* de una concepción intrapersonal con una visión metafísica y, luego, cuestiona que todo juicio de atribución de responsabilidad se realiza desde una perspectiva. En el primer caso propone una teoría *yakuza* de la responsabilidad para mostrar la posibilidad de un realismo acerca de la responsabilidad sin conexión con una concepción intrapersonal. Y, en el segundo, enfatiza la relevancia de una perspectiva histórica o genética como línea de defensa de una concepción interpersonal.

Se podría sugerir que la revisión crítica del libro cierra con la contribución de Flavia Carbonell, quien examina minuciosamente la forma ornamental que nos presenta Figueroa del árbol de la responsabilidad. Su examen no solo enuncia cada uno de los cinco pasos presentes en la estructura de la responsabilidad propuesta por Figueroa, sino también hace explícita sus dudas y observaciones frente ellos. Se podría sugerir que el desacuerdo no está en la relevancia artístico-analítica de la propuesta, sino más bien en la forma que se ha dado al árbol de la responsabilidad,

porque algunas terminaciones pudieron haber sido más precisas, quizá, más analíticas a juicio de Carbonell, especialmente, en relación con las expectativas, los intervinientes, y las interacciones entre ambos.

4. A modo de cierre

No es posible extenderse más en la presentación de este debate. La minuciosa y detallada respuesta del autor de *Adscripción y reacción* a cada una de las observaciones críticas formuladas a su obra no será objeto de esta presentación. Así, solo queda reiterar el desafío inicial formulado a los lectores de esta sección: ¿el presente *post scriptum* precisa, rectifica o complementa el excelente libro de Sebastián Figueroa Rubio?

La irredimible impersonalidad de la responsabilidad. Comentario a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa

(2019) Marcial Pons
Madrid, 282 pp.

Rocío Lorca Ferreccio
Universidad de Chile
ORCID ID 0000-0003-4187-5017
rlorca@derecho.uchile.cl

Cita recomendada:

Lorca Ferreccio, R. (2022). La irredimible impersonalidad de la responsabilidad. Comentario a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 443-453.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7136>

Recibido / received: 26/04/2022
Aceptado / accepted: 17/07/2022

Resumen

En el primer capítulo de *Adscripción y reacción*, Sebastián Figueroa intenta desambiguar distintos usos de la idea de responsabilidad, las relaciones entre ellos y los problemas que de allí surgen. En este comentario se ofrecen observaciones y preguntas sobre dicha organización y una reflexión sobre la distinción entre responsabilidad jurídica y moral, donde la primera aparecería como una práctica más impersonal que la segunda. En contra de esta aproximación, sostengo que toda responsabilidad es un ejercicio de simplificación y sometimiento a un marco de significado humano pero externo. Toda forma de responsabilidad se configura y expresa a través del lenguaje y este no es un instrumento de expresión del individuo, sino un espacio que éste debe habitar a pesar suyo. Toda interacción en la que hay una interpelación normativa a través del lenguaje es entonces impersonal y la idea de que habría algunas más impersonales que otras resulta misteriosa.

Palabras clave

Responsabilidad, responsabilidad moral, responsabilidad jurídica, lenguaje, interpelación.

Abstract

In the first section of Adscripción y reacción, Sebastián Figueroa attempts to disambiguate the uses of the idea of responsibility, the relations among these uses and the problems that arise from those relations. In this comment I first offer observations and questions to this proposed organization. Then I offer a general comment about the distinction between legal and moral responsibility proposed by the author, where the first is presented as being impersonal, while the second would be personal. Against what I take to be his view, I argue that all forms of responsibility entail an experience of simplification and submission to a human but external



framework of meaning. Every kind of responsibility is shaped and expressed through language and language is generally not a means of self-expression for individuals but rather a space they must inhabit despite themselves. Every interaction where there is a normative interpretation through language is therefore impersonal, and the idea that there would be some more impersonal than others remain mysterious.

Keywords

Responsibility, moral responsibility, legal responsibility, language, interpretation.

SUMARIO. 1. Distinciones conceptuales. 2. Problemas conceptuales: diversos sentidos de responsabilidad y diversas atribuciones. 3. Problemas conceptuales: la vinculación entre los distintos sentidos de responsabilidad. 4. ¿Una responsabilidad simplemente humana? Sobre la irredimible impersonalidad de la responsabilidad y otras críticas. 4.1. El carácter irredimiblemente impersonal de la responsabilidad y la opacidad del individuo. 4.2. Tres desacuerdos adicionales.

El objetivo central de la obra de Sebastián Figueroa es identificar la manera correcta –o más correcta– de comprender las actividades relativas a responsabilizar y ser responsable, y él intenta buscar esta respuesta en el vasto territorio del pensamiento jurídico contemporáneo sobre el concepto de responsabilidad. Para preparar esta exploración el primer capítulo intenta clarificar o desambiguar los distintos usos de esta idea, las relaciones que existen entre ellos y los problemas que de allí surgen. En este comentario voy a ofrecer, primero, una reconstrucción o más bien un resumen del capítulo, a lo largo del cual formularé una que otra pregunta u observación crítica (secciones 1, 2 y 3). Luego (sección 4), ofreceré una crítica más general sobre algunas de las conclusiones a las que llega Figueroa en este primer capítulo. Mi punto central será cuestionar la distinción entre responsabilidad jurídica y moral en términos de su personalidad o impersonalidad, y a partir de eso cuestionar algunas conclusiones más específicas.

1. Distinciones conceptuales

Para materializar el esfuerzo de clarificación en el que se inscribe el primer capítulo de la obra, el autor distingue distintos tipos de responsabilidad según sea aquello por lo que somos llamados a responder. Si somos llamados a responder por nuestra conducta estaremos en el espacio de la responsabilidad subjetiva; si somos llamados a responder por la conducta de otros o por algunos eventos, estaremos en el ámbito de la responsabilidad vicaria u objetiva (Figueroa, 2019, p. 33). Como estos distintos tipos de responsabilidad se dan en el ámbito jurídico y también en el ámbito moral, el autor anuncia que las consideraciones de ambos campos de ideas serán usadas con alguna libertad para llevar adelante su estudio (Figueroa, 2019, pp. 30-33). Sobre esto volveré más adelante. Ahora sigamos con el mapa.

A los distintos «tipos» de responsabilidad (subjetiva y objetiva, vicaria o directa), Figueroa agrega distintos usos de la palabra «responsabilidad» que aluden a distintos tipos de acciones. Un primer uso de la palabra responsabilidad consiste en la acción de adjudicarla o atribuirla a alguien por algo: «ser responsable de». La responsabilidad, en este caso, imputa algo a alguien, lo que implica que ese algo de algún modo le pertenece (habría una conexión entre este algo y el agente al que se

le imputa). Metafóricamente este uso de la idea de responsabilidad consistiría en poner las cosas en su lugar, allí donde corresponden (Figuroa, 2019, pp. 35-36).

Un segundo uso de la idea de responsabilidad dice relación con la acción de responder o contestar a algo o a alguien, por algo o por alguien. Esta acción de responder también se puede expresar en la acción de cargar con las consecuencias o «hacerse cargo» de algo o alguien. La fórmula en este caso es «responder por y responder a» dándole a la responsabilidad una estructura similar a la acción de contestar una pregunta (Figuroa, 2019, pp. 36-37).

Un tercer uso consiste en responsabilizar a otro llamándole a responder o bien, responder tras haber sido llamado a ello: «alegar responsabilidad de o ser responsabilizado». La acción de responsabilizar se constituiría de diversas maneras o mediante diversas acciones, como juzgar, acusar, sancionar o reaccionar. Lo mismo ocurre con la acción de responder tras haber sido responsabilizado, esta también se constituye de diversas maneras, como defendiéndose o asumiendo el merecimiento de esos juicios, sanciones o reacciones (Figuroa, 2019, pp. 37-38).

Por último, está lo que algunos denominan responsabilidad *tout court* que sería una forma no relacional de responsabilidad donde esta aparece más bien como un adjetivo que da cuenta de una capacidad o una virtud, que serían parte de las características de un determinado sujeto.

Luego de clarificar estos usos de la palabra responsabilidad, Sebastián nos ofrece dos casos que serán revisados a lo largo de su obra y que paso a resumir. El primero es el caso del jarrón en el que dos niños rompen un jarrón jugando y las tías, que son dueñas del jarrón y estaban al cuidado de los niños, piden que los padres les paguen el valor del jarrón destruido. Dado que los padres no estaban presentes durante el incidente, se trataría de una instancia de responsabilidad vicaria y objetiva (Figuroa, 2019, p. 38). El segundo caso es el del pisotón. Allí una mujer adulta pisa el pie de un transeúnte desconocido de manera intencional y dando muestras de desprecio. La mujer es increpada por un tercero observador quien expresa indignación frente a su comportamiento. Se trata de una hipótesis de responsabilidad directa y subjetiva (Figuroa, 2019, p. 38).

Luego de haber puesto los elementos conceptuales en orden y de haber presentado los casos, Figuroa sostiene que, para comprender nuestras actividades relativas a responsabilizar y ser responsables en el mundo del derecho, debemos enfrentar dos problemas. Un primer problema es la existencia de diversos sentidos de ser responsable y responsabilizar como ya ha sido planteado. El segundo problema está dado por la diversidad de formas en las que se pueden comprender las relaciones a que dan lugar los diversos sentidos de responsabilidad, así como la primacía explicativa que puede existir entre ellas. Veamos cada uno de estos problemas (Figuroa, 2019, pp. 39-40).

2. Problemas conceptuales: diversos sentidos de responsabilidad y diversas atribuciones

Siguiendo al trabajo de Hart –*Varieties of Responsibility* (1967, pp. 346-364)– Figuroa identifica algunos sentidos principales con que se atribuye la responsabilidad. En primer lugar, está la «responsabilidad rol» que consiste en los deberes que se asocian a una determinada posición y están determinados por la finalidad o función que cumple dicha posición. La asunción de un rol implica asumir las responsabilidades o deberes que vienen implícitos en él. En el universo de nuestros deberes habría, de acuerdo con Figuroa, deberes asociados a un rol y otros

que son genéricos o universales o quizás podríamos decir, categóricos (Figuroa, 2019, pp. 42-44).

En segundo lugar, se encuentra la «responsabilidad sujeción» en donde la responsabilidad aparece como una práctica interpersonal que supone, en ciertos casos, que una persona quede sujeta al actuar de otro o a las consecuencias impuestas por una norma de sanción. Para que alguien quede sujeto a estas consecuencias debe cumplir con ciertas condiciones que harían de dicha atribución algo apropiado. La responsabilidad sujeción entonces supone dos cosas: una atribución de las condiciones para una reacción y la sujeción a dicha reacción. Las condiciones para quedar sujeto a una reacción, como es de esperar, son diversas según el tipo de responsabilidad de que se trate (Figuroa, 2019, pp. 44-45).

En tercer lugar, aparece la «responsabilidad capacidad» que se refiere a las condiciones que permiten que una persona pueda ser tenida como responsable y capaz de participar en la generalidad de nuestras prácticas intersubjetivas. Sería posible además reconocer diversas capacidades o diversas dimensiones de agencia, una agencia básica y luego algunas que podríamos llamar especializadas (Figuroa, 2019, pp. 45-47).

En cuarto lugar, la «responsabilidad causa» hace referencia a una vinculación empírica entre dos eventos donde uno aparece como la causa y el otro como el efecto de dicha causa. En el ámbito de los efectos, aparece la «responsabilidad autoría» que se refiere a aquellos eventos que aparecen como el resultado de una acción (causa) que es realizada por un agente en el ejercicio de sus capacidades como tal. Cuando la acción de un agente es factor causal de un evento podemos decir que él o ella es autor o autora de dicho evento y que su autoría expresa la mayor relevancia de su acción en el universo de las causas empíricas que contribuyeron a hacer posible el evento.

Aquí quisiera introducir una primera observación al trabajo de Figuroa, pues surge la pregunta de si él reconoce una distinción entre 1) atribuir a alguien haber contribuido como agente en la producción de un evento y 2) atribuir a alguien la autoría sobre ese mismo evento. Por ejemplo, el editor de un libro contribuye como agente en la producción del mismo, pero es el escritor quien usualmente es tenido como el autor de la obra. ¿Cómo distinguimos –en el esquema de los sentidos de la responsabilidad– a un «autor» de un agente que participa pero que por diversas razones no parece apropiado atribuirle la posición de autoría sobre un determinado evento?

Este problema de distinguir entre el autor y otros partícipes se plantea siempre que intervienen múltiples agentes en la producción de un evento¹. La relevancia de la distinción se relaciona muchas veces con la pregunta de si acaso la forma y la medida en la que hemos de responder por un evento cambia según el nivel o tipo de incidencia que hayamos tenido sobre el mismo. En la búsqueda de aplicar sanciones y premios de manera proporcional a nuestra contribución en un evento, los sistemas normativos suelen distinguir entre estas distintas formas de participación. En el derecho penal, por ejemplo, los cómplices suelen recibir penas más bajas que los autores². Esto también ocurre con bastante claridad en el ámbito de la creación artística, científica e intelectual, donde existen múltiples reglas para distinguir los distintos niveles y tipos

¹ En general véase Roxin (2000, pp. 155-178.)

² En el caso chileno, por ejemplo, el Código Penal establece una reducción de un grado en la pena a los cómplices y de dos grados para los encubridores. Véase los artículos 51 y 52 del Código Penal Chileno.

de intervención y la forma en que ellos deben traducirse en nuestras reacciones frente a una obra o creación.

Existen, sin embargo, algunos sistemas de responsabilidad y algunas teorías que abogan por una igualdad entre los intervinientes, es decir, por un concepto unitario de autoría en el cual todas las personas que actúan como agentes causales de un evento son autores del mismo³. Entonces surge la pregunta de ¿qué pensará Figueroa sobre este punto y bajo qué criterios correspondería en su marco teórico trazar alguna diferencia? ¿Transformamos al partícipe en una mera contribución fáctica, los reputamos a todos como autores, o reconocemos distintas formas y grados de intervención responsable donde la autoría sería algo así como el más paradigmático? Por ejemplo, y para cerrar el punto, imaginemos que en el caso del pisotón yo le he avisado a la mujer-que-pisa que viene alguien (con la esperanza de que ella lo pise, pues he notado que ella está algo malhumorada). En este caso, yo participaría como agente y contribuyo causalmente a que se produzca el resultado, pero no estoy segura de que podamos decir que soy autora del pisotón ni que corresponda decir que soy autora del evento.

3. Problemas conceptuales: la vinculación entre los distintos sentidos de responsabilidad

El primer problema que Figueroa identifica es, entonces, la existencia de distintos sentidos con que se atribuye la responsabilidad que han de ser identificados y delimitados. El segundo problema consiste, en cambio, en determinar la forma en que interactúan estos distintos sentidos de responsabilidad. Una primera característica sobre la relación que existe entre estos sentidos de la responsabilidad es que ellos serían independientes entre sí. Que sean independientes entre sí significa que la afirmación de un sentido de responsabilidad no depende necesariamente de la afirmación de otro. Esta independencia recíproca confirmaría que se trata de sentidos distintos. Por ejemplo, uno podría atribuir responsabilidad a alguien en el sentido de ser factor causal de un evento sin que ello implique la afirmación de que dicho sujeto es pasible a una reacción, como ocurriría si en el ejemplo del pisotón, quien pisa a otro lo hace accidentalmente tras haber sido empujado por un perro que corría por la acera.

Lo anterior no quiere decir que no puedan construirse relaciones de dependencia entre los distintos sentidos de responsabilidad. Según Figueroa, en ciertos casos, para que la responsabilidad-sujeción sea apropiada, deberá afirmarse responsabilidad-causa, responsabilidad-rol, responsabilidad-capacidad etc. Pero esta no es una relación conceptualmente necesaria, sino que responde a la contingencia de otras valoraciones como, por ejemplo, de una valoración normativa.

Una segunda característica de la vinculación entre los distintos sentidos de responsabilidad es la asimetría que existiría entre ellos. La asimetría consiste en que mientras que las responsabilidades «causa», «capacidad» y «rol» suelen afirmarse como condiciones para la responsabilidad «sujeción», esta última no cumpliría la finalidad de sustentar a los otros sentidos de la responsabilidad.

Quiero aquí formular una segunda observación al primer capítulo de esta obra. La asimetría que existe entre los distintos sentidos de la responsabilidad sugiere que

³ El ejemplo más clásico es el de la legislación italiana, pero no como bien señala José Luis Guzmán Dalbora, no existen modelos normativos que adhieran de manera absoluta al modelo unitario de autor, aun cuando existen muchos, entre ellos el sistema de responsabilidad penal internacional, que recogen alguna versión de un concepto unitario de autor. Véase en este sentido, Guzmán (2014). En términos más generales, véase Gorritz (2008, pp. 104 y ss); Díaz y García (1991, pp. 43 y ss).

la primera característica, esto es, la de la independencia conceptual, sería una característica poco interesante. Esta falta de interés no está dada no por una ausencia de sentido lógico de la característica de independencia conceptual, sino más bien por su falta de relevancia práctica o por su falta de profundidad. Esto es así, pues pareciera que la única dimensión en la que estos sentidos de la responsabilidad son «conceptualmente» independientes es en cuanto categorías, pero no en cuanto a su contenido. Si bien podemos distinguir estos conceptos como indicadores de distintos sentidos de la responsabilidad, su contenido y necesidad está determinado de manera importante por el contenido de los otros.

Por ejemplo, piénsese en la relevancia que reviste la naturaleza y forma de una determinada instancia de responsabilidad-sujeción para definir el contenido de la responsabilidad-capacidad en ese mismo sistema normativo. La experiencia muestra que las condiciones de capacidad varían de acuerdo con el estatuto de responsabilidad de que se trate, en el caso de un sistema jurídico, esto puede expresarse por ejemplo en las diferencias que existen entre la capacidad penal y la capacidad civil⁴. La razón de estas diferencias seguramente se relaciona con las diferencias materiales que existen entre el tipo de consecuencia que estos estatutos suponen en cuanto responsabilidad sujeción, mientras que en el derecho penal la sanción es una pena, es decir, la imposición deliberada de un mal, en el derecho civil la principal sanción consiste en forzar el cumplimiento de una obligación o reparar un perjuicio causado.

Habiendo presentado esa observación, volvamos al esquema conceptual de Figueroa. De acuerdo con el autor de las dos características presentadas (independencia conceptual y asimetría) surge la controvertida idea de que la responsabilidad-sujeción sería primaria respecto de las demás. Entender a la responsabilidad-sujeción como el sentido primario de la responsabilidad implicaría, sin embargo, un compromiso con la primacía de la reacción como parte de la experiencia social de la responsabilidad. Esto ha llevado a algunos a cuestionar esta primacía y proponer que lo primario es la responsabilidad-autoría, pues la forma básica de responsabilidad sería la atribución de acciones. La responsabilidad-autoría sería la condición para evaluar o juzgar, que a su vez es condición de un reproche o reacción. El único juicio imprescindible de la acción de responsabilizar sería el de atribuir una acción, lo demás (evaluar y reprochar) sería accesorio (Figueroa, 2019, pp. 64-66).

Trazado este contexto, Sebastián se embarca en un análisis de los compromisos que están implícitos en estas distintas aproximaciones sobre lo primario en la responsabilidad: una que pone al centro la autoría y otra la sujeción. Él nos anuncia que defenderá las virtudes de la tesis de la primacía de la responsabilidad-sujeción, una cuestión que seguramente será discutida en los otros ensayos que componen esta edición especial. Paso ahora a formular una reflexión general a la que me ha llevado la lectura del primer capítulo de *Adscripción y reacción*.

⁴ En general las condiciones de la capacidad civil y la capacidad penal son distintas en los sistemas jurídicos. En Chile, por ejemplo, la capacidad penal está determinada por la imputabilidad que se excluye para menores de 14 años y personas que se encuentren privadas de la razón (véase artículo 10 N° 1 y N°2 del Código Penal). En el derecho civil en cambio, la capacidad de responsabilidad extracontractual comienza a los 7 años siempre que se actúe con discernimiento, el cual se presume (véase artículo 2319 del Código Civil). En este último caso, los adultos que tienen a estos niños u adolescentes bajo su cuidado pueden verse obligados a responder por el hecho de estos últimos, una posibilidad proscrita en el derecho penal en virtud del principio de culpabilidad penal y personalidad de las penas.

4. ¿Una responsabilidad simplemente humana? Sobre la irredimible impersonalidad de la responsabilidad

Figuroa comienza el primer capítulo de su libro citando a Wittgenstein: «imaginar un lenguaje significa imaginar una forma de vida» y luego se embarca en un capítulo que, como ya vimos, revisa nuestro lenguaje y su sentido, o más precisamente nuestras «formas de hablar» sobre la responsabilidad (Figuroa, 2019, pp. 27-30). Nuestras formas de hablar sobre la responsabilidad seguramente se relacionan con la manera en la que nos hemos decidido comprender a nosotros mismos o con las «formas de vida» que hemos imaginado para nosotros mismos, tal como sugiere la cita a Wittgenstein. El capítulo, sin embargo, no penetra hacia la realidad imaginada que subyace a nuestro lenguaje, sino que se mueve en el plano de las palabras; organizándolas. Pero en la organización del lenguaje de la responsabilidad que Sebastián elabora, se asoman tímidamente ciertos compromisos con algunas ideas sobre nuestras formas de vida. Estos compromisos seguramente quedan más explícitos a lo largo del libro. Pero por ahora, me referiré a uno de esos compromisos, tal y como aparece en este primer capítulo.

4.1. El carácter irredimiblemente impersonal de la responsabilidad y la opacidad del individuo

Sebastián sostiene, correctamente a mi parecer, que hay una estrecha relación entre la idea de responsabilidad y la de normatividad. Una de las consecuencias de esta estrecha relación sería que la idea de responsabilidad jurídica tiene una complicada e íntima relación con la noción moral de responsabilidad. El autor llega al punto de manifestar cierto acuerdo con la idea de que «tanto la responsabilidad moral como la responsabilidad jurídica serían manifestaciones de *una misma cuestión*» (Figuroa, 2019, p. 30). Con esta vinculación entre responsabilidad moral y jurídica, Sebastián busca moverse con cierta libertad entre la dimensión moral y la jurídica para reflexionar en torno a la idea de responsabilidad. Hasta aquí estoy de acuerdo con el autor. Sin embargo, con posterioridad Figuroa sostiene que hay una importante distinción entre la responsabilidad moral y la jurídica que goza de amplio consenso: la responsabilidad jurídica depende de la existencia de instituciones mientras que la moral no (Figuroa, 2019, p. 31). Y esta distinción que el autor traza entre derecho y moral, mundo institucional y mundo pre- o des-institucionalizado, aparece luego formulada como una distinción entre el mundo formal e informal de modo tal que la responsabilidad en el derecho sería un fenómeno institucional o que se produce en un contexto formalizado, mientras que la responsabilidad moral sería aquella que tiene lugar en interacciones personales no mediadas por la forma de las instituciones (Figuroa, 2019, pp. 30-33). Yo me atrevería agregar, además, que el autor está hablando también aquí de una distinción entre lo impersonal (el derecho) y lo personal (la moral).

La responsabilidad entonces aparece como una entidad promiscua, que en el mundo formal del derecho tendrá ciertas características, y en los otros mundos que también habita, será algo distinta. La responsabilidad podría entonces constituirse como algo distante, frío e incluso inhumano como en *El proceso* de Kafka, o bien como una experiencia devastadoramente íntima como ocurre en *Anna Karenina* de Tolstói (Figuroa, 2019, p. 33). Pero ¿es cierto que la responsabilidad moral y la responsabilidad jurídica se distinguen por esto, por la posesión o no de un carácter institucional, formal o impersonal? Tengo mis dudas incluso asumiendo el concepto restringido de institución que ofrece Figuroa.

De acuerdo con el autor, las instituciones tienen tres características: a) trascienden a los individuos que forman parte de ellas y a las interacciones concretas que se desenvuelven en su interior, b) son miméticas en el sentido que replican interacciones interpersonales y c) son artificiales en el sentido de que están desvinculadas del fundamento de las prácticas que replican (Figuroa, 2019, p. 32). A mí me parece que estas mismas características se encuentran también muy presentes en el orden moral. Todas las prácticas de responsabilidad, morales o no, interpelan al individuo de una u otra forma y lo obligan a definirse de una manera artificial, como portador de un rol, que lo trasciende a él o ella, y a sus interacciones concretas. Todas las prácticas de responsabilidad obligan al individuo a ser descrito por un determinado marco normativo, una alteridad; lo definen e imaginan de una manera finita y clara, que a pesar de su obvia artificialidad pretende replicar o expresar algo que sería «natural» de los individuos. Así el sujeto, interpelado, ha de asumir una cierta identidad que no es transparente para sí mismo pero que le permite configurarse como un sujeto responsable⁵.

Toda responsabilidad es un ejercicio de simplificación y sometimiento a un marco de significado que tiene algo de nuestro, pero mucho de externo. Una de las razones por las que esto es así, es que toda forma de responsabilidad se configura y expresa a través del lenguaje, y a mi parecer, el lenguaje es una estructura de significado que cumple con esas tres características que Figuroa les atribuye a las instituciones y que tiene muy poco de inocente y de personal. El lenguaje no es un instrumento de expresión del individuo, sino un espacio de sometimiento que este debe habitar a pesar de sí mismo⁶. De personal el lenguaje tiene bastante poco y la distancia que existe (en términos de impersonalidad) entre cualquier definición lingüística relativa a la responsabilidad y una propiamente jurídica, no me parece que sea demasiado larga. Puede que entre la responsabilidad del derecho y la responsabilidad moral haya una diferencia de grado, pero no hay, me parece una diferencia tal que permita identificar a la primera más no a la segunda con los apelativos de institucionalizada o impersonal.

En otras palabras, toda interacción en la que hay una interpelación normativa realizada a través del lenguaje es bastante impersonal, y la idea de que habría algunas interpelaciones normativas más personales que otras me resulta misteriosa. La idea misma de personal o impersonal precisa de una definición que no me siento capacitada a proponer en estas pocas páginas. Pero una reconsideración de los ejemplos propuestos por Figuroa nos permite aproximarnos a dicha distinción y mostrar que cuando la responsabilidad se contempla desde la idea de lo personal y lo impersonal, lo humano y lo artificial, lo natural o lo institucional, es difícil encontrar una distancia entre la responsabilidad del derecho y la de la moral. Veamos estos ejemplos.

El autor parece sugerir que la experiencia de responsabilidad relatada en *Anna Karenina* representa aquella experiencia menos formal y más personal que es propia de la responsabilidad moral. La experiencia relatada en *El proceso* sería más fácilmente identificable que formal y distante, con la responsabilidad jurídica. Pero ¿es apropiado distinguir de este modo la responsabilidad que «sufre» Anna *versus* la que «padece» el Señor K? A mi parecer, esto sería una conclusión frente a la que habría que tomar pausa.

⁵ En general sobre esto véase Butler (2005, pp. 30-40, 83-101). Sobre la idea de interpelación en particular, véase Althusser (2012).

⁶ Sobre estas ideas Lacanianas, véase Žižek (2016).

El individuo habita todos estos espacios, yo creo, igualmente alienado. Ser ciudadana, funcionaria pública, académica, abogada, madre, esposa, amante, implica ser definida por categorías lingüísticas que llevan implícitas (a veces escondidas como un caballo de Troya), una serie de expectativas, funciones, condiciones y reglas que se imponen desde afuera y que no son completamente transparentes para quien sostiene dichos roles. En la vinculación del individuo con su rol, siempre un espacio de incomodidad, algo que no calza, que no se deja comprender y que perturba nuestra identidad⁷. No hay rol alguno que sirva como una guarida para el individuo, como un espacio de expresión de nuestro ser, un espacio que podríamos llamar puramente personal. Nuestra autocomprensión y nuestro amor propio están mediados por estos roles opacos⁸. No hay entonces verdaderamente un espacio más personal que otro. Y pensar lo contrario es una fuente de sufrimiento adicional para el individuo, un artefacto ideológico que nos obliga a sentir que hemos fallado en el camino obligatorio de conocernos a nosotros mismos.

¿Puede un juicio de infidelidad expresar la experiencia vivida por *Anna Karenina* y su amante? Probablemente no. Ella está perdida porque las categorías de esa instancia de responsabilidad supuestamente personal y humana en la que se ve envuelta no calzan con la experiencia más innata y profunda de su historia personal donde los roles de madre, esposa y amante la someten a intensas contradicciones. Pero ella debería verlo, comprenderlo, porque es supuestamente un juicio personal profundamente íntimo. Sin embargo, ella no logra alcanzar una conclusión sobre sí misma, un significado que tenga sentido y el sentimiento de alienación es total. No hay espacio en el lenguaje en el que ella vive para definir su verdadera experiencia personal. Ella ha fallado. No ha logrado conocerse.

Por otra parte, ¿es el juicio que pesa sobre el señor K relevantemente más impersonal que el que padece Anna? No estoy tan segura. A lo menos en el caso de K, el sufrimiento existencial y la forma en que él es externamente forzado a estar alienado está a la vista, es explícito. La perplejidad es aparente y sistémica: no es una falla de K. Es una falla del mundo en el que K habita.

No estoy convencida entonces de que haya un menor nivel de externalidad, de impersonalidad o de inhumanidad en la responsabilidad moral frente a la responsabilidad jurídica. En cambio, pienso que la principal y quizás la única diferencia entre ambos dominios de la responsabilidad, es que el derecho es un sistema normativo que (producto de una serie de razones que no viene al caso discutir) puede ser externamente impuesto mediante la coerción estatal. De la posibilidad del uso de la fuerza o de la coerción, se desprende la distinción entre responsabilidad formal e informal, pues solo las agencias del Estado pueden determinar el uso legítimo de la fuerza. En esto reside en definitiva entonces la distinción entre responsabilidad moral y jurídica, la primera es aquella que no puede configurarse mediante el uso de la fuerza, la segunda sí. La formalidad está dada por el hecho de que la responsabilidad jurídica en tanto autoriza la posibilidad de la coacción, solo puede ser administrada por agencias públicas. En un sistema liberal, uno esperaría además que las exigencias que se imponen coercitivamente al individuo sean exigencias menos intensas o demandantes que las que se imponen mediante sanciones no coactivas. Pero esto ya es harina de otro costal.

⁷ Véase en Butler (2005, pp. 39, 83-101).

⁸ Una opacidad que quizás es algo así como nuestra verdadera guarida, algo a lo que tenemos «derecho». Véase Glissant (1997, pp. 189-194).

4.2. Tres desacuerdos adicionales

Además de esta observación general sobre la distinción entre responsabilidad moral y jurídica, creo estar en desacuerdo con otros tres planteamientos del autor. Estos desacuerdos se derivan, de una u otra forma de la observación general realizada en la sección anterior.

En primer lugar, al describir la idea de que los sentidos de la responsabilidad son independientes entre sí, el autor sostiene que sería posible atribuir responsabilidad-sujeción con independencia de si hay una acción de un individuo capaz. Sin embargo, salvo el caso de las personas jurídicas, no se me ocurre una responsabilidad-sujeción que no implique alguna afirmación implícita sobre la responsabilidad-capacidad. Y no sé si la excepción de las personas jurídicas sirva aquí de algo, porque dicha responsabilidad tiene características tan peculiares que no estoy segura de que podamos usarla como una excepción que nos permita sacar conclusiones generales sobre la idea de responsabilidad. Como señalé un poco más arriba, la responsabilidad supone definir al individuo responsable de una cierta forma (a mi parecer siempre bastante artificial, pero quizás necesaria), de ahí que no logro concebir que la responsabilidad-sujeción no implique siempre la definición de un tipo de agente con una cierta capacidad⁹.

En segundo lugar, el autor plantea contra lo que ha sostenido Antony Duff, que la responsabilidad-sujeción tampoco dependería de la afirmación de la responsabilidad-rol, porque habría casos en los que una persona es responsable en tanto miembro de la especie humana y allí la noción de rol aparece desdibujada (Figuroa, 2019, p. 56). Pero, como ya he señalado, toda forma de responsabilizar supone atribuir un rol, imaginar algo que somos y que lleva implícito una serie de atributos que se le imponen al individuo. Aun estando quizás de acuerdo con la idea de que hay deberes que pesan sobre todos y todas, estos deberes existen porque existe una cierta idea de cómo somos y cuál es nuestro rol en el planeta o entre unos y otros. Y pienso que hay algo valioso en no perder de vista ese rol pues, aunque le llamemos «ser humano» su contenido es contingente y artificial o convencional, y eso otorga siempre una razón para mantener una posición crítica frente a la definición de nuestras expectativas normativas.

Por último, y como es de esperar, tampoco me resulta convincente algo así como una idea de agencia básica o universal, más bien tiendo a creer que todas las formas de responsabilidad crean, imaginan o construyen sus propias condiciones de agencia que las vuelven apropiadas, o no. Y con este último comentario, que en realidad no sé si es un desacuerdo con el autor, cierro mi contribución y agradezco a Sebastián por haber escrito un libro que nos invita a pensar.

Bibliografía

- Althusser, L. (2012). Ideology and ideological state apparatuses (notes towards an investigation). En M. Durham y D. Kellner (Eds.), *Media and Cultural Studies: Keywords* (80-86) Wiley-Blackwell.
- Butler, J. (2005). *Giving an account of oneself*. Fordham University Press.
- Díaz y García, M. (1991). *La Autoría en Derecho Penal*. PPU.
- Figuroa, S. (2019). *Adscripción y reacción*. Marcial Pons.
- Gorriz, E. (2008). *El Concepto de Autor en el Derecho Penal*. Tirant lo Blanch.

⁹ De acuerdo con el autor, en cambio: «la atribución de roles, de ser factor causal, de capacidades y de estar sujeto a una reacción, son independientes entre sí, ya que en determinados contextos la atribución de una no supone necesariamente la de cualquiera de las otras». Véase Figuroa (2019, p. 58).

- Guzmán, J.L. (2014). El concepto de autor en el estatuto de Roma y su aplicación en la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: un dilema metodológico. En K. Ambos, E. Malarino y C. Steiner (Eds.), *Análisis de la primera sentencia de la Corte Penal Internacional: el caso Lubanga (231.261)*. Colección Konrad Adenauer.
- Glissant, É. (1997). *Poetics of Relation*. University of Michigan Press.
- Hart, H. L. A. (1967) Varieties of responsibility. *Law Quarterly Review*, 83, 346-364.
- Roxin, C. (2000). Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión. En C. Roxin, B. Schünemann, G. Jakobs, W. Frisch y M. Kohler (Eds.), *Sobre el Estado de la Teoría del Delito* (155-178). Civitas.
- Žižek, S. (2016). Language, violence and nonviolence. *International Journal of Žižek Studies*, 2 (3).

¿Responsabilidad sin responsabilización? En torno a los fundamentos normativos del enfoque interpersonal. Comentario a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa

(2019) Marcial Pons.
Madrid, 282 pp.

Matías Parmigiani

Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (CONICET/UNC-Argentina)

Universidad Siglo 21 (Argentina)

ORCID ID 0000-0002-5462-5781

matias.parmigiani@unc.edu.ar

Cita recomendada:

Parmigiani, M. (2022). ¿Responsabilidad sin responsabilización? En torno a los fundamentos normativos del enfoque interpersonal. Comentario a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 454-466.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7137>

Recibido / received: 17/07/2022
Aceptado / accepted: 06/08/2022

Resumen

El objetivo del presente trabajo consiste en analizar críticamente el enfoque interpersonal de la responsabilidad que Figueroa delinea con mayor claridad en los Caps. II, III y IV de *Adscripción y reacción*, pero que se encarga de defender a lo largo de todo su libro. Mientras este enfoque parecería identificarse como un ejercicio de filosofía analítica descriptiva, aquí se argüirá que el mismo tendría mucho más para ganar si decididamente asume un propósito normativo.

Palabras clave

Filosofía analítica descriptiva, filosofía analítica normativa, expectativas normativas, libertad, control.

Abstract

The aim of this paper is to critically analyze the interpersonal approach to responsibility that Figueroa presents in Chaps. II, III and IV of Adscripción y reacción, but which he defends throughout his work. Whereas this approach might be identified as an exemplar of descriptive analytic philosophy, the argument here will be that it would have much more to gain if it decidedly assumes a normative purpose.



Keywords

Descriptive analytic philosophy, normative analytic philosophy, normative expectations, freedom, control.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. De lo descriptivo a lo normativo. 3. De lo intrapersonal a lo interpersonal. 4. Responsabilidad y sujeción: entre lo constatativo y lo atributivo.

I. Introducción

Imaginemos un día normal en la vida de una persona cualquiera. Como el protagonista de *A day in the life* de los *Beatles*, alguien se despierta, se levanta de su cama, peina su cabello, baja las escaleras, bebe una taza de café, observa su reloj, nota que llega tarde, recoge su abrigo, descuelga su sombrero del perchero, sale a la calle y toma el autobús. Quienquiera que haya oído esta canción advertirá con suma facilidad qué sucede en el escenario allí descrito. Acciones como estas, además, ocurren cientos de miles en nuestra vida ordinaria, al punto de que no solemos reparar en ellas con especial atención. No obstante, ¿qué pasaría si, en lugar de decir que una persona baja las escaleras u observa su reloj, dijéramos que es «responsable» de bajar las escaleras u observar su reloj? ¿No nos dispondríamos a interpretar de manera completamente diferente el sentido de lo descrito?

Sin dudas, uno de los mayores logros de *Adscripción y reacción*, el magnífico y desafiante libro de S. Figueroa Rubio, es que ofrece una clave incuestionable para entender en qué circunstancias cabe apelar al vocabulario de la responsabilidad. Puesto que la responsabilidad tan sólo se plantea, según escribe Figueroa, cuando «acaeece un evento *que frustra una expectativa*» (Figueroa, 2014, p. 202), invocar el vocabulario de la responsabilidad para describir la conducta de alguien que simplemente baja las escaleras, mas sin que haya ninguna expectativa implicada, sería tan impropio como predicar de un evento natural como un sismo o un huracán que «ha tenido la intención» de destruir los edificios históricos de una ciudad. Por supuesto, nuestras prácticas y convenciones lingüísticas podrían ser muy diferentes de las que efectivamente nos rigen, y en principio no hay ninguna razón de orden lógico capaz de evitar que en un futuro próximo o lejano estas prácticas y convenciones permitan lo que hoy parecen prohibir. Sin embargo, al vincular la responsabilidad con la frustración de una expectativa, la pregunta que naturalmente se plantea es si Figueroa no está haciendo algo más que meramente reconocer la vigencia de una práctica o convención lingüística.

Alguna vez G. Lariguet, siguiendo a B. Williams, llamó filosofía analítica «neutral» o «no normativa» a todo ejercicio filosófico que se propone «forjar conceptos, (...) examinar sus relaciones lógicas, (...) esclarecer el modo en que usamos el lenguaje, etc.», desde un punto de vista puramente conceptual y descriptivo (Lariguet, 2014, p. 199). Puesto que no hay dudas acerca de la orientación analítica del texto de Figueroa, la impresión natural es que el enfoque o concepción interpersonal de la responsabilidad que allí defiende se reconocería como un ejercicio de esta tipología filosófica, diferenciable de la filosofía analítica «normativa» en virtud de que, para esta última, la mejor estructuración posible de nuestras prácticas y conceptos no sólo incide en el modo en que organizamos «en forma inteligible y racional nuestras experiencias», sino que «tendrá también un impacto en lo que *debemos pensar, sentir o hacer*» (Lariguet, 2014, p. 200). En este artículo, el objetivo que persigo es el de exponer por qué el enfoque o concepción «interpersonal» de la

responsabilidad allí postulado no tendría más remedio que reconocerse como un ejercicio de la segunda tipología de filosofía analítica, pese a que su pretensión aparente sea la de identificarse como un ejercicio de la primera.

