



eunomia

Revista en Cultura de la Legalidad

Número 26

abril 2024 – septiembre 2024

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, 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, Universitat Autònoma de Barcelona, España

MARÍA EMILIA CASAS BAHAMONDE, Universidad Complutense de Madrid, España.

Expresidenta del Tribunal Constitucional

LUIGI FERRAJOLI, Università Roma Tre, Italia

ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Johannes Gutenberg Universität, Alemania ⌘

THOMAS GIL, Technische Universität Berlin, Alemania

RICCARDO GUASTINI, Università degli studi di Genova, Italia

JONATHAN MENDILOW, Rider University, USA

JAVIER MUGUERZA, CSIC, España ⌘

GONZALO QUINTERO OLIVARES, Universitat Rovira i Virgili, España

NORA RABOTNIKOV, Universidad Nacional Autónoma de México, México

SUSAN ROSE-ACKERMAN, Yale University, USA

BO ROTHSTEIN, Göteborgs Universitet, Suecia

MICHEL TROPER, Université Paris-X, Francia

MARÍA JOSÉ VILLAVARDE, Universidad Complutense de Madrid, España

TOMÁS VIVES ANTÓN, Universitat de Valencia, 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, México
JESÚS IGNACIO DELGADO, Universidad de Sevilla, España
MARÍA LUISA ESCALADA LÓPEZ, Universidad de Valladolid, España
ELENA MARÍA ESCOBAR ARBELAEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España
JULIO FERNÁNDEZ HUARANCA, Universidad Carlos III de Madrid, España
DAVID GARCÍA GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España
RUBEN GARCIA HIGUERA, Université de la Bretagne Occidentale, Francia
XANDRA GARZÓN COSTUMERO, CSIC, España
ARIANA GUEVARA GÓMEZ, Universidad Autónoma de Madrid, España
RICARDO GUTIÉRREZ AGUILAR, Universidad de Alcalá de Henares, España
ANA GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Universidad de Cantabria, España
DOLY JURADO CERRÓN, Universidad de Lleida, 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
ALEJANDRA PASTRANA SÁNCHEZ, Universidad de Cádiz, España
LIZETH CAROLINA PÉREZ SALAMANCA, Universidad Carlos III de Madrid, España
ANE RODRÍGUEZ BARRUETA, Universidad Carlos III de Madrid, España
ALFREDO SÁNCHEZ SANTIAGO, Universidad Complutense de Madrid, España
NOEL VILLALBA LÓPEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

ÍNDICE

Presentación

José María Sauca Cano	7
-----------------------	---

Estudios

<i>Una reconstrucción analítica de la dogmática latinoamericana sobre el principio de interpretación conforme a la Constitución</i>	11
Claudio Antonio Agüero San Juan, Valentina Silva Berríos y Juan Pablo Zambrano Tiznado	
<i>¿Un nuevo contrato de origen? Hacia un modelo de solidaridad transnacional para Europa</i>	36
Peter Ehret	
<i>Rechazos en frontera. Una violación sistemática de derechos humanos con respaldo institucional. ¿Hacia la normalización de una frontera sin derechos?</i>	58
Nacho Hernández Moreno	
<i>La reacción de la judicatura durante la crisis hipotecaria en España. Una crisis del Estado de Derecho “tout court”</i>	95
Rodrigo Blanca Quesada	
<i>Una Filosofía del Derecho a través de Giorgio Agamben y Roberto Esposito</i>	121
Daniel J. García López	

Foro y ágora

<i>Presentación</i>	141
David Hernández de la Fuente, Nuria Sánchez Madrid	
<i>Problemas y desafíos de la investigación histórica sobre la corrupción. La República romana</i>	146
Filippo Carlà-Uhink y Marta García Morcillo	
<i>Sobre la concepción platónica de la filosofía como terapia de la corrupción</i>	165
Jorge Cano Cuenca	
<i>Corrupción, vulnerabilidad fiscal y pronunciamiento militar. Los emperadores del siglo III como modelo en la obra de Herodiano y en los escritores de la Historia Augusta</i>	180
Rosa Sanz Serrano	
<i>Recovering a disfigured Empire. Institutional maintenance in Tenth-century Byzantium</i>	204
Pia Carola	

Recuperando un imperio desfigurado. El mantenimiento institucional en el Bizancio del siglo X 216
Pia Carola; traducción de Delia Budeanu y Lizeth Carolina Pérez Salamanca

Corrupción e institución en la época medieval. La persecución eclesiástica de la desobediencia 229
Cristina Catalina Gallego

Voces de Cultura de la Legalidad

Control público 253
Adriana Laura Vercellone

Democracia radical 275
Alfredo Sánchez Santiago

Empatía (emoción política) 293
Julio Seoane Pinilla

Sesgo de género (en IA) 311
María Pérez-Ugena Coromina

Solicitud (delito de) 331
José Núñez Fernández

Releyendo a...

Bases históricas, influencias culturales y presupuestos hermenéuticos para una traducción al español del Código Penal chino 349
Lin Cheung Wan

Parte General del Código Penal de la República Popular China 385
Lin Cheung Wan, trad.

Rincón de lecturas

DEBATIENDO

Litigio climático y derechos humanos en el Sur Global. Apuntes para el debate 416
Juan Auz Vaca

BOOK FORUM

Filosofía política e inteligencia artificial. Primeras noticias. Comentario a Mark Coeckelbergh, Filosofía política de la inteligencia artificial 434
Manuel Arias Maldonado

Sospecho que el ordenador se equivocó. Comentario a Mark Coeckelbergh, Filosofía Política de la Inteligencia Artificial 440
J. Ignacio Criado Grande

LA TRIBU DEL JUNCO

Dussel, la política y la crítica de las categorías 448
Enrique Téllez Fabiani

Los derechos en broma. Análisis, comentarios y críticas 467
Rodrigo Merayo Fernández

Presentación

Foreword

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

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8499>

Abro esta presentación del número 26 de la revista recordando la triste noticia del fallecimiento de Ernesto Garzón Valdés el pasado noviembre. Creo que para dos o tres generaciones de filósofos del Derecho hispanohablantes su ausencia constituye una pérdida irreparable. En la presentación al anterior número del pasado septiembre traía a colación su distinción entre calamidades y catástrofes. Tentado estoy de decir que su fallecimiento las sintetiza. En el recientemente publicado libro de homenaje a Manuel Atienza, el capítulo final, recogía las que, quizá, fueron sus últimas palabras publicadas: «Para Manolo Atienza, modelo de generosidad intelectual y jurista ejemplar con el fraternal afecto de Ernesto Garzón Valdés» (Díaz y Laporta, 2023, p. 537). Este último le describía, en la presentación de su homenaje publicado en *Doxa* (Laporta, 2007, pp. 25 y 26), con los rasgos del empeño intelectual como compromiso moral; incansable capacidad de trabajo; generosidad sin límites e inacabable curiosidad científica y cultural. Sin duda, certera y exacta descripción. No aburriré con referencias, pero me ha llamado la atención la reincidencia en la confesión escrita sobre la primera vez que se conoció a Garzón Valdés. Manuel Atienza, Francisco Laporta, Rodolfo Vázquez, Jorge Malem, Hugo Seleme, Ernesto Abril, Sebastián Agüero, Guillermo Lariguet y *tutti quanti*, como él mismo solía decir, son ejemplos que ahora me vienen a la memoria. No me sorprende; tenía magnetismo.

Yo recuerdo que tras leer su compilación *Derecho y filosofía* en su edición barcelonesa, tenía curiosidad por conocerle. Tuve la ocasión en el, quizá, primer gran congreso iusfilosófico que se organizó en la Universidad Carlos III de Madrid en junio de 1993. Presentó una ponencia sobre los problemas morales subyacentes al trasplante de órganos (Sauca, 1994). Enseguida me di cuenta de que estaba en otro nivel y no tengo dedos en las manos para contar las veces en que se me reprodujo esa misma sensación. Quizá fuera primavera del 97 en que Ernesto protagonizó uno de los debates universitarios más genuinamente atractivos que he podido disfrutar. La interlocución era con Carlos Thiebaut, la polémica era delimitar si la aportación rawlsiana central de *Una Teoría de la Justicia* era poco más que una escenificación kantiana o no. No teníamos chimenea, ni había atizador del fuego que blandir, pero, si hubiésemos estado en Cambridge, la situación habría pasado pareja a los anales. Siempre me tuvo extraordinaria paciencia y no dejó de reconvenirme en mis heterodoxias culturalistas o en las críticas a su concepto de corrupción y se lo agradeceré siempre.

En este contexto, sin embargo, procede agradecerle profundamente el apoyo que siempre prestó a la puesta en marcha y desarrollo de esta iniciativa de creación de una revista electrónica sobre temas de cultura de la legalidad. Sus palabras, recuerdo con claridad cuando le pedí integrarse en el Consejo Científico, fueron «cuenta conmigo para todo lo que necesites y me tienes a tu disposición». No era cortesía; era, como decía antes Francisco Laporta, una muestra más de

su generosidad sin límites, su afán de cooperación y ayuda intelectual y personal, su maravillosa destreza para empujarte, animarte, su afabilidad y bonhomía de todos los días, de todas las llamadas, esas llamadas que te hace sólo para «oír tu voz», para preguntarte delicadamente si has hecho ya lo que tenías que hacer, si vas a ir dónde tienes que ir o si puedes hacer cualquier cosa (Laporta, 2007, p. 25).

En fin... Gracias Ernesto. Espero que esta revista que tanto apoyaste pueda estar a la altura de tu legado.

El presente número mantiene la estructura ordinaria de la revista y recoge en su sección de *Estudios* las cinco aportaciones seleccionadas que ejemplifican adecuadamente el pluralismo metodológico que confluye en la cultura de la legalidad. En primer lugar, el estudio de los profesores chilenos Claudio Antonio Agüero, Valentina Silva y Juan Pablo Zambrano en que proponen una reconstrucción analítica de la dogmática latinoamericana sobre el principio de interpretación conforme a la constitución. En segundo lugar, la reflexión aportada por Peter Ehret sobre las variables identitarias postestatales en el proceso de construcción europea y su proyección legitimadora de políticas socioeconómicas en torno a la idea de solidaridad multicultural. En tercer lugar, Nacho Hernández Moreno aborda la temática de los denominados *rechazos en frontera* desde una perspectiva crítica basada en la defensa de los derechos humanos. La cuarta contribución viene de la mano de Rodrigo Blanca-Quesada y aporta una mirada sociojurídica sobre la cuestión del tratamiento judicial en España de las deudas hipotecarias proponiendo unas conclusiones abiertamente críticas. Finalmente, Daniel J. García López presenta una mirada de la llamada *Italian Theory*, centrada en Agamben y Esposito, sobre su concepción del Derecho.

La sección de Foro y ágora ha adoptado una naturaleza monográfica de carácter histórico-filosófico que tiene como promotores a los profesores de la Universidad Complutense de Madrid, David Hernández de la Fuente y Nuria Sánchez Madrid. Bajo el rótulo de *Una historia cultural de la corrupción institucional en el mundo antiguo y medieval: marcos, diagnósticos y dispositivos* se incorporan una pluralidad de perspectivas que ha concitado la participación interdisciplinar de filósofos, filólogos clásicos, bizantinistas e historiadores del mundo romano tardoantiguo. Así, los profesores Filippo Carlà-Uhink y Marta García Morcillo abordan la cuestión de la corrupción en la República romana, temática que proporciona, a criterio de los promotores, un marco metodológico general atento a las dificultades para proceder a una historia intelectual de la corrupción. La segunda aportación, proveniente de la pluma de Jorge Cano, trata el fenómeno de la corrupción y la decadencia políticas en algunos diálogos de Platón. Las respectivas aportaciones de Rosa M. Sanz sobre el Imperio romano tardío (siglo III dC) y Pia Carolla sobre el imperio Bizantino (siglo X dC) tratan dimensiones de la corrupción como decadencia y, finalmente, el trabajo de Cristina Catalina estudia la corrupción clerical a partir de las medidas reformadoras de los pontificados de Gregorio IX y de Inocencio IV y sus efectos entre los siglos XI y XIII. Realmente creo que se trata de aportaciones de interés en el proyecto de conformación de una historia conceptual de la corrupción.

La sección de *Voces de Cultura de la Legalidad* recoge cinco entradas que también responden a una sensibilidad interdisciplinar. Adriana Laura Vercellone desarrolla la idea de *Control público* proponiendo una clasificación del mismo en torno a los perfiles de su carácter parlamentario, judicial, administrativo y social. Alfredo Sánchez Santiago expone el concepto de *Democracia radical* y nos ofrece una aproximación tanto a su genealogía como a una propuesta definicional en torno a los criterios de postfundamentación, alternativa institucional y carácter conflictual. El profesor de Alcalá de Henares, Julio Seoane desarrolla la voz *Empatía* desarrollada desde la perspectiva de la teoría de las emociones políticas y morales. María Pérez-Ugena expone sus reflexiones en torno a las propuestas normativas tendentes a evitar que el diseño de los algoritmos que sustentan la Inteligencia Artificial incurran en sesgos discriminatorios por razón de género. El *nomen vocis* por el que se opta es *Sesgo de género en la IA*. Finalmente, José Núñez propone una voz que se suma al listado de aquellas que estudian un delito relevante en el contexto de la Cultura de la Legalidad: el delito de sollicitación que, con una larga trayectoria histórica, ocupa un lugar desatendido en la actualidad.

El *Releyendo a ...* aporta un material prácticamente inédito en español –y de muy limitado acceso en otras lenguas de origen europeo–, y que tiene una indudable utilidad para el estudio comparado. Me refiero a la traducción de la Parte General del Código penal de la República Popular China. Esta se antecede de un amplio estudio introductorio sobre las bases históricas, culturales y hermenéuticas que subyacen a ese trabajo de traducción y son obra de la joven investigadora Lin Cheung Wan de la Universidad Carlos III de Madrid.

Finalmente, El Rincón de Lecturas sigue respondiendo a su clasificación tripartita. En primer lugar, el Debatiendo recoge la ponencia base del investigador postdoctoral de la Tilburg University de los Países Bajos, Juan Auz Vaca, sobre la creciente práctica del litigio climático como herramienta vital para enfrentar el cambio climático, especialmente desde la perspectiva del llamado Sur Global. Esta ponencia será discutida en el próximo número de la revista. En segundo lugar, el Book fórum versa sobre un libro reciente y que estimamos importante. Se trata del trabajo de Mark Coeckelbergh titulado *Filosofía política de la inteligencia artificial*. Una introducción y que sigue la senda de su *Ética de la Inteligencia Artificial* e introduce al apenas recién publicado *La ética de los robots*, todos ellos en versiones españolas y que, de últimas, son el antecedente a su último trabajo *Why AI Undermines Democracy and What to Do about It*. El trabajo en cuestión es analizado por dos politólogos. Por una parte, el profesor de la Universidad de Málaga, Manuel Arias Maldonado que da cuenta de sus primeras noticias y el de la Universidad Autónoma de Madrid, Ignacio Criado, que declama: Sospecho que el ordenador se equivocó. Mark Coeckelbergh contestará a estas críticas en el próximo número de la revista. La sección se completa con las aportaciones de Enrique Téllez Fabiani y de Rodrigo Merayo Fernández. El primero, desarrolla una aproximación a la evolución de la obra de Enrique Dussel, el relevante filósofo latinoamericano recientemente fallecido, y ofrece pautas hermenéuticas para su comprensión. El segundo, analiza la última aportación editorial de Pablo De Lora relativa al sobredimensionamiento de los derechos y aporta su valoración crítica.

Para terminar, quisiera apuntar algunos últimos comentarios. En primer lugar, anunciar y agradecer la pronta y generosa respuesta de Luigi Ferrajoli a la invitación a incorporarse al Consejo Científico de la revista. Creo que es un honor para todos nosotros contar entre sus consejeros a un autor de la relevancia e influencia del profesor italiano y, por demás, consolidar la continuidad de la propuesta teórica del garantismo como uno de los hilos actuales de la cultura de la legalidad. ¡*Benvenuto, professore Ferrajoli!* y muchas gracias por su incorporación. En segundo lugar,

quisiera señalar que hemos seguido consolidando el carácter plenamente académico de la sección del *Rincón de Lecturas*. En este sentido, y, todo hay que decir, con cierta inspiración en Irene Vallejo (2023, p. 405), hemos decidido rebautizar a la última subsección del mismo con la leyenda de *La tribu del junco*. No deja de resultar paradójico que una revista electrónica siga reivindicando el soporte físico más clásico de la lectura, al papiro, pero esperamos que sirva como fórmula de realce de la relevancia de la sección de cierre de cada uno de nuestros números y que nos identifique como amantes de los libros. Finalmente, quisiera anunciar también un pequeño reajuste en la temporalidad de la revista. El mes de agosto es un mes en que España se cierra por vacaciones. Desde un punto de vista judicial es inhábil y, desde el académico, los campus vacíos sólo contemplan el deambular de algún doctorando taciturno cuando no están, simplemente, cerrados. Ello nos ha generado dificultades editoriales tanto para el equipo de la revista como para muchos autores, a las que se añade la necesidad de tener que recurrir masivamente a evaluadores del hemisferio sur. Estos hechos nos animaron a trasladar la publicación del segundo número del año del mes de septiembre al de octubre. Por la continuidad de las mismas razones, vemos la conveniencia de trasladarlo al primero de noviembre en el que se publicará el próximo número 27. Asimismo, esta medida tendrá como efecto que el primer número de cada año traslade su publicación de primeros de abril a primeros de mayo.

En conclusión, entregamos al lector, en tiempo y forma, un nuevo número de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* y una nueva contribución a su línea editorial. Esperemos que el lector encuentre útil el trabajo desarrollado por autores, evaluadores, traductores, técnicos y miembros de los distintos consejos y del comité de edición. Se trata, ciertamente, de una admirable tarea colectiva realizada de forma absolutamente liberal y desprendida que mereciera ser reconocida.

Bibliografía:

- Coeckelbergh, M. (2021). *Ética de la Inteligencia Artificial Inteligencia*. Cátedra
- Coeckelbergh, M. (2022). *Filosofía política de la inteligencia artificial. Una introducción*. Cátedra.
- Coeckelbergh, M. (2024a). *La ética de los robots*. Cátedra.
- Coeckelbergh, M. (2024b). *Why AI Undermines Democracy and What to Do about It*. Wiley John & Sons.
- Díaz, E. y Laporta, F. J. (2023). *Leer a Manuel Atienza*. CEPC.
- Garzón Valdés, E. (1985). *Filosofía y Derecho*. Alfa.
- Garzón Valdés, E. (1994). «¿Mercado, banco, club?». En J. M. Sauca (Ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales* (395-410), Uc3m/BOE.
- Laporta, F. J. (2007). «Homenaje a Ernesto Garzón Valdés. Laudatio». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, 23-39. <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.02>.
- Vallejo, I. (2023). *El infinito en un junco. La invención de los libros en el mundo antiguo*. Siruela.

Una reconstrucción analítica de la dogmática latinoamericana sobre el principio de interpretación conforme a la Constitución*

An analytical reconstruction of Latin American legal doctrine on the principle interpretation in according to the Constitution

Claudio Antonio Agüero San Juan
Universidad Alberto Hurtado (Chile)
ORCID ID 0000-0002-7005-2979
aguero.claudio@gmail.com

Valentina Silva Berríos
Universidad Alberto Hurtado (Chile)
ORCID ID 0000-0001-9075-0224
valentinasilberr@gmail.com

Juan Pablo Zambrano Tiznado
Universidad de La Frontera (Chile)
ORCID ID 0000-0003-0939-5996
juanpablo.zambrano@ufrontera.cl

Cita recomendada:

Agüero San Juan, C. A., Silva Berríos, V. y Zambrano Tiznado, J. P. (2024). Una reconstrucción analítica de la dogmática latinoamericana sobre el principio de interpretación conforme a la Constitución. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 11-35.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8500>

Recibido / received: 20/11/2022
Aceptado/accepted: 06/06/2023

*Proyecto FONDECYT REGULAR 1221269. Los autores agradecen al Dr. Pedro Caminos y a la Dra. Tania Busch Venthur sus comentarios a una versión preliminar de este trabajo.



Resumen

La presente investigación presenta un análisis del principio de interpretación conforme a la Constitución (ICC) desde la teoría del derecho, especialmente, desde la escuela genovesa. La hipótesis que guía la investigación afirma que la ICC no es un único canon, directiva u operación interpretativa, sino que es un procedimiento o una secuencia de actividades. Contrastamos esta conjetura con el discurso de dogmáticos latinoamericanos para hacer visible cómo es comprendida la ICC en distintos contextos que comparten una tradición jurídica común (*civil law*) en el marco del paradigma constitucional transformador que caracteriza a la experiencia latinoamericana. Nuestra reconstrucción muestra que la «interpretación conforme» incluye varias operaciones de interpretación de la ley y que en ellas los compromisos del intérprete juegan un rol más importante que lo que los juristas latinoamericanos parece admitir.

Palabras clave

Interpretación conforme a la Constitución, realismo genovés, teoría de la interpretación.

Abstract

This research presents an analysis of the principle of constitutional interpretation according to the Genoa school of legal theory. The hypothesis guiding the research asserts that the ICC is not a single canon, directive, or interpretive operation, but rather a procedure or sequence of activities. We contrast this conjecture with the discourse of Latin American legal scholars to make visible how the ICC is understood in different contexts that share a common legal tradition (civil law) within the transformative constitutional paradigm that characterizes the Latin American experience. Our reconstruction shows that "conformity interpretation" includes several operations of legal interpretation, and that in these operations, the interpreter's commitments play a more significant role than what Latin American jurists seem to admit.

Keywords

Interpretation according to the constitution, Genoese realism, interpretation theory.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Selección de discursos dogmáticos. 2.1. Limitaciones. 2.2. Discursos dogmáticos seleccionados. 3. Una reconstrucción de la dogmática latinoamericana sobre la ICC. 3.1. Marco conceptual mínimo. 3.2. Presupuestos sobre los que se conceptualiza la ICC. 3.3. Tesis que se sustentan sobre la ICC. 4. La ICC como procedimiento interpretativo. 4.1. Operaciones de Interpretación en abstracto. 4.2. Operaciones de interpretación en concreto. 5. A modo de conclusión: las decisiones de los intérpretes.

1. Introducción

Este es un artículo de teoría de la interpretación jurídica. El objeto de estudio es el denominado principio de interpretación conforme a la Constitución. Entendemos que ese principio es un procedimiento de interpretación correctora que ajusta el contenido normativo de disposiciones infraconstitucionales (legales) a un patrón de constitucionalidad preestablecido. De este modo, este artículo trata solo de forma incidental el procedimiento de interpretación constitucional que adecua el contenido normativo de estas disposiciones a un patrón normativo internacional y/o de convencionalidad establecido por instancias supranacionales de protección de derechos fundamentales¹. Además, se excluyen de forma deliberada del análisis las

¹ En México, Ferrer Mac-Gregor (2011, p. 549) señala sobre la interpretación conforme de la Constitución con los tratados internacionales: «podríamos sintetizarla como la técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en tratados internacionales y sobre derechos humanos signados por los Estados, así como

relaciones entre la interpretación conforme y otros principios o técnicas de interpretación y otros asuntos constitucionales como el bloque de constitucionalidad².

El texto muestra que el denominado principio de interpretación conforme a la Constitución —en adelante ICC— es un procedimiento o una secuencia de actividades interpretativas y no un único canon, criterio, directiva o una única operación interpretativa. La investigación es orientada por tres preguntas: ¿Cómo entiende la dogmática latinoamericana la ICC? ¿La ICC puede reconstruirse como un conjunto más o menos ordenado de operaciones de interpretación? Y si la respuesta a la pregunta anterior es afirmativa, ¿Cómo se ordena u organiza este conjunto de operaciones?

Para desarrollar la investigación nuestro punto de partida es trivial. La definición de interpretación conforme que da el Diccionario Panhispánico de Dudas de la Real Academia de la Lengua Española, donde el lema «interpretación conforme» se define como:

(Adm). Criterio de interpretación de las normas utilizado por el Tribunal Constitucional para inclinarse por la más favorable a la Constitución. «Siendo posible dos interpretaciones de un precepto, una ajustada a la Constitución y la otra no conforme con ella, debe admitirse la primera con arreglo a un criterio hermenéutico reiteradas veces aplicado por este tribunal» (SSTC 4/1981, de 2 de febrero; 122/1983, de 16 de diciembre, FJ 6). «Es necesario apurar todas las posibilidades de interpretar los preceptos de conformidad con la Constitución y declarar tan solo la derogación de aquellos cuya incompatibilidad con ella resulte indudable por ser imposible llevar a cabo dicha interpretación» (SSTC 93/1994, FJ 5; y en el mismo sentido, 176/1999, de 30 de septiembre, FJ 3; 89/2004, de 25 de mayo, FJ 8; 133/2006, de 27 de abril, FJ 14; 189/2013, FJ1) (Real Academia Española, s.f.).

Considerando este punto de partida parece ser que la ICC es generalmente entendida como un único criterio o acto de interpretación de normas. Para cuestionar esta idea procedemos del modo siguiente. En la primera parte del texto, hacemos una selección de discursos dogmáticos sobre la ICC que han sido desarrollados por juristas latinoamericanos. A la colección de citas y referencias la denominamos *corpus* de investigación. El propósito del *corpus* es doble; por una parte, es una colección de evidencias textuales sobre el modo en que la dogmática entiende la ICC y, por otra parte, es un material que sirve de punto de partida a las operaciones de reconstrucción y análisis que hacemos más adelante. En la segunda parte del texto fijamos nuestras pretensiones y límites metodológicos fijando conceptos mínimos de la Escuela de Génova³ que usaremos en los apartados siguientes. Luego,

por la jurisprudencia de los tribunales internacionales». Otra definición de interpretación conforme como técnica de interpretación constitucional la dan Rodríguez, Puppo, Gama y Cerdio (2013, p. 29): «Con la expresión interpretación conforme hemos designado una técnica de interpretación por la que se realiza una operación de hacer compatible dos o más normas con una dirección de ajuste específica; es decir, una norma inferior que se interpreta conforme a una jerárquicamente superior». Ver también: Caballero (2013), Pou (2018) y Núñez (2017).

² La noción de «bloque de constitucionalidad» tiene varias formulaciones conceptuales. En principio, con la expresión bloque de constitucionalidad nos referimos al entramado de reglas y principios que, sin establecerse explícitamente en la Constitución, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes y estándares de protección de los derechos fundamentales, por cuanto han sido incorporados a través de la práctica constitucional o por mandato derivado de la propia Constitución. Tomamos el concepto de la forma en que lo ha desarrollado particularmente la Corte Constitucional colombiana a partir de 1995. Arango (2004, pp. 79-102). Una noción parcialmente diferente es la que formulan Aguilar (2013) y Nogueira (2015).

³ Escuela de Génova es una expresión que designa un conjunto de autores y trabajos desarrollados por los discípulos de Giovanni Tarello en la *Università degli studi di Genova*. Ella ha ganado carta de

reconstruimos y elucidamos los presupuestos teóricos sobre las cuales se basan los discursos dogmáticos y las tesis mínimas que les son comunes. De este modo, buscamos mostrar lo que tienen en común discursos dogmáticos que parecen ser heterogéneos. En la tercera parte del trabajo presentamos una reconstrucción analítica de la ICC mediante una propuesta de flujo de toma de decisiones desde el punto de vista del juez. Así, intentamos elucidar los pasos que el juez debe dar para ejecutar el procedimiento interpretativo de la ICC. Al finalizar establecemos conclusiones sobre cómo la dogmática ha estudiado este procedimiento de interpretación de la ley.

Tres breves prevenciones antes de cerrar este apartado. Todo texto tiene, explícita o implícitamente, elecciones metodológicas tributarias de diferentes presupuestos teóricos y valorativos. Este trabajo no es la excepción. Creemos que la utilidad y originalidad del artículo descansa en que focaliza el examen en el discurso dogmático-jurídico latinoamericano por una doble razón: en primer lugar, porque se encuentra subrepresentado en la literatura especializada; y, en segundo lugar, porque creemos que el constitucionalismo latinoamericano tiene una pretensión transformadora (von Bogdandy, 2022, pp. 11-19) en la que juega un papel importante la ICC. Por otro lado, el trabajo se sostiene en el realismo genovés⁴. Esto es una elección fundada. Más adelante quedará claro el porqué de esta opción, sin perjuicio de ofrecer al lector otros puntos de vista en notas a pie. Finalmente, hemos excluido del análisis la conexión que hay entre el modo en que se comprenda la jurisdicción constitucional y la ICC. Tratarlo debidamente excede, con creces, la extensión de este artículo⁵.

2. Selección de discursos dogmáticos

En este apartado recopilamos trabajos dogmáticos sobre la ICC de juristas latinoamericanos. La colección no es una panorámica exhaustiva que represente a todo el continente por razones que explicamos más abajo.

2.1. Limitaciones

No hemos hecho un panorama exhaustivo del trabajo de los juristas latinoamericanos⁶. Nuestra pretensión es más modesta: describir un fragmento del estado del arte sobre la ICC en un área geográfica que comparte algunas cualidades de su cultura jurídica (López, 2004). No podemos ir mucho más allá de este objetivo en razón de la heterogeneidad de los medios de producción y circulación de las obras dogmáticas en los diversos países⁷.

La búsqueda del material la hemos realizado mediante buscadores generales y especializados de la Internet. Esto incluye bases de datos de bibliotecas,

ciudadanía en la literatura de teoría del derecho que circula en italo-hispanoamérica a partir del trabajo de Barberis (2000; 2002; 2011). Ver también Bouvier (2011) y Sardo (2019).

⁴ El uso de los conceptos genoveses da fundamento al trabajo. Sin embargo, la reconstrucción de la ICC no es totalmente genovesa. Esta limitación obedece a una razón: la máxima analiticidad genovesa limita en exceso la accesibilidad del trabajo a lectores que no dominan ese marco conceptual. Así, hemos decidido realizar un ejercicio solo parcialmente analítico.

⁵ Sobre este punto, véase Gascón (1994).

⁶ Hemos limitado la búsqueda de autores brasileños a trabajos escritos en español para evitar los problemas metodológicos asociados a la traducción del material desde el portugués. Desafortunadamente no hemos encontrado trabajos con estas cualidades.

⁷ En Chile, por ejemplo, la producción dogmática reciente circula en revistas indexadas en bases de datos como *Wos*, *Scopus*, *Scielo* y *Latindex*, mientras que la producción dogmática de países como Ecuador o Bolivia se concentra en libros especializados y literatura gris que es muy difícil de recopilar si no se tiene acceso físico a los documentos.

repositorios de universidades y entidades públicas y privadas e índices de publicaciones periódicas. También hemos recurrido a un método de búsqueda tradicional como lo es la revisión de los listados de referencias bibliográficas de las obras estudiadas. Para hacer las búsquedas hemos usado como palabras clave: interpretación conforme a la constitución; interpretación de la constitución; interpretación de la ley; interpretación constitucional; interpretación adecuada e interpretación correctora⁸.

Nos hemos limitado a estudiar discursos de juristas latinoamericanos por dos razones. En primer lugar, parece que los trabajos dogmáticos latinoamericanos están sub-representados en la literatura de teoría del derecho y de derecho constitucional. Al revisar los ejemplos y los casos de los cuales se sirven los teóricos del derecho para ilustrar a la teoría del razonamiento jurídico en general y a la teoría de la interpretación jurídica en particular, se puede observar que los ejemplos latinoamericanos son escasos; tanto en relación con la dogmática como con la jurisprudencia. Lo más habitual es que los teóricos del derecho usen posiciones dogmáticas y decisiones jurisprudenciales de Europa central (*civil law*) y de Estados Unidos e Inglaterra (*common law*) y, entonces, que dejen de lado la producción latinoamericana para ilustrar y poner a prueba sus razonamientos⁹.

En segundo lugar, la dogmática latinoamericana de derecho constitucional merece ser investigada por razones teóricas y metodológicas. Primero, por el surgimiento de un movimiento de constitucionalismo específicamente latinoamericano, el denominado «constitucionalismo transformador» que se apoya en una variante de interpretación conforme¹⁰ como uno de sus conceptos jurídicos centrales (von Bogdandy, 2021; 2022). Segundo, porque en algunos ordenamientos jurídicos latinoamericanos se produce una duplicidad de técnicas de interpretación conforme.

En muchos ordenamientos jurídicos latinoamericanos, la legislación debe ser interpretada conforme a la Constitución y, al mismo tiempo, existe una norma que establece que la Constitución misma debe ser interpretada conforme a patrones normativos de derecho internacional de los derechos humanos¹¹. En estos ordenamientos concurren dos ICC diversos si se cumplen dos condiciones: (i) El ordenamiento tiene una norma constitucional que permite la ICC y que autoriza el ajuste del material infra-constitucional y, (ii) Existe una norma metaconstitucional que permite modificar el material constitucional ajustándolo a patrones internacionales de protección de los derechos humanos¹².

Finalmente, hay que señalar que una descripción detallada de la jurisprudencia es indispensable para dar cuenta de la ICC en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos. Sin embargo, no citamos ni analizamos la jurisprudencia por su complejidad, diversidad y extensión. Es inabarcable una reconstrucción de los

⁸ Ante el problema de selección del material hemos preferido documentos disponibles por la Internet que textos en formato de libro por una razón de control metodológico: el lector interesado puede acceder a los textos que hemos estudiado con mayor facilidad.

⁹ Un ejemplo reciente es el trabajo de Duarte d' Almeida (2021) que usa decisiones del *common law*.

¹⁰ Aquí se trata de la técnica de interpretación constitucional que ajusta las normas constitucionales a patrones normativos internacionales.

¹¹ Remitimos al lector a Nogueira (2015).

¹² Hay ordenamientos jurídicos latinoamericanos que no cuentan con estas propiedades. Esto ocurre, por ejemplo, en Chile donde la jerarquía normativa de los tratados internacionales de derechos humanos es una norma implícita construida por la doctrina y la jurisprudencia y, entonces, aunque existen vaivenes y contradicciones en las decisiones del tribunal constitucional, la posición más o menos dominante considera que los instrumentos internacionales tienen rango inferior a la constitución, pero superior a la legislación interna. Cfr. Henríquez (2008). Esta descripción coincide con la realizada por Pérez (2018).

modos de argumentar y los puntos comunes de un conjunto de órganos de justicia constitucional que operan con amplios márgenes de diversidad. Piénsese, solo a modo de ejemplo, en las diferencias que hay en los órganos de justicia constitucional de los países más australes¹³: en la diversidad de los tribunales constitucionales de Chile, Perú y Bolivia por un lado y en las Cortes Supremas de Uruguay y la Argentina por el otro.

2.2. Discursos dogmáticos seleccionados

Organizamos el material identificando los países de origen solo por una cuestión de orden. Usamos una distribución geográfica de norte a sur para la presentación y dejamos a Chile al final.

En México hay dos niveles de interpretación conforme. La ley se ajusta a la Constitución y la Constitución a las normas internacionales de derechos humanos¹⁴.

García, citando a Caballero, caracteriza la ICC diciendo que:

El propósito de la interpretación conforme se puede establecer desde dos ámbitos: el asegurar la integración normativa entre derechos, especialmente entre los elementos normativos que conforman los referentes de interpretación (Constitución y tratados internacionales); y, el resolver las tensiones, conflictos o antinomias que se presenten entre los mismos. En los sistemas de justicia constitucional antes citados, sin que ello sea restrictivo, el principio de interpretación conforme se ha convertido en uno de los más relevantes de la jurisprudencia constitucional, ya que en virtud de él se precisa agotar las posibilidades de solución que permitan mantener el texto o acto impugnado en toda su vigencia. Su empleo ha sido la fuente de toda una tipología de sentencias interpretativas emanadas de los tribunales constitucionales, a través de las cuales se perfilan algunas de las características que el corpus jurisprudencial y la doctrina han ido asentando. En ellas se deja ver que las cortes o tribunales constitucionales están facultados no solo para decidir si una ley vulnera o no el texto constitucional, sino también para interpretar estas con el fin de pronunciarse acerca de cuál o cuáles son las interpretaciones constitucionalmente admisibles y cuál o cuáles deben rechazarse (García, 2021, p. 116).

Por su parte Serrano pone el énfasis en la certeza planteando que «el método de interpretación conforme a la Constitución se basa en la necesidad de conservar la unidad del ordenamiento jurídico; interpretaciones, aún de una lógica rigurosa, pierden sentido si no pueden ser estructuradas dentro del funcionamiento general establecido por la Constitución» (Serrano, 2007, p. 8).

De acuerdo con Miranda y Navarro:

Si la interpretación conforme es un principio, entonces ¿qué se entiende por principio? Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. [...] La expresión interpretación conforme a la Constitución se refiere al principio interpretativo por el

¹³ Ya sea en razón de sus diferentes configuraciones estatales ya en virtud de sus diferentes culturas jurídicas internas.

¹⁴ Hay autores que no aprecian estos dos niveles o solo tratan uno de ellos en su investigación. Por ejemplo, Núñez señala: «La interpretación conforme es aquella técnica de interpretación de los derechos constitucionales que exige su conformidad a los tratados internacionales de derechos humanos [...]» (Núñez, 2017, p. 30). Otro ejemplo es Araya quien sostiene: «La primera aproximación a la interpretación conforme a los derechos humanos puede abordarse de acuerdo a los contenidos en la CADH, aunque insistimos que no es la única fuente de ellos [...]» (Araya, 2021, p. 265). Ocurre algo similar con Henríquez (2015).

cual, entre varios sentidos posibles de una norma jurídica, debe aceptarse aquel que mejor se adapte al texto constitucional (Miranda y Navarro, 2014, p. 73).

También en México Cervantes señala:

Nuestra corte constitucional tiene una serie de principios de interpretación que ayudan a que las normas obsoletas puedan tener vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, el principal es el principio de interpretación conforme, que reza que de todas las posibles interpretaciones que una norma pueda tener, debe escogerse la que haga compatible dicha norma con la constitución, para que pueda seguir vigente en el ordenamiento y así conservar su eficacia normativa (Cervantes, 2021, p. 108).

En Costa Rica, Orozco ha señalado:

[...]de conformidad con la Constitución, los supuestos de interpretación constituyen aquellas hipótesis en que, al aplicar una ley, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, el juez ordinario o el tribunal constitucional lo hacen en la medida en que se ajuste o adecúe al texto fundamental, por lo que, en caso de una aparente contradicción entre ambos tipos de normativa, el o la intérprete debe desechar aquellas voces interpretativas no compatibles con la Constitución, escogiendo las que sí lo son (Orozco, 2020, p. 23).

En Colombia, según Fuentes-Contreras, la Corte Constitucional:

ha empleado la noción de la interpretación conforme como un principio constitucional. Para tal fin, expresa que dicho principio se desprende del artículo 4 de la Constitución Política de Colombia de 1991, y se encargaría, ante la multiplicidad de interpretaciones de una norma, de que existan dos deberes diferenciables para los operadores jurídicos: el primero, es una obligación positiva o de hacer que se materializa en la escogencia de aquella interpretación que tenga un mayor grado de adecuación a los preceptos constitucionales; y, el segundo, será una obligación negativa o de no hacer, que involucra el deber de abstenerse de implementar una interpretación abierta y razonablemente contradictoria a la Constitución (Fuentes-Contreras, 2021, pp. 348-349).

Ello implica varias pautas dirigidas al intérprete. Primero, toda interpretación que no sea conforme a la Constitución debe ser descartada. Segundo, ante dos interpretaciones posibles de una norma, el juez se debe inclinar por aquella que, en forma manifiesta, resulte más adecuada a los mandatos superiores. Tercero, en caso de dos o más interpretaciones que sean, en principio, igualmente constitucionales, el juez, en ejercicio de su autonomía funcional, deberá escoger en forma razonada aquella que considere mejor satisface los dictados del constituyente en el caso concreto (Fuentes-Contreras, 2021, p. 348)¹⁵.

En Ecuador, según Blacio:

el PIC puede ser definido de dos maneras: 1. Por un lado, puede verse como una herramienta para controlar que en ningún caso una norma pueda adoptar una interpretación contraria a la Constitución. El ICC permite que el juez constitucional encuentre un criterio de interpretación de la Constitución para hallar el sentido de la disposición legislativa conforme con la norma suprema y asignar un sentido interpretativo a una disposición legal (Blacio, 2022, p. 30).

¹⁵ En el fragmento citado, el autor cita decisiones de la Corte Colombiana. Sentencias C273/99, C-867/01, T-982/01, C-878/11, C-1026/01, T-248/03, T-334/03, T-055/05, C-1153/05, C-038/06, C-076/08, C-444/09, SU539/12, C-967/12, T-632/13, C-172/17, C-250/19. Sentencia T-191 del 20 de marzo de 2009, Sentencia C-273 de 1999, Sentencia C-1026 del 26 de septiembre de 2001, Sentencia T-248 de 2003.

En Perú, Blume señala que el principio de ICC tiene dos limitaciones, i) el respeto al texto o disposición del precepto legal enjuiciado y del espíritu o finalidad de este, ii) la necesidad de una argumentación jurídica sólida que de sustento a la interpretación planteada. «Asimismo, debemos tener en cuenta que el principio de interpretación conforme a la Constitución, antes que la elección de la interpretación más correcta de la ley apunta más bien al descarte de aquellos sentidos interpretativos que resultan incompatibles con la Norma Fundamental» (Blume, 2015, p. 202). En Chile, han desarrollado aspectos vinculados a la ICC Ribera (1989), Zapata (2008), Correa (2009), Carmona (2012), Silva (2014), Fernández (2016) y de forma incidental Bronfman (2011), Henríquez (2015), Araya (2021) y Busch (2021)¹⁶.

Zapata en su libro de 2008 analiza las «sentencias interpretativas» del Tribunal Constitucional chileno y asocia la ICC a la presunción de constitucionalidad de la ley. Así señala que:

En efecto, preferir la interpretación conforme a la disconforme no es otra cosa que atribuir al legislador, en principio, y salvo prueba argumental en contrario, la virtud de obrar de acuerdo con la Carta Fundamental [...] Por otra parte, la sentencia interpretativa parece ser un instrumento idóneo para que el TCCh tenga frente al legislador una “deferencia razonada”, sin dejar por ello de cumplir su función de velar por la supremacía constitucional. Finalmente, cabe estimar ciertas consideraciones prácticas, que podríamos llamar de economía jurídica, que parecen justificar la sentencia interpretativa. En efecto, el mejor y más fluido funcionamiento del aparato estatal sugiere que, ante normas jurídicas que plausiblemente pueden ser interpretadas tanto en conformidad como en contrariedad con la Carta Fundamental, deba preferirse siempre aquella lectura que no entorpece ni descarrila el curso legislativo que resulta de la libre concurrencia de las distintas fuerzas políticas. (Zapata, 2008, pp. 327-328).

En tanto Carmona (quien fue ministro del Tribunal Constitucional chileno entre 2009 y 2018 y su presidente entre los años 2014 y 2017) estudia la ICC como una manifestación de autorrestricción del Tribunal Constitucional chileno y lo caracteriza con ese propósito. A su juicio, junto a la presunción de constitucionalidad, la ICC expresa la decisión del Tribunal Constitucional de Chile en orden a no usar sus potestades de forma expansiva o maximalista. Carmona señala que la ICC es:

[un] principio de interpretación [en cuya virtud] el Tribunal debe buscar la interpretación de las normas que permitan resolver, dentro de lo posible, su conformidad con la Constitución; no cabe pronunciarse por la inconstitucionalidad de una norma, si la misma admite, correctamente interpretada, una lectura conforme a la Carta Fundamental.» Así, a su juicio, el Tribunal Constitucional chileno ha sido muy estricto «al momento de establecer los criterios interpretativos que puedan llevarlo a derogar una ley por contraponerse a la Constitución. Estos criterios son, en primer lugar, el de última ratio. La declaración debe ser el último recurso para asegurar la primacía constitucional. Está en juego, de un lado, un acto emanado del órgano legislativo, expresión irrecusable de la soberanía popular; del otro, la seguridad jurídica, por el vacío normativo que produce la desaparición de la norma. El Tribunal debe agotar las interpretaciones que permitan armonizar el precepto con la Carta Fundamental, de modo que si desde ninguna perspectiva o interpretación, ello no es posible, haga la aclaración. El Tribunal debe ponderar la conveniencia para el interés público y la plena vigencia del estado de derecho, la derogación de la norma. En segundo lugar, requiere

¹⁶ No analizamos los trabajos de Ribera, Correa, Bronfman, Henríquez, Araya y Busch, porque sus estudios no desarrollan de forma directa una noción de ICC en tanto técnica de interpretación. Cada uno de ellos trata el ICC de forma tangencial al objetivo de su investigación. Por ejemplo, Ribera analiza tipos de sentencias del Tribunal Constitucional chileno y señala que la interpretación conforme a la constitución es la prevención «de carácter general que el Tribunal realiza para que un precepto o una institución jurídica sea interpretado de una determinada manera» (Ribera, 1989, p. 220).

una evaluación de las consecuencias, pues la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su supervivencia. En tercer lugar, la inconstitucionalidad debe serlo en todo evento y modalidad de aplicación; debe existir una incompatibilidad radical (Carmona, 2012, pp. 116-118).

Fernández, por su parte, ha caracterizado la ICC diciendo:

Podemos comenzar, de acuerdo con Wróblewski, definiendo la ICC como un tipo de interpretación en sensu estricto, es decir, como una comprensión de entidades lingüísticas sobre las cuales existen dudas acerca de su significado. Esta duda interpretativa, de acuerdo con la formulación de la ICC en el derecho estadounidense, puede consistir en la concurrencia de dos o más interpretaciones del texto infraconstitucional, donde al menos una de ellas resulta inconstitucional y otra válida (*classical avoidance*); o cuando la interpretación más correcta, desde el punto de vista de los cánones clásicos, plantea serias dudas sobre su constitucionalidad (*modern avoidance*). En este caso, el TC interpretará la norma de tal manera que se evite la declaración de inconstitucionalidad, aunque se aparte claramente de esta interpretación. (Fernández, 2016, p. 156).

Quizás el trabajo más exhaustivo sobre la interpretación conforme es el realizado por Silva, quien señala:

El principio de interpretación conforme no tiene un significado unívoco: con el mismo nombre se expresan realidades parcialmente distintas. La interpretación conforme puede entenderse como un resultado y como un deber. Y en cuanto deber, puede entenderse en un sentido amplio y en otro restringido (Silva, 2014, p. 440).

Para Silva, la ICC en tanto resultado es el resultado de la actividad interpretativa que contrasta la validez de la norma legal interpretada. En tanto deber, la ICC implica que todo órgano del Estado tiene que verificar si las normas que aplica están conformes con la Constitución y, en este sentido, la ICC es expresión de la supremacía constitucional. A juicio de Silva, la ICC puede entenderse como un deber en un sentido amplio cuando se establece que el intérprete «no puede aplicar una norma que sea incompatible con la Constitución» (Silva, 2014, p. 441) mientras que es un deber restringido cuando el intérprete debe esforzarse por «hallar en las normas un sentido que sea conforme con la Constitución» (p. 441). Finalmente, el mismo autor afirma que la ICC es «unidireccional porque la Constitución no puede ser interpretada conforme con la ley» (p. 443)¹⁷.

3. Una reconstrucción de la dogmática latinoamericana sobre la ICC

En el apartado anterior hicimos una panorámica de algunas conceptualizaciones que circulan en torno a la ICC que han sido elaboradas por dogmáticos latinoamericanos. La selección muestra un hecho: los discursos dogmáticos asignan propiedades diversas a la expresión «interpretación conforme a la constitución» (ICC). Para identificar y reconstruir estas ideas en torno a tesis comunes primero fijaremos un marco conceptual mínimo. Segundo, aplicando ese marco conceptual, reconstruimos los presupuestos en que se asienta el discurso dogmático e identificamos tesis defendidas por ese discurso. Esta distinción tiene por objeto disolver un problema metodológico: los discursos no mencionan ni desarrollan las mismas propiedades. Entonces, para evitar generalizaciones apresuradas usamos la distinción entre los

¹⁷ Esta afirmación es metodológicamente problemática, porque niega el uso interpretativo de las definiciones contenidas en las fuentes formales infraconstitucionales. No profundizaremos en ella porque se aleja de nuestro objetivo de investigación. Sobre las definiciones legales desde una perspectiva analítica ver Ataoğlu (2021).

presupuestos implicados en las conceptualizaciones de la ICC y las tesis que, según la dogmática, caracterizan la ICC.

Los presupuestos son concepciones sobre el orden jurídico; sobre las disposiciones jurídicas (legales y constitucionales), sobre las normas jurídicas (legales y constitucionales) y sobre la actividad de interpretar la constitución. Las tesis, en cambio, son afirmaciones sobre lo que la ICC es, sobre los elementos que integran la ICC o sobre la utilidad o función que cumple la ICC. En general, pensamos que las tesis deben entenderse como enunciados con un significado minimal, porque no buscan describir de forma pormenorizada todos los significados implicados en los discursos dogmáticos estudiados, sino que solo pretenden evidenciar los puntos comunes entre el conjunto de discursos seleccionado.

3.1. Marco conceptual mínimo

La Escuela de Génova es una corriente de teoría del derecho que cultiva una variante de realismo jurídico (Sardo, 2019). Aquí presentamos algunas de sus distinciones conceptuales básicas con el propósito de usarlas en el análisis de los discursos dogmáticos expuestos en el apartado anterior. Por razones de espacio no podemos ser exhaustivos. Entonces, remitimos al lector interesado a la literatura especializada¹⁸.

Usamos y extendemos las nociones de la Escuela de Génova por cuatro razones metodológicas. En primer lugar, es una variante de realismo jurídico que materializa tesis escépticas sobre la interpretación jurídica. Así, distingue de forma radical las preguntas qué es y qué debería ser el derecho (Guastini, 2016). Podemos, entonces, solo responder a la primera pregunta. En segundo lugar, considera que los dogmáticos y los jueces son creadores del derecho (Tarello, 2018). Esto permite observar con más detalle la función de los discursos dogmáticos en las comunidades jurídicas en las que ellos circulan. En tercer lugar, los conceptos de la Escuela de Génova han sido diseñados para pesquisar las áreas de decisión discrecional de los intérpretes y la expresión de una política del derecho en esas áreas. Así, la visión genovesa de la actividad interpretativa permite dejar de manifiesto cómo es que los compromisos ideológicos de los intérpretes se expresan en la actividad interpretativa (Chiasoni, 2010; Tarello, 2018). Finalmente, en cuarto lugar, la opción por la Escuela de Génova es coherente con nuestro propósito: describir y reconstruir el discurso de la dogmática construyendo un metalenguaje cuidadoso de no evaluarla, criticarla o tomar partido dentro de los posibles debates¹⁹.

En síntesis, el marco conceptual de la Escuela de Génova nos permite entonces describir y reconstruir los discursos dogmáticos sin evaluarlos ni criticarlos. Observar cómo ellos expresan una política del derecho y reconstruir las operaciones de interpretación implicadas en la interpretación conforme sin la necesidad de comprometernos con la corrección del resultado de esa actividad.

Son ocho las distinciones necesarias para el análisis de los discursos dogmáticos que hemos recopilado. Ellas son las siguientes:

1) Disposiciones y normas (Guastini, 2016, p. 49). Una disposición es un enunciado normativo o un texto que es parte de las fuentes formales y que una norma

¹⁸ Un análisis fino de los discursos dogmáticos requeriría, por ejemplo, analizar el influjo de la obra de juristas europeos y, especialmente españoles en la conceptualización del ICC. No podemos hacer ese análisis porque escapa al objetivo de este manuscrito. Con todo, recomendamos la lectura de García de Enterría (1979) como punto de partida para esa línea de trabajo.

¹⁹ Sobre la noción de metalenguaje en la Escuela de Génova, véase Agüero (2023).

es el significado adscrito a una disposición²⁰. Así, todo artículo o fragmento de una ley o de la constitución debe ser interpretado. Se torna borrosa la distinción entre creación y aplicación del derecho (Guastini, 1999a) y, entonces, se entiende que las normas jurídicas son producto del trabajo interpretativo y constructivo de juristas y jueces y, además, es perfectamente posible, que una misma disposición sea interpretada como una regla o como un principio según las necesidades operativas del intérprete.

2) La constitucionalización del ordenamiento jurídico. Guastini define la noción de constitucionalización como un proceso en cuya virtud «el ordenamiento en cuestión resulta totalmente «impregnado» de las normas constitucionales» (Guastini, 2001). Así, un ordenamiento constitucionalizado es aquel cuya constitución regula el comportamiento de autoridades y ciudadanos y se extiende a todas las dimensiones de la vida política y social. Además, donde la constitución determina la validez de todas las fuentes formales. Guastini indica siete rasgos de un orden jurídico constitucionalizado. El sexto es la interpretación conforme a la constitución. En otro trabajo, Guastini define interpretación conforme diciendo que es un procedimiento que establece que las leyes ordinarias deben ser interpretadas de tal forma que su contenido normativo sea coherente con la constitución previamente interpretada (Guastini, 2006).

3) Los modelos de Constitución. Se distinguen cuatro modelos. Dos de ellos entienden a la Constitución como un hecho y las otras dos como una norma jurídica. Dentro de estas dos últimas hay una subdistinción. Aquel modelo de constitución que no le atribuye carga valorativa a la norma constitucional (modelo descriptivo de la constitución como norma) y aquel modelo que sí le atribuye una carga valorativa positiva a la norma (modelo axiológico de la constitución como norma) (Comanducci, 2010, pp. 171 y ss.). La ICC opera, entonces, solo dentro del modelo axiológico de la constitución como norma, porque exige al intérprete realizar de forma alternativa o conjunta dos conjuntos de operaciones: (a) corregir el significado atribuido a una disposición usando criterios materiales, axiológicos y/o teleológicos; (b) construir una jerarquía material, axiológica o teleológica entre las normas conformes²¹.

4) Interpretar e integrar el derecho²². Interpretar es traducir²³, es decir, atribuir un significado a las disposiciones. En cambio, integrar el derecho es construir o crear nuevas normas jurídicas en sede de aplicación del derecho²⁴. Ambas operaciones son extremos de un continuo, de forma tal que la zona intermedia considera operaciones que, en algunos contextos, se consideran interpretación correcta y, en otros, interpretación declarativa.

5) Interpretación declarativa y correctora. La distinción es difusa. *Prima facie*, es declarativa la interpretación que produce una norma que cabe dentro del significado ordinario de las palabras usadas en la disposición interpretada. Si la norma resultante no cabe dentro del significado ordinario, la actividad interpretativa ha sido correctora de ese significado. En diferentes comunidades jurídicas las mismas operaciones interpretativas pueden ser calificadas como declarativas o correctoras según sean los usos vigentes entre los juristas. De esta manera la distinción no es

²⁰ Usamos las palabras «noma»; «significado» e «interpretación-resultado» como sinónimas. Chiassoni (2011); Guastini (1999b); Guastini (2016).