A fin de alcanzar este objetivo, dos serán los pasos clave. El primero consistirá en revisar la caracterización del enfoque o concepción «intrapersonal» de la responsabilidad que ofrece Figueroa y a la que presenta como la contracara de su propio enfoque. Mientras él parece pensar que esta concepción es empíricamente inadecuada o insuficiente, justamente por no tomar en cuenta la noción de «expectativa normativa» que está en el centro de cualquier práctica imputativa, aquí argumentaré que esto no sería estrictamente cierto. Por su parte, el segundo paso consistirá en mostrar que las ideas de libertad, voluntariedad o capacidad agencial que resultarían definitorias del enfoque intrapersonal, en lugar de leerse en clave descriptiva, deberían leerse en clave normativa, lo que en última instancia permitiría explicar dos cosas: por una parte, por qué ellas, como en cierto modo presupone Figueroa, no resultan incompatibles con los postulados básicos del enfoque interpersonal; y, por otra parte, en qué sentido un enfoque interpersonal que aspire a resultar moralmente legítimo o justificable no tiene mejor alternativa que la de reconocer su importancia.

El objetivo del presente artículo consiste en analizar críticamente el enfoque interpersonal de la responsabilidad que Figueroa delinea con claridad en los Caps. II, III y IV de *Adscripción y reacción*. La razón no es difícil de adivinar: si hemos de tener una idea clara tanto de lo que motiva al enfoque interpersonal de la responsabilidad que se postula en el Cap. III, como así también de lo que está detrás del mismo, los capítulos II y IV ofrecen información insoslayable. Proceder así, por cierto, podría obligarme a tratar cuestiones que ya hayan sido tratadas por otros autores en este volumen, pero no veo más alternativa que proceder de esta manera. Después de todo, un libro tan valioso como el de Figueroa representa una unidad coherente e insoluble, y es en atención a esta unidad que cada capítulo debería leerse como una parte en íntima conexión con el resto.

2. De lo descriptivo a lo normativo

Para comenzar este análisis, lo primero que conviene preguntar es qué implica defender una concepción «intrapersonal» de la responsabilidad. Figueroa le atribuye tres postulados básicos, a saber:

- a) La responsabilidad tiene su *fente* en *hechos* sobre individuos, no en juicios o acciones que otros adoptan sobre ellos.
- b) La responsabilidad es algo propio –o “intrínseco”, según escribe Figueroa más adelante (cf. 153)– de agentes autónomos y no una construcción social dependiente de relaciones propias de la vida en comunidad.
- c) Para la comprensión de la responsabilidad, *ser responsable* es prioritario a *responsabilizar*. (Figueroa, 2019, p. 100)

Con respecto al primer postulado (a), ¿qué significa que la responsabilidad tenga su «fente en hechos» sobre individuos? Aunque el significado de esta expresión presenta a mi juicio cierta oscuridad, Figueroa dedica una parte considerable del Cap. II de su trabajo a elucidarla. Y lo que dice allí, en resumidas cuentas, es que estos hechos serían relativos tanto a la «capacidad» que se le atribuye a un agente a quien se considera responsable de una acción como a la «voluntariedad» con la que dicha acción habría sido realizada (al respecto, véase especialmente la sec. 4.2 de este capítulo), que son básicamente los dos hechos que

permitirían dar cuenta de la autonomía individual, tal el contenido del segundo postulado (b).

Ahora bien, suponiendo que estas sean las premisas definitorias fundamentales de la concepción intrapersonal de la responsabilidad, ¿qué se seguiría de ello en relación con el escenario planteado al inicio? Puesto que la responsabilidad implicaría ni más ni menos que disponer de una capacidad de acción, activable voluntariamente, el enunciado que afirma sobre el protagonista de la canción de los Beatles que «él baja (intencionalmente) las escaleras» (1) debería ser tratado como semánticamente equivalente al enunciado según el cual «él es responsable de bajar (intencionalmente) las escaleras» (2). Pero dado que estos enunciados no son, según sabemos, semánticamente equivalentes, el enfoque intrapersonal no sería compatible con el modo en que en nuestras prácticas lingüísticas habituales tratamos a los agentes responsables. Descriptivamente, pues, sería inadecuado, o –para ponerlo en los términos de Williams y Lariguet– un mal ejercicio de filosofía analítica «neutral».

Por contrapartida, de acuerdo con la concepción «interpersonal» que defiende Figueroa, «la responsabilidad no puede ser considerada independiente de ciertos elementos de la vida social como la formación de expectativas, la adopción de actitudes reactivas y su expresión» (Figueroa, 2014, p. 153). Por esa razón, las condiciones de verificación del enunciado (1) no se parecen en nada a las condiciones de verificación del enunciado (2), el cual demanda una serie de asunciones adicionales, como la asunción de que el sujeto del enunciado ha infringido o, por el contrario, ha satisfecho una expectativa de conducta determinada. Tal como las cosas están planteadas, parece innegable que el enfoque o concepción interpersonal está en mejor forma que el enfoque o concepción intrapersonal para dar cuenta de nuestras prácticas discursivas habituales vinculadas a la responsabilidad. Sin embargo, ¿qué se sigue de aquí? Lo que además se sigue, sostiene Figueroa, es que el enfoque intrapersonal nunca será capaz de avalar cierto tipo de prácticas, como la imputación de responsabilidad objetiva o vicaria, en donde los dos elementos o condiciones que son infaltables para este enfoque (i.e. la capacidad y la voluntariedad) bien podrían no estar presentes. Textualmente, Figueroa afirma que «un juicio de responsabilidad objetiva no requiere que haya alguna manifestación de la agencia relacionada al hecho por el cual se responsabiliza, y uno de responsabilidad vicaria no requiere que quien es responsabilizado haya realizado la acción por la que se le responsabiliza» (Figueroa, 2014, p. 103), siendo ambas pretensiones incompatibles con los postulados del enfoque intrapersonal.

En este punto, no obstante, es donde conviene volver sobre la pregunta inicial. Pues si estas son, en efecto, las pretensiones características de la responsabilidad objetiva y la responsabilidad vicaria, respectivamente, ¿por qué estamos obligados a aceptarlas? ¿simplemente porque ellas constituyen dos prácticas habituales en nuestras comunidades jurídicas y morales? Si esa fuera la respuesta, entonces todo habitante de una comunidad jurídica o moral en la que cierta práctica fuera habitual estaría por eso mismo obligado a aceptar dicha práctica, sin importar lo aberrante o repulsiva que pudiera llegar a resultarle. Pero eso, como bien sabemos, sería inadmisibles. Por ello, Figueroa no solo está obligado a reconocer qué se pierde y qué se gana «desde un punto de vista normativo» cuando se adoptan prácticas imputativas como estas, sino también por qué hay más para ganar que para perder en términos generales cuando se adopta un enfoque o concepción que resulte compatible con ellas. Claro está que el enfoque interpersonal ha de mostrarse

«descriptivamente adecuado», aunque la última garantía de su éxito también dependerá de si resulta «normativamente razonable»¹.

Por supuesto, las razones para admitir tanto la responsabilidad objetiva como la responsabilidad vicaria son de público conocimiento. Sin ellas, habría áreas enteras de la praxis humana que quedarían exentas de toda regulación y se multiplicarían por doquier los problemas sin respuesta, como el de qué hacer cuando un producto industrial defectuoso genera perjuicios físicos o materiales en las personas que lo consumen, o el de cómo comportarse cuando un menor de edad utiliza los datos personales de su padre, madre o tutor a fin de adquirir un servicio por internet. Lo que se gana y se pierde, pues, es bastante evidente. Pero la pregunta es por qué todo esto se perdería de adoptarse el enfoque intrapersonal. La explicación que ofrece Figueroa se desprende de su último pasaje citado, en donde ninguna de las dos formas de imputación requeriría del concepto de «agencia», que es el concepto central en la concepción intrapersonal. Lo que no me queda claro es por qué esto habría de ser así.

Para verlo, considérese uno de los ejemplos presentados en el libro: el de la responsabilidad del padre de Pedro y Pablo por la ruptura del jarrón que estos han tirado al suelo (cf. 41). En virtud de que allí no habría, al menos *ex hypothesi*, ningún rastro de la agencia del padre, el hecho acaecido no podría serle atribuido. Sin embargo, ¿acaso es esto aceptable? Si la persona responsabilizada hubiera sido alguien completamente ajeno al hecho, como un vecino que vive en la otra cuadra, o el abuelo fallecido de los niños, el acto en cuestión nos parecería a todas luces injustificable. ¿No es entonces evidente que la responsabilidad del padre depende en este caso de que haya podido ejercer algún grado de control sobre el hecho, por más que entre el mismo y sus acciones (u omisiones) no medie la relación de inmediatez que sí mediaría en cambio entre el propio hecho y las acciones (u omisiones) de los niños? Desconocer esto involucra a mi modesto entender una profunda distorsión de lo que implica atribuir a alguien una responsabilidad objetiva o vicaria.

Figueroa parece adelantarse a esta objeción en el mismo Cap. II de su libro, cuando advierte que el productor industrial que derrama una sustancia tóxica sería responsable precisamente por haber producido esta sustancia, que es un acto imputable a su agencia. Sin embargo, la respuesta de Figueroa es que:

la conexión entre la acción y el perjuicio no es la del agente y sus acciones, pues la persona no es responsabilizada por el evento que se puede describir como [...] producción de sustancias tóxicas, sino de aquel que se describe como [...] el derrame de dichas sustancias [...], con independencia de si quien es responsable ha sido o no diligente en su actuar. (Figueroa, 2014, p. 104)

Incluso aunque sea cierto que el productor de sustancias tóxicas no sea responsabilizado en tanto que «productor» sino en tanto que «derramador» de sustancias, como parece suponer Figueroa, ¿no es evidente que el derrame no se habría producido si las sustancias derramadas no hubieran sido producidas por esa persona en tanto que productor? La producción de sustancias, pues, parece constituir un antecedente causal necesario del derrame, y es esta relación directa que se constata entre el agente y su acción de producir la que muchas veces basta para

¹ Un enfoque analítico que, a mi modo de ver, aspira a la adecuación empírica sin renunciar a la razonabilidad normativa es el modelo constructivo de interpretación que defiende R. Dworkin, válido para dar cuenta de aquellas prácticas cuyos participantes consideran valiosas, por más que discrepen sobre los requisitos específicos que deben satisfacer (véase Dworkin, 2004, p. 47 y ss). Aunque aquí no dispongo de espacio para defender este modelo (al respecto, véase Postema, 1987; Guest, 2012), creo que el mismo podría aplicarse perfectamente al campo de la responsabilidad. Por otro lado, es indudable que un modelo así representa un ejercicio auténtico de filosofía analítica normativa.

atribuirle a ese mismo agente una responsabilidad por todo lo que pueda ocurrir como consecuencia indirecta de su acción inicial, suponiendo que tal cosa fuera hasta cierto punto previsible. Por lo general suele haber otros factores adicionales en la explicación del hecho acaecido que son tanto o más importantes para la imputación de responsabilidad objetiva que la constatación del hecho original, pero por el momento podemos dejar de lado estos pormenores. Con todo, si una de las marcas centrales del enfoque intrapersonal es que la responsabilidad tiene su fuente en «un hecho» sobre un individuo, ¿por qué este hecho no podría remitir al «grado de control o dominio» que el individuo detenta para prevenir o producir el acto, hecho o estado de cosas que se le imputa?

En el ejemplo de Figueroa, se remarca que el productor de sustancias responde objetivamente por el derrame con independencia de si se ha comportado diligentemente. Es más, aquí podría suponerse que este individuo ha hecho incluso más de lo que estaba a su alcance para evitar el hecho lesivo, sin que esto haya sido suficiente. De ser este el caso, entonces difícilmente podrá decirse de él que ha tenido control o dominio sobre lo que pasó. No obstante, ¿no es igualmente cierto que cuando el individuo decidió producir las sustancias tóxicas que luego se derramaron, incurrió a sabiendas en una actividad potencialmente riesgosa y asumió voluntariamente tanto los deberes de cuidado como los costos que esa actividad comportaba? El hecho de que una persona se comprometa a hacer algo que luego no puede hacer, por más denodados que hayan sido sus esfuerzos en pos de cumplir con su palabra, no exime a dicha persona del compromiso contraído, excepto que el mismo no haya sido voluntario. Pero si se trata de un compromiso que pudo evitar y no evitó, entonces deberá reconocerse que algún grado de control ejercía sobre la secuencia de hechos que desencadenó el hecho lesivo final, tal el caso del derrame.

Tal vez lo que compromete al partidario del enfoque intrapersonal con una respuesta incómoda al desafío que plantean la responsabilidad objetiva y la responsabilidad vicaria sea una concepción exageradamente subjetiva de la imputación, según la cual sólo somos responsables de aquello que provocamos con una mente culpable. Figueroa advierte una concepción así en la obra de Molina (2002): «sólo la plena imputación subjetiva permite una genuina atribución de responsabilidad» (Figueroa, 2019, p. 105). Sin embargo, ¿no es acaso un hecho indiscutible que en todos los casos de responsabilidad objetiva siempre se constata algún factor subjetivo de atribución, vinculado en última instancia a la libre elección de la actividad objetivamente riesgosa que ha generado la consecuencia imputable? Si así no fuera, entonces cualquier persona que simplemente guarde un vínculo con dicha actividad, por mínimo que sea, podría ser responsabilizada por las consecuencias que se siguen de ella, sin importar el grado de implicancia que haya tenido en su origen o desarrollo, como así tampoco el rango jerárquico que ocupe en una organización o el rol y/o función que desempeñe.

3. De lo intrapersonal a lo interpersonal

Ya en el Cap. III de su trabajo, que es el que aquí nos concierne, Figueroa contrapone la concepción intrapersonal de la responsabilidad, tomando en consideración sus tres postulados definitorios (cf. *supra*), con la concepción interpersonal que él defiende, asimismo definible en función de tres postulados, a saber:

- a) La responsabilidad se sitúa en relaciones interpersonales;
- b) La responsabilidad no puede ser considerada independiente de ciertos elementos de la vida social como la formación de expectativas, la adopción de actitudes reactivas y su expresión; y

c) La comprensión de lo que significa responsabilizar es prioritaria a la de ser responsable (Figueroa, 2019, p. 153).

Para Figueroa, además, estos postulados no deben entenderse como la negación de los postulados de la concepción intrapersonal, aunque en muchos casos impliquen adoptar una mirada crítica sobre los mismos. Ellos «más bien surgen – escribe– de la presentación de lugares comunes alternativos que, al ser abrazados, muestran una gama de oportunidades para explicar las actividades relativas a responsabilizar y ser responsable» (Figueroa, 2019, p. 153). Así, por ejemplo, mientras la concepción intrapersonal acude a materiales o elementos típicos como el «libre albedrío», la «autonomía de un sujeto abstracto» o «sus capacidades como agente», los materiales o elementos de los que se nutre la concepción interpersonal tienen que ver con «expectativas, actitudes reactivas y reacciones» (Figueroa, 2019, pp.153-154).

A mi modesto entender, esta aclaración reviste una importancia crucial en el trabajo de Figueroa, pues no solo permite disolver una tensión entre los enfoques que en principio parecía indisoluble, sino que abre una vía interpretativa de cuya existencia no estoy seguro de que el propio autor sea absolutamente consciente.

Paso a explicarme tomando como referencia los postulados b) de cada enfoque. Mientras el enfoque intrapersonal sostiene aquí que la responsabilidad es algo propio de agentes autónomos y el enfoque interpersonal afirma que ella no puede ser considerada con independencia de ciertos elementos de la vida social como la formación de expectativas, una vez que nos percatamos de que una cosa no tiene que ser la contracara de la otra, ¿por qué no ver entonces a estos postulados como conciliables? En otras palabras, ¿qué razón de principio le impediría al enfoque intrapersonal admitir que las expectativas juegan un rol irremplazable –o sumamente importante– en la asignación de responsabilidad? (i) ¿Y qué razón de principio le impediría al enfoque interpersonal conceder por su parte que no debería haber responsabilidad a menos que asumamos algún grado de autonomía o capacidad agencial en el individuo responsabilizado? (ii)

Con respecto a la pregunta (i), cabe notar que Kant, precisamente el autor a quien el propio Figueroa concibe como el paradigma del enfoque intrapersonal (al respecto, véase la sec. 3 del Cap. II), cuando al final de su tercera antinomia pretende ilustrar de manera concreta qué debe suceder para que un individuo pueda considerarse responsable, o «imputable» (que es el término que emplea), elige como ejemplo de lo que está en juego ni más ni menos que la comisión de una mentira maliciosa que ha provocado cierta confusión en la sociedad (al respecto, véase Kant, 2019, pp. 582-583). Es decir, lejos de elegir un acto moralmente insignificante o neutral como bajar las escaleras, beber una taza de café o tomar el autobús (cf. *supra*), Kant elige un acto que por definición parece transgredir una expectativa normativa o, en su caso, una norma moral. Si no se transgrede ley moral alguna, no parece haber en su opinión ningún juicio de responsabilidad (o de imputación) posible. Pero si esto es así para alguien como Kant, en cuyo pensamiento Figueroa detecta «las bases de los postulados de una concepción intrapersonal» (Figueroa, 2019, p. 91), ¿por qué no sería lo mismo para cualquiera que perciba en la autonomía o libertad humanas las condiciones «últimas» –aunque no las «únicas», desde luego– de toda imputación de responsabilidad?

Por su parte, en relación con la pregunta (ii), no solo no parece haber ninguna razón de principio que le impida al enfoque interpersonal conceder que la responsabilidad presupone algún grado de autonomía o capacidad agencial, sino que esta concesión, analizada en perspectiva histórica, parece ofrecer la clave para

comprender de qué modo se fue gestando entre los antiguos griegos el concepto de responsabilidad con el que hoy estamos familiarizados. En las obras de Homero y Hesíodo, en donde las acciones humanas suelen describirse como la consecuencia inevitable de pasiones irrefrenables inspiradas por los dioses, el concepto de «responsabilidad» parece ocupar un lugar menor, que es lo que enfatizan algunas interpretaciones tradicionales, como las de Snell (1953), Adkins (1960) o Jaeger (2016). Sin embargo, hay notables excepciones, como aquel pasaje clave de la *Odisea* en el que Zeus, recordando a Egisto, acusa a los hombres de ser ellos, y no los dioses, quienes traen sobre sí mismos su exceso de penas en virtud de sus propias locuras. Como bien nota Mondolfo (1997), pasajes como este demuestran que los griegos de aquella época, aun creyendo en el hado y en la predestinación de la conducta humana, no eran por completo ajenos a la noción de responsabilidad.

Williams (2008) parece profundizar todavía más este diagnóstico, llegando a sugerir que nociones como las de «lo voluntario» y «lo intencional», en las que supuestamente se basan nuestras modernas teorías sobre la responsabilidad, no solo estaban presentes en los griegos, sino que, contrariamente a lo que se piensa, brillan por su ausencia en muchas de nuestras actuales prácticas de imputación. La tesis de Williams parece coincidir en cierto modo con la tesis de Figueroa, en el sentido de suponer que la idea de sujeción posee una prioridad mayor que las ideas de libertad, autonomía, voluntariedad o agencia a la hora explicar y/o comprender la responsabilidad. «Explicar y/o comprender» una práctica, sin embargo, no puede confundirse con «justificarla». Y, en cualquier caso, en los planos de la explicación y la comprensión, tampoco deja de ser cierto que el concepto de responsabilidad, tal como han notado numerosos especialistas, comienza a emplearse con mucha mayor frecuencia en la antigüedad griega allá por los siglos V y IV a.C., a la par que se desarrollan las nociones de *enkrateia* y *autou kratein*, precisamente los antecedentes de nuestra moderna noción de «autonomía» (al respecto, véase Lozano Nembrot, 2019; Foucault, 2005).

A los efectos de plantear las cosas con rigor, hay que decir que Figueroa no desconoce ninguno de estos pormenores en su trabajo, aunque ellos no sean tratados específicamente en el Cap. III aquí analizado, que es donde se desarrolla en su mayor extensión la concepción interpersonal de la responsabilidad. En particular, quiero referirme ahora al Cap. IV, y especialmente a lo que allí Figueroa denomina las «precondiciones de la sujeción», una cuestión clave para desentrañar lo que estoy planteando en esta nota. En su crítica a Hart, constata el autor, Gardner plantea que «la tesis de la primacía de la sujeción tiene consecuencias moralmente inaceptables», como un desconocimiento del «*status* moral» de los individuos, el cual solo se garantizará en la medida en que la sujeción a una reacción presuponga la atribución de determinadas capacidades psicológicas (Gardner, 2007, p. 191). Tomando cierta distancia del planteo crítico de Gardner, Figueroa sostiene que Hart es consciente de la necesidad de vincular toda forma de reproche moral a la posesión de estas capacidades, por más que su concepción de la moral sea más bien relativista, es decir: tal como ella «es entendida en el presente» (Figueroa, 2019, p. 192).

Luego de formular esta aclaración, Figueroa se pregunta «qué quiere decir Gardner al defender que la atribución de capacidades es precondition de la atribución de sujeción a una reacción» (Figueroa, 2019, p. 192). De las tres posibilidades interpretativas que analiza Figueroa, aquí sólo interesan la segunda y la tercera, básicamente por lo que expresan acerca de las pretensiones o alcances del enfoque interpersonal. Pues bien, según estas interpretaciones, lo que Gardner tendría en mente es que ciertas «capacidades cognitivas y volitivas universales de los individuos» actuarían como una precondition material que debe satisfacerse «cada vez que se discute la sujeción de una persona a una reacción» (Figueroa, 2019,

pp.192-193). Sin embargo, de acuerdo con Figueroa, ver las cosas de esta manera supone formular una exigencia inaceptable, ya que nos obligaría a desechar como inauténticos todos aquellos casos de atribución de responsabilidad que la moralidad moderna ha criticado, como la responsabilización de objetos, niños o animales no humanos (Figueroa, 2019, p. 193).

Por lo que se desprende de aquí, la ventaja con la cual se alzaría el enfoque interpersonal en comparación con el enfoque intrapersonal, presente en planteos como el de Gardner, debe buscarse en su fecundidad descriptiva o explicativa, esto es: en el hecho de que permitiría dar cuenta de una mayor cantidad de casos de atribución de responsabilidad, sean ellos o no moralmente justificables. Sin embargo, ¿por qué el planteo de Gardner debería interpretarse en esta liza, como si tuviera una intencionalidad puramente descriptiva? Más aún, ¿acaso la preocupación de Gardner no era precisamente que la sola idea de la responsabilidad como sujeción desconociera el estatus moral de los seres humanos, que es lo que se preservaría cuando esta idea se supedita a la idea de capacidad? Figueroa intenta responder a estos interrogantes de la mano de Hart, advirtiendo que habría una tensión irresuelta en la propuesta de Gardner. En efecto, si la responsabilidad-capacidad es algo que se constata y no algo que se atribuye, ¿en qué sentido podría adjudicársele a esta capacidad un estatus moral? A juicio de Figueroa, esto resulta natural solo si se entiende la primacía de la responsabilidad-sujeción, que es la única que resultaría conciliable con la idea de «consecuencias normativas» (Figueroa, 2019, p. 193). Escribe al respecto:

[...] considerando que tener un estatus es tener una posición normativa, la noción de estatus supone una serie de consecuencias (normativas), pero dichas consecuencias no pueden depender, para ser tales, de la constatación de ciertas habilidades en los individuos a quienes se atribuyen dichos estatus. En este punto surge la gran dificultad de extraer consecuencias normativas de descripciones (o de la constatación de regularidades) identificada de forma célebre por Hume (Figueroa, 2019, pp. 193-194).

Que los intentos de derivar consecuencias normativas de meras descripciones suelen generar grandes dificultades no es algo que admita discusión. Sin embargo, ¿por qué Figueroa le endilgaría un intento semejante al planteo de Gardner? A mi juicio, Gardner solamente está advirtiendo sobre las consecuencias prácticas que se seguirían de sujetar a las personas sin tomar en cuenta lo que estas son o fueron capaces de controlar tanto en el plano volitivo como en el plano cognitivo. Que las personas de hecho son sujetadas sin tomar en cuenta sus capacidades volitivas y cognitivas tampoco es algo que cueste trabajo admitir. Incluso me atrevería a decir que este es un fenómeno que se comprueba todos los días en diversas partes del mundo, aun a pesar de que allí se empleen enunciados que invocan el concepto de responsabilidad o alguna noción equiparable. Por supuesto, si la sujeción de alguien pretendiera hacerse tan solo tomando en consideración sus capacidades, esto sería igualmente injustificable, pues se desconocerían las expectativas normativas transgredidas, que es lo que cualquier concepción de la responsabilidad debe reconocer, como bien constata Figueroa en lo que considero su tesis central (cf. *supra*). Sin embargo, si esto es lo que ya de por sí reconoce el concepto de responsabilidad-sujeción que emplea el propio Gardner, ¿por qué suponer que la normatividad se introduciría en su planteo por medio de la noción de capacidad, vulnerando así la ley de Hume?

En todo caso, una cosa parecen ser las expectativas normativas (o EN1) por cuya transgresión un agente es sujetado y otra cosa parecen ser las expectativas normativas (o EN2) que cabe formular sobre todo agente sujetador cuando se dispone a sujetar a alguien. De hecho, Figueroa reconoce explícitamente en su trabajo esta segunda categoría de expectativas, justo en aquella parte donde analiza con gran

rigor conceptual la cuestión de la autoridad (Figuroa, 2019, pp. 222-226). En consecuencia, según lo que podría sugerir una lectura más contemplativa de Gardner, cuando él se refiere a las capacidades volitivas y cognitivas como precondiciones universales de toda sujeción posible, lo que en realidad estaría haciendo es referirse al contenido específico de EN2. Al mismo tiempo, el hecho de que estas capacidades o precondiciones hayan de poder verificarse por medio enunciados constatativos y no atributivos (o adscriptivos), para volver a emplear la distinción de Figuroa, no tiene por qué hacer de este requisito una cuestión menos normativa que, digamos, la necesidad que existe de verificar el contenido de la premisa menor de un silogismo cuando pretende inferirse una conclusión a partir de esa premisa y la premisa mayor.

Pero incluso con total independencia del debate entre Gardner y Hart en torno a la responsabilidad, no debe olvidarse que el asunto que todavía está en juego es el de por qué resulta tan importante desde un punto de vista normativo o justificatorio que toda forma de sujeción se supedite en última instancia a ciertas condiciones fácticas. Antes sostuve que no es sino un punto de vista semejante el que permite dar cuenta de ciertas prácticas imputativas, como la responsabilidad vicaria y la responsabilidad objetiva (*cf. supra*). Según sugerí brevemente, la razón que las justifica es que, sin ellas, no tendríamos manera alguna de abordar satisfactoriamente ciertos problemas prácticos, como el problema de qué hacer frente a un derrame tóxico que involucra una compleja trama causal. El desafío que se presenta ahora, en cambio, es el de justificar por qué estas mismas prácticas están obligadas a reconocer en todo agente imputado algún grado de control o libertad por haber dado lugar al hecho o consecuencia que se le imputa. Para ello, desde luego que las teorías de la responsabilidad cósmica como la kantiana tenderán a ser inútiles, si esto implica probar algún grado de libertad o control absoluto por parte de un agente. No obstante, algunos grados de control mucho menos demandantes bien pueden ser suficientes.

En un agente como el empresario a quien se le imputa el derrame al que alude Figuroa en su texto, el grado de control bien puede que no tenga nada que ver en este caso con los factores que desencadenaron el hecho en sí (por ejemplo, la fractura de un tubo de acero), o incluso con ciertos factores o causas concurrentes (por ejemplo, las omisiones de verificar las instalaciones y materiales de la planta), ya que es probable que nada de esto estuviera bajo su poder. Pero si el empresario «ha decidido» dirigir una planta que procesa o genera residuos tóxicos altamente contaminantes, y esta decisión ha sido completamente voluntaria, ¿qué más debería pedirse para responsabilizarlo por la pérdida? Por el contrario, imaginemos que su decisión hubiera sido coaccionada. Claramente eso sucedería, por ejemplo, en el caso de que una autoridad estatal de un país dictatorial lo hubiera obligado a hacerse cargo de la empresa bajo pena de muerte. De ser este el escenario, ¿mantendríamos aun así la decisión de responsabilizarlo? Las autoridades de dicho país podrían intentar hacerlo, pero esta práctica parecería a todas luces infundada, básicamente porque allí no habría nada que el empresario hubiera podido controlar. Esto se parecería en cierto modo a la práctica de buscar meros chivos expiatorios (al respecto, véase Figuroa, 2019, p. 239), con todos los perjuicios que de aquí se siguen para la libertad y seguridad de las personas.

4. Responsabilidad y sujeción: entre lo constatativo y lo atributivo

Por otro lado, ¿qué cabría decir a propósito de los casos de responsabilidad sin sujeción? ¿es acaso posible que alguien sea «responsable sin ser responsabilizado», como sostendría el enfoque intrapersonal? ¿O, por el contrario, se trata de una mera especulación infundada, como sostendría el enfoque interpersonal? Figuroa, según he reconocido, ha tenido el gran mérito de plantear en su trabajo qué cosa no puede faltar para que un agente reciba el mote de «responsable», a saber: la vulneración de

su parte de una expectativa normativa. Pues bien, una vez que se acepta esto, ¿por qué no podría ser posible que alguien sea de hecho responsable de un evento que ha vulnerado una expectativa normativa con total «independencia de si alguien ha manifestado un juicio de atribución de responsabilidad acerca de él o ha reaccionado sobre él» (Figueroa, 2019, p. 94), responsabilizándolo? ¿Acaso no son innumerables los crímenes sin ajusticiar que se han sucedido a lo largo de la historia y por lo cuales todavía estamos buscando a los «verdaderos responsables», como habitualmente solemos decir? Por supuesto, también es una posibilidad que estos responsables nunca se descubran y que tampoco sean por ende efectivamente responsabilizados (o sujetados). Sin embargo, ante un crimen o delito impune, ¿por qué resulta tan natural emplear expresiones semejantes a «todavía estamos buscando al responsable» o «sería mejor que el responsable se entregue a las autoridades»? ¿constituye un desatino hablar en estos términos?

Si bien es cierto que la responsabilidad de un agente es, para decirlo en términos de Searle, un hecho «ontológicamente subjetivo», en el sentido de que no puede existir con independencia de un determinado marco institucional y normativo, ni mucho menos de cierta intencionalidad colectiva, no es menos cierto que hay hechos ontológicamente subjetivos que todavía aspiran con plena justicia a la «objetividad epistémica», por tratarse de hechos cuyo reconocimiento o acreditación no dependería de lo que efectivamente hagan, perciban, piensen o sientan al respecto ciertos individuos o comunidades (Searle, 1997, pp. 27-31). Así, por ejemplo, el hecho de que Rembrandt sea mejor artista que Rubens no es bajo esta perspectiva menos ontológicamente subjetivo que el hecho de que X sea un destornillador, o de que Y sea un billete de 10 euros, aunque esta segunda categoría de hechos reúna una «objetividad epistémica mayor» que un hecho como el primero, al no ser relativo a las valoraciones o puntos de vista de ninguna persona en «particular». Por eso mismo, ¿no cabría pensar la responsabilidad en los mismos términos objetivistas? En otras palabras, ¿por qué no admitir que un agente podría ser objetivamente responsable por la generación de un evento que ha transgredido una expectativa sin que esto implique que ciertamente haya una comunidad o agente sujetador capaz de responsabilizarlo? ¿acaso las expectativas no pueden transgredirse sin que nadie lo note? ¿y no es asimismo posible que alguien note una transgresión sin que logremos dar con el sujeto transgresor?²

² A pesar de que la clasificación de Searle es muy útil para mostrar la diferencia que existe entre diferentes clases de hechos, tanto desde el punto de vista ontológico como epistémico, ella parece insatisfactoria en un punto, lo que se refleja con bastante nitidez en el caso de la responsabilidad. Como he dicho, el hecho de que alguien sea responsable es un hecho ontológicamente subjetivo, pues depende de que exista un determinado marco de normas y actitudes. Sin embargo, si alguien puede ser responsable justamente por violar un marco semejante, mas sin que nadie en efecto lo haya notado, entonces no parece que estemos hablando en este caso de un hecho epistémicamente objetivo (aunque podría llegar a serlo), sino de un hecho ontológicamente objetivo que todavía no ha sido epistémicamente acreditado. En consecuencia, la pregunta es qué denominación les cabe a aquellos hechos que, para existir, requieren de cierto marco normativo y actitudinal (propiedad A), que justamente existen porque satisfacen esta condición (propiedad B), que serían epistémicamente objetivos si se probara su existencia (propiedad C), pero que de hecho no han sido probados (propiedad D). ¿Cabría hablar en estos casos de una nueva forma de «objetividad ontológica», quizá de bases ontológicamente subjetivas? Personalmente no tengo en clara la respuesta e ignoro si Searle la tenía. Pero considérese un ejemplo habitual. Sabido es que las mejores evidencias epistémicas respaldan la afirmación de que algunas variedades de dinosaurios habitaron la Patagonia argentina hace 75 millones de años. Pues bien, si tales seres existieron mucho antes de que existiera cualquier ser humano, entonces esas mismas evidencias epistémicas también permiten acreditar que la existencia de los dinosaurios constituye un hecho ontológicamente objetivo, en el sentido de que posee una entidad que es independiente de toda actividad humana. Y si ello es así, entonces estamos obligados a suponer que los dinosaurios habrían existido de todos modos por más que nadie hubiera arribado a las evidencias epistémicas relevantes que hoy permiten acreditarlo. De modo similar, supóngase que nuestras mejores evidencias epistémicas respaldan la afirmación de que tal o cual persona infringió hace tiempo una expectativa normativa

La idea de una «responsabilidad sin responsabilización», tal como ella es presentada en el trabajo de Figueroa, aparece como deudora de una concepción (i.e., la intrapersonal) que en principio resulta ajena a la noción de «expectativas normativas». Sin embargo, una vez que aceptamos que ni siquiera para Kant habría «responsabilidad sin transgresión» de expectativas, aquella idea se resignifica, al punto de que ya no es necesario hacerla deudora de una concepción como la citada. Según parece sugerir Figueroa, es posible que el enfoque o concepción interpersonal de la responsabilidad sea el único enfoque o concepción «descriptivamente adecuado», tal como debería serlo un análisis de nuestras prácticas sociales que aspire al rigor conceptual. Pero el gran problema es que ese requisito dista de ser suficiente. A lo largo de esta nota crítica he intentado explicar por qué sería así, señalando que el enfoque interpersonal también necesita mostrarse «normativamente convincente», para lo cual está obligado a reconocer que no habrá proceso de sujeción que resulte justo a menos que reconozca en el agente sujetado alguna «capacidad de controlar» el evento por el que se lo responsabiliza. Este requisito o condición, que Figueroa asocia en su trabajo con una concepción intrapersonal de la responsabilidad, aparece en cambio asociado aquí con una concepción auténticamente interpersonal, aunque de cierto cariz normativo.

Finalmente, si todo enfoque interpersonal ha de reconocer la existencia de por lo menos dos clases de expectativas normativas, como aquellas que recaen sobre los agentes responsabilizados (EN1) y aquellas otras que recaen sobre los agentes responsabilizadores (EN2) (*cf. supra*), con independencia de cuál sea el contenido normativo específico de las mismas, entonces no habrá ningún problema con que un enfoque así admita al mismo tiempo la existencia de dos clases de juicios o enunciados de responsabilidad: por un lado, la clase de los enunciados «constatativos»; y, por otro lado, la clase de los enunciados «atributivos» (o «adscriptivos»).

Según esta distinción, estaremos ante la presencia de un auténtico enunciado constatativo de responsabilidad, susceptible de verificación, cada vez que un agente vulnere una expectativa normativa por la que merezca una sujeción, sea o no efectivamente sujetado. En este plano, la expectativa normativa vulnerada perfectamente puede ser de ambas clases: EN1 y EN2, dependiendo de quiénes sean sus destinatarios.

En cambio, a fin de formular un enunciado atributivo de responsabilidad, necesariamente hemos de ocupar el rol de agentes sujetadores, el cual no siempre estará supeditado a expectativas normativas «ciertas» (en este caso, de la clase EN2). De hecho, estas expectativas podrían ser inexistentes, extremadamente vagas o difusas, e incluso resultar moralmente injustificables, todo lo cual puede ser motivo de una gran arbitrariedad decisoria. No obstante, en la medida en que los agentes sujetadores puedan a su vez ser sujetos de algún modo y esta última forma de sujeción responda al mismo tiempo a un conjunto «legítimo» de expectativas

entonces vigente, sin que por eso haya sido efectivamente responsabilizada (quizá nadie notó esta infracción en su momento, quizá no había autoridades sujetadoras en ejercicio, etc.). ¿Por qué esta ausencia de sujeción (o responsabilización) debería impedirle a un historiador, por ejemplo, hablar de esa responsabilidad en términos igualmente objetivos? Así como algo que de hecho ha existido en el pasado no empieza a existir porque uno lo descubra en el presente, ¿por qué sucedería otra cosa en relación con la responsabilidad de alguien por la comisión de un hecho, siempre que el mismo haya vulnerado una expectativa? Figueroa podría acotar en este punto que una expectativa no puede ser vulnerada sin que nadie lo note, y esto parece innegable. Sin embargo, para que un evento vulnere una expectativa, no es necesario conocer quién fue su autor, que es típicamente lo que sucede cuando un delito permanece impune. En tales circunstancias, y en la medida en que las evidencias hablen a las claras de que el evento ocurrido tiene como causa un acto humano antijurídico, existirá una vulneración de expectativas sin autor aparente.

normativas (EN2), nuestros enunciados atributivos de responsabilidad habrán alcanzado ese grado de justificación indispensable por el que debería velar cualquier enfoque analítico con seria vocación normativa. Un conjunto semejante, tal cual aquí he sugerido, debería incluir ni más ni menos que aquella exigencia normativa que nos insta a verificar en el agente imputable alguna «capacidad de controlar o dominar» el evento que se le imputa. Pero indudablemente hay muchas otras, como aquellas que determinan qué condiciones de legitimidad deben reunir las autoridades penales que, en un sistema democrático de derecho, tienen a su cargo dirimir la responsabilidad de un acusado; o, sin ir más lejos, como las exigencias que analiza el propio Figueroa en varios pasajes de su excelente y estimulante libro (Figueroa, 2019, pp. 222-226).

Bibliografía

- Adkins, A. W. H. (1960). *Merit and Responsibility*. Oxford University Press.
- Dworkin, R. (2004). *Law's Empire*. Hart Publishing.
- Figueroa, S. (2019). *Adscripción y reacción*. Marcial Pons.
- Foucault, M. (2005). *La hermenéutica del sujeto, Cursos en el College De France (1981-1982)*. Akal.
- Gadner, J. (2007). *Ofensas y defensas*. Marcial Pons.
- Guest, S. (2012). *Ronald Dworkin*. Stanford University Press.
- Jaeger, W. (2016). *Paideia, the Ideals of Greek Culture*. Volume II: In Search of the Divine Center. Oxford University Press.
- Kant, I. (2019). *Crítica de la Razón Pura*. Fondo de Cultura Económica.
- Lariguet, G. (2014). Filosofía práctica impura y normativa. *Co-herencia* 11 (20), 187-213.
- Lozano Nembrot, M. (2019). Los pliegues de la subjetividad: individuo y responsabilidad moral en la Grecia Antigua. *Nuevo Itinerario*, 14, 175-207.
- Molina, F. (2002). *Responsabilidad jurídica y libertad*. Universidad Externado de Colombia.
- Mondolfo, R. (1997). *La conciencia moral de Homero a Demócrito y Epicuro*. Eudeba.
- Postema, G. (1987). 'Protestant' Interpretation and Social Practices. *Law and Philosophy*, 6 (3), 283-319.
- Searle, J. (1997). *La construcción de la realidad social*. Paidós.
- Snell, B. (1953). *The Discovery of the Mind: The Greek Origins of European Thought*. Harvard University Press.
- Williams, B. (2008). *Shame and Necessity*. University of California Press.

La ontología relacional de la responsabilidad. Un comentario a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa*

(2019) Marcial Pons
Madrid, 282 pp.

Juan Pablo Mañalich Raffo
Universidad de Chile
ORCID ID 0000-0003-4999-1469
jpmanalich@derecho.uchile.cl

Cita recomendada:

Mañalich Raffo, J. P. (2022). La ontología relacional de la responsabilidad. Un comentario a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 467-475.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7138>

Recibido / received: 26/04/2022
Aceptado / accepted: 04/08/2022

Resumen

Tras reseñar lo que Figueroa caracteriza como una «concepción interpersonal de la responsabilidad», se examinan algunas implicaciones de la distinción entre dos sentidos en que es usada la palabra «expectativa», que a mi juicio no son suficientemente advertidas en su trabajo. Esto lleva, a su vez, a una clarificación de lo que cabe tematizar como el posible objeto de una atribución responsabilidad, cuya determinación parece ser insensible a que la noción misma de responsabilidad sea entendida de acuerdo con semejante concepción interpersonal. El comentario se cierra con un análisis de la relación identificable entre lo que Figueroa presenta como la tesis de la «primacía de la sujeción», por un lado, y su recurso al concepto de «reconocimiento elemental», por otro.

Palabras clave: responsabilidad, expectativas, sujeción, reconocimiento, P.F. Strawson, R. Brandom

Abstract

After depicting what Figueroa characterizes as a «interpersonal conception of responsibility», some implications of the distinction between two senses in which the word «expectation» is used are examined, which I take as not sufficiently noticed in his work. This leads, in turn, to a clarification

* Este trabajo ha sido desarrollado en el marco de la ejecución del Proyecto Fondecyt (regular) N° 1200235, del cual el autor es investigador responsable.



of what may be identified as the possible object of an ascription of responsibility, the determination of which seems insensitive to whether the very notion of responsibility is understood in accordance with such an interpersonal conception. The comment closes with an analysis of the relation that apparently holds between what Figueroa presents as the thesis of the «primacy of liability», on the one hand, and his resort to the concept of «elemental recognition», on the other.

Keywords: responsibility, expectations, liability, recognition, P.F. Strawson, R. Brandom.

SUMARIO. 1. Hacia una concepción interpersonal de la responsabilidad. 2. Expectativas: ¿actitudes o estándares? 3. El problema del objeto de la responsabilidad. 4. La responsabilidad como sujeción.

1. Hacia una concepción interpersonal de la responsabilidad

En el tercer capítulo de *Adscripción y reacción*, Sebastián Figueroa nos ofrece una presentación exhaustiva de lo que él caracteriza como una concepción «interpersonal» de la responsabilidad personal, sobre la base de la cual él pretende esclarecer en qué consistiría el hecho de que algún agente sea responsable de algo. A juicio del autor, este sería un modelo teóricamente superior al representado por una concepción «intrapersonal» de la responsabilidad, considerada en el capítulo inmediatamente anterior. Tal como ello es anticipado en la presentación de la monografía, optar por una concepción interpersonal supondría favorecer un entendimiento de la responsabilidad «a partir de interacciones entre personas, en contraste con la visión dominante en la modernidad que propone entenderla a partir del individuo libre» (Figueroa, 2019, p. 17).

En lo fundamental, coincido con Figueroa en que una concepción interpersonal está en mejores condiciones que una concepción intrapersonal para proveernos de un marco conceptual adecuado para analizar la propiedad expresada por la función predicativa «ser responsable de X»¹. Las y los lectores de su libro podrán encontrar en este una iluminadora y muy bien documentada revisión de buena parte de las claves sobre las cuales reposa el debate filosófico de las últimas décadas a este respecto. Sin embargo, creo que la argumentación que Figueroa despliega en pos de demostrar la superioridad de la aproximación que él, con razón, favorece no alcanza a ser lo contundente que podría llegar a ser, con base en el aparato bibliográfico en el que se apoya su indagación. Valiéndome de una metáfora, diría que el autor podría haber sacado más punta a algunos de los lápices con los cuales su propuesta es dibujada, en términos tales que los trazos que la componen hubieran podido ser algo más finos en algunos pasajes, y más marcados en otros.

2. Expectativas: ¿actitudes o estándares?

Sensatamente, Figueroa especifica la noción de responsabilidad a cuyo análisis está consagrado el trabajo, estipulando que, en el contexto de su investigación, como posible objeto de la responsabilidad atribuible a un agente sólo vendrá en consideración un evento que frustra, o «defrauda», alguna expectativa (Figueroa, 2019, p. 135). En el caso nuclear –esto es, dejando a un lado las constelaciones de responsabilidad vicaria o, en

¹ En mi caso, ello ha asumido la forma de una defensa del carácter ontológicamente «relacional» de la culpabilidad jurídico-penal (Mañalich, 2019a, pp. 203-206).

general, indirecta—, el foco queda puesto en los presupuestos de una eventual responsabilidad por un comportamiento defectuoso bajo aquella expectativa que funciona como el respectivo estándar de corrección. Con todo, y dado que la frustración de una expectativa no sería más que una de las configuraciones que puede exhibir, como estructura más básica, la discrepancia, o «disonancia», entre una expectativa y aquello a lo cual esta se encuentra referida, Figueroa plausiblemente observa que su análisis también sería aprovechable para dar cuenta de la atribución de responsabilidad por un comportamiento supererogatorio, en el entendido de que sería definitorio de toda instancia de supererogación que lo que el respectivo agente hace «sobrepase» la expectativa en cuestión (Figueroa, 2019, p. 135). En tal medida, la particularidad de los comportamientos supererogatorios se reduciría a que el desajuste entre la expectativa y aquello que funge como su objeto de referencia asume la forma de un desajuste —cabría decir— «por arriba».

Figueroa nota la ambigüedad que exhibe la palabra «expectativa» en este contexto. Pues por tal cabría entender una «actitud» de cierta clase, que alguien puede tener respecto de un evento cuyo acaecimiento futuro se presenta como incierto, por un lado; pero también un «estándar» (normativo) concerniente a si ese evento debería o no acaecer, por otro (Figueroa, 2019, pp. 132-133). A pesar de que, a mi juicio, ello no es suficientemente explicado en el pasaje correspondiente², es claro que, para identificar el posible objeto de una atribución de responsabilidad, Figueroa privilegia el segundo de los sentidos recién diferenciados, a saber: el sentido en el cual una expectativa aparece como un estándar susceptible de ser defraudado, o bien por la falta de acaecimiento de un evento cuyo acaecimiento es esperado, o bien por el acaecimiento de un evento cuya falta de acaecimiento es esperada, según corresponda. Congruentemente con ello, Figueroa (2019, p. 133) se inclina por identificar las expectativas con «demandas».

No es difícil explicar por qué es este el sentido de «expectativa» aquí relevante: en cuanto estándar, una expectativa exhibe, en la terminología de Searle (1983, pp. 7-9), una dirección de ajuste «mundo-a-mente». Esto quiere decir que el contenido proposicional de la respectiva expectativa representa aquella configuración posible del mundo que sería «demandada» por quien detenta la expectativa en cuestión. Ello es consistente con que el verbo «demandar» designe una especie de acto de habla «directivo», cuyo punto ilocutivo consiste en intentar conseguir que el destinatario se comporte de una determinada manera, lo cual implica que, si la demanda en cuestión satisface la «condición de sinceridad» asociada a ese mismo punto ilocutivo, el hablante que la emite esté expresando el deseo de que el destinatario se comporte de la manera así demandada (Searle, 1979, pp. 13-14). El problema es que, contra lo que Figueroa (2019, p. 138) parece asumir cuando afirma que «toda expectativa es normativa», cabe negar que esa sea la dirección de ajuste distintiva de una expectativa cuando la expresión es tomada en el primer sentido, esto es, cuando por «expectativa» no entendemos un estándar, sino una actitud, y más precisamente: una actitud proposicional³. Para advertir

² Ello queda de manifiesto en la sugerencia de que, para efectos del análisis, una expectativa admitiría ser entendida «como una actitud ante estándares que pueden (en sentido normativo) ser adoptados por los miembros de una comunidad para la evaluación de determinados eventos y que permiten a esos miembros buscar una explicación de esos eventos» (Figueroa, 2019, p. 133).

³ Para la correspondiente distinción entre «expectativas normativas» y «expectativas predictivas», véase Mellema (2004, pp. 3-4), quien es citado por Figueroa (2019, pp. 138-139) a propósito de su conceptualización de las expectativas. La distinción de Mellema coincide, en lo fundamental, con la célebre distinción que Luhmann (1987, pp. 40-53) hiciera entre «expectativas normativas» y «expectativas cognitivas», que descansa en la opuesta dirección de ajuste que exhibirían unas y otras, reconocible en caso de darse una falta de correspondencia entre la respectiva expectativa y «la realidad».

por qué, puede ser útil considerar algunas de las particularidades que exhibe la semántica de los verbos que expresan actitudes proposicionales.

Según observa Vanderveken (2011, pp. 324, 326-327, 359), el verbo inglés «*to expect*» designa una actitud proposicional que pertenece al género de las actitudes «cognitivas» –o mejor dicho: «doxásticas»–, todas cuyas especies se distinguen por ser reconducibles a la noción basal de creencia. En estos términos, la especificidad de una expectativa (en el sentido de: *expectation*) resulta de una doble cualificación operada sobre la estructura de una creencia. La primera cualificación concierne a su contenido proposicional, en cuanto el objeto de una expectativa consiste en un suceso de (eventual) ocurrencia futura, lo cual convierte a la creencia constitutiva de una expectativa en una «previsión». La segunda cualificación, por su parte, consiste en una modalización de la actitud especificada por la noción de creencia: la expectativa de que algo ocurra es una previsión revestida de una «fuerza» distintiva, que se traduce en que la ocurrencia de lo que se espera que ocurra sea tenida por probable por quien tiene la expectativa (bajo una interpretación puramente epistémica de «probabilidad»). Ello queda adecuadamente reflejado en la segunda de las acepciones que el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua ofrece del verbo «esperar»: «[c]reer que ha de suceder algo, especialmente si es favorable»⁴. Esto tendría que volver claro que una expectativa *qua* actitud proposicional exhibe una dirección de ajuste «mente-a-mundo», esto es, la dirección opuesta a la exhibida por una expectativa *qua* demanda (o estándar).

A pesar de distinguir entre uno y otro concepto de expectativa, Figueroa prescinde de observar que no se trata solo de conceptos categorialmente distintos, sino también y fundamentalmente de conceptos expresivos de direcciones de ajuste opuestas. ¿Qué explica que Figueroa no preste atención a esta divergencia? Mi sospecha es que él entiende que, por esa vía, sería posible hacer uso de la noción de la frustración de una expectativa para especificar en qué puede consistir el objeto de una atribución de responsabilidad, en el contexto de su presentación de la concepción interpersonal de la responsabilidad. Esto tiene lugar a través de la indagación en los «lugares comunes» que Strawson (2008, pp. 5-7) examinara en defensa de su comprensión de la responsabilidad como un fenómeno irreductiblemente intersubjetivo y, por ende, relacional⁵, indagación que arranca de un análisis de la conexión interna que cabría reconocer entre «expectativas y actitudes reactivas» (Figueroa, 2019, pp. 128-132). El pasaje crucial a este respecto es aquel en que se nos dice que «[c]uando se considera lo que se espera de nosotros o lo que esperamos de los demás en términos de estándares evaluativos, de una u otra forma se hace referencia a cuestiones que se nos exigen o que exigimos con diversas intensidades», lo cual enseñaría que «las expectativas son demandas y adoptarlas supone hacer una demanda», siendo esto «esencial para entender la relación entre la actitud y el estándar» (Figueroa, 2019, p. 133).

⁴ Notablemente, la primera acepción se corresponde, como contrapartida, con el significado atribuible al verbo inglés «*to hope*», que Vanderveken (2011, pp. 326-327) analiza como designativo de una especie de actitud proposicional que pertenece al género del deseo: «[t]ener esperanza de conseguir lo que se desea».

⁵ En palabras de Figueroa (2019, pp. 131-132), los tres lugares comunes serían: «...i) la gran importancia que damos a las acciones y actitudes de otros hacia nosotros y hacia los demás y la medida en que nuestros sentimientos y reacciones personales dependen de, o involucran, nuestras creencias acerca de dichas acciones y actitudes; ii) la importancia que damos a que dichas acciones reflejen tanto actitudes de buena voluntad, afecto, estima, como de desprecio, indignación o malevolencia y que; iii) la forma e intensidad de las acciones y actitudes que adoptamos para con otros varían según las diferencias entre las relaciones interpersonales en que surjan, considerando que estamos día a día, envueltos en un [sic] gran variedad de relaciones con otros».

El problema está en que, cuando una expectativa es identificada con un estándar –o sea, con una «demanda»–, no parece correcto asumir que la actitud consistente en la adopción de semejante expectativa admitiría, a su vez, ser identificada con una expectativa (que como tal tendría que exhibir el carácter de una «meta-expectativa»). Para la determinación del objeto de una posible atribución de responsabilidad, el único sentido en que cabe hacer uso de la palabra «expectativa» es el sentido que la identifica con un estándar, que es el sentido en el cual Figueroa usa esa palabra de ahí en más. La dificultad radica, sin embargo, en que su resistencia a disolver la asociación latente entre la categorización de las expectativas como estándares, por un lado, y como actitudes, por otro, explica que su apelación a las expectativas *qua* estándares, para tematizar en qué puede consistir el objeto de una atribución de responsabilidad, quede reservada a la presentación de la concepción interpersonal de la responsabilidad.

3. El problema del objeto de la responsabilidad

Lo anterior da lugar a un desequilibrio en la caracterización de las dos concepciones rivales. Esto, porque en la presentación de la concepción intrapersonal –a la que, como ya se observó, está dedicado el segundo capítulo de su libro–, Figueroa de hecho no tematiza el problema del objeto de la responsabilidad. Mas tomada en el sentido de «estándar» (normativo), la noción de expectativa parece ser igualmente apta para identificar el posible objeto de una atribución de responsabilidad «intrapersonalmente» concebida. Pues aun cuando lo que funde esa responsabilidad sea –tal como se seguiría de la adopción de una concepción intrapersonal– un conjunto de factores internos a la constitución del agente de cuya posible responsabilidad se trata, esa responsabilidad necesariamente habrá de estar referida a algo. Al igual que bajo una concepción interpersonal, bajo una concepción intrapersonal no tiene sentido decir que alguien es responsable *simpliciter*, sino solo que es responsable de esto o de lo otro.⁶ Y aquello de lo cual un agente pudiera ser «intrapersonalmente» responsable admitiría, sin más, ser identificado con la falta de cumplimiento de una «demanda» –y así, con la frustración de una expectativa *qua* estándar–, también cuando el incumplimiento de esa demanda hubiera de corresponderse, por ejemplo, con la adopción de una máxima de acción que un agente racional tendría que reconocer como no susceptible de universalización, lo cual equivaldría a decir: con la frustración de una expectativa cuyo fundamento lo proveyera aquello que Kant llamó el «imperativo categórico».

Problema aparte es si el objeto de una responsabilidad «intrapersonalmente» entendida habría de concebirse como constituido por algo que, en algún sentido inteligible, sea asimismo interno al agente. Una respuesta afirmativa a esta última pregunta podría ser encontrada en una cierta lectura –extendida, pero no incontestada– de la filosofía práctica de Kant, y que contemporáneamente impacta en la manera en que se discute acerca del problema de la suerte moral⁷. Pero parece haber espacio

⁶ Para una aplicación de esta tesis para refutar la sugerencia de que, en pos de neutralizar la pretendida amenaza que la llamada «suerte circunstancial» –en cuanto especie de suerte moral– pudiera representar para las atribuciones de responsabilidad (en lo tocante al problema de si llega a verse siquiera iniciada una posible tentativa de delito), sería inteligible que dos agentes pudieran ser igualmente responsables en «grado», a pesar de que la responsabilidad atribuible a uno de ellos careciera de todo «alcance», véase Mañalich (2019b, pp. 837-842).

⁷ Es un lugar común atribuir a Kant un rechazo irrestricto de toda incidencia de la suerte –y en particular de la suerte «resultativa»– en la responsabilidad atribuible a un agente; véase Nagel (1979, pp. 24-38); Rivera López (2000, pp. 39-43), quien en un trabajo posterior sostiene, empero, que su uso del adjetivo «kantiana» para designar la correspondiente posición filosófica sería «estipulativo»; así Rivera López (2016, p. 416, nota 4). Para una matizada refutación de este aserto, fundada en la relevancia que Kant habría reconocido a las

conceptual para pensar en la defensa de una concepción intrapersonal de la responsabilidad que sea compatible con la adopción de un criterio «externista» para la identificación del objeto de una responsabilidad así entendida. La tesis resultante de tal exploración podría ser enunciada como sigue: alguien es responsable de algo en virtud de hechos concernientes a su propia constitución como agente, pero aquello de lo cual es responsable puede ser –y normalmente será– algo que quede al menos codeterminado por factores externos a sí mismo⁸.

Advertir esto último parece indispensable si pretendemos tomarnos en serio la pregunta por la viabilidad de una concepción intrapersonal frente a la fisonomía de la responsabilidad jurídica, en cuanto distinguida de la responsabilidad moral, distinción cuya importancia, a mi juicio, resulta más bien devaluada en el libro. Pues es obvio que si buscamos responder la pregunta acerca de qué puede ser objeto de una atribución de responsabilidad jurídica, honrando el método que Hart (1994, p. 4) nos recomendara en la forma de una «sociología descriptiva», no podremos sino constatar que, bajo la generalidad de los sistemas jurídicos que nos son conocidos, aquello de lo cual una persona puede ser responsable normalmente consistirá en algo –sea la ejecución o la omisión de una acción, sea la existencia de un cierto estado o situación– que resultará especificado por factores externos a la constitución de esa misma persona. Y esto se explica por la clase de «demandas» –esto es, de exigencias de comportamiento– que son fundamentadas por las normas jurídicas que funcionan como estándares por cuya transgresión algún agente pudiera ser responsabilizado.

Para decirlo con mayor precisión: me parece que Figueroa pasa por alto que, al menos en lo que respecta a la responsabilidad jurídica, el problema de la identificación de su objeto tendría que ser planteado y resuelto homogéneamente, esto es, con independencia de cómo sean respondidas las preguntas –distintas de aquella– acerca de en qué consiste que alguien sea responsable de algo y de qué depende que lo sea. Y son estas últimas dos preguntas fundamentales aquellas sobre las cuales versa, en rigor, la controversia que ve enfrentas a la concepción intrapersonal y a la concepción interpersonal de la responsabilidad.

Por supuesto, es perfectamente imaginable que un partidario de esta segunda concepción pudiera articular un argumento encaminado a demostrar que la pregunta por la identificación del objeto de la responsabilidad atribuible a algún agente tendría que ser respondida a partir de premisas que también inciden en cuál deba ser la respuesta a las preguntas por la estructura y por las bases de esa responsabilidad, y que esas premisas no podrían ser provistas por una concepción intrapersonal. Pero ese argumento no es ofrecido en *Adscripción y reacción*.

consecuencias desfavorables de una acción indebida, así como a las consecuencias favorables de una acción supererogatoria, en cuanto capaces de amplificar el alcance de aquello que es imputable al agente, véase Blöser (2014, pp. 180-210).

⁸ Valga la precisión de que la tesis así (meramente) enunciada no es idéntica a la observación que Figueroa (2019, p. 90) hace en su análisis de lo que cabría llamar la «huella» kantiana en la concepción intrapersonal de la responsabilidad, en cuanto a que esta última «puede soportar que los estándares con que se juzga a alguien sean heterónomos para ese individuo, siempre y cuando los fundamentos del juicio de atribución de responsabilidad (por el quebrantamiento de dichos estándares) estén en las capacidades del individuo y su ejercicio». Lo que Figueroa tematiza como la heteronomía del estándar del juzgamiento concierne a si «el agente ha [...] sido partícipe en la creación de la norma con que se le juzga», lo cual por sí mismo nada dice acerca del contenido de esa norma, que es lo que tendría que determinar, a su vez, el objeto de la responsabilidad que pudiera serle atribuible.

4. La responsabilidad como sujeción

Hasta aquí he procurado diagnosticar un cierto desequilibrio que, en mi opinión, aqueja a la presentación de las dos concepciones de la responsabilidad que Figueroa contrasta. Pero ese diagnóstico de ninguna manera compromete la plausibilidad, o la solvencia, de la defensa que Figueroa hace de la concepción interpersonal, en el capítulo cuarto de su libro, sobre la base de la caracterización y contextualización que ella recibe en capítulo tercero, que es el foco del presente comentario. Desde este punto de vista, pienso que la contribución más significativa que nos presenta el capítulo tercero consiste en la sugerencia de que un enfoque como el de Strawson, que enfatiza el estatus irreductiblemente relacional, y en último término social, de la propiedad expresada a través de la función predicativa «ser responsable de X»⁹, presupone una ontología no-atomista de la subjetividad, como la que, tal como lo ha destacado –entre otros– Brandom (2019, pp. 262-312), sería posible rastrear en la filosofía de Hegel.

Quisiera ilustrar el modo en que funciona el argumento, priorizando un aspecto del problema que concierne directamente al papel que adquiere la noción de «reconocimiento elemental» (Figueroa, 2019, pp. 146-148). Uno de los autores que, en el capítulo segundo de su libro, Figueroa cita como exponentes de una concepción intrapersonal de la responsabilidad es Harry Frankfurt, quien en su ensayo «*Freedom of the Will and the Concept of a Person*» afirma que lo que convierte a alguien en persona –lo cual quiere decir: en un agente capaz de desplegar una «libertad de voluntad», y así de constituirse en responsable de lo que hace o deja de hacer– sería el hecho de ser alguien que es efectivamente capaz de formarse y realizar «voliciones de segundo orden», esto es: voliciones acerca de sus propias voliciones (Frankfurt, 1988, p. 16). Como es obvio, esta capacidad no es sino la expresión práctica de esa forma de reflexividad que, filosóficamente, denominamos «autoconsciencia».

Una manera de reconstruir el argumento que Figueroa esgrime a favor de la superioridad de una concepción interpersonal de la responsabilidad, como la prefigurada por Strawson, consiste en observar que la especie de autoconsciencia que Frankfurt convierte en condición de la responsabilidad personal presupone, *pace* Frankfurt, que el respectivo agente se encuentre situado en relaciones que comparte con otros. Así entendido, el argumento puede ser extraído de la lectura que Brandom hace de los correspondientes pasajes de la *Fenomenología* de Hegel: si concebimos la autoconsciencia como una forma de «auto-reconocimiento», entonces para explicar que un sujeto sea autoconsciente es suficiente constatar que ese sujeto participa en interacciones con otros sujetos tal que, en el marco de esas interacciones, ese sujeto reconoce como reconocedores a, a la vez que es reconocido como reconocedor por, aquellos con los que interactúa, en términos tales que entre todos ellos se constituyan relaciones de «reconocimiento robusto» (Brandom, 2019, pp. 243-260)¹⁰.

El argumento descansa en la premisa que las relaciones de reconocimiento robusto serían, de *iure*, transitivas, en el sentido de que, si S_x reconoce a S_y como

⁹ Lo cual descansa, crucialmente, en hacer dependiente la responsabilidad de un sujeto por X del hecho de que otros sujetos lo hagan responsable de X a través de la adopción, apropiada a la situación, de algún conjunto de «actitudes reactivas». Véase Strawson (2008, pp. 4-14); pormenorizadamente al respecto, Figueroa (2019, pp. 140-152).

¹⁰ Como sugiere Brandom (2019, p. 254), una actitud de reconocimiento robusto es aquella consistente en reconocer a otro como un ente «para el cual las cosas pueden tener una significación específicamente *normativa*».

reconocedor, y a su vez S_y reconoce a S_z como reconocedor, entonces S_x necesariamente reconoce a S_z como reconocedor. A partir de esta primera premisa, bastaría con que las relaciones de reconocimiento robusto además sean, *de facto*, simétricas, en el sentido de que, cuando S_x reconoce a S_y como reconocedor, S_y también reconoce a S_x como reconocedor, para que entonces del hecho de que S_x reconozca a S_y como reconocedor y de que, simétricamente, S_y reconozca a S_x como reconocedor se siga, por transitividad, que S_x reconoce a S_x como reconocedor, esto es, que este se reconoce a sí mismo como reconocedor. Formalmente, si «R» designa una relación de reconocimiento robusto:

$$\begin{array}{ll} ((s_x R s_y) \wedge (s_y R s_z)) \rightarrow (s_x R s_z) & \text{[premisas «normativas»: transitividad de R]} \\ (s_x R s_y) \wedge (s_y R s_x) & \text{[premisas «fácticas»: simetría de R]} \\ \therefore s_x R s_x & \text{[conclusión: reflexividad de R]} \end{array}$$

Con ello, la reflexividad de la relación de reconocimiento robusto en la que consiste la autoconsciencia de un sujeto supervendría a la conjunción de la transitividad y la simetría que exhiban las relaciones de reconocimiento robusto que ese sujeto mantiene con otros sujetos.

En la jerga de Brandom (2019, pp. 262-269), aquello que Figueroa denomina un «reconocimiento elemental» se corresponde con la actitud cuya adopción recíproca por parte de quienes comparten una forma de vida instituye a estos como –en el sentido de que les confiere el estatus de– individuos que, simultáneamente, gozan de «autoridad» y tienen «responsabilidad» ante sus compañeros de interacción. Aquí emerge la premisa capital para la proposición de que, ontológicamente, el hecho de que un sujeto sea responsable de X equivale a que aquel sea susceptible de ser responsabilizado de X por parte de otro(s). Me parece que esta es la interpretación más persuasiva de lo que, en la senda de Hart (1968, pp. 215-227), Figueroa (2019, pp. 51-64) presenta como la tesis de la «primacía de la sujeción». Para ponerlo en los términos del aparato conceptual que nos legara Hohfeld (1919, pp. 50-60): ser responsable de algo es ocupar una posición de «sujeción», consistente en una susceptibilidad normativa a la reacción de otro(s) ante aquello de lo cual ese individuo será –en tal medida– responsable, sujeción que será, así, correlativa a una posición de «poder» –de «autoridad» à la Brandom– en la que se encontrará(n) quien(es) esté(n) en condiciones de responsabilizarlo.

Una ventaja de esta reconstrucción se encuentra en que ella abre una vía para resistir la identificación de la reacción en la susceptibilidad a cuya actualización consistiría el hecho de que alguien sea responsable de algo con una eventual sanción, formal o informal, cuya materialización pudiera seguirse de la activación de la responsabilidad en cuestión. En este preciso punto, creo, Figueroa habría hecho bien en distanciarse de Hart para quedarse más cerca de Brandom (1994, pp. 182-186, 253-271), cuyo modelo de un «registro-en-cuenta deóntico» (*deontic scorekeeping*) vuelve inteligible cómo ser responsable consiste en tener la propia identidad asociada a una cuenta en la cual pueda ser registrado aquello de lo cual se es –en tal medida– responsable, que es exactamente lo que deberíamos entender, *stricto sensu*, por una operación de «imputación» (Mañalich, 2012, pp. 673-676). Pues como observara Binding (1914, p. 95): «[i]mputar significa poner algo en la cuenta de alguien, y ya en su favor o en su contra».

Con ello, ser responsable no es otra cosa que ser el titular de una cuenta en la que otros pueden ir registrando, en la forma de cargos y abonos, títulos de débito y títulos de crédito. Y que esta metáfora leguleya se muestre apta para describir en qué consiste,

en general, ser responsable de algo, pudiera sustentar la hipótesis de que, para pensar filosóficamente acerca de la responsabilidad, el derecho tal vez sea un mejor punto de partida que la moral.

Bibliografía

- Binding, K. (1914). *Die Normen und ihre Übertretung (tomo II)*. Felix Meiner.
- Blöser, C. (2014). *Zurechnung bei Kant*. Walter de Gruyter.
- Brandom, R. (1994). *Making It Explicit*. Harvard University Press.
- Brandom, R. (2019). *A Spirit of Trust*. Harvard University Press.
- Figueroa, S. (2019). *Adscripción y reacción*. Marcial Pons.
- Frankfurt, H. (1988). *The importance of what we care about*. Cambridge University Press.
- Hart, H.L.A. (1968). *Punishment and Responsibility*. Oxford University Press.
- Hart, H.L.A. (1994). *The Concept of Law*. Oxford University Press.
- Hohfeld, W.N. (1919). *Fundamental Legal Conceptions*. Yale University Press.
- Luhmann, N. (1987). *Rechtssoziologie*. Westdeutscher Verlag.
- Mañalich, J.P. (2012). El concepto de acción y el lenguaje de la imputación. *Doxa* 35, 663-690.
- Mañalich, J.P. (2019a). Las dimensiones de la culpabilidad jurídico-penal. En M. Maraver y L. Pozuelo (Coords.), *La culpabilidad* (201-227). BdeF.
- Mañalich, J.P. (2019b). Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción. *Revista Chilena de Derecho*, 46 (3), 821-844.
- Mellema, G. (2004). *The Expectations of Morality*. Rodopi.
- Nagel, T. (1979). *Mortal Questions*. Cambridge University Press.
- Rivera López, E. (2000). Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción. *Análisis Filosófico XX*, 33-54.
- Rivera López, E. (2016). How to Reject Resultant Luck Alone. *The Journal of Value Inquiry*, 50, 415-423.
- Searle, J. (1979). *Expression and Meaning*. Cambridge University Press.
- Searle, J. (1983). *Intentionality*. Cambridge University Press.
- Strawson, P.F. (2008). *Freedom and Resentment and Other Essays*. Ed. Routledge.
- Vanderveken, D. (2011). Formal semantics for propositional attitudes. *Manuscrito: Revista Internacional de Filosofía*, 34 (1), 323-364.

Realismo y pragmatismo en las concepciones intrapersonal e interpersonal de la responsabilidad. Comentario a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa *

(2019) Marcial Pons
Madrid, 282 pp.

Juan Ormeño Karzulovic
Instituto de Filosofía - Universidad Diego Portales
ORCID ID 0000-0003-0202-6311
juan.ormeno@udp.cl

Cita recomendada:

Ormeño Karzulovic, J. (2022). Realismo y pragmatismo en las concepciones intrapersonal e interpersonal de la responsabilidad. Comentario a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 476-482.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7139>

Recibido / received: 26/04/2022
Aceptado / accepted: 04/08/2022

Resumen

En este texto se realiza un balance del capítulo IV del Libro de Sebastián Figueroa Rubio *Adscripción y reacción*. En primer lugar, se explica por qué es necesario en este capítulo defender una concepción interpersonal de la responsabilidad y, luego, se somete a crítica la forma en que Figueroa realiza dicha defensa de dos maneras. Por un lado, se cuestiona la identificación de una concepción intrapersonal con una visión metafísica sobre la corrección de los juicios de atribución de responsabilidad. Y, por otro lado, se pone en cuestión la idea de que todo juicio de atribución de responsabilidad se realiza desde una perspectiva.

Palabras clave: concepción interpersonal, juicios de atribución de responsabilidad, responsabilidad.

Abstract

This text is a balance of the chapter IV of Sebastián Figueroa Rubio's book Adscripción y reacción. First, it explains why it is necessary to defend an interpersonal conception of responsibility in this chapter, and then it criticizes the way Figueroa makes this defense in two ways. On the one hand, the identification of an intrapersonal conception with a metaphysical vision of the correctness of judgments about the attribution of responsibility is questioned. On

* Este trabajo ha sido desarrollado en el marco de la ejecución del Proyecto Fondecyt (regular) N° 1200235, del cual el autor es co-investigador.

other hand, it challenges the notion that any judgment about the attribution of responsibility is made from a perspective.

Keywords: *Interpersonal conception, responsibility judgments, responsibility.*

SUMARIO. 1. Cap. IV: Defensa de una concepción interpersonal reactiva. 2. Una revisión a la defensa de una concepción interpersonal reactiva.

1. Cap. IV: Defensa de una concepción interpersonal reactiva

En los capítulos anteriores Figueroa ha tratado de aclarar los distintos sentidos en los que se ocupan las expresiones «responsabilidad», «ser responsable», «responsabilizar», y ha presentado dos modelos diferentes para entender el fenómeno de la responsabilidad. El primero es el que él ha llamado concepción intrapersonal de la responsabilidad, de acuerdo con el cual el hecho de que un agente sea responsable se deriva, en última instancia, de cualidades que el agente posee, como, por ejemplo, voluntad, libre albedrío y (auto)control, que constituyen, básicamente, su personalidad. Este modelo de la responsabilidad es el que la concibe como autoría, de modo que el agente es responsable si y solo si cuenta con las condiciones necesarias y suficientes para ser el autor de los hechos que se le imputan. El segundo modelo es el que el autor llama concepción interpersonal de la responsabilidad, de acuerdo con el cual el agente es responsable en cuanto está sujeto a una reacción por parte de quien lo responsabiliza por la defraudación de una expectativa. Para el primer modelo, el agente es responsable en tanto puede dar cuenta de las razones por las que llevó a cabo la acción cuya autoría se le imputa; para el segundo, el agente es responsable en el sentido en que ha de cargar con las consecuencias de su acción. En ambas concepciones se sedimentan intuiciones profundas acerca de la agencia y acerca del hecho de que esta siempre se ejerce en condiciones sociales, esto es, que reviste el carácter de un hecho público, sometido a evaluación por parte de la comunidad conceptual a la que el agente pertenece.

La propuesta interpersonal está necesitada de defensa toda vez que resulta, en principio, contraintuitivo hacer depender la responsabilidad del agente por lo que ha hecho de que alguien lo responsabilice por ello. Pues si este fuese el caso, entonces no habría modo de fijar si el acto de responsabilización es o no correcto. Además, la responsabilidad del agente parece ser del todo independiente de que se lo responsabilice o no. Parafraseando a Hobbes: tendemos a pensar que un agente solitario –esto es, que estuviese solo en el mundo– sería igualmente responsable de cualquier situación acaecida gracias a, por causa de, cualquier cosa que él haya llevado a cabo. Claro que, puesto de este modo, carecería de sentido entender la causalidad del agente en términos de responsabilidad, pues no se entendería qué le añade esta a aquella¹. Ya en Génesis 4, versículos 9-10 la responsabilidad de Caín por la muerte de Abel está concebida en términos de la expectativa de otro (Dios). Con todo, es cierto que, si Caín no hubiese matado a Abel, responsabilizar al primero por la desaparición del segundo habría sido incorrecto. De modo que, aun cuando ser responsable fuese algo que pudiésemos predicar verdaderamente solo de agentes en sociedad, tal predicado solo sería verdadero si describe un estado de cosas efectivamente existente y falso en todo otro caso. Y si Caín hubiese matado a Abel,

¹ Aunque, para ser justos, Hobbes distinguiría entre causalidad y responsabilidad, pues la primera es una relación natural y la segunda es una propiedad que solo tendría sentido en un contexto social, pues esta depende, sustantivamente, de la existencia de la ley (Hobbes, 1986, cap. 27).

pero sin querer hacerlo, o sin saber que eso era lo que estaba haciendo, no le atribuiríamos entonces la responsabilidad por la desaparición de su hermano que, de hecho, terminamos atribuyéndole. De modo que la atribución de responsabilidad parece depender, para ser correcta, de un hecho objetivo y de ciertas cualidades del agente que lo ha realizado. Nótese, sin embargo, que en este sentido la atribución de responsabilidad no es sino un juicio meramente constatativo, carente, en principio, de las actitudes reactivas, esto es, del reproche activo que suele expresarse cuando se le imputa a alguien la defraudación de una expectativa.

La defensa que el autor pretende hacer de la propuesta interpersonal reactiva procede, argumentativamente, de la manera siguiente: dado que para esta perspectiva la responsabilidad depende de quien hace la atribución, en cuyo caso no habría manera de distinguir entre atribuciones correctas e incorrectas de responsabilidad, el autor considera que esto puede responderse en varios pasos. Primero, habría que concebir la reacción que se expresa en la imputación de responsabilidad en términos disposicionales: respondemos habitualmente frente al crimen, la deshonestidad u otras formas de defraudación de expectativas con indignación, horror, decepción, rencor, etc. Sin embargo, en segundo lugar, estas reacciones pueden ser adecuadas o inadecuadas, correctas o incorrectas, de acuerdo con un cierto estándar o patrón normativo. Este patrón estaría constituido por lo que el autor llama «reconocimiento elemental»: la autoridad que me arrego, implícitamente, al reaccionar frente a lo que otro ha hecho, imputándole así la defraudación de una expectativa, esto es, responsabilizándolo por su actuación, solo tiene sentido en la medida en que el otro me ha conferido, en principio, semejante autoridad, esto es, que el otro se ha puesto, en cierto sentido, a merced de mi reacción potencial en caso de defraudación o, para decirlo al revés: el otro se ha comprometido, incluso solo contrafácticamente, a honrar las expectativas normativas de las que es objeto. Lo que, a su vez, solo tiene sentido si es que yo mismo le he conferido la misma autoridad al otro para que reaccione de igual modo en caso de defraudación, es decir, si el otro está autorizado a esperar de mí una cierta *performance*. La adecuación o inadecuación de la reacción no se mide, entonces, según el hecho objetivo o las características de los agentes, sino según una mutua atribución de estatus normativo que permite mantener esta comunidad de reconocimiento; una comunidad en la que tales atribuciones mutuas están sujetas, potencialmente, a una permanente negociación. No es difícil ver que, así descrito, el modelo de este reconocimiento elemental es el contrato, al menos si es que lo interpretamos pragmáticamente².

En tercer lugar, las reacciones que se expresan en los juicios de imputación que se dan en el contexto de este esquema de interacciones que acabo de describir, se especifican en realidad de acuerdo con el contexto más singular en el que estas tienen lugar. Y un elemento central de estos contextos es para el autor el tipo de relaciones que guardan las personas entre sí. Reaccionamos de modos distintos si quienes nos defraudan son personas de confianza, miembros de nuestro círculo de apego, o personas que guardan con nosotros determinadas relaciones institucionales. Las formas de reacción se imbrican con el tipo de expectativas a las que cada uno de estos tipos de relaciones puede dar lugar. A su vez, tales relaciones y la red de expectativas y compromisos que involucran se dan sobre el trasfondo peculiar de las acciones propias de nuestra forma de vida, aquel tipo de convenciones que conforman que entendamos la actuación de alguien no como algo que simplemente le ocurre,

² Este es el mecanismo que, de acuerdo con Brandom, estaría a la base de una «pragmática normativa» (Brandom, 1994) y que concordaría, hasta cierto punto, con la «dialéctica» de una originaria lucha por el reconocimiento, que Brandom cree ver en el Hegel de la *Fenomenología del espíritu* (Brandom, 2019). De acuerdo con Ludwig Siep, el propio Hegel habría concebido la lucha por el reconocimiento como una relación que reemplazaría al contrato originario en la filosofía social (Siep, 1979).

sino como algo que genuinamente hace. Es el modo en el que Sebastián Figueroa rescata la idea de «ver un aspecto», que está controlada precisamente porque compartimos una forma de vida³.

Aunque el contexto esté dado tanto por las relaciones interpersonales como por esas convenciones históricamente sedimentadas, el juicio atributivo se realiza siempre desde una perspectiva peculiar; por ejemplo, la perspectiva de la jueza, del fiscal, del defensor, de los ciudadanos. De modo que alguien es «realmente» responsable –este adverbio es del autor y volveré sobre él más adelante– siempre desde una perspectiva. Y fenómenos como la autoatribución de responsabilidad y la culpa han de entenderse, en consecuencia, como el resultado de la introyección en el sujeto de los estándares normativos de su comunidad.