²¹ Explicamos estas operaciones más abajo.

²² En la terminología guastiniana la integración del derecho se denomina construcción jurídica Cfr. Guastini (2015).

²³ Una revisión de la noción de traducción en la obra de Guastini se realiza en Agüero (2018).

²⁴ Más adelante explicaremos las operaciones que es necesario realizar para que una norma indeterminada pueda integrar un razonamiento jurídico.

conceptual, sino que contingente a un conjunto de usos y evaluaciones sobre las técnicas de interpretación.

6) Interpretación en abstracto e interpretación en concreto. La interpretación en abstracto es la atribución de significado a las disposiciones, mientras que la interpretación en concreto consiste en la subsunción de un caso individual en una norma. En la obra de Guastini, la interpretación en abstracto tiene prioridad lógica sobre la interpretación en concreto²⁵.

7) Negación de la distinción cualitativa entre interpretación de la ley e interpretación de la constitución. En las obras de la escuela genovesa se niega la distinción entre interpretación de ley e interpretación constitucional como una diferencia cualitativa, fuerte o vinculada a la naturaleza de la actividad. En general, se considera que la diferencia es débil. Ella se vincula a los tipos de técnicas de interpretación que son usadas de forma preferente por los intérpretes y a los efectos normativos que se producen a partir de estas actividades (Guastini, 2008).

8) Reglas y principios. Esta distinción es construida desde un punto de vista interpretativo. Si las normas son el resultado de la actividad interpretativa, afirmar que una norma es un principio o una regla es parte del resultado de esa actividad y no un problema ontológico u estructural (Commanducci, 1998)²⁶.

3.2. Presupuestos sobre los que se conceptualiza la ICC

Conceptualizar la ICC como técnica de interpretación solo puede hacerse desde seis presupuestos teóricos²⁷. El primero, dice relación con la jerarquía entre normas como estructura del orden jurídico. El segundo, es el modelo de constitución como norma jurídica con una carga axiológica positiva. El tercero, trata sobre las actividades de interpretar las disposiciones constitucionales y legales como diferenciadas y en estricta subordinación. El cuarto, trata sobre la existencia de multiplicidad de significados que pueden atribuirse a una misma disposición (o a un conjunto de disposiciones) legales y a la posibilidad construir una antinomia entre una norma legal y una norma constitucional. El quinto trata sobre la jerarquización de las interpretaciones atribuidas a una disposición.

- Primer presupuesto. La supremacía constitucional. Existen relaciones de superioridad o supremacía entre la constitución y las normas de rango legal. Estas relaciones de supremacía son, típicamente tres: formal, material y axiológica²⁸. Así, la relación de conformidad o ajuste entre las normas legales y las constitucionales es la expresión de esta triple relación jerárquica: formal, material y/o axiológica. La supremacía formal es la vigencia del aforismo *lex superior* debido a la delegación de competencias del constituyente al legislador. La supremacía material establece que las normas legales no pueden ser lagunosas o incompatibles con los contenidos reglados por las normas constitucionales. La supremacía axiológica, por su parte,

²⁵ Esto ha sido discutido por los críticos de Guastini. Una revisión de las críticas en Sardo (2019).

²⁶ La inabarcable disputa taxonómica entre principios y reglas no puede ser abordada aquí, pero apuntar unas mínimas notas bibliográficas sobre esta polémica es necesario. Dos trabajos fundamentales se encuentran en el inicio de esta discusión que se ha expandido al concepto mismo del derecho. Por una parte, encontramos el ensayo *El modelo de las reglas I* de Dworkin, incorporado en *Taking Rights Seriously* (1978, pp. 22-28) y, por otra, el trabajo de Alexy (2002, pp. 81-115). En torno a estas dos obras fundamentales, se ha generado una abundante bibliografía, entre las que podemos destacar por su afán exhaustivo Atienza y Ruiz Manero (2004, pp. 23-50) y Atienza (2013, pp. 301-305). Una visión positivista incluyente puede verse en Moreso (2009, pp. 267-284). Para un examen crítico que niega la distinción cualitativa entre reglas y principios puede verse García (2010).

²⁷ Naturalmente, este listado de presupuestos teóricos no es exhaustivo ni taxativo.

²⁸ Estas relaciones de supremacía son tratadas por Guastini (1995).

implica que las normas legales no pueden obstaculizar o ser incompatibles con los fines y/o los valores ético-políticos (explícitos o implícitos) de las normas constitucionales. También es posible una supremacía lógica entre la constitución y la ley, pero esa relación es menos frecuente en razón del modo en que se escriben las disposiciones constitucionales. Por regla general las constituciones carecen de textos que los juristas identifiquen como expresivos de definiciones Ataoğlu (2021). Estas relaciones de supremacía entre las normas constitucionales y las normas legales fundan relaciones de ajuste del tipo: (i) coherencia axiológica; (ii) consistencia lógica; (iii) idoneidad pragmática; (iv) realización o instanciación de propósitos o adscritos a las normas constitucionales u otras relaciones de ajuste análogas.

- Segundo presupuesto. Sobre la constitución como norma con carga axiológica positiva. La Constitución no es solo un acuerdo político, sino que es una norma jurídica que establece derechos, posiciones jurídicas y obligaciones que pueden ser reclamados judicialmente. Además, ella expresa valores y contenidos ético-políticos que son considerados como axiológicamente valiosos por los miembros de la comunidad política (Commanducci, 2010, pp. 171-173). Los valores ético-políticos que, estando en tensión, influyen en cómo se conceptualiza el proceso de ICC son tres: (i) la democracia como parte de la conformación del proceso de creación de normas, porque ella fundamenta que la interpretación de las disposiciones legales preserve el material legislativo vigente; (ii) la seguridad jurídica en términos de guiar el proceso de depuración del sistema jurídico evitando o resolviendo las inconsistencias e incoherencias entre las normas del orden jurídico y, (iii) la maximización de la protección de los derechos fundamentales de las personas asegurados por la constitución frente a la actividad estatal y de los particulares, porque fundamenta la interpretación constitucional *pro homine, pro persona o favor persona*²⁹.

- Tercer presupuesto. Sobre las actividades de interpretar disposiciones constitucionales y legales. En relación a la actividad de interpretar las disposiciones constitucionales, ella es una tarea que depende del modelo de constitución (Commanducci, 2010). La actividad interpretativa sobre la constitución tiene prioridad epistémica sobre la actividad de interpretar las disposiciones legales, porque solo con el resultado de la primera actividad interpretativa (una norma o un parámetro constitucional) es posible evaluar el grado de ajuste de las normas de rango legal. Es importante considerar que la actividad de interpretar disposiciones legales es reglada y orientada a dos objetivos (complementarios y en tensión): preservar la vigencia del material legislativo y dar seguridad jurídica. Entonces, en todo sistema jurídico rigen, al menos, tres normas³⁰ que regulan la actividad interpretativa: (i) La norma que ordena presumir la constitucionalidad de las disposiciones legales y/o de las normas jurídicas a ellas atribuidas por los intérpretes³¹; (ii) La norma que ordena al intérprete conseguir la máxima conservación del material legislativo como un objetivo de la actividad interpretativa sobre disposiciones legales y, (iii) La norma que ordena garantizar la seguridad jurídica, primero, evitando las incoherencias e inconsistencias

²⁹ A juicio de Aguilar y Nogueira (2016, p. 18) el principio favor persona opera como principio de preferencia interpretativa y como preferencia normativa. En tanto principio de preferencia interpretativa, actúa con dos formas de expresión: la interpretación extensiva de los derechos y la interpretación restrictiva de los límites a los derechos. En relación con el principio favor persona como preferencia normativa, según estos autores, también tiene dos expresiones: la preferencia de la norma más protectora y la conservación de la norma más favorable. Hay que notar que en este punto Aguilar y Nogueira siguen a Sagüés (2002). Sobre el mismo principio en la doctrina latinoamericana es útil ver Medellín (2019).

³⁰ Estas normas pueden ser explícitas o implícitas según el ordenamiento de que se trate.

³¹ Nos referimos al denominado principio de presunción de constitucionalidad o de conservación de la ley. La discusión en Chile sobre este principio puede revisarse en Colombo (2001) Peña (2006) y Martínez (2014; 2015).

y, de no ser posible la evitación, resolverlas mediante la invalidación de la norma de jerarquía inferior.

- Cuarto presupuesto. Sobre la atribución de significados a las disposiciones legales y la construcción de una antinomia. Este presupuesto se compone de dos circunstancias conexas. Quien conceptualiza la ICC necesita aceptar, primero, que es posible atribuir a una disposición de rango legal varios significados o interpretaciones-resultado porque no hay una relación biunívoca entre disposiciones y normas (Guastini, 2016). Segundo, de hecho, es posible que algunas de las interpretaciones-resultado adscritas a una misma disposición de rango legal (o a un conjunto de disposiciones legales) puedan resultar conflictivas (incoherentes o antinómicas) con una norma constitucional.

- Quinto presupuesto. Sobre la jerarquía de las interpretaciones atribuidas a disposiciones legales. El conjunto de significados atribuidos a una disposición puede ser ordenado. Entonces, se puede componer una jerarquía de esos significados usando como criterio la coherencia con contenidos sustantivos o materiales y/o axiológicos fijados por la Constitución.

3.3. Tesis que se sustentan sobre la ICC

En este apartado reconstruimos los discursos dogmáticos seleccionados. Como ya hemos advertido, no es posible intentar una revisión detallada o pormenorizada, porque los discursos estudiados dan énfasis muy diversos a la configuración de la ICC. Entonces, nuestra pretensión es más simple: poner en evidencia los puntos comunes en el conjunto de discursos seleccionado.

- Primera tesis. La ICC es un principio. La ICC es una norma que la dogmática denomina como «principio» o «principio de la interpretación constitucional». Aquí la palabra «principio» no se usa como una norma abierta e indeterminada, sino en tres sentidos complementarios: (i) Como una norma fundamental o básica de todo el ordenamiento que es una expresión de (o se confunde con) la noción de supremacía constitucional³²; (ii) como una norma (explícita en alguna fuente formal) que regula la interpretación de la ley³³; (iii) Como un principio general del derecho (implícito) que carece de fijación en los documentos que componen las fuentes formales del orden jurídico³⁴ y, (iv) Como un mandato de optimización que ordena maximizar la preservación del material legislativo (González, 2017).

- Segunda tesis. Destinatarios de la ICC. La ICC es una norma cuyos destinatarios son la Corte Constitucional, los tribunales de justicia y todas las autoridades que aplican normas de rango legal a casos concretos conforme a las

³² Este sentido parece tener el influjo de García de Enterría (1979, p. 327) quien al respecto señaló: «la supremacía de la Constitución sobre todas las normas y su carácter central en la constitución y en la validez del ordenamiento en su conjunto, obligan a interpretar éste en cualquier momento de su aplicación —por Tribunales o por órganos legislativos o administrativos— en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los generales como los específicos referentes a la materia de que se trate».

³³ Este sentido depende de una cuestión contingente: la existencia de una disposición que fije tal norma en el orden jurídico.

³⁴ Este punto también parece deberse a la influencia de García de Enterría, quien afirmó que la interpretación conforme «[era] un verdadero principio general del ordenamiento que, por tanto, resulta de necesaria aplicación universal, también afectante, en consecuencia, además de a los Tribunales, a los operadores jurídicos públicos y privados de cualquier carácter, en cualquier aplicación del ordenamiento o de cualquiera de sus elementos» (García de Enterría, 1979, p. 328).

competencias del orden jurídico. También podrían considerarse destinatarios de la norma todos los privados que toman decisiones normativas en el tráfico jurídico³⁵.

- Tercera tesis. Facultades interpretativas que otorga la ICC. En el caso de constatar una disconformidad entre una norma legal y el parámetro constitucional la ICC manda al intérprete manipular, ajustar, modificar la norma que se atribuye a la disposición legal interpretada. Estas operaciones pueden hacerse mediante el uso de técnicas de interpretación correctora y/o mediante el uso de técnicas de construcción jurídica que creen normas implícitas que sean conformes con la constitución. Además, en caso de constatar una disconformidad entre algunas de las normas legales que se le atribuyen a una misma disposición y el parámetro constitucional, la ICC manda al intérprete preferir aquellas normas que se ajustan al parámetro constitucional.

4. La ICC como procedimiento interpretativo

Conforme a la reconstrucción de presupuestos teóricos y tesis que hemos presentado es posible afirmar que la ICC es una meta-norma, es decir, una norma que regula el uso de otras normas. También se puede afirmar que esa meta-norma regula un proceso de interpretación y no un acto singular. Los discursos dogmáticos estudiados no ponen en evidencia estas importantes características y por ello es necesario elucidar en qué consiste tal proceso interpretativo.

Para hacer la reconstrucción asumimos que la actividad de interpretar materiales jurídicos puede ser reconstruida como un juego³⁶, el intérprete como un jugador, las operaciones de interpretación como movidas dentro del juego y las diferentes situaciones en donde se debe realizar la actividad interpretativa como los momentos u oportunidades dentro de ese juego³⁷.

El juego de la interpretación está gobernado por reglas. El intérprete, en tanto jugador, puede realizar movimientos dentro de las reglas. Algunos movimientos son facultativos, otros obligatorios y otros están prohibidos. Dejando de lado las situaciones de infracción de las normas, la decisión de qué movimiento hay que hacer está determinada por la situación en que se encuentran el juego y el jugador, es decir, por *el momento* del juego interpretativo. Llamaremos «situación de interpretación» a cada uno de esos momentos dentro de un juego dado. Cuando un jugador realiza dos o más movimientos con el propósito de obtener un objetivo dentro del juego podemos hablar de una jugada. Así, una jugada es un conjunto ordenado de operaciones de interpretación como una secuencia interpretativa, que se despliega en un orden de toma de decisión con miras a lograr algún fin o meta dentro del juego.

Una «situación de interpretación» es, entonces, un estado de cosas efectivo (fáctico) que pone al intérprete en la necesidad de desplegar una movida o una jugada interpretativa (varias operaciones interpretativas o movidas ordenadas dentro del juego)³⁸. Distintas situaciones darán lugar a diferentes jugadas o no según sean los fines perseguidos.

³⁵ Aunque en la práctica la inclusión de los particulares como destinatarios es problemática, su consideración exige sostener que el ICC expresa una supremacía constitucional reforzada por el efecto horizontal de los derechos fundamentales. Esta posición está en García de Enterría (1979).

³⁶ La noción de juego interpretativo ha sido desarrollada por Chiassoni (2002 y trabajos posteriores). Nosotros la usamos en un sentido diverso, pero con la misma vocación descriptiva.

³⁷ Esta forma de comprender la actividad interpretativa está influida por Chiassoni (2019).

³⁸ La colección de todas las diferentes situaciones de interpretación en donde puede encontrarse el intérprete (para hacer uso –o no– de la ICC) conforman todos los mundos posibles.

En la reconstrucción que realizamos, todas las situaciones ponen al intérprete frente a una sola jugada o secuencia de operaciones de interpretación. Tales actividades son operaciones de interpretación en abstracto de los materiales jurídicos de rango legal. Cada jugada o secuencia es, entonces, una forma de organizar decisiones interpretativas que debe tomar el intérprete para trabajar con el material jurídico disponible a ser interpretado dada una situación interpretativa particular. El conjunto de secuencias reconstruye todos los momentos del juego que son posibles y todas las jugadas posibles en cada una de esas situaciones.

No profundizaremos en la interpretación de la Constitución, porque ello escapa de nuestros objetivos. De este modo, nos limitamos solo a señalar que esa actividad debe realizarse antes de la interpretación del material legal y que ella corresponde a tres acciones básicas³⁹:

(1) Identificar los documentos normativos que comunican las fuentes formales de rango constitucional, es decir, identificar un documento constitucional (o varios)⁴⁰.

(2) Atribuir a ciertos fragmentos del documento ya identificado la expresión de una disposición normativa de rango constitucional⁴¹.

(3) Interpretar la(s) disposición(es) de rango constitucional formulando una norma que es el parámetro constitucional que servirá para realizar el procedimiento de ICC.

Es importante notar que las decisiones primera y segunda no atribuyen significados a disposiciones constitucionales. Ellas tienen la función de identificar el objeto que será interpretado. Solo la tercera decisión dice relación con dotar de un significado a una disposición constitucional (o varias) para configurar el parámetro constitucional que será usado posteriormente para ajustar la interpretación-resultado de la disposición legal.

Es relevante apuntar que la existencia de una interpretación constitucional bien asentada en la comunidad jurídica genera que estas operaciones resulten invisibilizadas. Cuando hay una interpretación constitucional dominante el parámetro constitucional está pre-establecido por los trabajos doctrinales y por la jurisprudencia. En este caso, el significado de las disposiciones constitucionales fue establecido por el trabajo de juristas y jueces. En cambio, cuando no existe una interpretación constitucional⁴² bien asentada y dominante los intérpretes (jueces y juristas) se ven en la necesidad de explicitar criterios materiales, axiológicos y/o teleológicos que –en virtud de su rango constitucional– sirven para atribuir un significado a la disposición constitucional interpretada.

³⁹ Esto es un esquema que simplifica la estructura de Comanducci (1998) y Chiassoni (2010).

⁴⁰ En sistemas jurídicos del *civil law* esta actividad es bastante rutinaria. Se identifica como constitución el conjunto de textos que está incluido en un libro con tal título. La operación se hace visible y se complejiza cuando se argumenta que algunos textos no incluidos en ese libro son parte de la llamada «constitución material». Como se sabe, la distinción entre constitución material y formal proviene de la diferenciación de Lassalle (1931) entre constitución real (efectiva, verdadera) y constitución escrita. Sobre este punto, en México ver González (2018); en Colombia ver Bernal (2018); en Ecuador Zaldívar (2017); en Chile ver Bruzón (2011). Para un análisis desde la noción de constitución material desde una perspectiva genovesa ver Ratti (2017).

⁴¹ Como ya hemos dicho, una disposición es un texto de las fuentes formales (un artículo, un inciso) que los jueces y los juristas le atribuyen la función de expresar una o más normas jurídicas.

⁴² Esto puede ocurrir en dos casos fundamentales. El momento auroral de aplicación de una nueva constitución; la interpretación de una disposición constitucional recientemente incorporada al texto. Además, se produce cuando una interpretación constitucional cede su posición dominante a otra.

4.1. Operaciones de interpretación en abstracto

Según el análisis presentado hay cinco situaciones de interpretación posibles. En la primera y la segunda situaciones el intérprete no puede usar la ICC. En la primera, el uso de la ICC no es posible porque no es necesario realizar ninguna adecuación del significado atribuido a la disposición legal interpretada, mientras que, en la segunda situación, el uso de la ICC no es posible porque la interpretación correctora de la disposición legal interpretada es inviable y, entonces, la norma legal que se le atribuye es inconstitucional.

Primera situación de interpretación

(4a) El intérprete realiza una operación de interpretación en abstracto, cognitiva y declarativa sobre la disposición legal. Esta operación, conforme al código hermenéutico dominante en la cultura jurídica, conduce a formular una única norma de rango legal.

(5a) La norma legal resulta conforme al parámetro constitucional pre-establecido. Entonces, la norma legal es constitucional y no procede operar mediante la ICC, porque no es necesario realizar operaciones de adecuación del material legal.

Segunda situación de interpretación

(4b) El intérprete realiza una operación de interpretación en abstracto, cognitiva y declarativa sobre la disposición legal. Esta operación, conforme al código hermenéutico dominante en la cultura jurídica, conduce a formular una única norma de rango legal.

(5b) La norma legal resulta no conforme al parámetro constitucional pre-establecido. La ICC exige «adecuar» el significado atribuido a través de mecanismos de interpretación correctora y/o de construcción jurídica. La adecuación debe hacerse mediante mecanismos de interpretación de la ley que permitan arribar a un resultado interpretativo que respete los criterios materiales, axiológicos y/o teleológicos expresados por el parámetro constitucional pre-establecido.

(5b.i.) Si, conforme al código hermenéutico dominante en la cultura jurídica, estos mecanismos de adecuación son inviables, no es posible realizar el procedimiento de ICC. La actividad interpretativa fracasa en su pretensión de conservación del material legislativo y, entonces, la norma legal debe ser estimada inconstitucional.

(5b.ii.) Si, conforme al código hermenéutico dominante en la cultura jurídica, estos mecanismos de adecuación son viables es posible realizar el procedimiento de ICC. Si este procedimiento es exitoso, la norma legal resultante será juzgada conforme a la constitución.

Tercera situación de interpretación

(4c) El intérprete realiza una operación de interpretación en abstracto, cognitiva y declarativa sobre la disposición legal. Esta operación, conforme al código hermenéutico dominante en la cultura jurídica, conduce a formular dos o más normas de rango legal.

(5c) Todas las normas del conjunto que es posible atribuir declarativamente a la disposición resultan conformes a la constitución. En esta situación, la ICC exige

«componer una jerarquía material y/o axiológica entre ellas y preferir aquella que mejor se adecue al parámetro constitucional». Es importante observar que la jerarquía que se organiza es una jerarquía axiológica móvil cuyos criterios son los mismos criterios valóricos, axiológicos y/o teleológicos previamente atribuidos a la disposición de rango constitucional.

Cuarta situación de interpretación

(4d) El intérprete realiza una operación de interpretación en abstracto, cognitiva y declarativa sobre la disposición legal. Esta operación, conforme al código hermenéutico dominante en la cultura jurídica, conduce a formular dos o más normas de rango legal.

(5d) Todas las normas del conjunto que es posible atribuir de forma declarativa a la disposición resultan no-conformes a la constitución. En esta situación la ICC exige «adecuar» el significado atribuido a través de mecanismos de interpretación correctora y/o de construcción jurídica. La viabilidad de esta adecuación del significado determina la conservación del material legislativo y, entonces, la (in)constitucionalidad del conjunto de normas legales.

(5d.i.) Si, conforme al código hermenéutico dominante en la cultura jurídica, estos mecanismos de adecuación son inviables o la adecuación fracasa con todas las normas, todas ellas deben estimarse inconstitucionales.

(5d.ii.) Si, conforme al código hermenéutico dominante en la cultura jurídica, estos mecanismos de adecuación son viables o la adecuación es exitosa con todas las normas se debe proceder con la tercera situación normativa, es decir, componer una jerarquía axiológica móvil.

(5d.iii.) Si, conforme al código hermenéutico dominante en la cultura jurídica, estos mecanismos de adecuación son viables o la adecuación es exitosa y el intérprete arriba a una norma que se ajusta al parámetro constitucional, esta es la norma que es la única interpretación constitucionalmente admisible de la disposición legal interpretada.

(5d.iv.) Si, conforme al código hermenéutico dominante en la cultura jurídica, estos mecanismos de adecuación son viables o la adecuación es exitosa solo con algunas normas, ellas deben organizarse con una jerarquía axiológica móvil como en la tercera situación normativa.

Quinta situación de interpretación

(4e) El intérprete realiza una operación de interpretación en abstracto, cognitiva y declarativa sobre la disposición legal. Esta operación, conforme al código hermenéutico dominante en la cultura jurídica, conduce a formular dos o más normas de rango legal.

(5e) El conjunto de normas legales está compuesto por dos subconjuntos: las que son más o menos conformes al parámetro constitucional pre-establecido y normas que no-son-conformes a ese parámetro constitucional. Aquí es necesario realizar tres operaciones con relación a las normas no-conformes.

(5e.i.) Intentar su adecuación mediante mecanismos de interpretación correctora y/o de construcción jurídica. Si, conforme al código hermenéutico dominante en la cultura jurídica, estos mecanismos de adecuación son inviables o

fracasan estas normas deben ser desechadas del conjunto de normas que puede ser usado en las operaciones siguientes. Si, en cambio, la adecuación es viable o exitosa el intérprete puede integrar estas normas al conjunto de normas consideradas constitucionales.

(5e.ii.) El conjunto de normas válidas debe ser organizado fijando una jerarquía axiológica móvil.

(5e.iii.) El intérprete debe preferir la norma que mejor se ajuste al parámetro constitucional según la jerarquía axiológica móvil que se ha organizado previamente.

Hasta aquí, el procedimiento de ICC se ejecuta, creemos, como parte de una actividad interpretativa en abstracto y cognitiva, de forma que los resultados del procedimiento son:

(1) Determinar si el significado declarativo de la disposición legal interpretada «se ajusta» al parámetro constitucional;

(2) Estimar la viabilidad de corregir el significado declarativo de la disposición legal interpretada si el «no se ajusta *prima facie*» al parámetro constitucional o la constatación de su no-conformidad por estimarse imposible su corrección y, entonces, de su invalidez.

(3) En caso de pluralidad de normas conformes atribuidas a una disposición, la operación determina cuál es el significado de la disposición legal interpretada que «mejor se ajusta» al parámetro constitucional mediante la fijación de una jerarquía material y axiológica entre los significados conformes.

4.2. Operaciones de interpretación en concreto

En la obra de Guastini (2015), las operaciones de interpretación en concreto son lógicamente posteriores a las operaciones de interpretación en abstracto. Así, la interpretación en abstracto es la tarea de fijar la intensión de los conceptos que configuran la norma interpretada, mientras que la interpretación en concreto consiste en la determinación de la extensión de esos conceptos. En razón de esta distinción, la ICC no es parte del conjunto de operaciones que se realiza en la interpretación en concreto.

Naturalmente, es importante notar que existe una distancia entre la reconstrucción presentada y el razonamiento dogmático estudiado. Este último razonamiento se expresa en las sentencias judiciales, en primer término, como un razonamiento sobre los hechos de un caso judicial. Luego, este razonamiento se generaliza y se convierte en operaciones sobre las relaciones entre categorías abstractas y generales que configuran a las normas en juego en ese caso. Pensamos que esta distancia no es un problema para la reconstrucción presentada. Dos razones justifican nuestra posición. Primero, el modo en que se expresa el razonamiento judicial en las sentencias considera que los jueces son expertos en derecho y que conocen la doctrina y la jurisprudencia aplicables. Así, el modo en que el texto de la sentencia se organiza no es reflejo del modo en que los jueces operan (Agüero y Sepúlveda, 2023). En segundo lugar, siguiendo a Sardo (2019), pensamos que una importante ventaja de una reconstrucción orientada por la lógica de las operaciones en lugar que por composición de los textos de la práctica judicial es hacer visible el

proceso de toma de decisiones que queda invisibilizado en el texto de las sentencias⁴³.

5. A modo de conclusión: las decisiones de los intérpretes

Hemos presentado una reconstrucción de la ICC a partir de una selección de discursos dogmáticos latinoamericanos. Usamos como método conceptos influidos por la Escuela de Génova. Nuestro propósito ha sido visualizar un importante punto ciego en el modo en que la doctrina se aproxima a la ICC. En lugar de ser una directiva, máxima o principio de interpretación la ICC se puede reconstruir como un procedimiento o una secuencia de operaciones interpretativas. Conforme a estas ideas, nuestras conclusiones operan en tres niveles diferentes pero vinculados.

El primer nivel es la descripción del lenguaje de los juristas. La teoría del derecho entendida como metajurisprudencia es una crónica sobre cómo los operadores del derecho trabajan *sobre* y *con* el material legislativo. En este nivel, podemos concluir que el marco teórico-conceptual permite desmenuzar las nociones que componen los discursos dogmáticos seleccionados y dar cuenta de la forma de razonar de los juristas en relación con la ICC. En este sentido, en ordenamientos jurídicos altamente constitucionalizados, la ICC es una expresión de la supremacía constitucional, de su eficacia y su efecto sobre las normas inferiores. Entonces, la ICC es una técnica de interpretación de la ley que pone en marcha tres relaciones jerárquicas: formal, material y axiológica y un compromiso ideológico: la preservación y optimización del material legislativo como un conjunto de normas coherente con la constitución.

El segundo nivel es el análisis conceptual del discurso de los juristas. La reconstrucción presentada muestra que las nociones usadas por los juristas para definir y calificar a la ICC son insuficientes en términos explicativos. La doctrina afirma que se trata de un principio, norma o criterio de interpretación y esa noción, como una única acción interpretativa no permite observar la complejidad de la tarea que realiza el intérprete. En este sentido, la reconstrucción presentada sobre el procedimiento de ICC exhibe la complejidad de la secuencia de operaciones que es necesario realizar para ejecutar con éxito una ICC.

El tercer nivel dice relación con los poderes del intérprete. Si la reconstrucción que hemos presentado es plausible, ella permite visualizar cómo las operaciones interpretativas que conforman la ICC dependen de decisiones discrecionales. La reconstrucción opera, entonces, como un esquema de toma de decisiones y, en ese esquema, el intérprete tiene múltiples oportunidades para hacer expresión de sus compromisos sobre la una política del derecho, es decir, sobre cómo el derecho debería ser. Según lo que hemos afirmado, en las situaciones tercera, cuarta y quinta los poderes del intérprete se incrementan bastante. En la tercera situación, el intérprete tiene que decidir discrecionalmente cómo se ha de organizar la jerarquía material y/o axiológica entre las normas fundando así su preferencia por la norma que mejor se adecue al parámetro constitucional. En tanto, en las secuencias cuarta y quinta, la ICC permite al intérprete tomar al menos dos decisiones discrecionales: la decisión del conjunto de técnicas de interpretación correctora y/o de construcción jurídica que le permitan corregir el material legislativo y la decisión de jerarquizar el material ya corregido.

⁴³ Esto implica, entonces, la necesidad de analizar el texto de las sentencias como modo de expresión de un razonamiento jurídico.

Para finalizar queremos hacer una apostilla metodológica. Hemos optado por el método que nos ha parecido más sencillo. Nuestro trabajo no tuvo como propósito lisonjearnos de la analiticidad o precisión conceptual de la reconstrucción presentada. Mucha analiticidad sacrifica la legibilidad y hemos preferido esta última. Por esta razón, pensamos que el instrumento presentado (aunque provisional) es útil para observar cómo los juristas conceptualizan la ICC en la medida que pone a la vista la necesidad de pensar cómo la conceptualización de una técnica interpretativa puede dejar en la opacidad la justificación las decisiones interpretativas tomadas con esa técnica. Por ello creemos que, en la continuación de nuestro trabajo, la reconstrucción que hemos presentado debería servir para observar el trabajo los jueces constitucionales.

Bibliografía

- Agüero San Juan, C. (2018). Una figura literaria en el discurso de la Escuela de Génova sobre la interpretación jurídica (Un análisis del trabajo de Riccardo Guastini). *Cogency*, 10 (1), 7-41. <https://cogency.udp.cl/index.php/cogency/article/view/308>
- Agüero San Juan, C. (2023). Si una noche de invierno Riccardo Guastini... (La metasemiología en un texto guastiniano sobre igualdad). En S. Agüero San Juan y G. Ratti (ed), *La Escuela de Génova en Chile. Un diálogo a través de Riccardo Guastini* (207-244). Tirant lo Blanch.
- Agüero San Juan, C y Sepúlveda Arellano, E. (2023). La especificación de tres conceptos jurídicos en el Derecho Público chileno. *Revista de Derecho*, 59, 1-30. <http://dx.doi.org/10.4151/s0718-68512022000-1381>
- Aguilar Cavallo, G. (2013). Afinando las cuerdas' de la especial articulación entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho interno. *Estudios Constitucionales*, 11 (1), 633-654.
- Aguilar Cavallo, G. y Nogueira Alcalá, H. (2016). El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. *Revista de Derecho Público*, 84 (1), 13-43.
- Alexy, R. (2002). Teoría de los derechos fundamentales. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*.
- Arango Olaya, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Precedente*, 79-102. <https://doi.org/10.18046/prec.v0.1406>
- Araya Madariaga, V.(2021). El principio de interpretación conforme a los derechos humanos en dos sentencias: filiación homoparental y matrimonio igualitario. *Opinión Jurídica*, 20 (42), 255-274. <https://DOI.ORG/10.22395/OJUM.V20N42A10>
- Ataoğlu Colonnello, S. (2021). Definiciones, disposiciones y normas. *Revus*, 44.
- Atienza Rodríguez, M. y Ruiz Manero, J. (2004). *Las piezas del derecho*. Ariel.
- Atienza Rodríguez, M. (2013). Curso de argumentación teórica. Trotta.
- Barberis, M. (2011). Un poco de realismo sobre el realismo 'genovés'. En J. Ferrer y G. Ratti. (ed.), *El realismo jurídico genovés* (201-213). Marcial Pons
- Barberis, M. (2000). Lo scetticismo imaginario. Nove obiezioni agli scettici à la génoise. *Analisi e Diritto*, 1-36.
- Barberis, M. (2002). Teología dell'Interpretazione. Sul primato retorico dello scetticismo interpretativo. *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, XXXII (1), 285-303.
- Bernal Pulido, C. (2018). Prescindamos del poder constituyente en la creación constitucional. Los límites conceptuales del poder para reemplazar o reformar una constitución. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 22, 59-99. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.22.03>

- Blacio Pereira, L. E. (2022). *El principio de interpretación conforme en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador*. [Tesis de Maestría en Derecho, Mención en Derecho constitucional, Universidad Andina Simón Bolívar]. <http://hdl.handle.net/10644/8689>
- Blume Rocha, A. (2015). *El principio de interpretación conforme a la constitución como criterio hermenéutico del tribunal constitucional*. [Tesis de Magister en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <http://hdl.handle.net/20.500.12404/6340>
- Bouvier, H. (2011). Lenguaje y teoría del derecho. Tensiones en una variante del realismo jurídico. *Isonomía*, 35, 25-51.
- Bronfman Vargas, A. (2011). El carácter privado del proceso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 243-274. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000200006>
- Bruzón Viltres, C. (2011). Derecho Constitucional: momentos para una periodización. Algunos retos y debates actuales. *Ius et Praxis*, 17, (1), 119-138.
- Busch Venthur, T. (2021). La confianza en las virtudes del juez constitucional y la aporía de los principios de autorrestricción judicial. *Revista de Derecho Público*, 94, 17-49. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2021.60961>
- Caballero Ochoa, J.L. (2013). *La interpretación conforme: el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*. Porrúa-IMDPC.
- Carmona Santander, C. (2012). Autorrestricción del Tribunal Constitucional Chileno. *Derecho y Humanidades*, 19, 75-128. <https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/25720>
- Cervantes Meléndez, C. (2021). La interpretación jurídica: teoría de la interpretación evolutiva. *Revista Saber, Ciencia y Libertad en germinación*, 14, 106-109. <https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/germinacion/issue/view/633/23>
- Chiassoni, P. (2002). Los juegos interpretativos. La interpretación de la ley desde un enfoque griceano. En M.C. Redondo y P. E. Navarro. (comp.), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (185-210). Gedisa.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Marcial Pons.
- Chiassoni, P. (2019). *El problema del significado jurídico*. Fontamara.
- Colombo Campbell, J. (2001). Protección jurisdiccional de la Constitución. La declaración judicial de inconstitucionalidad. *Revista de Derecho* (12), 9-30.
- Comanducci, P. (1998). Principios jurídicos e indeterminación del derecho. *Doxa*, 21-II, 89-104.
- Comanducci, P. (2010). Hacia una teoría analítica del derecho. *Centro de Estudios Constitucionales*.
- Correa Sutil, Jorge (2009). Justicia constitucional y democracia. *Revista de Ciencias Sociales Universidad de Valparaíso*, 56, pp. 167-194.
- Duarte d'Almeida, L. (2021). Aplicación del derecho y la justificación de las decisiones judiciales. *Discusiones*, 27(2), 115-161. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2021.3020>
- Dworkin, R. (1978). *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press.
- Fernández Cruz, J. A. (2016) La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual. *Ius et Praxis*, 22 (2), 153-188. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v22n2/art06.pdf>
- Ferrer Mac Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, el nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales*, 9 (2), 531-622. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v9n2/art14.pdf>

- Fuentes-Contreras, E. H. (2021). Imprecisiones de la interpretación constitucional: dimensiones y elementos en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana. *Dikaion*, 30 (2), 335-372. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/14369/6681>
- Henríquez Viñas, M. (2008). Jerarquía de los tratados de derechos humanos: un análisis jurisprudencial desde el método de casos. *Estudios constitucionales*, 6 (2), 73-119.
- Henríquez Viñas, M. L. (2015). La polisemia del control de convencionalidad interno. *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 12(24), 113-142. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.IL14-24.pcci>
- García Amado, J. A. (2010). Principios, reglas y otros misteriosos pobladores del mundo jurídico. Un análisis (parcial) de la Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy. En J.A. García y P. Bonorino (coord.), *Teoría del derecho y decisión judicial*. Bubok Publishing, 285-343.
- García de Enterría Martínez-Carande, E. (1979). La constitución como norma jurídica. *Anuario de Derecho Civil*, 32 (2-3), 291-342.
- García Onofre, J. J. (2021). Unidad 5. Método de interpretación conforme. ID. En *Metodología de la investigación jurídica* (105-128). Solar Servicios Editoriales.
- Gascón Abellán, M. (1994). La justicia constitucional: entre legislación y jurisdicción. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 14 (41), 63-87.
- González Madrid, M. (2018). El significado de Constitución. Breve revisión del concepto y de su relevancia a la luz del principalismo y el garantismo. *Polis*, 14 (1), 43-80.
- González Segovia, C. (2017). Interpretación conforme, clave para la legitimidad democrática en el control constitucional normativo. *Cuestiones Constitucionales*, 37, 171-202. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.37.11456>
- Guastini, R. (1995). Normas Supremas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (17-18), 257-270. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10501/1/doxa17-18_10.pdf
- Guastini, R. (1999a). Concepciones de las fuentes del derecho. *Isonomía*, 11, 167-176.
- Guastini, R. (1999b). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guastini, R. (2001). La 'constitucionalización' del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell. (ed.), *Estudios de teoría constitucional* (153-183). Fontamara.
- Guastini, R. (2006). *Estudios sobre interpretación jurídica*. Porrúa.
- Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Trotta.
- Guastini, R. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, 43, 11-48. <https://doi.org/10.5347/43.2015.71>
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Marcial Pons.
- Lassalle, F. (1931). *¿Qué es una Constitución?*. Cénit.
- López Medina, D. (2004). *Teoría impura del derecho*. Legis-Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia.
- Martínez Estay, J. (2014). Auto-restricción, deferencia y margen de apreciación. Breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo. *Estudios Constitucionales*, 12 (1), 365-396.
- Martínez Estay, J. (2015). La deferencia del Tribunal Constitucional respecto del juez de la gestión pendiente en la cuestión de inaplicabilidad. *Estudios Constitucionales*, 13 (1), 237-270.
- Medellín Urquiaga, X. (2019). Principio pro-persona: Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos. *Estudios constitucionales*, 17 (1), 397-440.

- Miranda Camarena, A. y Navarro Rodríguez, P. (2014). El principio de interpretación conforme en el derecho constitucional mexicano. *Opinión Jurídica*, 13 (26), 69-80.
- Moreso, J.J. (2009). *La constitución: modelo para armar*. Marcial Pons.
- Nogueira Alcalá, H. (2015). El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: Doctrina y Jurisprudencia. *Estudios constitucionales*, 13 (2), 301-350.
- Núñez Donald, C. (2017). Una aproximación conceptual al principio pro-persona desde la interpretación y argumentación jurídica. *Materiales de filosofía del derecho*, 2017-02. <http://hdl.handle.net/10016/24630>
- Orozco Solano, V. E. (2020). La interpretación conforme a la constitución: una breve aproximación desde la experiencia costarricense. *Anuario Parlamento y Constitución*, 129, 11-29. <https://parlamentoyconstitucion.cortesclm.es/recursos/anuarios/2020.pdf>
- Peña Torres, M. (2006). El precedente constitucional emanado del Tribunal Constitucional y su impacto en la función legislativa. *Estudios Constitucionales*, 4 (1), 173-184.
- Pérez Herrera, E. (2018). *Valor jurídico y jerarquía en el derecho chileno de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, recuperado el 8 de marzo de 2024. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/151648/Valor-juridico-y-jerarquia-en-el-derecho-chileno-de-los-derechos-humanos-contenidos-en-tratados-internacionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Pou Giménez, F. (2018). Lo que quisiera que la Corte hiciera por mí: lealtad constitucional y justicia dialógica en la aplicación de la CT 293/2011. En J. L. Caballero Ochoa, R. Sánchez Gil. (coords.), *Derechos constitucionales e internacionales. Perspectivas, retos y debates* (597-626). Tirant Lo Blanch.
- Ratti, G.B. (2017). *Lógicas de las normas, coherencia y metodología jurídica*. Olejnik. Real Academia de la Lengua Española. (s.f.). *Interpretación conforme*. En Diccionario Panhispánico de Dudas de la Real Academia de la Lengua Española. Recuperado el 4 de noviembre del 2022. <https://dpej.rae.es/lema/interpretaci%C3%B3n-conforme>
- Rodríguez Zepeda, M. G., Puppo, A., Gama, R. y Cerdio, J. (2013). *Interpretación conforme*. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Sagüés, N. (2002). La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional. En J. Palomino y J. C. Remotti. (coords.), *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica. Libro-homenaje. Germán J. Bidart Campos* (33-52). Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 33-52.
- Sardo, A. (2019). Algunas consideraciones acerca de la distinción entre interpretación en abstracto e interpretación en concreto: Un Balance. *Discusiones*, número especial, 209-244.
- Serrano Migallón, F. (2008). *La interpretación conforme a la Constitución*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Silva Irrarázaval, L. A. (2014). La dimensión legal de la interpretación constitucional. *Revista chilena de derecho*, 41 (2), 437 – 471.
- Ribera Newman, T. (1989). El Tribunal Constitucional y su aporte al desarrollo del derecho”. *Estudios Públicos*, 34, 195-228. <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/1542/2626>
- Tarello, G. (2018). *La interpretación de la ley*. Palestra Editores.
- von Bogdandy, A. (2021-2022). Innovaciones latinoamericanas: el constitucionalismo regional transformador como marco para Chile. *Estudios constitucionales*, Número especial, 11-19. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002022000300011>

- Wróbleswki, J. (1985). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Editorial Civitas.
- Wróbleswki, J. (2013). *Sentido y hecho en el derecho*. Editorial Grijley.
- Zaldívar Rodríguez, A. (2017). Constitución material solución jurídica al conflicto entre legalidad y legitimidad. *Revista de la Facultad de Jurisprudencia*, 2, 1-24.
<https://doi.org/10.26807/rfj.v1i2.26>

¿Un nuevo contrato de origen? Hacia un modelo de solidaridad transnacional para Europa

A new original contract? Towards a transnational model of solidarity for Europe

Peter Ehret*

Universidad de Granada

ORCID ID: 0000-0003-0301-6836

peter.ehret@ugr.es

Cita recomendada:

Ehret, P. (2024). ¿Un nuevo contrato de origen? Hacia un modelo de solidaridad transnacional para Europa. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 36-57.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8501>

Recibido / received: 10/05/2023
Aceptado / accepted: 04/09/2023

Resumen

Las prácticas transnacionales de los ciudadanos europeos desafían a nuestro concepto de espacio como referencia de solidaridad e identidad política. Aun así, se encuentran insuficientemente asumidas por las instituciones de la Unión Europea, ya que ésta sigue respondiendo al paradigma del Estado nacional de bienestar social. De ahí se ignora el gran potencial de este nuevo fenómeno social para pensar la solidaridad social más allá del Estado nación y rescatar a la Unión Europea de su crisis de legitimidad. En línea con Karl Deutsch, debemos interpretar el transnacionalismo europeo como un proceso de aprendizaje social que nos lleva a una futura identidad supra-nacional. Sin embargo, este proceso necesita ser respaldado por un nuevo modelo de Estado que se asiente sobre un concepto de solidaridad multicultural, expresándose en Europa con un contrato social originario entre distintas naciones europeas. En este sentido debemos prestar más atención sobre recientes estudios que cuestionan la incompatibilidad entre diversidad cultural y solidaridad social.

* Peter Ehret es profesor sustituto interino en el departamento de filosofía del derecho de la Universidad de Granada. Su enfoque de investigación es la legitimidad democrática de la Unión Europea y en este contexto, ha realizado varias publicaciones desde distintas perspectivas sobre esta problemática.



Palabras clave

Karl Deutsch; Transnacionalismo; Unión Europea; solidaridad social; diversidad cultural; Estado social de bienestar; ciudadanía europea; identidad europea; identidad nacional; Estado-nación.

Abstract

The transnational practices of European citizens challenge our concept of space as reference for social solidarity and political identity. Nevertheless, European institutions do only insufficiently assume these practices, as they still rely on the paradigm of the national social welfare state. Therefore, we miss the big potential of this new phenomenon to reason social solidarity beyond the nation state and therefore rescue the European Union from its legitimacy crisis. In line with Karl Deutsch, we should interpret European transnationalism as a process of social learning which leads us to a future supra-national identity. But this process needs to be backed by a model of state which is rooted in a concept of multicultural solidarity, expressing an original social contract between different European nations. This means that we have to pay more attention to new studies which question the incompatibility between cultural diversity and social solidarity.

Keywords

Karl Deutsch; Transnationalism; European Union, social solidarity; cultural diversity, Social Welfare State; European citizenship; European Identity; National Identity; Nation State.

SUMARIO 1. Introducción. La «Europa banal» y el «dilema de los progresistas». 2. «Transnacionalismo» y su impacto sobre nuestro concepto de solidaridad social 3. Karl Deutsch y la identidad europea 3.1. Entre *Mushroom Cloud* y *Lawyer Cake*: el estancamiento político y social de la identidad europea 3.2. La Comunidad de Seguridad transnacional. ¿Una imposibilidad en Europa? 4. Diversidad y Estado de bienestar social. ¿Un callejón sin salida? 5. Conclusión. Un «vaso tres cuartos lleno». Perspectivas para una solidaridad post-nacional en Europa.

1. Introducción. La «Europa banal» y el «dilema de los progresistas»

Durante muchas décadas, la investigación ignoraba una faceta importante de la integración europea: la experiencia «banal» de una realidad social europea que traspasa los espacios de referencia nacionales (en original: «*Everyday Europe*»). Aparte de los cambios triviales a nivel estructural, por ejemplo, en forma de reducidas tarifas de comunicación, o líneas áreas de bajo coste que conectan a los territorios europeos (Favell y Recchi, 2019, pp. 2-3), también se observa el prototipo de una nueva Europa sentida y vivida por la población europea haciendo uso de su derecho a la libre circulación, sea como turistas, consumidores o estudiantes. A pesar de tratarse de cambios aparentemente «banales» en las circunstancias de vida, estas prácticas transnacionales tienen un impacto importante para la formación de una nueva realidad social. Aquí se produce un cambio en la estructura del espacio social que define la esfera de acción para la ciudadanía europea (Favell, 2010, pp. 210-213). En otras palabras, debajo de la superficie del estancamiento político y legal nos encontramos con otra Europa que refleja décadas de integración en una nueva experiencia transnacional. Y los efectos de esta integración social transeuropea no son tan revocables como los anteriores avances a nivel político y legal (Favell y Recchi, 2019, p. 2).

Aun así, el llamado «transnacionalismo» plantea una serie de problemas que sí tienen importancia en el ámbito político y legal. Hasta ahora, Europa no ha encontrado una fórmula adecuada para abordar estos cambios sociales que ocurren debajo de la corteza nacional de sus Estados, sino que ha sucedido lo contrario: la Unión Europea y los Estados Miembros han intentado desesperadamente retroceder hacia la idea del Estado nación, bloqueando la posibilidad para un concepto normativo de una ciudadanía cosmopolita, post-nacional e igualitaria (Barbulescu y Favell, 2020, p. 160). El «campo de batalla» principal son los derechos sociales. Incluso antes del *Brexit*, los Estados Miembros ya habían adoptado una serie de leyes que discriminaron sutilmente a los trabajadores europeos, convirtiendo la Directiva 2004/38/EU en un marco regulativo fragmentado que produce una diversificación de los derechos sociales para aquellos ciudadanos europeos que trabajan en un Estado de la Unión Europea distinto a su país de origen (Recchi, 2019, p. 256). Pero a pesar de los reproches que ha sufrido la libertad a la libre circulación en los últimos años, la migración transeuropea sigue continuando ininterrumpidamente (Recchi, 2019, p. 257). Sobre todo, las clases medias y altas se han convertido en los motores de esta europeización social (Barbulescu y Favell, 2020, p. 160).

Ahora bien, el transnacionalismo es un fenómeno que no sólo se presenta en Europa. Sin embargo, sólo en Europa éste fenómeno actuaba a consonancia de un principio legal (el derecho europeo a la no discriminación) que paralizó, por lo menos temporalmente, la primacía de la identidad nacional. Y de esta forma, la Unión Europea podía haber creado, antes de sus revisiones más recientes, una auténtica forma de gobernanza post-nacional basada en un principio de igualdad que traspasa las fronteras nacionales con respecto a las garantías ofrecidas a la ciudadanía europea (Favell, 2016, p. 4). Pero ¿por qué no ha seguido Europa este camino?

El problema de fondo es de naturaleza conceptual. Tal como bien destaca Adrian Favell, nuestra idea de solidaridad, y con ello también la de democracia y gobernanza, derechos y soberanía, requieren de una revisión profunda (Favell, 2016, p. 5). En otras palabras, el transnacionalismo produce unas serias quiebras sobre el fundamento de nuestro Estado social y democrático de derecho. Pero al mismo tiempo, es la clave para resolver el actual déficit social y democrático de la Unión Europea. En esta línea, la discusión actual se centra en cómo hacer volver la solidaridad en un mundo donde las personas se han vuelto más móviles y las fronteras más porosas que nunca. Términos como «movilidad líquida»¹ y «súper diversidad»² empiezan a gozar importancia. Y de ahí vienen grandes preocupaciones por las fuentes de solidaridad en una sociedad tan transnacionalizada (Bauböck, 2016, p. 5).

Para dar respuesta a este problema, Will Kymlicka anunció el «dilema de los progresistas» (en original: «*progressive's dilemma*»). Este dilema parte de la premisa tradicional del Estado-nación y su nexo intrínseco con la solidaridad social. Dicho esto, nuestras democracias nacionales se basan en un concepto ético de comunidad que requiere de un cierto compromiso hacia los valores que representan las instituciones del Estado. Y en el centro se encuentra la noción de la igualdad, dado que ésta expresa a la justicia social que a su vez pre-condiciona el compromiso social. El Estado de bienestar representa nada más que esta vinculación ética y, por tanto, refleja siempre una identidad particular. Y de ahí su vínculo con la exclusividad nacional, ya que la nación expresa justo este momento de solidaridad limitada que la ética del Estado de bienestar social reclama para sí. Interpretado de esta manera, la nación asegura la vinculación ética de una comunidad que a su vez posibilita la implementación de un determinado concepto de justicia social. Dicho de otro modo,

¹ En original: «*liquid mobility*», Vid. al respecto: (Bauböck, 2016, p.5).

² En original: «*super diversity*», Vid. al respecto: (Favell, 2022, p.8).

un concepto igualitario de justicia social necesita automáticamente fundarse sobre una identidad particular. Y la nación dispone de este vínculo particular. Pero este concepto también tiene un «riesgo endémico» para aquella población que no esté asociada a la nación. La única opción sería su adaptación a la identidad nacional dominante. Sin embargo, y frente a ello, apareció el «multiculturalismo» en los años 60 del siglo pasado, un fenómeno que originalmente implicaba la expansión de derechos civiles hacia una colectividad la cual, en principio, no era considerada como parte de la nación. (Kymlicka, 2015, pp. 4 - 7)³.

De ahí el siguiente dilema de «los progresistas»: si apoyamos a la comunidad en la diversidad cultural, la privamos de su base igualitaria, ya que el compromiso social reside en una identidad nacional particular. Pero si, en cambio, mantenemos la primacía de la identidad nacional, necesariamente afirmamos la exclusión de otras culturas en la construcción del proyecto social común. Esto nos fuerza a elegir entre una política social y una política multicultural. Para remediar esta situación, Kymlicka propone la siguiente salida: un modelo de solidaridad inclusiva mediante un Estado de bienestar multicultural (Kymlicka, 2015, p. 8). Este modelo permitiría a las personas inmigrantes expresar su cultura e identidad, como modo de participación y contribución a la sociedad nacional. En concreto, se vincula el derecho a expresar su propia identidad con las obligaciones que el compromiso social de la comunidad en su conjunto exige (Kymlicka, 2015, pp. 11-13).

A pesar de referirse a la esfera interna del Estado nacional, esta idea tiene gran relevancia para el dilema social y político que se está planteando actualmente en Europa. Tal como fue señalado más arriba, ha sido precisamente la solidaridad social nacional la que ha impedido que la ciudadanía europea se pudiera convertir en una auténtica fuente de garantías de derechos postnacionales. Dicho esto, un concepto de solidaridad que reconcilia a la justicia social con la diversidad cultural ayudaría a afrontar los desafíos sociales dentro de los Estados nacionales. De ahí se abre el camino para pensar la solidaridad más allá del actual Estado-nación. Éste, permitiría afrontar los problemas políticos y sociales que afectan a la Comunidad Europea en su conjunto. Incluso se podría plantear un Estado social europeo que fuera capaz de asumir las prácticas transnacionales desatadas por la integración europea, en una nueva realidad institucional, comprometida por la justicia social transnacional. Dicho todo esto, un concepto de solidaridad postnacional resolvería principalmente dos problemas. Por un lado, rescataríamos a la ciudadanía de la extradición a los corrientes imprevisibles de la globalización. Y, por otro lado, podríamos finalmente desatar la justicia social (y con ello el Estado social de bienestar) de las grilletas de la noción excluyente y particular de la nación.

Así pues, éste es el propósito del siguiente ensayo. En concreto, se plantea un concepto de solidaridad postnacional que es capaz de asumir la diversidad de las sociedades europeas en una nueva referencia de justicia social. No se trata aquí de razonar una reforma social concreta para ser aplicada al instante. Necesitamos desarrollar una visión que puede guiar a la Unión Europea para transformarse a largo

³ Kymlicka distingue entre dos versiones del multiculturalismo. En su interpretación original, el multiculturalismo sí defendía la expansión de las garantías de la ciudadanía hacia otros colectivos para remediar su marginación y discriminación. Sin embargo, el multiculturalismo sufrió una reinterpretación en el contexto de la ideología «neoliberal». A partir de entonces se consideró a la identidad cultural únicamente como un distintivo para participar en el mercado global. De ahí el deterioro del multiculturalismo como modelo de emancipación, tal como lo podemos observar desde los 80 del siglo pasado. Vid. al respecto: (Kymlicka, 2015, p. 7).

plazo en la primera comunidad del mundo que se asienta sobre un concepto de justicia social que va más allá del particularismo cultural de una nación.