La concepción intrapersonal parece guardar una especial afinidad con la idea de personalidad pues las condiciones que según aquella son decisivas para la atribución de responsabilidad son, precisamente, las mismas que definen la personalidad de los agentes. Sin embargo, como se había señalado en el libro anteriormente, esta conexión solo se hace evidente en los casos de responsabilidad subjetiva directa y no en los casos de responsabilidad objetiva o vicaria. Con todo, un enfoque interpersonal de la responsabilidad no tiene por qué no tener un vínculo con la personalidad, toda vez que esta tiene distintas dimensiones: mental, espacial, temporal, social, que pueden correlacionarse con distintos aspectos de la responsabilidad como sujeción. Y es precisamente a defender a esta idea, la de la primacía de la responsabilidad como sujeción, a lo que el autor dedica el resto del capítulo. En particular, el autor niega que tenga sentido hacer de las condiciones o capacidades del agente precondiciones de la sujeción. Esto, que todavía podría tener cierto sentido para la atribución de responsabilidad subjetiva directa, no lo tiene para la atribución de otras formas de responsabilidad. Pues si para hablar de responsabilidad es central el concepto de consecuencia normativa, es obvio que tales consecuencias pueden darse con independencia de cualesquiera condiciones del agente. Además, la autoría puede comprenderse como una forma de sujeción a una reacción, precisamente en el marco del reconocimiento elemental, que ya se mencionó, toda vez que una persona es reconocida como autora dentro de una comunidad cuyos miembros reaccionan con propiedad ante su actuar. Por lo demás la pretensión de separar la atribución de acciones, esto es la identificación del evento cuya autoría se le imputa a un agente del reproche –esto es, de la reacción– hace de lo primero un simple juicio constatativo que nada tiene que ver con la responsabilidad. La constatación de que *x* hizo *p* no implica en absoluto que por ello se llame a *x* a responder por sus hechos. Esto ocurre, sin embargo, cuando la acción de *x* frustra una expectativa (legítima). De acuerdo con el autor, son las expectativas las que permiten delimitar los ámbitos de la vida por los cuáles se es responsable, no nuestros criterios de identificación de acciones. Y el propio autor resume así el punto del capítulo: el objeto de crítica «es el postulado según el cual solo se puede entender la responsabilidad a partir del individuo y sus capacidades, así como la idea de que solo estamos ante un caso de atribución de responsabilidad cuando hay una acción de por medio considerando a las acciones como condiciones de sujeción en todos los casos de atribución de responsabilidad» (Figueroa, 2019, p. 200).

Tengo que decir, de modo inmediato, que esta es una posición con la que simpatizo substancialmente, por lo que no creo poder dialogar con el autor sino a

³ «Veo una figura: representa a un hombre viejo que apoyado en un bastón asciende por un camino empinado. –¿Pero cómo? ¿No podría tener el mismo aspecto si estuviera resbalando hacia abajo en esa posición? Un marciano quizá describiera así la figura. Yo no necesito explicar por qué nosotros no la describimos así» (Wittgenstein, 1984, §141 b).

propósito de ciertas formulaciones con las que él presenta su propuesta y que me llaman poderosamente la atención.

2. Una revisión a la defensa de una concepción interpersonal reactiva

Al inicio del capítulo, el autor contrapone lo que llama postura o posición metafísica, que consistiría en reivindicar que «ser responsable» es independiente del acto de responsabilizar, porque lo primero es una cuestión de hecho, con lo que él llama una posición pragmatista extrema, según la cual ser responsable depende por completo de quien responsabiliza. Lo que me llama la atención es que, un poco más adelante, el autor identifica la postura metafísica con la concepción intrapersonal, y creo que, aun cuando esta identificación, como él mismo dice, no sea difícil, quizás es posible pensar en un realismo acerca de la responsabilidad que no dependa en absoluto de la concepción intrapersonal. Por ejemplo, uno podría imaginar que el hecho de ser responsable por la ejecución de *p*, podría no ser más que la constatación de cierta relación causal entre lo que un agente hace, su *performance*, y la modificación del mundo que tiene lugar por ella, sin que la atribución de causalidad al agente dependa de su voluntad, del libre albedrío o de su personalidad. Desde este punto de vista, una perspectiva metafísica acerca de la responsabilidad como hecho podría prescindir completamente de la noción de persona. Podríamos reducir la responsabilidad a mera causalidad y atribuir esta a las partes del cuerpo del agente, por ejemplo, a sus dedos, sus movimientos sobre objetos concomitantes (gatillo), y correlacionar el resultado (la muerte de *x*), con ciertos estados mentales. Esta, como la voy a llamar aquí, teoría «*yakuza*» de la responsabilidad, correlacionaría razones con acciones prescindiendo de las personas. Naturalmente, esto requeriría una transformación masiva de lo que pensamos acerca de la responsabilidad, pero permitiría entender nuestra manera habitual (moral y jurídica) de hablar de la responsabilidad como una selección pragmática de la gran teoría *yakuza*. Hago esta mención oriental en homenaje a Parfit, que, él mismo partidario de una concepción reduccionista de la personalidad, concibe que el budismo a este respecto –v.gr., la aniquilación del yo– es una cuestión importante (Parfit, 1984, *Part Three*). Entonces, no creo que se pueda conectar fácilmente la pretensión metafísica de que podemos hablar de la responsabilidad como una propiedad de los hechos con la concepción intrapersonal *per se*.

Ahora bien, yo creo que semejante realismo acerca de la responsabilidad no solo es implausible; es, además, inútil. Sin embargo, me parece que las razones que el autor confiesa en el libro que tiene para rechazarlo no son las que yo tendría. En efecto, él sostiene que tal realismo tiene dificultades vinculadas a la posibilidad de identificar acciones con eventos específicos porque, presume él, ocupa nociones insuficientes para identificar la agencia o porque las acciones pueden ser descritas de muchas formas, dependiendo de la perspectiva desde la cual esto se haga. A mí estos no me parecen problemas distintos: creo que identificar la agencia, es decir, lo que podemos atribuirle al agente como algo hecho por él, en contraste con lo que simplemente le ocurre, y el hecho de que las acciones puedan ser descritas de múltiples maneras, se relacionan ambas con la preeminencia de la noción de acción intencional para nuestra autocomprensión como agentes. Pues lo que nos permite identificar a algo como una acción es que es intencional bajo al menos una de sus descripciones verdaderas, esto es, nos presenta la acción como algo que el propio agente creía digno de ser llevado a cabo. Y hay tal multiplicidad de descripciones de una misma acción porque no bajo todas ellas esta es intencional, de modo que ambas cuestiones, a saber: la individuación de acciones y el hecho de que estas puedan ser descritas de múltiples maneras están vinculadas con el concepto de intención, es decir, con el hecho de que el agente sepa qué es lo que está haciendo al menos bajo una descripción y por qué está haciendo eso. Sin embargo, que la noción de intención

sea central para la inteligencia de algo como una acción no decide en principio nada acerca de la corrección o incorrección de una concepción intrapersonal de la responsabilidad, pues atribuirle a alguien el haber hecho algo intencionalmente es algo que la comunidad hace de acuerdo a ciertos conceptos (por ejemplo, cuál sea el sentido relevante de la pregunta: «¿Por qué hiciste x?»).

Otra cuestión que me llama la atención es que el autor no incorpore como línea de defensa de la concepción interpersonal que él favorece lo que podríamos llamar una perspectiva histórica o genética, que cuenta por lo demás, con antecedentes iusfilosóficos impecables, pues se puede concebir a la concepción intrapersonal de la responsabilidad como el resultado de la progresiva restricción del foco de las reacciones de los agentes frente al fracaso, de un modo análogo a aquel en el que Kelsen concibe la progresiva aplicación del principio de causalidad a los procesos naturales como la progresiva restricción de la aplicación del principio de imputación a los mismos (Kelsen, 1957, pp. 324-349). En efecto, que se aísle un conjunto de capacidades o estados mentales del agente, que solo se documentan en acciones públicamente accesibles, como indispensables para dar cuenta de las condiciones de la agencia solo puede estar motivado porque la comunidad en la que los agentes particulares actúan ha llegado a concebir la autocomprensión que cada uno tiene de sí como algo particularmente valioso. Ya Spinoza, por ejemplo, en la *Ética*, pensaba que las primeras ideas que los individuos se hacían de su entorno no podían ser adecuadas para la comprensión del mismo porque estaban motivadas esencialmente por el modo en el que este los afectaba, de modo que la posibilidad de tener ideas adecuadas de las cosas requería, desde el punto de vista de Spinoza, una progresiva desantropomorfización o descentramiento en la concepción del mundo y de sí mismo⁴. De un modo análogo podemos concebir que la frustración de nuestras expectativas provoca en nosotros reacciones hostiles contra aquello que nos parezca la causa sin que originalmente exista una comprensión apropiada de las relaciones entre esta y aquella. La posibilidad de una comprensión adecuada surgiría como paulatina y progresiva restricción de esa reacción y focalización de la misma a aquello que creemos la provoca. Esta perspectiva filogenética podría verse confirmada ontogenéticamente si consideramos cómo los niños aprenden a responsabilizar adecuadamente a otros, por medio de una restricción de sus reacciones frente a lo que los daña o defrauda.

Esto mostraría la primacía conceptual de la sujeción a una reacción en el discurso acerca de la responsabilidad, y haría aún más inteligible el uso que nuestro autor hace de los adverbios «realmente» y «verdaderamente», que utiliza para hablar de quién o qué es responsable de esto y de lo otro. El uso de estos adverbios se hace prominente en el texto cuando el autor comenta acerca de los contextos particulares en los que tienen lugar nuestros juicios de responsabilización y el hecho de que estos se realicen siempre desde una perspectiva. Siendo una cuestión moralmente

⁴ «Después de que los seres humanos se persuadieron de que todo lo que ocurre tiene lugar por ellos (*propter ipsos*) debieron juzgar primordial en cada cosa aquello que les era más útil y estimaron como las más excelentes aquellas por las que era afectados de mejor manera (*optime afficiebatur*). Con seguridad debieron formar a partir de aquí nociones, con las cuales explicaban la naturaleza (*rerum naturae*), nociones como: bueno (*bonum*), malo (*malum*), orden (*ordo*), confusión (*confusio*), caliente (*calidus*), frío (*frigidus*), belleza (*pulchritudo*), fealdad (*deformitatis*)» (Spinoza, 2000, p. 71).

Este catálogo de opuestos, entre los que están «caliente y frío», «confusión y orden», no es un catálogo de expresiones normativas. Es decir, podemos imaginarnos que alguien prefiera el orden al caos, la belleza a la fealdad, pero en principio tales expresiones pueden ser tomadas como expresiones puramente descriptivas (v.gr., caliente o frío). Spinoza despliega esta especie de catálogo borgeano precisamente para mostrar la falta de objetividad de semejantes categorías (a las que, a renglón seguido, añade las nociones de castigo, mérito y falta), que se sigue de la proyección a la naturaleza de la manera en que los objetos del mundo nos afectan. Y me parece obvio que apreciar más las cosas que te afectan placenteramente difícilmente puede servir como guía moral o para el conocimiento del mundo.

relevante el hecho de que lo que esperamos de otros guarde relación con la relación que tenemos con ellos, creo yo no puede extenderse sin más a relaciones en las que las expectativas están institucionalmente definidas –esto es, estén en función de ciertos roles– o a relaciones por completo anónimas. Ciertamente, la defraudación de una expectativa mía por parte de aquellos en quienes confío o de aquellos a quienes amo puede ser dolorosa y producir un tipo de reacción que no se produciría si la relación fuese distinta, pero precisamente una falta en nuestra contra de alguien totalmente desconocido puede generar en nosotros una reacción igual o mucho más grave a la defraudación anterior. Cierto es que el parricidio requiere del conocimiento del lazo de parentesco que hay entre victimario y víctima, pero este no es el caso de toda otra relación. Por razones parecidas, no me parece teóricamente prudente relativizar el sentido en el que alguien es «realmente» responsable a juicios realizados desde una perspectiva, cosa que el autor dice explícitamente. La idea según la cual la realidad de la responsabilidad que alguien cargue por un hecho realizado por ella dependa de la perspectiva desde la cual se le atribuya, creo yo, anularía el sentido normal que el adverbio «realmente» suele comportar. Ciertamente puede ocurrir que alguien sea «realmente» responsable de X sin ser responsabilizado por nadie. Supongamos, para mantener la perspectiva interpersonal, que el agente ha internalizado los juicios que su acción merecería a ojos de su comunidad y los criterios (los conceptos) de acuerdo a los cuales alguien sería responsable; de modo que el agente sabe que es realmente responsable desde la perspectiva de su comunidad conceptual relevante. Pero si interpretamos así el adverbio, entonces se es «realmente» responsable no desde una perspectiva, sino *tout court*. En cierto sentido, poder hablar de distintas perspectivas, desde las cuales alguien resulte ser realmente responsable, requiere esa «perspectiva fundamental», de la que dependería la correcta aplicación del adverbio. Aquí de nuevo uno podría mostrar que una perspectiva histórica o genética es central para fundar la pretensión de primacía de la concepción interpersonal, toda vez que podemos cuantificar sobre perspectivas allí donde hay muchas y estas perspectivas pueden, por medio del esquema de reconocimiento elemental ir convirtiéndose en LA perspectiva que podemos tener en común.

Nada de esto desmerece el esfuerzo conceptual del autor. El énfasis que él hace en las actitudes reactivas y su relación con la idea de reconocimiento elemental me parecen esencialmente correctas e iluminadoras.

Bibliografía

- Brandom, R. (1994). *Making It Explicit*. Harvard University Press.
 Brandom, R. (2019). *A Spirit of Trust*. Harvard University Press.
 Figueroa, S. (2019). *Adscripción y reacción*. Marcial Pons.
 Hobbes, T. (1986). *Leviatán*. Alianza Editorial.
 Kelsen, H. (1957). *What is Justice?*. University of California Press.
 Parfit, D. (1984). *Reasons and Persons*. Clarendon Press.
 Siep, L. (1979). *Anerkennung als Prinzip der praktischen Philosophie*. Verlag Karl Alber.
 Spinoza, B. (2000). *Ética demostrada según el orden geométrico*. Trotta.
 Wittgenstein, L. (1984). *Philosophische Untersuchungen*. Suhrkamp Verlag.

La estructura de la responsabilidad. Algunos comentarios críticos a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa

(2019) Marcial Pons
Madrid, 282 pp.

Flavia Carbonell Bellolio
Universidad de Chile
ORCID ID 0000-0001-6834-043X
fcarbonell@derecho.uchile.cl

Cita recomendada:

Carbonell Bellolio, F. (2022). La estructura de la responsabilidad. Algunos comentarios críticos a Adscripción y reacción de Sebastián Figueroa. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 483-490.
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7140>

Recibido / received: 26/04/2022
Aceptado / accepted: 04/08/2022

Resumen

El texto dialoga con la tesis de la responsabilidad interpersonal reactiva propuesta por Sebastián Figueroa Rubio en su libro *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal*. Luego de presentar la tesis, se realizan ciertos comentarios críticos que se dirigen a la manera en que el autor diseña la estructura general de la responsabilidad, que prioriza la dimensión reactiva de responsabilizar frente a su dimensión adscriptiva.

Palabras clave: responsabilidad; adscripción; reacción; relaciones interpersonales.

Abstract

The texts get in dialogue with the interpersonal and reactive responsibility thesis proposed by Sebastián Figueroa Rubio in his book Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal. After presenting this thesis, critic comments are offered, referring to the way the author designs the general structure of responsibility, a structure that gives priority to the reactive dimension of the act of holding someone responsible over the ascriptive dimension.

Keywords: responsibility; adscription; reaction; interpersonal relations.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Una estructura de cinco pasos. 3. Comentarios finales.



1. Introducción

El libro *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal* de Sebastián Figueroa Rubio, aborda las distintas formas de hablar sobre responsabilidad, dialoga con la literatura jurídica y filosófica sobre la noción de «responsabilidad», «ser responsable» y «responsabilizar», reconstruye y analiza con detención las concepciones de la responsabilidad intrapersonal (responsabilidad-autoría) e interpersonal (responsabilidad-sujeción), presenta una defensa de esta última en una versión que realza el elemento reactivo de la responsabilidad como uno principal y no accesorio y propone una estructura de la responsabilidad en cinco pasos. El comentario que sigue se referirá fundamentalmente a esta estructura, que se trata en el capítulo V del libro de Figueroa Rubio.

El núcleo de la concepción interpersonal de la responsabilidad puede captarse en tres postulados: 1) «la responsabilidad se sitúa en relaciones interpersonales»; 2) «para estudiarla hay que tener en cuenta algunos elementos de la vida comunitaria (particularmente expectativas, actitudes reactivas y las acciones relacionadas con ambas)» y 3) «responsabilizar tiene una primacía explicativa sobre ser responsable» (Figueroa, 2019, p. 201, 227). Según este modelo, «al responsabilizar se atribuye una incorrección a una persona (arrogando un evento que frustra una expectativa) y se adoptan actitudes reactivas con base en dicha atribución (reaccionando)» (Figueroa, 2019, p.190)¹. En este sentido, estar sujeto a una reacción involucra una doble atribución: atribución de un incumplimiento («adscripción») y atribución de una consecuencia («reacción»). Así, primero, se adjudica un evento incorrecto, esto es, se le atribuye a un sujeto el incumplimiento de un estándar normativo; segundo, se reacciona, es decir, se le atribuye una consecuencia normativa por dicho incumplimiento (Figueroa, 2019, pp. 190-191, 198, 202). Para esta tesis interpersonal reactiva de la responsabilidad, por tanto, que una persona quede sujeta a la reacción de otra resulta clave.

De estos postulados, los elementos de la vida comunitaria quedan caracterizados de manera muy general. Y ello es así porque son dependientes del contexto y en tanto tales, solo pueden precisarse caso a caso. El autor es consciente de que un modelo como este tiene que hacerse cargo, en algún momento, de esta y otras discusiones (Figueroa, 2019, pp. 233 y ss) que derivan del carácter «situado» de la responsabilidad.

2. Una estructura de cinco pasos

El capítulo quinto y final tiene por propósito presentar una estructura común «que permita identificar a una interacción como una atribución de responsabilidad» (Figueroa, 2019, p. 201), al tiempo que pretende destilar qué es lo distintivo de esta práctica que la diferencia de otras interacciones. Se trata de una estructura en cinco pasos; cinco pasos, recalca su autor, todos ellos necesarios para hacer dicha identificación (Figueroa, 2019, p. 212)².

¹ Como indica con claridad «no es lo mismo atribuir responsabilidad que atribuir acciones. Se puede responsabilizar sin atribuir acciones y se puede atribuir acciones sin responsabilizar moral o jurídicamente» (Figueroa, 2019, p. 198).

² Hay otros pasos que no son necesarios, sino contingentes, y que dependerán del contexto. Por ejemplo, la posibilidad de defenderse, excusarse, eximirse de responsabilidad (Figueroa, 2019, p. 212, 218) tan características de los procesos judiciales de determinación de responsabilidad, no forman parte de esta estructura más amplia, aplicable también a contextos no jurídicos.

Los pasos son los siguientes:

- 1) «Acaece un evento que frustra una expectativa;
- 2) Se busca una explicación de dicho evento (en cuanto presenta una disonancia con la expectativa);
- 3) Se adscribe el evento a una persona (como resultado de la explicación);
- 4) La adscripción justifica la atribución de actitudes reactivas;
- 5) Se reacciona (o se omite la reacción)» (Figuroa, 2019, p. 202).

Comienzo con algunas cuestiones generales. El uso del artículo indeterminado «una» sugiere que podría haber estructuras alternativas, a la vez que es indicativo de que esta propuesta tiene ventajas explicativas por sobre otras (es decir, permitiría una mejor comprensión de cómo funciona la responsabilidad). En esta estructura, aclara Figuroa, los pasos que la conforman siguen un orden analítico y no cronológico. Solo el primero es temporalmente prioritario ya que es el que la pone en movimiento.

Destaco otros dos aspectos generales. En primer lugar, la estructura muestra el desplazamiento del protagonismo de la noción de autoría por la noción de interacción, alejándose de la concepción intrapersonal. Sin embargo, el sentido de «ser responsable» entendido como responsabilidad-autoría, específicamente, como una especie de responsabilidad-*causa*, no desaparece, toda vez que el libre albedrío es un presupuesto para que alguien pueda estar sujeto a una reacción, como se verá luego.

En segundo lugar, la interacción tiene un papel fundamental en esta estructura. Esta interacción se plasma en una relación de imputación que va más allá de la mera adscripción de un evento a alguien. En palabras de Mañalich (2016, pp. 55-95), que es citado por Figuroa en este punto, esta relación puede describirse así: «X es imputable a Y por parte de Z», donde X es el objeto o lo que se imputa, Y es el sujeto pasivo o a quien se imputa y Z es el sujeto activo o quien imputa (Figuroa, 2019, p. 216). Consiguientemente, como afirma el autor en otro lugar, la responsabilidad es relacional.

Veamos cada uno de los pasos.

El **paso 1** consiste en que «acaece un evento que frustra una expectativa». Dos son las nociones relevantes para la comprensión de este paso: evento y expectativas. Aunque no hay una definición de evento³, el uso de «evento» que le interesa destacar a Figuroa es aquel que contiene, en relación de género-especie, el de «acción». Dicho de otra manera, no todo evento es una acción, pero toda acción sería un evento, y la diferencia está en que las acciones requieren de un agente, las acciones son manifestaciones de la agencia de las personas. Tan evento es una ráfaga de viento, como que dos niños rompan un jarrón, como que una adulta en la calle pise el pie de un transeúnte desconocido. Evento, entonces, se asemejaría a la categoría «hechos externos» como «acaecimiento empírico», empleada por González Lagier (2003, pp. 17-26), que bien pueden ser independientes o dependientes de la voluntad o un «cambio en el mundo» (Von Wright, 1963, p. 35). Esta distinción entre evento y acción es funcional a la tesis central del libro, en tanto que habrá eventos que suceden en el mundo, fuera del control o comprensión de los individuos, y que no son aptos para activar la estructura de la responsabilidad.

³ Solo hay una remisión general, en la nota 38 (Figuroa, 2019, p. 140) a Von Wright, G. (1963). En dicha obra, Von Wright entiende que un evento «es una transición desde un estado de cosas a otro, o desde un estado a un proceso, o de un proceso a un estado; o es una transformación de procesos» (Von Wright, 1963, p. 28).

Por su parte, el uso de «expectativas» en el texto es ambiguo⁴. En algunos pasajes, se las considera como «demandas cuya frustración nos invita a buscar una explicación», o como «actitudes vinculadas a estándares evaluativos» o normativos (Figuroa, 2019, pp. 201-202). También se señala que una expectativa es una actitud proposicional que consiste en que alguien espera algo («tiene» una expectativa) y ese algo es un estándar de lo que debería suceder (Figuroa, 2019, p. 132). En otra formulación palabras del autor, una expectativa es «una actitud ante estándares que pueden (en un sentido normativo) ser adoptados por los miembros de una comunidad para la evaluación de determinados eventos y que permiten a esos miembros buscar una explicación de esos eventos» (Figuroa, 2019, p.133).

El autor se hace cargo de su decisión de emplear «expectativas» y de evitar referirse a obligaciones o normas de comportamiento (bien morales, bien jurídicas), cuando señala que aquéllas tienen un alcance más amplio, que es adecuado para su propuesta:

No toda expectativa que genera responsabilidad se puede entender como una obligación o deber [...] El estándar propio de una expectativa supone un tipo de normatividad más débil que el de la obligación, pero esto no obsta a que sirva de estándar para identificar los eventos por los que alguien puede ser considerado responsable (Figuroa, 2019, p.139).

Para distanciar conceptualmente las expectativas de las obligaciones, sin embargo, ejemplifica con la responsabilidad objetiva o vicaria, en la que, según Figuroa, quien debe responder no ha violado ninguna obligación. Para que esta afirmación pueda ser compartida, hay que desambiguar los posibles significados de la expresión «obligación». En efecto, la referencia a «obligación» en este último caso debe entenderse hecha a la «norma de obligación» de Kelsen y no como sinónimo de «norma de conducta» o «norma de comportamiento». En efecto, en los casos de responsabilidad objetiva o vicaria existe una norma de conducta que establece un determinado deber de cuidado y/o supe vigilancia, infringido el cual, se debe responder. En esta dirección, Figuroa señala más adelante que, en su texto, «el papel de la norma de conducta lo cumple la noción de expectativa» en tanto son las que fijan las conductas esperables o correctas (2019, p. 225, nota 49)⁵. Así las cosas, cuando decide usar «expectativa» como categoría que se incluye en su estructura de responsabilidad parece hacerlo para diferenciarlas de un concepto de norma primaria de obligación como el kelseniano.

Quedan varias cuestiones abiertas que no hacen sencillo, en un modelo como este, identificar cuáles son las expectativas cuya frustración habilitan la atribución de un evento y una reacción legítima, o cómo se determinan las conductas correctas o esperables, o quién fija estos estándares normativos. A más de los elementos de la vida comunitaria, las expectativas variarán entre contextos institucionalizados y no institucionalizados, e incluso podría variar al interior de cada uno de ellos. Desde luego, el autor no está pensando en que cualquiera pueda erigir un simple deseo individual en una expectativa de cómo debiesen comportarse los demás, sino en expectativas compartidas por una comunidad, pero cuáles son aquellas legítimas o cuáles son las condiciones que permiten caracterizarlas como tales para que

⁴ En sentido similar lo expresó Juan Pablo Mañalich en el seminario de discusión del libro, enfatizando que actitudes proposicionales y estándares normativos se distinguen por sus direcciones de ajuste (mente-a-mundo y mundo-a-mente, respectivamente) y que, por tanto, debía optarse por una u otra forma de comprensión de las expectativas.

⁵ En las notas al final, se menciona la idea de expectativas cognitivas como distintas de las normativas y otras que se denominan expectativas reguladas (Figuroa, 2019, pp. 247-248).

comience a funcionar la estructura de la responsabilidad permanece algo difuso en el libro.

En el **paso 2**, «se busca una explicación de dicho evento (en cuanto presenta una disonancia con la expectativa)». Este paso sirve como enlace o conexión entre el evento que frustra la expectativa y su adscripción a una persona. Resulta racional, indica Figueroa, buscar una explicación de por qué ha sucedido un evento. Nótese que aquí la pregunta no es ¿por qué lo hiciste? (que solo podría tener sentido respecto de acciones)⁶, sino una más amplia y previa: ¿por qué sucedió?

Hay distintas formas de explicación, como el mismo texto se encarga de ejemplificar, todas las cuales son admisibles en este segundo paso: causales y no causales; que apuntan a la intención o a un rol, etc. Las explicaciones pueden, además, seguir distintos caminos, y las que interesan en esta estructura, y que permiten avanzar hacia el paso siguiente, son las que terminan en una persona, es decir, las que conducen a atribuir un evento «e» a una persona «p».

La manera impersonal de formular este y otros pasos (i.e. «se busca», «se adscribe») deja abierta la cuestión acerca de quiénes son los que interactúan o podrían interactuar en cada uno de ellos (con excepción del último, en el cual quien reacciona debe ser una autoridad legitimada para hacerlo). Podría ser, pues, que interviniesen distintas personas en la explicación, la adscripción y la reacción, lo que requeriría una explicación ulterior que mostrase estas acciones como una misma práctica de responsabilizar.

Un paso 2 necesario en este modelo, consecuencia del paso 1 y diferenciado del paso 3: solo se avanza si es que con la explicación se puede imputar a una persona el evento que frustra la expectativa.

En el **paso 3**, «se adscribe el evento a una persona (como resultado de la explicación)». Esta «adscripción» es una acción que consiste en «cargar a la cuenta» de alguien un evento que frustra una expectativa, un evento incorrecto que viola un estándar normativo. Los criterios de atribución o adscripción legítimos pueden ser variados⁷ y dependen, nuevamente, del contexto.

En algunos casos, argumenta Figueroa, «la constatación (o suposición) del ejercicio de las capacidades propias de la agencia es condición de sujeción», y en otros, ello no es necesario, pues el juicio de atribución se funda en otros criterios como «el ejercicio de un rol dentro de una organización o determinados vínculos con objetos o personas» (Figueroa, 2019, p. 194). Esto quiere decir que, en este nivel de la estructura, la capacidad de agencia⁸ –vinculada con «el entendimiento, el razonar y con el control de la propia conducta, entendidas como rasgos psicológicos» (Figueroa, 2019, p. 45)– no sería condición necesaria para adscribir el evento. Con esta adscripción, se sostiene, se constituye o se produce un cambio en la posición jurídica o moral de quien es responsabilizado, pues pasa a estar sujeto a una reacción (Figueroa, 2019, p. 221).

Por su parte, la adscripción o imputación es condición necesaria (mas no suficiente) para reaccionar (paso 5) (Figueroa, 2019, p. 211), y es posible que adscripción y reacción se lleven a cabo por sujetos diferentes. Ello plantea la pregunta

⁶ En realidad, la pregunta ¿por qué lo hiciste? no es abordada directamente y no parece tener un lugar necesario en esta estructura.

⁷ Relación causal, relación de parentesco o representación legal, relación contractual, etc.

⁸ La «agencia» en el sentido básico quiere decir que «alguien cuenta con lo necesario para poder realizar acciones» (Figueroa, 2019, p. 46).

de cómo se produce allí una interacción o conocimiento entre estos dos sujetos (quien adscribe y quien reacción) y cómo se conectan estas dos acciones. En cambio, en contextos institucionalizados como el jurídico, adscripción y reacción suelen ambas realizarse por un mismo juez o jueza cuando ejerce jurisdicción. Una cuestión ulterior, que no se trata directamente, se refiere a si quien adscribe en el paso 3 es el mismo sujeto que explica el evento en el paso 2. Pareciese que sí, toda vez que este juicio en que se adscribe la incorrección tiene a la vista la constatación y explicación de un evento que frustra una expectativa.

El sujeto a quien se adscribe el evento puede ser quien lo «causó», quien lo «realizó» (los niños en el ejemplo del jarrón), pero también puede ser adscrito a quien va dirigida la reacción (los padres en el mismo ejemplo) (Figuroa, 2019, p. 208). En este caso de responsabilidad vicaria, sobre la que se vuelve en varias ocasiones a lo largo del libro, es un ejemplo que ameritaría, quizás, complejizar la estructura base de la responsabilidad, indicando que se adscribe romper el jarrón a los niños y se adscribe falta de cuidado a los padres por esa rotura.

El **paso 4**, «La adscripción justifica la atribución de actitudes reactivas». Al igual que el paso 2, este es uno que conecta el anterior (3) y el siguiente (5). Según Figuroa, las discusiones pertinentes de esta etapa consisten en «la forma en que se articula una norma de sanción, así como el origen y legitimidad de la concreta norma», junto con dilucidar si se satisfacen o no las condiciones de la norma (Figuroa, 2019, p. 212). La interrogante de este paso es ¿está justificada la reacción?

En esta etapa, entonces, quien se encuentra legitimado para reaccionar debe identificar una norma de sanción que le autoriza u obliga a reaccionar frente al evento que vulnera una expectativa normativa. Una norma de sanción, o «norma de reacción» como propone el autor (Figuroa, 2019, p. 225), es aquella que fija las condiciones para que una autoridad juzgue que, si se ha quebrantado una norma de conducta, habilitándolo, en tal caso, para reaccionar (i.e. para imponer determinada consecuencia). A esas condiciones se les denomina «condiciones de sujeción». Esta norma de sanción opera como un vínculo entre la adscripción y la reacción.

La «actitudes reactivas» son, argumenta el autor, «constitutivas» de la responsabilidad (Figuroa, 2019, p. 227) y, específicamente, de la concepción interpersonal reactiva que defiende en el libro. Se detonan por un evento o un comportamiento que frustra una expectativa de alguien y se pueden presentar «a través de un entramado de acciones y juicios»; «son por “algo” y se dirigen “hacia alguien”» (Figuroa, 2019, pp. 140-141). La manera en que se puede reaccionar, o cuáles sean estas posibles actitudes reactivas, están definidas por la norma de sanción, al igual que el carácter debido o facultativo de dicha reacción⁹.

En el **paso 5**, «se reacciona (o se omite la reacción)». La descripción de este paso podría reformularse ya que, si se omite la reacción y aquella omisión se encuentra justificada (i.e., la norma de sanción autoriza a no reaccionar), en realidad la estructura solo avanza hasta el paso 5. Lo distintivo de esta etapa es la realización de acciones concretas por parte del que está obligado o facultado para reaccionar. La reacción implica que existe una relación de autoridad entre el sujeto que reacciona (sujeto activo) y el sujeto contra el cual se reacciona (sujeto pasivo), en virtud de la cual el primero tiene la posibilidad de afectar el ámbito organizacional del segundo (Figuroa, 2019, p. 222). Esta interacción supone que quien reacciona reclama autoridad y quien está sujeto a esa autoridad la acepta. Una relación de sujeción, con

⁹ Dice Figuroa que, en ciertos casos, la reacción adecuada puede ser «pedir explicaciones», abriendo un flanco respecto de a quién corresponde determinar si la reacción es o no adecuada.

Hohfeld, en la que un individuo tiene la potestad de realizar un cambio en la relación (en este caso, potestad para reaccionar, para responsabilizar) y el otro se encuentra sujeto al ejercicio de dicha potestad (recibe la reacción).

Figueroa destaca que la posición de autoridad debe estar justificada, legitimada, y que existen diversos tipos de razones para ello que dependerán del contexto material y espaciotemporal y del ámbito cultural en que tenga lugar las acciones de adscripción y reacción típicas de la responsabilidad.

Finalmente, el paso 3 es necesario, desde el punto de vista normativo, para el paso 5; en otras palabras, la reacción requiere de la previa adscripción.

3. Comentarios finales

El libro de Sebastián Figueroa Rubio es una desafiante invitación a repensar los debates sobre responsabilidad, más allá de los márgenes de la responsabilidad jurídica. Es, al mismo tiempo, una importante contribución a la literatura sobre responsabilidad. En el capítulo aquí analizado, propone una estructura que visibiliza el núcleo de la concepción de la responsabilidad por él defendida: la responsabilidad interpersonal reactiva. Esta estructura explicita las interacciones entre sujetos que constituyen la práctica de responsabilizar: adscripción y reacción.

Los cinco pasos sirven, pues, de marco para interpretar acciones y omisiones. Si ellos se dan, estamos ante un caso de responsabilidad. Una estructura que representa simplificada un fenómeno de la realidad social –responsabilizar–, con la finalidad explicarlo y de mostrar conexiones y relaciones entre sus elementos básicos. Una estructura que es selectiva e interpretativa y no meramente descriptiva¹⁰. Una estructura, en fin, común, general y abstracta para los distintos tipos de responsabilidad, en especial para la responsabilidad jurídica y moral.

Por supuesto, siempre es pertinente preguntarse por qué o para qué construimos teorías o estructuras generales de un fenómeno, especialmente cuando prescindir de las particularidades de contextos de aplicación específicos supone perder sensibilidad en su caracterización. La brújula necesario-contingente para decidir qué elementos incluir en una estructura podrá variar según los objetivos perseguidos por quien la propone. En un contexto institucionalizado creado para responsabilizar, como sería un proceso judicial contemporáneo, las defensas no serían tratadas como contingentes sino como necesarias o parte de aquella estructura gruesa.

Por otra parte, si bien el autor declara por qué le parece adecuado abandonar ciertos conceptos clásicos (norma de conducta/obligación, norma de sanción) y reemplazarlos por otros para dar cuenta de la estructura de la responsabilidad (expectativas, actitudes reactivas), luego recurre a ellos, haciéndose borrosa la frontera conceptual entre aquellos y estos. En este caso, además, no resulta problemático que esos conceptos clásicos, aunque formulados dentro de la literatura jurídica, puedan extenderse sin problemas a la responsabilidad moral.

Finalmente, la última sección del libro, sobre debates abiertos, plantea líneas de reflexión ulterior muy sugerentes sobre, entre otras cuestiones, cómo el contexto se alza, por un lado, como un ingrediente para justificar acciones y omisiones específicas a partir de estándares normativos fijados por una determinada comunidad

¹⁰ Una estructura que cumple la función de un «modelo», como lo concibe, por ejemplo, Barberis (2000) y Comanducci (1999).

y, por otro lado, como un parámetro de corrección de juicios concretos de adscripción y de prácticas reactivas. En este sentido, Figueroa afirma que «la corrección de un juicio de atribución de responsabilidad va de la mano de la forma en que se construye, actualiza y se pone en duda el contexto en el cual se expresa, apoyado en un trasfondo histórico de modos de hacer y entender lo que sucede» (Figueroa, 2019, p. 177). Una responsabilidad situada que se traduce en que «los juicios se forman y expresan «desde» una perspectiva determinada. Si bien esta perspectiva se encuentra en una interacción con otros (entre un «tú» y un «yo») y sobre un trasfondo (sobre un «nosotros»), siempre se realizan por una persona específica que presenta una forma de entender el contexto» (Figueroa, 2019, p.178). Para hablar de corrección o incorrección de estos juicios se necesitan, no obstante, criterios externos al sujeto que realiza el juicio y directrices algo más precisas sobre cómo llevar a cabo esta interpretación «pragmatista contextual».

Bibliografía

- Barberis, M. (2000). *Filosofía del diritto. Un'introduzione teorica*. Giapichelli.
- Comanducci, P. (1999). *Razonamiento jurídico. Elementos para un modelo*. Fontamara.
- Figueroa, S. (2019). *Adscripción y reacción*. Marcial Pons.
- González, D. (2003). Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal) I. *Jueces para la democracia*, 46, 17-26.
- Mañalich, J.P. (2016). El concepto de acción y el lenguaje de la imputación. En J. Ormeño (Ed.), *Acciones, razones y agentes* (55- 95). LOM.
- Von Wright, G. (1963). *Norm and Action*. Routledge and Kegan Paul.

Metáforas y ambigüedades en la reflexión sobre Agencia, Normas y responsabilidad. Respuesta a las críticas

(2019) Marcial Pons
Madrid, 282 pp.

Sebastián Figueroa Rubio
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID 0000-0001-8181-4812
sebastian.figueroa@uam.es

Cita recomendada:

Figueroa Rubio, S. (2022). Metáforas y ambigüedades en la reflexión sobre Agencia, Normas y responsabilidad. Respuesta a las críticas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 491-515.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7141>

Recibido / received: 26/04/2022
Aceptado / accepted: 28/08/2022

Resumen

Este texto es una respuesta a los comentarios y críticas realizadas por Rocío Lorca, Matías Parmigiani, Juan Pablo Mañalich, Juan Ormeño y Flavia Carbonell al libro *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal*. Se realizan exploraciones para clarificar el uso de conceptos como rol, expectativa y obligación en el libro, así como de la configuración de lo que implica responsabilizar. También se enfrentan posibles consecuencias de las tesis defendidas en el libro respecto de las diferencias entre responsabilidad jurídica y moral, así como de la caracterización de los juicios de atribución de responsabilidad. Finalmente, se discuten diversas facetas de la distinción entre atribuir responsabilidad y atribuir acciones.

Palabras clave

Responsabilidad, agencia, expectativas, normas.

Abstract

This article replies to the comments and criticisms made by Rocío Lorca, Matías Parmigiani, Juan Pablo Mañalich, Juan Ormeño and Flavia Carbonell to the book Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal. In the text, explorations are made to clarify the use of terms such as role, expectation, and obligation in the book, as well as the structure of how accountability is configured. Possible consequences of the theses advanced in the book regarding the differences between legal and moral responsibility, as well as the characterization of judgments about the attribution of responsibility, are also addressed. Finally, various aspects of the distinction between the imputation of responsibility and the imputation of actions are discussed.



Keywords

Responsibility, agency, expectations, norms.

SUMARIO. 1. Sacando punta. Lineamientos centrales del libro. 2. Tres consideraciones preliminares. 3 Autoría y asignación de responsabilidad. 4. Instituciones y responsabilidad jurídica y moral. 5. Lenguaje y reconocimiento. 6. Expectativas. 7. Normas y el objeto de la responsabilidad. 8. La perspectiva en los juicios de atribución de responsabilidad. 9. Describir acciones y atribuir responsabilidad. 10. Adscripción y reacción.

1. Sacando punta. Lineamientos centrales del libro

Tengo el privilegio de poder compartir mi vida académica con generosas y geniales personas que durante años no han parado de enseñarme compartiendo sus inquietudes y descubrimientos. Tengo la buena fortuna, además, de que un grupo de esas personas ha escrito los comentarios que preceden este texto, lo que no hace más que ampliar mi agradecimiento, cariño y admiración por ellas¹.