En este sentido, el trabajo analiza tres discursos académicos en cuanto a su relevancia para la construcción de un concepto de solidaridad postnacional en el contexto europeo. La primera parte revisa el modelo social europeo de Yasemin Soysal y las anotaciones de Adrian Favell sobre los procesos de «desnacionalización», examinando si estas observaciones de la transformación del Estado nacional soberano contienen unos elementos innovadores para nuestro concepto de solidaridad social. El segundo apartado parte de un enfoque diagonalmente contrario. Aquí se discute las posibilidades y límites de una identidad europea como base de una solidaridad social transeuropea a largo plazo. El referente principal es Karl Deutsch con su interpretación de la «Comunidad de Seguridad Europea» como resultado del aprendizaje social que induce una formación de una identidad supranacional genuina. Esta interpretación ha vuelto a captar la atención de los investigadores actuales para calificar la transformación de las identidades nacionales a raíz de las prácticas transnacionales en el mercado interior europeo. Ante todo, los estudios de Theresa Kuhn demuestran la gran relevancia que tiene Karl Deutsch para resolver los desafíos que se plantean en la Europa de la actualidad. De ahí debemos reconsiderar la supuesta reciprocidad entre diversidad y solidaridad, tal como se ha llevado afirmando durante mucho tiempo en el discurso académico. En esta línea, la tercera parte se enfrenta a este paradigma dominante mediante resultados de nuevos estudios empíricos que rechazan la correlación negativa entre diversidad cultural y solidaridad social. Esto nos permite finalmente definir las pautas de un nuevo concepto de solidaridad social que resuelva el dilema político y social de la Unión Europea. En este sentido, la parte final discute el «dilema de los progresistas» de Kymlicka en el contexto de la actualidad europea, priorizando entre los diferentes enfoques de las anteriores partes. De ahí se espera arrojar luz sobre el difícil camino que Europa ha de recorrer para dar una forma más concreta a la cimentación teórica de la solidaridad postnacional que se desarrolla en este ensayo.

2. «Transnacionalismo» y su impacto sobre nuestro concepto de solidaridad social

Una forma de considerar la experiencia ciudadana con la «Europa banal» es verla como parte de un fenómeno más amplio que se deriva a una reconfiguración de los criterios de la ciudadanía. Según Yasemin Soysal, estos nuevos criterios se basan en la productividad y la capacidad personales de poder contribuir al sistema de cobertura institucional en su Estado de residencia (Soysal, 2012, p. 11). En ello se refleja un cambio en la lógica constituyente y el lenguaje moral en nuestro concepto de justicia social (Soysal, 2012, p. 11). Se trata de un nuevo proyecto social que aspira a ser un modelo de ciudadanía que da privilegio a la individualidad y su capacidad transformativa (Soysal, 2012, p. 2). En otras palabras, se apuesta por un modelo de inclusión social que se aleja de un Estado que proporciona de manera pasiva los bienes públicos (Soysal, 2012, pp. 3-4). De esta forma, marca un desvío radical del modelo tradicional de la ciudadanía (Soysal, 2012, pp. 11-12). En su lugar, se promulga la actividad, responsabilidad y movilización individuales para crear la necesaria cohesión social (Soysal, 2012, pp. 3-4).

Sin embargo, sería demasiado fácil explicar este giro exclusivamente por el impacto de la denominada ideología «neoliberal» y el afán de reducir el activismo individualista a la funcionalidad de la autorregulación del libre mercado. En efecto, el individuo como base de la cohesión social ha estado presente tiempo antes de la aparición del «neoliberalismo». Tal como demuestran las afirmaciones del Consejo de Europa, o el UNESCO en los años 60 y 70 del siglo XX, el individuo se ha vuelto indispensable para el funcionamiento de la democracia no sólo en el campo

económico, sino también en el campo de la educación (Soysal, 2012, pp.12-14). Aquí encontramos una noción universal de la persona que se solapa con la ciudadanía del Estado, provocando una desvinculación parcial de ésta última de la ciudadanía nacional (Soysal, 1994, pp. 164-167).

En Europa, esta transformación se explica en parte por las experiencias con las dictaduras del siglo XX. Dicho esto, el desarrollo de los derechos humanos tomó una forma más transnacional, relajando el agarre moral de la nación sobre la ciudadanía (Soysal, 2012, p.13). Y con ello, la nación ha dejado de ser el margen exclusivo para la identidad ciudadana. Consecuentemente, se han abierto caminos para la inclusión de personas extranjeras y su participación en la vida pública nacional, ante todo la opción de poder reclamar derechos en un Estado que formalmente no es el suyo. Por ende, el Estado nación se ha convertido en un mecanismo instrumental de implementación de una multitud de funciones y responsabilidades que se derivan ahora de un discurso global que va más allá de una identidad territorial particular. De ahí han aparecido múltiples niveles de participación en un espacio público que se escinde ahora entre identidades locales, regionales y globales y que van acompañadas por un complejo interconectado de derechos, obligaciones y lealtades. En vista de estos cambios, la ciudadanía nacional ha dejado de ser el concepto adecuado para sostener una narrativa de pertenencia de una comunidad (Soysal, 1994, pp. 164-167).

Dicho todo esto, el contrato social ya no se basa únicamente en la nación, sino que se encuentra mediado por un marco de referencia transnacional que predefine los estándares de estatalidad (Soysal, 2012, p. 16) y que se nutre de un concepto universal de derechos humanos que a su vez se asienta en la individualidad (Soysal, 1994, p. 157). Y esta escisión entre soberanía nacional por un lado y derechos humanos por otro es la que Soysal llama la «dialéctica de pertenencia post-nacional» (en original: *dialectics of post-national membership*), es decir, dos tipos de derechos que forman, ambos, parte de un mismo proceso global que promueve la adhesión post-nacional, pero al mismo tiempo cosifica el Estado-nación y su soberanía (Soysal, 1994, p. 157).

Ahora bien, dicha dialéctica plantea una serie de problemas. Primero, el traslado del enfoque hacía la incentiva individual debilita la anterior conexión entre cohesión social y justicia social. Tradicionalmente, la seguridad económica proporcionada por el Estado fue el garante de una igualdad de oportunidades. Y ésta, a su vez, posibilitaba la participación en los proyectos políticos y sociales comunes, facilitando la solidaridad y la cohesión social necesarias para mantener a la comunidad. Ahora, la iniciativa recae sobre el individuo activo y capacitado que ha dejado de depender de una garantía universal (Soysal, 2012, pp. 5 - 8). Y con ello se acaba con el histórico vínculo entre redistribución y solidaridad que formaba las condiciones institucionales de la anterior cohesión social (Soysal, 2012, p.12). Además, se ignora a los factores que pre-determinan a estas supuestas «capacitaciones individuales». Por tanto, se dejan de tener en cuenta a aquellos destinatarios que no pueden cumplir con las nuevas exigencias de productividad individual y que tienen más dificultades de subir la escalera social, sobre todo por encontrarse en trabajos temporales y secundarios. Este grupo queda representado por muchos inmigrantes no europeos, pero también por mujeres, jóvenes y ciudadanos europeos sin los recursos suficientes para realizarse como personas (en original: *lesser Europeans*). Hasta ahora, el proyecto social europeo no ha dado una solución satisfactoria para este dilema que plantea la tensión entre la confianza en las capacidades transformativas de las individualidades y la realización universal de la justicia social (Soysal, 2012, p.2 y p.15).

Otro problema es la falta de efectivos mecanismos de aplicación para proteger los derechos post-nacionales más allá del Estado-nación. Tal como se afirmaba más arriba, la realización de estos nuevos derechos sigue dependiendo del instrumento del Estado-nación. El discurso post-nacional carece de la solidaridad que pudo reclamar para sí la histórica ciudadanía nacional (Soysal, 2012, p. 15). En cierto modo, los derechos post-nacionales le dan la vuelta a la evolución de los derechos sociales, tal como la conocemos desde el esquema del Estado-nación. Siguiendo a Thomas Marshall, tradicionalmente, la evolución de los derechos documenta una extensión secuencial de las garantías hacia los miembros que habían sido excluidos en el estado anterior. Así pues, cada paso es un pre-requisito para la garantía posterior. En esta línea, el caso británico documenta la aparición de los derechos civiles y libertades del individuo. Éstos constituyeron el fundamento para los derechos políticos. Y éstos, a su vez, formaban la base para que la clase obrera pudiera reclamar derechos sociales y garantías de bienestar. No es así en el caso de los derechos post-nacionales. Tal como señala Soysal con el ejemplo de los trabajadores extranjeros (en original: «*guest workers*»), la extensión de garantías revierte el esquema de Marshall. En efecto, ha sido más fácil para los Estados de acogida garantizar unos derechos sociales a los trabajadores inmigrantes antes de concederles unos derechos de participación política. El derecho a voto sigue estando protegido más estrictamente, manteniéndose dentro de los estrechos márgenes de la comunidad nacional por representar la esencia ideológica de la soberanía nacional (Soysal, 1994, pp. 130-131). De ahí no podemos esperar que los derechos post-nacionales nos lleven hacia la inclusión política de una comunidad post-nacional. Y el ejemplo más evidente son los derechos de la ciudadanía europea. Tal como bien destaca Favell, los residentes europeos deben pagar impuestos en su país de residencia, pero su estatus político les excluye de las votaciones nacionales para expresar su desacuerdo. Además, no tienen el mismo acceso a las garantías del Estado de bienestar como los ciudadanos nacionales en cuanto se trate de cuidado infantil o derechos a una pensión, ya que éste depende de la duración de su estancia (Favell, 2016, p. 3).

A estos dos problemas se añade un tercero: la desigualdad entre los Estados nacionales que se traduce en Europa en una desigualdad entre los Estados Miembros (Soysal, 2012, p. 15). Y estas desigualdades entre los Estados han ido creciendo desde la crisis económica de 2007 (Favell y Recchi, 2019, p. 14). Sin embargo, y a pesar de todos los inconvenientes que se plantean a nivel teórico y para los afectados a nivel práctico, algunos autores califican este desarrollo como la única alternativa inevitable en un mundo marcado por la «desnacionalización» impulsada por el capitalismo global. Tal como destaca Sassen, este proceso induce la invención de nuevas formas de Estados de rango superior e inferior (en original: «*higher and lower level statehood*») para tratar con las cuestiones de gobernanza de las economías además de resolver asuntos de cultura y pueblos que han dejado de ser congruentes con las fronteras nacionales. Pero se hace evidente que, en este mundo, la democracia, si todavía fuese posible, tendría una aparición bien distinta que el conocido proceso participativo y las obligaciones legales compartidas de la comunidad nacional (Favell, 2016, p. 4). Aun así, se aprecia esta instrumentalización contenciosa de la ciudadanía para descomponer un sistema global mantenido por la exclusividad de los privilegios nacionales de los poderes occidentales (Favell, 2022, p. 19). Y esto nos lleva hacia una crítica más general de la democracia liberal.

Ahora bien, puede que esta crítica esté justificada hacia el ímpetu «integrador» de la democracia liberal por identificar aquí una cierta continuidad de los antiguos privilegios coloniales en la selección de aquellas personas inmigrantes que más benefician a la competitividad del Estado-nación en un entorno altamente

globalizado⁴. Aun así, es cuestionable si la confianza en la fuerza desintegradora del transnacionalismo, y sobre todo las quiebras que produce sobre las dominantes formaciones nacionales y su demografía política (Favell, 2022, p. 21), resuelva el problema que éste mismo plantea. Más bien estamos observando lo contrario, el fenómeno del transnacionalismo ha fortalecido una re-animación del debate en las esferas públicas en torno a una identidad y valores comunes y la consiguiente debilitación que produce la diversidad social sobre la integridad de la comunidad (Soysal, 2012, pp. 10-11). En otras palabras, los celebrados efectos desintegradores del transnacionalismo invocan el retorno del conocido Estado-nación, con todos sus defectos e insuficiencias que provoca el exclusivismo cultural de su fundamento ideológico. El ejemplo más ilustre de la actualidad es sin duda el referéndum sobre el *Brexit*, cuyo resultado estaba condicionado por «historias aterradoras» sobre el supuesto abuso de beneficios de bienestar social por parte de inmigrantes europeos⁵.

En resumen, las quiebras que produce el transnacionalismo sobre el vínculo entre ciudadanía e identidad nacional no resultan ser un escenario prometedor para un nuevo modelo de cohesión social y democracia, tal como lo esperan sus defensores. Es más bien probable que se provoque el efecto contrario. Esto no quiere decir que sus críticas frente a la primacía moral de las democracias occidentales no son relevantes⁶, o que la mejora que producen los derechos postnacionales para algunos colectivos no son importantes⁷. Pero el enfoque unilateral sobre los efectos centrípetos que produce el transnacionalismo sobre nuestras establecidas democracias nacionales no sirve para resolver nuestro problema principal: encontrar un modelo de solidaridad factible para la diversidad encontrada en el espacio de gobernanza de la actual Unión Europea.

3. Karl Deutsch y la identidad europea

3.1. Entre *Mushroom Cloud* y *Lawyer Cake*: el estancamiento político y social de la identidad europea

A pesar de reconocer el impacto jurídico y social de las prácticas transnacionales sobre las esferas internas de los Estados nacionales, los «transnacionalistas» citados en la primera parte siguen contando con el Estado soberano nacional como entidad principal de la organización de la vida política. Esto no quita que al otro extremo del espectro nos encontramos con una visión que espera de la integración europea una reconstitución de las identidades colectivas, es decir, una adaptación a los cambios mediante una nueva identidad supra-nacional (Recchi, 2014, p. 121). Ésta es la visión de Karl Deutsch, tal como la tuvo en mente cuando analizaba las prácticas transfronterizas de la entonces joven Comunidad Europea. Para Deutsch, las actividades transfronterizas iban a promocionar un proceso de aprendizaje social que creara la confianza necesaria para sostener la emergente entidad política supranacional (Favell y Recchi, 2019, p. 10). Hasta muy recientemente, los trabajos de Karl Deutsch sobre la integración europea no habían sido tomados en serio (Recchi, 2014, p. 124). Sin embargo, el autor ha vuelto a captar la atención de los estudios sobre la identidad europea (Favell y Recchi, 2019, pp. 10-12), sobre todo

⁴ Vid. al respecto: Favell (2022, pp. 6 y 13).

⁵ Vid. al respecto: Barbulescu y Favell (2020, p. 158).

⁶ Por ejemplo, la libertad de los pueblos no-occidentales de no transformarse en un sujeto moderno de su auto-imagen (Favell, 2022, p. 18).

⁷ Aquí nos referimos a ciertos grupos de migrantes que consiguen derechos en la esfera transnacional, pero sin necesidad de ser compensados por los beneficios de la ciudadanía occidental, evitando así el embudo de categorías jerarquizadas que les situarían otra vez en un estado inferior frente a los ciudadanos occidentales (Favell, 2022, p. 19).

cuando se trata de averiguar el potencial del transnacionalismo para la formación de una identidad europea.

Sin embargo, Karl Deutsch empezó su investigación sobre el fenómeno del nacionalismo. Para Deutsch, la creación de infra-estructuras facilitaba el intercambio social y económico en un determinado territorio. En este sentido, la infraestructura creaba sociedades antes de que la cultura y la comunicación pudieran crear comunidades. Consecuentemente, el sentido de pertenencia a una nación común resulta de la intensificación de la relación de sociedad en condiciones de complementariedad funcional. Dicho esto, se podría describir las naciones del mapa global como un cumulo de comunicación social intensificada, cuyos miembros interactúan más entre sí que con el exterior. De ahí el sentido de solidaridad y del destino común. Más tarde, Deutsch aplicó su teoría del nacionalismo a la formación de entidades políticas supra-nacionales. Parecido al caso de la formación de las naciones, la aparición de las llamadas «Comunidades de Seguridad» (en original: *security communities*) se explica por la amplificación de intercambios sociales y culturales, sólo que éstas se expanden sobre las fronteras nacionales. En este sentido, se interpretaba a la Comunidad Económica Europea como la primera instancia de una futura «Comunidad de Seguridad» con el potencial de fortalecer una identidad común mediante la intensificación de las transacciones entre sus actores individuales y corporativos (Recchi, 2014, pp. 123-124).

Ahora bien. Para entender mejor la relación entre «Comunidad de Seguridad» y reformación de identidad debemos ver más en detalle el aprendizaje social que Deutsch consideraba tan importante en este proceso. En el caso de la identidad nacional, la clave ha sido una conciencia de diferenciarse de los demás. Y dicha conciencia resultó de compartir la misma vivencia para conseguir el sustento en un contexto, donde se compitió por los recursos económicos y empleo. Aquí es cuando las diferencias culturales empezaron a tener importancia (Deutsch, 1966, p. 174). Así pues, siempre que se valoraba a la identidad nacional como opción prometedora en la competición social sobre prestigio y bienestar, se intensificó la conciencia nacional. Por esta razón, Deutsch vinculaba a la conciencia nacional con un cambio más profundo de los valores asignados a las personas con respecto a lo que pudieron «llegar a ser». También podemos contar con una creciente renuencia a aceptar las limitaciones previas al estatus social. Dicho esto, no es de sorprender que la conciencia nacional apareciera en una época en la que se razonaban derechos fundamentales e inalienables para todos los individuos, representando un amplio cambio en el «espíritu», iniciado desde el campo de la religión hacia el lenguaje de la política hasta finalmente incluir el mundo económico y a la sociedad en general (Deutsch, 1966, pp. 178 - 180). Este cambio «espiritual» posibilitó un nuevo sistema de valores que enseñó a las personas una nueva confianza en «lo que eran» o mejor dicho, pudieron «llegar a ser». Y de ahí se podrían desarrollar nuevos patrones de comportamiento social y de acción política. En este sentido, Deutsch calificaba la conciencia nacional no como poder por derecho propio, sino como un remolino (en original: «*Whirl Pool*») que expresa más bien el encuentro de aquellas otras fuerzas que han confluído en su creación (Deutsch, 1966, p. 181).

Deutsch no paraba de insistir en que el éxito de la formación de la identidad nacional radica en su capacidad de trascender a las clases sociales (Deutsch, 1953, p. 177). En este aspecto, ésta ha mostrado ser más eficaz que sus conceptos concurrentes dado su resiliencia y adaptabilidad a una modernidad extremadamente competitiva (Deutsch, 1953, pp. 183-184). En un contexto con grandes diferencias entre estándares de vida e ingresos, el nacionalismo se comporta inversamente proporcional frente a las barreras contra la movilidad entre regiones y clases y directamente proporcional hacia las barreras contra las diferencias económicas y de

prestigio entre clases, culturas y regiones (Deutsch, 1953, p. 180). Así pues, en un mundo marcado por diferencias entre los niveles de vida, los seres humanos han utilizado la nación como instrumento para mejorar sus propios estándares de vida a coste de lo de sus vecinos (Deutsch, 1953, p. 191).

Para ilustrar este proceso sociológico de la competición entre naciones, Deutsch utilizaba la metáfora de un «hongo nuclear» (en original: «*Mushroom Cloud*»). En esta metáfora, el «pie» está formado por la solidaridad entre los estratos más pobres y los de ingreso medio bajo. Aun así, estas clases sociales tienen más oportunidades para subir la escalera social que sus equivalentes en otras naciones. Mientras tanto, el «sombrero» se forma a través de los estratos medianos y altos de la sociedad, cuyos miembros se despliegan hacia nuevas posiciones de privilegio y control sobre otros territorios y recursos. Estas nuevas oportunidades facilitan que se acepten en su círculo también los representantes de los estratos menos favorecidos de su propia nación, es decir, aquellos miembros encontrándose en el «pie» de la jerarquía social. En todo caso, toda la nación se empeña en superar en su extensión a las demás naciones para así generar más oportunidades para los miembros del propio grupo. Y esta expectativa de extender el propio radio de acción a nivel vertical y horizontal la encontramos en el fondo de la popularidad transitoria de la construcción de imperios, ya que se trató, al fin y al cabo, de establecer privilegios sobre otras poblaciones (Deutsch, 1953, p. 191).

De esta forma, las naciones han mostrado ser una organización más efectiva que los localismos tribales y feudales (Deutsch, 1953, p. 190). Dichas comunidades (designadas por Deutsch con el término «*lawyer cake*») representaban una estructura de sociedad extremadamente jerarquizada que destacaba por un alto grado de integración cultural en los estratos más altos de la sociedad con un grado menor de integración en los estratos medianos hasta faltar por completo en el plano del fondo. Este tipo de estructuras era típico para sociedades agrarias con una escasa red de comunicaciones de comercio y poca densidad de población. Por tanto, sólo hubo una asimilación hacia un estándar cultural común entre los estratos más altos de la sociedad mientras que esta asimilación jamás llegaba a las masas habitando en los pueblos. Esta población pasiva no fue movilizada antes de que el crecimiento económico y la organización política indujeran una valoración de su identidad, dando una importancia crucial a las particulares características sociales y culturales para construir la futura nación (Deutsch, 1953, p. 172).

Se hace evidente que Deutsch vinculaba la emergencia de esta nueva forma de comunidad a unas circunstancias estructurales favorables, como un nudo básico de rutas de comunicación de tráfico y de migración. Sin embargo, para Deutsch no todo era estructura. Para la identidad nacional, sí que era necesario un mínimo de compatibilidad cultural, por ejemplo, en forma de dialectos similares para posibilitar la emergencia de un lenguaje común en grandes sectores de la población (Deutsch, 1953, pp. 175-177). Pero tal como se dijo más arriba, Deutsch también se podía imaginar una integración política en base al aprendizaje social más allá de la comunidad nacional e, igual que en el caso de la nación, este aprendizaje social se manifiesta en la adquisición de unos nuevos hábitos. Estos hábitos, aparte de reflejar un cambio lento y profundo de las circunstancias contextuales, también se plasman en la dinámica de un proceso político específico (Deutsch, 1957, p. 37). De hecho, siempre suelen asociarse con un denso nexo entre valores institucionales y hábitos que expresan una nueva forma de vivir y que reemplazan a los valores representados por las instituciones políticas anteriores (Deutsch, 1957, pp. 47-48).

Es justo este enfoque que capacita la teoría de Karl Deutsch para explicar la integración europea también como un proceso de «crecimiento desde abajo hacia

arriba» (Recchi, 2014, p. 124). En este sentido, investigadores han comprobado si las crecientes acciones transfronterizas de los ciudadanos europeos reflejan un proceso de aprendizaje social que permita profundizar la integración política a nivel supranacional. En este aspecto, la comprobación más sofisticada de la teoría de Karl Deutsch ha sido la de Theresa Kuhn. Kuhn se preguntaba si nuestras prácticas transnacionales nos llevan a apoyar a la Unión Europea (Favell y Recchi, 2019, p. 11). Y efectivamente, el transnacionalismo individual⁸ sí que fortalece el apoyo de los ciudadanos a la integración europea y en líneas generales, tanto la identificación de los mismos con Europa como la aceptación de que su Estado sea miembro de la Unión Europea (Kuhn, 2015, p. 76). Esto confirmaría, en principio, la tesis de Karl Deutsch. Sin embargo, y contrario a esta interpretación de su teoría, el aumento de las interacciones transnacionales en las últimas décadas no ha llevado a un aumento ni del apoyo a la integración europea ni de la identificación con Europa (Kuhn, 2015, p. 77). En efecto, el apoyo de los ciudadanos europeos hacia la integración europea ha quedado estancado entre 1996 y 2005, mientras que las opiniones euroescépticas se han hecho abundantes (Kuhn, 2015, pp. 4-5).

El problema de fondo es la estratificación social y económica del transnacionalismo individual. En otras palabras, las actividades transnacionales que benefician una actitud pro-europea quedan reservada a una «elite de Europeos jóvenes y bien formados de países ricos» (Kuhn, 2015, p. 77⁹), pero no llegan al promedio de la población europea. Dicho esto, son los criterios socio-económicos los que determinan el nivel de las actividades transfronterizas y consecuentemente, la identificación con Europa. Pero la mayoría de los europeos todavía no han adoptado un estilo de vida europeo. Resumiendo, con las palabras de Deutsch, la formación de una «Comunidad de Seguridad Europea» no ha proliferado transacciones sobre la entera población europea (Kuhn, 2015, pp. 107-108).

En este escenario, la europeización tiene incluso un efecto contrario y, de hecho, en países con alto grado de actividades transnacionales, las personas excluidas de este nuevo estilo de vida suelen mostrarse más reacios frente a Europa que sus equivalentes en países poco transnacionales (Kuhn, 2015, p. 137). Así pues, la transnacionalización de la esfera de vida polariza la relación de los ciudadanos con la integración europea (Kuhn, 2015, p. 140). También es importante señalar que la calidad de las interacciones transfronterizas tiene un peso importante en la identificación con la Unión Europea. Meras relaciones económicas no producen los efectos de aprendizaje social esperados, sino que estas relaciones deben ser de naturaleza social (Kuhn, 2015, p. 125).

En otras palabras, es la afectividad emocional la que determina a la identificación de los ciudadanos con Europa (Kuhn, 2015, p. 125). Así pues, el apoyo político de los ciudadanos a la Unión Europea es principalmente una cuestión de identidad del grupo (Kuhn, 2015, p. 146). Y aquí es donde la estratificación de las prácticas transnacionales se convierte en el gran problema para la formación de una identidad europea en torno a toda la población, en equivalencia a lo existente a nivel nacional. Para ilustrar este dilema, Kuhn recurre a la metáfora del «*lawyer cake*» de Deutsch citada más arriba. Según Kuhn,

Este análisis es sorprendentemente coherente con los resultados empíricos [...]: un pequeño grupo de europeos altamente calificados ha sido europeizado, mientras que

⁸ Kuhn mide el «transnacionalismo individual» con tres parámetros: 1) origen, 2) prácticas de naturaleza instrumental o social y 3) capital humano transnacional (Kuhn, 2015, p. 32).

⁹ Traducción propia.

la mayoría de los europeos no tiene experiencias europeas frecuentes, y algunos siguen siendo completamente nacionalizados (Kuhn, 2015, p. 148¹⁰).

Consecuentemente, el transnacionalismo no cuenta con un gran apoyo emocional de las instituciones supra-nacionales. De ahí hay quienes deducen que el transnacionalismo no proporciona los dividendos de legitimidad, tal como lo deberíamos esperar de la tesis de Deutsch¹¹. Por esta razón se considera que la fusión de las sociedades europeas en una sola sociedad, y sea incluso a largo plazo, es extremadamente improbable. No se consiguió transferir hacia la Unión las prerrogativas del Estado-nación. En su lugar, el Estado-nación ha conseguido reorganizarse en los años 90 mediante unas modificaciones estratégicas, adaptándose al entorno de la globalización sin ceder su soberanía en cuestiones de seguridad militar y material. Debido a esto, la nación sigue siendo la referencia principal para la ciudadanía en cuanto a la garantía de su seguridad. Frente a ello, las pocas señales de convergencia observadas entre las sociedades europeas reflejan factores «objetivos» que no van emparejados por una homogeneidad «subjéctiva» en forma de normas sociales e identificaciones colectivas. Y la creciente desigualdad estructural entre las sociedades europeas nos lleva a un distanciamiento entre sus intereses nacionales que a su vez disuade la confianza mutua y la solidaridad necesarias para fortalecer la integración (Recchi, 2019, pp. 281-282). De ahí la conclusión pesimista de Ettore Recchi: las prácticas transfronterizas no son una solución para este dilema estructural, ya que «los contactos transfronterizos, a pesar de acercar a las personas física- y virtualmente, nos las hace automáticamente más iguales entre sí» (Recchi, 2019, p. 282).

3.2. La Comunidad de Seguridad transnacional. ¿Una imposibilidad en Europa?

Ahora bien. Incluso si aceptáramos que los meros contactos transfronterizos no pueden crear por sí mismos una sociedad europea, y con ello tampoco una base para una identidad europea común, es importante recordar que la teoría de Karl Deutsch sobre las llamadas «Comunidades de Seguridad» trabajaba con muchos más factores que los meros contactos transfronterizos. Tal como se mencionaba más arriba, Deutsch sí era consciente de una cierta predisposición cultural de la población para que se pudiera crear una unión y la creación de tal consciencia cultural, a su vez, era un proceso dinámico que incluía, aparte de condiciones estructurales favorables, también factores «humanos» como la capacidad de liderazgo, o los intereses de las elites.

Esto nos obliga a profundizar todavía más en la teoría de Deutsch sobre las «Comunidades de Seguridad». A nivel estructural, ya vimos que Deutsch esperaba de la creciente complejidad de la vida económica y las consiguientes oportunidades nuevas expectativas sobre una elevación de los niveles de vida, mejoras sociales y derechos políticos. Estas demandas también juegan un papel en la formación de comunidades supra-nacionales e, igual que en el caso de la nación, este proceso desemboca en una nueva dinámica social que cuenta con la activación de grupos anteriormente pasivos, forzando a las instituciones a responder a estas nuevas demandas sociales y políticas (Deutsch, 1957, p. 42). Aparte de ello, deben existir instituciones y grupos sociales que proporcionen canales de comunicación efectivos entre las entidades políticas y los estratos de la población (Deutsch, 1957, p. 51). La clave es la práctica en instituciones compartidas, dado que éstas establecen un mínimo de previsibilidad mutua. Con ello, cada actor puede desarrollar expectativas fiables sobre el comportamiento del otro (Deutsch, 1957, pp. 54 - 57). Y tal como se

¹⁰ Traducción propia.

¹¹ Vid. al respecto: Favell y Recchi (2019, p.12).

ha mencionado más arriba, el comportamiento de las elites puede ser decisivo para promover la fusión de dos entidades políticas (y sociedades). En muchas ocasiones, ha sido el cierre de las elites, y el consiguiente retraso de reformas sociales exigidas por grandes partes de la población que explica la incapacidad de las instituciones para afrontar los cambios (Deutsch, 1957, pp. 61-63).

En otras palabras, la formación de las «Comunidades de Seguridad» representa un proceso muy dinámico y complejo que puede tomar muchas vías, dependiendo de los actores sociales y políticos involucrados (Deutsch, 1957, p. 100). ¿Pero cuándo sabemos que un determinado orden político se encuentra en curso hacia la integración en una nueva entidad? Para Deutsch, un indicador clave es la sustitución de las antiguas divisiones políticas por una nueva oposición política que sobrepase las fronteras de las entidades singulares. Por ejemplo, la oposición entre *Whigs* y *Tories* sobrepasaba a las divisiones políticas internas en Inglaterra y Escocia y estaba presente tiempo antes de su unión formal en 1707 (Deutsch, 1957, p. 76). Otro indicador es un nuevo discurso que vincula la solución de problemas sociales y locales a la integración en una futura Unión (Deutsch, 1957, p. 94). Así pues, Deutsch observaba una confluencia entre opiniones intelectuales sobre la necesidad de una revisión conceptual del sistema político en vigor (Deutsch, 1957, pp. 112-113). La aparición de nuevas «Comunidades de Seguridad» supra-nacionales siempre fue precedida por un discurso intelectual que «preparaba» su aceptación (Deutsch, 1957, p. 116).

Y esto nos lleva otra vez al actual discurso sobre la integración europea. Es muy importante destacar que las interpretaciones de Theresa Kuhn son bien distintas de la conclusión pesimista de Recchi anteriormente citada. Kuhn observa el impacto creciente de asuntos europeos en los debates políticos nacionales. Esto da testimonio a un traspaso de la legitimidad en la toma de decisiones europeas desde una elite aislada hacia las masas (Kuhn, 2015, p. 10). En este sentido, Kuhn interpreta el euroescepticismo no como señal de una reivindicación del Estado nación, sino como un producto de europeización (Kuhn, 2015, p. 142). Detrás de las posiciones pro- y anti-europeístas se esconde una nueva división que supera a las antiguas divisiones políticas internas de los Estados Miembros, y que refleja en cierto modo también la nueva oposición entre ganadores y perdedores de la integración europea (Kuhn, 2015, pp. 10 y 148-149).

En este sentido, Kuhn exige solucionar el problema de la estratificación de las actividades transnacionales mediante una política activa, realizada desde la Unión Europea, para promover las actividades transfronterizas en los estratos menos formados de la población. En otras palabras, se considera imprescindible fortalecer la dimensión social de la Unión Europea para remediar las consecuencias negativas de una competitividad en el entorno globalizado, sobre todo para aquellos que se ven expuestos a ella sin alternativas. Dicho esto, los programas de movilidad deberían enfocarse específicamente en las personas menos formadas en vez de excluir, tal como se está haciendo ahora, a los colectivos mal formados y, por tanto, más propensos al euroescepticismo y políticas anti-europeas. Y cambiar este estatus quo es una tarea de los líderes políticos (Kuhn, 2015, pp. 142-143).

Entendido de esta manera, sería principalmente una cuestión de liderazgo, de una política activa y un enfoque integral y centrado en la inclusión de todos los estratos de las sociedades europeas. Esto nos invita a razonar una interpretación alternativa sobre el estatus quo político y social de la Unión Europea, encontrándose en una posición diagonalmente opuesta a la visión pesimista de Recchi: el estancamiento político y social de la integración europea no se explica tanto por la resurrección de un Estado nacional globalizado, sino por la inconsecuente asunción

por parte de las elites de los cambios sociales que la propia integración europea ya ha puesto en marcha. Este cierre de las elites a realizar las necesarias transformaciones para insertar una nueva realidad social en su adecuada estructura política y jurídica nos trae de vuelta al antiguo concepto del Estado-nación.

En conclusión. En esta segunda parte se ha demostrado que las prácticas transnacionales nos llevan necesariamente a una identidad colectiva situada más allá del Estado-nación. En este aspecto, ha sido el mérito de Karl Deutsch de anticipar que la desigualdad social dejará de ser una mera cuestión de clase social, y se plasmará en una desigualdad entre naciones, tal como es el caso en la Europa de la actualidad. Aun así, debemos esperar que el aprendizaje social que promoverá una formación de una identidad supra-nacional compartida con la identidad nacional la dinámica social que acompaña toda formación de identidades: la flexibilización de la jerarquía social establecida y la consiguiente mejora de expectativas sobre niveles de vida, derechos y oportunidades para todos los miembros de la comunidad. En este aspecto, la estratificación de las prácticas transnacionales de las esferas sociales europeos es una tendencia que impide claramente la formación de una identidad europea común que a su vez permitiría la profundización política y social de la integración europea. Sin embargo, estas divergencias no tienen por qué indicar una equivocación de Karl Deutsch. Por eso ha sido necesario ver más de cerca su teoría, llevando a la luz todos los factores que pueden ser determinantes en la formación de una identidad europea. Esto nos posibilita dar otra interpretación de los sucesos actuales: falta de liderazgo, de compromiso social y político por parte de las elites con todos los estratos de la población son los responsables del estancamiento de la integración social y política de la Unión Europea. Esta conclusión es coherente con las recomendaciones de Theresa Kuhn, en cuanto que insiste en una política activa de los responsables para fortalecer la socialización transnacional también entre los estratos menos formados de las sociedades europeas.

4. Diversidad y Estado de bienestar social. ¿Un callejón sin salida?

Se ha hecho evidente que una identidad europea común, capaz de superar la Europa de naciones por medio del aprendizaje social, resulta ser menos utópico que a primera vista aparenta. Sin embargo, todavía quedan dos problemas por resolver. Primero. Tal como señalaba Deutsch, la identidad nacional produce un cierre de canales de comunicación que dificulta la convivencia con otras naciones en un mismo Estado (Deutsch, 1966, p. 186). Si nos quisiéramos imaginar la Unión Europea, tal vez no como Estado, pero sí como espacio social compartido, nos topáramos necesariamente con distintos canales de comunicación, ya que la diversidad de las sociedades europeas refleja las especializaciones nacionales realizadas a largo plazo que no pueden ser fácilmente sustituidas por un nuevo concepto de identidad (Recchi, 2019, p. 281). Dicho esto, la diversidad entre las sociedades europeas, seguiría siendo un problema, incluso si consiguiéramos una socialización transnacional de un mayor número de estratos sociales en los diferentes Estados Miembros. La advertencia de Recchi sobre la problemática de la diversidad seguiría teniendo gran relevancia. De ahí se añade un segundo problema, Deutsch resaltaba la importancia de una cierta concordancia entre el discurso intelectual para preparar a nivel teórico la realización de una futura unión (Deutsch, 1957, p. 116).

Estos dos problemas quedan resumidos por el «*progressive's dilemma*» de Will Kymlicka. Recordemos que Kymlicka sostiene una contra-partida entre solidaridad social y tolerancia hacía una sociedad diversa. En línea con lo expuesto en el segundo apartado, se parte de la premisa de que la nación es un proyecto político progresivo que también representa el fundamento del Estado de bienestar social, ya que ambos se basan en la ética de pertenencia a un colectivo social particular (Kymlicka, 2015,

pp. 4- 5). Entendido de esta manera, una sociedad diversa podría provocar la erosión de la solidaridad social. En esta línea, el influyente estudio de Alesina y Glaeser señaló que la «homogeneidad étnica» en Europa facilitó el apoyo al Estado de bienestar social mientras que la heterogeneidad racial de Estados Unidos provocó una débil configuración de éste, dado que no se pudo generar la solidaridad necesaria para respaldar tal sistema (Brady y Finnigan, 2014, p. 20). No sólo Alesina y Glaeser, sino muchos estudios han identificado el racismo, y sus consiguientes estereotipos discriminatorios, como condicionante externo para un diseño excluyente de un Estado de bienestar, especialmente tal y como lo encontramos en Estados Unidos¹². Hasta allí bien. Pero Alesina y Glaeser han avanzado a identificar a nivel más general un nexo causal entre heterogeneidad «étnica» y redistribución. Su conclusión: existe una fuerte correlación negativa entre diversidad «étnica» y gastos públicos en el bienestar social (Alesina y Glaeser, 2004, pp. 145-146).

Este tipo de estudios no sólo han sido utilizados por académicos y figuras públicas para respaldar su aversión frente a una diversidad cultural por su supuesto impacto negativo sobre la política social (Steele, 2016, p. 1441), sino que plantea otro problema. En efecto, y por lo que aquí interesa, la diversidad encontrada entre las naciones europeas también perjudicaría a un proyecto de integración transnacional centrado en toda la población europea, ya que los ciudadanos europeos nunca estarían dispuestos a conceder una inversión destinada a mejorar la situación de otra nación.

Sin embargo, recientemente, ha aparecido un pequeño número de estudios más escépticos que cuestionan la supuesta correlación entre inmigración (y con ello también la diversidad) y solidaridad social (Brady y Finnigan, 2014, p. 21). Incluso se sostiene que la investigación ha fracasado al establecer un enlace causal entre diversidad y la provisión de bienes públicos (Steele, 2016, p. 1441). Algunos de estos estudios van incluso más allá, y refutan la premisa que la «diversidad étnica» sea un impedimento para la consolidación de estructuras estatales. Contrario a lo que el discurso académico daba tradicionalmente por hecho, ahora se considera la diversidad no como una variable exógena sino endógena al proceso de formación de Estado y nación (Wimmer, 2016, p. 1408). En otras palabras, los Estados tienen la posibilidad de modificar los patrones de «etnicidad» a lo largo del tiempo (Singh y vom Hau, 2016, p. 1305). La capacidad del Estado, a su vez, depende de una serie de diferentes factores, desde históricos y demográficos hasta geográficos e incluso topográficos (Wimmer, 2016, p. 1433), pero que no está precedida por la diversidad de la sociedad (Singh y vom Hau, 2016, p. 1316). Una gran importancia también han tenido rupturas en esta estructura que a su vez han provocado un cambio en la formación de la nación, induciendo una transformación del discurso sobre la provisión de bienes públicos (Singh y vom Hau, 2016, pp. 1316-1318)¹³.

Todo ello nos afirma que no hay una correlación fuerte entre diversidad de la sociedad y la provisión de bienes públicos (Wimmer, 2016, p. 1437). En su lugar, los resultados nos re-dirigen hacia las instituciones políticas y su capacidad de proporcionar bienes públicos a la población. De ahí también su potencial de modificar las condiciones culturales encontradas entre la población, siempre y cuando las elites en las instituciones lo vean necesario (Singh y vom Hau, 2016, p. 1324). Dicho esto, las demandas, las ubicaciones y la interseccionalidad de «movilizaciones étnicas» nos exigen incluir la manera en la que los oficiales del Estado asumen y actúan sobre

¹² Para ver un resumen, vid. al respecto: Steele (2016, p. 1441).

¹³ Por ejemplo, con la caída de la Unión Soviética, la «clase social» perdió su capital movilizador en la negociación sobre bienes públicos y su capacidad de definir las relaciones entre Estado y sociedad. En su lugar, la «identidad étnica» ganó importancia (Singh y vom Hau, 2016, p. 1318).

estos esfuerzos de movilización (Singh y vom Hau, 2016, p. 1321). Además, también parece existir una fuerte correlación positiva entre un diseño democrático de las instituciones y la capacidad administrativa de los Estados (Wimmer, 2016, p. 1419). Y una vez más, se abre espacio para los actores políticos de promover reformas que pueden beneficiar la integración de la población a largo plazo y así superar las deficiencias condicionales inicialmente encontradas (Wimmer, 2016, p. 1439).

La más importante de estas deficiencias la encontramos en el contexto socio-económico. Tal como señala Liza Steele en su análisis de opiniones sobre beneficios del Estado de bienestar, sólo existe un efecto negativo de diversidad sobre las preferencias para la redistribución económica, si la desigualdad en un determinado país pre-condiciona una posición proteccionista sobre estos beneficios. En esta situación, el incremento de la inmigración en poco tiempo sí puede exacerbar posiciones anti-inmigratorias (Steele, 2016, pp. 1463 y 1467-1468). Tal vez, estas diferencias socio-económicas se plasman a nivel individual en una estratificación de opiniones sobre el apoyo de política social, de modo que lo observan Brady y Finnigan (Brady y Finnigan, 2014, p. 21). Personas con poca formación y pocos ingresos se muestran más favorables a una política de bienestar social, pero menos favorables hacia la inmigración (Brady y Finnigan, 2014, p. 36).

Esto no quita que estos estudios también rechacen la hipótesis de que la diversidad *per se* impida un apoyo hacia una política social de bienestar. Aparte de señalar la complejidad de esta relación¹⁴, ambos insisten en la importancia de condiciones estructurales, ante toda la desigualdad económica, para la configuración de las preferencias y el consiguiente discurso social. Dicho esto, nos quedamos una vez más con factores que recaen bajo la responsabilidad de mediación institucional (Mau, 2009, p. 226), en especial la gestión de las desigualdades económicas existentes. En esta línea, Brady y Finnigan recomiendan que la investigación debiera prestar más atención sobre la relación entre heterogeneidad «étnica» y desigualdad económica (Brady y Finnigan, 2014, p. 36). De igual forma, la conclusión de Steele respecto a las posibilidades de una política social en condiciones de diversidad no es tan pesimista: los políticos «progresivos» no deberían temer un dilema que les fuerce a elegir entre apoyo hacia la inmigración y gastos sociales, dado que una política social más generosa no lleva necesariamente a la opinión pública a posicionarse en contra de los inmigrantes (Steele, 2016, p. 1471).

De ahí las conclusiones fundamentales de esta tercera parte. La diversidad «étnica» no es un impedimento para la implementación de una política social común. En consecuencia, tampoco lo será la diversidad de las naciones encontradas en la Unión Europea. Las investigaciones citadas más arriba apuntan a la capacidad institucional como responsable de crear condiciones de igualdad social y esta, a su vez, condicionará cómo la población asumirá la diversidad encontrada en su territorio, aparte de la naturaleza concreta del discurso político que acompañe este proceso. De ahí también la gran responsabilidad de actores políticos de promover reformas en dirección de reducir la desigualdad económica y también de desistir de propagar un modelo de bienestar social basado en la exclusividad de un determinado colectivo. También cabe resaltar que la naturaleza misma de las instituciones es un condicionante importante para el Estado social de bienestar. Tal como señala el estudio de Andreas Wimmer, los sistemas democráticos han mostrado ser más capaces de proponer bienes públicos (Wimmer, 2016, p. 1439). Esta redirección hacia un enfoque histórico sobre la capacidad institucional, tal como se forjó durante la

¹⁴ En su estudio, Brady y Finnigan han identificado la interrelación de varios factores que condicionan la posición sobre la política social. Aparte de los ingresos económicos, los autores destacaron el género, la edad y la formación como importantes condicionantes. Vid. al respecto: (Brady y Finnigan, 2014, p. 21).

formación de la nación y/o del Estado, y la consiguiente necesidad de «endogenizar» la diversidad cultural a este proceso, nos trae de vuelta a Deutsch quien había considerado la identidad (nacional o supra-nacional) como resultado de un proceso dinámico, complejo y dependiente tanto de condiciones estructurales como de factores culturales.

5. Conclusión. Un «vaso tres cuartos lleno». Perspectivas para una solidaridad post-nacional en Europa

Los progresos de la integración europea han llevado a los ciudadanos a experimentar una nueva realidad transnacional. De esta experiencia han surgido nuevas luces y sombras. Una forma de aproximarse al transnacionalismo europeo sería verlo como manifestación regional del conflicto entre los ganadores y perdedores de la globalización que nos lleva al fin del consenso permisivo de los ciudadanos europeos, y consiguientemente, a la actual crisis de legitimidad de las instituciones de la Unión Europea (Favell y Recchi, 2019, p. 10).

En esta línea, el actual modelo social europeo, basado en la competitividad individual, no constituye, tal como bien señalaba Yasemin Soysal, una alternativa viable frente a la universalidad de garantías de protección social del tradicional Estado de bienestar social. Pero nos olvidamos de que esta universalidad también ha sido siempre condicional, dado que ésta implicaba la subsunción de la diversidad a la identidad particular de una nación. De ahí el «dilema de los progresistas», según el cual no se puede afirmar al mismo tiempo la diversidad cultural y la solidaridad igualitaria en el fundamento del Estado social y democrático del derecho.

Sin duda, el transnacionalismo ha producido unas quiebras serias en este edificio. De ahí surgen nuevos peligros, pero también nuevas oportunidades. Por un lado, no es difícil discrepar con Kymlicka en la idea de que un mundo de «super diversidad», marcado por una multitud de estatus legales, no totalmente temporal ni totalmente permanente, sino todos vinculados a condiciones de precariedad y condicionalidad, no sería un mundo deseable. En tal escenario, es probable que se perdiera por completo toda fuente de solidaridad (Kymlicka, 2015, p. 13). Sin embargo, al mismo tiempo, los procesos de “desnacionalización” conllevan unas nuevas oportunidades para desvincular las garantías de protección social de la primacía de la identidad nacional y esta abre la vía a un nuevo discurso académico sobre la posibilidad de una solidaridad social más allá del Estado-nación. Esto, a su vez, podría contribuir a solucionar el déficit de legitimación de las instituciones de la Unión Europea.

En esta línea, este ensayo analizaba las interpretaciones sociológicas y también el discurso teórico sobre el fenómeno del transnacionalismo europeo para encontrar indicios de una nueva solidaridad, capaz de asentarse sobre distintas identidades culturales y así resolver el llamado «dilema de los progresistas» y con ello, también el déficit social y político de la Unión Europea. Tal como se mostró la primera parte, no podemos llegar a este modelo si nos mantenemos en el antiguo paradigma del Estado nacional soberano. Éste plantea problemas en varias dimensiones. No sólo conserva los antiguos privilegios coloniales bajo el falso lema de la «democracia liberal» (Favell, 2022, pp. 6 y 13), sino que también re-afirma una identidad que no es capaz de asumir las complejas transformaciones sociales que ya están teniendo lugar dentro de las sociedades europeas.

Esto nos exige emplear otro camino. La solidaridad social sólo puede reconstituirse en esta sociedad tan diversa, si somos capaces de superar los defectos del Estado-nación en un nuevo concepto de identidad que reemplace a la anterior

identidad nacional, pero al mismo tiempo asume el gran potencial que ésta ha tenido en la superación de las barreras sociales de la sociedad. En otras palabras, tarde o temprano, Europa necesita plantearse la idea de una identidad común.

A nivel teórico, el autor que más potencial tiene para reajustar nuestro enfoque actual es Karl Deutsch. Deutsch no sólo anticipaba la transformación de identidades a raíz de cambios estructurales, es decir, la reconstitución del espacio, tal como está teniendo lugar ahora en la esfera del mercado interior. Mucho más importante es su visión sobre la dinámica cultural que acompaña estos procesos. Para la resolución de nuestra cuestión, cuatro elementos en este proceso han mostrado ser fundamentales:

1) una nueva forma de vivir que se expresa en cambios profundos debajo de la superficie de lo social y lo político, justo como lo estamos observando ahora en las prácticas transnacionales de la ciudadanía europea en su papel como personas trabajadoras, consumidoras y residentes (Favell, 2010, p. 212).

2) Una nueva división política que sobrepasa a las divisiones internas de las entidades políticas existentes, tal como lo anotaba Theresa Kuhn con la oposición entre pro-europeos y euroescépticos. No se trata aquí de una reivindicación del Estado nación, sino de una dinámica social que se constituye en torno al conflicto entre ganadores y perdedores de la integración europea, forzando a diferentes grupos sociales a posicionarse en este proceso.

3) Así pues, la dinámica política, y en especial la abundante oposición del euroescepticismo, no nos trae de vuelta el Estado-nación, sino que nos lleva a la responsabilidad de las elites y de las instituciones políticas para asumir estos cambios en las necesarias reformas sociales. Esto queda muy bien destacado por Theresa Kuhn, cuando exija una extensión de las oportunidades para las prácticas transnacionales a todos los estratos de la población europea, además de promover contactos transfronterizos de naturaleza social.

En otras palabras, no menos, sino más Europa sería la receta para resolver la actual crisis de legitimidad de la Unión Europea. Sin embargo, para que esta transformación pueda darse, Deutsch mencionaba una cuarta condición:

4) el consenso académico sobre la viabilidad de una unión para resolver los problemas sociales y políticos existentes. Y aquí queda todavía mucho camino por recorrer hasta que la unión económica se pueda convertir en una auténtica unión política y social. En primer lugar, se debería remediar la desigualdad socio-económica entre los ciudadanos europeos que ahora se plasma en una desigualdad económica entre los Estados europeos. Tal vez, el mayor mérito de Deutsch ha consistido en ver que la igualdad entre clases sociales se traducirá, una vez disueltas las barreras sociales estamentales, en una desigualdad entre naciones, justo como se presenta ahora. Y siguiendo al canon de la mayoría del discurso académico, esta diversidad impide que se pueda formar una nueva identidad social y política de los europeos, capaz de respaldar la profundización de la integración política y así afrontar los problemas sociales desde el nivel supra-nacional.

En esta constelación, el enfoque cae sobre nuevos estudios que tratan la diversidad como factor endógeno a la formación de una comunidad. En vez de ver la política social condicionada por la diversidad, apuntan a la capacidad institucional de influir en los procesos sociales y gestionar la desigualdad socio-económica, y así determinar el papel que ésta va a jugar en su relación con la solidaridad. Una vez más nos encontramos, igual que ya sostuvo Deutsch, con la capacidad y gestión institucionales. En otras palabras, la diversidad cultural no es un factor externo que

impide por sí sola la formación de una comunidad, y mucho menos la solidaridad entre sus miembros. Tal como señalaba Andreas Wimmer, una vez que se hayan consolidado las instituciones, es la capacidad del Estado que gestiona los asuntos de la comunidad, estando presente o no la diversidad entre los miembros la población.

Si aplicamos estas conclusiones a la realidad social encontrada en Europa, debemos discrepar de Kuhn en cuanto a su interpretación de la sociedad europea como «*lawyer cake*», es decir, como sociedad jerarquizada que delimita la vida transnacional a los estratos más altos de la sociedad. Deutsch utilizaba esta metáfora para describir las sociedades feudales que sólo disponían de instituciones débiles y que destacaban por poca densidad de la población. Esta situación definitivamente no se da en Europa. La Unión Europea dispone de Estados miembros democráticos con instituciones políticas consolidadas, capaces de gobernar territorios con alta densidad de población. Dicho esto, la Unión Europea y sus Estados Miembros sí tendrían la capacidad institucional para promover los cambios necesarios en la esfera socio-económica. Dicho esto, la innegable diversidad entre sociedades europeas tampoco puede ser un impedimento para la solidaridad entre los ciudadanos europeos, una vez que las instituciones hayan dado los pasos en una dirección determinada.

En esta línea, no se comparte aquí la visión pesimista de Recchi sobre el futuro incierto de una identidad europea común. En mi opinión, su interpretación de los datos no es la correcta. El vaso no está «tres cuartos vacío» (Recchi, 2019, p. 280). El transnacionalismo europeo muestra claramente señas de aprendizaje social que apuntan hacia una formación de una identidad situada más allá del Estado-nación. Tal vez, Recchi debería haberse quedado con otra conclusión de un ensayo anterior, donde también insistía, en línea con Deutsch, en que las identidades colectivas estarán reforzadas cuando exista una infraestructura política (como la Unión Europea) que encapsule y facilite interacciones transfronterizas dentro de unas fronteras establecidas (Recchi, 2014, p. 127).

Esta posición concuerda con la conclusión de este ensayo. Sin embargo, todavía queda pendiente un problema por resolver. Si defendemos una solidaridad europea por medio de una identidad supra-nacional, inevitablemente nos topamos con el poder seductor del imperialismo, de extender la influencia de la propia civilización a costa de las demás, sólo que ésta vez el imperio no sería la nación, si no Europa. ¿Realmente podría ser este concepto una vía factible para la solidaridad europea?

En primer lugar, debemos insistir que las conclusiones no apuntan a una nación europea, sino a una unión supra-nacional, inspirada en la «Comunidad de Seguridad» de Deutsch que se asentaba siempre sobre distintas naciones. Y aquí entra el concepto de solidaridad multicultural de Kymlicka. Recordemos que Kymlicka razona un modelo de solidaridad inclusiva, basada en la inmersión de distintas identidades en la narrativa nacional. Esto sería, sin duda, el primer paso en la construcción de la identidad supra-nacional europea. Sin embargo, el «multiculturalismo» de Kymlicka cuenta todavía con la preminencia de la identidad nacional. De hecho, se trata de una apertura parcial para las personas inmigrantes para que ellas puedan aspirar a ser ciudadanos de una nación (Kymlicka, 2015, p. 13). Pero el modelo que buscamos aquí es un concepto de comunidad que va más allá de un solo Estado nación.

Dicho esto, deberíamos combinar las ideas de Kymlicka con las de Deutsch. Y esto significa razonar un modelo de solidaridad multicultural como un nuevo contrato de origen, realizado entre distintas naciones, sobre el fundamento de la igualdad de los ciudadanos europeos para que todas naciones formen igualmente parte de la

nueva narrativa común. En otras palabras, en vez de delimitarnos, tal como lo sostiene Kymlicka, en un solo Estado nación, deberíamos centrarnos, tal como lo propone Deutsch, en distintas naciones, para fundar una unión que se compromete a conservar la igualdad formal de toda la ciudadanía europea. Esto permitiría que las instituciones políticas de la Unión Europea finalmente pudieran afrontar las grandes transformaciones de la vida social que el propio proceso de integración ha desencadenado. De ahí se podría abrir la puerta a una Europa de identidades múltiples que no sólo reconcilia las identidades nacionales institucionalmente consolidadas en los Estados Miembros, sino también abarca la compleja realidad intercultural vivida por muchos ciudadanos europeos y no europeos que igualmente forman parte de la constitución de una nueva identidad europea desde abajo¹⁵.

Como se ha demostrado en este ensayo, un nuevo contrato social europeo no es tanto una cuestión de posibilidad, sino más bien de voluntad. Concluyamos entonces con una advertencia de Karl Deutsch. Tal como revelaba su análisis histórico, la entonces joven Comunidad Europea ha sido solo una entre muchos casos de «Comunidades de Seguridad» supra-nacionales que han aparecido a lo largo de la historia. Y en todos los casos, estas uniones siempre se situaban fuera de lo convencional, es decir, ninguna de estas uniones tenía un equivalente histórico en su tiempo y por eso siempre fue considerada como formación improbable e inestable dado su carácter inusual. Por tanto, su consolidación dependió de pensadores y actores políticos que se atrevieron a actuar y pensar fuera de lo convencional. O por decirlo con sus propias palabras: «Hay pocas áreas en la política, donde la originalidad y la creatividad aparecen ser tan importantes como en la construcción de Comunidades de Seguridad amalgamados» (Deutsch, 1957, p. 115¹⁶).

Tras haber revisado las distintas aproximaciones hacia el fenómeno social del transnacionalismo, esta «originalidad intelectual» para resolver el dilema de solidaridad europea se encuentra en aquella «menos abundante literatura escéptica» (Brady y Finnigan, 2014, p. 21¹⁷) que ha empezado a cuestionar el dogma aceptado durante mucho tiempo sobre la relación intrínseca entre homogeneidad cultural y solidaridad social. Y a pesar de que estos estudios, a primera vista, poco tienen que ver con la cuestión principal de este ensayo, se encuentra aquí el potencial de revertir el discurso intelectual sobre la solidaridad europea y así «preparar» Europa para un futuro más prometedor en cuanto a la igualdad y justicia social. Dicho esto, la investigación se debería centrar más en esta relación entre heterogeneidad «étnica» y diversidad económica, así como en la investigación histórica de estructuras estatales que han aparecido a pesar de la confluencia de distintas identidades culturales, antes de desechar la factibilidad de una Unión Social Europea por la supuesta inexistencia de un lazo solidario común.

Bibliografía

- Alesina, A., y Glaeser, E.L. (2004). *Fighting Poverty in the US and Europe. A World of Difference*. Oxford University Press.
- Barbulescu, R. y Favell, A. (2020). Commentary: A Citizenship without Social Rights? EU Freedom of Movement and Changing Access to Welfare Rights. *International Migration*, 58 (1), pp. 151-165. <https://doi.org/10.1111/imig.12607>

¹⁵ Un ejemplo son las personas «inmigrantes de segunda generación» (de países europeos y no europeos) que contribuyen a la formación de un espacio social europeo haciendo uso de su derecho de movilidad como europeos y socializándose en redes transnacionales lo que a su vez repercute positivamente en su identificación como europeos. Vid. al respecto: Barwick (2018, pp. 612 y 620).

¹⁶ Traducción propia.

¹⁷ Traducción propia.

- Barwick, C. (2018). Transnationalism and intra-European mobility among Europe's second generation: review and research agenda. *Global Networks*, 18 (4), 608-624. <https://doi.org/10.1111/glob.12181>
- Bauböck, R. (2016). Why liberal nationalism does not resolve the progressive's dilemma: Comment on Will Kymlicka's article. "Solidarity in diverse societies". *Comparative Migration Studies*, 4 (10), 1-6.
- Brady, D., y Finnigan, R. (2014). Does Immigration undermine Public Support for Social Policy. *American Sociological Review*. 79 (1), pp. 17-42. <https://doi.org/10.1177/0003122413513022>
- Deutsch, K. (1953). The Growth of Nations: Some recurrent patterns of political and social integration. *World Politics*, Vol. 5 (2), pp. 168-195.
- Deutsch, K. (1957). *Political Community and the North Atlantic Area*. Princeton University Press.
- Deutsch, K. (1966). *Nationalism and Social Communication. An Inquiry into the foundations of nationality*. The M.I.T. Press.
- Favell, A. (2010). European Identity and European Citizenship in three "Eurocities": A sociological approach to the European Union. *Politique européenne*, (30), 187-224. <https://doi.org/10.3917/poeu.030.0187>
- Favell, A. (2016). Liberalism not Neo-Liberalism: Comment on Will Kymlicka's article: "Solidarity in Diverse Societies". *Comparative Migration Studies*, 4 (5), 1-5.
- Favell, A. y Recchi, E. (2019). Introduction. Social Transnationalism in an unsettled continent. En E. Recchi et. al (Ed.), *Everyday Europe. Social Transnationalism in an unsettled continent* (1-35). Policy Press.
- Favell, A. y Recchi, E. (2020). Everyday Europe and tomorrow's Europe: Is there a future for social transnationalism? A response to readers. *The Open Journal of Sociopolitical Studies*, 13 (1), pp 883-885. <https://hdl.handle.net/1814/66950>
- Favell, A. (2022). Immigration, integration and citizenship: elements of a new political demography. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 48 (1), 3-32. <https://doi.org/10.1080/1369183X.2022.2020955>
- Kuhn, T. (2015). *Experiencing European integration: transnational lives and European identity*. Oxford University Press.
- Kymlicka, W. (2015). Solidarity in diverse societies: beyond neoliberal multiculturalism and welfare chauvinism. *Migration Studies*, 3 (17), 1-19. <https://doi.org/10.1186/s40878-015-0017-4>
- Mau, S. (2009). Ethnic diversity and welfare state solidarity in Europe. *Journal of European Social Policy*, 19 (3), 195-285. <http://dx.doi.org/10.1177/0958928709104737>
- Recchi, E. (2014). Pathways to European identity formation: a tale of two models. *Innovation: The European Journal of Social Science Research*, 27 (2), 119-113. <https://doi.org/10.1080/13511610.2013.873709>
- Recchi, E. (2019). Is social transnationalism fusing European societies into one? En E. Recchi et. al. (Eds.), *Everyday Europe. Social Transnationalism in an unsettled continent* (255-291). Policy Press.
- Singh, P. y vom Hau, M. (2016). Ethnicity in Time: Politics, History, and the relationship between ethnic diversity and public good provision. *Comparative Political Studies*, 49 (10), pp. 1303-1340. <https://doi.org/10.1177/0010414016633231>
- Soysal, Y.N. (1994). *Limits of Citizenship. Migrants and postnational membership in Europe*. The University of Chicago Press.
- Soysal, Y.N. (2012). Citizenship, immigration and the European Social Project. *The British Journal of Sociology*, 63 (1), 1-21. <https://doi.org/10.1111/j.1468-4446.2011.01404.x>.
- Steele, L. (2016). Ethnic Diversity and Support for Redistributive Social Policies. *Social Forces*, 94 (4), 1439-1481. <https://doi.org/10.1093/sf/sow021>

Wimmer, A. (2016). Is Diversity detrimental? Ethnic fractionalization, Public Goods Provision, and the historical legacies of stateness. *Comparative Political Studies*, 49 (11), 1407-1445. <https://doi.org/10.1177/0010414015592645>



Rechazos en frontera. Una violación sistemática de derechos humanos con respaldo institucional. ¿Hacia la normalización de una frontera sin derechos?

Pushbacks. A systematic violation of human rights with institutional backing. Towards the normalization of a border without rights?

Nacho Hernández Moreno
Universitat de València
ORCID ID 0000-0002-6686-662X
nacho.hernandez@uv.es

Cita recomendada:

Hernández Moreno, N. (2024). Rechazos en frontera. Una violación sistemática de derechos humanos con respaldo institucional. ¿Hacia la normalización de una frontera sin derechos? *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 58-94.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8502>

Recibido / received: 05/07/2023
Aceptado / accepted: 16/02/2024

Resumen

El rechazo en frontera es la pretendida cobertura legal de devoluciones sumarias que vulneran derechos humanos de personas que pretenden entrar en el territorio español. Se trata de unas actuaciones contrarias al derecho internacional de los derechos humanos que, sin embargo, han sido defendidas por el Gobierno de España. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Constitucional han mostrado su respaldo a la práctica de devoluciones automáticas en la frontera de Ceuta y Melilla, y el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo parece abrir la puerta a derogaciones de derechos humanos en la frontera que permitirían favorecer una vía de hecho que contraviene las obligaciones internacionales de España.



Palabras clave

Rechazo en frontera, devoluciones sumarias, derecho de asilo, principio de no devolución, instrumentalización.

Abstract

Border rejection is the alleged legal cover for summary returns that violate the human rights of individuals seeking entry into Spanish territory. These actions are contrary to international human rights law, yet they have been defended by the Spanish government. The European Court of Human Rights and the Constitutional Court have expressed their support for the practice of automatic returns at the borders of Ceuta and Melilla, and the New Pact on Migration and Asylum appears to open the door to human rights derogations at the border that would enable the lack of guarantees and procedures that contravenes Spain's international obligations.

Keywords

Pushbacks, summary returns, right to asylum, principle of non-refoulement, instrumentalization.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Rechazos en frontera. Normalización de una ilegalidad. 2.1. La figura de los rechazos en frontera: evolución, posicionamiento del Tribunal Constitucional y críticas del Defensor del Pueblo. 2.1.1. La introducción de una nueva figura para expulsar a personas migrantes. 2.1.2. Vulneración sistemática de derechos humanos en la frontera. 2.1.2.1. El principio de no devolución. 2.1.2.2. Trata de seres humanos. 2.1.2.3. Protección de menores no acompañados. 2.2. El Tribunal Constitucional y la constitucionalidad condicionada del rechazo en frontera. 2.3. Críticas y recomendaciones del Defensor del Pueblo. 3. Una visión internacional de las devoluciones sumarias en España. 3.1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su doctrina de la conducta culpable. 3.2. Naciones Unidas. 3.2.1. Consejo de Derechos Humanos. 3.2.1.1. Examen Periódico Universal. 3.2.1.2. Procedimientos especiales. 3.2.2. Órganos de los tratados. 4. El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo y la «instrumentalización». Hacia una nueva política de gestión fronteriza menos garante de los derechos humanos. 4.1. Contexto. 4.2. Respaldo político y jurídico a la derogación de derechos humanos en las fronteras exteriores de la Unión Europea. 5. Conclusiones.

1. Introducción

El empleo del término «devoluciones en caliente» o «devoluciones sumarias» ha permitido referenciar mediáticamente actuaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que constituyen una vulneración flagrante de la normativa interna y de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado español en materia de derechos humanos. Esa cobertura lingüística –que no legal– ha propiciado el encaje de prácticas ilícitas como una categoría aséptica y neutral de deportación de personas desplazadas. En el caso del Gobierno español se ha ido incluso más allá al defenderlas como ajustadas al ordenamiento jurídico antes siquiera de dotarles de un amparo legal que precisamente plantea el interrogante de si realmente era necesario legalizar como «rechazo en frontera» actos que, supuestamente y siempre según aquel, eran conformes a la ley (Espiniella Menéndez, 2016).

La gestión fronteriza se enmarca en un universo metafórico de deshumanización y animalización de las personas migrantes. El eco mediático que

asocia la movilidad humana a catástrofes naturales o bélicas normaliza el uso de términos como «avalancha» o «asalto» para hacer referencia al intento de acceder al territorio español a través de las estructuras valladas. No es infrecuente tampoco la descripción de hechos con sustantivos como «invasión», «oleada», «marea», «aluvión», «tsunami» o con términos racistas, ni la asimilación del trabajo de los guardias fronterizos con el de cazadores como si de una batida se tratara (Concepción Sepúlveda, Rodrigo Alsina y Medina Bravo, 2008).

La jurisprudencia, lejos de emplear un enfoque de derechos humanos – precisamente en el ámbito de los derechos humanos –, no solo no ha resuelto el problema, sino que mediante interpretaciones erróneas de hechos y restrictivas de derechos, así como a través de tesis insólitas (De Lucas, 2020) ha pretendido justificar la licitud de estas actuaciones en la frontera. Así se ha hecho por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el cual no se pronunció realmente sobre los rechazos en frontera, y el Tribunal Constitucional, que declaró la constitucionalidad de la norma condicionada a unos requisitos de imposible cumplimiento ya que, de observarse su mandato, no estaríamos hablando propiamente de rechazos en frontera, sino de la figura de devolución de la normativa de extranjería (Fernández Pérez, 2021).

A pesar de las claras evidencias en contra de este tipo de actuaciones como prácticas no acordes con la normativa interna ni con el derecho internacional de los derechos humanos, planean en el horizonte comunitario una serie de propuestas reglamentarias que pueden socavar los intentos de reconducir la situación hacia el lado de los derechos humanos y no de la barbarie. Se trata de posibles futuras distorsiones que reducen considerablemente las garantías en la frontera común exterior de la Unión Europea, incluido en el procedimiento de protección internacional. Con el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo y sus instrumentos, como la propuesta de reforma del Código de fronteras Schengen, la propuesta de reglamento relativo a las situaciones de crisis y fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo sobre la que existe ya acuerdo entre el Consejo y el Parlamento Europeo, u otras que se están negociando. Estamos siendo testigos de un debate público que evidencia un futuro incierto para los derechos de las personas desplazadas con escasos recursos que tienen como objetivo la Europa fortaleza y que pretenden acceder a ella por las fronteras terrestres.

El presente trabajo estudia el rechazo en frontera como una figura que, a pesar de su supuesto intento de legalización, es contraria al derecho por cuanto su práctica impide el cumplimiento de los requisitos establecidos por el Tribunal Constitucional para que sean ajustadas al ordenamiento y ponen en serio peligro el principio de *non-refoulement* y la protección de personas en situación de vulnerabilidad en la frontera. Se tienen también en consideración los diferentes instrumentos propuestos como reglamentos por el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo que limitarán la protección internacional en la frontera común exterior a través del uso del concepto de «instrumentalización de migrantes» al generar un espacio propicio para la práctica de devoluciones sumarias de personas desplazadas. Esta investigación, por tanto, pretende analizar la figura del rechazo en frontera a través de una lectura de la normativa y de la interpretación ofrecida por el Tribunal Constitucional para que sean admisibles jurídicamente; revisar críticamente el posicionamiento del TEDH con relación a la prohibición de expulsiones colectivas en la frontera sur; estudiar las vulneraciones de derechos que implican las devoluciones sumarias que pretenden ampararse bajo el rechazo en frontera; reseñar los argumentos del Defensor del Pueblo y de distintos órganos de Naciones Unidas con respecto a esta práctica; y, finalmente, examinar las implicaciones que tiene la instrumentalización de migrantes

en el contexto de la Unión Europea para el derecho de asilo de las personas desplazadas y su conexión con las devoluciones sumarias en la frontera.

Así, en un primer momento, este texto abordará la problemática jurídica de los hoy explicitados legalmente como rechazos en frontera mediante el análisis de su evolución normativa, la interpretación dada por parte del Tribunal Constitucional para que sean jurídicamente admisibles, las recomendaciones del Defensor del Pueblo, institución crítica con esta práctica, y los problemas que suscitan para la protección de los derechos humanos en la frontera. Posteriormente se recogen, desde una perspectiva internacional, los posicionamientos del TEDH y de diversos órganos de naciones Unidas acerca de las devoluciones sumarias reconocidas como rechazos en frontera en Ceuta y Melilla. Finalmente, dedicaremos un espacio a las propuestas reglamentarias en marcha en la Unión Europea que abordan la instrumentalización de la migración como elementos clave en el afianzamiento de una Europa cerrada a la inmigración sin capital y cada vez menos garante de los derechos humanos de las personas que tocan a su puerta.

2. Rechazos en frontera. Normalización de una ilegalidad

El Estado español ejerce la función de frontera exterior comunitaria de una Unión Europea (UE) que tiene como mandato desarrollar «una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, [...], así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas» (TFUE, art. 79) sin perder nunca de vista la obligación de «garantizar el respeto del principio de no devolución» (TFUE, art. 78) consagrado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, tal y como informan los artículos 78 y 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

Sobre el papel, por lo tanto, son objetivos de la UE la gestión eficaz de la inmigración, la prevención de la inmigración irregular y la lucha contra la trata de seres humanos. Ahora bien, esos compromisos jurídicamente vinculantes no se están logrando porque las políticas no están orientadas hacia su consecución y así lo demuestra la práctica. Las entradas irregulares detectadas en la frontera no hacen sino aumentar¹ y no existen vías para una migración segura y legal tal y como prescribe el Pacto Mundial de las Migraciones², todo lo cual repercute negativamente en las personas refugiadas y en las víctimas de trata, quienes se topan con unas vallas físicas y simbólicas para alcanzar su ansiada paz y seguridad. Realmente, y tal y como señala Arce Jiménez, las políticas comunitarias en materia de migración

no frenan los flujos migratorios irregulares [y] configuran un contexto muy propicio para las organizaciones que se lucran con [la trata de personas por ser] las únicas con capacidad para facilitar el acceso material al territorio europeo ante la ausencia casi

¹ Frontex (2022). *EU external borders in October: Number of irregular entries on the rise*. <https://tinyurl.com/3dzf8kuz>; Frontex (2023). *Half of arrivals to the EU through the Central Mediterranean*. <https://tinyurl.com/faj8u77u>. Asimismo, en su informe sobre riesgos, Frontex dice que este tipo de entradas siguen suponiendo un reto para la agencia y probablemente lo serán aún más en el futuro ya que se espera un nuevo aumento de las entradas clandestinas [Frontex (2022). *Risk Analysys for 2022/2023*. Frontex, p. 16].

² Aunque se trata de un instrumento no vinculante, es una herramienta de *soft law* de relevancia que España aprobó y se comprometió a cumplir. En mayo de 2022 reiteró su compromiso para llevar a cabo una gestión fronteriza integrada, segura y coordinada mediante una cooperación bilateral y regional sobre la base del respeto al Estado de derecho, las obligaciones internacionales y los derechos humanos. Véase Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones (2022). El secretario de Estado de Migraciones reafirma en Naciones Unidas el compromiso de España con el Pacto Mundial de Migraciones. Nota de prensa de 2º de mayo de 2022. <https://tinyurl.com/2sr7jsw4>

absoluta de vías de acceso legales y seguras para ello (Arce Jiménez, 2019, pp. 172-173).

De ello se desprende la siguiente argumentación lógica: si no se están logrando los objetivos establecidos en el TFUE es porque las herramientas que se han diseñado a tal fin no son eficaces. Si a pesar de ello se insiste en usar esos instrumentos, no es descabellado preguntarse si en verdad lo que se está persiguiendo es algo distinto a los objetivos declarados, una «intencionalidad política última [que está] lejos de ser declarada» (Arce Jiménez, 2019, p. 148). En efecto, puede que el ejercicio de unas políticas nefastas para alcanzar las metas de la UE en el ámbito fronterizo y que repercuten muy negativamente en los derechos humanos de personas desplazadas que los Estados miembros se han obligado a respetar, proteger y garantizar se deba al simbolismo de la frontera como un espacio en el cual el Estado, con una soberanía cada día más débil, puede proyectar su fortaleza. Y lo hace sobre las personas, el «último reducto de la soberanía estatal» toda vez que el control de las mercancías y los capitales ya no está a su alcance (Solanes Corella, 2016, p. 149).

La frontera que separa España de Marruecos en Ceuta y Melilla marca no solo la extensión y límite de la jurisdicción de cada uno de esos Estados, sino también, y como desgraciadamente vemos a menudo, la tenue y fina separación entre el mundo del derecho y el de la barbarie; una distancia con consecuencias trágicas para las vidas de muchas personas³. La organización *Human Rights Watch* ha declarado que «la política de devoluciones sumarias de España contribuyó a las muertes de migrantes en sus fronteras terrestres y marítimas» (2023, p. 555). El Estado español, a través de su Gobierno, ha mostrado siempre su más firme apoyo a la expulsión ilegal de personas en dichas fronteras con las devoluciones sumarias como una «práctica consolidada» desde 2005 (González García, 2017, p. 31)⁴.

2.1. La figura de los rechazos en frontera: evolución, posicionamiento del Tribunal Constitucional y críticas del Defensor del Pueblo

2.1.1. La introducción de una nueva figura para expulsar a personas migrantes

La normativa de extranjería contempla tres herramientas para la deportación de personas extranjeras. Se emplea la expulsión como sanción administrativa en el caso en que sean halladas en situación irregular en el territorio español (artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; en adelante, «LOEX»), mientras que la devolución es la solución prevista para aquellas que habiendo sido expulsadas previamente se encuentren de nuevo en España incumpliendo la prohibición de entrada y para aquellas «que pretendan entrar ilegalmente en el país» (artículo 58.3 LOEX). La tercera vía es la denegación de entrada prevista para quien no reúne los requisitos durante el control en el puesto fronterizo (artículo 26.2 LOEX). Todas ellas son procedimientos administrativos que conforme a la citada ley y a su reglamento de desarrollo conllevan una serie de garantías y derechos para la persona afectada con el fin de asegurar la

³ La muerte y desaparición de, al menos, 37 y 76 personas respectivamente, según Amnistía Internacional, el 24 de junio de 2022 en Melilla constituyen un ejemplo de estas características en la gestión fronteriza en dicha ciudad autónoma. Amnistía Internacional (26 de junio de 2023). *Tragedia en la valla de Melilla: Un año de impunidad tras la masacre*. <https://rb.gy/adf0j0>

⁴ Baste indicar que en solo dos incidentes (mayo de 2021 en Ceuta y el mencionado previamente de junio de 2022 en Melilla), las autoridades llevaron a cabo alrededor de 6000 devoluciones sumarias y colectivas de migrantes. Véase Asylum Information Database (2022). Informe de país: España 2021. Resumen ejecutivo, p. 2, disponible en: <https://rb.gy/4doo0h>; y Asylum Information Database (2023). Informe de país: España 2022. Resumen ejecutivo, p. 2. <https://rb.gy/y9ubs0>

tutela judicial efectiva a la que tienen derecho tal y como señala el artículo 20.1 LOEX. Ello incluye la existencia de un procedimiento contradictorio, con audiencia y con resoluciones motivadas y recurribles, y el derecho a la asistencia jurídica gratuita y a la asistencia de intérprete (artículos 21 y 22 LOEX). Esas tres son las únicas herramientas legales y conformes al derecho internacional con las que cuenta el Estado español para excluir a las personas desplazadas no deseadas.

Sin embargo, a veces la respuesta legal no es la más rápida o la más ágil para lograr los objetivos reales que pueda tener un Estado. Efectivamente, es posible actuar con mayor celeridad si obviamos el derecho puesto que las garantías, el examen de las circunstancias, la motivación de las decisiones y el control de un procedimiento reglado requieren de un mínimo razonable de tiempo. La tutela judicial efectiva requiere de esfuerzos por parte del Estado. Si su meta es rechazar a personas indeseadas que pretenden entrar en su territorio y asocia una gestión eficaz de las fronteras a una respuesta rápida y urgente, puede caer fácilmente en la tentación de actuar al margen de la ley. En cambio, si por el adjetivo «eficaz» entendemos el respeto pleno de los derechos humanos de las personas afectadas, solo la vía del derecho y de los derechos humanos es posible. El Estado español ha optado por el primero de estos dos caminos y así lo evidencia la situación en Ceuta y Melilla. Debido a la situación geográfica de estas dos ciudades autónomas, únicos territorios de soberanía europea que tienen frontera física y terrestre con el continente africano en el que se encuentran, España ha venido practicando una deportación sumaria sistemática en dichos lugares para evitar la entrada de personas y el empleo de las herramientas jurídicas de las que dispone para llevar a cabo su objetivo de excluirlas.

Conocidas mediáticamente como «devoluciones en caliente», estas deportaciones sin procedimiento alguno y sin identificación de las personas afectadas han sido la respuesta clave en la gestión fronteriza del Estado español en aquellas ciudades autónomas. Se trata de prácticas que «contravienen radicalmente la legalidad internacional y nacional» (De Gil Blanco Rajoy, 2020, p. 26) que no ha escondido o negado, sino que, al contrario, ha defendido desde el primer momento. Para apoyarlas, primero aludió a su legalidad e incluso propuso un absurdo concepto «operacional» de frontera, inadmisibles jurídicamente, para indicar que la jurisdicción española comenzaba no con la entrada en el territorio, sino una vez se traspasara el dispositivo policial destinado a controlar la entrada de personas migrantes (Martínez Escamilla y Sánchez Tomás, 2015). El Gobierno español parecía olvidar que es la realidad física la que determina la entrada en un territorio dado con independencia de que el control de su legalidad se produzca en un momento posterior (González García, 2015). Posteriormente, mediante una enmienda añadida de manera irregular (Martínez Escamilla *et al.*, 2015) con el fin de evitar los trámites preceptivos pertinentes a la tramitación de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana o Ley de Seguridad Ciudadana (LSC) que añadió finalmente la disposición adicional décima (DA10) a la LOEX se dio cobertura legal mediante la figura del «rechazo» o rechazo en frontera a unos hechos que, supuestamente y siempre bajo el prisma del Gobierno, eran ya conformes a la ley.

La DA10, por tanto, crea un instrumento que más que dar cobertura legal, dota de «apariencia de legalidad» a lo que el Estado español venía practicando y que consideraba ya amparado por la ley, pero en puridad las devoluciones en caliente no pueden ni siquiera ser justificadas bajo el nuevo término técnico de rechazos en frontera (González García, 2017, p. 31). Conforme a estos, en efecto, «los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en

España», lo cual implica una vía de hecho, es decir, una práctica sin procedimiento que vele por la tutela judicial efectiva del afectado. Sin embargo, se exige que, «en todo caso» dicho rechazo se lleve a cabo «respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional» para lo cual se determina que las solicitudes de asilo se formalicen «en los lugares habilitados al efecto». La redacción del texto hace que esta disposición sea inaplicable por contradictoria más allá de su imposible encaje con el derecho porque ¿cómo se puede respetar dicha normativa si no existe un procedimiento que incluya la identificación individualizada de personas necesitadas de protección? Para Vacas Fernández, la respuesta es clara: «la teoría jurídica construida para sostener la legalidad de las expulsiones sumarias no casa, porque es imposible que lo haga, con la realidad en que consiste dicha *actuación material coactiva*» (Vacas Fernández, 2021, p. 371). Asimismo, y teniendo en cuenta que los «elementos de contención fronterizos» se sitúan en territorio español, la DA10 estaría haciendo referencia a la interceptación de personas migrantes dentro del Estado español y bajo la custodia de funcionarios españoles, por lo que no se trataría en puridad de rechazar a quien no ha traspasado la frontera, sino de impedir que la persona que lo haya hecho continúe permaneciendo en el territorio en el que ya se halla, por lo que nos hallamos ante un caso para el cual existe ya una herramienta, la devolución prevista en el artículo 58.3 LOEX (González García, 2017).

Al ser del todo incompatible el cumplimiento de las obligaciones internacionales con una práctica sin procedimiento (Carbó Xalabarder y Sanz Villar, 2016; Fernández Pérez, 2021), las devoluciones en caliente no pueden estar amparadas en ningún caso por la DA10 de la LOEX. Y esto es así porque, por un lado, la literalidad de dicha disposición implicaría introducir un procedimiento reglado que es inexistente en la práctica de las devoluciones sumarias; por otro lado, porque el respeto, protección y garantía del derecho internacional de los derechos humanos tiene unas exigencias mínimas que requieren de la identificación de las personas en la frontera y de un procedimiento individualizado con tutela judicial efectiva. El Estado español tiene la obligación de respetar el derecho de asilo que ha sido además consagrado como derecho fundamental (artículo 13.4 CE). Se regula en la Ley 12/2009, de 12 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, en la cual se enumeran una serie de derechos para las personas solicitantes y beneficiarias de protección internacional como son el derecho a la información sobre el procedimiento para las personas solicitantes o con indicios de reunir los requisitos de persona refugiada (artículo 17.3); la prohibición de devolver o expulsar a personas refugiadas o solicitantes de asilo (artículos 5 y 18.1, letra d); el derecho a la acogida (artículo 30) en los términos establecidos por el Real Decreto 220/2022, de 29 de marzo por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula el sistema de acogida en materia de protección internacional; o el derecho al trabajo pasados seis meses desde la formalización de la solicitud (disposición adicional vigesimoprimerá del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009).

Asimismo, la falta de identificación afectaría, entre otras, a víctimas de trata de seres humanos o a menores no acompañados quienes serían deportadas sin cumplir por tanto España con sus responsabilidades internacionales e internas con respecto a estos dos colectivos. No hay identificación de colectivos en situación de vulnerabilidad específica ni de las necesidades de protección de cualesquiera personas que se hallen en esa situación y tampoco existe un procedimiento en el que la persona interesada cuente con asistencia jurídica gratuita, la asistencia de un intérprete y tenga derecho a recurrir una decisión debidamente motivada. Todo ello desaparece y el derecho se suspende de esta forma en las fronteras de Ceuta y Melilla.

El Gobierno, sin embargo, insiste en ello y considera que están cubiertas por la DA10 e incluso que ya lo estaban antes de la introducción de su introducción en la LOEX y que, además, la jurisprudencia le ha dado la razón al respecto. Cuanto menos, se puede decir que, efectivamente, las sentencias del Tribunal Constitucional y del TEDH que se analizan en este trabajo no son un rechazo explícito de las devoluciones en caliente o de la figura de los rechazos en frontera si bien, a nuestro juicio, tampoco son un apoyo incondicional y sin fisuras.

2.1.2. Vulneración sistemática de derechos humanos en la frontera

Las devoluciones sumarias o rechazos en frontera vulneran la propia normativa de extranjería al privar a las personas afectadas de una tutela judicial efectiva, que incluye la asistencia letrada y de intérprete, y el derecho a un recurso (artículos 20-22 LOEX), ante la falta de un procedimiento que vele por dichas garantías y pueda ser sometido a revisión judicial. Asimismo, podría afirmarse que la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que las llevan a cabo podría subsumirse en diferentes tipos penales. Así, un funcionario que devuelva o expulse de forma sumaria y forzosamente a una persona extranjera que se halle en territorio español y bajo su custodia podría estar impidiendo de forma coactiva el acceso de aquella a un derecho fundamental como es el derecho de asilo, le estaría privando de asistencia letrada, e incluso podría argumentarse que está llevando a cabo una vía de hecho arbitraria a sabiendas de su injusticia. Todo ello podría conllevar una responsabilidad penal por conductas tipificadas como delito de coacciones (artículo 172 del Código Penal, CP), el delito de privación de asistencia letrada (artículo 537 CP), el delito de privación del ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos constitucionalmente y por la ley (artículo 540 CP) o el de prevaricación (artículo 404 CP) (Martínez Escamilla *et al.*, 2014). Sin embargo, aquí se reflejarán aquellas vulneraciones de derechos humanos relacionadas con las obligaciones internacionales vinculantes para España en virtud de los tratados internacionales que son expresamente mencionadas por la DA10 y la interpretación dada por el TC para condicionar la constitucionalidad de dichas prácticas.

2.1.2.1. El principio de no devolución

El artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados prohíbe expresamente la expulsión y devolución de personas refugiadas a «territorios donde su vida o su libertad peligre» por los motivos de persecución enumerados en su definición de persona refugiada. Recogido también en el artículo 5 de la ley de asilo, se trata del principio de *non-refoulement* que se ha consagrado ya como norma de *ius cogens* y cuya imperatividad se ha visto apoyada por su vinculación con otras normas del derecho internacional de los derechos humanos (Solanes Corella, 2021).

En efecto, el artículo 3 de la Convención contra la Tortura y el artículo 19.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) prohíben expresamente la expulsión de migrantes a lugares en los cuales puedan ser sometidos a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes. Por su parte, el 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (también conocido como Convenio Europeo de Derechos Humanos [CEDH]) protegen a las personas frente a dicho tipo de maltrato, pero sin mencionar medidas de expulsión o devolución. Sin embargo, tanto el Comité de Derechos Humanos como el TEDH han hecho extensiva la protección dispensada por dichos preceptos al ámbito del retorno forzado de personas migrantes. El primero de ellos así lo reflejó en su Observación general número 7 sobre el artículo 7, adoptada el 10 de marzo de 1982,

en su noveno párrafo, reemplazada en 1992 por su Observación general número 20 sobre la misma materia y que de nuevo incluye la alusión al ámbito de aplicación de esta prohibición en el contexto de la extradición, expulsión o devolución, también en su párrafo noveno. Este mismo comité ha vinculado incluso el artículo 6 referido al derecho a la vida al principio de *non-refoulement*⁵. Por su parte, el TEDH ha vinculado la prohibición de un trato inhumano o degradante a dicho principio entendiendo que la protección frente a ello es uno de los valores más fundamentales de las sociedades democráticas y que expulsar a una persona a un territorio en el que haya riesgo de sufrir ese tipo de trato supondría una vulneración del artículo 3 del CEDH⁶. Se trata, además, de un derecho absoluto en el derecho internacional ante el cual no caben excepciones (Carbó Xalabarder y Sanz Vilar, 2016, p. 377).

El rechazo en frontera, como devolución sumaria que es, implica la vulneración directa de esta norma imperativa del derecho internacional. La falta de un procedimiento para la identificación de necesidades de protección internacional impide reconocer a personas solicitantes de asilo que no son sino personas refugiadas en potencia. Conviene destacar aquí que, si bien el estatuto de persona refugiada se otorga a la persona que solicite asilo con éxito, dicha concesión no es constitutiva de su condición de persona que huye de su país de origen por alguno de los motivos enumerados en la normativa de asilo, sino que es meramente declarativo de dicha situación (López Garrido, 1991). Expulsar o devolver a personas que tienen intención de solicitar asilo equivaldría a retornar forzosamente a personas que pueden ser ya refugiadas, pero que requieren de un procedimiento para que se les considere como tal por parte del Estado español. Se trataría de personas refugiadas a la espera de dicho reconocimiento. Por ello, los estándares y normas referidos a las personas refugiadas deben ser también aplicados a las solicitantes mientras esperan el resultado de su petición.

En el caso del Estado español, el ordenamiento jurídico prevé una autorización temporal de permanencia en el territorio durante la tramitación del procedimiento de protección internacional y que implica necesariamente el respeto del principio de no devolución. Asimismo, se contemplan otros derechos esenciales para la integración de personas refugiadas mientras son solicitantes, como el de trabajo una vez hayan transcurrido seis meses desde la formalización de su solicitud y el de ser receptoras de condiciones materiales de acogida. Este último se extiende más allá de la solicitud para abarcar también a personas que ya son beneficiarias del estatuto de persona refugiada o de la protección subsidiaria. El rechazo en frontera imposibilita el disfrute de estos derechos y al tratarse de una actuación carente de procedimiento vulnera también los preceptos de la normativa de extranjería referidos anteriormente relacionados con la tutela judicial efectiva (art. 20 LOEX) y el derecho a un recurso (art. 21 LOEX).

2.1.2.2. Trata de seres humanos

La ausencia de identificación también pone en entredicho las obligaciones internacionales de España en materia de prevención de la trata de seres humanos y de protección de sus víctimas. Tipificada como delito que lleva aparejada una pena privativa de libertad de cinco a ocho años conforme al artículo 177 *bis* del Código Penal, la trata está regulada en varios instrumentos internacionales jurídicamente vinculantes para el Estado español. La Convención sobre la eliminación de todas las

⁵ Asunto de *Ioane Teitiota contra Nueva Zelanda*, dictamen a la comunicación número 2728/2016, aprobado el 24 de octubre de 2019 (CCPR/C/127/D/2728/2016).

⁶ Sentencia del TEDH de 23 de julio de 2020, *M.K. y Otros c. Polonia*, demandas 40503/17, 42902/17 y 43643/17 (párrafos 166-168).

formas de discriminación contra la mujer contempla la trata como una forma de violencia y discriminación ante la cual se deben tomar todas las medidas apropiadas para suprimirla (artículo 6). Por su parte, y de forma más detallada, el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Protocolo de Palermo) obliga a los Estados parte ofrecer información a las víctimas sobre los procedimientos existentes en la normativa, adoptar medidas para favorecer su recuperación física, psicológica y social y garantizar su seguridad física mientras se hallen bajo su jurisdicción (artículo 6). Por lo que respecta a la frontera, se contempla la repatriación de víctimas solo en condiciones de seguridad (artículo 8), pero se solicita a los Estados a establecer vías para permitir la permanencia temporal o indefinida en el territorio (artículo 7). Asimismo, se menciona el deber estatal de reforzar el control fronterizo para prevenir y detectar la trata, y de establecer redes de cooperación transfronteriza (artículo 11). Este refuerzo no puede entenderse en clave securitaria y restrictiva de derechos, sino de ser efectivos en la identificación con el objetivo de prevenirla. El Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas de 2010 también recoge la necesidad de capacitar a agentes en las fronteras para encontrar e identificar a víctimas de trata (párrafo 29).

Otro instrumento fundamental en esta materia, en este caso en el contexto europeo, es el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos (Convenio de Varsovia). De forma similar al Protocolo de Palermo, insta a los Estados a establecer mecanismos idóneos para la identificación de víctimas (artículo 10) con el objetivo de prevenir la trata y de dotarles de la asistencia que sea necesaria (artículo 12), y de reforzar los controles fronterizos con ese mismo fin. Reiteramos aquí lo mencionado a propósito del Protocolo de Palermo cuando afirmábamos que dicho refuerzo no debe entenderse desde una perspectiva de limitación o derogación de derechos, sino de capacitación del personal y medios para asegurar una correcta identificación de víctimas de trata. A diferencia del Protocolo de Palermo, el Convenio de Varsovia obliga a los Estados a crear permisos de residencia renovables cuando se considere necesaria la permanencia de las víctimas ateniéndose a su situación personal o cuando sea pertinente a efectos de su cooperación con las autoridades en la investigación penal correspondiente (artículo 14).

En el seno de la Unión Europea, conviene destacar la Directiva 2011/36/UE, de 5 de abril, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. En ella se recogen elementos ya vistos en el Protocolo de Palermo y en el Convenio de Varsovia que afianzan las obligaciones del Estado español en este ámbito. La norma comunitaria prevé medidas para asistir y apoyar a víctimas, entre las cuales se destaca su necesaria identificación (artículo 11.4), para lo cual se requiere de los Estados que formen periódicamente al funcionamiento y agentes de primera línea en las fronteras para detectar a las víctimas con el fin de brindarles la protección prevista en esta Directiva (artículo 18.3).

Al igual que sucede en el caso de personas con necesidades de protección internacional, la ausencia de identificación de víctimas de trata impide dar cumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado español y, lo que es peor, imposibilita atender, apoyar y proteger a aquellas. El rechazo en frontera también plantea serios problemas de encaje con la propia norma que lo establece. El artículo 59bis LOEX, sobre víctimas de la trata de seres humanos, determina que las autoridades adoptarán las medidas que sean necesarias para detectarlas conforme al artículo 10 del Convenio de Varsovia. Asimismo, cuando aquellas crean que existen motivos razonables para creer que una persona en situación administrativa irregular

haya sido víctima, le informarán de las vías legales existentes y solicitarán un periodo de restablecimiento y reflexión, de al menos 90 días, en el cual se suspende la ejecución de la expulsión o devolución del territorio. Posteriormente, y teniendo en cuenta el Convenio de Varsovia, se le ofrece a la víctima el retorno asistido o se le otorga una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales cuando sea necesario para su cooperación con las autoridades o debido a su situación personal. ¿Cómo pueden llegar a la conclusión de que existen esos motivos si no hay identificación previa? Nunca se podrá si se llevan a cabo devoluciones sumarias.

2.1.2.3. Protección de menores no acompañados

Otro ámbito esencial de derechos humanos en la frontera que se ve gravemente afectado por las devoluciones sumarias es el de la protección del menor. El Estado español ha sido denunciado de forma reiterada por el Comité de los Derechos del Niño (CDN) por el procedimiento de determinación de edad aplicado a menores no acompañados (Solanes Corella y Hernández Moreno, 2022), pero también por la práctica de las devoluciones sumarias en la frontera.

En concreto, el CDN emitió un dictamen en febrero de 2019⁷ en un asunto en el cual el denunciante era un menor de nacionalidad maliense que permaneció varias horas encaramado a una de las vallas de Melilla y que posteriormente, una vez en el suelo, fue detenido y expulsado a Marruecos sin ser identificado y sin que en ningún momento se le ofreciera asistencia, agua, comida o un intérprete para comunicarse con él. Planteó una queja individual ante el CDN alegando que la deportación sumaria no tuvo en cuenta su interés superior como menor, que no recibió la protección y asistencia especial del Estado como menor privado de su medio familiar, y que la devolución, sin procedimiento e identificación, le expuso a daños irreparables por entender que las autoridades españolas debían saber el riesgo que corría de sufrir tratos crueles, inhumanos o degradantes en Marruecos por su condición de menor y extranjero.

En sus conclusiones, el CDN afirmó la violación de los artículos 3, 20 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño al considerar que la falta de un proceso de identificación y evaluación de su situación y haberle negado la oportunidad de presentar alegaciones a su eventual deportación son contrarios al principio del interés superior del menor y a su derecho a recibir protección estatal contemplados en los artículos 3 y 20, respectivamente. Asimismo, entiende que las autoridades españolas, antes de devolverlo a Marruecos, debían haber identificado al menor, escuchar sus circunstancias personales y evaluar el riesgo de persecución o de daño irreparable en territorio marroquí, por lo que la ausencia de todo procedimiento supuso una violación del artículo 37. Además, en este sentido el CDN advirtió que la vulneración de dicho precepto no se debió exclusivamente a no tener en cuenta dicha amenaza para la vida del menor, sino que se incumplió también por el trato recibido en territorio español. Así, para el CDN haber sido detenido y esposado en un contexto de migración internacional sin haber sido escuchado, sin asistencia jurídica y sin intérprete constituye en sí mismo un trato o pena cruel, inhumano o degradante conforme a dicho artículo.

⁷ Asunto de *D.D. contra España*, dictamen a la comunicación número 4/2016, aprobado el 1 de febrero de 2019 (CRC/C/80/D/4/2016).

2.2. El Tribunal Constitucional y la constitucionalidad condicionada del rechazo en frontera

El 19 de noviembre de 2020, el Tribunal Constitucional (TC) dio respuesta a un recurso de inconstitucionalidad planteado por miembros de diversos grupos parlamentarios con relación a varios artículos de la LSC, entre los cuales se incluía su disposición final primera que adicionó la DA10 de la LOEX sobre el «régimen especial de Ceuta y Melilla»⁸. Para los recurrentes, dicha disposición final no tenía relación con la normativa de extranjería y creaba un nuevo régimen contrario a los mecanismos existentes en el ordenamiento para proceder al retorno de personas desplazadas en situación administrativa irregular. Al no existir un procedimiento como tal, entendían, además, que se abría la puerta a una verdadera vía de hecho en la frontera que era contraria a la jurisprudencia del TEDH y a la aplicación del principio de no devolución. Conviene destacar en este punto que el recurso se interpuso en 2015 y las sentencias del TEDH que citaron eran de los años inmediatamente anteriores como, por ejemplo, la del asunto *Hirsi Jamaa y otros contra Italia* de 23 de febrero de 2012.

El examen del TC comienza afirmando que no reunir los requisitos de estancia o residencia en el territorio español «no permite al legislador privarles de derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa» y que las personas que están siendo rechazadas en la frontera «mientras se encuentra en los elementos de contención ubicados en el territorio español» son titulares de las garantías del ordenamiento jurídico español⁹. La sentencia manifiesta de forma expresa que las personas en situación administrativa irregular gozan de los derechos que la Constitución recoge y garantiza para todas las personas, de forma que la irregularidad no supone bajo ningún concepto una ausencia total de titularidad de derechos. Asimismo, y después de enumerar los distintos procedimientos relativos a la salida obligatoria de personas en esa situación, enfatiza la importancia de la tutela judicial efectiva de la que son titulares en ese contexto específico y que incluye el respeto de las garantías del procedimiento administrativo, el derecho a la asistencia jurídica gratuita y de intérprete como refuerzo a su derecho de defensa, y el derecho a un recurso.

Posteriormente analiza en detalle la figura del rechazo en frontera. Menciona que guarda similitud con la devolución prevista en el artículo 58.3 LOEX y que la singularidad de Ceuta y Melilla como única frontera exterior del espacio Schengen en tierras africanas permite defender la razonabilidad de establecer un régimen específico en dichas ciudades autónomas, si bien, como sostienen algunos autores, la presión migratoria o la especificidad de dichas ciudades autónomas no pueden servir de justificación o pretexto para eximir a España de sus obligaciones internacionales y para reducir las garantías procesales y limitar los derechos humanos de las personas migrantes (González García, 2017, p. 57; De Gil Blanco Rajoy, 2020, p. 27). A diferencia del TEDH que, como veremos, realiza un examen sobre las expulsiones de carácter colectivo y aplica la tesis de la conducta culpable o propia conducta para entender que no se vulnera la prohibición de expulsiones colectivas cuando la falta de decisiones individuales depende del comportamiento de las personas interesadas, el TC va más allá para aceptar la aplicabilidad del rechazo en frontera, es decir, de una práctica carente de procedimiento y garantías, también en el caso de entradas individuales y sin que medie violencia alguna.

⁸ Sentencia 172/2020, de 19 de noviembre de 2020, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad 2896-2015. «BOE» número 332, de 22 de diciembre de 2020.

⁹ Todas las referencias realizadas aquí a esta sentencia se hallan en su fundamento jurídico octavo.

Por lo que respecta a la existencia de una vía de hecho, la sentencia recuerda su doctrina que determina que la garantía contemplada por el artículo 106 de la Constitución no crea un derecho a

la completa tramitación de un procedimiento administrativo en materia de extranjería que concluya, en todo caso, con una resolución sobre el fondo del asunto [ya que] las garantías derivadas de este precepto constitucional se satisfacen si los interesados tienen derecho a someter al examen de los tribunales la legalidad de los que ellos consideran un incumplimiento por parte de la administración de las obligaciones nacidas de la ley (TC, 172/2020).

Aquí, el TC está citando el fundamento jurídico undécimo de su sentencia 17/2013, de 31 de enero¹⁰. Dicho pronunciamiento versaba sobre la disposición adicional cuarta de la LOEX, es decir, sobre la inadmisión a trámite automática en determinados supuestos, pero sin que ello impidiera recurrir dicha actuación. No se trata, por lo tanto, de situaciones del todo similares. Además, termina su mención expresa de aquella decisión de 2013 en una frase que continuaba de la siguiente forma:

Extremo que se asegura mediante la obligación de motivación y el carácter impugnabile de la decisión administrativa, evitando así que existan comportamientos de la Administración pública inmunes al control judicial, pues aun cuando la decisión administrativa consista en la inadmisión se trata de una decisión adoptada en el ejercicio de potestades públicas y, por tanto, sujetas al control de los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Tales supuestos se cumplen en el supuesto examinado pues, en todo caso, la decisión de inadmisión ha de ser motivada (art. 20.2 LOEX) y recurrible (art. 21.1 LOEX) y la misma habrá de ser notificada al interesado con indicación de los recursos a interponer, órgano ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlo, con lo que queda abierta la posibilidad de poder solicitar el correspondiente control jurisdiccional sobre la regularidad de la decisión adoptada. Apreciado que nada impide a los órganos jurisdiccionales examinar la conformidad o disconformidad a derecho de la decisión administrativa y, llegado el caso, ordenar que se proceda a la tramitación de la solicitud inicialmente inadmitida, ha de desecharse la alegada vulneración del art. 106 CE (TC, 172/2020).

El TC parece omitir intencionadamente esto último. Pone como ejemplo de cumplimiento del artículo 106 aquellas actuaciones motivadas y recurribles para evitar la arbitrariedad y que los actos de la Administración sean inmunes al control judicial, pero emplea solo la primera parte de la argumentación de la sentencia de 2013 para dictaminar que no toda ausencia de procedimiento implica una vía de hecho. Así lo hace constar en el contexto del rechazo en frontera, definido por el TC como

una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad la de restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre [y que será una actuación material] sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera. (TC, 172/2020).

Sin embargo, el control judicial o las acciones o recursos mencionados por la sentencia solo podrá llevarse a cabo o interponerse si existe algún procedimiento que pueda ser sometido a revisión. Si no hay una identificación de la persona y una posterior resolución administrativa de rechazo, no podrá haber control del acto administrativo ni posibilidad de recurrir (Fernández Pérez, 2021; Cuadrón Ambite, 2021). Se trata, por lo tanto, de una vía de hecho (Martínez Escamilla y Sánchez

¹⁰ Sentencia 17/2013, de 31 de enero de 2013, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad 1024-2004. «BOE» número 49, de 26 de febrero de 2013.

Tomás, 2015) o, en palabras de Espiniella Menéndez (2016), de una cobertura legal de una vía de hecho.

Incluso si se aceptase el hecho de que la ausencia de todo procedimiento de identificación que culmine en una resolución motivada que pueda ser recurrida no constituye una vía de hecho, el Estado español tiene vigente un acuerdo bilateral con el Estado marroquí¹¹ para la readmisión de personas extranjeras que impone al Estado requirente el deber de identificar a la persona afectada en un procedimiento de solicitud al Estado requerido en el que constará la documentación poseída por aquella, las condiciones de su entrada y cualquier otro tipo de información pertinente. Por otro lado, se prevé la denegación de dicha readmisión cuando se pretenda devolver a una persona al Estado requerido con el objetivo de que sea posteriormente a otro Estado cuando corra el riesgo de sufrir malos tratos en el Estado de destino. Es decir, incluso en este caso se exige identificación de la persona en un procedimiento que debe velar por su seguridad en caso de que exista peligro de sufrir tratos inhumanos o degradantes.

El TC concluye afirmando la constitucionalidad condicionada de la disposición final primera de la LSC. Conforme a la sentencia, para que la DA10 de la LOEX resultante sea conforme a la Constitución, debe interpretarse conforme a tres principios. En primer lugar, debe aplicarse a entradas individualizadas. De esta forma, previene posible práctica de expulsiones colectivas prohibida por el artículo 4 del Protocolo número 4 del CEDH. Sin embargo, la devolución en caliente de grupos de personas es habitual, pública y notoria en las fronteras de Ceuta y Melilla y dicha práctica se justifica al amparo del rechazo en frontera. En segundo lugar, debe permitir un pleno control judicial. En este sentido, tal y como afirmábamos anteriormente, no podrá examinarse una actuación cuya materialización física no ha sido trasladada al mundo del derecho ante la falta de procedimiento y de resolución. Por último, se exige que se cumplan las obligaciones internacionales¹². Este punto, relacionado estrechamente con el anterior, es del todo inviable.

La falta de identificación de las personas interesadas, la ausencia de acto administrativo sometido a un procedimiento con una resolución motivada y recurrible impiden, y no solo dificultan, el cumplimiento de deberes como la protección de víctimas de trata de seres humanos, de menores, o el respeto del principio de no devolución de personas refugiadas o solicitantes de asilo, así como de aquellas cuya devolución pueda suponer un trato inhumano o degradante ya sea en el país al que sean devueltas o en su país de origen o residencia a través de la devolución en cadena. De forma similar se posicionó en su voto particular la magistrada María Luisa Balaguer Callejón, a través del cual expresó que no existe justificación constitucional para restaurar la «legalidad migratoria transgredida» la ausencia de un procedimiento que permita el respeto a las garantías esenciales, ni entiende que pueda afirmarse que el rechazo en frontera cumple estrictamente con la Constitución. Para esta magistrada, la ausencia de procedimiento y la imposibilidad de llevar a cabo los rechazos en frontera de forma individualizada no permiten hacer real y efectivo el ejercicio de la tutela judicial efectiva (artículo 24.1), garantizar los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de las autoridades (artículo 9.3), ni controlar judicialmente la legalidad de los actos administrativos ni someterlos a los

¹¹ Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, hecho en Madrid el 13 de febrero de 1992. «BOE» número 100, de 25 de abril de 1992. Este instrumento entró en vigor el 21 de octubre de 2012 («BOE» número 299, de 13 de diciembre de 2012).

¹² El TC reiteró la constitucionalidad condicionada de esta disposición en su sentencia 13/2021, de 28 de enero, en respuesta al recurso de inconstitucionalidad 3848-2015. «BOE» número 46, de 23 de febrero de 2020.

finés que los justifican (artículo 106.1). Por todo ello, para la magistrada debería haberse declarado la nulidad e inconstitucionalidad de la DA10 forma íntegra.

La decisión del TC es un varapalo a las aspiraciones garantistas que esperaban a una resolución favorable a una interpretación basada en derechos humanos después de la sorprendente decisión de la Gran Sala del TEDH meses antes. No obstante, una lectura paciente y reflexiva no hace sino indicar que el rechazo en frontera es realmente contrario a la Constitución por cuanto se declara su constitucionalidad condicionada a tres requisitos de los cuales el pleno control judicial y el cumplimiento de las obligaciones internacionales no pueden reunirse en ningún caso en este contexto y de hacerse dejarían de ser devoluciones en caliente para convertirse en otra figura hoy desconocida o las más semejantes y legales de expulsión y devolución que permiten el ansiado control judicial, individualización y cumplimiento de obligaciones internacionales.

Así, hoy sigue vigente la sistematización de la suspensión de derechos y del Estado de derecho para las personas migrantes en las fronteras de Ceuta y Melilla. En efecto, la práctica de devoluciones sumarias no es sino la total anulación del derecho (Aparicio, 2023) y eso es lo que parece desprenderse también de una reciente sentencia del Tribunal Supremo (TS) en la que se ha pronunciado sobre la expulsión de miles de menores que habían llegado a Ceuta los días 17 y 18 de mayo de 2021. En su sentencia de 22 de enero de 2024, el tribunal destaca varios puntos relevantes y que se diferencian de la postura del TC en su análisis de la práctica real del rechazo en frontera. Así, para el TS, en cualquier actuación administrativa las autoridades deben llevar a cabo sus actuaciones siguiendo un procedimiento reglado, y con más motivo si se trata de derechos fundamentales; no hacerlo sería contrario al imperativo del artículo 105 de la Constitución. Por lo tanto, la expulsión de los menores en un contexto de «absoluta inobservancia de trámites procedimentales» constituye una vía de hecho y una expulsión colectiva prohibida por el artículo 4 del Protocolo número 4 del CEDH ante la cual

no cabe oponer que el retorno se produjo materialmente por grupos de pocas decenas, ni que se llevó una relación escrita de los nombres de los menores retornados: no por ello su salida del territorio nacional dejó de ser consecuencia de una decisión de las autoridades españolas indiscriminadamente relativa a todos ellos, por no mencionar que tampoco el hecho material de cruzar la frontera de vuelta a Marruecos fue individual (TS, 86/2024)¹³.