En esta ocasión el objeto de discusión es el libro de mi autoría *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal* y la invitación que me hacen es a sacar punta al lápiz con el fin de colorear ciertas zonas vacías, contornear de mejor manera algunas de las cosas expresadas y trazar líneas que perfilen algunas de las posibilidades que se siguen de lo escrito hace unos años.

Si bien en cada uno de los comentarios se presenta un resumen de algunas de las ideas del libro, antes de comenzar a responder a sus desafiantes análisis, en los siguientes párrafos haré una breve sinopsis de esas ideas con el fin de permitir contextualizar el presente intercambio. En caso de que quien lea esto tenga familiaridad con dichas ideas, puede avanzar directamente a la siguiente sección.

En cuanto a su estructura, el libro cuenta de tres partes, divididas en cinco capítulos, más un conjunto de notas que cumplen el rol de complementar algunos argumentos que se presentan en el libro, así como proponer lecturas que permitan profundizar al lector en los temas tratados. La primera parte del libro se llama «Sentidos». Esto es así porque se analizan diversos sentidos en que se utilizan expresiones como «responsabilidad» y «responsable» con el fin de presentar y organizar los elementos que formaran la discusión de los siguientes capítulos.

Al considerar los sentidos del uso de las expresiones referidas, se toma como punto de partida el ya clásico análisis de Herbert Hart al respecto, quien identifica cuatro sentidos principales: como causa, como capacidad, como rol y como sujeción a una reacción. Se ofrece una interpretación de lo dicho por el autor indicando que hay dos tipos de relaciones entre los sentidos identificados. La primera relación es de independencia e implica que las expresiones en cuestión pueden usarse sin ambigüedad en determinados contextos, significando cosas diferentes en cada

¹ También quisiera agradecer a todas aquellas y aquellos que se han sentido a leer y conversar conmigo las ideas expresadas en el libro, en especial a María Cristian Redondo, Yanira Zúñiga, Juan Andrés Vargas que lo hicieron en una actividad en Valdivia en 2019 y a Pablo Sánchez-Ostiz y Joaquín Reyes, a cuyos comentarios escritos espero hacerles justicia pronto. Por último, quisiera agradecer a especialmente a Flavia Carbonell y a Sebastián Agüero-San Juan por la organización de un seminario *online* para discutir el libro en plena pandemia y luego trabajar en la coordinación de este volumen.

oportunidad. Ello no supone, claro está, negar conexiones entre los diversos sentidos y, de hecho, varias de esas conexiones son analizadas en el libro. La segunda relación es de asimetría y con ella se quiere explicitar que en contextos relevantes para el libro uso de las expresiones como factor causal, rol y capacidad se utilizan teniendo en cuenta la sujeción a una reacción, pero lo opuesto no es cierto (así, por ejemplo, tiene sentido afirmar que alguien es causalmente responsable con el fin de castigarle, pero no que alguien ha quebrantado un estándar normativo y debe ser castigada con el fin de decir que es causalmente responsable).

A partir de ello, se propone a la responsabilidad como sujeción (la doble atribución de quebrantar un estándar normativo y, por ello, de estar sujeto a las consecuencias normativas que se siguen), como el sentido primario y se presentan tres cuestionamientos a dicha tesis defendidas por autores contemporáneos. Por último, se propone que la alternativa que está detrás de esas críticas es la suposición de que la responsabilidad como autoría (el ejercicio de las capacidades de agencia por medio de producir cambios en el mundo intencionalmente) es el sentido primario de responsabilidad. Por último, se propone que esta tensión entre las propuestas en la filosofía moral y jurídica tiene sus bases en distintas concepciones acerca de cómo deben comprenderse las actividades relativas a responsabilizar y ser responsable.

Precisamente la segunda parte del libro se llama «Concepciones» y se propone explorar las concepciones que hay detrás del debate propuesto al finalizar el capítulo I. Más específicamente se distingue entre una concepción intrapersonal y una interpersonal. Más detalladamente, se presentan las diferencias entre ambas concepciones por medio de explicitar los postulados que configuran a dichas concepciones. Así, se reconocen como postulados de una concepción intrapersonal los siguientes: (a) la responsabilidad tiene su fuente es hechos sobre individuos (con independencia de los juicios y conductas que otros adoptan sobre ellos); (b) la responsabilidad es algo intrínseco a individuos autónomos y no una construcción social dependiente de relaciones comunitarias y; (c) la comprensión de lo que significa ser responsable es prioritaria a la de responsabilizar. Mientras que como postulados de una concepción interpersonal se proponen los siguientes: (a) la responsabilidad se sitúa en relaciones interpersonales (se da dentro de interacciones y no se puede entender fuera de ellas); (b) la responsabilidad no puede ser considerada independiente de ciertos elementos de la vida social como la formación de expectativas, la adopción de actitudes reactivas y su expresión y; (c) la comprensión de lo que significa responsabilizar es prioritaria a la de ser responsable. Los capítulos II y III analizan lo que implican estos postulados y cómo se desenvuelven dentro de algunas propuestas filosóficas.

Respecto de la concepción intrapersonal, dominante en los últimos siglos, la estrategia de presentación consiste en analizar una línea de pensamiento kantiana. Con ello, antes que proponer una interpretación de Immanuel Kant correcta, lo que se hace es reconstruir una forma de ver el trabajo de dicho autor que se ha hecho dentro de la filosofía práctica. Esta forma de ver constituye su comprensión de las cuestiones objeto de análisis en el libro a partir de las nociones de autonomía individual y sujeto abstracto, cuestión inspirada es una visión individualista del ámbito práctico. Al final del capítulo II se presentan algunas dificultades que enfrentan estos enfoques. Por su parte, la concepción interpersonal es presentada considerando el ensayo de Peter Strawson *Freedom and Resentment*, publicado en 1962. En el capítulo III del libro se presenta una interpretación propia de sus ideas (que difícilmente puede llamarse *strawsoniana*) a partir de las nociones de expectativas y actitudes reactivas, así como de la diferencia entre una posición participativa y una objetiva ante los demás.

La tercera parte del libro, llamada «interacciones», consiste en una defensa y un mayor desarrollo de las ideas presentadas en el capítulo III con el fin de proponer una propuesta interpersonal reactiva de la responsabilidad. A lo largo de ambos capítulos la idea de que los conceptos en juego pueden ser comprendidos desde la reflexión acerca de cómo se configuran las interacciones entre personas juega un papel central.

En el capítulo IV se lidia con objeciones que se me presentaron repetidamente mientras la propuesta se desarrollaba. En primer lugar, se tratan objeciones vinculadas a la corrección de los juicios de atribución de responsabilidad. En esta línea se propone una forma de entender estos juicios desde una propuesta normativa según la cual una persona es responsable por algo, si y solo si fuese adecuado responsabilizarla por ello. Esta idea es interpretada a partir de ideas expresivistas y contextualistas inspiradas en el trabajo de autores pragmatistas. La segunda objeción tiene que ver con la noción de persona que se asume, toda vez que la autoría ya deja de tener el lugar central en la propuesta. En este punto, se propone comprender de forma no reduccionista la relación entre personalidad y responsabilidad, rechazando una noción voluntarista que reduce la relación al ejercicio de la voluntad libre del individuo. Esto supone incorporar elementos temporales, espaciales y sociales, a los volitivos, al momento de comprender dicha relación. Por último, en este capítulo se retoman las críticas a la tesis de la primacía de la sujeción presentadas en el capítulo I y se hace una defensa a partir de los elementos ya desarrollados en páginas anteriores.

El quinto y último capítulo del libro propone entender al responsabilizar como un tipo de interacción que se puede analizar desde distintas perspectivas (las acciones que la componen, los actos de habla que se realizan en ella, los papeles que se pueden jugar y las normas que la rigen, entre otros). La caracterización de este tipo de interacción toma como elementos aquellos considerados en capítulos anteriores. Así, entendiendo a las expectativas como demandas cuya frustración nos invita a buscar una explicación y a las actitudes reactivas como aquellas detonadas por un evento (por el cual se reacciona) y dirigidas hacia una persona (hacia la cual se reacciona), es posible dar contenido a la estructura de doble atribución de la sujeción a una reacción. Respecto de la primera atribución, el estándar normativo se identifica a partir de las expectativas, cuya frustración lleva a buscar una explicación, la cual puede derivar en atribuir la frustración a una persona. La segunda atribución, se conecta con la posibilidad de adoptar una actitud reactiva hacia esa persona, haciendo efectiva una consecuencia normativa al expresar la reacción.

De este modo, se presenta un esquema de cinco pasos que, al llevarse a cabo, constituyen un caso de responsabilidad. Los cinco pasos son los siguientes: (1) Acaece un evento que frustra una expectativa; (2) Se busca una explicación de dicho evento (en cuanto presenta una disonancia con la expectativa); (3) Se adscribe el evento a una persona (como resultado de la explicación); (4) La adscripción justifica la adopción de actitudes reactivas; (5) Se reacciona (o se omite la reacción).

Luego de explicar diversas relaciones entre estos pasos y pasar revista a diferentes dimensiones desde las cuales pueden verse, el libro termina identificando una serie de cuestiones que deben fijarse cuando se responsabiliza a alguien. Estas cuestiones constituyen el contexto en que las acciones (adscribir y reaccionar) adquieren sentido y los juicios pueden ser evaluados como correctos e incorrectos. Más allá de decir cómo deben responderse estas cuestiones, el libro invita a estar atento a las variables en juego una vez que aceptamos que responsabilizar es un tipo de interacción.

2. Tres consideraciones preliminares

Como indiqué al comienzo de la sección anterior, desde hace tiempo que vengo nutriéndome de las ideas de quienes comentan el libro, lo que hace fácil para mí estar de acuerdo con muchas tesis defendidas en sus textos. Esto sucede, por ejemplo, con la visión no inocente presentada por Rocío Lorca, la interpretación de los antiguos que proporciona Matías Parmigiani, la idea de reconocimiento desarrollada por Juan Pablo Mañalich, la propuesta acerca del rol de la historia sugerida por Juan Ormeño y la lectura jurídica de la cuestión que nos provee Flavia Carbonell. Respecto de esas y otras cuestiones, la visión presentada en el libro se ve alimentada y mejorada. Pero eso no es todo; sus comentarios también me empujan a realizar algunas aclaraciones acerca de lo que pueden decir las páginas de *Adscripción y reacción* y, más aún, a explorar caminos argumentales con el fin de proseguir con la conversación y las indagaciones que proponen. A esto se dedicarán las siguientes páginas cuyo contenido está ordenado en temáticas antes que en una respuesta detallada a cada comentario. Creo que esto muestra que Lorca, Parmigiani, Mañalich, Ormeño y Carbonell han detectado tensiones en partes específicas del texto que tienen resonancias en todo el libro, así como que un grupo de temas son visitados y revisitados a lo largo del mismo.

Antes de comenzar, quisiera llamar la atención acerca de tres cuestiones respecto a las reflexiones que surgen de esta discusión y que inspiran al libro. La primera tiene que ver con la importancia de pensar en la selección de las metáforas y analogías con las que trabajamos. Nuestro pensamiento y, con ello, la reflexión filosófica, está plagado de metáforas, las cuales nos llevan a vincular diversos conceptos y a inferir ciertos contenidos a partir de dicha vinculación. Espero que las páginas siguientes ayuden a explicitar algunas de estas cuestiones.

La segunda cuestión es que me parece valioso resistir a la tentación de extender el uso de conceptos de tal manera que terminen abarcando, dentro de la teoría, mucho más de lo que se expresa con ellos. En filosofía práctica trabajamos con expresiones que sufren de ambigüedades tanto en el lenguaje ordinario como en el lenguaje técnico, lo cual deriva en que en la reflexión teórica se pase de un uso a otro (e.g., del uso hecho en una teoría sociológica al realizado en la práctica jurídica) y se traten como una sola cuestión. La extensión desproporcionada del uso de conceptos trae al menos dos problemas. El primero es que se desdibujan los límites de los conceptos, absorbiendo unos a otros y, en ocasiones, banalizándose; el segundo es que se bombean intuiciones que se vinculan con generalizaciones no siempre fundadas, lo cual dificulta la discusión². De ahí que es recomendable tratar de dar a cada concepto un lugar y explicitar desde dónde (e.g., qué disciplina o marco teórico) se está tratando ese concepto, lo que Lorca denomina «organizar palabras».

Algo vinculado con lo anterior es un problema que el texto de Parmigiani trata en profundidad y tiene que ver con las pretensiones descriptivas o normativas que tiene una propuesta como la presentada en el libro. Sobre este punto considero que, si bien es posible distinguir proyectos puramente normativos de otros que se proponen decir cómo las cosas son evitando prescribir cómo las cosas deben ser, al momento de discutir concepciones sobre temas como los tratados en el libro la distinción no puede hacerse de forma clara (Figueroa Rubio, 2019, p. 77). En esta línea, cómo indica Parmigiani, una concepción debe poder ser vista como «normativamente convincente», pero la pregunta es qué significa esto realmente. Al respecto quisiera resaltar dos cosas. La primera es que algo que diferencia a dos concepciones es, en

² Esto no quiere decir que los conceptos se encuentren en el cielo, que sean ahistóricos, ni que tengan límites claros, por el contrario.

primer lugar, los materiales de la realidad que se consideran básicos y sin los cuales no tiene sentido hablar de responsabilidad y, por ende, con los cuáles se construye la comprensión de conceptos y teorías. Estos materiales se dan en la realidad y pueden ser simplemente descritos, pero su elección tiene consecuencias normativas, tales como abogar o no por un individualismo metodológico que conlleva, a su vez, formas de entender conceptos como autonomía de una determinada manera y no de otra. Esto lleva a la segunda cuestión: al asumir una concepción se posibilitan descripciones específicas y se desechan otras. Esto tiene consecuencias normativas respecto de qué puede o no decirse acerca de aquello sobre lo que se reflexiona (tanto de los materiales con que se trabaja, como de los casos y prácticas que se presentan para ser resueltos y explicados). De este modo, proponer que casos de responsabilidad objetiva, vicaria y de negligencia inconsciente puedan ser directamente descritos como casos de responsabilidad³ (como se propone en la visión interpersonal presentada en el libro) permite ver una cara normativa de la concepción defendida que, a su vez, contrasta con una intrapersonal. Me parece que las consecuencias vinculadas a ambas cuestiones hacen que una propuesta sea más convincente que otra.

Teniendo en cuenta lo anterior, considero que una concepción interpersonal permite desarrollar herramientas para realizar críticas tanto de teorías (Figueroa Rubio, 2019, pp. 184-185) como de instituciones y juicios concretos, por lo que no es correcto decir que simplemente porque existe una forma de responsabilidad en una comunidad por definición las acciones sustentadas en ella son correctas⁴. De todas formas, la propuesta del libro se sostiene sobre un pluralismo valorativo y, motivada en el positivismo jurídico, procura dar cabida a diversas formas en que puede justificarse por comunidades específicas en distintas épocas las acciones y juicios que forman parte de las actividades relativas a responsabilizar y ser responsable (Figueroa Rubio, 2019, pp.144-146, 175-177). Esto último, a su vez, se vincula con la fecundidad descriptiva a la que hace referencia Parmigiani y que puede entenderse como un valor de una teoría. Algunas consecuencias de estos compromisos se discuten a lo largo de este texto.

Además de lo anterior, una herramienta clave es la necesidad de distinguir la justificación de la existencia de la responsabilidad tanto de la justificación de prácticas concretas como de juicios dentro de prácticas (Figueroa Rubio, 2019, pp. 229-230). Ello permite hacer explícitos los compromisos que se asumen al discutir qué se justifica, así como definir la perspectiva desde la que se hace. Por de pronto, creo que estas cuestiones metodológicas son relevantes para replicar a varias de las preocupaciones y discrepancias presentadas en los textos de Lorca, Parmigiani, Mañalich, Ormeño y Carbonell. Por de pronto, servirán para responder a la primera respecto del uso de las nociones de autoría, instituciones y rol en el libro, cuestión a la que dedicaré las siguientes páginas.

3. Autoría y asignación de responsabilidad

La primera observación conceptual presentada por Rocío Lorca supone preguntarse si es posible distinguir en el contexto del libro entre «1) atribuir a alguien haber contribuido como agente en la producción de un evento y 2) atribuir a alguien la autoría sobre ese mismo evento». Yo diría que sí es posible hacer la distinción si

³ Sobre estos tipos de casos y cómo se pueden comprender desde la concepción interpersonal reactiva defendida en el libro se volverá más adelante en este texto.

⁴ Si no me equivoco, esta consecuencia es insinuada por Matías Parmigiani en la sección 3 de su comentario.

entendemos que la noción de autoría que está presente en la segunda afirmación no coincide necesariamente con lo que supone la atribución expresada en la primera.

El concepto de autoría presentado en la sección 2.5. del primer capítulo del libro es uno amplio, que supone que ciertos cambios en el mundo se atribuyen a la agencia intencional de alguien. En este sentido, al arrojar una acción intencional se está atribuyendo autoría por ella. Esta idea de autoría debe distinguirse de la idea asociada a la noción de «participación» donde también se habla de que las personas son «autoras» de lo acaecido⁵. Vale la pena diferenciar ambos sentidos porque los criterios para realizar apropiadamente ambas atribuciones no coinciden en todos los casos.

Detrás de la distinción se encuentra la diferencia entre atribuir acciones y atribuir responsabilidad a la que volveré más adelante. Por el momento vale decir que la atribución de autoría en el primer sentido supone la atribución de responsabilidad-capacidad, es decir, quien actúa intencionalmente lo hace en el ejercicio de ciertas capacidades que permiten identificar su comportamiento como intencional (Figueroa Rubio, 2019, p. 46). En este punto, Lorca manifiesta su desacuerdo con la idea de que se pueda hablar de una agencia básica detrás de la noción de acción intencional. Al respecto creo que hay que tener en cuenta tres contextos en que se hace referencia a la agencia. Primero está aquel contexto en que se utiliza la noción de autoría en cuanto ejercicio de la agencia intencional. Se trata de un contexto bastante amplio y no parece descabellado pensar que es posible identificar un conjunto de capacidades cognitivas, volitivas y sociales que una persona debe ejercer para poder identificar su comportamiento como intencional. Por otra parte, al momento de atribuir acciones intencionales, nuestros juicios están mediados por conceptos que permiten identificar el comportamiento de alguien como una acción de un tipo específico. En este contexto, distintas descripciones del comportamiento presuponen el ejercicio de diversas capacidades (así, por ejemplo, las capacidades que se deben tener para atarse los zapatos son distintas de aquellas que se deben tener para correr la maratón y resolver uno de los diez problemas del milenio), por lo cual cada caso supondría un tipo de agencia específico. Si es esto en lo que está pensando Lorca, no creo que haya un conflicto con la idea de agencia básica. Por último, si lo que está en juego son las diversas actividades y juicios que se desarrollan dentro de las prácticas de atribuir responsabilidad, estoy de acuerdo con decir que estas, en su complejidad, suponen el ejercicio de diversas capacidades, generando, como indica Lorca, distintas «condiciones de agencia» (Figueroa Rubio, 2019, p. 194)⁶. Lo interesante, es que esto último no supone siempre la noción de autoría (i.e., de agencia intencional), como argumentaré en unos párrafos más adelante.

En contraste con una noción general de autoría, la determinación de alguien como partícipe tiene sentido en el contexto más reducido de la atribución de responsabilidad, lo cual implica aplicar distintos tipos de normas con el fin de adscribir el evento a una persona (Figueroa Rubio, 2019, capítulo V. También en secciones 6 y 7 de este trabajo). En este contexto de atribución se debe responder a varias cuestiones. En primer lugar, hay que revisar cómo la aplicación de normas de imputación y las consecuencias de dicha aplicación para la aplicación de normas de reacción (o sanción) marcan la adecuación de la atribución. Así, por ejemplo, podemos determinar que la contribución que distintas personas hacen a un resultado justifica que se les considere responsables bajo distintos títulos (e.g., cómplice,

⁵ Esta diferencia se presenta explícitamente en (Figueroa Rubio, 2019, p. 50, nota 34).

⁶ También estoy de acuerdo si es que en esto está pensando cuando resalta las diferencias entre atribuir capacidad penal o civil, aunque hay que clarificar que al hablar de alguien como «capaz» en estos contextos no supone necesariamente la afirmación de que cuenta con o ha ejercido ciertas «capacidades» (Figueroa Rubio, 2019, pp. 46-47).

encubridora) y una vez determinada dicha imputación, que se apliquen distintas normas de reacción o sanción (e.g., que supongan reacciones más intensas contra unas que contra otras). En segundo lugar, hay que tener en consideración la justificación de la práctica que consideremos más oportuna. Si lo que se busca es evitar que las personas formen parte de ciertas actividades, o lo que se busca es distribuir el coste de daños dentro de una comunidad, o, por el contrario, se busca reparar los daños ocasionados a las víctimas, es probable que tanto la determinación de alguien como partícipe, así como la reacción que se determine, varíen.

En consecuencia, la diferencia se puede presentar diciendo que la forma en que asignamos responsabilidad-sujeción es distinta a la forma en que atribuimos agencia intencional. Así, considerando el caso propuesto por Lorca, el editor del libro es autor de sus acciones de producción del libro, pero no lo es de la escritura, pues no se le puede atribuir haber escrito (intencionalmente) el libro. A su vez, si queremos considerar la publicación del libro como una empresa compartida, podemos identificar las normas que asignan diversos roles a quienes intervienen como «partícipes» de lo ocurrido. En este contexto, es cierto que «existen múltiples reglas para distinguir los distintos niveles y tipos de intervención y la forma en que ellos deben traducirse en nuestras reacciones».

Una consecuencia relevante de lo anterior es que en múltiples casos una persona puede ser considerada partícipe sin haberse satisfecho las condiciones para atribuir autoría en el sentido de actuar intencionalmente. Entre otras cosas somos responsabilizados por descuidos (como sucede en casos de negligencia inconsciente) y por daños ocasionados por aquellos con quienes nos relacionamos (como sucede en ciertos casos de responsabilidad vicaria) e incluso por daños ocurridos a pesar de haber tomado resguardos conscientemente para que no ocurran (como sucede en algunos casos de responsabilidad objetiva). En estos casos muchas veces tiene sentido decir que alguien es partícipe, aunque no lo tenga (o sea irrelevante) decir que actuó intencionalmente para contribuir en el resultado ilícito⁷. Aceptar que estos pueden ser considerados correctamente como casos de atribución de responsabilidad permite defender la idea, con la que Lorca y Parmigiani se manifiestan en desacuerdo, de que la atribución de responsabilidad-capacidad no es condición necesaria de la atribución de responsabilidad-sujeción⁸.

Para clarificar la última afirmación vale la pena tener en cuenta que el papel de la atribución de responsabilidad-capacidad varía dependiendo lo que está en juego. A veces se presenta como una condición de sujeción, otras veces se presenta como condición para participar en los procesos de atribución de responsabilidad, en otras se presenta como condición para reaccionar sobre alguien (Figueroa Rubio, 2019, pp. 192-200). Para el argumento de la asimetría (Figueroa Rubio, 2019, pp. 61-64), es la primera de las cuestiones la que está en juego y su plausibilidad depende simplemente de considerar como casos de atribución de responsabilidad aquellos en que no es necesario satisfacer dicha condición de sujeción. Así, por ejemplo, en los casos del padre que es responsable por la caída del jarrón causada por el comportamiento de sus hijos y del transportista que es responsable por el derrame de

⁷ En estos casos, mi interpretación es distinta a la de Parmigiani, como se verá en la sección 9.

⁸ Cabe indicar que está es una de las manifestaciones de la tesis de la primacía de la sujeción defendida en el libro, pues si aceptamos que correctamente se puede atribuir responsabilidad (y, por ejemplo, castigar a alguien) por eventos que no son manifestación de la autoría de esa persona, entonces estamos dispuestos a aceptar dicha primacía. Esta tesis de la primacía está vinculada, pero no es igual a la de la asimetría, como puede verse. Con esto se da un paso en la clarificación solicitada por Joaquín Barros en su recensión al libro (Barros, 2020, p. 382)

desechos tóxicos, si aceptamos que no hay una acción intencional que explique por qué son sujetos a una reacción, entonces la tesis se mantiene.

Por otra parte, hay que tener presente que en algunos contextos la responsabilidad puede ser asignada o asumida por alguien. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se asigna responsabilidad a alguien que ejerce un rol con independencia de si sus acciones han tenido que ver con que haya ocurrido aquello por lo que se le responsabiliza o cuando alguien decide cargar con las consecuencias de lo hecho por otros (Gardner, 2017, pp. 198-210). En esta línea, una plausible justificación de los dos casos mencionados en el párrafo anterior puede provenir de la noción de rol. Esto quiere decir que basta con discutir qué obligaciones y expectativas se siguen del ejercicio de un rol, junto con si es plausible atribuir dicho ejercicio a una persona, para conectarla con lo ocurrido. Dicha justificación permite decir que la persona responsabilizada no es «ajena al hecho», utilizando la terminología de Parmigiani. Lo interesante para lo que se discute acá es que para vincular a la persona con el hecho no es necesario acudir al ejercicio de agencia en términos de autoría y otro aspecto de la personalidad puede adquirir relevancia.

Esto último me lleva a la idea que propone Lorca de que toda vez que se responsabiliza se atribuye un rol. Si bien mis diferencias con Lorca pueden ser solo de etiquetas en este punto, quisiera resistir dicha idea. Lo que inspira esta resistencia de mi parte es que el concepto de rol se puede desdibujar y, con ello, perder su importancia dentro del pensamiento contemporáneo⁹. Por una parte, la manera en que se define la noción de rol por Hart permite dar cuenta de algunas formas de asignar responsabilidad que sin ella no podrían entenderse y, por otra, dicha noción acotada de rol ha permitido desarrollar teorías éticas acerca de la responsabilidad por injusticias estructurales (Zheng, 2018). En ambos casos negar las características específicas que tienen roles como el de padre, a diferencia de otras categorías como el de ser humano (aun cuando, se puede atribuir estatus a individuos en cuanto seres humanos), supone desdibujar parte de nuestra vida ética. A su vez, dicha comprensión más acotada de rol permite conectar la identidad práctica de las personas con las posiciones que ocupan en relación con otras dentro de la comunidad (e.g. ser padre no es solo una cuestión accidental, sino algo que conforma la forma de vernos y de llevar a cabo nuestra vida). Por lo anterior considero preferible mantener la forma en que la tradición referida utiliza la noción de rol.

Dos ideas defendidas en el libro se conjugan en este punto. La primera es poner en duda que haya condiciones de sujeción necesarias (Figueroa Rubio, 2019, pp. 198-199), la segunda es que los aspectos de la personalidad relevantes para imputar un evento a alguien en el contexto de atribución de responsabilidad son múltiples y no se reducen al ejercicio de la voluntad libre (Figueroa Rubio, 2019, pp. 186-190). Una posible consecuencia de esta relación es que hay que revisar con cuidado la idea de Parmigiani de que el control está o debe estar siempre presente al momento de adscribir responsabilidad¹⁰. Otras consecuencias vinculadas con la segunda idea se verán más adelante.

⁹ Siguiendo a Hart en el libro se defiende una noción más acotada de rol según la cual se ejerce un rol cuando se ocupa un lugar específico dentro de una organización o actividad social que sigue determinados fines, dicho ejercicio genera deberes específicos sobre esa persona, deberes vinculados con ese rol, no necesariamente vinculados a la persona en cuanto individuo (Figueroa Rubio, 2019, pp. 42-44).

¹⁰ Discutir esa tesis adecuadamente va más allá de lo que se puede hacer en este texto en especial porque parece que la denominada condición de control, junto con la condición epistémica, no parecen estar al mismo nivel que la causalidad y el ejercicio de un rol a l momento de analizar las condiciones de sujeción. De todas formas, cabe indicar precisamente que varios casos de negligencia inconsciente se presentan como problemáticos para la denominada condición de control (Sher, 2006). En esta línea, mi

4. Instituciones y responsabilidad jurídica y moral

En *Adscripción y reacción* se busca reflexionar acerca de la responsabilidad moral y la jurídica sin asimilarlas, pero reconociendo la dificultad de encontrar claros criterios de diferenciación entre ambas¹¹. Por ello, me aventuro solo a distinguir entre contextos formales de contextos informales. Para trazar la distinción entre ambos contextos apelo a una diferenciación gradual que se caracterizaría porque las instituciones trascenderían a los individuos concretos que participan en ellas en circunstancias determinadas, y por tener cierto carácter artificial y mimético¹². Esta estrategia no es convincente para Lorca

Al analizar este punto, Lorca propone interpretar la distinción entre contextos formales e informales a partir del par personal/impersonal que, a su vez, relaciona con una serie de estructuras metafóricas tales como lo interno (o íntimo) y lo externo, lo humano y lo artificial (o inhumano), lo natural y lo institucional. En lo personal no me convence esta forma de interpretar la distinción y no creo que se siga de lo dicho en el libro. Procuraré explicar por qué pienso esto.

Una primera cuestión es la extensión del concepto de institución. Lorca propone que la distinción no es plausible dado que tanto la responsabilidad moral como la jurídica se dan en el lenguaje, el cual es una institución. Si bien comprendo que el lenguaje puede verse como una institución, no es el tipo de institución con que se trabaja en el libro al momento de identificar contextos institucionalizados, cuestión que está explícita (Figueroa Rubio, 2019, p. 31). Más allá de ello, en el libro se reconoce el rol central del lenguaje para la comprensión de las actividades relativas a responsabilizar y ser responsable. Por de pronto, se propone que la conversación puede jugar un papel muy importante al momento de determinar la corrección de los juicios de atribución de responsabilidad (Figueroa Rubio, 2019, pp. 150-151, pp. 218-219). Además, la teoría interpersonal que se defiende en *Adscripción y reacción* se sostiene sobre la noción de reconocimiento, la cual asume que la normatividad está íntimamente vinculada al lenguaje (Figueroa Rubio, 2019, pp. 174-180).

Al relacionar lo institucional con el lenguaje, se cae en el riesgo de igualar institucional con social y con ello, simplemente decir que toda responsabilidad jurídica y moral es finalmente social. Esta cuestión no es negada en el libro, de hecho, es una posible lectura de la idea de interpersonalidad que se defiende en él, pero el problema es que se vuelve irrelevante la referencia a la noción de institución.

Para que no sea banal la apelación a las instituciones en la forma en que se presentan en el libro, es necesario profundizar en mi posible desacuerdo con la interpretación presentada por Rocío Lorca. Por una parte, el elemento mimético es

única discrepancia con la interpretación de Bernard Williams presentada por Parmigiani es que considero que para Williams la forma en que se asume o asigna responsabilidad en el imaginario antiguo no depende siempre de que se satisfaga la condición de control (v. Williams, 2008, cap. III y VI).

¹¹ Al respecto cabe decir que la propuesta de Lorca de distinguir ambos tipos de responsabilidad bajo la idea de que el Estado cuenta con el monopolio estatal no me parece del todo convincente. Una primera razón es que la distinción solo sirve en aquellas comunidades donde existe un tipo específico de Estado que, además, es eficaz, cuestión que ha sido más bien excepcional a lo largo de la historia para identificar el fenómeno jurídico. Además, quedan fuera de la responsabilidad jurídica los casos de responsabilidad internacional en el que no se cuenta con dicho monopolio del uso de la fuerza. Ello se complementa con que la moral social muchas veces se impone «externamente» mediante la coerción y ello es entendido como algo legítimo. Por último, el Estado moderno se manifiesta precisamente en el tipo de instituciones que propongo considerar como elemento central de contextos formales, las cuales no se encuentran, por ejemplo, en todo caso de imposición de moral social, pero sí de responsabilidad jurídica internacional.

¹² Vale la pena acá hacer explícito que me parece que mientras la responsabilidad jurídica no puede prescindir de la presencia de instituciones, la responsabilidad moral puede darse tanto en contextos formales como informales (Figueroa Rubio, 2019, pp. 31-32).

entendido por Lorca como la réplica de algo que «sería “natural” en los individuos», eso que es «natural», a su vez, sería lo opuesto a lo artificial, a lo inhumano.

Ante ello cabe indicar que lo que las instituciones replican no son características de los individuos, si no tipos de intercambios entre personas. Esto es relevante porque no se hace referencia a una realidad individual pre-social o para-social, si no que una que se sostiene sobre el reconocimiento elemental que opera a nivel interpersonal, íntimamente vinculado al uso del lenguaje¹³. De hecho, las actitudes reactivas propias de la atribución de responsabilidad suponen un nivel de complejidad mayor que nos obliga a reconstruir un contexto social y normativo enmarañado para poder dar cuenta de ellas (Figueroa Rubio, 2019, pp. 174, pp. 233-235). En este sentido, no es algo natural de los individuos lo relevante para la caracterización de lo institucional.

Por su parte, en el libro lo artificial no es caracterizado como opuesto a lo natural, sino como operando con razones distintas a aquellas que encontramos en los intercambios directos. Para mostrar cómo funcionan ambas ideas podemos pensar en la relación entre el contrato y la promesa¹⁴. El contrato jurídico puede entenderse como replicando los intercambios que se dan en aquellas interacciones informales que identificamos como prometer, en donde una persona se compromete con otra a hacer algo, por ejemplo. A su vez, en un contrato jurídico, a diferencia de lo que ocurre con una promesa, puede ser irrelevante con quien se contrate, pues los efectos jurídicos ante el incumplimiento y las exigencias de formalidad son los mismos si se contrata con un amigo, con un desconocido o con una persona jurídica. Nada de ello supone negar que tanto contratos como promesas se desarrollan en el lenguaje y suponen la aplicación de sistemas normativos, pero tanto el elemento mimético como el artificial de las instituciones permite ver diferencias entre ambos.

5. Lenguaje y reconocimiento

Probablemente el punto más intenso de la reflexión crítica de Lorca es que de ella parece seguirse algo con lo que estoy de acuerdo y es que: «toda responsabilidad es un ejercicio de simplificación y sometimiento a un marco de significado que tiene algo de nuestro, pero mucho de externo». La cuestión es que, para Lorca, el lenguaje «tiene muy poco de inocente y de personal», pues «toda interacción en la que hay una interpelación normativa realizada a través del lenguaje es bastante impersonal, y la idea de que habría algunas interpelaciones normativas más personales que otras [...] resulta misteriosa». A pesar de estar de acuerdo con la conclusión, considero que es en los últimos pasajes citados donde la distinción personal/impersonal se aleja de lo que se busca articular en *Adscripción y reacción*. Para Lorca lo «nuestro» es algo propio del individuo que lo hace personal y que es ajeno a lo interpersonal (o impersonal) o «externo», pero como he indicado, esas no son las coordenadas entre las que se mueve la distinción planteada en el libro. El contexto en el que operan las prácticas relativas a responsabilizar y ser responsables es interpersonal por lo que no hay espacio para interpelaciones normativas (más o menos) personales en ese sentido.

Lo anterior resalta algo que defiende Lorca y que yo no estaría dispuesto a defender del todo y es que en el lenguaje no hay espacio para que los individuos

¹³ En el libro se hace referencia al reconocimiento elemental para referir a esta forma de ver las interacciones. Siguiendo la terminología de Brandom se puede hablar de reconocimiento robusto (Brandom, 2019, pp.253-258), como señala Mañalich, para referir a una idea similar (Figueroa Rubio, 2021, pp. 115-121)

¹⁴ No conozco todas las consecuencias de la tesis, pero para mostrar el argumento aceptaré la tesis de quienes defienden que el contrato es una promesa (Kimel, 2005).

expresen las experiencias vividas, pues este siempre supone una alienación, una perturbación de nuestra identidad. Creo que en estas afirmaciones se encuentra la idea de que la identidad individual es algo inexpresable, pero que podemos reconocer y que ante ello el lenguaje se presenta como algo «externo, impersonal». De este panorama son dos las cuestiones que no comparto. La primera es que la identidad individual se genera en seres cuya autoconsciencia es independiente de la existencia de otros, fuera del lenguaje. La segunda es que en el lenguaje siempre estamos alienadas y alienados.

Mi sospecha ante ese panorama se sostiene en la visión de las teorías del reconocimiento desarrolladas, entre otros, por Fichte y Hegel para quienes solo puede haber autoconsciencia cuando estamos inmersos en una relación de reconocimiento con otros, lo cual determina en parte cómo construimos nuestra propia identidad. Cuando se afirma que imaginar un lenguaje es imaginar una forma de vida, se dice que algo tan complicado como dar sentido a las propias experiencias y a la identidad personal solo puede hacerse dentro de un conjunto complejo de interacciones, dentro de una historia. Una forma en que se puede presentar este argumento se encuentra en la sección 4 del comentario de Juan Pablo Mañalich al revisar cómo la propuesta de Frankfurt adquiere mucho sentido si se la sostiene sobre las relaciones que una persona mantiene con otros sujetos. Citando a Butler, creo que estas lecturas permiten evitar «el error de situarse en la posición [...] en la que el “yo” [“I”] se comprende al margen de sus condiciones sociales y se lo abraza como pura inmediatez, arbitraria o accidental, divorciada de sus circunstancias sociales e históricas, que después de todo constituyen las condiciones generales de su emergencia» (Butler, 2005; 2009, p. 18). Tanto la exposición a otros como las normas que rigen la interacción generan las condiciones en que se desenvuelven los seres (auto)reflexivos (Butler, 2005; 2009, p. 59)¹⁵. En este contexto, el lenguaje puede ser entendido como una «institución del reconocimiento» (Honneth, 2011; 2014, pp. 67-68)¹⁶.

Lo segundo es que, si bien es cierto que la alienación se produce en el lenguaje y toda relación opresiva se sostiene sobre un reconocimiento elemental (Figueroa Rubio, 2017; Figueroa Rubio, 2019, p. 184-185), tanto el lenguaje como las interacciones más complejas que lo utilizan (e.g., las actividades relativas a responsabilizar y ser responsable) también son espacios en donde se generan resistencias e incluso donde los individuos pueden «encontrar» la propia identidad. Las categorías sociales no solamente suponen alienación, sino que muchas veces dan herramientas para dar sentido a quienes somos (por medio de la disidencia, por ejemplo) y, con ello, traen incorporadas la posibilidad de «encontrarse», así como la posibilidad de crítica (Medina, 2006). En este sentido, el lenguaje es el lugar en donde se puede desarrollar lo que Robert Brandom denomina «libertad expresiva» (Brandom, 2019, pp. 514-523)¹⁷, según la cual dentro de un conjunto de reglas del lenguaje (cuyo seguimiento supone perder libertad negativa) se puede generar una nueva realidad social (en términos de libertad positiva). A su vez, es en las interacciones mediadas por el lenguaje en la cual se pueden «civilizar» nuestras

¹⁵ Como puede verse, no comparto la interpretación del libro de Judith Butler dada por Lorca. Si bien es cierto que en el libro Butler recalca la opacidad del sí para los individuos, también recalca que no puede ser fuera de la interpelación de otros en donde este se puede encontrar.

¹⁶ En este punto aparece la idea de algo «natural» y es el carácter cooperativo de la especie humana (Tomasello, 2013). En esta línea, se habla de la sociabilidad como una segunda naturaleza y de la especie humana como naturalmente cultural (Medina, 2006, pp. 38 y ss; Figueroa Rubio, 2019, pp. 147-148), reconociéndonos como «seres del espíritu» (Brandom, 2019, p. 497).

¹⁷ Según el autor, en la propuesta de Hegel, a diferencia de la Kant, al identificar a la normatividad como una cuestión social, la libertad es algo primariamente político. Sobre las tensiones entre las posibles interpretaciones de esta idea (Butler, 2005; 2009, pp. 38-65)

prácticas que reproducen problemas estructurales, aun cuando estos no puedan ser superados del todo (McGeer, 2013).

6. Expectativas

En *Adscripción y reacción* la noción de expectativa se presenta en el capítulo III como parte de los elementos de una concepción interpersonal reactiva en conjunto con la de actitud reactiva. Considero que es en la interrelación entre estas, que se explora con mayor detalle en el capítulo V al analizar la estructura de responsabilizar, la que permite entender a la concepción como reactiva también. En este sentido, si bien la identificación de expectativas juega un rol muy relevante, no es el único material con el que trabaja en la propuesta defendida. Más allá de ello, los comentarios que preceden esta respuesta obligan a detenerse en la comprensión de las expectativas presentada en *Adscripción y reacción*.