2.3. Críticas y recomendaciones del Defensor del Pueblo

El Defensor del Pueblo, como Institución Nacional de Derechos Humanos, ha sido activo en la denuncia del rechazo en frontera desde la creación de esta figura mediante la LSC. En 2015 este organismo formuló unas recomendaciones con el objetivo de que el nuevo régimen especial para Ceuta y Melilla respetara la jurisprudencia del TC y la normativa internacional. En concreto, consideró necesario el desarrollo urgente por disposición reglamentaria de la DA10 y se instó sin éxito al Ministerio del Interior a que siempre que se produjera un rechazo en la frontera se dictara «una resolución administrativa, con asistencia letrada y de intérprete e indicación de los recursos que se podrán interponer contra ella» dentro de un procedimiento en el que quedara constancia escrita de que a la persona migrante se le ha informado sobre protección internacional y de que se ha verificado su edad y su

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso, sección cuarta), de 22 de enero de 2024, recurso número 6480/2024, resolución número 86/2024, ECLI:ES:TS:2024:114, FJ 7 y 8.

posible situación de víctima de trata de seres humanos (Defensor del Pueblo, 2016b, pp. 56-57).

Más recientemente, en 2021, el Defensor del Pueblo recordó a este mismo ministerio su deber legal de respetar el principio de no devolución de aquellas personas migrantes que entren en contacto con autoridades españolas, recordatorio que fue rechazado (Defensor del Pueblo, 2022, p. 125). En marzo de 2022 insistió, de nuevo sin éxito, en las obligaciones de la Secretaría del Estado de Seguridad del Ministerio del Interior de respetar la integridad física y moral de las personas migrantes y de evitar que sean sometidas a tratos inhumanos o degradantes, así como la necesidad de que los cuerpos y fuerzas de seguridad se encuentren siempre identificados y se abstengan de llevar a cabo prácticas abusivas, arbitrarias o discriminatorias y sin atenerse a los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad¹⁴.

En octubre de 2022, debido a los hechos ocurridos el 24 de junio de ese mismo en Melilla, este organismo envió una recomendación a la Subsecretaría de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación del Ministerio de Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación para garantizar que las personas con necesidades de protección internacional puedan tramitar sus visados para solicitar asilo en España en la embajada y consulados en territorio marroquí. Ese mismo día formuló otra serie de recomendaciones y de recordatorios de deberes legales de nuevo ante la Secretaría de Estado de Seguridad, que volvieron a ser rechazadas. En concreto, solicitó, tal y como ya hizo en 2015, el desarrollo urgente de la DA10 de conformidad con la interpretación realizada por el TC y la existencia de un procedimiento que permita la identificación de personas con necesidades de protección internacional, de menores de edad y de víctimas de trata de seres humanos, y recordó las obligaciones de España sobre los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado a las que aludió en su comunicación con la Secretaría de Estado de Seguridad en marzo de ese mismo año. Como añadido, en esta ocasión el Defensor del Pueblo también recomendó adaptar la relación transfronteriza hispano-marroquí al Pacto Mundial de las Migraciones y su objetivo de gestionar la frontera de forma integrada, segura y coordinada para evitar la externalización del control migratorio que implica, en la práctica, abusos de derechos humanos por parte de unas autoridades marroquíes que impiden la llegada de personas migrantes a la frontera. Para ello, es imprescindible incrementar los operativos de atención humanitaria en la frontera y aplicar un enfoque basado en derechos en este ámbito¹⁵.

En su informe de 2022 aborda en un apartado específico el rechazo en frontera y denuncia que las actuaciones de las autoridades españolas que vigilan la frontera en Ceuta y Melilla impiden detectar menores de edad, solicitantes de asilo o personas con discapacidad ya que aquellas tienen como objetivo impedir que todas las personas que pretenden superar la valla no lo hagan y sean devueltas sumariamente. Para el Defensor del Pueblo, las vías de entrada seguras y regulares a la Unión Europea son inaccesibles para muchas de las personas desplazadas que buscan refugio en Europa. En contra de la postura del TEDH, este organismo advierte de la «imposibilidad de acceso físico a la embajada o consulados de los países por los que pasan en su tránsito migratorio», ya que la práctica totalidad de los trámites se realizan mediante citas telemáticas gestionadas por empresas subcontratadas para realizar la tramitación de visados, así como la ausencia de oportunidades para usar

¹⁴ Defensor del Pueblo. Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en Melilla. 4 de marzo de 2022, disponible en: <https://tinyurl.com/4v28297m>.

¹⁵ Defensor del Pueblo. Actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en Melilla. 14 de octubre de 2022, disponible en: <https://tinyurl.com/muyr827s>.

el procedimiento de asilo previsto en la normativa, por lo cual un número significativo de personas arriesgan su vida con el fin de acceder al territorio a través de la valla para solicitar protección internacional (Defensor del Pueblo, 2023, p. 58 y ss.).

3. Una visión internacional de las devoluciones sumarias en España

El rechazo en frontera constituye una práctica contraria al derecho internacional de la cual España «es pionera y adalid» en Europa y «representa la última barrera para impedir el acceso a los derechos y garantías que los Estados europeos han de respetar al inmigrante irregular por exigencias del Estado de Derecho» (Sánchez Legido, 2020, p. 238). Se trata unas actuaciones que vienen ocurriendo «sin solución de continuidad desde el año 2005», tal y como afirmaba ya en 2014 el entonces ministro del Interior Fernández Díaz¹⁶, y que siguen siendo hoy recurrentes. De hecho, en 2021 y 2022 fueron muchos los casos denunciados de rechazos en frontera, devoluciones sumarias y expulsiones colectivas en las fronteras de Ceuta y Melilla (Asylum Information Database, 2023). Al erigirse el Estado español como uno de los países de la Unión Europea en los que más se lleva a cabo esta práctica y al ser una de las principales puertas de entrada a Europa, es pertinente hacer referencia aquí a organizaciones internacionales que se han manifestado expresamente sobre la admisibilidad o no de estos actos en la frontera, como han sido el Consejo de Europa a través del TEDH o la Organización de las Naciones Unidas mediante el Consejo de Derechos Humanos y los órganos de los tratados.

3.1. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su doctrina de la conducta culpable

La sentencia clave en el contexto europeo del rechazo en frontera en la frontera hispano-marroquí es la dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) el 13 de febrero de 2020 en el asunto *N.D. y N.T. contra España*¹⁷. La sección tercera del TEDH había examinado en 2017 las demandas interpuestas por un nacional maliense y otro marfileño que habían sido objeto de devoluciones sumarias, sin procedimiento y sin posibilidad de recurrir la actuación de las autoridades españolas durante su intento de entrada a territorio español a través de las vallas de Melilla el 13 de agosto de 2014. En su sentencia de aquel año, la Sala concluyó que el Estado español había vulnerado el artículo 4 del Protocolo número 4 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, conocido también como Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) que prohíbe la práctica de expulsiones colectivas de personas desplazadas. En este caso, entendió que se trató de una expulsión y que fue colectiva al no existir una decisión individual de retorno para cada uno de los demandantes. Asimismo, consideró que España había violado también el artículo 13 del CEDH referido al derecho a un recurso efectivo ante la falta de procedimiento recurrible.

Llama particularmente la atención de esta decisión el voto particular emitido por el juez Dedov precisamente por el uso del lenguaje que denunciábamos anteriormente para referirse a las personas migrantes. En concreto, menciona que se trató de una «invasión» y un ataque a la frontera, personificada y protegida por los agentes de la Guardia Civil que, para el juez, «son personas como nosotros» y cuya situación ante la llegada de inmigrantes, a quienes no caracteriza en este caso como

¹⁶ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (2014). Comparecencia del señor ministro del Interior (Fernández Díaz), sesión núm. 25 de la Comisión de Interior, celebrada el jueves 13 de febrero de 2014, X Legislatura, núm. 500, p. 8.

¹⁷ Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *N.D. y N.T. contra España*, demandas número 8675/15 y 8697/15, de 13 de febrero de 2020.

personas, le hace plantear si no era la benemérita «[la] más vulnerable en este caso concreto» de «violencia» ejercida por aquellos.

La sentencia fue recurrida y la Gran Sala se reunió para emitir su veredicto el 13 de febrero de 2020. De forma sorpresiva, sobre todo por la fundamentación jurídica aportada, llena de contradicciones e incoherencias jurídicas, así como de errores de hecho (Carrera, 2020, p. 22), el TEDH dio un giro de ciento ochenta grados y decretó que el Estado español no había vulnerado el CEDH mediante aquella actuación. La postura discordante del juez Dedov en 2017 encontró acomodo en una Gran Sala que si bien reconoce que el contexto migratorio no puede justificar el desamparo jurídico y que los problemas de gestión migratoria no permiten llevar a cabo prácticas contrarias al convenio o sus protocolos, no tiene reparos en concluir que la devolución conjunta de personas migrantes sin procedimiento, sin identificación individualizada y sin permitirles la posibilidad de solicitar protección internacional o de otro tipo no vulnera la prohibición de expulsiones colectivas, a diferencia de lo establecido por la sección tercera en su sentencia de tres años antes.

Una expulsión es colectiva cuando no hay un análisis razonable y objetivo de cada caso individual de cada una de las personas que forman el grupo. No obstante, a su vez, la sentencia manifiesta que el hecho de que haya decisiones similares referidas a una multitud de personas no implica necesariamente la existencia de expulsiones colectivas si se les ofrece a aquellas la oportunidad de presentar alegaciones individuales ante la medida de expulsión, y que, además, el artículo 4 del Protocolo número 4 no garantiza el derecho a una entrevista individual en todos los casos ya que se cumplen sus requisitos si la persona extranjera tiene una «posibilidad real y efectiva» de presentar aquellas alegaciones. La decisión del tribunal da la clave después al mencionar que la propia conducta del interesado es un «factor relevante», de forma que, si la ausencia de una decisión individual se debe a aquella, no habrá vulneración de dicho precepto. El foco se está alejando de las obligaciones del Estado español para dirigirse al comportamiento de las personas en un contexto de violencia desproporcionada que dificulta el acceso a la justicia y al procedimiento de asilo de estas (Carreta, 2020) a través de un pronunciamiento que condiciona la prohibición de las expulsiones colectivas a dicha conducta mediante el empleo de un test de «dudosa eficacia [...] que representa un precedente potencialmente restrictivo, si no lesivo, del contenido y alcance de los derechos humanos protegidos por el CEDH (Sosa Navarro, 2020, p. 1058).

Para contextualizar su doctrina de la conducta culpable, hace mención expresa del asunto *Khalifa y Otros contra Italia*, de *M.A. contra Chipre*, los cuales hacen lo propio referenciando a los otros dos que también incluye la Gran Sala, el asunto *Berisha y Haljiti contra la Antigua República Yugoslava de Macedonia* y el asunto *Dritsas contra Italia*. En *Berisha y Haljiti*, dos personas realizaron una solicitud conjunta de asilo que fue denegada. No se puede hablar aquí de conducta culpable. En el caso de *Dritsas*, según la versión dada por parte de las autoridades, que el TEDH consideró tan válida como una contrapuesta dada por los demandantes, estos se negaron a identificarse y ello propició la expulsión conjunta de decenas de ellos. Para la Gran Sala, estos casos se relacionan por la «falta de cooperación activa» cuando solo el último de ellos, si únicamente tenemos en cuenta la versión de las autoridades italianas, podría permitir hablar de dicha falta de cooperación.

Dicho principio de falta de cooperación activa como justificación para arbitrar la no vulneración de la prohibición de expulsiones colectivas en el caso de la devolución sumaria de un conjunto de personas es la que considera el TEDH que debe aplicarse ante situaciones que reúnan las siguientes características: cruces sin autorización, por parte de un gran número de personas, las cuales emplean la fuerza,

y crean una «situación claramente perturbadora y difícil de controlar y pone en peligro la seguridad pública», siempre que el Estado proporcione un «acceso auténtico y efectivo a los medios legales de entrada». Es decir, solo cuando no exista ese tipo de acceso a los cauces establecidos normativamente para acceder al territorio español podría hablarse de expulsión colectiva prohibida por el Protocolo número 4. ¿Existe un acceso efectivo y real a dichas vías? El TEDH se centra en dos concretas: el visado y el procedimiento de protección internacional. Es en este último donde centra su atención.

Por un lado, la Gran Sala examina la accesibilidad del puesto fronterizo de Beni Enzar habilitado para evaluar solicitudes de asilo. Para el TEDH no hay problema alguno en ello. Reconoce que de enero a agosto de 2014 solo se emitieron seis peticiones y que el número aumentó hasta alcanzar 404 desde septiembre hasta diciembre de ese año, pero que en ese número no se hallaban personas de origen subsahariano. Además, la propia sentencia determina que la cifra de solicitudes por parte de estas personas fue nula en 2015 y 2017, y que solo dos pudieron hacerlo durante 2016. Un informe del Defensor del Pueblo de 2016 ratifica la completa ausencia de solicitudes de personas subsaharianas tanto en Beni Enzar como en el puesto fronterizo de Ceuta y que, además, la llegada a dicho lugar no implica la formalización de la solicitud, sino simplemente la obtención de una cita para acudir de nuevo en otra ocasión (2016a). En su informe anual de 2022 reitera que «la única opción» disponible para muchas personas, mayoritariamente las de aquel origen, es «jugarse la vida en el intento de llegar, a cualquier precio, a un lugar seguro» (Defensor del Pueblo, 2023, p. 61) ante la imposibilidad de acceder a los puestos fronterizos habilitados para solicitar asilo.

La Gran Sala solo hace alusión a las estadísticas para argumentar que el aumento de solicitudes se debió solo a la llegada de personas sirias, cuando realmente esos números dan la razón a quien, como el ACNUR en sus observaciones escritas como tercera parte interviniente en este asunto, denuncia las dificultades e incluso la imposibilidad de personas africanas para acceder al procedimiento en este puesto fronterizo. Como señala Arce Jiménez, la oficina de Beni Enzar es un fracaso porque precisamente las autoridades marroquíes impiden que accedan a ella el perfil mayoritario del flujo migratorio en esa zona, las personas de origen subsahariano (2019). Esto lo corrobora el representante especial del secretario general para la migración y los refugiados a España del Consejo de Europa, el embajador Tomáš Boček, quien en su visita a España en 2018 constató que las autoridades españolas, cuando detectan movimientos cercanos a la frontera, avisan a la policía marroquí para que esta evite la llegada de personas migrantes a España¹⁸. Se trata de un ejemplo de externalización del control fronterizo que permite la vulneración de derechos humanos sin consecuencias jurídicas por cuanto el TEDH, sin negar la veracidad de lo concluido por Boček, señala que el Estado español no puede ser responsabilizado de lo que hagan las fuerzas y cuerpos de seguridad de Marruecos en el territorio de este último Estado, aun cuando ello impida la llegada de personas desplazadas a la frontera española y sea consecuencia de las advertencias de los agentes fronterizos españoles.

Además, la Gran Sala señala que los demandantes no demostraron siquiera haber intentado entrar por medios legales y que mencionaron las dificultades para acceder a Beni Enzar «solo en abstracto». El TEDH parece exigir aquí que los afectados deben verse directamente dificultados o imposibilitados personalmente en

¹⁸ *Report of the fact-finding mission by Ambassador Tomáš Boček, Special Representative of the Secretary General on migration and refugees, to Spain, 18-24 March 2018 [SG/Inf(2018)25], 3 September 2018.*

su intento de solicitar protección internacional por los procedimientos legales para que luego puedan entrar de forma irregular sin ser sometidos a expulsión colectiva. Pero ¿cómo van a saber las autoridades si han utilizado esas vías sin éxito si se permiten las expulsiones colectivas «en abstracto»? Y aquí sí puede emplearse este término. Es decir, solo podrá saberse *a posteriori* que una persona expulsada ha intentado acceder personalmente a esa vía, ya que es imposible saberlo en el momento de la entrada si las autoridades españolas pueden proceder a su devolución sumaria sin identificación y sin procedimiento alguno.

Por otro lado, el TEDH alude al artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria («ley de asilo»), que contempla la posibilidad de que las representaciones diplomáticas del Estado español promuevan el traslado de solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de su petición conforme al procedimiento de protección internacional previsto en dicha norma. Para la Gran Sala, bastaba con su argumentación dada para defender la accesibilidad de Beni Enzar para justificar la aplicación de la doctrina de la falta de cooperación activa que permite concluir la ausencia de vulneración de la prohibición de las expulsiones colectivas, pero pretende reforzar su débil posicionamiento mediante, esta vez de nuevo, un «desconocimiento grosero de la realidad», por emplear las palabras de De Lucas (2020, p. 89), a la hora de explicar el procedimiento de protección internacional y la supuesta viabilidad de solicitar asilo en embajadas y consulados. Para el TEDH es suficiente con la existencia de dicho artículo y con el hecho de que en 2014 se hubieran presentado 346 solicitudes en dichas representaciones diplomáticas conforme a los datos aportados en el caso por parte de las autoridades.

Sin embargo, no hay posibilidad de solicitar protección internacional en esos lugares y es el margen de discrecionalidad que ofrece la redacción del artículo 38 el principal motivo de incumplimiento de este precepto (Sánchez Legido, 2020). Se trata, a fin de cuentas, de una clara falta de voluntad política. En efecto, a pesar de la posibilidad planteada, las cifras que ofrece la Oficina de Asilo y Refugio en sus informes anuales incluyen todas ellas, desde 2011, un asterisco para indicar que todas aquellas solicitudes que aparecen reflejadas como presentadas en embajadas son en realidad «solicitudes de extensión familiar» al amparo del artículo 40 de la normativa de asilo¹⁹. Esta figura, con el objetivo de mantener la unidad familiar, se prevé para otorgar el mismo tipo de protección a ascendientes, descendientes, cónyuges u otros familiares de una persona beneficiaria del estatuto de persona refugiada o de protección subsidiaria; es decir, no es una petición nueva, sino que está vinculada necesariamente a una solicitud de protección internacional emitida en España y que ha tenido éxito en su resolución.

Conforme a lo visto, el TEDH emplea el principio de falta de cooperación activa para convertirlo en una doctrina de la conducta culpable cuando supuestamente las personas afectadas tienen acceso real a medios legales de entrada, pero deciden no usarlos. Convierte una omisión como la falta de cooperación en una acción como se desprende de su idea de comportamiento culpable que impide a aquellas acogerse a las garantías del derecho. Se trata, por tanto, de un principio que implicaría que el reo no pudiera acogerse a las garantías de la normativa penal. Por si fuera poco, la Gran Sala advierte que los abogados de los demandantes no demostraron que, en caso de respetar el derecho interno o internacional, se hubiera impedido su expulsión si se hubieran registrado individualmente. Esto, en primer lugar, preocupa porque el TEDH parece reconocer expresamente que no se ha cumplido el derecho interno ni el

¹⁹ Véanse todos los informes de «Asilo en cifras» correspondientes a esos años publicados por la Oficina de Asilo y Refugio, disponibles en: <https://tinyurl.com/arff2kz4>.

derecho internacional. Por otro lado, se desprende que la sentencia está indicando que es indiferente incumplir la normativa si finalmente no iban a recibir ningún tipo de protección; es decir, que la prohibición de expulsión colectiva que les protege de decisiones arbitrarias no les habría servido porque no tienen derecho a entrar.

Como para el TEDH los demandantes saltaron la valla en gran número, empleando la fuerza y sin usar los procedimientos legales existentes, la ausencia de resoluciones individuales «puede deberse» a su propia conducta culpable. Sobre la base de esta posible causalidad concluye la inexistencia de vulneración por parte del Estado español del artículo 4 del Protocolo número 4 del CEDH. Y se trata de la misma argumentación para tumbar la petición de los demandantes de declarar a España responsable de vulnerar su derecho a un recurso efectivo en virtud del artículo 13 del mismo tratado. Para la Gran Sala no hay incumplimiento a pesar de no existir ni siquiera un recurso; el Estado puede tratar a las personas que se colocan en situación de ilegalidad como seres que se hallan fuera de las garantías del Estado de derecho. El TEDH condiciona aquí por vez primera la protección frente a la expulsión o devolución a la forma en la que se ha entrado en el territorio del Estado (Sosa Navarro, 2020), de forma que el tribunal está dando carta blanca a los Estados europeos para llevar a cabo expulsiones automáticas y devoluciones sumarias de personas que acceden irregularmente al territorio, incluidas quienes requieren protección internacional, ya que la excepción a la prohibición de expulsiones colectivas se aplica también a solicitantes de asilo (Carreta, 2020).

A pesar de abordar las devoluciones sumarias en Melilla, el TEDH no aborda propiamente el rechazo en frontera, ya que centra su desacertado análisis en el carácter colectivo de las expulsiones que se produjeron. Es decir, hubo expulsión, pero no fue colectiva, por lo que no procede aplicar el artículo 4 del Protocolo número 4 que prohíbe expresamente las expulsiones que revisten tal carácter. En cambio, meses después el TC sí examinó en concreto aquella figura y en su análisis mencionó directamente la sentencia de la Gran Sala para defender su posición. De esta forma, el TEDH y el TC, aunque defendamos que en realidad no hayan avalado el rechazo en frontera en el sentido de la práctica de devoluciones en caliente que ocurren en dichas ciudades autónomas (el TEDH por examinar solo el carácter colectivo de las expulsiones y el TC por exigir requisitos de imposible cumplimiento en el contexto de aquellas actuaciones), ambas resoluciones parecen haber dado un apoyo al Gobierno para seguir justificando lo ilícito como jurídicamente válido.

3.2. Naciones Unidas

El rechazo en frontera ha sido abordado críticamente por diferentes órganos de derechos humanos de Naciones Unidas. Aquí se examinarán las referencias realizadas a este tipo de devoluciones sumarias en el ámbito del Consejo de Derechos Humanos, tanto en los diferentes ciclos del Examen Periódico Universal de España como en diversos procedimientos especiales que han estudiado el asunto. Posteriormente, se aludirá a la labor de supervisión de los distintos tratados universales de derechos humanos por sus respectivos comités y, en concreto, se tendrán en cuenta las observaciones finales realizadas por dichos órganos de los tratados a los distintos informes periódicos presentados por el Estado español en las cuales se trate la problemática de las devoluciones sumarias en Ceuta y Melilla.

3.2.1. Consejo de Derechos Humanos

3.2.1.1. Examen Periódico Universal

Ya en el primer ciclo del Examen Periódico Universal a España en 2010, Nueva Zelanda solicitó al Estado español que respetara plenamente el principio de *non-refoulement* y que asegurara un acceso efectivo al procedimiento de asilo²⁰. España aceptó la recomendación neozelandesa indicando que ya se encontraba «perfectamente implementada» en cuanto al respeto del principio de no devolución, el cual es considerado «la base del sistema español de protección internacional»²¹.

Durante el segundo ciclo, las recomendaciones se intensificaron. Así, el Estado israelí pidió a España que asegurara el respeto de las garantías procesales, incluyendo el acceso a asistencia letrada e intérprete, para las personas que pretenden acceder al territorio de forma irregular en las ciudades de Ceuta y Melilla. Canadá solicitó que se investigaran con premura las alegaciones de maltrato de migrantes por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad en la frontera para garantizar que se les ofrezca la protección y el trato conforme a las obligaciones internacionales de derechos humanos contraídas por el Estado español. En respuesta a Israel, España, aceptando la recomendación, afirmó que los procedimientos de repatriación de migrantes cumplen con las garantías de la normativa de extranjería, incluyendo el derecho a asistencia jurídica e intérprete. De forma similar respondió a Canadá cuando informó de su aceptación de la recomendación de dicho Estado argumentando que la actuación de las fuerzas y cuerpos de seguridad se ajusta a los principios básicos de su legislación específica²².

Austria y la República Checa también llamaron la atención del Consejo de Derechos Humanos sobre la situación en la frontera de las ciudades autónomas y con motivo de la introducción de la DA10 en la LOEX que creaba el régimen especial y el rechazo en frontera. El primero recomendó revisar las prácticas de devoluciones sumarias en Ceuta y Melilla, así como la propuesta de reforma de la LSC para garantizar el derecho de asilo. Por su parte, el segundo instó a España a asegurar que la normativa de extranjería fuera conforme con el principio de no devolución y con la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes, en especial aquellas disposiciones que permiten la devolución sumaria de migrantes sin el procedimiento debido. En este caso, el Estado español aceptó parcialmente la primera y completamente la segunda argumentando, en el primer caso, que no consideraba necesario revisar los procedimientos de retorno de la normativa de extranjería porque se practican «con pleno respeto a todas las garantías fijadas» en la LOEX. Asimismo, el Estado español indicó que la DA10 garantiza explícitamente el respeto a las obligaciones internacionales, en especial la del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, ya que a pesar del rechazo que pueda producirse ante las entradas irregulares en el territorio español, las personas afectadas podrán solicitar el reconocimiento de su condición de persona refugiada o de la protección subsidiaria en los lugares habilitados para ello en los puestos fronterizos. Con respecto a la segunda sugerencia emitida por la República Checa, España la aceptó alegando que la DA10 es plenamente respetuosa con el principio de no devolución y con la

²⁰ Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal – España, A/HRC/15/16, párrafo 86.28.

²¹ Opiniones sobre las conclusiones y/o recomendaciones, compromisos voluntarios y respuestas presentadas por el Estado examinado al informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal de España, A/HRC/15/6/Add.1, párrafo 23.

²² Anejo explicativo de las observaciones de España a las recomendaciones recibidas por España con ocasión del segundo ciclo del Examen Periódico Universal (anejo al documento A/HRC/29/8/1), recomendaciones 131.173 y 131.176, pp. 23 y 86.

prohibición de tratos inhumanos o degradantes, así como el resto de las obligaciones en materia de derechos humanos que le vincule, y concluyó afirmando que «en nuestro país no hay procesos de repatriación de inmigrantes que se lleven a cabo sin el debido proceso»²³.

En el tercer y, hasta ahora, último ciclo de examen realizado en 2020, de nuevo Austria y Canadá reiteraron su preocupación por el rechazo en frontera y los graves problemas de derechos humanos que implica. El país europeo solicitó a España revisar las prácticas de deportación y el norteamericano pidió que se asegurara que los procedimientos de la normativa de extranjería y sus garantías procesales en relación con la inmigración irregular y el derecho de asilo, especialmente en Ceuta y Melilla, sean consistentes con las obligaciones internacionales de derechos humanos. En este caso, el Estado español aceptó de nuevo las sugerencias. En su respuesta, indicó que los procedimientos de expulsión, devolución y denegación de entrada cumplen con las exigencias del ordenamiento jurídico y que las solicitudes de protección internacional presentadas en las ciudades autónomas tienen las mismas garantías que las formalizadas en el resto del territorio. Finalmente, para concluir, y con motivo de las devoluciones sumarias, hizo referencia expresa a la sentencia del TEDH al mencionar que este tribunal «reconoce que España ofrece disponibilidad y accesibilidad real de vías jurídicas para solicitar la admisión en su territorio nacional» y que las solicitudes presentadas en los puestos habilitados se estudian de manera individual y cumplen con la legislación internacional de derechos humanos²⁴.

Es cierto que la sentencia afirmaba la posibilidad real y efectiva de acceder a Beni Enzar para solicitar protección internacional, pero también es verdad que para llegar a dicha conclusión se basó exclusivamente en la información aportada por el propio Estado español que ahora se apoya en el TEDH para argumentar tal extremo. Asimismo, conviene recordar que la propia sentencia reconoció que el número de solicitudes presentadas por personas de origen subsahariano era nulo o simbólico, ya que solo se formalizaron dos durante el tramo de tiempo estudiado por el TEDH; es decir, desde agosto de 2014 hasta finales de 2017²⁵.

3.2.1.2. Procedimientos especiales

En el ámbito de los procedimientos especiales del Consejo de Derechos Humanos, destacan tres trabajos que evidencian la preocupación de personas expertas en derechos humanos debido a las devoluciones sumarias en Ceuta y Melilla y las consecuencias que tienen para las personas afectadas en el disfrute de sus derechos humanos. El Grupo de Trabajo de Expertos sobre Afrodescendientes («GTEA»), en el informe sobre su visita a España durante febrero de 2018, declaró precisamente la imposibilidad de solicitantes de asilo para llegar a los puestos fronterizos habilitados para ello debido a, como reconocieron las autoridades españolas al GTEA, la actitud y el trabajo de la policía marroquí para evitar que las personas migrantes puedan llegar al territorio español. Además, mostró su preocupación por las expulsiones colectivas y el significativo número de devoluciones sumarias, y pidió expresamente

²³ *Ibid.*, recomendaciones 131.180 y 131.182, pp. 89 y 90.

²⁴ Anejo explicativo de las observaciones de España a las recomendaciones recibidas por España con ocasión del segundo ciclo del Examen Periódico Universal (anejo al documento A/HRC/44/7/Add.1), recomendaciones 150.259 y 150.265, pp. 85, 89 y 90.

²⁵ Sentencia del TEDH, Gran Sala, asunto *N.D. y N.T. contra España*, 13 de febrero de 2020, párrafo 216.

el fin de este tipo de prácticas con el objetivo de respetar el principio de *non-refoulement* y permitir la identificación de necesidades de protección internacional²⁶.

El Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes publicó en 2021 un informe centrado específicamente en las devoluciones sumarias de migrantes (A/HRC/47/30). Empleando el término devoluciones en caliente, definió estas prácticas como todo tipo de

medidas, acciones o políticas de ese tipo que dan lugar efectivamente a la expulsión de migrantes, de forma individual o colectiva, sin una evaluación individualizada de cada caso que sea conforme a las obligaciones en materia de derechos humanos y las garantías procesales (A/HRC/47/30, §33).

De entrada, y sin necesidad de llegar a las conclusiones, podemos ver cómo el documento indica que esta práctica demuestra el incumplimiento de los Estados de sus obligaciones internacionales de proteger los derechos humanos de las personas migrantes que se hallan en las fronteras internacionales. El texto guarda un hueco para España. El Relator Especial indica que desde 2015 en Ceuta y Melilla se aplica el régimen especial que permite los rechazos en frontera y muestra su

honda preocupación ante los obstáculos que pone España para acceder al asilo en la práctica, habida cuenta de la creación de zonas de excepción en la frontera, y ante las informaciones que indican que los migrantes procedentes de África Subsahariana pueden ser objeto de discriminación y se les puede impedir la salida de Marruecos por su aspecto, y que se ven privados efectivamente de acceso a España (A/HRC/47/30, §35).

El informe destaca que las devoluciones sumarias son muestra de prejuicios arraigados contra las personas desplazadas en forma de discriminación y de denegación de derechos humanos, y que a menudo dichas actuaciones quedan impunes ante la falta de control judicial que supone la ausencia de procedimientos o mecanismos de supervisión. En este sentido, ante la falta de una evaluación individualizada de las circunstancias personales de cada persona migrante y de otras garantías procesales, las devoluciones sumarias son

una violación de la prohibición de la expulsión colectiva y aumentan el riesgo de que se cometan nuevas violaciones de los derechos humanos, y son incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos, en particular la prohibición de la devolución (A/HRC/47/30, §71).

Por ello insta a los Estados a poner fin a estas actuaciones en las fronteras internacionales, así como a adoptar un enfoque basado en derechos humanos en la gestión fronteriza y en los procedimientos de extranjería y de protección internacional, con perspectiva de género y de edad y garante con los derechos de todas las personas desplazadas, incluidas aquellas que se hallan en situación irregular²⁷.

Este mismo Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, junto con la Relatora Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, la Relatora Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos, y el Relator Especial sobre la tortura y otros

²⁶ Informe del Grupo de Trabajo de Expertos sobre los Afrodescendientes acerca de su misión a España, A/HRC/39/69/Add.2, publicado el 14 de agosto de 2018, párrafos 30, 54, 64 y 65.

²⁷ Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes sobre las formas de hacer frente a los efectos en los derechos humanos de las devoluciones en caliente de migrantes en tierra y en el mar, A/HRC/47/30, publicado el 12 de mayo de 2021, párrafos 33, 35, 71, 101, 103, 104 y 107.

tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes emitió una comunicación conjunta en abril de 2021 ante el Estado español después de haber recibido información sobre el cierre indefinido de los puestos fronterizos en Melilla desde marzo de 2020 debido a la pandemia, sobre el aumento de intentos de entradas irregulares de personas que arriesgan su vida e integridad física ante la falta de vías seguras y regulares de entrada, y sobre la práctica sistemática de devoluciones sumarias y colectivas, incluso de personas heridas. En su escrito enviado al Gobierno de España, muestran su preocupación por los rechazos en frontera y el maltrato que supone la vulneración del principio de no devolución que, como bien recuerdan en esta comunicación, vulnera los artículos 3 y 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño, tal y como indicó el CDN en el asunto *D.D. contra España*.

Según estas relatorías, el derecho internacional de los derechos humanos obliga a España a evaluar las necesidades de protección de las personas migrantes y refugiadas de forma individual, y a garantizar el acceso efectivo al territorio y al procedimiento de asilo para la persona que lo requiera. De nuevo aquí se reitera la importancia del respeto al principio de *non-refoulement* cuando afirman que los Estados tienen el deber de garantizar que «todas las medidas de gobernanza fronteriza adoptadas en las fronteras internacionales, incluidas las destinadas a hacer frente a la migración irregular, se ajusten al principio de no devolución y a la prohibición de las expulsiones arbitrarias o colectivas» y que ello solo es posible mediante un examen individualizado de las necesidades de cada persona. Concluyen que una norma como la DA10 que pretende legitimar devoluciones sumarias en la frontera sin un procedimiento de identificación y conocimiento de las circunstancias personales «priva a los migrantes y a los solicitantes de asilo en Ceuta y Melilla de las garantías internacionales mínimas, lo que conllevaría riesgos de violaciones significativas y sistemáticas del principio de no devolución» (AL ESP 3/2021, p. 5)²⁸.

En su respuesta, el Gobierno, a través de la Misión Permanente de España ante la Oficina de las Naciones Unidas y otros Organismos Internacionales, manifestó que las prácticas en la frontera de Ceuta y Melilla respetan el derecho internacional de conformidad con la sentencia del TEDH y el ordenamiento jurídico español al llevarse a cabo conforme a la interpretación dada por el TC a la DA10 de la LOEX, si bien, como se verá ahora, no se alude en su documento a los tres criterios exigidos por este último para que el rechazo en frontera sea conforme a la Constitución. Así, en su escrito afirma que se ofrece protección a personas en situación de vulnerabilidad, entre las cuales incluye a menores «que lo sean manifiestamente», mujeres embarazadas y personas de edad avanzada o con daños físicos. La alusión a una minoría de edad «manifiesta» corrobora el hecho de que no existe examen individualizado, sino que se procede a devolver de forma sumaria atendiendo a las características físicas de las personas; es decir, arbitrariamente. Aunque no se indique que la mujer embarazada debe serlo «manifiestamente», en la práctica sucede lo mismo que con los menores que pueden no aparentarlo. Una mujer puede estar embarazada sin que lo parezca y sin un proceso de identificación las autoridades españolas desconocerían su situación. Lo mismo puede aplicarse a las personas de edad avanzada. En su explicación, el Gobierno de España deja claro que no hay identificación de personas en situación de vulnerabilidad, entre las cuales llama sorpresivamente la atención la ausencia de mención expresa de las víctimas de trata de seres humanos (AL ESP 3/2021, p. 12)²⁹.

²⁸ Comunicación AL ESP 3/2021 conjunta de los distintos mandatos referidos de 14 de abril de 2021, p. 5.

²⁹ Respuesta de España a la comunicación AL ESP 3/2021 de varios procedimientos especiales sobre rechazo en frontera en Melilla, p. 12.

Por otro lado, defiende que el rechazo en frontera garantiza el acceso al derecho de asilo y respeta el principio de no devolución. En su argumentación afirma que existen medios genuinos y efectivos para solicitar protección internacional y que quienes intentan un «asalto» a la valla son quienes optan por esa vía irregular y no por las alternativas legales existentes, de forma que son esas personas quienes se sitúan en una «posición de ilegalidad» que, conforme a la doctrina de la conducta culpable del TEDH permite al Gobierno proclamar que son responsables de sus propias conductas y no así el Estado español. Recordando las palabras de De Lucas (2021), se evidencia aquí el desconocimiento grosero de los hechos en la frontera. No se puede sostener que las personas migrantes, ante una alternativa insegura para su integridad física y su vida y otra eficaz para solicitar protección internacional vayan a escoger la primera. De hacerlo, debe haber un motivo de relevancia como es el hecho atestiguado, entre otros, por el ACNUR o el representante especial del secretario general para la migración y los refugiados a España del Consejo de Europa, el embajador Tomáš Boček (ambos citados en la sentencia del TEDH, pero desechados por los miembros del tribunal) de que las autoridades marroquíes trabajan con celo para evitar la llegada de migrantes a los puestos fronterizos habilitados para pedir asilo y del que la cifra reconocida por el propio TEDH de dos solicitudes en más de tres años es prueba fehaciente.

La respuesta gubernamental concluye afirmando que la «aplicación práctica de la DA10 ya respeta las condiciones determinadas por el TC en su Sentencia [...] tanto en lo relativo a personas vulnerables, como en lo tocante al derecho de asilo» y que «las autoridades, en todo caso, están vigilantes para que la aplicación concreta del precepto sea, siempre, respetuosa con las especificaciones marcadas por el TEDH, el TC y el derecho internacional» (AL ESP 3/2021, p. 13). Centrando ahora nuestro análisis en estas últimas frases, debemos indicar que el TEDH no estipula ninguna especificación más allá del criterio de conducta culpable para eximir a España de sus responsabilidades que tiene como consecuencia sacar del mundo del derecho a personas que no tienen otra alternativa que jugarse la vida y su integridad física para acceder al territorio español. Por lo que respecta al TC y como venimos advirtiendo, es imposible que una actuación sin procedimiento, por mucho que en su sentencia el TC indicara que no se trata de una vía de hecho, pueda permitir el «pleno» control judicial de las actuaciones y el cumplimiento de las obligaciones internacionales como el principio de no devolución. En cuanto al derecho internacional, baste lo dicho al respecto del principio de *non-refoulement*. Es manifiestamente contrario por ser del todo incompatible con la práctica de devoluciones sumarias. No hay forma alguna de encajar ambas piezas sin que aquel se vea resentido.

Como se ve, el Gobierno de España no atiende a los criterios mencionados por el TC referidos a la aplicación del rechazo en frontera a entradas individuales, con pleno control judicial y cumpliendo con las obligaciones internacionales de España. Solo sobre este último punto menciona que se protegen a las personas en situación de vulnerabilidad, pero ya se ha advertido cómo, y que también se respeta el principio de no devolución, pero basta una reflexión carente de profundidad para rechazar dicha afirmación. Falta conocer cómo considera que se protegen las necesidades de las personas víctimas de trata y de aquellas cuya devolución les colocaría en riesgo de sufrir torturas o tratos inhumanos, crueles o degradantes.

Los procedimientos especiales han continuado activos en este contexto con motivo de los hechos ocurridos en la frontera hispano-marroquí de Melilla el 24 de junio de 2022, varios procedimientos especiales enviaron una nueva comunicación al Estado español para solicitar información al respecto. En concreto, y entre otras cuestiones, preguntaron sobre las investigaciones y conclusiones de las autoridades

al respecto, sobre el procedimiento llevado a cabo para identificar los cadáveres y para comunicárselo a los familiares, así como las medidas adoptadas para evitar el uso excesivo y letal de la fuerza en la gestión fronteriza³⁰.

La respuesta del Estado español, emitida el 4 de agosto de 2022, es similar a la realizada en 2021. Afirma que las autoridades en el control fronterizo actúan siempre siguiendo criterios de proporcionalidad y respetando plenamente los derechos humanos. Recuerda que los rechazos en frontera han sido avalados por el TC y el TEDH y que los procedimientos de expulsión, devolución y denegación de entrada se llevan a cabo garantizando los derechos humanos y el principio de no devolución; es decir, ni tan siquiera el Estado español en su respuesta menciona expresamente a los rechazos en frontera como una herramienta de gestión migratoria que respete el principio de *non-refoulement*. Por último, mantiene que las solicitudes de protección internacional en los puestos fronterizos de Ceuta y de Melilla son posibles tal y como reconoce el TEDH en su sentencia de 2020. Tal y como hacía España en su respuesta a las recomendaciones del Examen Periódico Universal de España en 2020, se basa en el posicionamiento del TEDH para afirmar que existe una posibilidad real de solicitar asilo en las oficinas habilitadas para ello en la frontera cuando las conclusiones de la sentencia se basaron solo en la información aportada por el propio Estado español defendiendo la existencia de dicha posibilidad. La respuesta española se complementó el 22 de febrero de 2023 indicando que las diligencias de investigación abiertas por la fiscalía general del Estado habían sido archivadas al

no existir elementos que determinen que el día de los hechos los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado actuantes incurriesen en infracción penal alguna, ni en su actuación general durante el desarrollo de estos ni posteriormente en el momento de la materialización de los rechazos en frontera (AL ESP 7/2022)³¹.

De nuevo en esta ocasión el Estado español argumenta una ausencia de responsabilidad ante unos hechos que conllevaron la muerte y desaparición de varias decenas de personas que pretendían alcanzar el territorio español por la única vía que les era posible y el sometimiento de centenares a un uso excesivo de la fuerza y a tratos inhumanos y degradantes. La falta de responsabilidad del Estado español que el TEDH avala como consecuencia de la supuesta conducta culpable de quienes pretenden acceder a España a través de las vallas de contención situadas dentro del territorio español (Martínez Escamilla y Sánchez Tomás, 2019) es una tónica en la respuesta del Gobierno de España ante este tipo de comunicaciones y lo es también en su política de gestión fronteriza que fomenta una externalización del control migratorio que necesariamente deriva en la vulneración sistemática y grave de derechos humanos ante la cual España elude cualquier tipo de deber.

3.2.2. Órganos de los tratados

Las actuaciones de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en Ceuta y Melilla han sido también objeto de estudio por parte de diversos comités que velan por el cumplimiento de tratados universales de derechos humanos. En este punto se analizarán las últimas observaciones finales emitidas en el procedimiento de informes

³⁰ Comunicación AL ESP 7/2022 conjunta del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia; del Grupo de Trabajo de Expertos sobre Afrodescendientes; del Relator Especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; y del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes, de 13 de julio de 2022.

³¹ Respuestas del Gobierno de España a la comunicación conjunta de procedimientos especiales sobre el incidente en la frontera hispano-marroquí de Melilla (AL ESP 7/2022), de 4 de agosto de 2022 y de 22 de febrero de 2023.

periódicos por el Comité de Derechos Humanos (CDH), el Comité contra la Tortura (CCT), el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) y el CDN.

En 2015 coincidieron las conclusiones de este proceso en el seno del CDH y del CCT. En la revisión del sexto informe periódico de España ante el primero, este comité expuso su preocupación por la práctica de devoluciones sumarias realizadas «sin las garantías suficientes para que se respete el principio de no devolución» y por el caso de «solicitantes de asilo no sirios [a quien] se les niega el acceso a las oficinas de asilo en Ceuta y Melilla». El CDH denuncia, asimismo, las alegaciones de malos tratos y de violencia tanto por parte de las autoridades españolas como de las marroquíes que actúan dentro del territorio español y lamenta, en concreto, la muerte de quince personas en febrero de 2014 durante una expulsión colectiva. Es fundamental para este comité que se revise la LSC y garantizar el acceso real a «procedimientos de evaluación justos e individualizados, a la protección frente a la devolución sin discriminación y a un mecanismo independiente con autoridad para suspender las decisiones negativas», así como adoptar todas las medidas necesarias para evitar que autoridades extranjeras cometan violaciones de derechos humanos en el territorio español y para capacitar y formar a las españolas sobre el «uso de la fuerza en las interacciones con los inmigrantes» (CDH, 2015, CCPR/C/ESP/CO/6, §18-19)³². El CDH, en el listado de cuestiones previo al séptimo informe periódico de España, reiterando así su preocupación en este contexto, ha solicitado a España que le indique qué medidas ha adoptado para «cesar la práctica de devoluciones sumarias», para revisar la figura del rechazo en frontera y para asegurar el «pleno respeto del principio de no devolución» y el acceso a un procedimiento de asilo individualizado y recurrible con efectos suspensivos (CDH, 2019, CCPR/C/ESP/QPR/7, §19³³).

Meses antes el CAT había adoptado sus observaciones finales al sexto informe periódico de España ante dicho comité con conclusiones similares. Así, también mostró su preocupación por las devoluciones sumarias en Ceuta y Melilla al tratarse de actuaciones que se practican «sin una evaluación previa del riesgo de retorno e impiden el acceso a los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado» y en el contexto de las cuales se llevan a cabo «abusos cometidos contra inmigrantes por parte de los agentes encargados de vigilar las fronteras». Por ello, el comité pide a España que revise la normativa de extranjería y de asilo para «respetar incondicionalmente el derecho de no devolución» y para garantizar la identificación de posibles víctimas de trata y de necesidades de protección internacional³⁴. Al igual que el CDH, el CAT mantiene su firme interés por continuar examinando este ámbito en su siguiente revisión del cumplimiento por parte del Estado español de la Convención contra la Tortura. Así, en su listado de cuestiones previo al séptimo informe periódico de España, le solicita información sobre qué medidas ha adoptado para acabar con las devoluciones sumarias, para revisar la DA10, para garantizar la tutela judicial efectiva de las personas sometidas al rechazo en frontera, y para prevenir malos tratos y uso excesivo de la fuerza en ese contexto³⁵.

³² Comité de Derechos Humanos (2015). Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, CCPR/C/ESP/CO/6, párrafos 18 y 19.

³³ Comité de Derechos Humanos (2019). Listado de cuestiones previas al séptimo informe periódico de España emitidas por el Comité de Derechos Humanos, CCPR/C/ESP/QPR/7, párrafo 19.

³⁴ Comité contra la Tortura (2015). Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España, CAT/C/ESP/CO/6, párrafos 13 y 18.

³⁵ Comité contra la Tortura (2017). Listado de cuestiones previas al séptimo informe periódico de España, CAT/C/ESP/QPR/7, párrafos 10 y 11.

Un año antes de su dictamen en el asunto *D.D. contra España* de 2019, el CDN abordó esta problemática en sus observaciones finales que concluyeron la evaluación del quinto y sexto informe periódico presentados conjuntamente por España ante este comité. En concreto, manifestó su contrariedad ante la «devolución automática de los niños que buscan protección internacional en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, sin las garantías necesarias», por lo que instó a España a poner fin a estas actuaciones para asegurar el principio de no devolución, cumplir con las obligaciones internacionales y nacionales, así como para respetar plenamente el interés superior del menor³⁶. De forma similar a los anteriores comités, en el listado de cuestiones previo al siguiente informe el CDN le ha preguntado al Estado español qué medidas ha adoptado para respetar el principio de no devolución en todos los casos de menores migrantes, incluidos aquellos en situación administrativa irregular³⁷.

En sus recientes observaciones finales, el Comité CEDAW alerta de la falta de procesos de identificación en la frontera que implica que la mayoría de las víctimas de trata de seres humanos no sean detectadas en la frontera por parte de las autoridades españolas. También denuncia la falta de perspectiva de género en los procedimientos de extranjería, en especial para las mujeres y niñas llegadas a las ciudades de Ceuta y Melilla de forma irregular. Si bien no hace mención expresa de las devoluciones sumarias, sí tiene en cuenta la necesidad de mejorar el acceso a la justicia y a la asistencia jurídica para las mujeres y niñas víctimas de trata de seres humanos y para las que requieran protección internacional³⁸. No obstante, el Comité CEDAW sí había solicitado información a España respecto de la violencia en los controles fronterizos y de las medidas adoptadas para mejorar la protección de mujeres y niñas solicitantes de asilo en las ciudades autónomas, pero en su respuesta el Estado español hizo caso omiso³⁹.

4. El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo y la «instrumentalización». Hacia una nueva política de gestión fronteriza menos garante de los derechos humanos

4.1. Contexto

Las devoluciones automáticas y sumarias no son una herramienta exclusiva del Estado español para rechazar la alteridad que supone la categorización de la persona como inmigrante, sino que se trata de una práctica normalizada y sistematizada en la frontera común exterior de la Unión Europea como la de Bulgaria, Croacia, Rumanía, Polonia, Eslovaquia o Hungría (Luyten, 2022, p. 7). En este último caso, el propio Gobierno admite públicamente la devolución sumaria de más de 150 000 migrantes durante 2022.

La UE ha mostrado sus cartas de una baraja que no cumple con las reglas del juego que ella misma propone. Como veremos a propósito de la conocida como «instrumentalización de migrantes», el apoyo político, logístico y jurídico a la derogación de derechos humanos de personas desplazadas en la frontera choca frontalmente con los valores en los que basa su existencia. Nada tienen que ver los principios de «respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado

³⁶ Comité de los Derechos del Niño (2018). Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto de España, CRC/C/ESP/CO/5-6, párrafos 44 y 45.

³⁷ Comité de los Derechos del Niño (2023). Listado de cuestiones previas al séptimo informe periódico de España, CRC/C/ESP/QPR/7, párrafo 30.

³⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2023). Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de España, CEDAW/C/ESP/CO/9, párrafos 14, 26, 40 y 41.

³⁹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2019). Listado de cuestiones previas al séptimo informe periódico de España, CEDAW/C/ESP/QPR/9, párrafo 21.

de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías» consagrados como comunes por el Tratado de Lisboa en su artículo 2, ni con sociedades caracterizadas por el «pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres» tal y como continúa enumerando dicho precepto. La CDFUE añade incluso el valor universal e indivisible de la solidaridad.

Muy al contrario, lejos de la protección de la dignidad y de los derechos y de un entendimiento solidario de estos, la gestión fronteriza y las políticas de migración y asilo llevan la impronta de un discurso de seguridad en un universo comunitario que considera el desplazamiento humano como una amenaza para la integridad, en clave identitaria, de la UE, y ante la cual responde como si de una crisis se tratara aludiendo a la salvaguardia de su seguridad y de sus Estados miembros (Ceccorulli, 2018, p. 303). Una situación de excepcionalidad que justifica la violencia en la frontera que tal y como Walters la concibe es una verdadera frontera humanitaria porque es una en la que se decide la lucha entre la vida y la muerte (2011).

4.2. Respaldo político y jurídico a la derogación de derechos humanos en las fronteras exteriores de la Unión Europea

En 2016 la Comisión Europea (CE) defendió la compatibilidad del régimen especial de Ceuta y Melilla de la DA10 con el derecho de la UE antes siquiera de elaborar el Nuevo Pacto sobre Asilo y Migración que, como veremos, abre la puerta a la derogación de derechos humanos en la frontera. Así lo hizo en respuesta a una pregunta parlamentaria que pretendía conocer su posicionamiento en este sentido con motivo de la entonces reciente introducción de dicha disposición a la normativa de extranjería⁴⁰. La CE respondió afirmando que las garantías incluidas en la DA10 con relación a la protección internacional y a la posibilidad de solicitarla en la frontera tenían una «importancia fundamental» para concluir que dicho régimen cumplía con las exigencias del derecho de la UE. Además, consideró como un desarrollo positivo el hecho de que se hubieran habilitado oficinas en Ceuta y Melilla para que las personas nacionales de terceros países pudieran formalizar sus solicitudes⁴¹.

El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, propuesto en septiembre de 2020 y que fue acogido con estupor por parte de las organizaciones de la sociedad civil, incluía una serie de polémicas recomendaciones y propuestas normativas en el ámbito comunitario que obstaculizan el ejercicio efectivo del derecho de asilo y el favorecimiento de una migración segura y regular. El paquete de medidas se ha ido ampliando con el paso de los meses para incluir, por ejemplo, la propuesta de revisión del Código de fronteras Schengen o la propuesta de Reglamento sobre instrumentalización de migrantes como consecuencia de la crisis diplomática surgida en 2021 entre la UE y el Gobierno bielorruso que ha llevado a decenas de miles de personas a las fronteras de Polonia, Lituania y Letonia.

La respuesta restrictiva en derechos y que incluye la detención de solicitantes de asilo en condiciones deplorables de acogida y la práctica de devoluciones sumarias fue apoyada por la UE. Así lo reconoció la propia CE en el contexto de su propuesta de Reglamento sobre instrumentalización de migrantes⁴² que fue lanzada meses

⁴⁰ Información actualizada sobre la situación en Ceuta y Melilla. Pregunta parlamentaria E-010830/2015, 3 de julio de 2015, disponible en: <https://tinyurl.com/umfzdrru>

⁴¹ Respuesta del Sr. Avramopoulos en nombre de la Comisión, E-010830/2015(ASW), 9 de febrero de 2016, disponible en: <https://tinyurl.com/muzdkz55>

⁴² Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de instrumentalización en el ámbito de la migración y el asilo, COM(2021) 890 final, 14 de diciembre de 2021.

después junto con la propuesta de revisión del Código de fronteras Schengen⁴³ con el objetivo de «dotar plenamente a los Estados miembros de los instrumentos jurídicos necesarios para hacer frente a potenciales situaciones de instrumentalización futuras» inspirándose para ello en las medidas aplicadas por Polonia, Lituania y Letonia en sus fronteras con Bielorrusia. La CE ya había empleado dicho término semanas antes en una comunicación en la cual describía esta instrumentalización como «una forma particularmente cruel de amenaza híbrida» y como «uno de los retos más complejos». En concreto, determinó que se trata de «un peligro real y presente para la seguridad de la Unión», que la UE «en su conjunto está siendo amenazada» y considera que se trata de una situación que preocupa también a toda la comunidad internacional⁴⁴.

En lugar de entender el empleo de personas migrantes como un fin en sí mismo en el sentido de tratarse de un problema para dichas personas que requerirán protección ante dicho trato, la UE quiso entender esta instrumentalización como un medio para poner en riesgo su seguridad como si las personas desplazadas jugaran el papel de arma en un escenario de guerra híbrida. En ese clima de hostilidad hacia estas personas se enmarcan las propuestas normativas comunitarias del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo que ha recobrado fuerza en 2023 con el acuerdo alcanzado por el Consejo para reformar la legislación sobre asilo y migración.

Si bien no se ha llegado a un acuerdo sobre la propuesta de Reglamento sobre instrumentalización, la propuesta de revisión del Código de fronteras Schengen sigue en pie y es en este instrumento donde se define precisamente ese concepto. Así, conforme al artículo 2.27 del texto propuesto, se entiende por aquella toda situación en la que un tercer país favorezca la llegada de personas migrantes hacia las fronteras de la UE sin autorización para entrar en su territorio

cuando tales acciones sean indicativas de una intención de un tercer país de desestabilizar a la Unión o a un Estado miembro, y siempre que la naturaleza de tales acciones pueda poner en peligro funciones esenciales del Estado, incluida su integridad territorial, el mantenimiento del orden público o la salvaguardia de su seguridad nacional.

Conforme a la propuesta de Reglamento sobre instrumentalización que parece que finalmente no prosperó, esta situación, descrita mediante conceptos jurídicamente indeterminados y una vaguedad conceptual que deja un mayor margen para la arbitrariedad, permitía eximir a los Estados miembros de sus obligaciones establecidas en el ordenamiento comunitario en materia de asilo y migración hasta el punto de aceptar derogaciones de derechos que amenazarían, y aquí esta palabra sí tiene cabida, el ejercicio efectivo del derecho de asilo. Y es que bastaría la mera intención y no solo el resultado de «desestabilizar» y también la mera existencia de un «peligro», es decir una potencialidad, para «funciones esenciales» sin que en ningún caso se defina qué se entiende por todos esos conceptos y quién se encargaría de evaluar la concurrencia de dichos requisitos.

El posible adiós definitivo a la propuesta de Reglamento sobre instrumentalización no significó, sin embargo, una despedida del término y de sus consecuencias, ya que las derogaciones previstas en dicha proposición normativa

⁴³ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, COM(2021) 891 final, 14 de diciembre de 2021.

⁴⁴ Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Respuesta a la instrumentalización de migrantes auspiciada por el Estado en la frontera exterior de la Unión, JOIN (2021) 32 final, emitida el 23 de noviembre de 2021.

siguen en la mente de la UE y se han trasladado a otros instrumentos que han recabado el apoyo conjunto del Consejo y del Parlamento. La instrumentalización y su uso como excepcionalidad con graves consecuencias para los derechos humanos sigue viva y ha sido reforzada con la mayoría alcanzada por el Consejo para seguir adelante con el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo.

En efecto, la propuesta de Reglamento sobre situaciones de crisis y fuerza mayor en el contexto migratorio y de asilo presentada por la CE en septiembre de 2020 habilitaba a los Estados para derogar determinadas normas relacionadas con el derecho de asilo⁴⁵. En junio de 2023, la propuesta de la presidencia sueca del Consejo incluyó el término instrumentalización en su título y es incluso más restrictiva que la malograda propuesta específica sobre instrumentalización⁴⁶ al incorporar en la definición de este término a agentes no estatales como posibles inductores de dicha situación y no solo a terceros países como se proponía inicialmente. En esta nueva versión se mantiene la posibilidad de ampliar el plazo para registrar solicitudes de asilo hasta un máximo de cuatro semanas, saltándose la limitación general prevista por la actual Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional que exige un registro de un máximo de tres o seis días dependiendo de las circunstancias. Por otro lado, conforme al texto presentado por la presidencia sueca en junio de 2023, la decisión sobre la admisibilidad y sobre el fondo puede llevarse a cabo en la frontera exterior, en «la proximidad» de dicha frontera o en zonas de tránsito en el caso de una situación de instrumentalización de migrantes, todo lo cual conlleva a posibles detenciones de facto de solicitantes de asilo que, conforme se contempla en la propuesta está prevista de iure por un máximo de ocho semanas.

Este rechazo a la entrada de personas desplazadas debe leerse juntamente con la conocida como ficción de no entrada propuesta por otro de los instrumentos del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo: la propuesta de Reglamento sobre control (*screening*) de migrantes en las fronteras exteriores⁴⁷. Conforme a este texto, se crea una especie de limbo jurídico por el cual una persona que está físicamente dentro del territorio de un Estado miembro de la UE se entiende que, a efectos jurídicos, no se halla en él hasta que se le ha autorizado la entrada por parte de un agente de la autoridad en la frontera. Se trata de un intento de aplicar el régimen de las zonas de tránsito aeroportuarias a la frontera física exterior de la UE.

Las peculiaridades introducidas por la propuesta del Consejo no se acaban ahí. Se propone una duración máxima de veinte semanas del procedimiento de protección internacional en frontera, un mecanismo excepcional y menos garante que el previsto para el territorio y que con estas nuevas herramientas legales pretendidas por la UE podría convertirse en el más empleado. Conviene destacar aquí que la propuesta de Reglamento sobre la instrumentalización mantenía un plazo máximo de dieciséis semanas. La propuesta de la presidencia sueca, además, incluye una nueva disposición no encontrada en aquella y que se refiere a la posibilidad de omitir la entrevista personal con quien solicite protección internacional cuando la autoridad decisora tenga evidencias para conceder la protección subsidiaria, a pesar de que la persona haya solicitado el estatuto de persona refugiada. Por otro lado, se limitan las

⁴⁵ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a las situaciones de crisis y de fuerza mayor en el ámbito de la migración y el asilo, COM (2020) 613 final, 23 de septiembre de 2020.

⁴⁶ *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council addressing situations of crisis, instrumentalization and force majeure in the field of migration and asylum. Presidency compromise text, 14 June 2023, 10463/23.*

⁴⁷ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se introduce un control de nacionales de terceros países en las fronteras exteriores, COM (2020) 612 final, de 23 de septiembre de 2020.

condiciones materiales de acogida a las que tienen derecho las personas solicitantes de asilo para quienes presenten su petición en los puestos fronterizos durante una situación de instrumentalización. Por último, si bien la propuesta de Reglamento de instrumentalización proponía una extensión máxima de doce meses de dicha situación, la nueva propuesta del Consejo de junio de 2023 amplía el periodo de posibles derogaciones hasta los dieciocho meses.

La idea de instrumentalización o la visión del desplazamiento humano como amenaza está también presente en la propuesta de Reglamento sobre la gestión del asilo y la migración que parece gozar de buena salud con el acuerdo alcanzado en junio sobre el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. El documento de posición del Consejo para las negociaciones con el Parlamento Europeo de junio de 2023 mantiene el polémico elemento de responsabilidad flexible o adaptada prevista en la propuesta de Reglamento sobre instrumentalización, a pesar de no mencionarlo expresamente, al permitir la derogación de derechos previstos en el ordenamiento jurídico comunitario cuando se considere necesario para reaccionar ante un «reto migratorio específico»; aquí se va más allá de las situaciones de instrumentalización para ampliar el ámbito de aplicación de las derogaciones a un contexto definido mediante el concepto jurídico indeterminado de «reto migratorio específico». Por si fuera poco, el artículo en el que se introduce este supuesto menciona una «caja de herramientas permanente de apoyo a la migración en la UE». Si hasta ahora hemos mencionado situaciones de instrumentalización que a pesar de su dilatada extensión son concebidas como excepcionales, con este «caja de herramientas permanente» se amenaza con normalizar el empleo de las derogaciones y de la responsabilidad adaptada o flexible por parte de los Estados (Peerboom, 2023). A pesar de no explicitar las restricciones y limitaciones de derechos, las habilita indirectamente al mencionar, esta vez sí de forma expresa, las contempladas en los diversos instrumentos que se están negociando en virtud del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo como los vistos en este apartado.

Este nuevo acuerdo, a pesar de no haberse materializado aún en normativa comunitaria, ha introducido el concepto de instrumentalización y con él, la consagración jurídica del desplazamiento humano como amenaza para la UE y sus Estados miembros. Se habilitan procedimientos diferenciados para distintas categorizaciones de personas migrantes que permiten un trato diferente entre ellas por el contexto de su llegada. Si son «instrumentalizadas», pierden garantías esenciales. Vemos aquí otro enfoque de culpabilidad sobre estas personas. En este caso, la UE parece responsabilizarlas a pesar de ser tratadas como un medio por terceros Estados ya que la consecuencia de dicha instrumentalización es la pérdida de derechos humanos y la seria limitación de su derecho de asilo como si de un castigo se tratara.

El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo y sus instrumentos propuestos no contemplan de forma expresa las devoluciones sumarias como herramienta para hacer frente a la expulsión de personas migrantes, ya que, de otro modo, estarían contraviniendo el derecho internacional de los derechos humanos. No obstante, es destacable el hecho de que la tendencia a reducir las garantías y el acceso a derechos en la frontera que implantan las propuestas normativas facilita la práctica de rechazos en frontera contrarios a la normativa comunitaria e internacional.

Como decíamos, la expulsión o devolución sumaria y automática sin identificación de las personas afectadas en la frontera de Ceuta y Melilla y que se ha sistematizado también en la frontera exterior común de la UE constituye una vulneración de derechos humanos que, sin embargo, ha recibido el respaldo institucional. Los nuevos procedimientos fronterizos previstos, con menores

garantías, o la ficción de no entrada, entre otros elementos, muestran la voluntad política de retroceder en el ámbito de la protección de seres humanos y favorecen actuaciones al margen de la normativa por parte de los agentes fronterizos. Con un ordenamiento tendente a la restricción de derechos, las personas desplazadas, incluidas las refugiadas, solicitantes de asilo, las víctimas de trata, menores y cualesquiera otras en situación de vulnerabilidad, tendrán mayores dificultades para acceder al territorio donde buscan un lugar seguro donde salvaguardar su vida, su dignidad y su integridad física y psíquica. Se verán obligadas a continuar arriesgando todo ello para cruzar una frontera humanitaria, empleando las palabras de Walters, ante la falta de alternativas para entrar en los Estados miembros de la UE de forma segura y regular.

5. Conclusiones

Las migraciones son inherentes a la humanidad y las cifras del desplazamiento humano, incluido el forzado, describen hoy un fenómeno estructural que aumenta significativamente. Entre la opción de ofrecer protección y seguridad a las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas, o el refuerzo del racismo cultural e institucional mediante el rechazo sistemático de la alteridad materializada en la persona desplazada, la UE y sus Estados miembros están apostando por la segunda de estas alternativas. La inmigración se ha institucionalizado como un problema para la sociedad y el desplazamiento humano se está consagrando jurídicamente como una amenaza de tal gravedad que justificaría renunciar a la universalidad de los derechos humanos y a sus garantías.

La práctica sistemática de devoluciones sumarias en la frontera hispano-marroquí en Ceuta y Melilla es un ejemplo de vulneración de derechos humanos en la respuesta institucional a la inmigración. El Estado español ha llevado a cabo devoluciones automáticas de forma rutinaria y siempre ha defendido su conformidad con la legislación interna y la normativa internacional. No obstante, considero necesario crear un régimen especial para dichas ciudades autónomas en 2015 mediante la figura del rechazo en frontera. Si dicha práctica se adecuaba realmente al ordenamiento jurídico y a las obligaciones internacionales de España, ¿qué necesidad había de legalizarlas mediante la DA10 de la LOEX? En puridad, nunca se ajustaron a la normativa interna ni a los tratados, ni lo hacen ahora, ya que las devoluciones sumarias en ningún caso pueden siquiera cumplir con la literalidad de la DA10 que supuestamente les otorga cobertura legal porque una devolución sumaria no puede en ningún caso respetar «la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte» tal y como dictamina dicha disposición. Que exista una disposición legal en la que se indique un régimen especial para las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla no legitima unas actuaciones que son contrarias a los derechos humanos consagrados en diversos instrumentos internacionales vinculantes para el Estado español.

Los rechazos en frontera, como nombre que pretende dar cobertura legal a las devoluciones sumarias, son contrarios al derecho internacional de los derechos humanos por violar de forma directa el principio de no devolución consagrado en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura, la CDFUE, y el CEDH; así como el Protocolo de Palermo y el Convenio de Varsovia en materia de trata, y la Convención sobre los Derechos del Niño en caso de que las personas afectadas fueren menores. En todos los casos, la ausencia de un procedimiento de identificación impide detectar las necesidades de protección internacional de quien intenta entrar al territorio español, así como las de quienes sean víctimas de trata de seres humanos o sean menores no acompañados.

La sentencia de la Gran Sala del TEDH de febrero de 2020 avaló sorprendentemente la práctica de expulsiones colectivas prohibida por el CEDH llevada a cabo por España. Aunque el artículo 4 del Protocolo número 4 de dicho tratado no ofrece excepciones ni limitaciones, ya sean expresas o implícitas, a aquella prohibición, el TEDH creó una excepción sobre la base de su doctrina de la conducta culpable de las personas afectadas. Responsabilizando a las personas migrantes, exime al Estado español de su responsabilidad de aplicar y garantizar los derechos humanos en su frontera. Y declara que son culpables quienes teniendo posibilidad de solicitar asilo en representaciones diplomáticas de España o en las oficinas habilitadas a tal efecto en la frontera, optan por entrar de manera irregular a través de las vallas. La imposibilidad de solicitar asilo en embajadas y consulados, así como la de hacerlo en los puestos fronterizos, en especial para las personas de origen subsahariano convierten a todas las personas desplazadas en culpables y potenciales víctimas en un escenario, el de la frontera hispano-marroquí, de ausencia de derechos humanos y garantías.

A nuestro juicio, al contrario de lo que en algunos espacios se afirmó, la sentencia de noviembre de 2020 del TC no avaló la práctica de rechazos en frontera llevada a cabo por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en los pasos fronterizos de Ceuta y Melilla. El TC afirmó que la constitucionalidad de dicho acto administrativo dependía de ser realizado de forma individualizada, con pleno control judicial, y respetando las obligaciones internacionales contraídas por el Estado español. Una devolución sumaria e inmediata no puede nunca cumplir con los dos últimos requisitos. La ausencia de un procedimiento de identificación y de resolución impide la detección de necesidades de protección internacional, de personas víctimas de trata o de menores, imposibilita su «pleno» control judicial, e implica posibles violaciones sistemáticas del principio de *non-refoulement*.

En el ámbito comunitario, el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo supone un serio riesgo para el respeto y garantía de los derechos humanos en la frontera común exterior de la UE. Los diversos instrumentos que se están negociando habilitan a los Estados para implementar derogaciones de derechos humanos, incluido del derecho de asilo. La crisis diplomática con Bielorrusia abrió la puerta al uso del término instrumentalización para hacer referencia al empleo de personas migrantes como un medio para atacar a la UE. En lugar de centrar sus esfuerzos en la protección de las personas utilizadas, las considera un arma de guerra que puede desestabilizar funciones esenciales de la UE y que, por ello, justifica una menor responsabilidad comunitaria y de los Estados miembros con respecto a sus obligaciones de derechos humanos. La situación crítica con el Estado bielorruso le vino bien a la UE para implantar la idea del desplazamiento humano como amenaza. Aquel buscó usar la migración como un elemento de amenaza ante una UE que aceptó el juego propuesto por Lukashenko al considerarlas, en efecto, un riesgo para la seguridad comunitaria. Que no prosperara la propuesta de Reglamento sobre instrumentalización no acabó desgraciadamente con este término ni con sus consecuencias perniciosas para los derechos humanos en la frontera. Perdura en la estrategia de gestión fronteriza comunitaria y en otros instrumentos del Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo a pesar de que las personas migrantes no son un arma para atacar a la UE. El arma es el derecho y el objeto del ataque son esas personas.

Los derechos humanos son un fin en sí mismos y nunca un mero medio para lograr objetivos de forma que si no son útiles para expulsar a personas migrantes se obvian para emplear mecanismos más ágiles en el rechazo a la alteridad. Si el derecho y los derechos humanos son un impedimento en la política migratoria y de gestión fronteriza, dicha estrategia ante el desplazamiento humano será siempre

contraria a las nociones más mínimas de la dignidad humana y cruzará la estrecha línea que nos separa de la barbarie.

Bibliografía

- Aparicio, M. (2023). Las «devoluciones en caliente» y la fría razón de Estado. Un análisis de las implicaciones de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo en el contexto de la política de fronteras de la Unión Europea. *Oñati Socio-Legal Studies*, 13 (3), 936-953. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1387>
- Arce Jiménez, C. (2019). Frontera Sur: Una realidad política y jurídica 'construida' que genera violaciones de Derechos Humanos. *Revista de Fomento Social*, 74 (2), 145-176. <https://doi.org/10.32418/rfs.2019.294.1544>
- Asylum Information Database (2023). *Country Report: Spain. 2022 Update*. <https://rb.gy/00e1us>
- Carbó Xalabarder, C. y Sanz Vilar, E. (2016). Las devoluciones en caliente: ¿una respuesta deshumanizada? *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 34, 373-381. <http://hdl.handle.net/10486/681223>
- Carreta, S. (2020). The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain. A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders? *EUI Working Paper RSCAS 2020/21*. European University Institute. <https://hdl.handle.net/1814/66629>.
- Ceccorulli, M. (2018). Back to Schengen: the collective securitization of the EU free-border area. *West European politics*, 42 (2), 302-322. <https://doi.org/10.1080/01402382.2018.1510196>
- Concepción Sepúlveda, L. G., Rodrigo Alsina, M. y Medina Bravo, P. (2008). Niveles semánticos de las representaciones sociales de la inmigración subsahariana. Los sucesos de Ceuta y Melilla según ABC. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 14, 129-148. <http://hdl.handle.net/10230/33557>
- Cuadrón Ambite, S. (2021). Las devoluciones en caliente y el derecho a la defensa del extranjero en frontera: ¿Quebrantamiento de un derecho fundamental? *Revista Española de Derecho Internacional*, 73 (2), 381-387. <http://dx.doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.2b.03>
- De Gil Blanco Rajoy, J. J. (2020). Garantías procedimentales convertidas en papel mojado. Legalidad de los rechazos en frontera a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Icade: Revista de la Facultad de Derecho*, 110, 1-34. <https://doi.org/10.14422/icade.i110.v2020.008>
- De Lucas, J. (2020). El derecho contra los derechos. Un comentario a la sentencia N.D. y N.T. contra España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Teoría y Derecho*, 27, 84-96. <https://doi.org/10.36151/td.2020.005>
- Defensor del Pueblo (2016a). *Estudio sobre el asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida*. <https://tinyurl.com/35ws5nb9>.
- Defensor del Pueblo (2016b). *Informe anual 2015 y debates en las Cortes Generales. I. Informe*. <https://tinyurl.com/mrxne2ve>.
- Defensor del Pueblo (2022). *Informe anual 2021 y debates en las Cortes Generales. Volumen I. Informe*. <https://tinyurl.com/86uvs9ha>.
- Defensor del Pueblo (2023). *Informe anual 2022. Volumen I*. Madrid: Defensor del Pueblo. <https://tinyurl.com/3uzv6msy>.
- Espiniella Menéndez, Á. (2016). Crítica al régimen especial de rechazos en la frontera de Ceuta y Melilla. *Revista Española de Derecho Internacional*, 68 (2), 321-328. <https://doi.org/10.17103/redi.68.2.2016.2.03>
- Fernández Pérez, A. (2021). La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones 'en caliente' frente al Tribunal de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13 (2), 190-208. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6255>
- González García, J. V. (2016). Expulsiones «en caliente», devoluciones y petición de asilo en Ceuta y Melilla. *Revista de Administración Pública*, 196, 309-329.

- González García, I. (2017). Rechazo en las fronteras exteriores europeas con Marruecos: inmigración y derechos humanos en las vallas de Ceuta y Melilla, 2005-2017. *Revista General de Derecho Europeo*, 43, 17-57.
- Human Rights Watch (2023). *World Report 2023. Events of 2022*. <https://rb.gy/uh1izi>
- López Garrido, D. (1991). *El derecho de asilo*. Trotta.
- Luyten, K. (2022). *Addressing pushbacks at the EU's external borders*. Parlamento Europeo. <https://tinyurl.com/34kyjutr>.
- Martínez Escamilla, M., Sánchez Tomás, J. M., Segovia Bernabé, J. L., Díez Ripollés, J. L., García España, E., Gimbernat Ordeig, E., González García, J., Pérez Alonso, E., Pérez Manzano, M., Pérez Tremps, P., Pérez Vera, E., Revenga Sánchez, M., Rey Martínez, F., Ríos Martín, J. C., Saiz Arnaiz, A. y Villaverde Menéndez, I. (2014). «Expulsiones en caliente»: Cuando el Estado actúa al margen de la ley. <https://tinyurl.com/4jan83r2>.
- Martínez Escamilla, M., Sánchez Tomás, J. M., Segovia Bernabé, J. L., Díez Ripollés, J. L., García España, E., Gimbernat Ordeig, E., González García, J., Pérez Alonso, E., Pérez Manzano, M., Pérez Tremps, P., Revenga Sánchez, M., Rey Martínez, F., Ríos Martín, J. C. y Villaverde Menéndez, I. (2015). «Rechazos en frontera»: ¿Frontera sin derechos? Análisis de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/29379/>
- Martínez Escamilla, M. y Sánchez Tomás, J. M. (2015). *Devoluciones ilegales en la frontera sur. Análisis jurídico de las denominadas «devoluciones en caliente»*. <https://hdl.handle.net/20.500.14352/33771>
- Martínez Escamilla, M. y Sánchez Tomás, J. M. (2019). La vulneración de derechos en la frontera sur: de las devoluciones en caliente al rechazo en frontera. *Revista Crítica Penal y Poder*, 18, 28-39.
- Peerboom, F. (2023). Flexible Responsibility of the End of Asylum Law as We Know It? *Verfassungsblog on Matters Constitutional*. [10.17176/20230426-204658-0](https://doi.org/10.17176/20230426-204658-0)
- Sánchez Legido, Á. (2020). Las devoluciones en caliente españolas ante el Tribunal de Estrasburgo: ¿Apuntalando los muros de la Europa fortaleza? *Revista Española de Derecho Internacional*, 72 (2), 235-259. <https://doi.org/10.17103/redi.72.2.2020.1b.03>
- Solanes Corella, Á. (2016). Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 32, 145-184.
- Solanes Corella, Á. y Hernández Moreno, N. (2022). El controvertido procedimiento determinación de la edad: la necesidad de una reforma legal a partir de los dictámenes del Comité de Derechos del Niño. *Revista de Estudios Europeos*, 80, 273-290.
- Sosa Navarro, M. (2020). Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable. El asunto «N.D. y N.T. contra España» ante el TEDH. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 24 (67), 1039-1061. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.67.08>
- Vacas Fernández, F. (2021). Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional. Sombras, y algunas luces, en las sentencias de la Gran Sala del TEDH y del TCE de 2020 sobre expulsiones sumarias en frontera: ¿aval judicial a un derecho de excepción permanente en materia de protección internacional de personas? *Revista Española de Derecho Internacional*, 73 (2), 365-372. <https://doi.org/10.17103/redi.73.2.2021.2b.01>
- Walters, W. (2011). Foucault and Frontiers: Notes on the Birth of the Humanitarian Border. En Bröckling, U., Krasmann, S. y Lemke, T. (Ed.), *Governmentality. Current Issues and Future Challenges* (pp. 138-164). Routledge.

La reacción de la judicatura durante la crisis hipotecaria en España. Una crisis del Estado de Derecho *tout court**

The reaction of the judiciary during the mortgage crisis in Spain. A crisis of the Rule of Law *tout court*

Rodrigo Blanca Quesada
Universidad de Valencia
ORCID ID 0000-0002-8010-383X
rodrigobquesada@gmail.com

Cita recomendada:

Blanca Quesada, R. (2024). La reacción de judicatura durante la crisis hipotecaria en España. Una crisis del Estado de Derecho *tout court*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 95-120.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8503>

Recibido / received: 11/05/2023
Aceptado / accepted: 10/12/2023

Resumen

El presente trabajo analiza la actuación del Poder Judicial en relación a la protección de los deudores hipotecarios durante los años posteriores al crac financiero de 2008. Del mismo se desprende que la gestión de la crisis realizada por los Poderes Públicos, especialmente Tribunal Supremo y Gobierno, vulnerará no ya derechos sociales y económicos característicos del constitucionalismo social de posguerra, sino pilares esenciales sobre los que se asienta el Estado de Derecho, como son el imperio de la ley y la tutela judicial efectiva. Ante esta situación la judicatura también reaccionará en un intento de salvaguardar la independencia del Poder Judicial y la autonomía del propio derecho.

Palabras clave

Poder Judicial, crisis hipotecaria, imperio de la ley, tutela judicial efectiva, crisis del Estado de Derecho, razón normativa neoliberal.

* Quiero agradecer especialmente el apoyo para la elaboración de este trabajo a Ernesto Ganuza, del Instituto de Políticas y Bienes Públicos del CSIC, Octavio Salazar, Catedrático de Derecho Constitucional de la UCO, y Manuel Rodríguez Victoriano, del dpto. de Sociología y Antropología Social de la UV. Así como a todos los jueces y juezas, funcionarios de justicia y especialistas, que generosamente me atendieron, tanto para la realización del trabajo de campo como durante las entrevistas.

Abstract

This paper analyses the actions of the Judiciary concerning the protection of mortgage debtors during the years following the financial crash of 2008. It shows that the management of the financial crisis by the public authorities, especially the Supreme Court and the Government, will not only violate social and economic rights characteristic of post-war social constitutionalism, but also the essential pillars on which the Rule of Law is based, such as the empire of law and effective judicial protection. Faced with this situation, the judiciary will also react in an attempt to safeguard the independence of the judiciary and the autonomy of the law itself.

Keywords

Judiciary, mortgage crisis, empire of law, effective judicial protection, Rule of Law crisis, neoliberal normative reason.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La crisis financiera de 2008: un momento convulso. 2.1. Un mercado abusivo y un procedimiento sumario. 2.2. Indignación y reacción social. 2.3. La inacción de los gobiernos. 2.4. El malestar en la judicatura. 3. El caso de estudio: El Tribunal Supremo y las cláusulas suelo. 3.1. Contorno social: la importancia de las cláusulas suelo. 3.2. Contorno legal: Contratación en masa, abusividad y nulidad. 3.3. Desarrollo del litigio. 3.4. Reflexión preliminar. 4. El litigio en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 4.1. La actuación del gobierno: la Ley 1/2013 de protección de deudores hipotecarios y la norma europea. 4.2. El desarrollo del litigio en la sede europea. Reacción de la judicatura y del TJUE. 5. Reflexión final.

1. Introducción

El crac financiero de 2008, originado por el proceso de especulación inmobiliaria en diversos países y la concesión de hipotecas de alto riesgo –*hipotecas subprime*– tuvo en España una de sus expresiones más duras. Así, en la década posterior al mismo se iniciaron más de 700.000 ejecuciones hipotecarias¹, convirtiendo la problemática entorno a los desahucios y el derecho a la vivienda en un elemento de primer orden en la agenda política y mediática del país.

Este trabajo se centra en el análisis de la actuación de los Poderes Públicos, en especial del Poder Judicial, en relación a la protección de los deudores hipotecarios. Se tratará de demostrar que el litigio da lugar a violaciones y vulneraciones, no ya de aquellos derechos económicos y sociales característicos del constitucionalismo de posguerra (Ferrajoli, 2011). Si no de aquellos preceptos como el derecho a la tutela judicial efectiva, la igualdad ante la ley o la interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los Poderes Públicos, que constituyen el núcleo del Estado liberal de Derecho (Díaz García, 1966; Marshall, 2007).

Poco o nada se aportará aquí a la ingente literatura existente sobre la protección de los consumidores en el ámbito de la ejecución hipotecaria (Ruiz-Rico Ruiz y Lucchi López-Tapia, 2013; Arroyo Jiménez, 2014; Escartín Ipiéns *et al.*, 2014; Aguilar Calahorra, 2014; Medina Guerrero, 2015; Blázquez Peinado, 2016; Carmona Contreras, 2017). Más bien se pretende incidir, en que lo que acontece a partir de la

¹ Consejo General del Poder Judicial. *Efecto de la crisis en los órganos judiciales*. CGPJ, véase <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estudios-e-Informes/Efecto-de-la-Crisis-en-los-organos-judiciales/>

crisis de 2008, no es tanto un proceso de armonización normativa y judicial, a través de un diálogo entre las autoridades españolas y europeas, sino que lo que domina es lo que vamos a llamar una gestión neoliberal (Brown, 2015; Laval y Dardot, 2015) de la crisis. Esto es, una acción estatal donde lo económico primará sobre lo legal y las personas, hasta el punto de hacer incompatible la actuación de los Poderes Públicos españoles con el Estado de Derecho. En un escenario en el que, parafraseando a Navarro Sanchís, *el Derecho de la crisis se convertirá en la crisis del Derecho* (González Sanfiel, 2013).

En este contexto, la actuación del Poder Judicial se vuelve fundamental al menos en un doble sentido. Por un lado, al tratarse de una crisis de derechos reconocidos, se produce un trasvase de la legitimidad del conjunto del sistema político hacia la justicia (Llewellyn, 1940; De Sousa Santos, 2009). Así mismo, la reacción de la judicatura será considerada aquí sintomática de la puesta en riesgo de la independencia del Poder Judicial (García de Enterría y Menéndez, 1995; García Pascual, 1997) y de la autonomía del propio derecho como disciplina e instrumento de regulación social (Foucault, 1996; Bourdieu, 2000).

Para exponer lo anterior este trabajo consta de cuatro apartados. En el primero se esboza la situación de partida, se tratará de sintetizar los rasgos esenciales de carácter social y jurídico que nos permitan entender la particularidad del momento y la magnitud de esta crisis. Con especial énfasis en los hitos representativos del malestar de la judicatura con la falta de garantías y la desprotección a la que se verá abocada la población los años posteriores a 2008. Concluye este apartado con la reacción que suscitó entre la judicatura la conocida Sentencia Aziz del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en marzo de 2013, un año como veremos determinante o de inflexión en todo este proceso.

En el segundo apartado se analiza con relativa profundidad un caso específico. Se tomará como indicativa de esta crisis del Estado de Derecho la actuación del máximo órgano del Poder Judicial, el Tribunal Supremo, en relación a la inclusión de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo hipotecario. El mismo resulta significativo en la medida que dicho escenario jurídico (López Medina, 2006) se inicia en mayo de 2013, apenas dos meses después de la mencionada Sentencia Aziz; por lo especialmente controvertida y polémica que resultará la actuación del Supremo; así como por las potenciales consecuencias materiales de las cláusulas suelo para las personas incursas en procedimientos de ejecución hipotecaria fundadas en las mismas.

En el tercer apartado se pretende facilitar cierta visión longitudinal y de conjunto. Poniendo el foco en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se incluye en el análisis el proceder del Gobierno, así como una síntesis de la evolución del conflicto, de los principios y derechos fundamentales vulnerados durante la crisis, así como del papel jugado de nuevo por la judicatura en este proceso. Cierra el trabajo una reflexión final.

El presente estudio forma parte de una investigación más amplia (Blanca-Quesada 2023) para la que se ha procedido a la revisión de la legislación y la jurisprudencia de diversos tribunales, entre otros el Constitucional y Supremo Españoles, y el de Justicia de la Unión Europea, relativa a la protección de los deudores hipotecarios en la década posterior a la crisis financiera de 2008. Así mismo, para obtener una idea más aproximada de la práctica judicial, se ha consultado en sede judicial una treintena de expedientes de ejecución hipotecaria de familias en situación de vulnerabilidad. Finalmente, se han realizado treinta y tres entrevistas en profundidad a operadores jurídicos especializados en el hipotecario, entre otros del

ámbito de la abogacía, letrados de la administración de justicia y jueces. El trabajo de campo y las entrevistas se realizaron en dos momentos diferentes, 2017 y 2020, en tres partidos judiciales distintos.

2. La crisis financiera de 2008: un momento convulso

2.1. Un mercado abusivo y un procedimiento sumario

Un elemento central del conflicto jurídico que vamos a tratar tiene que ver con el carácter sumario del procedimiento de ejecución hipotecaria. Regulado por la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (LEC), no permitía a los jueces de la jurisdicción civil abordar la posible abusividad de los contratos de préstamo (artículo 695 LEC), litigio que tenía que resolverse en el mercantil. Si bien, la demanda en el juzgado de lo mercantil no habilitaba la suspensión de la ejecución hipotecaria (artículo 698 LEC).

En este contexto los jueces se verán en la tesitura de que, la aplicación de la LEC podía dar lugar a la pérdida de vivienda habitual más un notable endeudamiento, dejando a las familias en una grave situación de vulnerabilidad y exclusión, como consecuencia de un procedimiento en el que no habían tenido la oportunidad de defenderse. Máxime cuando cada vez será más evidente que el mercado hipotecario se había movido a través de la contratación en masa, es decir, a través de contratos tipo de adhesión, sin capacidad de negociación real por parte de las personas, siendo las prácticas abusivas abundantes (Agüero-Ortiz, 2016).

No debe olvidarse, sin embargo, que el Tribunal Constitucional en su Auto 113/2011 del 11 de julio de 2011, ratificó la ausencia de contradicción entre el carácter sumario del procedimiento de ejecución hipotecaria y derechos constitucionales como el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la vivienda o la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Por lo que el mensaje a la judicatura del órgano encargado de velar por la realización efectiva de la Norma Fundamental había sido claro: la aplicación literal de la LEC era correcta y acorde a la Constitución, no produciéndose indefensión.

2.2. Indignación y reacción social

En segundo lugar, esta desprotección creará mucho malestar y tensión social. La situación se percibe como muy injusta en la medida que buena parte de la población se ha visto abocada a sobreendeudarse para poder cubrir una necesidad básica como la vivienda (Sánchez Martínez, 2002; García-Montalvo, 2008; Naredo Pérez y Montiel Márquez, 2011), a través de un mercado crediticio donde abundará la imposición y el abuso. Adicionalmente, se identifica que la burbuja inmobiliaria y posterior crac financiero ha tenido entre uno de sus grandes beneficiados y protagonistas a la banca (Piketty, 2013), pero mientras las entidades serán rescatadas, amplias capas de la población quedarán desprotegidas, tal y como lo denunció entonces el Defensor del Pueblo Español (2013, p. 7).

La indignación ante la situación de las familias y personas desahuciadas será canalizada especialmente por la Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH). Durante los años posteriores a la crisis, la oposición vía desobediencia civil a la ejecución de los desahucios se convertirá en noticia recurrente en los diarios de todo el país, habiendo casos en los que cerrajeros, bomberos u oficiales de policía se negarán a participar en los mismos².

² Bomberos de media España se niegan a participar en los desahucios. *La Vanguardia*. <https://www.lavanguardia.com/vida/20130225/54365726805/bomberos-niegan-participar-desahucios>

La PAH contará con un considerable respaldo social y político. Reconocida por el Parlamento Europeo en 2013 con el Premio Ciudadano Europeo, tres años antes, en marzo de 2010, había promovido una Iniciativa Legislativa Popular (ILP) que contemplaba la dación en pago, la suspensión del desahucio y el alquiler social para deudores en situación de vulnerabilidad. La iniciativa aglutinará 1'4 millones de firmas en meses, siendo la segunda ILP con mayor respaldo de la historia de la democracia española. Sin embargo, la Mesa del Congreso retrasará su tramitación hasta después de las elecciones de noviembre de 2011, aprobándose finalmente en febrero de 2013, sin oposición, con 334 votos a favor, una abstención y ninguno en contra.

2.3. La inacción de los gobiernos

Esa aparente buena disposición de los grupos parlamentarios para aprobar la ILP contrasta con la inacción de los distintos gobiernos. Desde el comienzo de la crisis en 2008 se habían aprobado tres leyes en relación a los deudores hipotecarios. El Real Decreto Ley (RDL) 8/2011, de 1 de julio, elevó el nivel de inembargabilidad para deudores que hubieran perdido su vivienda habitual hasta el 150% del SMI, y aumentó del 50% al 60% del valor de tasación el límite mínimo para la adjudicación del inmueble en la subasta. El RDL 6/2012, de 9 de marzo, que establecía un Código de Buenas Prácticas para las entidades de crédito de carácter voluntario, el cual regulaba esencialmente la posibilidad de acogerse a una carencia de 5 años para hogares en circunstancias económicas que podemos definir como extremas. Y el RDL 27/2012, del 15 de noviembre, que suspendía los lanzamientos durante dos años para las familias en situación de especial vulnerabilidad.

El carácter exiguo, voluntario, o los restrictivos requisitos para poder acogerse a las medidas, harán que la reacción legislativa sea a todas luces insuficiente para responder a la gravedad e intensidad social del problema. A modo de ejemplo, respecto a la aplicación del Código de Buenas Prácticas, durante los dos primeros años de su vigencia las entidades de crédito sólo aceptaron 3.997 solicitudes³. Por otro lado, respecto a la suspensión del lanzamiento no existen datos anuales disponibles, si bien, el gobierno cifraba en 29.000 el total de familias que habían podido acogerse a la previsión en los siguientes ocho años de su aprobación⁴.

2.4. El malestar en la judicatura

Esto nos lleva al cuarto y último elemento, el más importante para el tema que nos ocupa. Y es que, ante la inacción del gobierno, los jueces se convierten en los receptores naturales del problema, lo que provocará un considerable malestar en parte importante de la judicatura. Tal y como afirmaba uno de los jueces entrevistados:

No nos tire usted a los pies de los caballos, que es lo que muchas veces pasa. [...] Haga usted la norma, la ley, en contra de los bancos ¿vale? Pero asuma usted, y con los bancos, los costes que eso puede tener o no puede tener ¿vale? Pero no por quedar usted más o menos bien con los bancos de lugar a situaciones como en las que estamos, que son además unas situaciones de una inseguridad jurídica absoluta,

³ Ministerio de Economía. Comisión de Control del Código de Buenas Prácticas, *Informes I, II y III*. Ministerio de Economía. https://portal.mineco.gob.es/es-es/economia-y-empresa/destacados/Paginas/Codigo_de_buenas_practicas.aspx

⁴ El gobierno fija una moratoria de cuatro años para los desahucios hipotecarios. *RTVE Noticias*. <https://www.rtve.es/noticias/20200310/gobierno-fija-moratoria-cuatro-anos-desahucios-hipotecarios/2008141.shtml>

inseguridad jurídica absoluta (B9).

Voces similares se alzaron durante todo el periodo. Así, a finales de 2012 durante la celebración de sus respectivas Jornadas Estatales, tanto los Presidentes de las Audiencias Provinciales reunidos en Toledo, como los Jueces Decanos reunidos en Barcelona, hacían pública su intención de incluir en las conclusiones de dichos encuentros la necesidad de reformar la ley hipotecaria y regular la dación en pago⁵.

La judicatura mostraba así un importante grado de consenso y su preocupación por «la problemática social de los desahucios». Informaban que sus demandas y propuestas serían trasladadas al Ministerio de Justicia, al Congreso y al Senado, declarando unirse así a la «canalización del clamor social». Si bien insistían en que debía «ser el gobierno quién habilite los medios».

Al mismo tiempo, en octubre de 2012, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) comunicaba su desvinculación de un informe sobre el hipotecario que el mismo Consejo había encargado a un grupo de jueces⁶. Dejando entrever la tensión entre parte de la judicatura y la cúpula judicial.

En dicho informe se apunta a la mala praxis bancaria, a su parte de responsabilidad en la burbuja inmobiliaria y la situación de sobreendeudamiento generada, mostrando su preocupación en la medida que desde el estallido de la crisis se elevaban ya a casi 350.000 las ejecuciones hipotecarias:

[encerrando] un auténtico drama que lleva casi inexorablemente a la exclusión social de familias que, impotentes tras haber quedado en el paro o sufrir una drástica reducción de sus ingresos, se ven incapaces de satisfacer las cuotas de unos préstamos que concertaron en época de bonanza económica (por tanto, no con fines especulativos o por pura pretensión suntuaria), simplemente para adquirir una vivienda digna que tras el estallido de la crisis no pueden pagar.

[Las entidades] han actuado con cierta ligereza en la concesión de créditos hipotecarios. A pesar de ello disponen de [...] un procedimiento privilegiado para el cobro de créditos hipotecarios [...] extremadamente agresivo frente al deudor que dota a la escritura de préstamo hipotecario de mayor eficacia incluso que una sentencia⁷.

Finalmente, una de las expresiones más descarnadas de esta desazón de la magistratura saldrá de boca del Presidente del Tribunal Supremo del País Vasco, Juan Luís Ibarra, que tras la sentencia Aziz del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de marzo de 2013 afirmó, «[h]oy sí podemos decir que los jueces no somos cobradores del frac»⁸.

⁵ Presidentes de Audiencias abogan por desarrollar la dación en pago para una mayor operatividad. 20 Minutos: <https://www.20minutos.es/noticia/1627006/0/>; El Vicepresidente del CGPJ insta a reformar la ley hipotecaria ante el aumento de los desahucios. Europa Press: <https://www.europapress.es/economia/finanzas-00340/noticia-economia-finanzas-vicepresidente-cgpi-insta-reformar-ley-hipotecaria-aumento-desahucios-20121105155337.html>

⁶ El CGPJ se desvincula del informe de seis jueces que propone una reforma radical del sistema de desahucios. Diario de Sevilla. https://www.diariodesevilla.es/sociedad/CGPJ-propone-reformar-sistema-desahucios_0_637136543.html

⁷ Anexo: Propuestas en materia de sobreendeudamiento familiar y medidas de protección del deudor frente a las consecuencias de la ejecución hipotecaria, pp. 2-3, véase: <https://ep00.epimg.net/descargables/2012/10/27/bf5a8c9c781fa7dfca6c600e8e3a86be.pdf>

⁸ El presidente del TSJPV: “Hoy los jueces sí podemos decir que no somos cobradores del frac”. Europa Press. <https://www.europapress.es/nacional/noticia-av-presidente-tsjpgv-hoy-jueces-si-podemos-decir-no-somos-cobradores-frac-20130314140020.html>

Dicha sentencia declaraba contrarios a la normativa europea los artículos de la LEC que impedían la posibilidad de oponerse a la ejecución hipotecaria por existencia de cláusulas abusivas y la suspensión del procedimiento. Ibarra continuaba, «Juzgar no es cobrar sino resolver cuestiones controvertidas y la actual regulación de los procedimientos hipotecarios no permitían al juez desarrollar esta labor».

Seis meses antes, y ante la inminencia de dicha sentencia, algunos jueces como los de Bilbao ya habían empezado a evitar la ejecución de los lanzamientos de viviendas habituales en curso⁹. Inmediatamente después del fallo del TJUE los jueces de Barcelona, Valencia, Vitoria, Málaga, Mallorca o Zaragoza, empezarán a reunirse para evitar la «confusión» y el «desconcierto» paralizando los procedimientos a la espera de la modificación normativa. En boca de Jaime Anta, titular del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santander:

Nos estamos organizando hasta que llegue una norma respetuosa con la legislación europea. Buscamos soluciones provisionales. El legislador español no ha hecho los deberes y nos ha llevado a una situación extraña¹⁰.

Pero como veremos en este trabajo no será sólo el legislador español quien «no hará los deberes», sino que otros importantes poderes del Estado, desde el Fiscal General al Tribunal Supremo, contribuirán igualmente a dejar sin aplicación buena parte de la normativa vigente, erosionando el Estado de Derecho y teniendo como fatal consecuencia el dejar desprotegida a parte importante de la población económicamente más vulnerable.

3. El caso del estudio: el Tribunal Supremo y las cláusulas suelo

En este apartado se abordará el desarrollo del litigio en relación a las cláusulas suelo en el seno del Tribunal Supremo a través del estudio de tres sentencias. Si bien se aclaran previamente aspectos básicos del contorno social y legal del conflicto que nos ayuden a dimensionar su importancia y la lógica de su desarrollo.

3.1. Contorno social: la importancia de las cláusulas suelo

Las cláusulas suelo actúan limitando la bajada del tipo interés aplicado en los préstamos a interés variable. Hay que tener en cuenta que el índice de referencia de la mayoría de los contratos hipotecarios, el EURIBOR, experimentará una fuerte caída inmediatamente después del crac financiero, pasando del 5,4% en 2008, al 1,2% en 2009, estabilizándose por debajo del 1% a mediados de 2012, hasta caer a valores negativos en 2015. Mientras que el suelo medio en los contratos de préstamo hipotecario estaba situado en un 3,3% afectando aproximadamente al 30% de la cartera de préstamos, casi dos millones de contratos (Banco de España, 2010, pp.16, 18-20).

Por hacernos una idea de lo que esto puede significar para una economía familiar, tomando como ejemplo uno de los casos que trataremos, el D. Hermenegildo contra el BBVA, en la demanda presentada al inicio de 2012 se estimaba en 5.485€ la cantidad que el banco le había cobrado de más como efecto de la cláusula suelo. Si bien en este caso se trata de un préstamo del doble de la hipoteca media.

⁹ Los jueces toman medidas para frenar los desahucios. *El Periódico*. <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20121121/jueces-toman-medidas-frenar-desahucios-2255440>

¹⁰ Los jueces se coordinan ante el desahucio. *El País*. https://elpais.com/politica/2013/04/13/actualidad/1365874404_237148.html

La no aplicación de la reducción de la cuota a los contratos con cláusulas suelo generará un amplio malestar, en la medida que la crisis financiera, y la consecuente contracción económica, provocará importantes dificultades a amplias capas de la población para cubrir sus necesidades esenciales y cumplir con sus obligaciones de pago: hipoteca, comida o suministros.

Dicho agravio alcanzaría su cenit en aquellos casos en las que el impago no se habría producido sin la aplicación de la cláusula suelo –en el supuesto de que la reducción de la cuota la habría hecho asumible para la economía familiar–, o en los que el acumulado de lo cobrado de más por la entidad de crédito es superior al descubierto del préstamo.

Es decir, que el banco estaría activando un procedimiento de las más graves consecuencias; provocando la pérdida irreversible del hogar más la reclamación de una cantidad inasumible –la totalidad de la deuda pendiente incrementada aproximadamente en un 30% en concepto de intereses y costas¹¹–, en base a un incumplimiento del contrato que no tendría lugar sin la aplicación de la cláusula abusiva contenida en el mismo.

3.2. Contorno legal: Contratación en masa, abusividad y nulidad

El litigio girará en torno a las condiciones de legalidad de la contratación en masa. Es decir, se trata de un modo de contratación en el que el margen de negociación de los particulares es muy estrecho o nulo, al estar basado en contratos tipo de adhesión y que se desarrolla en términos de lo tomas o lo dejas (Banco de España, 2010, p.19). En este sentido cabe recordar que negociar es poder influir en la propia redacción del contrato, escoger entre una pluralidad de ofertas del mismo o de diferentes empresarios no es negociar¹².

El hecho de que sean cláusulas impuestas, no negociables, no determina que estas sean abusivas. Es decir, pueden ser redactadas unilateralmente por el empresario, pero si la redacción es clara, el profesional facilita información suficiente sobre cómo actúan, y son razonablemente equilibradas en cuanto a los intereses de ambas partes, dichas cláusulas son legales¹³.

Sin embargo, no será esto lo que sucederá en un ámbito tan delicado (por la importancia del objeto, para muchas personas el acceso a la vivienda habitual, como por la cuantía y duración del contrato) como el hipotecario. Así, Carles Bullaguera, experto en la materia, ha recopilado hasta 92 cláusulas abusivas incluidas en los contratos de préstamos hipotecario enjuiciados por los tribunales¹⁴. Razón por la cual la legislación relativa a las Condiciones Generales de la Contratación y la protección de los consumidores serán centrales, girando buena parte del litigio en torno a la abusividad de las cláusulas, la nulidad de las mismas y las consecuencias de dicha nulidad.

Cabe señalar que más allá del derecho relativo a la protección de los

¹¹ La media de las reclamaciones de cantidad de los 31 expediente de procesos de ejecución hipotecaria consultados asciende a 130.703 € en concepto de principal, y 37.148 en intereses.

¹² STS 241/2013, de 9 de mayo, FJ.8.

¹³ Arts. 80.1 y 82.1 del RDL 1/2007, de 16 de noviembre, Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹⁴ Se puede consultar el listado en <https://www.notariosyregistradores.com/web/category/secciones/consumo-y-derecho/clausulas-de-hipoteca/>

consumidores, el derecho civil parte de que la nulidad de un contrato, o una cláusula contenida en el mismo, exige restaurar a las partes como si ese contrato o cláusula nunca hubiese existido.

Esta es la regla clásica *quod nullum est nullum effectum producit*, lo que es nulo no produce ningún efecto. Recogida en el artículo 1303 del Código Civil, que establece que declarada la nulidad «los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses». Principio igualmente recogido por la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998 y la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007, que prescriben la regla bajo la fórmula, «no vincularán al consumidor las cláusulas abusivas y se tendrán por no puestas»¹⁵.

En términos similares lo recoge la Directiva Europea de 1993 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en adelante, la Directiva). La cual establece que «no vincularán al consumidor las cláusulas consideradas abusivas»¹⁶.

3.3. Desarrollo del litigio

Este primer escenario puede sintetizarse en tres Sentencias:

- a) La 241/2013, de 9 de mayo, en la que el Tribunal declarará las cláusulas suelo nulas, pero limitará los efectos de la nulidad.
- b) La 139/2015, del 25 de marzo, que fija doctrina en cuanto a dicha limitación.
- c) Y la 123/2017, del 24 de febrero, en la que se producirá un giro doctrinal forzado por una nueva sentencia del TJUE del 21 de diciembre de 2016.

a) La 241/2013, del 9 de mayo. La buena fe y la seguridad jurídica como fundamento para decretar la no retroactividad de la nulidad

Apenas dos meses después de la sentencia Aziz llega la Sentencia 241/2013 de 9 de mayo del Tribunal Supremo, la cual resuelve sobre una acción colectiva de cesación. Es decir, es una asociación (AUSBANC), la que en su potestad de velar por el interés general de los consumidores, litiga para que se declaren nulas por abusivas las cláusulas suelo utilizadas por cuatro entidades (el BBVA y tres cajas de ahorro), solicitando un acto de cesación. Esto es, que dejen de aplicarse en los contratos vigentes y se abstengan de usarlas en lo futuro.

El TS estimará que las cláusulas suelo son nulas por dos motivos:

- Por falta de transparencia: al no facilitar las entidades información suficiente sobre la importancia y efectos de las mismas en el desarrollo del contrato, incluyendo simulación de escenarios o información clara sobre el coste comparativo; estar insertas entre una «abrumadora cantidad de datos entre las que quedan enmascaradas»; o introducir el techo «como aparente contraprestación»¹⁷.
- Por abusivas: al tratarse de cláusulas impuestas que generan un desequilibrio importante, ya que actúan únicamente en beneficio de las

¹⁵ Art.9.2. de la Ley 7/1998, del 13 de abril y art.83.1. del RDL 1/2007, de 16 de noviembre.

¹⁶ Art.6 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril.

¹⁷ FJ.13, párr. 225.

entidades de crédito convirtiendo un préstamo a interés variable en «fijo variable exclusivamente al alza»¹⁸.

Ahora bien, el Supremo limitará los efectos de la nulidad declarando «la irretroactividad» de la sentencia. Es decir, que las entidades de crédito sólo devolverán el dinero que se haya cobrado de más a partir del 9 de mayo de 2013.

La idea de la irretroactividad es introducida por el Ministerio Fiscal, quien considera que de no actuar así supondría «reintegrar ingentes cantidades ya cobradas» estimando la medida como «drástica en exceso»¹⁹.

Para fundamentar su decisión el TS argumentará que, en concordancia con el principio de seguridad jurídica, el TJUE posibilita limitar los efectos de las disposiciones si concurren dos criterios: que las partes hayan actuado de buena fe y que exista el riesgo de trastornos económicos graves²⁰.

El TS reconocerá la buena fe a las entidades de crédito basándose en que cumplieron con las exigencias de información reglamentarias de la Orden Ministerial de 5 mayo de 1994: facilitar un folleto informativo, que la oferta sea vinculante, poder examinar la escritura del préstamo tres días antes, y la obligación del notario de informar de las condiciones en el momento de la firma²¹.

En este sentido algunos de los elementos desatacados por el Supremo como criterios de transparencia, la simulación de escenarios o la información sobre costes comparativos, serían elementos novedosos. De ahí la apelación a la seguridad jurídica, esto es, estimar que las entidades de crédito actuaron de buena fe, acorde a la legislación vigente, no pudiendo prever las consecuencias jurídicas de sus actos.

El riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico se considera notorio²² y como tal la sentencia no va más allá de su enunciación.

Si bien la sentencia se publicará sin votos disidentes –presumiblemente por la incertidumbre de la situación económica del momento y las particulares circunstancias del caso en tanto que acción colectiva de cesación– el grado de desacuerdo entre los operadores jurídicos será considerable (Hernández Guarch, 2013; Carrasco Perera y González Carrasco, 2013; Llamas Pombo, 2013; Achón Bruñén, 2014; Marqués Mosquera, 2014).

b) La STS 139/2015, del 25 de marzo, fija doctrina del 9 de mayo para casos individuales

Pasamos así al segundo hito de este escenario. A principios de 2013, Tamara y Jon, titulares de dos hipotecas firmadas con el BBVA, presentaban una demanda conjunta en el Juzgado de lo Mercantil N°1 de Vitoria-Gasteiz en la que reclamaban la nulidad del suelo y la devolución de las cantidades cobradas en virtud de la aplicación de la referida cláusula.

El Mercantil resolverá el 2 de julio de 2013 –dos meses después de la STS 241/2013– condenando a la entidad a devolver todo el dinero cobrado de más desde

¹⁸ FJ.15, párr. 264.

¹⁹ FJ.17, párr. 277.

²⁰ FJ.17, párr. 292.

²¹ FJ.17, párr. 293.

²² *Ibid.*

la constitución de las hipotecas en 2009. La misma recurrirá a la Audiencia Provincial (AP) quién desestimará el recurso en noviembre de 2013 confirmando la decisión de la Primera Instancia.

La AP argumenta que, en la STS 241/2013, se trataba de una demanda colectiva, en la que no se solicitaba devolución de cantidades y en la que se ejercía una acción de cesación. Mientras que este es un caso de demanda individual, en la que se solicita la devolución de las cantidades y se ejerce una acción de nulidad. El banco recurrirá apelando a la vulneración de la doctrina del Supremo y del principio de seguridad jurídica.

El TS en su sentencia no ocultará su malestar con la actuación de las jurisdicciones inferiores. Así, respecto a la Primera Instancia, le advierte que a pesar de tener conocimiento de la STS 241/2013, condenó al BBVA a la devolución de todo el dinero «sin motivar su decisión»²³. No siendo esta una advertencia baladí ya que la ausencia de motivación es una falta considerada muy grave pudiendo ser motivo de suspensión del juez. Respecto a la actuación de la AP, estima que su fallo contiene «argumentos más acordes con un recurso de revisión de la sentencia del Pleno de la Sala [...] que de aplicación de su doctrina»²⁴.