La literatura sobre expectativas es vasta, pero muchas veces insuficiente. Es vasta en el sentido de que ha sido un concepto estudiado desde distintas disciplinas tales como la psicología social, la filosofía del lenguaje y la sociología, y dependiendo desde donde se le estudie, así como los problemas que quieran enfrentarse con ellas, tenemos visiones muy distintas acerca de qué es lo que las caracteriza. A su vez, muchas veces la literatura resulta, en mi opinión, insuficiente para los fines de identificar el uso del concepto en el contexto jurídico y moral. De hecho, es abrumadora la cantidad de textos que tratan a las expectativas como un concepto básico de nuestra vida moral y jurídica, pero no se dan la molestia de explicar en qué consisten.

Digo lo anterior porque el tratamiento dado en el libro a la noción de expectativas pretende hacerse cargo de ello en el contexto de la atribución de responsabilidad jurídica y moral. Esto explica, en parte, lo que diré en los siguientes párrafos, respecto de las dudas que surgen a Flavia Carbonell, Juan Pablo Mañalich y Matías Parmigiani.

Una primera cuestión identificada por los dos primeros es que hay tensiones en el uso que se hace de la ambigüedad de la noción de expectativa en la sección 2.2 del capítulo III. Por una parte, se habla de expectativas como «aquello que se espera» y, por otra, como una actitud adoptada por quien «espera». Me parece que la observación de Mañalich de que en el libro convendría utilizar solo la primera es tentadora, pero me gustaría explorar la posibilidad de mantener una conexión más estrecha entre ambas, pues sospecho que deben pensarse en conjunto para entender en qué consisten las expectativas en el contexto de la atribución de responsabilidad.

Para responder a la observación de Mañalich puede ser útil indicar en qué se diferencian las expectativas de otras actitudes¹⁸. En primer lugar, una expectativa es distinguible de un deseo, en el sentido de que se puede esperar que ocurra algo que va en contra de nuestras disposiciones desiderativas.

Lo anterior tiene que ver con que lo que expresa quien «tiene» una expectativa no pueda reducirse a actos directivos, aunque actos directivos (e.g., los del legislador) generen expectativas. Este punto es importante, porque las expectativas pueden distinguirse de su fuente. A veces su fuente es la acción de otros, pero a veces su fuente se encuentra en cuestiones que hemos aprendido con el tiempo.

¹⁸ Trato esta cuestión con más detalle en (Figueroa Rubio, 2015).

Así, una primera cuestión es que la idea de demanda con que se trata es más cercana a acciones como manifestar una pretensión que a acciones como dar órdenes. A ello se suma que una demanda no es algo que se defina necesariamente como algo deseable¹⁹.

Pero, por otra parte, las expectativas deben distinguirse de creencias y de predicciones o «previsiones». Mañalich indica que su fuerza, en el caso de entenderla como previsión, es que quien espera algo lo tiene por «probable». Pero considero que la noción de probabilidad no es la más feliz para explicar aquello esperado²⁰. Una cuestión interesante de las llamadas expectativas normativas es que muchas veces se adoptan y mantienen incluso cuando se considera que es improbable que ocurra lo esperado. Por ello considero que la fuerza de la actitud se define por ser algo «demandado», más allá de su probabilidad.

Quisiera detenerme para hacer algunas aclaraciones acerca del carácter «normativo» que tienen las expectativas. Al afirmar que toda expectativa es normativa, se sostiene que la persona tiene una demanda «legítima», por lo cual, su adopción está sujeta a evaluación (Figueroa Rubio, 2019, p. 134)²¹. Esto permite distinguir las expectativas de otras actitudes como esperanzas o ilusiones (las cuales, a su vez, no equivalen a malas previsiones o a creencias falsas). Este sentido en que toda expectativa es normativa es distinto a aquel referido en el párrafo anterior que supone distinguir entre expectativas normativas y cognitivas (Figueroa Rubio, 2019, pp. 247-248; Figueroa Rubio, 2015, pp. 101-102). Según lo defendido en el libro, toda expectativa (sea normativa o cognitiva bajo esa clasificación) se distingue de una ilusión y por eso es normativa. Esto último se vincula, a su vez, con que la reacción racional ante una disonancia sea la búsqueda de una explicación.

En consecuencia, la fuerza distintiva de la actitud de quien tiene una expectativa consiste en ser una «demanda», la cual no es reducible a la propia de deseos o creencias, a pesar de sus afinidades con ambos. A su vez, considero que esto permite entender el papel que cumple «lo esperado» en cuanto estándar, pues lo esperado es algo demandado y dependiendo de su origen, contenido y otros elementos contextuales (e.g., la amenaza de sanción a quienes no realicen lo esperado como ocurre con expectativas reguladas - Figueroa Rubio, 2015, pp. 102-103; Figueroa Rubio, 2019, p. 248) guía de diversas formas la conducta de las personas.

En este punto considero que las funciones que se atribuyen a las normas de conducta son cumplidas por las expectativas (Figueroa Rubio, 2019, pp. 138-139) y esto se debe no solo a que son estándares, sino que a la actitud adoptada por las personas que determinan cómo se utilizan los estándares en cuestión. De ahí que no sea fácil distinguir ambos elementos de las expectativas o quedarse solo con uno²².

¹⁹ Esto es así, aunque tenga sentido decir que adoptamos compromisos ante los demás al manifestar esas demandas y que ello muchas veces supone incluso la aceptación de normas, como ocurre al manifestar una pretensión en el contexto jurídico.

²⁰ Hay que distinguir, claro, lo probable de lo posible. Debido al constreñimiento que impone el principio debe implicar que, tiene sentido pensar que lo que se espera debe ser posible, por muy improbable que parezca.

²¹ Esto se vincula con lo que Matías Parmigiani caracteriza como EN2.

²² Además, resistir la separación se vincula con evitar separar la articulación lingüística del estándar con su uso, pero, a su vez, no reducir su identificación a las actitudes individuales de los participantes.

7. Normas y el objeto de la responsabilidad

La mencionada relación entre normas de conducta y expectativas me permite ofrecer algunas aclaraciones acerca del rol de las últimas en el esquema de cinco pasos presentado en el capítulo V y sobre lo que Carbonell llama la atención en su comentario.

En el libro afirmo que las expectativas tienen un campo de aplicación más amplio que el de las normas de comportamiento, pues estas últimas están usualmente vinculadas con la generación de obligaciones y la realización de actos directivos, mientras que esto no siempre ocurre con las primeras. De todas formas, no creo que la adopción de la noción de expectativa requiera el abandono de la de normas de conducta, como le preocupa a Carbonell. En este sentido, a pesar de proponer etiquetas distintas, creo que la distinción entre reglas de comportamiento, reglas de imputación y reglas de sanción²³ es muy útil para reconstruir la estructura normativa de las actividades relativas a responsabilizar.

Carbonell se pregunta si la noción de expectativa es equiparable a la de norma primaria kelseniana o no, pues habría una ambigüedad en la forma en que se entiende la noción de obligación dentro del esquema presentado en el capítulo V del libro. Considero que la respuesta es que la función y la forma en que se articulan las expectativas las asemejan a las normas de conducta y no a las normas primarias kelsenianas, entre otras razones porque no se definen a partir del establecimiento de sanciones (Figueroa Rubio, 2019, pp. 224-226)²⁴. De hecho, una expectativa puede ser frustrada y encontrarse la explicación de dicha frustración sin hacer referencia ni directa ni indirectamente a una sanción.

Lo que resulta insatisfactorio para Carbonell de lo expresado en el libro es que puede identificarse y explicarse la frustración de una expectativa que es relevante para atribuir responsabilidad-sujeción sin que se identifique el incumplimiento de una obligación. Dicha insatisfacción se manifiesta ante el tratamiento de la responsabilidad objetiva y a algunos casos de responsabilidad vicaria como casos en que una persona puede ser sujeta a una reacción, aunque no haya incumplido una obligación (y sí se haya frustrado una expectativa). Ante esto, Carbonell indica que en estos casos siempre hay una norma de conducta que establece un deber de cuidado o supervigilancia, pero no estoy seguro de que esto sea cierto. Si uno piensa que, en casos de responsabilidad objetiva, como la producida por productos defectuosos o en algunos casos en que se aplica el principio de precaución, se renuncia a considerar los denominados elementos subjetivos para la determinación del ilícito y se castiga a personas con independencia de que hayan podido prever o evitar razonablemente el mal causado, no parece conveniente afirmar que se está atribuyendo el incumplimiento de una obligación. Afirmar el incumplimiento de una obligación en estos casos supondría entender que dicho cumplimiento no requiere ningún grado de control o conocimiento de las circunstancias por parte de las personas y eso no parece hacer justicia a la noción de obligación. Por ello, en estos casos puede decirse que, dados ciertos fines sociales que justifican la atribución de responsabilidad (e.g., desincentivar la realización de ciertas actividades, distribuir daños en una sociedad o buscar una plena reparación de las víctimas), estamos dispuestos a adscribir, utilizando normas de imputación, la defraudación de una

²³ A las cuales propongo nombrar normas de reacción debido a que la noción de reacción es más amplia que la de sanción (Figueroa Rubio, 2019, p. 31, Nota 4).

²⁴ En este aspecto la noción kelseniana de norma primaria sí tiene una cercanía mayor con las normas de sanción cuya función supone una adscripción de la defraudación de una expectativa.

expectativa (e.g., que no se produzca cierto tipo de daño) a alguien a pesar de que no haya incumplido obligación alguna proveniente de una regla de comportamiento²⁵.

Esto último se conecta con el comentario de Juan Pablo Mañalich acerca del objeto de la responsabilidad y un argumento similar presentado por Matías Parmigiani acerca de las posibles configuraciones de teorías intrapersonales. Lo primero es indicar que no veo algún especial problema con que las expectativas jueguen un papel para la identificación de aquello por lo que alguien es responsable dentro de teorías inspiradas en una concepción intrapersonal. De todas formas, habría que tener en cuenta que la manera en que se desenvuelve el concepto varía dependiendo la concepción que se adopte²⁶.

La noción de expectativas adquiere relevancia cuando nos preguntamos en qué consiste responsabilizar y cómo su identificación detona una serie de reacciones propias y de otros. Asumiendo ello, habría que explorar más detenidamente si es que el objeto de la responsabilidad no varía al asumir una concepción u otra. En principio me veo inclinado a decir que no, y que la determinación de lo incorrecto (sea inmoral o contrario a derecho) por lo que una persona es o puede ser considerada responsable puede ser definido con independencia de la concepción que se escoja. Pero si pensamos que luego de interpretar que un evento ha violado una expectativa, lo ocurrido debe ser imputado a una persona, las diferencias entre las concepciones empiezan a marcarse, pues aquello que permite calificar a alguien como responsable varía. Desde una concepción intrapersonal es posible rechazar que la atribución a título de imprudencia inconsciente o la atribución de responsabilidad objetiva e incluso algunos casos de responsabilidad vicaria sean justas (Figueroa Rubio, 2019, pp. 102-108), como hace notar Parmigiani²⁷. Lo interesante es que la aplicación de normas de imputación también refiere a si ha ocurrido algo incorrecto o no.

Dicha relación entre expectativas y normas de imputación tiene repercusiones sobre otros temas.

La primera a considerar es que negar la relación entre expectativas y reglas de imputación puede generar una escisión entre la agencia y el objeto de la responsabilidad, considerándose este último como «externo». Esto es así porque no habría relación alguna entre la persona responsabilizada y aquello por lo que se le responsabiliza. En este punto, se abre el camino a la distinción entre lo personal e impersonal presentado por Lorca y que una concepción interpersonal como la defendida en el libro mira con sospecha, como he indicado en la sección 5 de este texto. También se vincula con que la persona responsabilizada no puede ser totalmente ajena a lo ocurrido como indica Parmigiani.

De esta forma, la relación entre lo que se espera y cómo se imputa su frustración hablan de la unidad de las prácticas concretas de atribución de responsabilidad, donde una disociación absoluta genera tensiones. A ello también

²⁵ Nótese que esto no supone negar que haya un deber de cuidado o de supervigilancia, solo que no se afirma que se ha incumplido. De hecho, las mismas razones que generan esos deberes son habitualmente las que justifican la atribución de responsabilidad (e.g., el ejercicio de cierta actividad o de un rol). Lo mismo se aplica a algunos casos de responsabilidad vicaria, cómo indicó John Gardner, a veces los padres simplemente responden por ser padres (Figueroa Rubio, 2019, p. 103; Gardner, 2017, p. 202-203).

²⁶ Creo que algo similar puede decirse de otros conceptos como el de autonomía. Puede darse cuenta de ella dentro de una perspectiva interpersonal (MacKenzie, 2021; Reyes, 2020, p. 383), pero dada la forma en que se vincula con los otros conceptos dentro de las visiones filosóficas, hace que tenga sentido tratarlo dentro de la presentación de una concepción intrapersonal, como se hace en el capítulo II del libro. De ahí que el tratamiento sea asimétrico.

²⁷ Un problema similar se puede enfrentar al tratar el rol del azar en la atribución de responsabilidad.

debe sumarse la forma en que se configuran las normas de reacción, como se sugirió al tratar la participación. Esta unidad que se busca en las prácticas concretas permite también responder a la preocupación manifestada por Flavia Carbonell acerca de la conexión entre los diversos elementos del esquema presentado en el capítulo V del libro, a esto volveré en la sección final de este texto.

Por otra parte, la relación entre personalidad y responsabilidad se esclarece, pues aquello por lo que somos responsables (vinculado a la frustración de una expectativa) puede ser imputado a una persona considerando diversas facetas de su personalidad. En el caso comentado por Parmigiani sobre el derrame de desechos tóxicos, aquello por lo que la persona es responsabilizada es el derrame mismo (i.e. la expectativa frustrada es que no habrá desechos tóxicos derramados en un espacio público), pero la imputación se realiza por el rol que tiene como transportista o productor²⁸. El ejercicio del rol es el elemento de imputación relevante. Tal como dice Parmigiani, es esperable que la persona haya entrado a dicha actividad de manera voluntaria, pero la distinción acá planteada permite evitar la conclusión a la que puede llevarnos la reflexión de Parmigiani de que esa persona es responsable por ejercer la actividad. Ella es responsable por el derrame como indiqué. De lo contrario la existencia del derrame sería completamente irrelevante y la expectativa defraudada sería una que hace referencia a que nadie debe transportar dichas sustancias, pero eso no es una buena lectura de estos casos. Por último, el grado de implicancia que debe tener la persona con lo ocurrido dependerá de múltiples factores y, entre más ajena sea la asignación de responsabilidad, una mayor carga argumentativa se requerirá (Gardner, 2017, pp.199-202).

Una cuarta repercusión se vincula a algo sobre lo que llama la atención Juan Ormeño: que el modelo de la relación moral no puede ser extendido sin más a aquellas relaciones mediadas institucionalmente, ni a las interacciones entre extraños. Considero que identificar diversos orígenes en las expectativas, así como diferentes criterios de legitimidad en ellas, en conjunto con reconocer que las normas utilizadas para imputar varían de contexto en contexto y, con ellas, también las normas de reacción o sanción, permite ver que el contenido de los juicios y reacciones, así como su corrección, varían enormemente (Figueroa Rubio, 2019, pp. 233-235)²⁹.

8. La perspectiva en los juicios de atribución de responsabilidad

La idea de que muchas preguntas relevantes solo se resuelven al comprender a la responsabilidad como situada se vincula en el libro con una adopción de una visión pragmatista contextual presentada en la sección 2 del capítulo IV del mismo. A partir de esta se defiende que los juicios de atribución de responsabilidad son realizados «desde una perspectiva». Para Juan Ormeño no sería «teóricamente prudente relativizar el sentido en el que alguien es “realmente” responsable a juicios realizados desde una perspectiva». A partir de ello afirma que toda perspectiva requiere de una «perspectiva fundamental» que se presenta como *la* perspectiva a partir de la cual se

²⁸ Cabe indicar que en ocasiones si es posible identificar expectativas relevantes vinculadas a formar parte de una actividad, como ocurre con el terrorismo. Esto lleva a decir algo sobre las relaciones entre el ejercicio de agencia y la personalidad. En el caso del transportista o productor, la agencia voluntaria se ejerce al entrar en la actividad, pero luego, y como consecuencia de ello, el rol pasa a ser parte de la personalidad, más allá de que se ejercite por medio de acciones, omisiones o generando una situación de control. La norma de imputación va dirigida a ese aspecto de la personalidad.

²⁹ De todas formas, esto no cambia que tenga razón Mañalich al decir que es concebible que la determinación del objeto de la responsabilidad se realice homogéneamente.

es «realmente» responsable o responsable *tout court*. En lo personal, no me queda del todo claro cómo se configura dicha perspectiva fundamental. Explicaré por qué.

La idea de perspectiva presente en el libro supone decir que los juicios de atribución de responsabilidad son adoptados por alguien. Esa persona adopta un juicio a partir de la identificación de ciertos hechos y la aplicación de un conjunto de normas a esos hechos. Lo anterior supone que estos juicios atribuyen un evento a una persona y lo evalúan la situación con el fin de justificar o criticar una posible reacción.

Como explica Ormeño, esa actividad se hace dentro de relaciones interpersonales y sobre un trasfondo formado por un consenso en las acciones y no en las opiniones, parafraseando a Wittgenstein (Medina, 2009, Cap. I; Tomasello, 2012, Cap. 4 y 6)³⁰. En este sentido, al expresar un juicio de atribución de responsabilidad se está asumiendo compromisos respecto de la ocurrencia o la posibilidad de ocurrencia de ciertos hechos, que esos hechos pueden ser interpretados según las normas aplicables (dentro de la comunidad y de la relación específica), que pueden ser evaluados a partir de ciertos estándares, que se vinculan de una determinada manera a una persona y que de ello se sigue que una reacción esté justificada o no.

De esta forma, si lo que está supuesto en el comentario de Ormeño es que quien aplica una norma y/o se atribuye autoridad para emitir un juicio de atribución de responsabilidad supone que hay una solución correcta que puede o no coincidir con lo que expresa, mi respuesta sería que eso puede ser cierto, pero en un sentido muy tenue. Es cierto en el sentido de que aplicar una norma supone que dicha aplicación puede ser correcta o incorrecta y con ello la perspectiva del agente puede compararse con otra (amparada en la objetividad de la norma). Esto puede entenderse como un supuesto pragmático presente en toda aplicación de normas, así como en la afirmación de que ciertos eventos han acaecido. Lo cual a su vez se refuerza por normas implícitas, la presión social que tiende a la estabilización de los criterios y la posibilidad de dar razones que no sean fácilmente rechazadas por otros.

Pero es tenue porque las normas que rigen el ámbito práctico suelen tener un contenido infradeterminado y, a su vez, son objeto de interpretaciones conflictivas, siendo parte del panorama la posibilidad de desacuerdo³¹. Si esto es así, el supuesto de que hay una solución correcta, depende en la práctica de que los agentes adopten la perspectiva de quien colabora en la actualización de dicha corrección³².

³⁰ En este punto vale la pena indicar que el modelo no es necesariamente el del contrato. Esto por tres razones. La primera es que el trasfondo no es algo que se acuerde conscientemente en cada ocasión, ni a lo que se preste un consentimiento hipotético. La segunda es que, si bien puede haber acuerdos a partir de interacciones, no se entiende que los individuos existen en cuanto seres autoreflexivos y autónomos previamente a esos intercambios, como ya se ha indicado. La tercera es que el acuerdo propio del contrato no representa bien la forma en que se define lo que se trata como objetivo, lo que no debe ser necesariamente producto de negociación o de cooperación, pues el conflicto y la imposición también están presentes. De ahí que la metáfora o analogía con el contrato no es correcta.

³¹ Con esto no me refiero solo a que puede haber desacuerdo respecto de si un hecho es o no incorrecto al ser evaluado con normas pertenecientes a distintos sistemas normativos (e.g., un sistema jurídico y uno moral), sino que dentro de un mismo sistema normativo puede haber desacuerdos entre los aceptantes de una norma.

³² Considero que esto hace que la propuesta tome en serio la idea de historia, pues los juicios se realizan en el presente, pero a partir de lo que ha sucedido en el pasado y con una perspectiva en lo que será. Con esto quiero decir que Ormeño y Parmigiani están en lo correcto respecto de la necesidad de introducir la variable histórica en la comprensión de la responsabilidad, pero la forma en que la proponen (i.e., desde la historia social y desde el estudio del desarrollo de los individuos, por una parte, y de la historia conceptual, por otra) supera las pretensiones del libro, así como de la forma en que se puede

De esto no se escapan los juicios de auto atribución de responsabilidad. Cuando una persona «sabe» que ha actuado mal, como indica Juan Ormeño, está interpretando su acción como miembro de una comunidad histórica, considerando otros internalizados e imaginados, lo que Ormeño denomina la comunidad conceptual relevante. Pero acá me pregunto ¿Qué quiere decir que lo «sepa»? ¿Quiere decir que no hay una perspectiva del individuo? ¿Que no hay posibilidad de que yerre al reconstruir la perspectiva de la comunidad? ¿Que lo que ese individuo entiende que está mal no es discutible (debido a que es manifestación de *la* perspectiva)? Me parece que ninguna de estas lecturas es completamente convincente³³. Que un individuo pueda adoptar perspectivas de primera, segunda y tercera persona por medio de la imaginación y otros mecanismos, no implica que su perspectiva desaparezca en favor de una perspectiva fundamental³⁴.

Pero lo anterior tampoco supone, claro está, que el individuo surja como algo independiente que «contrata» significados con otros. Como indica Judith Butler:

Las normas mediante las cuales reconozco al otro e incluso a mí misma no son exclusivamente mías. Actúan en la medida en que son sociales, y exceden todo intercambio diádico condicionado por ellas. Su sociabilidad, sin embargo, no puede entenderse como una totalidad estructuralista ni como una invariabilidad trascendental o cuasi trascendental (Butler, 2005; 2009, p. 39).

De esta forma, aquellas normas que sobrepasan al agente y que proveen criterios de corrección también son el lugar en que este se desenvuelve y que están sujetas a ser actualizadas y cambiadas por aquel. En este panorama no me queda clara la fuerza de la apelación a una perspectiva fundamental o a un punto de vista del universo o a una visión de ningún lugar³⁵.

Esto se vincula con una forma de objetividad reclamada por Matías Parmigiani respecto de la defraudación de una expectativa. Cómo Parmigiani indica, dicha defraudación puede ocurrir sin que nadie lo note o puede ser notado por alguien, pero que quien la haya realizado no sea encontrado. Acá cabría decir dos cuestiones. La primera es que en *Adscripción y reacción* este tipo de casos se interpretan a partir de la estructura de cinco pasos presentada en el capítulo V. La frustración de una expectativa sin que nadie se percate de ello está contemplada en 1, mientras que la imposibilidad de encontrar a un responsable, en las relaciones entre los pasos 1,2 y 3, en donde la búsqueda de una explicación que no ha terminado en la adscripción de ello a alguien. Al no haber sobre quién reaccionar, no hay un responsable, aunque se puede seguir buscando hasta que sea encontrado. La segunda cuestión tiene que ver con preguntarse por qué estamos dispuestos a utilizar la expresión «responsable»

hacer una comparación entre las diversas concepciones en el ámbito de la reflexión filosófica sobre el concepto de responsabilidad. A pesar de ello, cabe clarificar que la propuesta del libro no se considera a sí misma como ahistórica (Figueroa Rubio, 2019, pp. 78-79, 144-146),

³³ De hecho, asumir que los individuos simplemente «saben» cuando son responsables sin considerar que lo son desde una perspectiva nos puede llevar acriticamente a la posición del hipocondríaco moral, como nos previenen Natalia Carrillo y Pau Luque (2022). La hipocondría moral consiste en «creer que sentir culpa nos convierte en culpable(s)... (lo que) revela un desconcertante narcisismo patológico que mezcla una desmesurada presencia del yo y una brújula moral bien imantada» (Carrillo y Luque, 2022, p 18, 22).

³⁴ Esto se vincula con que la realización de los cinco pasos de la secuencia propuesta en el capítulo V supone adoptar distintas perspectivas, en la jerga de Parmigiani, esto implica realizar enunciados constataivos y enunciados atributivos. Dependiendo cuáles de todas las actividades que están presentes en la actividad de responsabilizar se esté realizando (e.g. explicar, acusar, sentenciar) es cómo el enunciado debe interpretarse, así como la autoridad que se tenga para expresarlo (Figueroa Rubio, 2019, pp. 211-212, 233-234).

³⁵ Otros riesgos de esas perspectivas, a su vez, son la sobresimplificación de los problemas a tratar y la idealización de los agentes y las instituciones en que se desenvuelven. El poema de Pezoa Veliz que sirve de epígrafe al libro, así como la reflexión de las últimas páginas procuran dar cuenta de ello.

aún en estas condiciones y yo diría que lo que está en juego es que estamos buscando un candidato a la sujeción (Figueroa Rubio, 2019, pp.164-166), alguien a cuya cuenta cargar lo sucedido para luego cobrarlo y no (solo) para identificar quién ha ejercido sus capacidades como agente³⁶. Esta forma de ver las cosas conecta a la noción de «responsable» no solamente con expectativas, sino que también con actitudes reactivas.

9. Describir acciones y atribuir responsabilidad

Lo dicho en secciones anteriores sobre la agencia y la manera en que las expectativas y normas son utilizadas, por una parte, y sobre cómo nuestros juicios de atribución de responsabilidad están anclados a un contexto social, por otra, llevan a hablar acerca de las relaciones entre atribución de acciones y atribución de responsabilidad. Los comentarios de Ormeño y Carbonell llaman la atención sobre diversos aspectos de esta cuestión.

Una primera cuestión tiene que ver con la relación que se da entre eventos y acciones. En este contexto quisiera rescatar algunas ideas desarrolladas por Georg von Wright. La primera es entender a los eventos como «transiciones» entre estados de cosas, idea que incluye la posibilidad de que las cosas se mantengan tal como están (Von Wright, 1963, p. 30)³⁷.

La segunda idea es que es un error identificar acciones con eventos (von Wright, 1963, pp. 35-37), aunque muchas acciones son identificables a partir de tipos de movimientos corporales³⁸. En este sentido, no estoy convencido de que la mejor forma de explicar la relación sea de género-especie, como sugiere Carbonell³⁹.

Por otra parte, negar dicha identificación puede tener consecuencias sobre cómo se describen acciones y, con ello, cómo se vincula el comportamiento con la agencia. Esto me lleva a lo dicho por Ormeño respecto de la «preeminencia de la noción de acción intencional para nuestra autocomprensión como agentes». Si dicha preeminencia se manifiesta en que requerimos de una perspectiva del agente para identificar agencia, no me parece problemática. Ahora, si lo que se quiere decir al postular dicha preeminencia es que solo es posible atribuir agencia donde se puede identificar una acción intencional o bajo la descripción de una acción como intencional, me parece que la idea es más problemática.

Respecto de lo primero, habría que considerar que muchas veces se identifican y atribuyen acciones sin considerar la intención del agente, sino que, a través de ciertas relaciones causales conocidas, entre otros criterios (Agüero-San-Juan y Figueroa Rubio, 2022, Sec. 3.1). Así, por ejemplo, Feinberg (1965) propone el efecto acordeón como mecanismo para identificar acciones, transformando atribuciones causales en atribuciones de agencia causal. De este modo, un conjunto de eventos que pueden describirse como separados, solo conectados causalmente, adquieren una unidad de sentido, deviniendo en una acción concreta. Para Feinberg, estas atribuciones se hacen por medio de verbos causativos (e.g., romper) los cuales

³⁶ Esto no supone negar las múltiples conexiones que se pueden establecer entre los usos de «responsabilidad» o «responsable» y las nociones de agencia y acción (Feinberg, 1965). Sobre esto algo se dirá en la sección 9.

³⁷ Sobre el rol de esta lectura dentro de la discusión en torno a la individuación de acciones (Figueroa Rubio, por publicar).

³⁸ De todas formas, también es un error identificar el comportamiento humano con el movimiento corporal (Von Wright, 1998, p. 97). Para un análisis de estas confusiones (Sandis, 2012, cap. I-III).

³⁹ Rechazar dicha forma de explicar la relación permite ver porque en el libro aparecen como criticables ciertas lecturas sobre la acción (Figueroa Rubio, 2019, pp. 108-111) y otras como más prometedoras (Figueroa Rubio, 2019, pp. 198-200, pp. 213-218).

nos señalan los elementos propios de la acción que se identifica⁴⁰. Esto redundaría en que en ciertas circunstancias se pueda atribuir a alguien, por ejemplo, haber roto un jarrón, aunque no lo haya hecho intencionalmente.

La referencia a verbos muestra algo que Ormeño observa correctamente a mi entender: que el comportamiento humano se atribuye a título de acciones dentro de una comunidad que desarrolla y aplica conceptos. Es aplicando conceptos que consideramos ciertas relaciones causales como relevantes e identificamos eventos al momento de atribuir acciones⁴¹.

En cuanto a la segunda forma de entender la preeminencia, cabría decir que se pueden realizar plausiblemente descripciones del comportamiento que suponen la atribución de agencia, a pesar de que no suponen la atribución de una acción intencional. Esto ocurre, por ejemplo, en casos de acciones negligentes inconscientes u omisiones inconscientes. En estos casos, la descripción de la acción como intencional es distinta a la de la acción como negligente u omisiva, pero aun así no se niega que sean acciones del agente y se atribuye responsabilidad por ello. Como diría John Gardner parafraseando a Rawls, es política, no metafísica (Gardner, 2017, p. 212, pp. 223-225). A su vez, la agencia y su identificación es tanto patrimonio de la comunidad como del individuo.

En casos de negligencia inconsciente y de omisión la atribución de comportamiento como expresión de la agencia de una persona puede interpretarse como dependiente de un contexto normativamente más denso. Con esto quiero decir que el comportamiento se interpreta dentro de un contexto en el cual un conjunto de normas más o menos complejo (e.g., que incluye la identificación de roles o de posiciones normativas) desempeñan un papel central.

A su vez, la identificación de un comportamiento como negligente, por ejemplo, se vincula con la atribución de responsabilidad-sujeción por aquel. Esto es así porque hablar de comportamiento negligente es hablar de comportamiento culpable. Esto nos lleva nuevamente a la noción adscriptivista defendida por Feinberg, según la cual podemos identificar distintas formas en que la atribución de acciones se vincula con la atribución de responsabilidad.

Aquí vale la pena clarificar el uso de «adscribir» que se hace en el libro. En la sección 2 del capítulo V se señala que cuando se adscribe una acción se está indicando que lo ocurrido puede cargarse a la cuenta de alguien con el fin de presentar a esa persona como candidata a estar sujeta a una reacción. Cuando esto es lo que está en juego al momento de decir que alguien hizo algo (e.g., que se comportó negligentemente), podemos decir que estamos en el dominio de la acusación. Una cuestión interesante de este dominio es que no solo permite adscribir acciones, sino que también otras cuestiones que han ocurrido y que se cargan a la cuenta de alguien.

Señalo esto para clarificar dos cosas. En primer lugar, para indicar que, aunque los adscriptivistas tienen una teoría de la acción, no todo lo que se adscribe

⁴⁰ Esto muestra una importante diferencia entre atribuir autoría y atribuir ser factor causal, pero también, como indica (Reyes, 2020), que hablar de responsabilidad genera ciertas conexiones entre los diversos conceptos. De todas formas, no considero que de esto se siga la negación de la tesis de la independencia.

⁴¹ También estoy de acuerdo con Ormeño en que esto nos llevaría a negar la plausibilidad de una teoría *yakuza* (que no requiere ser intrapersonal) sobre la responsabilidad. De todas formas, los problemas con este tipo de teorías son más amplios, pues pueden leerse como teorías optimistas dentro de la clasificación de P. F. Strawson con todos los problemas que ello acarrea (Figueroa Rubio, 2019, pp. 122-128, y 156-157), además de que supondría hacerse cargo del abandono de un montón de conceptos e intuiciones que rodean nuestra discusión sobre responsabilidad.

son acciones. En segundo lugar, para clarificar la interpretación del caso de responsabilidad vicaria que analiza Flavia Carbonell en términos de adscripción. Carbonell indica que en este caso se adscribe romper el jarrón a los niños y se adscribe falta de cuidado al padre, pero yo propongo decir que se adscribe que el jarrón se ha roto al padre. Esto por varias razones. La primera es que puede asumirse un supuesto en el cual los niños no sean tratados como personas a las que responsabilicemos. Esto puede significar negar responsabilidad-capacidad, pero también puede significar negar responsabilidad-sujeción en el sentido de que no se les llama a responder. Lo que es más importante para lo que quiero decir es que en cualquiera de estos dos casos, aunque se atribuya a su agencia causal la rotura del jarrón, no se les trata como candidatos a estar sujetos a una reacción, por lo que el evento no se les adscribe (en el sentido indicado en el párrafo anterior). Luego, respecto del padre, como he indicado previamente, no es necesario asumir que ha incumplido un deber de cuidado para adscribirle el evento, en el sentido de presentarlo como candidato a estar sujeto a una reacción. En este sentido, aquello por lo que es llamado a responder no es por el incumplimiento de una obligación de cuidado (i.e., de aquellas presentes en normas de comportamiento), sino que por el evento de que el jarrón se ha roto. En este caso, su relación de parentesco vinculada a su rol como padre puede ser suficiente para una correcta adscripción⁴².

10. Adscripción y reacción

La idea de adscripción propuesta permite avizorar el porqué del nombre del libro. En él propongo que las actividades relativas a responsabilizar pueden entenderse a partir de la interrelación entre ambos tipos de acciones. Así, al responsabilizar no solo se adscribe en el sentido de acusar (i.e., presentando a alguien como candidato a una reacción), sino que se reacciona precisamente porque la acusación ha sido exitosa (i.e., porque se ha adscrito lo ocurrido a alguien). De esta forma, la metáfora de cargar a la cuenta sobre la que llama la atención Mañalich se manifiesta en ambas acciones: en la primera se carga lo ocurrido a una cuenta, en la segunda se cobra (i.e., se hace pagar) lo cargado.

Creo que tener presente esa caracterización, en conjunto con lo dicho en la sección 7 de este texto respecto de las relaciones entre los diversos tipos de normas y expectativas, permite disipar algunas de las dudas presentadas por Carbonell en su comentario.

Carbonell se pregunta cuántas personas pueden intervenir en este esquema y cómo la respuesta a ello afecta la unidad de la interacción en cuestión. Al respecto indica que, por ejemplo, en el derecho, solo una persona suele tanto adscribir como reaccionar. Más allá de qué tan usual sea, tiendo a pensar que en ciertas ramas del derecho hay una mayor disposición a distribuir las tareas entre diversas personas que lo que se hace en contextos informales. Creo que esto se puede mostrar si aceptamos que la acusación, el veredicto y la sentencia pueden ser realizadas por distintas personas en los procesos judiciales.

Por una parte, la adscripción se da en la relación entre acusación y veredicto. En este contexto, una persona es presentada como candidata a una reacción (e.g., una sanción), cuestión que es aceptada o rechazada por quien realiza el veredicto. En este contexto no es extraño pensar, en primer lugar, que la acusación y el veredicto pueden ser realizados por diversas personas, un fiscal y un jurado, por ejemplo.

⁴² Como se indicó en la sección 7, la expectativa debe distinguirse de la norma de imputación. Como ocurre en el caso del derrame de desechos tóxicos en que la persona es responsable por el derrame, aunque la norma de imputación nos dirija a su rol, tal como pasa con el padre del ejemplo comentado.

Luego, la configuración de la reacción puede hacerse por un juez por medio de una sentencia o, si se identifica con el castigo, puede incluirse al gendarme en el escenario. Por último, la explicación propia del paso 2 del esquema de 5 pasos propuesto en el capítulo V puede hacerse por varias personas en la etapa de prueba, por ejemplo. Como indicaba, si se entiende que todo este conjunto de personas está adscribiendo para reaccionar y se reacciona porque se adscribió, entonces se puede identificar cierta unidad. A ello se agrega que las reglas de imputación se utilizan para atribuir el incumplimiento de una expectativa y que la norma de sanción o reacción tiene como supuesto la aplicación de normas de imputación, entonces dichas interconexiones aseguran cierta unidad en la interacción, a pesar de que el trabajo dentro de ella se distribuya entre distintas personas.

Respecto de la reacción, presente en el paso 5, Carbonell se pregunta si la incorporación de la idea de omisión es adecuada y piensa en los casos en que la norma de reacción o sanción autorice a no reaccionar, indicando que en este caso la estructura avanza hasta el paso 5. Esto se debería a que lo distintivo de este paso es la realización de una acción. Al respecto creo que se pueden decir dos cuestiones. La primera es que no toda reacción se define por ser una acción, perfectamente se puede reaccionar por medio de omitir, de hecho, hay muchos castigos que se definen por omitir ciertas conductas (e.g., no dirigir la palabra, no entregar un beneficio, no prestar cierta ayuda). Lo segundo es que dicha omisión puede implicar tanto el cumplimiento como el incumplimiento de lo que una norma de reacción establece, por lo que si se satisface el paso 5 dependerá en parte de esto también (Figueroa Rubio, 2019, p. 207). En este sentido, una vez justificada una reacción al satisfacerse el paso 4, la norma de reacción articulada define cómo se interpreta lo ocurrido en 5.

Por último, Flavia Carbonell hace referencia a dos cosas que faltan en el capítulo final. La primera es la incorporación de defensas en el esquema de cinco pasos. Para ello indica que estas serían necesarias y parte de la estructura, pero no comparto ninguna de las dos ideas. En primer lugar, en muchos contextos de atribución de responsabilidad no hay espacio para defenderse e incluso hay procedimientos en los que está vedado hacerlo. En estos casos creo que se puede seguir hablando de responsabilidad mientras se den los 5 pasos y se pueda interpretar la interrelación entre adscripción y reacción. Luego, hay situaciones concretas en que las personas deciden no defenderse, aunque tengan derecho a hacerlo, y creo que estaríamos dispuestos a decir que sí se les ha responsabilizado toda vez que se hayan realizado los 5 pasos. Por último, en caso de querer incluir las defensas en el esquema cabe preguntarse en qué lugar incorporarlas. Las defensas pueden aparecer durante todo el proceso (e.g., para decir que la expectativa que se alega es ilegítima, para presentar una explicación alternativa, para derrotar la aplicación de normas de imputación, para negar la autoridad para reaccionar) por lo que no considero recomendable ponerlas en «un» solo lugar, sino que es mejor entenderlas como formando parte de toda la interacción.

Esto último tiene que ver con algo que falta en el libro: concreción. Carbonell pide directrices más precisas para construir juicios de atribución de responsabilidad correctos, así como la presentación de criterios de legitimidad para las expectativas. Lamentablemente en las últimas páginas del libro me limito solo a presentar múltiples preguntas que surgen cuando los 5 pasos se llevan a cabo. Como se señaló al comienzo de este texto, en *Adscripción y reacción* no se ofrecen respuestas específicas a estas cuestiones, pero sí una invitación doble. La primera es a pensar nuestros contextos y ver cómo las diversas formas en que atribuimos responsabilidad nos pueden hablar acerca de otras. En esto estoy de acuerdo con lo que dicen Mañalich y Carbonell acerca de que se puede aprender sobre la responsabilidad

moral estudiando la responsabilidad jurídica, por ejemplo⁴³. La segunda parte de la invitación es a problematizar y a cuestionar cosas que muchas veces damos por hecho, como que hay condiciones necesarias de sujeción. Esto pretende mostrar a la propuesta como normativamente convincente, como he indicado. Así, las últimas páginas del libro, al evitar resolver esas cuestiones, invitan a hacernos conscientes de su presencia en nuestras interacciones y en hacer política, no metafísica, cuando corresponda.