El TS se reitera en sus argumentos, a lo que añadirá que no resulta trascendente si la demanda es individual o colectiva, ya que el conflicto jurídico es el mismo²⁵. Así como que el riesgo de afectación del orden público económico no nace de la suma a devolver de un singular procedimiento, sino por «la suma de los miles de procedimientos tramitados y en tramitación»²⁶.

Finalmente, aclara el Tribunal que «la información que se suministraba no cubría en su integridad la que fue exigida y fijada posteriormente»²⁷, en referencia a la simulación de escenarios y la comparación de costes. Fijando por tanto como doctrina en su fallo que, declarada la nulidad, se procederá a la restitución de las cantidades pagadas en aplicación de dicha cláusula a partir del 9 de mayo de 2013.

Si bien las críticas a la actuación del Supremo continuarán (Achón Bruñén, 2015; Fernández Cornago, 2015) nos centraremos en este caso en el voto particular del magistrado Javier Orduña, quién tras ejercer un trabajo tenaz y constante de defensa de los derechos de los consumidores acabará dimitiendo de su cargo en el Supremo tras una recurrente disconformidad con los fallos del Alto Tribunal²⁸. Se adhiere al voto particular el magistrado Xavier Ríos, en lo esencial:

- Consideran que «el verdadero motivo de la limitación» no fue otro que el riesgo de trastornos graves en las entidades, riesgo que habría desaparecido debido al saneamiento financiero efectuado²⁹.
- Denuncian que se da una «indebida asimilación de planos», ya que la limitación de la retroactividad viene referida a la aplicación de una nueva ley, no a la declaración de abusividad de una cláusula y la nulidad contractual³⁰.
- Defienden que, en la medida que se trata de una contratación en masa, el

²³ FJ.1, párr.2.

²⁴ FJ.7.

²⁵ FJ.7.

²⁶ FJ.9.4.

²⁷ FJ.9.5.

²⁸ La renuncia del Magistrado Orduña. *Alternativas Económicas*. <https://alternativaseconomicas.coop/articulo/editorial/la-renuncia-del-magistrado-orduna>

²⁹ Voto particular, FJ.2.

³⁰ *Ibid.*, FJ.4.

control de abusividad actúa como un «propio control de legalidad»³¹.

- Así, estiman que se produce «la “cuadratura del círculo” al dictar una sentencia creadora de una auténtica norma general, con carácter retroactivo y sin cobertura legal para ello»³².
- Siendo además una actuación contraria a la normativa estatal y europea³³.

El voto particular de Orduña y Ríos apunta a que el Tribunal estaría incurriendo en una suerte de activismo judicial (Lambert, 2010; Waldron, 2018) una denuncia que podría decirse será corroborada por el TJUE en su sentencia del 21 de diciembre de 2016.

Así el TJUE afirmará que con su decisión el TS está afectando al contenido esencial del derecho a no estar vinculado por una cláusula considerada abusiva. Que dicha sentencia «equivale a privar con carácter general» a todo consumidor que haya celebrado un contrato de préstamo hipotecario antes del 9 de mayo de 2013 del derecho de restitución íntegra, y por lo tanto invalida la eficacia de la Directiva de 1993 hasta mayo de 2013. En consecuencia «tal limitación no resulta compatible con el Derecho de la Unión»³⁴.

c) STS 123/2017, del 24 de febrero. Vuelta al origen: *quod nullum est nullum effectum producit*

Finalmente cierra este escenario el mencionado caso de Hermenegildo, quien solicita la nulidad de la cláusula suelo y la devolución de lo cobrado en base a la misma. Será ahora la AP de Barcelona quien, apenas seis meses después de la STS del 9 de mayo, no seguirá en su resolución el criterio del Alto Tribunal.

En sentencia de diciembre de 2013 la AP decretará la nulidad y la devolución del total de cantidades cobradas indebidamente. Argumentará la no aplicación de la irretroactividad por: a) tratarse de una demanda individual, no un caso colectivo; b) al ser individual no hay riesgo de trastornos económicos graves; y c) resulta de aplicación lo previsto en el artículo 1303 del Código Civil³⁵.

La entidad de crédito recurrirá apelando de nuevo a la seguridad jurídica, la buena fe y el orden público económico. Pero como se ha señalado la nueva sentencia del TJUE obligará a un cambio de criterio por parte del TS.

El Supremo recoge en su sentencia que la STJUE de 21 de diciembre de 2016 deja claro que cualquier limitación temporal de los efectos restitutorios tras la declaración de abusividad de la cláusula suelo infringe la Directiva, no permitiendo dicha cuestión *matiz alguno*. Así como que el argumento de la buena fe de las entidades de crédito en base a la cual el TS resolvió en su Sentencia 241/2013, no ha sido *expresamente acogida* por el TJUE³⁶.

3.4. Reflexión preliminar

Antes de pasar al siguiente apartado, se comparten aquí tres breves reflexiones que apuntan a los elementos que vertebran este trabajo. Esto es: aspectos controvertidos

³¹ *Ibid.*, FJ.5.

³² *Ibid.*, FJ.6.

³³ *Ibid.*, FJ.7.

³⁴ Sentencia del TJUE, de 21 diciembre de 2016, Caja Sur, BBVA, y Popular, asuntos acumulados C154, C307 y C308/15, párrs.71-74.

³⁵ FJ.1.8.

³⁶ FJ.4.3.

de la fundamentación y argumentación jurídicas (Atienza Rodríguez, 2013) sobre las que el Supremo sustenta su decisión; el consecuente malestar y la reacción de la judicatura; y el predominio de la gestión económica de la crisis en la actuación estatal.

a) Prácticas bancarias abusivas que acaban enmarcándose en el actuar de buena fe

En la Sentencia de 9 de mayo el Supremo describe la actuación de las entidades de crédito como una práctica contractual abusiva, y en cualquier caso muy alejada de lo que podría considerarse el proceder de buena fe en una negociación (Salvador-Coderch y García-Micó, 2020).

Así, el Tribunal reconoce al cliente hipotecario como: un «cliente cautivo» y el carácter impuesto de las cláusulas suelo³⁷, las cuales se introducen en el contrato «enmascaradas entre una abrumadora cantidad de información», insertando el techo como «aparente contraprestación», actuando exclusivamente en detrimento del consumidor, llevando a engaño al modificar el objeto principal del contrato, al convertir, un préstamo de tipo variable, en «fijo variable exclusivamente al alza».

Las cláusulas suelo, según el propio Tribunal, son nulas, no sólo por falta de transparencia material (Martínez Escribano, 2014; Espín Gutiérrez, 2016), sino por su carácter impuesto y generar un desequilibrio importante. Sin embargo, estos elementos serán dejados de lado a la hora de concluir que la banca actuó de buena fe, en la medida que se ajustaron a los requisitos de la Orden Ministerial de 1994. Y pretendiendo, como se dirá claramente después en la STS 139/2015, que las entidades no sabían, o no tenían los elementos suficientes, para prever las consecuencias jurídicas de sus actos.

Cabe señalar también que con este movimiento el TS realiza una no tan infrecuente inversión de la pirámide normativa (Graeber, 2020). Así, del análisis del Supremo se desprende, que ha habido una vulneración de la Directiva Europea de 1993, de la Ley de Condiciones Generales de Contratación de 1998, y de la Ley General de Consumidores y Usuarios de 2007. Pero prevalece, a la hora de juzgar la licitud de los hechos, el cumplimiento de una Orden Ministerial que además, en un quiebro argumental, nada dice sobre el equilibrio de las cláusulas en la contratación en masa.

b) La erosión de la independencia judicial

En segundo lugar, el Supremo con su actuación contribuye a la erosión de la legitimidad e independencia del Poder Judicial. En la medida que se embarca en la sisífeaa tarea, de articular y sostener, una decisión que justifica en base a una concepción de la seguridad jurídica que opera en contra de la legalidad. Si se quiere, no ya por el incumplimiento de la ley de protección de los consumidores y la normativa europea (Cañizares Laso, 2016; Callejo Carrión, 2017; Martínez Escribano, 2017; Platero Alcón y González González, 2017) sino por lo que será más difícil de aceptar para el conjunto de los operadores jurídicos; la no aplicación de la nulidad tal y como lo establece el artículo 1303 del Código Civil.

Así, en consonancia con las sentencias de las jurisdicciones inferiores tratadas en este apartado, la totalidad de los jueces entrevistados en el marco de este estudio

³⁷ STS 241/2013, de 9 de mayo, FJ. 8, párrs.152 y ss.

opinaba que la limitación de la nulidad fue jurídicamente errónea³⁸:

No fue valiente. No, corrijo lo de valiente. No fue justo [...] Cómo la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, la máxima instancia del Poder Judicial en la materia, no se atreve a hacer justicia. Pero si este nos ha dicho, y se ha cansado de decir, y así es desde que se inventó el derecho, la nulidad es la nulidad (B7).

Yo ahí cuando el Supremo dio esa decisión me quedé diciendo: pero que estás... O sea, si una cláusula es abusiva es nula de pleno derecho. La nulidad de pleno derecho tienes que retrotraer las circunstancias a las anteriores, hay que destruir todos los efectos. No sé como hizo eso, sinceramente (B10).

En la misma línea algunos jueces valoraban que el Supremo actuaba en base a «intereses que no eran judiciales» (B12), ni de las personas, «hay ahí una resistencia, y siempre a favor del banco, nunca a favor del consumidor» (B1). E interpretaban que con esa actuación el Alto Tribunal «quitaba un golpe al gobierno» (B9).

En términos similares opinaban tanto profesores de derecho civil como abogados en ejercicio especializados en hipotecario. Para éstos, jurídicamente la nulidad y sus efectos no admitía dudas, distinto era si el gobierno tenía que optar vía decreto por introducir algún límite a la devolución de las cantidades por estabilidad financiera, pero esta era una tarea y responsabilidad a asumir por el ejecutivo.

En este sentido, para preservar su independencia el Poder Judicial debe mostrar, de manera manifiesta, que su actuación no está influenciada por otros poderes públicos o privados, y que está fundada en derecho. Esto es, «las decisiones judiciales no pueden distinguirse de puros abusos de autoridad política más que presentándose como el resultado necesario de una interpretación reglada de textos unánimemente reconocidos» (Bourdieu, 2000, pp.170-171).

Así, si bien la correcta interpretación del derecho, y la propia concepción del mismo, es un campo en disputa por una amplia panoplia de aproximaciones teóricas, las mismas se articulan sobre ciertos consensos mantenidos por la comunidad de juristas; de equidad, coherencia y rigor en las formulaciones, que limitan lo jurídicamente posible, y fuera de los cuales el derecho se vuelve irreconocible.

Esto es lo que se apunta que sucedió con la interpretación de la no retroactividad de la nulidad realizada por el Supremo. Y es en este sentido en el que se afirma que la reacción de la judicatura respondía, no sólo a la defensa de la independencia del Poder Judicial -frente a la injerencia de otros poderes y motivos ajenos al derecho-, sino también a una defensa de la autonomía -de las propias reglas- del derecho en sí.

c) Primacía de la cuestión económica

En términos prácticos el TS había ganado tiempo, limitando y retrasando la nulidad del suelo hasta diciembre de 2016. Si bien la gestión del litigio continuará. En enero de 2017 el gobierno habilitará un cauce de resolución extrajudicial que pronto se mostrará insuficiente, debido a las más de 650mil reclamaciones rechazadas por las entidades (Ministerio de Economía, 2019, p.6).

³⁸ A pesar de que la totalidad la consideraba errónea, la mitad la acababa justificando en algún momento de la entrevista. Al interpretar que el TS intentó «equilibrar los intereses»; aceptar que, desde «un punto de vista práctico», no se podía actuar contra los bancos en el contexto de crisis; o valorar que finalmente «todo ha salido bien».

En mayo de ese año, el CGPJ creará unos juzgados específicos, los llamados BIS, para tratar la abusividad en los préstamos hipotecarios. La medida supondrá un auténtico tapón, ya que pasarán a ser exclusivamente 54 juzgados -frente a los casi 2.500 de Primera Instancia-, los competentes para abordar la abusividad en los contratos de préstamo hipotecario.

Así, los procedimientos en esta materia pendientes de resolver a finales de 2018 alcanzarán los 250mil, un acumulado que seguía pendiente en el tercer trimestre de 2021 (último trimestre que facilita este dato el CGPJ). Pudiendo decir que la banca hace un uso torticero y dilatorio de dichos juzgados, ya que, en más de un 96% de los casos, los litigios se están resolviendo a favor de los prestatarios³⁹.

Finalmente, pero no menos importante. En cuanto a la devolución de lo cobrado indebidamente por las entidades, señalar que el Supremo asumió la tesis del «trastorno económico grave», o la calificación de «drástico en exceso», sin dejar entrever, ni en su argumentación ni en su decisión, que se haya analizado o ponderado la trascendencia del fallo para la salvaguarda de los derechos de las personas con dificultades de asumir el pago de la hipoteca de su vivienda habitual, o incursas en procedimientos de ejecución nulos o indebidos, por efecto de la cláusula suelo. Algo extensible a la actuación del Ministerio Fiscal, una institución que tiene entre sus mandatos el de velar por «la defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley»⁴⁰.

4. El litigio en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Como ya se dijo, el Supremo no actuaba sólo a la hora de dejar desprotegida a la población más vulnerable. Poner el foco en el TJUE nos facilitará ampliar la mirada y el análisis de esta crisis institucional, pudiendo introducir tanto algunos rasgos de la actuación del Ejecutivo español, como ofrecer una mirada de síntesis, o a vista de pájaro, de la evolución del litigio.

En primer lugar, se tratará de constatar la falta de diligencia e intención del Gobierno español de actuar acorde al marco legal. Posteriormente, se sintetizará la evolución del conflicto en el seno del TJUE como muestra de esa profundización de esa crisis del Estado de Derecho, de nuevo a través de la reacción de la judicatura.

4.1. La actuación del gobierno: la Ley 1/2013 de protección de deudores hipotecarios y la norma europea

Dos meses después de la sentencia Aziz el gobierno aprobará la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección de deudores hipotecarios. Si bien con la misma se introducen avances, como la posibilidad de alegar la abusividad en el propio proceso de ejecución, preservará el carácter tasado y expeditivo del hipotecario. Como resultado varios preceptos de la Ley acabarán siendo declarados por el TJUE insuficientes o contrarios a la Directiva.

Cabe resaltar que la Norma Europea busca acabar con la abusividad en la contratación en masa, y ello con la finalidad de elevar la calidad y el nivel de vida, no sólo de los consumidores, sino también de los profesionales, estableciendo unas reglas comunes de competencia en el nuevo mercado único. En consecuencia, las

³⁹ CGPJ, Estadística Judicial, Efecto de la Crisis en los órganos judiciales.

⁴⁰ Art.1 de la Ley 50/1981 de 30 de diciembre.

disposiciones de la Directiva, «alcanzan rango y naturaleza de normas de orden público»⁴¹.

Otro aspecto esencial de la Directiva es que parte de una posición de inferioridad de los consumidores frente a los profesionales, justificada tanto por la cantidad de información que manejan como por su capacidad negociadora. Así, se trata de una desigualdad que sólo es compensable mediante la intervención de un tercero ajeno a las partes. En este sentido, tanto el examen de oficio de la abusividad como la no vinculación del consumidor a las cláusulas abusivas son «disposiciones imperativas que pretenden restablecer el equilibrio real entre las partes»⁴².

En contraste con las garantías que requieren la Directiva y la jurisprudencia europeas, con la Ley 1/2013 el Gobierno Español intentará salvaguardar en todo lo posible el carácter sumario del hipotecario. Al tiempo que a la propia judicatura le costará mucho superar el marco de la justicia rogada, propia de la jurisdicción civil, e interiorizar esa protección de oficio, *erga omnes*, que una y otra vez propugnará Europa (Cordón Moreno, 2013; Martínez Escribano, 2023). Elementos estos que mantendrán una tensión jurídica que podemos llamar de fondo.

El siguiente cuadro sintetiza cinco aspectos controvertidos de la Ley en relación a la Directiva y jurisprudencia europeas. Los dos primeros pueden considerarse aspectos insuficientes o insatisfactorios, mientras que los tres últimos hacen referencia a disposiciones que el TJUE declarará directamente incompatibles con la norma europea.

▪ La Ley 1/2013 y la Jurisprudencia Europea

	Ley 1/2013	Jurisprudencia Europea
Insuficiente	No permite la suspensión cautelar de la ejecución hipotecaria.	Aziz vs. Catalunya Caixa, del 9 de mayo de 2013.
	Faculta al juez, pero no lo obliga, al análisis de oficio.	Sánchez Morcillo, Abril García vs. BBVA, del 17 de julio de 2014.
Contrario a la Directiva	Establece un plazo de un mes para presentar incidente extraordinario de oposición.	BBVA vs. Pedro Peñalva, del 29 de octubre de 2015.
	Sólo permite recurrir a las entidades de crédito en caso de Auto en contra que resuelva sobre la abusividad.	Sánchez Morcillo, Abril García vs. BBVA, del 17 de julio de 2014.
	Obliga a la judicatura a moderar, no anular, los intereses de demora en caso de ser declarada la cláusula abusiva.	Unicaja Banco y Caixabanc, del 21 de enero de 2015.

Fuente: Elaboración propia

⁴¹ Asturcom Telecomunicaciones, 6 de octubre de 2009, asunto C40/08, ap.51 y 52.

⁴² Océano Grupo Editorial y Salvat, 27 de junio de 2000, asuntos acumulados C40 a C44/98, ap.25 y ss.

En primer lugar, la nueva norma no modifica el artículo 698 de la LEC no permitiendo por tanto la suspensión cautelar del procedimiento por cuestión prejudicial o cualquier otra razón. Mientras que el TJUE previamente, en la Sentencia Aziz, había declarado explícitamente en su fallo que es contrario a la Directiva:

[una legislación que] no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.

Y continúa:

con mayor razón cuando, como en el litigio principal, el bien que constituye el objeto de la garantía hipotecaria es la vivienda del consumidor perjudicado y de su familia, puesto que el mencionado mecanismo de protección de los consumidores, limitado al pago de una indemnización por daños y perjuicios, no es adecuado para evitar la pérdida definitiva e irreversible de la vivienda⁴³.

Volveremos sobre este asunto más adelante.

En segundo lugar, respecto al examen de oficio, la reforma introducida por el la Ley será juzgada insuficiente por el TJUE, en la medida que «no impone a dicho juez la obligación de examinar de oficio el carácter eventualmente abusivo de las cláusulas [...] sino que le atribuye meramente la facultad de efectuar tal examen»⁴⁴.

La falta de disposición del gobierno español de cumplir con la legalidad era patente, ya que el TJUE difícilmente podía haber incidido más en estipular el carácter obligatorio de esa intervención de un tercero ajeno a las partes. Así, encontramos entre la jurisprudencia previa a la Ley:

- El juez nacional «puede examinar de oficio en la fase de admisión de la demanda», esto es, sin necesidad de que la parte demandada interponga recurso⁴⁵.
- El juez nacional «puede examinar de oficio en cualquier momento», siempre que no se haya emitido una resolución con efecto de cosa juzgada, y aunque haya acabado el plazo previsto para oponerse al procedimiento⁴⁶.
- El juez nacional «debe examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual»⁴⁷.
- El juez nacional «deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello»⁴⁸.

En tercer lugar, la Disposición Transitoria 4ª de la Ley 1/2013, estipula para los deudores el plazo de un mes para formular incidente extraordinario de oposición a contar desde su publicación. El Tribunal considerará dicho medio de comunicación inadecuado. La Disposición además no sólo contradice la recién mencionada jurisprudencia, sino que será expresamente declarada contraria a la Directiva en

⁴³ Aziz vs. Catalunyacaixa, 14 de marzo 2013, asunto C414/11, fallo y ap.61.

⁴⁴ Sánchez Morcillo y Abril García vs. BBVA, 17 de julio de 2014, asunto C169/14, ap.39.

⁴⁵ Océano Grupo Editorial y Salvat, *op cit*, Fallo ap.1.

⁴⁶ Cofidis, 21 de noviembre de 2002, asunto C473/00, Fallo ap.2.

⁴⁷ Mostaza Claro vs. Móvil Milenium, 26 de octubre de 2006, asunto C168/05, ap.38.

⁴⁸ Banco Español de Crédito vs. Calderón, 14 de junio de 2012, asunto C618/10, ap.43 y Asturcom Telecomunicaciones, *op cit*, ap.32.

cuanto a asegurar la no vinculación de la abusividad y el poner medios eficaces para el cese del uso de las cláusulas abusivas⁴⁹.

En cuarto lugar, la nueva Ley sólo permite recurrir a las entidades de crédito el Auto que resuelve sobre la abusividad pero no ofrece las mismas posibilidades a las familias.

El TJUE resolverá, en una sentencia quizás no tan comentada como la sentencia Aziz pero de gran relevancia, la Sánchez Morcillo, Abril García vs. BBVA, de 14 de julio de 2014, que la norma actúa en contra de la Directiva ya que «no hace sino acentuar el desequilibrio entre las partes contratantes»⁵⁰, declarándolo en su fallo, no sólo contrario a la Directiva, sino al derecho a la tutela judicial efectiva y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Así, un año después de la reforma introducida por la Ley 1/2013 esta sentencia describe así «el sistema procesal español»:

expone al consumidor, o incluso a su familia —como sucede en el litigio principal—, al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de ésta, siendo así que el juez que tramita la ejecución, en su caso, habrá llevado a cabo, a lo sumo, un examen somero de la validez de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda⁵¹.

Finalmente, pero no menos significativo, la nula intención del gobierno de actuar acorde a la legislación vigente es nítida en relación a la Disposición Transitoria 2ª de la ley. La misma estipula que, pese a ser declarada abusiva, la cláusula relativa a los intereses de demora debe ser reintegrada en el contrato. Así en todos los procedimientos iniciados y no concluidos se debe recalcular los intereses de demora en base al triple del interés legal del dinero, lo que supone una indicación clara del gobierno a la judicatura de actuar en contra, tanto de lo establecido por la normativa europea como por la jurisprudencia. Así, la Disposición Transitoria 2ª será igualmente declarada contraria a la Directiva en enero de 2015⁵².

4.2. El desarrollo del litigio en la sede europea. Reacción de la judicatura y del TJUE

Poner el foco en el TJUE también nos permite identificar como el conflicto judicial se intensifica, provocado en buena medida por ese comportamiento de las autoridades españolas en cuanto a su falta de disposición para cumplir con una legalidad que actúa en beneficio de la población y en detrimento de los intereses de las entidades de crédito.

A modo de síntesis de la evolución del conflicto se ofrece el siguiente cuadro. En el mismo se agrupan por asuntos sentencias relativas a cuestiones prejudiciales presentadas por juzgados españoles. En la columna de la izquierda, se puede observar como el conflicto jurídico se va acrecentando en cuanto a la gravedad, o en su afectación a principios del derecho o derechos fundamentales. Las sentencias incluidas en la columna de la derecha son aquellas en las que el TJUE falla considerando que la regulación o doctrina españolas efectivamente incumplen o son contrarias a la Directiva.

Se incluyen sentencias previas a la crisis en apartados esenciales como la

⁴⁹ Pedro Peñalba vs. BBVA, 29 de octubre de 2015, asunto C8/14.

⁵⁰ ap.46.

⁵¹ Sánchez Morcillo y Abril García vs. BBVA, *op cit*, ap.43.

⁵² Unicaja Banco y Caixabanc, 21 de enero de 2015, asuntos acumulados C482 a 485/13.

obligación de examinar de oficio, la no vinculación de la nulidad, y la afectación al orden público. Tanto para explicitar la existencia de jurisprudencia y criterios claros previos, como contextualizar el relativo desconcierto que provocarán las recurrentes cuestiones prejudiciales entre los jueces del TJUE.

- Evolución del litigio en el seno del TJUE

Asunto	Jurisprudencia
Obligación de examinar de oficio	<ul style="list-style-type: none"> - Océano Grupo Editorial y Salvat, 27 de junio de 2000. - Cofidis, 21 de noviembre de 2002. - Mostaza Claro, 26 de octubre de 2006. - Asturcom Telecomunicaciones, 6 de octubre de 2009. - Banco Español de Crédito, 14 de junio de 2012. - Sánchez Morcillo, Abril García y BBVA, 17 de julio de 2014. - BBVA y Pedro Peñalva, 29 de octubre de 2015.
No vinculación de la nulidad	<ul style="list-style-type: none"> - Mostaza Claro, 26 de octubre de 2006. - Banco Español de Crédito, 14 de junio de 2012. - Sánchez Morcillo, Abril García y BBVA, 17 de julio de 2014. - Unicaja Banco y Caixabanc, del 21 de enero de 2015. - BBVA y Quintano Sánchez, 11 de junio de 2015. - Caja Sur, BBVA y Banco Popular, 21 de diciembre de 2016. - Abanca y Bankia, 26 de marzo de 2019.
Incompatibilidad de la LEC con la Directiva	<ul style="list-style-type: none"> - Aziz y Catalunya Caixa, 13 de marzo de 2013. - Sánchez Morcillo, Abril García y BBVA, 17 de julio de 2014.
Carácter agravante bien afectado vivienda habitual	<ul style="list-style-type: none"> - Aziz y Catalunya Caixa, 13 de marzo de 2013. - Sánchez Morcillo, Abril García y BBVA, 17 de julio de 2014.
Vulneración Tutela Judicial Efectiva	<ul style="list-style-type: none"> - Sánchez Morcillo, Abril García y BBVA, 17 de julio de 2014.
Afectación al Orden Público	<ul style="list-style-type: none"> - Asturcom Telecomunicaciones, 6 de octubre de 2009. - Caja Sur, BBVA y Banco Popular, 21 de diciembre de 2016. - Banco Primus y Jesús Gutiérrez, 26 de enero de 2017.

Vinculación de los órganos nacionales al Derecho EU	- Caja Sur, BBVA y Banco Popular, 21 de diciembre de 2016.
--	--

Fuente: Eurlex y elaboración propia

De este apartado se destacan cuatro elementos. El primero que el proceso que muestra el cuadro anterior es expresión del grado de desacuerdo de la judicatura con las decisiones del Tribunal Supremo y las pretensiones del Gobierno, expresadas por vía legislativa, y por lo tanto indicativas del grado de malestar y discrepancia de las jurisdicciones inferiores.

Más allá, los jueces entrevistados identifican a la judicatura como responsables principales de la activación del sistema de garantías en favor de los consumidores:

Desde el sistema judicial se ha provocado todo lo de los tribunales de justicia. A través de las cuestiones prejudiciales. Que algunos compañeros efectivamente lo han hecho muy bien y han generado todo esto (B12).

Han sido los propios jueces los que planteando cuestiones prejudiciales han cambiado el sistema. Que esto no es un cambio político, de un partido que haya entrado y haya puesto una nueva ley, con sus buenas intenciones, no. Que esto no es... el cambio no viene por un movimiento social. Que es importante el movimiento social, evidentemente [...] pero en este caso concreto, tanto los abogados como los jueces [...] tienen el mérito de, de haber cambiado el sistema (B2).

Así, dos tercios de los jueces hacían una valoración global positiva de la respuesta dada por nuestro sistema de garantías a la crisis hipotecaria, si bien algunos la matizaban incidiendo en que la misma había podido ser «tardía» (B3) o «insuficiente» (B6).

Dentro del tercio restante que la valoran negativamente son corrientes las referencias a carencias o vulneraciones de la tutela judicial efectiva. Ya sea porque durante mucho tiempo no fue posible oponerse al procedimiento, o por el alto coste económico y personal que supone enfrentarse a un hipotecario:

Muchas personas no tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita, pero para tener acceso a un abogado tienen que hacer un gran esfuerzo. [Y] el desasosiego de si [el fallo] me va a ser favorable o no. Jugándose su vivienda (B1).

Al tiempo que algunos hacen autocrítica respecto a las carencias de la propia judicatura: «Hemos sido sota, caballo y rey, con el hipotecario» (B7), el derecho europeo «era como de otro planeta» (B10), si bien «nuestro deber es conocer el ordenamiento jurídico completo y... ese era un ordenamiento que no lo hemos sabido aplicar» (B9).

En segundo lugar, el TJUE también va a ir dejando entrever en sus sentencias cierto grado de malestar ante la situación, en la medida que la judicatura lo va a utilizar de manera recurrente como «barco rompehielos» (B3), para superar las limitaciones con las que se van a encontrar a nivel nacional. Esto hará que las cuestiones prejudiciales se repitan. Al tiempo que el TJUE podrá observar, que no es sólo el Tribunal Supremo con su sentencia del 9 de mayo, quien no se ajusta a derecho, sino que tampoco lo hace el gobierno.

Esto es evidente en elementos que vertebran la Directiva y la jurisprudencia europeas desde mucho antes de la crisis, como la obligatoriedad del examen de oficio o la no vinculación de las cláusulas abusivas, repetido hasta la saciedad por el Tribunal de Justicia en el caso de España.

Así, a modo de ejemplo, en relación a la nulidad de las cláusulas abusivas en España, tras haberse pronunciado en idénticos términos en 2006, 2012 y 2014, en enero de 2015 el TJUE afirmará que «los jueces nacionales están “obligados únicamente” a dejar sin aplicación la cláusula abusiva». Para seis meses después apuntar que el órgano nacional debe «cumplir su función” y dejar sin efecto dicha cláusula». Añadiendo otros seis meses después que «incumbe al juez nacional, “pura y simplemente”, dejar sin aplicación la cláusula contractual». En una sentencia que concluye recordando –o llamando al orden, según se mire– la vinculación de los órganos nacionales al TJUE en cuanto a interpretación del Derecho de la Unión y debiendo «abstenerse de aplicar, en el ejercicio de su propia autoridad, la limitación en el tiempo que el Tribunal Supremo acordó»⁵³.

En tercer lugar cabe señalar que el cuadro anterior atestigua así mismo una evolución del conflicto, que parte desde las dudas o dificultades que pueden resultar jurídicamente razonables (Recasens Siches, 2013) a la hora de aplicar una Directiva Europea, trasladada con mayor o menor acierto al ordenamiento interno, hasta un giro que podemos situar de manera bastante nítida en el 2013, en la que la falta de disposición o intención de los Poderes Públicos españoles de cumplir con la normativa se hace evidente.

Ese año confluye: la sentencia en relación al caso Aziz que aborda directamente la contradicción del carácter sumario del procedimiento de ejecución hipotecaria y la Directiva; con la STS 241/2013 del 9 de mayo, donde el Supremo limitará la nulidad; y la aprobación de la Ley 1/2013 con la cual el gobierno, como se ha visto, no sólo incurre en falta de diligencia, sino que en la obligación de reintegrar la cláusula de los intereses de demora puede argumentarse que actúa deliberadamente en contra de la legalidad.

Así, poco más de un año después, el 17 de julio de 2014, en la sentencia Sánchez Morcillo, Abril García y BBVA, el TJUE incluía en su fallo que se estaba produciendo una vulneración del artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, esto es, una violación del derecho a la tutela judicial efectiva. Tanto en lo referente a la no igualdad de armas procesales, la ausencia de un examen o control judicial suficiente, como por la imposibilidad de adoptar medidas cautelares antes de proceder a la subasta de la vivienda. Podemos observar así mismo en el cuadro, que a partir de ese año el Tribunal de Justicia incidirá más en la afectación del orden público, y en definitiva al carácter prevalente de la norma europea.

En cuarto y último lugar, retomamos la cuestión de la tensión jurídica derivada del mantenimiento del carácter sumario del procedimiento de ejecución hipotecaria, la vulneración de la tutela judicial efectiva, y la inevitable afectación a otros derechos como la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la vulneración del derecho a la vivienda, e incluso del derecho a la propiedad privada.

Por poner un ejemplo, nos referimos a que, según las últimas noticias aparecidas en prensa sobre el Sr. Aziz, a pesar de obtener una sentencia favorable

⁵³ Sentencias Unicaja Banco y Caixabanc, de 21 de enero de 2015, *op cit*, ap.28. BBVA y Quintano Sánchez, de 11 de junio de 2015, *op cit*, ap.45. Y Caja Sur, BBVA y Popular, del 21 de diciembre, *op cit*, ap.57 y 74.

que determinaba que la ejecución hipotecaria estaba fundamentada en diversas cláusulas abusivas –correspondiendo por tanto la nulidad del procedimiento– en 2019, éste no había recuperado su vivienda, no había sido compensado económicamente, y la entidad le seguía reclamando una onerosa deuda.

Así, en resumen, podemos decir que desde el inicio de la crisis hasta mayo de 2013 no era prácticamente posible oponerse a la ejecución hipotecaria, y hasta enero de 2015 y diciembre de 2016, los procedimientos continuarán reintegrando las cláusulas del interés de demora y suelo respectivamente. Es decir, con una exigua reducción de la cantidad reclamada. Por lo que con toda probabilidad son decenas de miles los procedimientos que se han ejecutado fundamentados en cláusulas abusivas⁵⁴, causando la pérdida de una vivienda habitual, que es también, una vivienda en régimen de propiedad. En boca de uno de los jueces entrevistados:

Cuando se acabe la crisis, qué vamos a tener. Pues que no lo hemos hecho bien, y que tendremos un montón de gente que ahora sí está en condiciones de seguir pagando la casa, pero que ya la ha perdido, y podía haberla tenido, y es lo único que van a tener en su vida. No estamos hablando de tener un coche de lujo, no estamos hablando del viaje de tu vida, no, estamos hablando del sitio donde vivir toda tu vida, el techo (B7).

5. Reflexión final

Sería absurdo concluir de este trabajo que pretende afirmarse que en el Estado Español no rige el estado de derecho. De la misma manera que tampoco sería un juicio muy ajustado hacer *tábula rasa* y pensar que dentro del mismo las entidades financieras gozan de absoluta impunidad. Así, podríamos hacer un listado de una decena de banqueros y altos cargos del mundo de las finanzas que, quizás con importantes ausencias o con penas que podríamos juzgar insuficientes, han sido condenados o han ingresado en prisión en los últimos 40 años. Es decir, el crac financiero de 2008 conmocionó a la sociedad y a las autoridades españolas. Envolvió a los países de Europa, especialmente los del sur, en un escenario de fuerte incertidumbre, no solo económica, sino también política y soberana, en la medida que parecía que no había nada más importante que hacer, que tomar las decisiones adecuadas para calmar o contentar, a un ente no siempre fácil de identificar y de comprender su funcionamiento como son los mercados financieros internacionales.

Es importante reconocer que navegar en esa incertidumbre no es sencillo, como lo es el intentar sacar algún aprendizaje, o al menos vislumbrar algún camino, que nos permita afrontar en mejores condiciones las previsibles crisis económicas y financieras futuras. Máxime cuando el escenario es el de un progresivo deterioro ecológico, una creciente desigualdad económica y probablemente una necesaria gestión de la escasez.

Con la urgencia y el reto que supone dicho horizonte, es fundamental aceptar que durante la crisis hipotecaria incurrimos en vulneraciones graves del estado de derecho. En el que es el germen de la democracia y la cultura político-jurídica occidental, en la Grecia clásica, el derecho nace imbricado con la verdad y la limitación de los abusos de poder. Jaeger afirma que fue en las colonias jónicas del siglo V *a.n.e.* cuando se forjó la exigencia de leyes escritas para evitar la arbitrariedad y los abusos de los reyes que administraban justicia basándose en la tradición.

⁵⁴ Sólo entre 2013 y 2015 las entidades de crédito reportaban la toma de posesión efectiva de 100.416 viviendas habituales. Ver las Notas Informativas sobre los procesos de ejecución hipotecaria sobre vivienda del Banco de España.

Convirtiendo la palabra *diké*, derecho, en el lema de la lucha entre una masa de ciudadanos libres enriquecidos y la nobleza (Jaeger, 1993, p.106). Para Foucault, el proceso por el cual «el pueblo se apoderó del derecho de juzgar, de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores», es una de las grandes conquistas de la democracia ateniense: el «derecho de oponer una verdad sin poder a un poder sin verdad» (Foucault, 1996, p. 54).

Esto, sencillamente, se rompió durante la crisis hipotecaria en España. El abuso bancario era evidente y rampante, había sido posible gracias a la connivencia, aquiescencia o negligencia de los poderes públicos españoles, y en el momento más crítico, a un sector muy específico de la población –cuatro de cada cinco ejecuciones hipotecarias de viviendas propiedad de personas físicas afectó a viviendas habituales⁵⁵–, se le negó la protección que le brindaba el derecho.

En términos económicos la gestión de la crisis de 2008 supuso un trasvase directo de renta y riqueza, de las clases más empobrecidas y de dinero público, al sector financiero. En un proceso que también puede ser interpretado tanto de reorganización del capital financiero (López Hernández y Rodríguez López, 2010), como de acumulación por desposesión (Harvey, 2007). La política implementada asumía la exclusión de los más vulnerables como sacrificio ineludible, en aras tanto de evitar el colapso financiero, como de detener lo antes posible la devaluación de la vivienda, en la medida que esta constituye la principal estrategia de ahorro e incremento patrimonial de la clase media en España (Carmona Pascual 2022).

Wendi Brown en *El pueblo sin atributos* (2015), da algunas claves que ayudaría a comprender el porqué de esta situación. Brown apunta a la instauración durante el último medio siglo de una *razón normativa neoliberal* que convierte el crecimiento económico en *raison d'être* y fin último del gobierno. En este marco el estado y el sujeto devienen esencialmente proyectos gerenciales (Brown, 2015, p. 21) y el crecimiento económico en la auténtica política social (Brown, 2015, p. 80). Así las personas ya no serían portadoras de derechos o elementos constituyentes de la soberanía, sino capital humano que posibilita el crecimiento, o lastre para el conjunto de la sociedad (Brown, 2015, p. 147).

Brown advierte que el neoliberalismo no sólo supondría la saturación del significado y contenido de la democracia con valores de mercado, sino una «conversión sustantiva» de los principios democráticos liberales (Brown, 2015, p. 35), y más allá, de las prácticas, sujetos e instituciones que posibilitan la democracia entendida como gobierno del pueblo.

Así, el aporte teórico de Brown tiene cierta capacidad explicativa para entender la lógica que subyace y articula la respuesta de los poderes públicos a la crisis hipotecaria. Explicando porque su gestión es incompatible, no sólo con los derechos sociales, sino con derechos y principios como el derecho a la tutela judicial efectiva, la igualdad ante la ley, e incluso, con el mismo derecho a la propiedad privada. Desplegando una lógica en la que se admite sin contradicción que, junto al demasiado grande para caer, opera un demasiado pequeño para protegerlo (Brown, 2015, p. 92). Si bien este abandono deliberado de personas y la negación de sus derechos, nos acerca mucho y peligrosamente a unas no tan lejanas políticas totalitarias y prácticas de fascismo social.

⁵⁵ Ver Notas informativas sobre los procesos de ejecución hipotecaria sobre vivienda del Banco de España, para el periodo 2012 – 2015, y Estadística sobre Ejecuciones Hipotecarias del Instituto Nacional de Estadística de 2014 en adelante.

Bibliografía

- Achón Bruñén, M. J. (2014). Once argumentos de peso en contra de la irretroactividad de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. *Diario de la Ley*, n.º 8366.
- Achón Bruñén, M. J. (2015). La retroactividad parcial de la declaración de nulidad de la cláusula suelo. Los discutibles argumentos de la STS de 25 de marzo de 2015. *Diario de la ley*, n.º 8561.
- Aguilar Calahorra, A. (2014). La reciente jurisprudencia supranacional en materia de vivienda. La eficacia de la Directiva 93/13/CE y la tutela de los derechos de los ciudadanos por el TJ. En I. Sánchez y M. D. Olmedo (Eds.), *Desahucios y ejecuciones hipotecarias: un drama social y un problema legal* (509-552). Tirant lo Blanch.
- Arroyo Jiménez, L. (2014). La aplicación judicial del derecho de la Unión Europea y el derecho a la tutela judicial efectiva. Una propuesta de sistematización. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 102, 293-316.
- Agüero-Ortiz, A. (2016). Guía de cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios. *Revista CESCO de derecho del consumo*, 17, 116-134. <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1057>
- Andrés Ibáñez, P. y Movila Álvarez, C. (1986). *El Poder Judicial*. Tecnos.
- Atienza Rodríguez, M. (2013). *Curso de argumentación jurídica*. Trotta.
- Banco de España (2010). *Informe sobre determinadas cláusulas presentes en los préstamos hipotecarios*. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, 437.
- Blanca-Quesada, R. (2023). La actuación del Tribunal Constitucional Español durante la crisis hipotecaria. Derecho a la vivienda y gobiernos autonómicos. *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, 13, 137-156. <https://opo.iisj.net/index.php/sortuz/article/view/1771>
- Blázquez Peinado, M. D. (2016). El procedimiento de ejecución hipotecaria y su adecuación a la normativa europea en materia de protección a los consumidores por cláusulas abusivas. Jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia. *Revista General de Derecho*, 39, 1-30.
- Bourdieu, P. (2000). *Poder, Derecho y Clases Sociales*. Desclée Brouwer.
- Brown, W. (2015). *El pueblo sin atributos. La secreta revolución del neoliberalismo*. Malpaso.
- Callejo Carrión, S. (2016). A propósito de la cláusula suelo y la historia de un desencuentro: Tribunal de Justicia de la Unión Europea vs. Tribunal Supremo. *Revista Lex Mercatoria*, 4, 21-24. <https://doi.org/10.21134/lex.vi.509>
- Cañizares Laso, A. (2016). Efectos restitutorios de la nulidad de la cláusula suelo. STJUE de 21 de diciembre de 2016. *Revista de Derecho Civil*, 4, 103-123.
- Carmona Contreras, A. M. (2017). La construcción por el TJUE de un standard común de protección de derechos de consumidor en los procedimientos de ejecución hipotecaria. *Teoría y Realidad Constitucional*, 39, 307-332. <https://doi.org/10.5944/trc.39.2017.19149>
- Carmona Pascual, P. (2022). *La democracia de propietarios. Fondos de inversión, rentismo popular y la lucha por la vivienda*. Traficantes de Sueños.
- Carrasco Perera, A. y González Carrasco, C. (2013). La doctrina casacional sobre la transparencia de las cláusulas suelo conculca la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva. *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, 7, pp.126-163.
- Cordón Moreno, F. (2013). Sentencia del 21 de Mayo de 2012. Criterios jurisprudenciales sobre el posible control de oficio de la nulidad contractual. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 91, 251-264.
- Defensor del Pueblo Español (2013). *Crisis Económica y Deudores Hipotecarios: actuaciones y propuestas*. Defensor del Pueblo.
- De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*. Trotta/Ilsa.
- Díaz García, E. (1966). *Estado de Derecho y Sociedad Democrática*. Taurus.

- Escartín Ipiéns, J. A., Martos Calabrús M. A. y Nuñez Iglesias, A. (2014). *La protección del deudor hipotecario*. Comares.
- Espín Gutiérrez, C. (2016). La nulidad de las cláusulas suelo en los contratos de préstamo a interés variable. En M. Sierra y J. T. Raga (Eds.), *El préstamo hipotecario y el mercado del crédito en la Unión Europea* (453-478). Dykinson.
- Fernández Cornago, M. (2015). La retroactividad de la declaración de nulidad de las cláusulas abusivas. *REDUR*, 13, 249-68. <https://doi.org/10.18172/redur.4182>
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Trotta.
- Foucalt, M. (1996). *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.
- García de Enterría, E. y Menéndez, A. (1997). *El derecho, la ley y el juez*. Cívitas.
- García-Montalvo, J. (2008). *De la quimera inmobiliaria al colapso financiero. Crónica de un desenlace anunciado*. Antoni Bosch.
- García Pascual, C. (1997). *Legitimidad democrática y Poder Judicial*. Alfons El Magnànim.
- González Sanfiel, A. M. (2013). *El derecho ante la crisis, nuevas reglas del juego*. Atelier.
- Graeber, D. (2020). *La utopía de las normas. De la teconología, la estupidez y los secretos placeres de la burocracia*. Ariel.
- Harvey, D. (2007). *Breve historia del neoliberalismo*. Akal.
- Hernández Guarch, C. (2013). La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013. La sorpresiva declaración de la irretroactividad de las cantidades abonadas. *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, 6, 134-169.
- Jaeger, W. (1993). *Paideia*. FCE.
- Llamas Pombo, E. (2014). La nulidad de las cláusulas suelo. *AIS: Ars Iuris Salmanticensis*, 1 (2), 11-17. <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/ais/article/view/11503>
- Lambert, E. (2010). *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en Estados Unidos: la experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*. Tecnos.
- Laval, C. y Dardot, P. (2015). *La nueva razón del mundo*. Gedisa.
- Llewellyn, K. N. (1940). "The normative, the legal and the law-jobs: the problem of juristic method", *The Yale Law Journal*, 49 (8), 355-1400.
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del Derecho judicial*. Legis.
- López Hernández, I. y Rodríguez López, E. (2010). *Fin de ciclo. Financierización, territorio y sociedad de propietarios en la onda larga del capitalismo hispano*. Traficantes de Sueños.
- Martínez Escribano, C. (2014). El control de transparencia y la validez de las cláusulas suelo. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 133, 295-344.
- Martínez Escribano, C. (2017). El tratamiento judicial de las cláusulas suelo: una historia sin final. *Actualidad Civil*, 5, 33-39.
- Martínez Escribano, C. (2023). El control judicial de cláusulas abusivas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a la luz de la jurisprudencia del TJUE. *Cuadernos de derecho privado: CDP*, 5, 68-99. <https://doi.org/10.62158/cdp.38>
- Marshall, T. H. (2007). *Ciudadanía y clase social*. Alianza Editorial.
- Marqués Mosquera, C. (2014). Las cláusulas suelo. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 1, 251-254.
- Medina Guerrero, M. (2015). Derecho a la vivienda y desahucios: la protección del deudor hipotecario en la jurisprudencia del TJUE. *Teoría y Realidad Constitucional*, 36, 261-282. <https://doi.org/10.5944/trc.36.2015.16068>
- Ministerio de Economía (2019). *Quinto Informe de la Comisión de Seguimiento, control y evaluación, prevista en el RDL 1/2017, de medidas urgentes de protección de consumidores en materia de cláusulas suelo*. Ministerio de Economía.

- Naredo Pérez, J. M. y Montiel Márquez, A. (2011). *El modelo inmobiliario español y su culminación en el caso valenciano*. Icaria.
- Piketty, T. (2013). *El capital en el siglo XXI*. FCE.
- Platero Alcón, A. y González González, M. J. (2017). Las cláusulas abusivas en los contratos hipotecarios en España: especial referencia a las denominadas cláusulas suelo. *LEX*, 15 (20), pp.183-208.
- Recasens Siches, L. (2013). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Porrúa.
- Ruiz-Rico Ruiz, J. M. y Lucchi López-Tapia, Y. (2013). *Ejecución de préstamos hipotecarios y protección de consumidores*. Tecnos.
- Salvador-Coderch, P. y García-Micó, T.G. (2020). Concepción contextual de la buena fe en contractual. Artículo 1258 del Código Civil. *InDret*, 1, pp.28-55.
- Sánchez Martínez, M.T. (2002). *La política de vivienda en España, análisis de sus efectos redistributivos*. Universidad de Granada.
- Waldron, J. (2018). *Contra el gobierno de los jueces*. Siglo XXI.

Una Filosofía del Derecho a través de Giorgio Agamben y Roberto Esposito

A Philosophy of Law through Giorgio Agamben and Roberto Esposito

Daniel J. García López

Universidad de Granada

ORCID ID 0000-0003-0601-1395

danieljgl@ugr.es

Cita recomendada:

García López, D. J. (2024). Una Filosofía del Derecho a través de Giorgio Agamben y Roberto Esposito. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 121-140.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8504>

Recibido / received: 30/11/2022
Aceptado / accepted: 15/12/2023

Resumen

En los últimos años, la filosofía italiana está teniendo un papel central en el pensamiento contemporáneo. Situada entre la biopolítica y la teología política, proporciona una lectura otra de la modernidad a través de los conceptos vida-historia-política. El presente texto se enmarca dentro de la llamada *Italian Theory* para exponer sus dos posibles vías jurídicas: destituyente e instituyente. A partir del pensamiento de Giorgio Agamben y Roberto Esposito, se plantearán unas líneas generales de una filosofía del derecho a través de la *Italian Theory*.

Palabras clave

Impersonal, *Italian Theory*, nuda vida, pensamiento instituyente, paradigma inmunitario, potencia destituyente, soberanía.

Abstract

In recent years, Italian philosophy has been playing a central role in contemporary thought. Situated between biopolitics and political theology, it provides a different reading of modernity through the concepts of life-history-politics. The present paper is framed within the so-called Italian Theory to expose its two possible juridical paths: destitute and institute. From the reflections of Giorgio Agamben and Roberto Esposito, this paper will present a general approach to a philosophy of law through the Italian Theory.

Keywords

Impersonal, *Italian Theory*, bare life, instituent thought, immunization paradigm, destituent power, sovereignty.



SUMARIO: 1. Introducción. 2. Las dos vías jurídicas de la *Italian Theory*. 3. La vía destituyente en Giorgio Agamben. 3.1. Soberanía y nuda vida. 3.2. Abdicar de todo derecho. 3.3. Potencia destituyente y vida sin obra. 4. La vía instituyente en Roberto Esposito. 4.1. Derecho inmunitario. 4.2. El dispositivo de la persona y lo impersonal. 4.3. Instituir. 5. Conclusión.

1. Introducción

Bíos, communitas, immunitas, imperium, persona, sacertas son categorías que están encima del tablero filosófico contemporáneo. Y están siendo pensadas en la tensión entre biopolítica y teología política que desde la *Italian Theory* se viene pergeñando desde, al menos, 2010, cuando Roberto Esposito publicara *Pensiero vivente* y Dario Gentili, dos años más tarde, *Italian Theory*. Un tomar partido no desde los parámetros identitarios nacionales, no desde una pretendida esencia de la italianidad, sino a partir de la desterritorialización como resistencia al Estado. De ahí que sea la oposición y el conflicto lo que la determina, y no la construcción de un orden (Esposito, 2010, pp. 16-22). Se trata de un *gesto* teórico y político que nos sitúa ante el reto de leer una modernidad otra desde una ontología de la actualidad.

Lo que caracterizaría a este pensamiento italiano es que la praxis precede a la teoría. De ahí su vocación civil en tanto razón impura (Bodei, 2017). Como plantea Esposito, el afuera que caracteriza al pensamiento italiano es el «espacio constitutivamente conflictivo de la praxis política» (Esposito, 2015, p. 12) frente a lo social alemán y al texto francés. Si el programa de la Escuela de Frankfurt fue el centro de la filosofía alemana y las teorías anteriores al estructuralismo el de la francesa, el pensamiento italiano proviene de las dinámicas políticas de los años sesenta. El conflicto, como emergencia de la política misma, es lo que lo caracteriza (Gentili, 2012, pp. 13-15).

Además, la hibridación con otros paradigmas será otra característica del pensamiento italiano. La exterioridad o extroflexión se produce tanto en la forma como en el contenido: hay una serie de autores vinculados a la reflexión francesa (Agamben; Esposito; Negri), mientras que otros lo están con temáticas germanas (Cacciari; Marramao; Tronti, aquí también está Agamben).

En lo referido al eje categorial y la modalidad con la que se asume, si la Escuela de Frankfurt intervino en el campo sociocultural y la deconstrucción francesa en la escritura, se podría señalar como tercera característica que el horizonte semántico del pensamiento italiano es la vida. Se trata de una *concreción* a la que no son capaces de llegar ni la filosofía analítica ni la deconstrucción francesa. De ahí que sea una filosofía de la resistencia y no del poder (Esposito, 2015, pp. 13-14).

También encontramos diferencias en la modalidad. Frente a la dialéctica negativa de la Escuela de Frankfurt y lo neutro de la de la deconstrucción francesa, la modalidad o tonalidad del pensamiento italiano es la afirmación (Esposito, 2016, pp. 169-184 y Esposito, 2018a). De ahí que en la recepción de la biopolítica no se excluye una modalidad afirmativa. De hecho, la biopolítica está siendo pensada como reverso de la teología política en tanto dispositivo de inclusión excluyente (Esposito, 2013). En las últimas décadas, en el pensamiento italiano se ha elaborado una serie de categorías para contraponerlas a las de inmune/inmunidad, poder y neutralización: común/comunidad, potencia y conflicto.

Situadas brevemente las características de la *Italian Theory*, en este texto se problematizarán las dos vías que a nuestro juicio se plantean en lo que concierne a sus reflexiones acerca del fenómeno jurídico o, por decirlo de otra forma, una filosofía del derecho a través de la *Italian Theory*. Para poder llevar a cabo esta problematización, es preciso primero presentar las reflexiones sobre el derecho que han realizado autores destacados como Giorgio Agamben o Roberto Esposito. Este es nuestro objetivo, tratando de abrir diálogos a veces cerrados y complejos entre la filosofía y la teoría del derecho. Para ello se abordarán, en primer lugar, las dos vías de las reflexiones de una filosofía del derecho a través de la *Italian Theory*.

2. Las dos vías jurídicas de la *Italian Theory*

La *Italian Theory* no puede ser ajena al campo del derecho en su intento por plantear la problematización de las categorías modernas y situar una modernidad otra. La tríada *vida-historia-política* será clave para esa modernidad otra por fuera de los confines del Estado-nación y de su horizonte histórico-conceptual (Esposito, 2010, p. 23). Si el pensamiento político que encontramos de Hobbes a Hegel ha tratado de neutralizar el conflicto para favorecer un orden estatal garante de la seguridad, el pensamiento italiano, como se ha planteado en la introducción, ha situado el conflicto en el interior del orden político. Además, se articula una forma de pensar la historia desde la concreción y no desde grandes universales. Frente a la producción de un nuevo inicio, el pensamiento italiano se ha centrado en el constante retorno al origen (la genealogía). Finalmente, el pensamiento italiano ha empleado sus fuerzas en deconstruir nociones como sujeto o persona, cargadas estas de claras connotaciones jurídicas, por fuera de la máquina argumentativa sobre el sujeto abstracto que va desde Descartes a Kant. La vida queda, así, indisolublemente unida a la corporalidad, a la historia y a la política. Una vida inmanente, singular, impersonal. En *Pensiero vivente*, Esposito sitúa a estos tres elementos como inmanentización del antagonismo, historización de lo no histórico y mundanización del sujeto.