Bibliografía

- Agüero San-Juan, S. y Figueroa Rubio, S. (2022). Reglas, acciones y transgresiones. En J.M. Vilajosana Rubio, J. y L. Ramírez Ludeña. (Eds.), *Reglas constitutivas y derecho* (19-43). Marcial Pons.
- Brandom, R. (2019). *A Spirit of Trust*. Harvard University Press.
- Butler, J. (2009). *Dar cuenta de sí mismo. Violencia ética y responsabilidad*. Amorrortu.
- Carrillo, N. y Luque, P. (2022). *Hipocondría moral*. Anagrama.
- Feinberg, J. (1965). Action and Responsibility. En M. Black. (Ed.), *Philosophy in America* (134-160). Cornell University Press.
- Figueroa Rubio, S. (2015). Expectativas y atribución de responsabilidad. *Revus. Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law* (26), 93-110.
- Figueroa Rubio, S. (2017). Reconocimiento y asimetría en la constitución de deberes y responsabilidad. En M. Giusti. (Ed.), *El paradigma del reconocimiento en la ética contemporánea. Un debate en curso* (287-308). Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Figueroa Rubio, S. (2019). *Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal*. Marcial Pons.
- Figueroa Rubio, S. (2021). Autoridad práctica y reconocimiento. Entre paradojas. En J. Ormeño y I. Peña. (Eds.), *Reconocimiento y Derecho. Del yo al nosotros en las instituciones jurídicas* (111-131). Editorial Universitaria de Chile.
- Figueroa Rubio, S. (por publicar). Entre verbos y eventos. Acción y omisión en las filosofías de Carlos S. Nino. En David Sierra Sorockinas (Ed.), *Introducción al pensamiento de Carlos S. Nino. Reflexiones en torno a la obra de un pensador variopinto*. Universidad Externado de Colombia.
- Gardner, J. (2017). The Negligence Standard: Political Not Metaphysical. En J. Gardner (Ed.), *Torts and Other Wrongs* (196-225). Oxford University Press.
- Honneth, A. (2014). *El derecho de la libertad*. Katz.
- Kimel, D. (2005). *From Promise to Contract Towards a Liberal Theory of Contract*. Hart Publishing.
- MacKenzie, C. (2021). Relational Autonomy. En Ásta y K. Q. Hall (Eds.), *The Oxford Handbook of Feminist Philosophy* (374–384). Oxford University Press.
- McGeer, V. (2013). Civilizing blame. En D. Justin Coates y Neal A. Tognazzini (Eds.), *Blame: Its Nature and Norms* (162-188). Oxford University Press.
- Medina, J. (2006). *Speaking from Elsewhere*. Albany: State University of New York Press.
- Reyes, J. (2020). Adscripción y Reacción: Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal. *Revista de derecho (Valdivia)*, 33 (1), 380-383. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000100380>
- Sandis, C. (2012). *The Things We Do and Why We Do Them*. Palgrave MacMillan.
- Sanchez-Ostiz, P. (2021). Adscripción y reacción. Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal. *INDRET*, 1, 686-689.

⁴³ Sobre este punto la reflexión que propone Sánchez-Ostiz (2021) es muy alentadora y desafiante.

- Sher, G. (2006). Out of Control. *Ethics* (116), 285–301.
- Tomasello, M. (2012). *Los orígenes de la comunicación humana*. Katz.
- Von Wright, G.H. (1963). *Norm and Action*. Routledge & Kegan Paul.
- Von Wright, G.H. (1998). Notes on the Philosophy of Mind. En G. H. Von Wright (Ed.), *In the Shadow of Descartes* (97-123). Springer.
- Williams, B. (2008). *Shame and Necessity*. University of California Press.
- Zheng, R. (2018). What is my role in changing the system? A new model of responsibility for structural injustice. *Ethical Theory and Moral Practice*, 21(4), 869-885. <https://doi.org/10.1007/s10677-018-9892-8>

Isabel Wences, Paloma de la Nuez y Julio Seoane (coords.), La idea de corrupción en los siglos XVIII y XIX: Forjas y resignificaciones

(2022) Marcial Pons
Madrid, 186 pp.

Manuel Luis Ruiz-Morales
Universidad de Cádiz
ORCID ID 0000-0003-2381-1503
manuel.ruizmoral@uca.es

Cita recomendada:

Ruiz-Morales, M. L. (2022). Isabel Wences, Paloma de la Nuez y Julio Seoane (coords.), La idea de corrupción en los siglos XVIII y XIX: Forjas y resignificaciones. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 516-520.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7159>

Recibido / received: 14/08/2022
Aceptado / accepted: 28/08/2022

Esta nueva, pero también novedosa obra colectiva, es y será un trabajo ineludible no sólo en el ámbito de la ciencia política, sino que viene y vendrá a ser un estudio fundamental y necesario en el campo de la historia, la filosofía, la historia política, económica y de las ideas, las ciencias jurídicas –como la historia del derecho o la filosofía del derecho–, así como para los investigadores y estudiosos de otras ramas afines, como la sociología o la antropología.

Particularmente vital resultará para aquellos y aquellas que se dedican al análisis de la corrupción desde las más diversas ópticas, como puede ocurrir con los penalistas que estudien los delitos relacionados con la corrupción política y, en cualquier caso, los delitos contra la Administración pública, toda vez que la presencia de corrupción ha terminado por requerir por parte de las distintas sociedades sino la completa eliminación de estas prácticas relativas al fenómeno séptico, al menos la limitación o constricción de las mismas, habiéndose respondido muchas veces –en esa recurrente acudida a la rama más coercitiva y represiva de los ordenamientos jurídicos– a través de mecanismos que han terminado ampliando el catálogo de delitos recogido en las normas penales de los diferentes países del mundo.



Pero no acaban ahí las virtudes de esta obra, sino que –por el contrario– la amalgama de profesionales del mayor nivel en el estudio de los siglos XVIII y XIX, en el plano de la filosofía, la ciencia política y la historia –principalmente–, unido a la diversa procedencia de los mismos, ofrece un panorama rico y hartamente nutrido para todo aquel lector que se aproxime a sus ocho capítulos.

Ahora bien, habiendo introducido inicialmente la obra en cuestión, se debe reconocer el gran tiento de los coordinadores de la misma, al situarla justamente en esos siglos, periodos de cambios políticos, sociales, económicos, demográficos, etc. sin precedentes, que han hecho del mundo el espacio que conocemos hoy, pero es que si se tiene en consideración el objeto de su estudio, esto es, la corrupción, es indudable que el periodo histórico a analizar debe ser en todo caso esas dos centurias, tanto por el pensamiento que surge en ese periodo, como por los hechos que se suceden, lo que termina por configurar a los siglos examinados en la clave de bóveda insoslayable para cualquier interesado en esta temática, máxime cuando ese capitalismo incipiente subvierte la noción clásica o tradicional de corrupción, pasando a ser –a partir de los autores analizados– un fenómeno social que pretende distorsionar la frontera entre los intereses particulares y los intereses públicos, con distintas finalidades –aunque principalmente de carácter económico–, lo que indubitadamente fue configurando a la corrupción como delito en los siglos venideros, a la vez que para otros pensadores resultaba provechoso cierto nivel de corrupción para el devenir de la economía, al desarrollo, y, consecuentemente, al bienestar general.

De hecho, tanto es así que el libro inicia su andadura –por parte de Julio Seoane– con el estudio de la corrupción por parte de los ilustrados, pero fundamentalmente, por parte de los ilustrados escoceses, una ilustración a la que desde la academia hispanoamericana se le ha prestado una menor atención que a la francesa –aspecto este del que no adolece en ningún momento esta obra, que presenta un interés global, pero una marcada inclinación ante el deseo de ofrecer luz al estudio del pensamiento anglosajón de esa época ante el fenómeno séptico–. De esta manera, acertadamente Seoane trata primero a Bernard Mandeville, puesto que con este autor parece comenzar a materializarse el cambio de paradigma entre la concepción clásica y moderna de las tesis en torno a la corrupción, entre las ideas moralistas y las liberales. Posteriormente, se detiene en el pensamiento de David Hume y Adam Smith. Para el primero, la corrupción suponía un menoscabo a la justicia establecida, aunque también la reconocía como inevitable, siendo para el de Edimburgo relevante las consecuencias que puede generar determinado nivel de corrupción en una concreta sociedad, aunque podría ser beneficiosa en la medida que pudieran celebrarse –a través de esta– acuerdos útiles, normas legales, que permitieran cierto control social, favoreciendo la estabilidad necesaria a la justicia. Por su parte, el pensador de Kirkcaldy entiende que lo verdaderamente importante es el desarrollo económico, y –de este modo– la corrupción sería simplemente castigable si afecta o puede afectar a tal desarrollo, como puede ocurrir cuando se debilita la confianza en las transacciones económicas. Los escoceses, así, se mostraban contrariados, tomando así una posición ambivalente acerca de la corrupción, que exhibe ese trayecto iniciado hacia ese ya mencionado concepto moderno de corrupción.

Esa comentada posición se puede observar en dos autores y pensadores –en principio contrapuestos, como la propia ilustración francesa y escocesa–, Turgot y Ferguson, puesto que, como explican Paloma de la Nuez e Isabel Wences, Adam Ferguson partía de los beneficios que aportaría el comercio como agente civilizador de la sociedad –tanto en el ámbito social, como el político o el moral–, aunque también presentaba cierto temor a que esa sociedad comercial –basada en los intercambios y

en el individualismo— desplazara y despreciara aspectos facilitadores de la vida en sociedad como la política y la ética, a los que consideraba elementales, toda vez que perder el sentido de bien público, podría instaurar una mentalidad tiránica que se instalase en las instituciones y en la nación. El economista y político francés, por su parte, entiende que la corrupción surge de la denominada «barbarie gótica», es decir, la corrupción es consecuencia del establecimiento, fijación o mantenimiento de instituciones y/o prácticas pretéritas, más propias de regímenes absolutistas, donde se confunde lo privado y lo público, por parte del servidor público que abusa de su condición. En cualquier caso, a pesar de la distancia que puede haber entre los postulados de ambos autores, los dos comparten ciertas aristas con base en la incipiente sociedad comercial de su época y la corrupción existente, en tanto en cuanto tanto el escocés como el francés enarbolan la necesidad de compatibilizar la virtud con el liberalismo económico.

Partiendo desde un punto similar —desde la necesaria virtud—, pero añadiendo el cariz de la dependencia en relación con la corrupción, Concha Roldán y Víctor García, analizan las ideas de Mary Wollstonecraft, ya que para esta, de acuerdo a la teoría de la dominación de la que parte, la dependencia es la causa de las desigualdades entre individuos, es la causa de la corrupción. La filósofa londinense incorpora el sentir feminista, y entiende que si la dependencia *per se* crea corrupción, en cualquier caso habrá corrupción si en el modelo social impuesto existe una subordinación de las mujeres a los hombres, que genera una dependencia de estas material e intelectualmente —en cualquier dimensión, esto es, racional, política, ética, económica, etc.—. Por ende, la perfección social, requiere del perfeccionamiento de la mujer, a través de su total independencia, es decir, por medio de una absoluta emancipación.

Mas, ¿esta independencia no debía darse también en cualquier sentido, esto es, entre cualesquiera individuos, es decir, entre empleador y empleado, pero también entre razas? Para la teoría de la dominación parece bastante evidente, aunque no resultó ser tan paladino en la práctica, puesto que aquel nuevo Estado creado sin historia, ni atavismos —a *priori* no le debía nada a nadie—, se decantó por la conservación de este sometimiento, pero de los negros a las personas adultas —y blancas—. Por tanto, como bien desarrolla Ricardo Cueva, la recientemente constituida República —la de los Estados Unidos—, que parecía amparar completa e indudablemente los principios propios del Estado liberal y los postulados del republicanismo sin cortapisas, relegó estas premisas en pos de salvaguardar el sistema sobre el que se asentó la república estadounidense, tanto desde el punto de vista puramente económico —siguiendo las ideas de Smith, que darían lugar a lo que más tarde se vendría a denominar capitalismo— como desde un plano puramente político —en la medida que el reparto de escaños en las instituciones republicanas se hacía teniendo en consideración a toda la población, también a la población esclava, por lo que los Estados del sur requerían del mantenimiento de esta institución que suprimía las libertades a un colectivo—. Esta diversa concepción entre el trabajo esclavo —defendido por el sur— y el asalariado —sostenido por el norte— remitía también a una disimilitud entre la concepción de corrupción —como contraposición de la virtud republicana— para ambos bandos, siendo que una vez se aboliese la esclavitud, no tendría sentido continuar hablando de corrupción.

Puede observarse en esta última aseveración cómo el fenómeno corrupción a veces es utilizado con fines propagandísticos y espurios, como parte de campañas de legitimación o deslegitimación de un determinado régimen, al cual se le atribuye la depravación del sistema político o de parte de sus miembros. Acostumbrados estamos a esta circunstancia en nuestros días, con la resonancia que obtienen las noticias de la corrupción en los diarios y periódicos de todo el mundo, a través de

teorías que sirven para la configuración y consolidación de la opinión pública –como ocurre con la *agenda setting*–, pero esta situación no ha sido ni será extraña al género humano, y a su vínculo con la corrupción, en tanto que –como se ha comentado– los confederados y la Unión manejaban diversas concepciones de la virtud, y desde el norte fueron calificadas como corruptas las prácticas esclavistas del sur, de acuerdo a la teoría de la dominación. De una manera análoga, sucedió con la constitución de la monarquía parlamentaria inglesa, basada en los ideales liberales, puesto que – como analizan y demuestran Rodrigo Escribano y Pedro Pérez– la historiografía inglesa de aquel momento histórico, renombrados pensadores y autores británicos, utilizaron el desmoronamiento del Imperio colonial español en el continente americano como mecanismo deslegitimador del modelo hispano en contraposición del modelo parlamentario inglés, sobre la base de la instauración y la expansión de la corrupción en el territorio administrado por el Imperio español, el cual descansaba sobre las pilastras del Antiguo Régimen, el cual aparecía a todas luces como el germen de las prácticas sépticas.

Similares derroteros toma el estudio del particular mexicano, toda vez que los intelectuales del país norteamericano –la obra se centra principalmente en la figura de Vicente Rocafuerte– entendían que la corrupción de la sociedad se sucedía como consecuencia del funcionamiento de la Corona española, ocurriendo así que el establecimiento de un gobierno representativo era una medida que aseguraba el buen gobierno, un gobierno basado en la virtud cívica, al no existir ni un monarca ni una aristocracia corrupta. Sin embargo, como indica Rebeca Viñuela, desde los primeros momentos y desde los primeros gobiernos liberales, se había corrompido el sistema, en tanto en cuanto se situaron en el poder aquellas élites corruptas que se suponía que el gobierno liberal y constitucional iba a eliminar, aunque el propio Rocafuerte teorizó acerca de que esa depravación acaecida en la república se debía a la herencia española, debiéndose educar y formar a la ciudadanía en la virtud cívica y el respeto de las libertades y derechos individuales, como manera de acabar con tal indeseable legado.

Esta formación de los ciudadanos en la virtud aparece frecuentemente citada hoy en día en los discursos frente a la corrupción, pero también fue defendida por José María Ibáñez Ramos, puesto que –como explica Eva Velasco– el estadista español estableció ciertos remedios para paliar el deterioro y el desorden social que acarrearía la corrupción, puesto que el vicio y la degeneración estaban presentes en todos los pueblos y civilizaciones y, por tanto, también en la España del siglo XIX, máxime como consecuencia de un pasado colonial donde reinaba la abundancia y la riqueza.

Pero no es que únicamente en España existiera corrupción, sino que en otros países también se producía tal fenómeno, en tanto en cuanto el grupo elitista que dominaba el poder se beneficiaba de su posición para obtener utilidades privadas. Queda manifestado tal panorama por parte de Ricardo Gutiérrez, cuando desarrolla el mítico caso Dreyfus, donde se muestra además el papel que ante esta construcción social juega la opinión pública –ya mencionada en líneas precedentes–, que marcará la preocupación ciudadana en una determinada materia o asunto, y determinará qué conductas deban ser consideradas o no como corruptas.

Y es que no debe olvidarse que la opinión pública juega un papel fundamental en la ciudadanía y en la preocupación que muestra la sociedad por los asuntos públicos. No debe extrañar entonces que el propio Centro de Investigaciones Sociológicas indique mensualmente una encuesta donde se recoge los tres problemas principales que existen en un determinado momento en España. Estos problemas, son el resultado de las preocupaciones insertadas en los ciudadanos a

través de los medios, y estos medios de comunicación también guiará la moral ciudadana, conduciendo hacia donde debe tender el parecer comunitario en torno a la corrupción.

De hecho, no debe resultar extraño que escuchemos –en la actualidad– constantes casos de corrupción en los noticieros, diarios, periódicos digitales, tanto a nivel nacional como internacional, que favorecen la conformación social de un entendimiento común en torno al fenómeno objeto de estudio, al extremo de que no es dificultoso observar atributos como «corrupto» en los medios. De esta forma, la corrupción se constituye como delito pareciera que cuando se intenta confundir o traspasar los límites entre lo público y lo privado, por parte de aquel que administra el patrimonio público –volviendo de nuevo a la moderna noción de corrupción con la que se inicia esta obra–. Tanto es así, que en las normas penales del mundo no existen unos delitos concretos denominados delitos de corrupción o algo al estilo –algo que ha sido planteado por algún autor, esto es, castigando la corrupción de acuerdo a la visión que sobre la misma ostenta el imaginario social–, sino que los delitos relativos y relacionados con el fenómeno séptico se corresponden con los delitos contra la Administración Pública, primordialmente.

Como es sabido, el derecho penal tutela valores fundamentales que posibilitan la vida en sociedad. Pues bien, en relación a la mayoría de los delitos relacionados con la corrupción –como se acaba de mencionar contra la Administración pública– el bien jurídico protegido –esto es, lo que la norma penal realmente ampara– no es otra cosa que la quiebra de la confianza depositada por parte de la comunidad o sociedad acerca del funcionamiento correcto del aparato gubernativo y administrativo de las diversas administraciones, puesto que como se reconoce en las normas supremas de los diversos Estados y, en concreto, en el art. 103.1 de la Constitución Española, la Administración debe servir a los intereses generales, de forma objetiva, esto es, sin perseguir intereses privados, puesto que estos delitos intentan coartar cualquier posibilidad –prevención general negativa– de que se produzca un abuso por parte de aquel que se halla en una posición de poder, ya fuere para sí o para un tercero.

Esta afirmación viene de nuevo a confirmar la pertinencia de situar la obra en el análisis filosófico, histórico y político –principalmente– del concepto de corrupción en el siglo XVIII y en el siglo XIX, justo cuando los pensadores de esta época, comienzan a darle otra visión a la concepción tradicional relativa de la corrupción, máxime cuando se trata con detalle el pensamiento y las ideas que han posibilitado la creación, conformación y consolidación de un sistema político y económico del que somos legatarios, y que con ciertas modificaciones, cambios, limitaciones y alguna que otra corrección, seguimos utilizando en la mayoría de los países del mundo. Incluso, en aquellos lugares donde se ensayaron otras fórmulas de gobierno, detenerse en el estudio de estos estándares en torno a la corrupción resulta vital, puesto que no puede –en ningún caso– examinarse las tesis reaccionarias a los postulados de Smith o Hume, sin haberse detenido anteriormente en la comprensión de estas, así como en las consecuencias políticas, sociales y jurídicas que se produjeron en el mundo, como resultado de la proliferación y expansión de estas ideas.

Isabel Wences (coord.), La corrupción. Lecturas desde el pensamiento político contemporáneo

(2022) Comares
Granada, 216 pp.

Pedro Abellán Artacho
Universidad Complutense de Madrid
ORCID ID 0000-0001-7622-4498
p.abellan@ucm.es

Cita recomendada:

Abellán Artacho, P. (2022). Isabel Wences (coord.), La corrupción. Lecturas desde el pensamiento político contemporáneo. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 521-525.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7142>

Recibido / received: 08/07/2022
Aceptado / accepted: 30/08/2022

Esta obra colectiva, que analiza el concepto de corrupción desde una diversidad de tradiciones de pensamiento político, es un excelente ejemplo de lo mucho que puede aportar una de las lógicas de investigación de entre aquellas que hoy cobija la etiqueta «Teoría Política». Bajo la coordinación de Isabel Wences, se pone en práctica una forma de trabajo que, reconociendo el pluralismo propio de la política, se acerca a un concepto con la esperanza de ayudar a su mejor comprensión gracias a las diferentes miradas que sobre él aportan nueve distintas tradiciones. En este caso, el concepto elegido es además de máxima relevancia política y –como es por ello natural– objeto de los más variados usos e interpretaciones ideológicas.

Como apunta la coordinadora en la introducción, el propósito de tal empresa tiene una clara vocación práctica: colaborar en la lucha contra la corrupción mediante una comprensión del fenómeno, de sus causas, de sus interpretaciones y de sus consecuencias y las posibles vías para prevenirla y combatirla, sin olvidar el «inherente conflicto» de la política (p. vii). La propuesta tiene además la virtud de que, más allá de las importantes aportaciones que los textos en sí mismos realizan, la misma contraposición de las miradas sobre la corrupción resulta de lo más sugerente. Como plantearé más adelante, una obra de estas características se enfrenta a numerosos retos, que los autores abordan de modos distintos, por lo que también metodológicamente la obra cobra interés.



En el primer capítulo, Manuel Villoria realiza el doble trabajo de presentar algunas cuestiones generales sobre el concepto de corrupción y de analizar la perspectiva de la socialdemocracia sobre la misma, haciendo gala de su amplio conocimiento en ambas materias. Su argumento principal es que no es posible comprender el fenómeno de la corrupción con profundidad sin una previa reflexión sobre qué es una buena sociedad y un buen gobierno (p. 10, 30). En este sentido, la concepción de la corrupción que se nos presenta a partir del pensamiento socialdemócrata incluye algunos comportamientos considerados desde otras perspectivas como «legales y asumibles» (p. 30). Por ejemplo, la corrupción de la política la encontraríamos tan pronto como se anteponen intereses económicos particulares o «las redes comunales» al interés general (p. 14). Además, al pensar en la corrupción del régimen, de la democracia, se identifica como indicador clave la «calidad de la democracia» (p. 17)

El texto del profesor Villoria provee de un afinado aparatage teórico para pensar las diversas facetas del concepto corrupción. Destacan además sus interesantes reflexiones sobre la relación entre capitalismo y democracia desde la perspectiva socialdemócrata (p. 18–9), así como sobre las vías de corrupción de la propia socialdemocracia (p. 26 y ss). Su definición de esta tradición, que abraza «los derechos y libertades liberales» (p.15), así como «valores republicanos y comunitarios» (p. 15), refleja perfectamente la amplitud de esta posición política en nuestro contexto, de claras concomitancias con muchas de las otras tradiciones.

De la concepción de la corrupción desde el punto de vista del «liberalismo democrático» (p. 42) se encarga Mariano C. Melero, donde destaca la tensión entre interés general y el interés particular, y también el imperio de la ley y la separación de poderes frente a la degeneración despótica. Para esta perspectiva la corrupción no sólo incluiría, explica el autor, la violación de la ley, sino también el «acatamiento meramente formal» de las leyes, de tal forma que se frustran sus fines. Se abre así de nuevo el concepto de corrupción más allá de la previsión penal (p.38). El capítulo resulta especialmente interesante en su tratamiento de la separación entre el ámbito privado y el público, así como en su reflexión acerca de la relación entre liberalismo y moralidad, buscando con ello dar respuesta a las críticas comunitaristas que sitúan en el propio liberalismo el origen de la corrupción. En el terreno de las medidas contra la corrupción, el énfasis se pone en los deberes asociativos de los ciudadanos, en tanto que «aplicación particular del deber universal de tratar a las personas como libres e iguales» (p. 51); pero también en los incentivos (como la buena remuneración de los servidores públicos), previniendo no obstante aquellos excesos regulatorios que violen los derechos individuales (como ocurriría con una transparencia total) (p.41–42).

Sergio Ortiz Leroux trabaja en el tercer capítulo sobre la tradición republicana, precisamente entendida como una defensa frente a la corrupción y la dominación. Así, profundiza en la estrecha relación existente entre republicanismo y corrupción, quedando con ello de manifiesto la conveniencia de recurrir a tipos ideales para delimitar las diferencias entre esta y las anteriores tradiciones vistas, a riesgo de caer en caricaturas del contrario. En esta tarea, el capítulo opta por distinguir un «republicanismo liberal» (Phillip Pettit) de un «republicanismo democrático» (Andrés de Francisco), siendo que este segundo enfatizaría la «división diacrónica del poder» (mandatos cortos, límites a la reelección) y prescindiría de algunas tendencias del primero consideradas oligárquicas. Entre los remedios contra la corrupción se destaca la lucha contra la desigualdad, «caldo de cultivo» de un clientelismo que palidece ante el ideal de ciudadanía (p. 60), el establecimiento de un derecho que proteja a los más débiles en el campo social y la transparencia en las acciones de los grupos de presión (p. 68). Como no podría ser de otro modo, aparece con la tradición republicana la

esperanza en una pedagogía que inculque las virtudes cívicas y un *ethos* común (p.64– 66).

Tal idea de *ethos* nos enlaza con el siguiente capítulo, donde David García García identifica dos tesis comunitaristas sobre la corrupción. El autor, dada la complejidad de la corriente, renuncia a elaborar la reflexión en base a un tipo ideal del comunitarismo y, en su lugar, prefiere presentar con notable profundidad lo que puede aprenderse sobre la corrupción a partir de, fundamentalmente, tres autores que – incluso contra el criterio de alguno de ellos– consideramos generalmente comunitaristas: Alasdair MacIntyre, Michael Sandel y Michael Walzer. David García propone entender que para esta tradición la corrupción queda definida como «un problema de compromiso con el bien común», desde una perspectiva «cívica»; pero también como una «desviación respecto de los bienes que justifican una práctica o institución social», desde una perspectiva de integridad (p. 75, 76). Tal perspectiva, eso sí, variaría de significado según se analice en uno u otro de los autores mencionados. Queda con ello evidenciado el acierto en la metodología elegida para este objeto, sin que se renuncie por ello a caracterizar con detalle el enfrentamiento de los comunitaristas con el liberalismo (y, en el caso de MacIntyre, con el mismísimo Estado–nación).

En el quinto capítulo se analiza la perspectiva sobre la corrupción de una tradición de pensamiento con tanto éxito en nuestro tiempo como es el populismo. Fernando Fernández–Llóbreg, autor del texto, enfoca su atención en el pensamiento de Ernesto Laclau y Chantal Mouffe. La presentación con detalle del planteamiento de estos autores permite mostrar, en definitiva, cómo «los de abajo» se entienden en el discurso populista como opuestos a la corrupción (p. 105), mientras la élite corrupta se equipara al conjunto del sistema político. Todo ello queda perfectamente ejemplificado con el caso español y el discurso de Podemos sobre «la casta» y el régimen del 78 (p. 107 y ss). El texto también identifica en qué sentido el populismo de derechas neoliberal podría considerarse como intrínsecamente corrupto, entendiendo por corrupción la «defensa del interés económico de unos pocos que afecta a la legitimidad política» (p. 109). Además, avisa sobre las contradicciones que persiguen al populismo cuando alcanza las instituciones y sobre los contraproducentes silencios de esta teoría acerca de la compleja relación entre ética y política (p. 112). El análisis resulta así de lo más fértil para la reflexión política de nuestro presente.

Sobre la tradición conservadora trabaja Jesús Ignacio Delgado Rojas, teniendo de nuevo el reto de escudriñar sus relaciones con el liberalismo. El texto se centra en los neoconservadores, para quienes la corrupción de occidente sería el resultado de olvidar sus fundamentos transcendentales, cambiando la religión por cientifismo y, la prudencia, por racionalismo (p. 130). Sus soluciones vendrían, en resumidas cuentas, por la vía del arraigo. Cabría sin embargo preguntarse más allá del texto cuál será la posición del conservadurismo en la –más que lucha contra– gestión de la corrupción, dado su «recelo a la idea de progreso y desconfianza hacia la perfectibilidad humana y social» (p. 133). Estas reflexiones quedan abiertas para el lector.

En el séptimo capítulo, Isabel Wences propone una lectura de la corrupción desde el «pensamiento crítico periférico y anticolonial». Gracias a esta perspectiva podemos percatarnos de dos formas de corrupción hasta ahora no tratadas: el daño epistémico (la imposición de sistemas de conocimiento y consiguiente eliminación de las propias) y el extractivismo cognitivo (esto es, el robo de conocimientos, sin acreditación alguna de su origen). El texto baja a lo concreto señalando prácticas actuales que muestran cómo este extractivismo, lejos de haberse superado, sigue

sucediendo: la fuga de cerebros, la minería de datos o la generación de patentes en base a conocimientos ancestrales son solo algunos ejemplos. El capítulo tiene además la gran virtud y valentía de volver la atención hacia la academia, que, sabemos, no necesariamente es siempre más virtuosa que la sociedad donde florece.

Los dos últimos capítulos comparten el interés por la tradición libertaria capitalista. Roberto Losada, en el octavo capítulo, deduce algunas conclusiones sobre qué puede ser la corrupción para el anarcocapitalismo en términos generales. El autor elige un estilo dialogado que resulta todo un acierto, pues fomenta la reflexión situada, con gran amenidad y sin renunciar al rigor, evidenciado gracias a las proliferas citas a pie de página. El texto comienza con la provocativa defensa del soborno por parte de uno de los personajes del diálogo, pues lo entiende como un mero intercambio libre entre propietarios, y continúa presentando los argumentos contra la necesidad de salvaguardar políticamente los bienes públicos, defendiendo su privatización. La posición de esta tradición sobre el origen de la corrupción se resume así: «El Estado es la causa, el origen de la corrupción» (p. 177). Dado que el anarcocapitalismo considera al poder político ilegítimo por definición, los impuestos aparecen como «un acto de agresión» y gran parte de lo hasta ahora considerado «corrupción» por las otras corrientes pasaría a convertirse en actos políticos subversivos (p. 179). Llegamos de este modo a conocer una perspectiva sobre la corrupción como instrumento político que no solo compartirán los anarcocapitalistas, cabe sugerir más allá del texto, sino que podría ser coherente también con otras ideologías revolucionarias.

La obra la cierra Carlos Fernández Barbudo con un interesante noveno capítulo sobre la concepción de la corrupción del movimiento *cypherpunk*, un anarcocapitalismo que pone el foco en la pérdida de privacidad en la era digital. Como aquellos tratados en el capítulo anterior, estos aspiran a «desarrollar un sistema socioeconómico basado exclusivamente en la autorregulación del mercado sin ninguna clase de intervención» (p. 195). Para esta corriente nos encontraríamos en «un periodo del capitalismo esencialmente corrupto», caracterizado por la «colusión de intereses entre la élite económica y política global». Lo particular de su visión es que esta corrupción se sostendría gracias a toda una economía de la vigilancia y la ocultación (p. 196). Coherentemente, reclaman como solución la transparencia hacia los gobiernos y la encriptación de las comunicaciones para los ciudadanos, lo que incluye las hoy tan conocidas «criptomonedas». Aparece así un tema de máxima actualidad, además de retomarse la importancia de las concepciones de la separación entre público y privado para pensar la corrupción y la cuestión de la transparencia, contra cuyas exageraciones ya nos advirtiera el liberalismo presentado por Mariano C. Melero.

En definitiva, la obra permite al lector acercarse tanto a las tradiciones de pensamiento estudiadas como al concepto de corrupción, visto desde esta diversidad de perspectivas. Con ello, pone a prueba con gran éxito la idea de que la Teoría Política puede encontrar un productivo ámbito de trabajo en el análisis de las ideologías y de la forma en que estas «decontestan» o despolemizan los conceptos, como ya propusiera Michael Freeden en su obra *Ideologías y Teorías Políticas*, de 1996. Los lugares en que surgen retos para trabajar en esta vía no son pocos, como se ha podido entrever en las líneas superiores: la elección metodológica se complica al tratar con objetos realmente diversos; la dificultad para delimitar y diferenciar unas perspectivas de otras es mayúscula, a lo que contribuye que en el mundo aparezcan casi siempre híbridas. Nos atenazan, además, el peligro de caricaturizar a los adversarios para clarificar las virtudes de la perspectiva elegida y la dificultad para identificar las sombras e incoherencias que las perspectivas más cercanas a nuestro entendimiento pueden generar sobre el objeto. Tales retos no son baladíes, lo que

pone de manifiesto el gran valor de esta obra, en cuanto logra manejarlos todos acertadamente.

En el caso de la corrupción, tener conciencia de esta diversidad de aproximaciones tiene además un valor práctico incalculable. El texto no solo sienta las bases para el «pensamiento ampliado» sobre la cuestión, que la conocida expresión de Arendt, sino también para prever las oportunidades y dificultades que pueden surgir a la hora de poner de acuerdo a diversos actores para la elaboración de políticas públicas contra la corrupción. Es más: la perspectiva elegida supone todo un revulsivo en un mundo donde la política democrática se ve sometida a una curiosa pinza: si por un lado los mediatizados políticos se resisten a discutir sobre valores y pensamiento, sustituyéndolos por un pimpampum tacticista tras el que difícilmente identificamos principios algunos, por otro la tendencia consensualista y la tecnocrática niegan el pluralismo de valores, pues quisieran sustituirlo por decisiones «racionales» de los expertos en torno a «pactos de Estado» y que, finalmente, suelen presuponer a un hombre meramente racional-instrumental, privado de su dimensión simbólica. El énfasis que la obra reseñada sitúa en esta dimensión simbólica y en las diferencias que ella produce en la percepción y valoración de la realidad, en la comprensión de sus causas y en la elaboración de remedios y soluciones, la convierten en una contribución clave, no sólo a la lucha contra la corrupción, sino para la vitalidad de la democracia misma.

Betsy Perafán Liévano (ed.), Por el derecho a comprender. Lenguaje claro

(2021) Siglo del Hombre Editores
Bogotá, 474 pp

Renata Amaya González
Universidad de los Andes
ORCID ID 0000-0001-8559-7042
ramaya@uniandes.edu.co

Cita recomendada:

Amaya González, R. (2022). Betsy Perafán Liévano (ed.), Por el derecho a comprender. Lenguaje claro. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 526-528.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7143>

Recibido / received: 14/09/2021
Aceptado / accepted: 26/06/2022

Como la mayor parte de las cosas buenas que llegan en la vida, el contenido de conceptos como el derecho a comprender y el lenguaje claro, aparecieron en la mía sorprendentemente. Hace ya varios años, la profesora Betsy Perafán, me habló del lenguaje claro y de su experiencia con el tema en Chile. Yo, simplemente, no lo podía creer. Pues con ella y con otros profesores, algunos co-autores del libro del que el día de hoy tengo el privilegio de escribir, llevamos varios años incorporando en nuestras clases herramientas, para que los y las estudiantes de derecho, se comuniquen mejor de forma oral y escrita.

Adicionalmente, con el mismo grupo de docentes intentamos construir herramientas y estrategias de evaluación para que incorporen en su vida profesional, que no debería existir divorcio entre la forma y el contenido y que las palabras nunca son solo letras en un papel, sobre todo cuando las mismas se expresan desde una disciplina como el derecho, en la que al decir tenemos impacto sobre los derechos y deberes de la ciudadanía. Por supuesto, esta tarea y este deber no lo tenemos únicamente los profesionales del derecho y esto queda claro en el libro *Por el derecho a comprender. Lenguaje claro*.

Por otro lado, no podía creer que en el estado colombiano ya hubiera instituciones pensando en el tema y que, esta idea, la idea de lenguaje claro y su importancia para garantizar el derecho a comprender, se transformaría en una red de



instituciones y personas trabajando en el tema. Así fue, el sueño del lenguaje claro se concretó en nuestro país, con el apoyo invaluable de personas como Claudia Poblete colega chilena y una de las autoras del libro objeto del presente texto. A quien también le debo la idea de pensar que no solo en las decisiones administrativas debe aplicarse el lenguaje claro sino en otras áreas de la disciplina como la jurisprudencia. De hecho, en el texto, Claudia propone lineamientos básicos para la redacción jurídica.

En fin, creo que todos y todas las que de una u otra forma comenzamos a pensar en el lenguaje claro, sentimos que nuestra vida se transformó. No porque nos contaran un cuento del que nunca nos habían hablado, ni porque estuvieran abriendo el camino desde el lenguaje oscuro que nos acompañó en nuestra formación académica; sino porque pensar en que el lenguaje claro y la importancia de comunicarnos con los ciudadanos y ciudadanas de manera más empática, sentaría las bases para escenarios comunicativos más democráticos e incluyentes, parecía una posibilidad muy remota. Estos temas se trabajan de una manera muy persuasiva en el libro, particularmente en los capítulos de Brigitte Quintero, el de la profesora Carolina Moreno y el de la abogada Mónica Andrea Rosero. Temas que parecen planos y que no lo son como la construcción de una comunidad más incluyente y de un entorno más igualitario, a partir del cierre de brechas comunicativas entre la administración y los administrados, se tratan en sus capítulos.

Así pues, la obra *El Derecho a comprender. Lenguaje Claro* concreta el sueño de la escritura como un elemento fundamental para el ejercicio de los derechos ciudadanos. Logra reunir voces diversas que muestran desde la educación jurídica, hasta la participación ciudadana y la comunicación con las autoridades, la importancia y el poder que el uso adecuado de las palabras tiene en escenarios democráticos. De forma adecuada lo anticipó MacKinnon, cuando escribió que las palabras no son vacías pues crean realidades. Las realidades que crean pueden acercar a las personas al violento mundo del derecho o alejarlas de este; las realidades que crean pueden dar poder a quienes no tienen voz o silenciar voces que necesitan expresar sus necesidades; las realidades que crean pueden hacer que el derecho sea una herramienta de transformación social o una herramienta para perpetuar el *status quo*. El libro propone miradas que evidencian lo anterior en capítulos como el de Sonia López y Paulina Yepes y en el del profesor Henrik López, que particularmente trata el tema del lenguaje claro para la relación entre abogados, clientes y terceros.

En el tema puntual de la educación jurídica y para ilustrar la importancia de la escritura y de la claridad que se debería derivar de ella están los capítulos de la profesora Betsy Perafán, el de los jóvenes profesionales Anamaría Rodríguez, Jeffrey Molina y Alejandra Bonivento; sin dejar de lado el de Claudia Escandon, quien termina la obra mostrando que pensar en el lenguaje claro implica sin lugar a dudas, un esfuerzo por comprender el lenguaje jurídico y lo que implica escribir desde el derecho y para los y las ciudadanas.

Así mismo, encontramos en la obra capítulos que permiten contar con una narrativa sobre la historia del lenguaje claro y su trascendencia en los ámbitos Latinoamericano e internacional; tema que desarrolla en su capítulo Germán Arenas. Con esta aproximación, será posible mostrar a las nuevas generaciones una genealogía del término que permitirá evidenciar un antes y un después. En el campo de la construcción histórica también contamos con otro capítulo de Daniel Bejarano y Julio Alexander Bernal, que no se limitan al tema puntual del lenguaje claro, sino que nos llevan por el desarrollo de la lengua en la historia de nuestro país.

Por todo lo anterior, resulta una obra fundamental para todo aquel que cree que la igualdad real no solo se construye con la lucha política directa, sino con la

educación, las palabras y su poder. Considero, hoy más que nunca, que no es suficiente tener un conocimiento técnico particular, si este no puede ser traducido, explicado, escrito y comprendido por terceros y este tema, como ya lo insinúe, si bien deriva en una responsabilidad por parte de quienes ejercen la disciplina jurídica, tiene repercusiones lingüísticas que yo no podría haber percibido sin capítulos como el de Daniel Bejarano y Julio Alexander Bernal.

Finalmente, quiero destacar que la obra es un producto que evidencia la importancia de contar con perspectivas múltiples para que el derecho a comprender y el lenguaje claro cobren vida y se de inicio a una cultura diferente para que la administración se comuniquen con los ciudadanos y ciudadanas y para que se vayan derribando los muros que han creado una enorme distancia entre quienes tienen un conocimiento técnico determinado y todos los que vivencian ese conocimiento en sus vidas cotidianas. Con todo esto, el título del texto refleja que el derecho a entender no solo es un elemento esencial para ejercer la ciudadanía plena, sino una garantía básica que dignifica la vida en sociedad, pues solo si entiendo lo que quieren las autoridades puedo cumplir con mis deberes y construir democracia en mi quehacer cotidiano.

Natalia Velilla, Así funciona la Justicia: Verdades y mentiras en la justicia española

(2021) Editorial Arpa
Barcelona, 318 pp.

Rodrigo Merayo Fernández
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID 0000-0002-4126-4980
rmerayo@der-pu.uc3m.es

Cita recomendada:

Merayo Fernández, R. (2022). Natalia Velilla, Así funciona la Justicia : Verdades y mentiras en la justicia española. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 529-536.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7144>

Recibido / received: 12/12/2021
Aceptado / accepted: 17/07/2022

Así funciona la Justicia: Verdades y mentiras en la Justicia española es un reciente libro publicado en España elaborado por la Magistrada Natalia Velilla, la cual se ha dado a conocer en los últimos años a través de las redes sociales con el propósito de acercar el mundo judicial al gran público, más si cabe desde la pauperización propia que asola al Consejo General del Poder Judicial (en adelante CGPJ) español desde hace algún tiempo. Cabeza visible de una de las cuatro asociaciones judiciales presentes en España, y habiendo desempeñado la función de juez en diversos órganos judiciales y materias a lo largo y ancho de la geografía española, Natalia Velilla nos brinda la oportunidad con este libro de estrechar esa distancia perjudicial y estereotipada entre la Administración de Justicia y la sociedad en su conjunto.

En este sentido, el funcionamiento de la justicia, así como de la profesión judicial, desde hace algún tiempo, ostentan una vital importancia en el espacio democrático español. El libro lanzado a la esfera pública por Natalia Velilla da buena cuenta de ello, tanto por ser un alegato en primera persona de una magistrada como por la voluntad de acercarnos a los entresijos y dinámicas judiciales más notables, adoptando un sentido divulgativo. En la lectura de este libro no pretenda el lector toparse con un ensayo jurídico de lo más sofisticado o con un envoltorio jurídico



ilegible, sino que nos topamos con un texto explicativo, cercano y para todos los públicos, donde la voluntad de esgrimir qué es un juez y cuál es su función es la pieza angular del mismo, así como desnudar lo más íntimo y propio del funcionamiento de la justicia española con sus diversos obstáculos, claroscuros, éxitos y retos que a la misma asolan.

Los primeros capítulos centran su atención en el camino recorrido por la autora hasta la obtención de la plaza como juez en España, donde destaca con especial énfasis la complejidad de dar el paso a elegir querer adentrarse en el mundo del opositor judicial, la soledad que supone dejar casi todo de lado para dedicar buena parte de la juventud al estudio de esta, la alegría de superar los diversos exámenes y el paso obligatorio por la Escuela Judicial en Barcelona para recibir la formación oportuna. En este primer acercamiento, como ya se ha dejado entrever, la autora resalta las experiencias personales, la explosión vital de entusiasmo que supone fijarse una meta profesional y los altibajos que la misma acarrea, así como el aprendizaje de una serie de valores enraizados en el propio camino judicial que influyen de forma fehaciente en la construcción de lo que es (o debe ser) un juez, pero que también acaba incidiendo en otros campos vitales que nada tienen que ver con la profesión judicial.

Una vez superada esta etapa más personal, Natalia Velilla decide insuflar sus esfuerzos en explicar de forma clara y sencilla en varios capítulos la función que desarrolla un juez y la relación intrínseca de este tanto con el resto de los operadores jurídicos como con la propia Administración en sí, así como con la ciudadanía en general. El camino sesudo y formal que conlleva tomar una decisión judicial se presenta como ciertamente solitario y dificultoso, donde la importancia de lo racional y lo razonable, mezclado con la atadura jurídica, se vuelve inquebrantable, pero con la inagotable sensación de que en la mayoría de las ocasiones la labor de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado contribuye (o al menos así lo cree) a dar luz y solidez al engranaje democrático.

Velilla presenta a la Administración de Justicia como un compendio espinoso, integrado por organismos y personal que son un reflejo más de la sociedad, cuya labor queda sometida en última instancia al imperio de la ley y que supone (o debería de suponer) el último recurso al que acudir para solucionar los problemas que surgen entre «las partes», prescribiendo la necesidad de que España se equipare a otros países del entorno europeo en lo que se refiere al fomento de otros cauces previos para resolver los desacuerdos dados, tales como, por ejemplo, la mediación. Reproduce, al sortear las entretelas del organigrama de la Administración, no se sabe si de forma intencionada o no, aquella tesis ya desdeñada desde numerosos ámbitos del conocimiento, sobre todo desde el mundo de las ciencias «puras», que toman como marco normativo la complejidad, tal y como se ha encargado de poner de manifiesto el filósofo político Innerarity (2020), lo que supone asumir la diversidad de un área de operatividad social donde la comprensión y la resolución de los conflictos forcejean con lo prescrito jurídicamente y con la dimensión moral socio-individual. Ello acaba suponiendo, en algunas ocasiones y en última instancia, una tensión laberíntica que no siempre encuentra fácil acomodo en el seno del esquema jurídico-judicial.

Avanzando en la lectura, Velilla dedica algunas hojas a desmembrar la jerarquía que compone la propia Administración de Justicia, tanto en lo que respecta a sus propios órganos como al personal operante en ella, describiendo de forma general y sencilla a aquellos operadores jurídicos más relevantes, dando buena cuenta de las funciones que realizan y de su interconectividad con el juzgador. El acercamiento al resto de operadores que componen el sistema judicial permite desmontar el mito del juez sesudo, serio e íngrimo que las películas de Hollywood han

conformado en nuestro imaginario, para mostrar que el trabajo de los jueces es un trabajo en equipo que requiere de la colaboración con otros operadores de la justicia para dar respuesta a todas aquellas peticiones, demandas y problemas que la ciudadanía les plantea. Y en este punto creo que es de obligado cumplimiento recordar, tal y como lo hace Velilla, el papel que ocupan los órganos judiciales en aquellas zonas menos urbanas o rurales de la geografía española, donde el relato de la autora permite bucear en la verdadera relevancia y esencia en la que consiste la función judicial, poniendo de relieve lo más intrínseco y pragmático de esta profesión, así como resaltando el fructífero aprendizaje que supone llevar a cabo la labor judicial en aquellas partes de la geografía española no urbanas y que cuentan con un sentido comunitario más amplio.

No deja de lado *Así funciona la Justicia: Verdades y mentiras en la Justicia española* negocios tan notables y novedosos como lo son la relación entre poder político y judicial, la ideología, el asociacionismo, la cuestión del género, y la relación con los medios de comunicación en la función judicial. Todos estos temas se abordan desde una posición calmada y dialógica, basada en la experiencia profesional y con la irremediable condición de acabar convirtiéndose en argumentos embarrados, en buena parte, por la opinión personal, aunque con un espíritu crítico y democrático muy alejado de los cánones elitistas y herméticos que rondan en buena parte de nuestro imaginario, extremo que ya se advierte al inicio del libro por Velilla cuando afirma que «hace tiempo que llegué a la conclusión de que, por muy tolerantes, formados y avispados que seamos, hay algo de lo que no podemos escapar por mucho que nos lo propongamos: los estereotipos» (Velilla, 2021, p.12). En este sentido, me gustaría detenerme en la exploración de esta última parte del libro, la más atractiva a mi entender, en el que se abordan las cuestiones actuales arriba señaladas, con motivo de que estoy convencido de que es especialmente relevante, sobre todo para aquellos que nos dedicamos o estamos interesados en el mundo del derecho, prestar atención a las manifestaciones que de las mismas se hacen desde dentro de la práctica jurídica.

Con respecto al primero de los temas, el cual concierne a las relaciones entre el poder judicial y el poder político, Velilla lo analiza desde dos dimensiones: una horizontal y otra vertical. La primera de estas hace referencia a la cotidianeidad reinante en la función judicial, donde en la mayoría de los órganos judiciales y sus partidos se desempeña una labor de función pública ajena a la connivencia opaca sí presente en los estratos más altos del esquema judicial, por lo que los valores y principios de imparcialidad e independencia son ensalzados como verdadero núcleo de la esencia del juzgador. La segunda de las dimensiones, como ya se podrá intuir, pone el énfasis en aquellas dinámicas de acuerdo entre la cúspide del poder Judicial (con especial referencia al CGPJ y al Tribunal Supremo) y el poder político en una suerte de intercambio de cromos que pone en entredicho la separación de poderes y, en última instancia, la calidad de la democracia. Sugiere tomar en serio, en consonancia con la mayoría de las voces que integran las asociaciones judiciales, la advertencia que, desde instituciones europeas, viene apuntándose a la hora de la elección del órgano de representación de los jueces, extremo que se cristaliza con las siguientes palabras:

Los jueces españoles solo pedimos, de forma masiva, que se nos permita también participar en la elección de nuestro órgano de gobierno y que nuestro desarrollo profesional no se haga depender de cuestiones extracurriculares. Quizá sea mucho pedir en una sociedad cada vez más politizada (Velilla, 2021, p. 232).

La ideología de los jueces se trata de forma conjunta al asociacionismo judicial, pero, bien es cierto, que el primero de los asuntos se trata, digamos, en un sentido

unidimensional y el segundo más de forma grupal. Este extremo que concierne a la ideología de los jueces se ha convertido, en los últimos años, en un asunto muy morboso y del todo palpable en la opinión pública española, dando buena cuenta de la presencia de una sintomatología de judicialización de buena parte de algunas dimensiones de la vida que, desde hace algún tiempo, vienen impregnando el escenario nacional, aunque, no es inoportuno afirmar, con una tendencia casi universal. La relevancia de descifrar qué cierta ideología puede estar detrás de jueces o magistrados/as que toman decisiones judiciales sobre asuntos que atañen mediáticamente, en una especie de carrera por embotellar a unos en un lado y a otros en el otro, no dándose cuenta de que, por supuesto, como el resto del conjunto de la población, los jueces también sintonizan con unos u otros valores ya que,

somos lo que la sociedad es, solo que cuando nos ponemos la toga obedecemos al dictado de la ley, interpretada con las gafas polarizadas de la Constitución y los tratados internacionales. [...] nuestra ideología no nos lleva a decidir en un sentido u otro, lo hace la ley y nuestra diferente forma de interpretarla, sin necesidad de apelar a ideologías. [...] Dictar una resolución injusta desde el punto de vista legal por seguir una determinada ideología o creencia en contra de la ley es, como he mantenido, delictivo (Velilla, 2021, p. 235).

De forma paralela, se trata el asociacionismo judicial como herramienta integradora y representativa de los jueces en la que poder descansar todas aquellas exigencias para el colectivo, pero las cuales tienen muy poco que decir la mayoría de las ocasiones en lo que tiene que ver con sus relaciones con los órganos judiciales superiores y con el poder político. En ciertos momentos, si bien es cierto que reconoce Velilla un esfuerzo común de las cuatro asociaciones españolas a la hora de la defensa y promoción de la profesión judicial, parece dejar entrever que un cierto distanciamiento por parte de las asociaciones mayoritarias supondría una cierta democratización de la vida judicial, pero sin dejar de lado la importancia y necesidad de deliberar y sentarse a la mesa con lo externo al mundo judicial, actividad que, siendo realistas y de igual forma a cómo funciona en otros sectores, resulta más fácil y accesible desempeñar por la representación mayoritaria. No queda del todo claro, o esa es mi percepción, qué rumbo debería de ponerse en lo que respecta a esta cuestión; si, por un lado, seguir aunando fuerzas en conjunto por todas las asociaciones pero con una preeminencia de las mayoritarias (como sucede hasta ahora); o si, por el contrario, debería de pensarse en un modelo alternativo, tal vez algo más orientado hacia la equiparación equitativa de los esfuerzos, responsabilidades y logros entre las asociaciones, lo que supondría que todas serían legítimos interpeladores ante el resto de la Administración en su conjunto. Esta última opción, muy atractiva por lo que supondría el acceso participativo más o menos equitativo, choca, como bien sabe Velilla, con las cifras de pertenencia del personal judicial a las grandes asociaciones, las cuales parecen seguir saliendo beneficiadas (y preferidas) a la hora de elegir por los integrantes judiciales.

El penúltimo de los asuntos, el relativo a la cuestión del género dentro de la carrera judicial, incide sobre la relación entre la mujer y la justicia, así como si existe verdaderamente una justicia de corte patriarcal. Para ello, comienza Velilla haciendo hincapié en el proceso de «feminización» de la justicia en los últimos tiempos, sobre todo acudiendo a los porcentajes más recientes de datos de nuevo ingreso a la carrera judicial en una comparativa entre hombres y mujeres, donde estas últimas suponen un número mayor que el de los varones. El verdadero problema, como se puede deducir, no es el acceso o posibilidad de ingreso a la carrera judicial por parte de las mujeres, sino que, lo realmente preocupante y donde sí existe una estructura patriarcal asentada, es en lo relativo a los puestos de designación discrecionales, los cuales sí dejan «de lado» a las mujeres por diversas razones como la politización del CGPJ, la falta de transparencia y baremos, la ausencia de mujeres postulándose para

acceder a dichos puestos por razones como la maternidad, los estereotipos de género y la percepción psicológica derrotista de tener pocas opciones para ser elegida («techo de cristal»), lo que acaba limitando la ilusión por promocionar al sector femenino, entre otras. Este primer punto es claro y sencillo, el acceso a la carrera judicial no es discriminatorio a favor de los varones, sino que lo que verdaderamente es un mal estructural es la escasa posibilidad y capacidad de acceder a la cúspide judicial por parte de las mujeres como consecuencia de algunas de las trabas arriba indicadas, pese a que en el pasado más reciente hay algunos hitos de esperanza como el nombramiento como Presidenta de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a una mujer. Esta designación puede haber sido el golpe encima de la mesa para continuar con el cauce de la «canalización femenina» ascendente, extremo que, según Velilla y la lógica que arrojan las estadísticas de hombres y mujeres en la carrera judicial, se vería verdaderamente reforzado si fuesen los propios jueces quienes eligiesen a sus representantes en el CGPJ. La segunda parte del capítulo pone el punto de mira en la justicia patriarcal y en juzgar con perspectiva de género, destacando en el primero de ellos el abismo que supone la criminalización del poder judicial por ciertas decisiones o resoluciones judiciales adoptadas en casos tan difíciles como las agresiones o abusos sexuales, asuntos muy mediatizados en tiempos recientes, resaltando la poca solidez y vacío que acompañan en numerosas ocasiones a los titulares de prensa o a ciertas manifestaciones políticas y sociales contrarias a la decisión adoptada, lo que acaba descansando, en última instancia, en el reforzamiento de un populismo punitivo que, poco o nada, contribuye a la mejora de la sociedad en general. Juzgar con perspectiva de género implica hacer gala de un principio informador que supone una mirada crítica de la realidad, donde la igualdad de trato y oportunidades trascienda el aspecto formal para acabar llegando al material, siendo conscientes de la necesidad de deconstruir ciertos parámetros y estereotipos presentes en nuestra forma de vivir, para lo cual tenemos que ponernos las lentes de la invisibilización y de la comprensión empática. Esta visión de la que hace gala Velilla está en perfecta consonancia con las demandas que el colectivo feminista lleva reivindicando con enardecimiento, pero también es sensible, por analogía, con la situación de otro tipo de grupos «sojuzgados» o «desaventajados» presentes en nuestra sociedad, tal y como ha se ha encargado de reseñar el constitucionalismo igualitario (Alegre y Gargarella, 2007). Esta posición en favor de los más débiles o perjudicados por la conformación social encierra una posición que cuestiona la estructura del sistema, al menos en parte, y que busca soluciones desde posiciones teórico-jurídicas que ponen de relieve la importancia de «tener en cuenta» a los dominados.

Antes de dar paso al último de los apartados, me gustaría señalar que, si bien es cierto que la autora hace alusión al sistema de acceso (general) a la carrera judicial y, además, defiende que el mismo es justo, he considerado, pese a que tal extremo se trata de forma previa al apartado del género, conveniente poner de relieve que considero que este asunto podría haber sido tratado con más profundidad, sobre todo en base a que es un extremo que ha sido y es altamente discutido por diversos actores sociales pertenecientes a diversos campos como el político o académico que han planteado un cierto «sesgo de clase» como consecuencia de la precisa inversión de tiempo y recursos que implica la decisión de opositar (más si se hace a una oposición como la de juez o fiscal), así como de los posibles perjuicios sociales futuros a los que daría lugar la nula o escasa representación en la carrera judicial de personas pertenecientes a diferentes colectivos o minorías a los que su vida queda atravesada por la dificultad y la carencia. Esta igualdad «de oportunidades», en el «acceso a la ventaja» o de «oportunidades para el bienestar», tres formatos a tener en cuenta, así como el de «capacidad» (Ribotta, 2010), supondrían, al menos parcialmente, un cierto replanteamiento del sistema de acceso a la carrera judicial (y otras oposiciones) que merecer ser escuchado y que, a mi parecer, no se acaba solucionando con la

puesta a disposición de un compendio de «ayudas o becas» traducidas en cuantías dinerarias para poder hacer frente mensualmente al coste de opositar, ya que, como es conocido dentro del mundo judicial, la pelea por estar al calor de los mejores preparadores acaba resolviéndose con una especie de «puja al mejor precio». Por ello, me despista la defensa acérrima de Velilla por el modelo actual, sin cuestionarlo en un ápice o al menos profundizar en los buenos argumentos del lado contrario, como por ejemplo la propuesta de un Mir Jurídico¹.

En último lugar, acaba apuntando Velilla un tema de especial importancia en la actualidad que es el tratamiento de la conexión entre la justicia y los medios de comunicación, con especial énfasis en la banalización de los instrumentos, medios, acciones y recursos judiciales a través de determinados casos que acaban siendo mediáticos por su morbosidad y atracción. Son muchos los periodistas dedicados a dar cobertura a la actividad judicial del día a día en los grandes órganos judiciales españoles, la mayoría de ellos con una formación excelente y conscientes de la complejidad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sostiene Velilla, por lo que, no son este tipo de periodistas de «trinchera jurídica» los que embarran ciertos debates interesantes y necesarios sobre el funcionamiento judicial, sino el señalamiento y fiscalización que de algunos jueces (y del mundo judicial en general) se lleva a cabo por parte de los medios de comunicación convencionales y el mundo político cuando se adoptan ciertas decisiones judiciales con altas repercusiones. Convencer y hacer ver al conjunto de la sociedad civil de que existen unas garantías judiciales que velan por nuestros derechos y que imponen obligaciones tanto para los propios operadores jurídicos como para el resto de la población, se hace ciertamente complicado cuando tienes delante una maquinaria mediática de bombardeo que siembra, de forma constante, la duda y la sospecha. Ello, señala Velilla, no implica que haya ciertas decisiones judiciales con las que se pueda estar en desacuerdo o que haya que señalarlas por considerarlas injustas, tal y como marcan los cánones democráticos, pero este extremo es ciertamente contrario a aquel que propugna la mediatización y señalización de ciertos jueces por el simple hecho de tomar una decisión no acorde con nuestros cánones morales, ya que tal decisión viene recubierta de una legitimidad jurídica en consonancia con la Constitución dada. En caso de que no sea así, existen mecanismos o recursos judiciales de garantía para acudir a órganos superiores y para hacer que el juez infractor asuma las responsabilidades correspondientes. Ni fidelidad absoluta a los jueces ni populismo punitivo, sino que hay una postura intermedia que reconoce las virtudes de un sistema ciertamente garantista como es el español, pero que no renuncia a la reconfiguración o introducción de todo aquello que pueda mejorar tanto el bienestar como la estabilidad social. Velilla asume cierta parte de culpa en la reproducción de estas dinámicas mediáticas por parte de algunos miembros de la carrera judicial, ya que en muchas ocasiones los casos se transforman en mediáticos cuando ciertos jueces u otros operadores jurídicos comienzan a filtrar información en aras de asumir cierto protagonismo o diversos favores en el futuro, lo que acaba empujando a que el procedimiento se vea ciertamente resentido y sea más difícil de resolver debido a la presión generada. Para intentar contrarrestar este tipo de dinámicas, se propone la figura del «juez divulgador» (Velilla, 2021, p. 291), que consiste en un juez que ostente las funciones de trato y suministro de información con los medios de comunicación, así como de ser voz y vehículo de transmisión de las dinámicas de trabajo y adopción de medidas dentro del organigrama judicial, lo que conllevaría una visión más lúcida y consistente sobre todo aquello que atañe al gobierno de los jueces y a la precisa transparencia que el poder judicial ha de tener

¹ Sobre este punto existen apuestas desde diversos ámbitos como, por ejemplo, el ámbito político y el ámbito académico. Para más información sobre el primero, véase: <https://elpais.com/espana/2021-09-13/podemos-busca-impulsar-un-mir-judicial-para-acabar-con-el-sesgo-de-clase.html>. Para el segundo, una reciente contribución puede encontrarse en Atienza (2022).

de cara a la sociedad civil y al resto de instituciones. Esta apuesta, desde mi punto de vista, resulta muy atractiva debido a que supondría una explicación jurídica de calidad de los diferentes casos de los que se quieran hacer eco los medios de comunicación (que no la opinión pública en general) y así poder transmitir, de una forma verídica y precisa, tanto el contenido como la metodología llevada a cabo para dar resolución a los casos que se plantean.

Para poner punto final a la obra, se pregunta Velilla por la existencia de un ideal de juez, y en caso de que pueda responderse afirmativamente, cómo tendría que conformarse tal tipo ideal. No se puede proponer un prototipo de algo sin partir de la base de lo ya existente, con sus aciertos y con sus desaciertos, pero puestos a transitar el necesario y resbaladizo camino de la utopía, conviene detenerse en aquellos apartados que convendría mejorar y conservar aquellos que son estables. Velilla es consciente de ello, y decide resaltar algunos de los males que obstaculizan su figura de ideal de juez, la cual ya adelanto se basa en el lema «débil con el débil y fuerte con el fuerte» (en perfecta consonancia con la perspectiva señalada en el párrafo dedicado a la cuestión del género), el cual incorpora aspectos tan relevantes como la centralización en la igualdad y en la vulnerabilidad, dos de los grandes principios o valores reivindicados en los turbulentos tiempos que vivimos. Tales males son el síndrome de *burnout* que implican las quejas constantes de un colectivo y el atascamiento profesional que supone la carrera judicial, el corporativismo en el que se ven envueltos el colectivo judicial que los hace ser ciertamente ajenos a ciertas realidades, la constante dinámica encaminada a tratar la función judicial desde un aspecto productivista que valora el número de sentencias dictadas frente al compromiso vocacional y al fortalecimiento de medios e instrumentos para poder trabajar de forma correcta, por lo que todos ellos nos permiten intuir y husmear la presencia de ciertas comprensiones de la realidad laboral presentes en la actualidad que suponen, incluso, la imposibilidad de que este tipo de ideal de juez sea meramente orientativo de la función judicial. En definitiva, este tipo ideal propuesto por la autora combina eficiencia y humanización, con motivo de que

la Justicia es el último bastión de la democracia. Sin Justicia, no hay Estado de derecho. Y la Justicia la impartimos jueces responsables, independientes y sometidos únicamente al imperio de la ley, pero también deberíamos ser jueces humanos, empáticos y eficientes que aplican la ley desde la dignidad de un poder del Estado. Jueces, en definitiva, que sean débiles con el débil y fuertes con el fuerte. Este es mi ideal de juez. Esta es mi aspiración en mi trabajo (Velilla, 2021, p.317).

Así con todo, pongo punto final a este breve repaso por *Así funciona la Justicia. Verdades y mentiras en la Justicia española*, un libro que tiene, al menos desde mi parecer, un atractivo considerable para todo el público en general debido a que pone de relieve todo aquello que, sinceramente, no nos cuentan del día a día o de lo mundano de lo que ocurre en la gran mayoría de los órganos judiciales de nuestro país. Ello, como todo lo que no conocemos, presenta la posibilidad de poder conocer y adentrarse, gracias a la fortaleza de dar un paso hacia adelante por parte de la autora, en lo verdaderamente esencial e importante de la función judicial, en particular, y del funcionamiento de la Administración de Justicia de España, en general.

Bibliografía

- Alegre, M., y Gargarella, R. (2007). *El Derecho a la Igualdad. Aportes para un Constitucionalismo Igualitario*. LexisNexis.
- Atienza, M. (2022). Cinco ideas para la formación del jurista de mediados del siglo XXI. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 365-378. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.6822>
- Innenarity, D. (2020). *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*. Galaxia Gutenberg.
- Ribotta, S. (2010). *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Velilla, N. (2021). *Así funciona la Justicia: Verdades y mentiras en la Justicia española*. Arpa.

Alfonso García Figueroa, Moral de Victoria. Una filosofía del deporte*

(2021) Hexis
Terrasa, 374 pp.

Martín Bajatierra Ruiz
Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM)
Martin.Bajatierra@alu.uclm.es

Cita recomendada:

Bajatierra Ruiz, M. (2022). Alfonso García Figueroa, Moral de Victoria. Una filosofía del deporte. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, pp. 537-541.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7145>

Recibido / received: 31/03/2022
Aceptado / accepted: 17/07/2022

No es de extrañar, y más en los tiempos que corren, que, a la hora de sostener un libro entre sus manos, el lector se encuentre con que la idea principal que el autor trata de plasmar en la obra se diluye poco a poco, a medida que se suceden las páginas. Sin embargo, este no es el caso de la nueva publicación de Alfonso García Figueroa, Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, que, como es costumbre ya en él, nos ha regalado un libro sencillamente brillante. Aunque no sea tarea fácil resumir en pocas palabras este ejercicio de cátedra reconvertido en el libro que aquí se reseña, trataré de hacerlo de la forma más breve posible, señalando solamente las publicaciones más necesarias para situar este libro en el contexto más amplio de la obra del autor.

Muy a mi pesar, no puedo detenerme aquí en señalar todas las obras y publicaciones del profesor García Figueroa, pero al menos convendría destacar algunos trabajos. Tal es el caso del producto de su colaboración con uno de los filósofos contemporáneos más influyentes, Robert Alexy, con quien publicó *Star Trek y los derechos humanos* (Alexy y García Figueroa, 2007). Precisamente, Robert Alexy es el protagonista de la interesante anécdota que nos narra el autor al inicio del libro

* Las páginas entre paréntesis se refieren a esta obra.

(p. 26), y que sirve de apoyo a su tesis central de que deporte y moral están en buena parte vinculados. Para evitar *spoilers*, me limitaré a decir que en ella el autor reflexiona sobre las reacciones de Robert Alexy ante famoso partido de fútbol del Mundial 2014 entre las selecciones de Brasil y Alemania, que finalizó con un abultado resultado de 1-7. Asimismo, para los más aficionados al fútbol, el autor incluye a modo de epílogo un análisis sobre la famosa «mano de Dios» de Diego Maradona, en el cual reflexiona sobre si en algunas ocasiones es lícito hacer trampas¹.

Pero, en realidad, la obra por la que quizá sea más conocido este filósofo del Derecho es *Criaturas de la moralidad*. Una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos (García Figueroa, 2009), en la cual expresa su punto de vista más profundo acerca de la secular contienda entre el positivismo y el iusnaturalismo, afirmando que el neoconstitucionalismo es la clave para conciliar las clásicas diferencias entre estas dos corrientes de la Filosofía del Derecho. Este último libro va a ser de gran utilidad a la hora de analizar *Moral de Victoria*, pues algunas de las ideas que allí se reflejan son trasladadas también a su última obra. Para concluir este marco bibliográfico me gustaría resaltar una obra reciente, y eminentemente didáctica, que presenta asimismo conexiones con *Moral de victoria*. Me refiero a *Praxis: Una introducción a la moral, la política y el Derecho* (García Figueroa, 2017), donde examina, entre otras cosas, algunos lineamientos de metaética y ética normativa que serán relevantes en *Moral de victoria*.

Nada más comenzar la obra, el lector puede intuir su calidad, y no solamente en su claridad expositiva, reflejada en el índice, sino también en la altura de su prologuista (y ya veterano especialista en la materia), José Luis Pérez Triviño, Presidente de la Asociación Española de Filosofía del Deporte y profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Pompeu Fabra. Estas primeras páginas deberían servir al lector de anticipo sobre la relevancia de la obra en el ámbito de la filosofía del deporte en España. Y, de nuevo, no solo por su intrínseca calidad, sino también porque, tal y como lo expresa Pérez Triviño en el prólogo, «apenas se pueden contar las publicaciones y las aproximaciones que se han llevado a cabo desde esta perspectiva» (p. 11). Es, ante este panorama de escasez de publicaciones en lengua española sobre filosofía del deporte, donde este libro representa una contribución fundamental.

No sería aventurado dividir la obra en dos partes diferenciadas: la primera en la cual se examinan las conexiones entre el deporte y la filosofía desde un prisma sociológico y, una segunda parte, en la que el autor concibe al deporte como un orden normativo exterior a otro más amplio, como es el Derecho. En otras palabras, se estudia cómo «...el deporte crea un orden ético fuera del mundo...» (p. 55). Sin embargo, tal y como comentaba más arriba, la manera holista en que García Figueroa concibe sus obras permite enlazar *Moral de victoria* con ciertas ideas desarrolladas en su plenitud en otras publicaciones. Por ello, en esta breve reseña creo conveniente, como sucede en el libro, contemplar los capítulos de forma holista, intentando en la medida de lo posible huir de estrictas divisiones en su estructura. No obstante, el lector más apremiado por otras tareas podrá encontrar algunos atajos para leer la obra en las páginas 34 y 35.

Antes de adentrarnos en los aspectos más profundos de esta materia, el profesor García Figueroa cree conveniente (acertadamente) desenmascarar algunos prejuicios referentes a la filosofía del deporte, tales como que el deporte carece de

¹ Ambos episodios han sido avanzados en sendos *posts*: García Figueroa (2022) y García Figueroa (2020). Algunas tesis del libro han sido avanzadas asimismo en el artículo García Figueroa, (2021).

tradición filosófica que lo avale, que es solo un juego (por lo que carece de seriedad), que cuerpo y alma son dos entes fuertemente separados, que los grandes intelectuales no deben ocuparse de asuntos tan mundanos y de algunos prejuicios específicamente españoles, que pueden verse reflejados en autores previos a la Guerra Civil y que se acentúan en la etapa franquista, llevando a algunos de ellos a ocultar su pasión por el deporte rey (p. 73).

A lo largo de toda la obra, García Figueroa no cesa en su empeño de hacer que el lector se encuentre permanentemente reflexionando sobre los aspectos centrales del texto. A título de ejemplo, el autor nos plantea preguntas del siguiente tenor: ¿debe un deportista, cuando el resultado es lo suficientemente contundente, proseguir en su labor de ampliar aún más el marcador?, ¿no sería eso, de alguna forma, una manera de humillar al rival? Para responder a esta pregunta el autor analiza la tesis antipaliza de Feezell (p. 29), el cual respondería a estas preguntas contestando que debemos evitar a toda costa cualquier sufrimiento innecesario del oponente. Sin embargo, cabe considerar la posibilidad de que pueda resultar humillante la posición contraria, es decir, que el rival no se tome en serio el partido que está disputando por una falta de competencia (p. 29). Otra pregunta que nos acecha, allá por la página 87, es la de cómo garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en el deporte. Aquí el autor se detiene a analizar diversos criterios de separación y unión de ambos sexos en las prácticas deportivas, mientras examina algunos casos controvertidos referentes a esta distinción por sexos, como el caso Semenya o el caso Martínez Patiño.

Sin abandonar la tesis principal de esta publicación, el autor diferencia ciertas prácticas como el retozo, el recreo, el juego o *ludus*, el deporte *sensu largo* (que contiene algunos rasgos de los conceptos anteriores) y el deporte *sensu stricto* (el de alta competición y profesionalizado) (p. 143), para poder entender con más detalle las diversas prácticas lúdicas. Es aquí donde enlaza a la perfección la cuestión de si debemos considerar si un animal está practicando deporte cuando compite contra un ser humano (p. 148), o si el ajedrez debería o no ser considerado un deporte (p. 153). Pero también son otros cuatro aspectos relevantes los que debemos conocer para ir confeccionando ya nuestra filosofía del deporte, que son los que desarrolla a partir del esquema de Caillois referente a las «pulsiones fundamentales» frente a las que responden los conceptos mencionados más arriba. Estos aspectos relevantes son: el *agón* o espíritu deportivo, la *alea* o fortuna, la *mimicry* o propósito de simulación y el *ilinx* o vértigo deportivo (p. 155).

El lector que haya conseguido llegar hasta este punto del texto se debe estar preguntando: ¿a qué viene el título de esta reseña?, ¿qué tiene que ver el neoconstitucionalismo con la obra del profesor García Figueroa? Para responder a esta pregunta debemos reiterar que no debemos contemplar este libro como un episodio aislado en la amplia trayectoria investigadora del autor, sino que debemos situarnos bajo la perspectiva neoconstitucionalista, es decir, bajo el presupuesto de que el Derecho (o cualquier orden normativo como es el deporte) se encuentra necesariamente vinculado a la moral, y pienso que es esta la tesis principal que García Figueroa quiere transmitirnos en esta obra. No pretendo, sin embargo, puesto que no es el momento ni el lugar², definir extensamente la corriente iusfilosófica del neoconstitucionalismo, por lo que aquí deberá ser suficiente destacar cinco palabras clave de esta corriente filosófica que resaltó ya en su día Luis Prieto en *El constitucionalismo de los derechos* (Prieto, 2017), que son constitucionalismo, conflictualismo (entre principios), principios, ponderación y, a mi parecer la más importante, argumentación. Sin embargo, todos estos conceptos se articulan alrededor de la concepción iusfilosófica que vincula Derecho y moral, y dado que el

² Vid. su reciente artículo: (García Figueroa, 2019), que incluye un manifiesto neoconstitucionalista.

deporte es un orden normativo, también debe estar unido necesariamente a la moral. Pero no debemos caer en una confusión, pues el neoconstitucionalismo no es una doctrina iusnaturalista clásica, como la defendida por Tomás de Aquino o San Agustín, sino más bien antipositivista, es decir, rechaza la desvinculación del Derecho y la moral sin afirmar su total identificación (Kelsen, 2011, p. 45, 48). Recordemos que el positivismo identifica una norma válida por su procedimiento de creación, es decir por su «pedigree u origen» (Dworkin, 1993, p. 65), no por su contenido. En este sentido, García Figueroa reflexiona sobre el rechazo de la práctica del dopaje, el cual debe de «responder a la necesidad de mantener vivo un elemento religioso, o al menos mágico de la actividad atlética» (p. 180). Algo más profundo (si cabe) se muestra manifestando su pensamiento acerca del mundo desencantado en el que vivimos, interpelando al lector con conjeturas como la siguiente: «Quizá todo consista en eso. Quizá los aficionados rastreen en lo inexplicable del deporte el último reducto de lo sacro que ya no volverá» (p. 186), y que expresan, en mi opinión, el enlace que aún permanece entre el término deporte (tal y como lo concebimos actualmente) y el término en su origen, pues el deporte se entendía en los inicios del propio concepto como el hecho de «deportarse a otro lugar fuera de los asuntos serios» (p. 204).

Con todo, el deporte se caracteriza también por «honrar un ideal de excelencia» (p. 233), pues participar en un deporte «supone el compromiso de jugar bien (*playing*) y eso supone tratar de ganar» (p. 275). Como cualquier espectador puede observar, en las prácticas deportivas profesionalizadas los atletas están expuestos cada vez más a una mayor exigencia física y mental. Pero ¿por qué aceptan algunos deportistas someterse a este sobrehumano esfuerzo? Probablemente no se equivoque el profesor García Figueroa cuando afirma que el hecho de que los participantes de un deporte se comprometan a seguir las reglas constitutivas de una práctica, sin abandonar por ello la actitud *lusiva* que asegura la continuidad del juego, hace que dichos participantes se encuentren dentro de un «marco institucional, y por tanto de una i(n)lusión» (p. 275). Este elemento subjetivo es el que rige, por ejemplo, en una representación teatral, en la cual los observadores aceptan un «contrato ludomotor» (p. 274), por el cual pactan tácitamente sumergirse en ese orden normativo fuera del mundo real.

Volvamos ahora a una de las características más importantes del neoconstitucionalismo expuesta arriba: la argumentación. Y es que García Figueroa, apoyándose en la teoría alexyana del caso especial, concibe el deporte como una práctica argumentativa. Su tendencia iusfilosófica se refleja claramente en este aspecto, pues, en mi opinión, trata al deporte como un caso especial del discurso práctico general, tal y como ocurre con el discurso jurídico³. La concepción argumentativa neoconstitucionalista nos invita a huir del relativismo ético, es decir, nos disuade de sostener que cualquier acto es igualmente de debido que otro. Desde un punto de vista intuitivo, parece más que correcto que distingamos moralmente el hecho de comer un helado de vainilla que el hecho de cometer un homicidio. Tampoco parece correcto que confiemos en ciertas metaéticas naturalistas mayoritaristas que identifican lo debido con lo que decide la mayoría, o en teorías utilitaristas, que identifican lo bueno a través de «cálculos felicíficos» teniendo en cuenta solo el placer y el dolor. Por ende, esta tesis nos va a llevar a extrapolar al deporte el argumento de la «pretensión de corrección», que, básicamente, indica que cuando estamos realizando un acto de habla regulativo (e.g. dictar una norma), estamos pretendiendo que tal acto sea correcto⁴, por lo que debemos presuponer que existen, desde el punto de vista ético, buenos y malos argumentos. No podemos ejecutar un acto de habla regulativo (relativo a normas) sin esta pretensión de corrección, porque estaríamos

³ Esta es una concepción que recoge Robert Alexy a la perfección en (Alexy, 2018).

⁴ Para una explicación más detallada en García Figueroa (2017, pp. 320 y ss).

obviando que el discurso práctico es en realidad un discurso justificatorio (Figueroa, 2009, p. 21), y si no podemos justificar nuestros actos de habla, ello, de alguna manera, nos inhabilita como participantes en el diálogo. Pues bien, algo parecido ocurriría entonces con el deporte, ya que en realidad la práctica deportiva es también una práctica comunicativa (pp. 306 y ss). Aquí, y a modo de conclusión, merece la pena reproducir las palabras del propio García Figueroa: «el deporte es una práctica comunicativa y argumentativa esencialmente motriz, regulada por un sistema de reglas [...] las cuales erigen necesariamente una pretensión de corrección.» (p. 326).

Bibliografía

- Alexy, R. y García Figueroa, A. (2007). *Star Trek Y los derechos humanos*. Tirant lo Blanch.
- Alexy, R. (2018). *Teoría de la argumentación jurídica*. (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo). Centro de Estudios políticos y Constitucionales.
- Dworkin, R. (1993). *Los derechos en serio*. (trad. de Marta Gustavino). Planeta-Agostini.
- García Figueroa, A. (29 noviembre, 2020). *¿Puede Dios marcar goles con la Mano?*. Almacén de Derecho. <https://almacenederecho.org/puede-dios-marcar-goles-con-la-mano>
- García Figueroa, A. (2021). Mire vuestra merced que son gigantes. *Claves de Razón Práctica*, 277, 36-43.
- García Figueroa, A. (31 enero, 2022). *Un partido de fútbol junto a Robert Alexy*. Almacén de Derecho. <https://almacenederecho.org/un-partido-de-fubol-junto-a-robert-alexey>
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad: Una aproximación neoconstitucionalista del derecho a través de los derechos*. Trotta.
- García Figueroa, A. (2019). En defensa del “neoconstitucionalismo” y del neoconstitucionalismo. *Revista i-Latina*, 1, 1-16. <https://data.cervantesvirtual.com/item/591572>
- García Figueroa, A. (2017). *Praxis: Una introducción a la moral, la política y el Derecho*. Atelier.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría Pura del Derecho: Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. (trad. de Gregorio Robles y Félix F. Sánchez). Trotta.
- Prieto, L. (2017). *El constitucionalismo de los derechos: Ensayos de filosofía jurídica*. Trotta.