A la hora de enfrentarnos a una genealogía de la *Italian Theory*, podemos seguir dos caminos: de largo o de corto recorrido. El primero viene trazado en *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, donde Esposito se remonta a los orígenes de la modernidad con Maquiavelo. El segundo es el que propone Dario Gentili en *Italian Theory. Dall'operismo alla biopolitica*, donde desarrollará la *differenza* italiana iniciada en los años 60 del siglo XX con Tronti. En nuestro artículo nos situamos en la vía de corta duración, pues la otra exige mayor espacio de desarrollo. En esta vía corta, como se ha señalado, nos interrogaremos sobre cómo es posible entrever una filosofía del derecho en las obras tanto de Giorgio Agamben como de Roberto Esposito, como las dos figuras más representativas de esta diferencia italiana.

Estos dos autores también representan las dos vías internas a la *Italian Theory* con lo que respecta tanto a la vida como centro de sus reflexiones como al derecho. Estas dos vías pueden ser denominadas «destituyente» (Agamben) e «instituyente» (Esposito) y se caracterizarían, al menos, por su ubicación temporal, por sus referentes teóricos y por sus consecuencias en lo relacionado al derecho.

Para emprender las reflexiones sobre la vida, Agamben intersecciona a Foucault con Schmitt, biopolítica y soberanía. De tal forma que sitúa la vida desnuda como el punto oculto entre el modelo jurídico-institucional y el modelo biopolítico del poder (Agamben, 2018a, p. 21)¹. Este punto oculto se produciría por medio de un mecanismo de exclusión-inclusión que ya se encontraría en Grecia, de tal forma que la máquina

¹ Se cita por la *Edizione integrale 1995-2015* de *Homo sacer*, publicada en 2018.

ontológico-biopolítica de Occidente se fundaría sobre la división y la escisión de la vida (Agamben, 2018b, p. 1208). Una máquina que separa humano y animal. O, mejor, que construye lo humano por medio de su oposición. Este conflicto político en tanto separación entre la animalidad y la humanidad del ser humano será decisivo en Occidente, de ahí que, para Agamben, la política occidental sea desde el origen biopolítica.

La relación entre vida, soberanía y excepción sitúa a la biopolítica en un lugar histórico privilegiado que, en cierta medida, rompe con la tematización realizada por Foucault. El autor francés, a diferencia del italiano, ubica la emergencia de la biopolítica en el momento que la soberanía deja de interesarse por el hacer morir, por la muerte del individuo, y se centra en la producción de la vida, en el hacer vivir (Foucault, 2009, pp. 141-169).

En cambio, Roberto Esposito trata de salvar esta distancia a partir del paradigma propiamente moderno de la *immunitas*. Su punto de partida es la *distorsión* que el léxico filosófico-político ha hecho de la comunidad al ser nombrada desde el aparato conceptual del individuo, desde la vertiente comunicacional habermasiana hasta la comunitaria de Taylor o Sandel, pasando por la tragedia de los totalitarismos. Estas posiciones lo que hacen es postular la comunidad, por utilizar las palabras de Sandel, como una «subjetividad más amplia» (Sandel, 2000, p. 181). De ahí que tanto las posiciones comunitaristas liberales como las organicistas presentan una concepción de la comunidad en sentido propietario, de tal forma que esta estaría conformada por un conjunto de individuos que comparten un atributo común, una sustancia común. En palabras de Esposito, «se concibe a la comunidad como una cualidad que *se agrega* a su naturaleza de sujetos, haciéndolos *también* sujetos de comunidad. *Más* sujetos. Sujetos de una entidad mayor, superior o inclusive mejor, que la simple identidad individual, pero que tienen origen en esta y, en definitiva, le es especular» (Esposito, 1998, p. VIII).

La modalidad en la que el paradigma inmunitario se refiere a la vida es la biopolítica. Al quedar la vida intervenida directamente por la política, se excluye toda posibilidad de una vida justa o común. Ello porque la política priva a la vida de toda cualidad, volviéndola vida desnuda, solo vida. Y en el centro entre política y vida encontramos el cuerpo (Esposito, 2020a, p. 18). El cuerpo, por tanto, se constituye como el tercer término entre vida y política, como aquella dimensión en la que la vida se conserva por medio de la inmunización política.

Frente a Agamben que se retrotrae al mundo clásico, el punto clave que da Esposito en su lectura de la biopolítica foucaultiana reside en situar su dimensión histórica en la propia modernidad por medio del paradigma inmunitario. La vinculación entre biopolítica y modernidad por medio del nexo inmunitario no niega la posibilidad de precedentes históricos, pero es cierto que es en la modernidad que se hace «de la autoconservación del individuo el presupuesto de las restantes categorías políticas, desde la de soberanía hasta la de libertad» (Esposito, 2004, p. XIII). Y como culminación de este nexo, la biopolítica totalitaria en la que se produce una biologización de la política por medio de la normatización absoluta de la vida, el doble cierre del cuerpo y la supresión anticipada del nacimiento. El nazismo, en cierto sentido, cumplió con el proyecto jurídico-inmunitario de la modernidad. Es así que el paradigma de la *immunitas* funciona como un *tertium* que vincula biopolítica y modernidad (Esposito, 2004, p. 52).

Hasta aquí planteada la primera diferencia entre las vías destituyente e instituyente. En los dos siguientes epígrafes se desarrollarán las otras dos diferencias. Si bien ambos parten de una misma línea común, aquella que podría estar presentada

por Kafka-Benjamin-Weil, pues tanto en el pensamiento jurídico de Agamben como en el de Esposito estos tres autores tendrán una influencia central. Pero si bien Agamben llevará su lectura hasta la máxima consecuencia (destituyente), Esposito, en cierta medida, recula, prueba una vía abierta por Gilles Deleuze (también clave en Agamben), pero se topa con un callejón sin salida que trata de sortear con la vía instituyente, cuyo jurista central será Santi Romano. Para abordar ambas posibilidades se recurrirá a una breve exposición de las reflexiones jurídicas de Agamben y Esposito a partir de pares conceptuales opuestos: soberanía y nuda vida vs. destituyente y vida sin obra en Agamben; *immunitas* y persona vs. instituyente y tercera persona en Esposito.

3. La vía destituyente en Giorgio Agamben

3.1. Soberanía y nuda vida

«El principio de la ley es la división» (Agamben, 2000, p. 50). Así se señala en *Il tempo che resta*. El elemento principal que separa la vida política cualificada de la mera vida es la cesura; una cesura que también separa el orden jurídico concreto del espacio político anómico, entre una vida determinada por una identidad política y una vida fuera de la determinación. La máquina ontológico-biopolítica de Occidente se funda sobre la división y la escisión de la vida (Agamben, 2018b, p. 1208; Gentili, 2016, pp. 51-67).

La *exceptio* ocupará un lugar central en el pensamiento jurídico de Agamben. La *exceptio* en relación a la nuda vida, pues «la pareja fundamental de la política occidental no es amigo-enemigo, sino nuda vida-existencia política, *zoè-bíos*, exclusión-inclusión» (Agamben, 2018a, p. 22). La estructura de la excepción se convierte así en la estructura del *arché* de la vida occidental. Y en el ámbito que aquí nos interesa, el derecho también es un mecanismo de división y cesura: «La excepción es la forma originaria del derecho» (Agamben, 2018a, p. 38).

Para atender a las parejas categoriales nuda vida-existencia política y exclusión-inclusión, Agamben recurre a la figura del derecho romano arcaico del *homo sacer* que toma de Festo: «la vida matable e insacrificable» (Agamben, 2018a, p. 23)². Se trata de aquella vida que podía ser asesinada sin que fuera un asesinato y al mismo tiempo insacrificable. A partir de esta figura, muestra cómo la política moderna hace coincidir el espacio de la vida desnuda, originalmente al margen del ordenamiento, con el espacio político, de tal forma que «exclusión e inclusión, externo e interno, *bíos* y *zoé*, derecho y hecho entran en una zona de irreductible indistinción» (Agamben, 2018a, p. 23). Esta es su especificidad: «la impunidad de su asesinato y la prohibición del sacrificio» (Agamben, 2018a, p. 75). Por eso lo que define al *homo sacer* no es tanto la ambivalencia de su sacralidad, cuanto «el carácter particular de la doble exclusión en la que se encuentra atrapado y de la violencia en la que se halla expuesto» (Agamben, 2018a, p. 82). Esta acción violenta que sufre el *homo sacer* escapa tanto de la esfera jurídica (no es un homicidio ni la ejecución de una condena) como de la esfera religiosa (no es un sacrificio ni un sacrilegio). La vida desnuda queda así inexorablemente unida a un poder de muerte: «Soberana es la esfera en la que se puede matar sin cometer homicidio y sin celebrar un sacrificio; y sagrada, expuesta a la muerte e insacrificable, es la vida que ha sido capturada por esta esfera» (Agamben, 2018a, p. 82). La nuda vida constituye así el contenido primero de la soberanía. Es esta vida expuesta a la muerte, este simple hecho de vivir, el elemento jurídico-político originario. ¿Cómo funciona, entonces, el derecho?

² El romanista Luigi Garofalo ha dedicado duras críticas al uso por parte de Agamben de la figura del *homo sacer* en su libro *Biopolítica e diritto romano* (2009). En cuanto a la traducción de *uccidibile* por matable se pretende mantener la tensión que plantea la palabra en italiano, aunque la traducción se vea así forzada.

Hay dos textos esenciales para entender el funcionamiento del derecho en Agamben: *Stato di eccezione* y *Karman*. En este segundo trata de pensar la tradición occidental desde su vinculación con la cultura indo-europea. Su categoría fundamental sería la de *karman/crimen*. La hipótesis con la que trabaja Agamben es que el concepto de *crimen*, en tanto acción sancionada (imputable y productora de consecuencias), sea uno de los fundamentos del derecho, la ética y la moral religiosa occidentales. Las ideas de *causa* y *culpa* son centrales. La causa no es el proceso, sino aquello que está en cuestión en un proceso: lo que da origen a la controversia, lo que provoca la intervención del derecho, lo que lo causa, lo que implica a los seres humanos en la esfera de la ley: «la primera causa es la acusación» (Agamben, 2017, p. 12). La causa, por tanto, tiene un origen jurídico, a pesar de haber sido asumido como concepto tanto por el lenguaje filosófico como científico.

El otro concepto fundamental es el de culpa como la imputabilidad de un acto a la esfera jurídica de una persona, la cual debe producir consecuencias. Aquí culpa ha de ser diferenciada de dolo, pues si el segundo hace referencia a una intención fraudulenta, la primera a la negligencia en el ejercicio de un comportamiento debido. Por eso la culpa funciona como un umbral por el que un cierto comportamiento deviene imputable a una persona que se convierte en culpable. No designa quién ha cometido el delito, sino quién está en la culpa (Agamben, 2017, p. 17). La culpa es el nexo entre la acción y sus consecuencias. Pero falta un elemento: la voluntad. Y esta conexión entre culpa y voluntad viene articulada por la teología cristiana (Agamben, 2017, pp. 24 y 73-99). Este origen teológico también lo encontramos en la idea de sanción. Si técnicamente es aquella parte del texto legal que incorpora la consecuencia en forma de pena a la acción transgresora imputada, la sanción propiamente quiere decir hacerse *sanctus* (Agamben, 2017, p. 29). Y en la sanción se unen justicia y violencia. Este es el carácter ambiguo de la ley. El hecho ilícito no sería una negación del derecho, un hecho contrario al derecho que se encuentra fuera de este. El ilícito es la condición, y no la negación, del derecho. Por eso la sanción se presenta como la esencia de la norma jurídica. El acto debido es la coacción que establece la sanción.

El otro gran concepto que se sitúa junto a causa y culpa es el de crimen. Este se ubica en una zona de tensión entre la acusación y la acción delictiva: «crimen es la forma que la acción humana sume cuando es imputada y llamada en causa en el orden de la responsabilidad y del derecho» (Agamben, 2017, p. 46). Y crimen etimológicamente está vinculado a *karman*, en sánscrito, que significa *acción*: implica una conexión esencial entre el acto (o acción imputable en el crimen) y su consecuencia.

Kafka es esencial aquí. El guardián está ante la puerta abierta y nada impide al campesino atravesarla «si no el hecho de que esta puerta está siempre abierta y que la ley no prescribe nada» (Agamben, 2018a, p. 56). Esta es la forma pura de la ley: se afirma con más fuerza en el momento en el que no prescribe nada. La estructura originaria del *nomos* viene articulada en las palabras del sacerdote: «El tribunal no quiere saber nada de ti. Te toma cuando llegas y te suelta cuando te vas» (Kafka, 2008, p. 227). El campesino se entrega así a la ley; una ley que está abierta y no le exige nada, no le ordena nada, pero lo incluye excluyéndolo y lo excluye incluyéndolo, pues la ley se aplica desaplicándose. El fin último de la ley es producir el juicio, pero no para hacer justicia o descubrir la verdad: «el juicio es en sí mismo el fin y esto constituye su misterio, el misterio del proceso» (Agamben, 2018c, p. 774).

Esta es la aporía de la ley abierta, pero sin respuesta sobre su apertura. La ley se afirma a sí misma, está vigente, pero carece de significado: «vigencia sin significado». La ley está vigente, sí, pero no prescribe nada, no prohíbe. Kant señalaba:

la razón pura, en sí práctica, es directamente legislativa en este caso. La voluntad se

concibe como independiente de condiciones empíricas y, en consecuencia, como voluntad pura, como determinada por la mera forma de la ley y este motivo determinante se considera como condición suprema de todas las máximas (Kant, 1973, p. 37).

En esta «mera forma de la ley» localiza Agamben la vigencia sin significado: «es, de hecho, una ley reducida al punto cero de su significado y que, sin embargo, tiene vigencia como tal» (Agamben, 2018a, p. 58).

Si la ley y la vida se confunden, el estado de excepción también puede ser pensado como una vigencia sin significado, como mera forma de ley, en la que se produce la paradoja de la imposibilidad de distinguir entre la transgresión y la ejecución de la ley, entre lo que es conforme y lo que viola la norma. Ambas coinciden. Por eso, la imposibilidad de determinar si es la culpa la que funda la norma o viceversa, nos sitúa en un espacio de indistinción entre externo e interno, entre vida y derecho. Es este espacio de indistinción el que caracteriza la decisión soberana sobre la excepción. Y es esta, la excepción, el dispositivo a través del cual derecho y vida entran en relación. Es por ello que en el origen (en el sentido de *arché*) no se ubique el contrato que hace pasar de un estado de naturaleza a la sociedad civil, sino la zona de indeterminación en la que se encuentra la vida desnuda del homo sacer: el bando. Se presenta como la fuerza que atrae y repele a la vez, ligando nuda vida del homo sacer y poder soberano. Aquello que es interno y externo, excluyente e incluyente, esto es, una zona de indistinción. El bando constituye la relación de soberanía, manteniendo unida la vida desnuda y el poder del soberano.

Para presentar este espacio, Schmitt (2009) proporciona una clave al situar al soberano dentro y fuera del ordenamiento jurídico. He aquí la paradoja de la soberanía. Es el propio ordenamiento jurídico el que reconoce el poder de suspender al propio ordenamiento jurídico, de ahí que el soberano sea quien decide sobre la excepción y, al mismo tiempo, sin dejar de pertenecer al ordenamiento. Para localizar quién ejerce la soberanía no hay que acudir al monopolio de la violencia expresado en su voluntad, como se suele ser habitual desde los juristas, sino que deberemos acudir al que puede decidir el estado de excepción. La soberanía se presenta así como la decisión sobre la excepción. Pues lo que se cuestiona con la excepción soberana es «la misma condición de posibilidad de la validez de la norma jurídica y, con esta, el sentido mismo de la autoridad estatal» (Agamben, 2018a, p. 30). El soberano define el caso normal como ámbito propio de la validez, mientras la excepción viene decidida con la suspensión del derecho.

La excepción produce un espacio de indiferenciación entre hecho y derecho. De ahí que sea la estructura de la soberanía que incluye la vida por medio de su suspensión, manteniéndose la relación con la norma: «la norma se aplica a la excepción desaplicándose, retirándose de ella» (Agamben, 2018a, p. 31). La soberanía, por tanto, no es una posición de jerarquía en la que se emite la voluntad, sino la decisión sobre la excepción: «el soberano no decide lo lícito y lo ilícito, sino la implicación originaria del viviente en la esfera del derecho» (Agamben, 2018a, p. 37). De ahí que, en su origen, el derecho no se presenta como sanción ante un hecho que transgrede, sino que el orden jurídico se constituye por medio de la repetición del mismo acto sin sanción: por medio de la excepción. De esta forma, la vida queda aprehendida por medio no de la sanción, sino de la culpa: «la relación originaria de la ley con la vida no es la aplicación, sino el abandono» (Agamben, 2018a, p. 40).

Walter Benjamin será crucial en la indagación que dedicará Agamben al estado de excepción en el primer libro del segundo volumen de *Homo sacer*. Titulado en la versión integral de la saga como *Iustitium. Stato de eccezione*, supone una arqueología del derecho que a su vez cubre la laguna de una teoría del estado de excepción. Al inicio

sitúa la definición: «la excepción es el dispositivo original a través del cual el derecho se refiere a la vida y la incluye por medio de su propia suspensión» (Agamben, 2018d, p. 175). La excepción como dispositivo es originaria en el sentido del *arché*. Este dispositivo funcionará por medio de una exclusión-inclusiva sobre la vida. Se excluye de la normalidad para ser incluida en la excepción. Por eso el estado de excepción «se presenta como la forma legal de lo que no puede tener forma legal» (Agamben, 2018d, p. 175), como una fuerza que se muestra solo al suspender la legalidad (Galindo Hervás, 2005, p. 35). De tal forma que el derecho incorpora la vida por medio de su suspensión. Aquello que no puede tener forma legal se constituye, así, en un estado kenomático, en un vacío de derecho y en una indistinción de los diversos poderes, una situación de plenos poderes. Hecho y derecho se confunden en una zona de indistinción, de tal forma que se producen, a través de un hecho extrajurídico, nuevas normas, un nuevo orden jurídico, por medio de la suspensión del orden jurídico. La ley se aplica desaplicándose: «fuerza-de-ley [es decir, se aplica desaplicando] una norma cuya aplicación ha sido suspendida» (Agamben, 2018d, p. 207).

Quedan así confundidos poder legislativo y poder ejecutivo. Esto es lo que caracteriza al estado de excepción: leyes vigentes a las que se les sustrae la fuerza y actos que no son leyes a los que se le da la fuerza: «el estado de excepción no es tanto la confusión de los poderes, sobre la que se ha insistido hasta la saciedad, como el aislamiento de la “fuerza-de-ley” en relación a la ley» (Agamben, 2018d, p. 205). El estado de excepción, por tanto, se constituye como un vacío donde se pone en juego una fuerza-de-ley sin ley, es decir, fuerza-de-~~ley~~ (con la palabra «ley» tachada).

Desde este vacío, ¿qué naturaleza tienen los actos realizados durante el *iustitium* para cumplir su función? Sustraídos a toda determinación jurídica, se sitúan en un no-lugar. Ni transgreden, ni ejecutan, ni legislan. Una suerte de grado cero del derecho donde la ley está vigente pero no se aplica. He aquí que el sistema jurídico occidental tenga una estructura doble: normativo y jurídico en sentido estricto (*potestas*) y anómico y metajurídico (*auctoritas*). Ambos se necesitan. El estado de excepción es el dispositivo que articula los dos aspectos de la máquina jurídico-política, produciendo un umbral de indecibilidad entre anomia y *nomos*, vida y derecho, *auctoritas* y *potestas*³.

3.2. Abdicar de todo derecho

¿Es posible abrir una brecha en la excepción? En *Altissima povertà* desarrolla dos formas de vida que al final fueron fallidas pero que nos permiten pensar una relación otra entre vida y derecho a partir de una forma-de-vida, esto es, una vida indisoluble de su forma: «una vida humana completamente sustraída a la captura del derecho y un uso de los cuerpos y del mundo que no se sustancia nunca en una apropiación. Es decir, pensar la vida como aquello de lo que no se da nunca propiedad sino solo uso» (Agamben, 2018e, p. 891). Las dos experiencias vitales son el monaquismo y el franciscanismo. Ambas, como decimos, fallaron: la primera por tomar la forma de una liturgia y la segunda por no lograr separarse del todo del derecho. Aunque fallidas, sí que nos señalan la necesidad de pensar cómo «el dominio planetario del paradigma de la operatividad exige trasladar la confrontación decisiva a otro terreno» (Agamben, 2018e, p. 1003). Lo que nos sitúa Agamben es una posibilidad postsecular, al plantear una línea de fuga desde dentro de la propia teología política.

³ También se pueden poner en relación las obras *Stasis* (2018f) y *A che punto siamo* (2020). Gobernar a partir del estado de excepción no es solo un decreto de urgencia como paradigma de gobierno. Es también desarticular y vaciar ideologías, instituciones, formas de vida, donde la crisis se plantea como una crisis sacrificial. Con la pandemia, Agamben nos sitúa ante la gran transformación de las democracias occidentales que en nombre de la bioseguridad y de la salud han puesto en crisis los derechos liberales, los parlamentos y las constituciones a través de la figura de estado de excepción esta vez no proyectado sobre un enemigo exterior, sino interior, dentro de nosotros.

A partir del umbral entre regla y vida, Agamben se ocupa de estudiar la orden franciscana como un movimiento centrado en la vida. Es una vida que se hace forma ella misma sin necesidad de un código normativo. Este era el peligro que rápidamente se captó en la curia romana y que llevó a un arduo debate teológico y jurídico para desactivar la potencia franciscana (Grossi, 1992, p. 128). La regla franciscana fue, sin duda, una puesta en crisis de la categoría de la propiedad privada, de la relación entre los seres humanos y las cosas, entre *dominium* y *paupertas*. La novedad de este movimiento era una forma de vida sobre la base de la pobreza y el *usus pauper*, en la cual el derecho civil era difícilmente aplicable. Una *forma vitae* como «modo de vida que, en la medida en que se adhiere estrechamente a una forma o modelo del cual no puede separarse, se constituye por eso mismo como ejemplo» (Agamben, 2018e, p. 966). La estrategia de la Iglesia consistió en tratar de ordenar de tal forma que conformara un orden monacal o incluirlo en otro. Cuando esto falló, se pasó a la doctrina: fueron condenados como heréticos.

Usus pauper y renuncia a toda propiedad. Esta es la altísima pobreza que los franciscanos trataron de hacer como forma de vida y a la que se opuso drásticamente el papado. Porque esa forma-de-vida suponía situarse más allá de la soberanía, una renuncia explícita al derecho, en concreto al derecho por excelencia: la propiedad privada. He aquí la *abdicatione omnis iuris*: la posibilidad de una existencia por fuera del derecho. Porque la pobreza no consistía solo en una cuestión espiritual, sino toda una regla (Grossi, 1992, p. 126). Este discurso sobre la pobreza es un discurso, a la vez, sobre la propiedad privada. Agamben define así el franciscanismo: «el intento de realizar una vida y una praxis humana absolutamente por fuera de la determinación del derecho» (Agamben, 2018e, p. 977). Esta es la novedad de la forma-de-vida franciscana por medio de la separación entre la propiedad y el uso, entre la voluntad y el mundo de los hechos (Grossi, 1992, p. 185). Es precisamente ese constituirse como vida sin relación con el derecho, ese simple uso de las cosas, lo que hace que una vida devenga justa (Coccia, 2013, p. 175). ¿Cómo pensar una vida fuera del derecho?

3.3. Potencia destituyente y vida sin obra

La *pars construens* de la filosofía del derecho de Agamben nos sitúa ante el reto de pensar la política que viene sobre la inoperosidad en tanto desarticula la relación entre *bíos* y *zoè*: «No puede ser ni la simple ausencia de obra ni (como en Bataille) una forma soberana y sin empleo de la negatividad. El único modo coherente de entender la inoperosidad sería pensarla como un modo de existencia genérica de la potencia, que no se agota (como la acción individual o la colectiva, entendida como la suma de las acciones individuales) en un *transitus de potentia ad actum*» (Agamben, 2018a, p. 66). Es así que Agamben recurra a un texto de juventud de Benjamin: *Notizen zu einer Arbeit über die Kategorie der Gerechtigkeit* (1916). Agamben recupera este texto en *Stato di eccezione* para plantear cómo en el juego y en el estudio, y no en el derecho, podemos encontrar la justicia —entendida como categoría ontológica y no moral (Agamben, 2016, p. 51):

«un día la humanidad jugará con el derecho, como los niños juegan con objetos en desuso, no para restituirlos a su uso canónico, sino para liberarlos definitivamente de ello. Lo que se encuentra después del derecho, no es un valor de uso más propio y original, precedente al derecho, sino un nuevo uso, que nace solo tras él. También el uso, que ha sido contaminado por el derecho, debe ser liberado de su propio valor. Esta liberación es la tarea del estudio, o del juego. Y este juego estudioso es lo que permite acceder a esa justicia» (Agamben, 2018d, p. 228).

Aquí será central la categoría de *uso* que desarrolla en el libro que cierra la saga *Homo sacer. L'uso dei corpi*. En el marco de su labor arqueológica de rescatar lo no-dicho, Agamben no define la política que viene, pero sí plantea una forma-de-vida como

potencia destituyente: «Con el término “forma-de-vida” se entiende una vida que no puede separarse nunca de su forma, una vida en la que no es posible nunca aislar algo como una nuda vida» (2018b, p. 1212). Y la categoría *uso* tomará protagonismo. Para ello es preciso rehuir de su concepción meramente instrumental que entiende el uso siempre dirigido a algo. Así, con Aristóteles sabemos que si el hombre es un ser-en-obra del alma según el *logos* (1985, p. 141), el esclavo es aquel cuya obra consiste en el uso del cuerpo. Es por ello que la praxis del esclavo no está definida por la obra que produce, sino por el uso del cuerpo (Agamben, 2018b, p. 1032).

Lo que está planteando Agamben es en qué medida se ha cancelado la noción de uso (de la actividad inoperante) en favor de la noción de producción. Si la producción articula la relación de clase, es preciso la idea de apropiación. El uso, en cierta forma, ha devenido, con la modernidad y en el sistema de producción capitalista, como aquello capturado y excluido para hacer posible la apropiación. Por eso es preciso repensar el uso del cuerpo, pues «lo que nos parece a nosotros modernos tan escandaloso –el derecho de propiedad sobre las personas– podría ser la forma originaria de la propiedad, la captura (la *ex-ceptio*) del uso de los cuerpos en el derecho» (Agamben, 2018b, p. 1051). Y de lo que aprendimos de los franciscanos es que el uso aparece cuando se renuncia a la propiedad. Por eso «común no es nunca una propiedad, sino tan solo lo inapropiable» (Agamben, 2018b, p. 1104). A partir de la noción de uso es posible pensar una forma-de-vida, esto es, una vida inseparable de su forma, acabando con el primado del acto y pensando en una potencia sin necesidad de ser trascendida en acto (Galindo Hervás, 2015, pp. 144-145). Si el poder político separa y captura la nuda vida, la forma-de-vida se hace como potencia y uso común.

Desde esta forma-de-vida y la desarticulación de la escisión, Agamben plantea una «potencia destituyente» frente al par poder constituyente-poder constituido, similar a la relación entre potencia y acto. La potencia destituyente trata de deponer la metafísica de un Derecho del derecho, afirmando la inmanencia de la inoperosidad y del uso. Por eso la cuestión no es ampliar derechos a quienes están desprotegidos. La cuestión es rebasar la diferencia entre ser humano y ciudadanía del Estado, superando una concepción del derecho que presupone y establece la separación entre la existencia política y la existencia natural.

4. La vía instituyente en Roberto Esposito

4.1. Derecho inmunitario

La labor iniciada por Roberto Esposito con *Communitas* y que continuará con *Immunitas*, *Bíos* o *Terza persona*, ha supuesto un reinicio del pensamiento de la comunidad con presupuestos nuevos que tratan de escapar de la gramática de lo propio, de la identidad y de la reducción a lo Uno. Frente a ello, se proyecta el *cum*, lo que nos expone. Por eso es significativo que desde el título de la introducción de *Communitas*, *Nada en común*, se ponga sobre la mesa la necesidad de pensar la comunidad fuera del paradigma propietario-identitario, fuera del criterio de pertenencia, de la soberanía. Una comunidad sin reducción a lo Uno, que no esté fundada sobre la relación de fuerza del Estado hobbesiano ni sobre las leyes mercantiles de la operatividad del Estado liberal-capitalista (Lisciani-Petrini, 2008, p. 41).

Lo que nos plantea Esposito es cómo pertenencia y propiedad se co-implican. Se pertenece a la comunidad en tanto se es propietario del elemento de la pertenencia. Es ese propio lo que excluye e incluye a la vez. Pertener a una comunidad como la nacional (o cualquier otra) implica ser propietario de una nacionalidad determinada, que es común a quienes poseen también el mismo título de propiedad. Sin embargo, quienes carezcan de dicho título, quedarán excluidos,

negándoles la pertenencia. La semántica del *proprium* es la que produce esa distorsión léxica. Se trata de la lógica inclusión-exclusión: «ellos tienen en común lo que les es propio, son propietarios de lo que les es común» (Esposito, 1998, p. IX).

Es frente a esta configuración de la comunidad que traza Esposito un nuevo planteamiento. Ya no será una comunidad articulada sobre la base de la propiedad y la pertenencia, o de la identidad y del contrato, sino, precisamente, sobre esa nada en común del ser-en-común. Lo que caracteriza a lo común no es lo propio sino lo impropio; una común ausencia de identidad, una ausencia de lo propio, una impropiedad radical. Impropia en tanto el intercambio no pertenece a nadie, pero también improductiva, imposible de traducir en una obra, e impolítica, como alteridad radical en relación a toda instancia de representación política moderna (Karmy, 2014, p. 57).

¿Dónde se ubica la comunidad político-jurídica moderna? En la exoneración de la deuda. Frente a la obligatoriedad del don, de la expropiación de la subjetividad, también encontramos la liberación de ese deber por medio de un mecanismo que interrumpe el don, protegiendo lo propio. Frente a la *communitas* y este don-a-dar, se encuentra la *immunitas* como su contrapunto semántico. En términos jurídicos se traduce en que la *communitas* se refiere al sacrificio de la *compensatio*, mientras que la *immunitas* representa el beneficio de la *dispensatio*, ya que el inmune es el *ingratus* (conserva su propia sustancia, liberado o exento de la deuda). La modernidad supone un proyecto inmunitario que surge para evitar el peligro del contagio de lo común y el contagio de la relación. Por eso la modernidad es el tiempo del enemigo (Esposito, 1999, p. 69). Desde esta inmunidad, el individuo necesita liberarse de la deuda del don-a-dar, exonerarse de la relación con el otro, defenderse contra los efectos expropiadores.

En una entrevista realizada durante la pandemia de 2020, Esposito afirmaba que «no existen comunidades históricas privadas de formas de inmunización, la primera de las cuales es el derecho, sin el cual los conflictos serían insostenibles»⁴. El derecho se constituye como la primera forma de inmunización para la comunidad, como la primera forma que interrumpe el don que nos pone en relación, como la primera forma de la violencia. La comunidad queda así cerrada sobre sí misma, replegada, «en una forma que resulta a la vez constitutiva y destitutiva: que la constituye –o reconstituye– precisamente al destituir la» (Esposito, 2020a, p. 10). Es por ello que, al proteger la comunidad, esta es negada. O a la inversa: solo por medio de la negación de la comunidad es posible su protección. La *immunitas* reconstruye lo propio.

La modernidad, como se ha dicho, se construye sobre un proyecto inmunitario que surge para evitar el peligro del contagio de lo común y el contagio de la relación. El derecho constituye una de las herramientas de este sistema inmunitario, quizá la más importante, de tal forma que «ya no es el mecanismo inmunitario función del derecho, sino el derecho función del mecanismo inmunitario» (Esposito, 2020a, p. 10). El derecho se sitúa entre la conservación y la exclusión de la vida, ya que la inmunización jurídica conserva la comunidad (y la vida) mediante su destitución. El derecho niega las posibilidades del *munus*. El derecho es una forma de regular y producir normatividad, efectivamente, pero, especialmente, una forma de negar la comunidad y el deber de donarse. El derecho protege y prolonga la vida de la comunidad de forma indirecta, desviada y perversa.

⁴ [osservatoreromano.va/it/news/2020-05/la-prima-immunizzazione-e-il-diritto.html](https://www.osservatoreromano.va/it/news/2020-05/la-prima-immunizzazione-e-il-diritto.html) (visitado el 5 de junio de 2022). Véase también las últimas reflexiones de Esposito sobre la *inmunidad común* (Esposito, 2022).

He aquí la aporía del derecho: protege la vida, negándola. Al hacerla cada vez más propia, también la hace menos común. El derecho desactiva la obligación de compartir que es lo que hace común a la comunidad. De ahí la importancia que le dio Simone Weil al paso de la semántica de los derechos a la semántica de los deberes: solo se es sujeto directo de deberes, no de derechos, pues estos en todo caso serán transmutaciones indirectas de los deberes. De ahí que quede conectado con la universalidad de las necesidades (Fulco, 2020, p. 137). Haciendo que uno sea sujeto solo de su propia expropiación, de la expropiación de lo que le es propio. Es contra esto que el derecho responde: «reconstituye el pasaje directo entre derecho y sujeto interrumpido por la línea divisoria de la obligación» (Esposito, 2020a, p. 23). La categoría *persona* será necesaria para que la inmunización jurídica despliegue sus efectos.

4.2. El dispositivo de la persona y lo impersonal

Entre 2007 y 2014, Esposito publicó una serie de textos en la línea deleuzeana planteada al final de *Bíos* (*Terza persona, Le persone e le cose* y *Due*). Estos textos se centrarán en la noción de *persona* con un doble objetivo: sacar a la luz cómo funciona este dispositivo inmunitario y construir a partir de ahí, o desde su inversión, una filosofía de lo impersonal como biopolítica afirmativa.

Lo cierto es que la categoría persona ha tenido un gran éxito en el léxico filosófico, jurídico y teológico. Pensemos en cuestiones bioéticas actuales y la noción de no-persona (Esposito, 2014, pp. 29-35). Más aún a partir de la Segunda Guerra Mundial cuando la reducción del ser humano a simple cuerpo desnudo hizo necesaria la reificación de la persona, para conectar derecho y vida, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, donde se reproduce el primado ontoteológico de la persona y su condición de pensabilidad del sujeto de derecho (y viceversa). Tanto es así que solo a partir de la noción de persona pueden ser pensados los derechos humanos, pues es la ciudadanía como límite nacional, la que articula el paso siguiente de los derechos fundamentales (Esposito, 2007, pp. 5-7). Pero la ineficacia de los derechos humanos –o el fracaso de la recomposición entre derecho y vida– quizás pueda explicarse por cómo la noción de persona se plantea desde la separación, no siendo capaz de subsanar el hiato entre vida y derecho que ella misma produce (Esposito, 2018b, p. 33). Esto provoca la exclusión de la vida de la tutela del derecho (Esposito, 2007, p. 91). El dispositivo de la persona reabre así el enigma entre el ser y el modo de ser, entre *bíos* y *zoè*, a partir de un mecanismo apropiativo en el que una parte (animal, vegetativa, corpórea) es gobernada y dominada por otra parte (racional que se presenta como universal, objetiva y neutral), de forma tangencial a la idea de soberanía. Ser persona, por tanto, implica ser dividido con el fin de someter una parte a otra, haciendo un objeto de la otra. El dispositivo de la persona, entonces, produce una cesura tanto exterior como interior de lo viviente.

Es así que la figura jurídica del dispositivo de la persona muestra cómo funciona el derecho: se incluye por medio de la exclusión. Si unos están incluidos en la categoría persona es precisamente porque otros están excluidos. Solo a partir del contraste es posible. El proceso de personificación coincide con el de despersonificación, y esto es algo que la teoría del derecho ha olvidado (Esposito, 2007, p. 15). De ahí que la persona no coincida con el cuerpo en el que se inserta, como la máscara no lo hace con el rostro del actor: «sólo si existen hombre –y mujeres– que no sean del todo, o no lo sean en absoluto, considerados personas, otros podrán serlo o podrán conseguirlo» (Esposito, 2018b, p. 40).

¿Qué ocurre entonces con el cuerpo? Si no coincide con la persona, ¿es situado en la cosa? Tampoco. El cuerpo ha sido aquello que ha oscilado entre la

persona y la cosa. A pesar de que el cuerpo es el centro de imputación de las prácticas de poder, ha sido excluido del derecho –ni siquiera hay una definición jurídica– porque es situado como el espacio de los instintos y pasiones que debe ser neutralizado por la razón. Para poder desatar este nudo metafísico y poder romper con este dispositivo teológico-político de la persona, es preciso abordarlo por medio del cuerpo viviente (Esposito, 2014, p. 12).

El cuerpo viviente es precisamente lo que reconstruye el vínculo interrumpido por la división entre persona y cosa (Esposito, 2014, p. 91). En cierto sentido, y de nuevo aquí vuelve Simone Weil, el núcleo del cuerpo reside en lo impersonal (Esposito, 2014, p. 79). Para poder desactivar el dispositivo de la persona hay que salir de la órbita del derecho, vinculado a la persona, y acudir a la justicia, espacio de lo impersonal. Por eso es necesaria la dislocación del puesto que ocupa la persona (Esposito, 2013, p. 11). Lo que quedará tras la desactivación será una vida, la inmanencia de una vida.

Para plantear una filosofía de lo impersonal como biopolítica afirmativa, Esposito lo hace a partir de la ruptura que provocan del dispositivo de la persona varios autores, de Nietzsche a Foucault, pasando por Benveniste, Weil, Blanchot, Deleuze, Kojève, Averroes, Bruno o Spinoza. Una parte maldita –algunos de ellos pasados por la hoguera, sus obras o sus cuerpos– que exteriorizó el pensamiento frente a la interiorización de la conciencia, que supuso una ruptura con la idolatría y la representación, que planteó una salida, un abandono, de lo propio y una vía de escape de la biologización de la política y del derecho.

Ello implica una concepción otra del derecho, una radical modificación del léxico filosófico, jurídico y político: «una biopolítica finalmente afirmativa puede, y debe, apuntar, más bien, al vuelco de su relación de fuerzas. No es admisible que el derecho –el antiguo *ius personarum*– imponga desde afuera y desde arriba sus propias leyes a una vida separada de sí misma: es la vida, en su composición al mismo tiempo corpórea e inmaterial, la que debe hacer de sus propias normas la referencia constante de un derecho cada vez más ajustado a las necesidades de todos y cada uno» (Esposito, 2018c, p. 30). Lo impersonal se situará así en el confín de la persona interrumpiendo el dispositivo de separación. Lo que supone «abrir paso al conjunto de fuerzas que, en vez de aniquilar a la persona –como pretendió hacerlo la tanatopolítica del siglo XX, que terminó por reforzarla–, la empujan hacia afuera de sus confines lógicos, e incluso gramaticales» (Esposito, 2007, p. 19).

Quizás el paradigma iconográfico de lo impersonal lo podamos encontrar en lo irrepresentable de Leonardo da Vinci, en la multiplicidad y la contaminación, en *synolón* entre fuerza y forma, exterior e interior, bíos y zoè, en la apertura de la persona a lo que aún no ha sido de la *Battaglia di Anghiari* (Esposito, 2010, pp. 85-94). Se trata de un cuadro inconcluso de Leonardo, a inicios del siglo XVI, que hubiera sido expuesto en el Palazzo Vecchio de Florencia. El cuadro presenta la batalla en Anghiari (Arezzo) entre florentinos y milaneses, el 29 de junio de 1440. Pero la obra no se concluyó. Leonardo la abandonó antes de terminarla y finalmente se perdió. Su proyección era de dimensiones descomunales: 17 metros y medio por 7, aunque Leonardo solo llegó a pintar la escena central. La obra, por tanto, no existe, pero la conocemos por los diversos bocetos que se encuentran en varias galerías (Venecia, Londres, Budapest) y por las innumerables reproducciones, tanto cercanas a Leonardo como de pintores conocidos como Rubens, que la reprodujo un siglo más tarde (hacia 1603).

¿Qué es lo que hay/hubo/hubiera habido en el cuadro de Leonardo? Una batalla, jinetes sin espuelas y sin emblemas heráldicos (por lo que no se puede saber

quiénes son florentinos y quiénes milaneses) y caballos sin riendas, espadas, escudos, rostros y cuerpos que se entrecruzan, que se mezclan, que se contaminan, que se multiplican sin posibilidad de reducirse a la unidad. Lo irrepresentable de lo que no se puede pensar o de lo que se piensa, pero no se puede expresar. El cuadro no nos lleva a una batalla concreta, sino a lo arcaico de la batalla. Porque en el centro no hay una lucha entre florentinos y milaneses, sino la lucha misma, el conflicto, en un torbellino en el que hombres y caballos se mezclan, se hacen indistintos, son recíprocos, impidiendo distinguir entre ataque y defensa, entre ser humano y animal. Aparece así la humanización de la bestia y la bestialización de lo humano. Como sostiene Esposito, lo que muestra la *Battaglia* es la capacidad que tiene el ser humano de corromper al animal, transmitiéndola la misma locura homicida. De ahí que sea el ser humano el monstruo con connotaciones bestiales y no la bestia con connotaciones humanas (Esposito, 2010, p. 98).

4.3. Instituir

Construir un derecho otro ya no desde la persona, la ciudadanía o la soberanía, sino sobre esta tercera persona, sobre lo impersonal, sobre la vida desnuda, sobre el cuerpo. El derecho, como primera figura inmunitaria, debe también ser reformulado a partir de la noción de vida. Se trataría de un derecho inmanente a la vida, a la forma de vida, sin las pretensiones de neutralización, separación u orden. Un derecho producto de una política de la vida: «sólo a partir de ella [la vida] sería concebible una relación intrínseca entre humanidad y derecho, sustraída al corte subjetivo de la persona jurídica y reconducida al ser singular e impersonal de la comunidad» (Esposito, 2007, p. 171). Una vida que ya no es personal, sino singular. Y una singularidad que no estará sometida a la subjetividad, sino que la producirá.

La inmanentización del derecho nos llevaría de lo inmunitario a lo común, a un derecho común similar al uso común en Agamben. Ello podría suponer una radical transformación de la forma jurídica: la norma ya no puede ser general y abstracta, sino que debe seguir la contingencia de la vida. Esta sería una vía para poder salir de una democracia inmunitaria que protege una porción de la vida a través de la puesta en peligro, o directamente el abandono, de otra parte de la vida. De una democracia incapaz de salir de la declinación negativa (Esposito, 2018b, p. 114). Pues la democracia «no es otra cosa que la ausencia de comunidad» (Esposito, 2011, p. 66), ya que cada vez más ha interiorizado una exigencia inmunitaria (Esposito, 2018d y Esposito, 2022). De ahí que la pregunta fundamental no es tanto si la comunidad puede reingresar en el léxico de la democracia, sino, por el contrario, si la democracia lo puede hacer en el de la comunidad.

Será en *Pensiero istituyente*⁵ donde Esposito realice un viraje en su propia trayectoria intelectual, abandonando en cierta medida la apuesta por Deleuze-Weil y lo impersonal para construir un derecho otro a través de un *institutional turn*. Aquí plantea tres paradigmas de ontología política post-metafísica (relación entre ser y política) a partir de Deleuze, Heidegger y Lefort, a saber: potencia destituyente, poder constituyente y pensamiento instituyente o post-maquiaveliano en tanto conflictualista. Quizás lo que haya detrás de este libro sea la intención de *posicionarse* en el marco de la *Italian Theory* con un paradigma propio, una forma otra de pensar la relación entre orden y conflicto, sin que uno presuponga la eliminación del otro. Si trabaja la potencia destituyente con Deleuze y el poder constituyente con Heidegger, estos dos paradigmas de ontología política nos remiten directamente a la obra de

⁵ Un breve acercamiento a esta obra puede verse en un texto anterior de Esposito (2019) y un desarrollo posterior (2021).

Agamben y a la de Negri. El pensamiento de Claude Lefort será el que proporcione a Esposito esa tercera vía en oposición a los otros dos pensadores italianos.

Pareciera que Esposito, en conflicto silente contra Agamben y Negri, fuera contra sí mismo, al menos contra el Esposito anterior a *Politica e negazione*, al Esposito de *Terza persona*. Da un giro, un cambio de sentido, y cancela la vía abierta de lo impersonal para arribar a lo instituyente. Su objetivo es salir de la reducción al Uno, a lo unívoco, o a lo múltiple, a lo plurívoco, para arribar a lo conflictual, al antagonismo fundamental, de la tensión del Dos. Y este paradigma instituyente plantea una praxis *de parte, partisana*, «orientada hacia la ampliación de la libertad y la reducción de las desigualdades» (Esposito, 2020b, p. XVIII). Lo instituyente no destruye, sino que innova en un sentido afirmativo, pero siempre teniendo como originario el conflicto. Por eso Maquiavelo será situado en el corazón del paradigma instituyente. Por eso la lógica instituyente manifestará una profunda relación con la historicidad de la experiencia.

Frente al paradigma destituyente que desactiva en clave salvífica (*de-creatio*) y la semántica teológico-política del paradigma constituyente que disuelve en nombre de una creatividad acelerada que destruye cuanto crea (*creatio ex nihilo*), el paradigma instituyente se basa en un movimiento de *creatio ex aliquo*: «mantiene juntos origen y duración, funcionando uno para el potenciamiento del otro» (Esposito, 2020b, p. XIX). Se trata de una vía que no conduce ni a la solución hiperpolítica del poder constituyente, ni a la ontología eufórica de la producción post-política, así como tampoco a aquella solución impolítica de la potencia destituyente, ni a la teología melancólica de la desactivación.

El poder instituyente no cancela, no elimina, lo instituido, sino que lo empuja más allá de sí mismo en función de su modificación. Esta es la ambivalencia del verbo instituir: vive en la tensión entre la potencia afirmativa de lo nuevo y la presencia negativa de lo que ya existe. Solo así es posible que orden y conflicto no se supriman entre sí. Es por ello que crea estabilidad y estabiliza la creación, «sin proclamas revolucionaria, vaticinios mesiánicos, propósitos anárquicos, desde el momento en que no existe, ni ha existido nunca, una sociedad que haya prescindido del poder. La práctica instituyente deconstruye toda sustancialidad, pone en duda cualquier pertenencia, revela el centro vacío, de vez en cuando ocupado solo por las fuerzas que momentáneamente prevalecen, antes de ser sustituidas por otras, igualmente sustituibles» (Esposito, 2020b, p. XIX).

Para la construcción del paradigma instituyente Esposito sitúa como claves las reflexiones jurídicas de Maurice Hauriou y, especialmente, Santi Romano. Producen una fricción en el léxico jurídico, en la relación entre la ley y la institución –y aquí institución no solo es el Estado, pues este convive con otras instituciones–, frente al normativismo kelseniano o al decisionismo schmittiano. Por eso «decir que el derecho, en lugar de responder a instituciones fijas en el tiempo, nunca deja de instituirse, significa atribuirle una fuerza transformadora que libera de toda su potencia performativa» (Esposito, 2020b, pp. XX-XXI). Así, el derecho instituyente puede intervenir eficazmente sobre la vida, no para salvarla o recrearla de nuevo, sino para modificarla desde su interior.

Es al final del libro que Esposito dedica unas páginas de forma explícita al derecho a partir del texto de Lefort *Droits de l'homme et politique*. Partiendo de la crítica que hace Marx a la construcción de los derechos en las revoluciones burguesas y del punto ciego en el que se encuentra el marxismo, Lefort lo que destaca es que se produce una autonomía del derecho con respecto al poder soberano del que precedentemente dependía. Es así que es posible el carácter performativo,

productivo, operativo del derecho. Este es el carácter instituyente del derecho, de tal forma que ningún derecho es reducible solo a lo que reivindica, sino que siempre abre la puerta a posteriores derechos. Señala Esposito que «esto no significa que la institución de nuevos derechos se desencadene automáticamente por el proceso histórico. Siempre son objeto de una lucha que surge de intereses diferentes y opuestos. Pero la posibilidad misma de esta lucha por el derecho es en sí misma un valor jurídicamente asegurado por la democracia. Lo que está en juego es un enfrentamiento, siempre tenso, con un poder que no puede tener fin. Por un lado, el derecho presume el poder –ya que no puede haber sociedad sin un dispositivo que la instituya dividiéndola en partes opuestas– y por otro lado surge de una resistencia» (Esposito, 2020b, p. 226).

Por eso los derechos no pueden reducirse solo a lo que reivindica, sino que modifica las relaciones de fuerza, contesta a los poderes vigentes forzando los límites del ordenamiento jurídico preexistente. De ahí que la institución de nuevos derechos (su potencia instituyente) no solo contrasta con el poder constituido, sino que también con el derecho positivo. Esposito finaliza el texto, antes de un excursus final sobre Santi Romano, con una tesis que contrasta con toda su obra anterior en relación al derecho, ligada a Simone Weil –que en este texto desaparece. Señala Esposito: «pero es propiamente tal ‘negatividad’ [que pone en cuestión el confín entre legítimo e ilegítimo] la que confiere al derecho una potencia afirmativa capaz de vivificar todo el proceso instituyente» (Esposito, 2020b, p. 227).

La práctica instituyente pone en duda los modos de pertenencia, deconstruye toda sustancialidad, nos plantea cómo el sujeto viene transformado, modificado, por el conflicto. ¿Es compatible el paradigma inmunitario y el pensamiento instituyente? ¿Y lo impersonal? En *Istituzione* Esposito trata de rastrear un umbral de compatibilidad a partir de la idea de *derecho viviente* o *derecho impersonal* como aquel en el que se conecta institución y vida, no en el sentido de un gobierno de la vida, sino como «la vida *del* derecho es también la vida *en el* derecho» (Esposito, 2021, p. 141), de tal forma que no se sacrifique un término por el otro, sino que, por el contrario, se potencien recíprocamente. Un derecho que es comprendido como conflicto, como lucha *en el* derecho y *por* el derecho. Un derecho impersonal, viviente, común, que cuya traducción en no fácil: «instituciones que sitúan en el centro la creación de una efectiva igualdad, imaginar el estatuto de instituciones impersonales, en tanto externas al léxico jurídico de la persona» (2021, p. 148). Aquí ya no se supone o presupone el concepto de sujeto, sino una subjetividad en relación con el verbo instituir, una subjetividad que ya no será trascendente y que coincide con la praxis y el movimiento del instituir. *Instituir una vida o una vida instituyente*. De ahí la expresión romana *vitam instituere* que hace referencia tanto a lo instituyente como a lo instituido de la vida, así como a «la dimensión potencialmente vital de las instituciones» (Esposito, 2023, p. VIII). Se trata del cruce entre derecho y vida sin que uno domine al otro. *Vitam instituere* nos sitúa ante la posibilidad de un modelo jurídico inmanente. En la genealogía que plantea, Santi Romano tendrá un papel clave.

Sin duda, Romano fue un jurista innovador, profundo y adelantado a su tiempo. Plantear en 1918 que cada institución tiene el mismo grado de legitimidad que el Estado era aventurar mucho. Sin embargo, pareciera un poco forzada su incorporación en la obra de Esposito teniendo en cuenta la línea jurídica que venía desarrollando. Pareciera que la vía Simone Weil-Gilles Deleuze que lo había llevado a lo impersonal, se convierte en un callejón sin salida. Y encuentra en Romano una puerta al final. Aunque es una puerta con una forma compleja para que entren las categorías espositianas.

¿Qué es lo que nos plantea Romano? Toda institución posee el mismo grado de legitimidad que el Estado. Por lo que este, el Estado, no es el único capaz de producir derecho. La idea de pluralismo jurídico se hace así patente. El derecho no puede ser reducido simplemente a normas, a un conjunto de normas. El derecho, para Romano, es algo más vivo, más animado: «el ordenamiento jurídico, entendido de manera tan amplia, es una entidad que se mueve en parte según las normas, pero, sobre todo, mueve, casi como los peones de un tablero de ajedrez, las propias normas, que representan así el objeto y también el medio de su actividad, más que un elemento de su estructura» (Romano, 2018, pp. 29-30). Por eso Romano vinculará el concepto de derecho con la sociedad y con el orden social. En cierta medida, plantea un derecho totalizante, un derecho ubicado en cualquier sitio: *ubi societas ibi ius* pero también *ubi ius ibi societas*. Y la clave la encuentra en la idea de institución: «todo ordenamiento jurídico es una institución, y viceversa, toda institución es un ordenamiento jurídico» (Romano, 2018, p. 38).

¿Y qué es una institución? «Por institución entendemos todo ente o cuerpo social» (Romano, 2018, p. 44). Este ente debe tener una existencia objetiva y concreta, cerrada, inmaterial. Es, así mismo, manifestación de la naturaleza social y no solo individual del ser humano. Se trata de una unidad permanente, que no pierde su identidad. El Estado, desde esta perspectiva, pierde su carácter central, deja de tener el monopolio del derecho. Hasta aquí parece no haber una oposición radical con los planteamientos de Esposito. No obstante, hay un elemento en el pensamiento de Romano que no es compatible, pensamos, con Esposito –o, al menos, con el Esposito anterior a *pensiero istituyente*–, a saber: el conflicto.

Ya nos hemos detenido suficientemente en cómo Esposito entiende el derecho como un dispositivo de neutralización, como «una violencia a la violencia por el control de la violencia» (Esposito, 2020a, p. 35). El derecho, y su mejor ejemplo sería el dispositivo de la persona, neutraliza el antagonismo a partir de una lógica inclusión-excluyente. En cambio, para Romano todo desemboca en el derecho, neutralizando toda posibilidad de un afuera: «cualquier fuerza que sea efectivamente social y venga así organizada se transforma por eso mismo en derecho» (Romano, 2018, p. 50). El derecho absorbe todo elemento social, también el conflicto: «si el derecho no puede concretarse y adquirir cuerpo si no en la institución y si, viceversa, todo lo que, organizado socialmente, es absorbido como elemento de ésta, adquiere carácter jurídico, puede extraerse el corolario de que el derecho es el principio vital de toda institución, el que anima y mantiene unidos los diversos elementos de los que resulta, el que determina, fija y conserva la estructura de los entes inmateriales» (Romano, 2018, p. 52). Se presenta un pluralismo que conserva el orden (Tucci, 2012, pp. 31-44). Vemos que se trata de una concepción del orden, de la neutralización, del Uno. ¿Es posible el conflicto? ¿Es posible el Dos?

5. Conclusión

¿Se puede pensar una línea de fuga? Si Agamben abogaba por la *abdicatione omnis iuris*, Roberto Esposito, en cambio, propondrá una reformulación sin abdicación a través de lo instituyente. Él mismo plantea la pregunta: «¿La presuposición de la ley aferra en su pliegue retroactivo todo el horizonte de la vida, o existe un punto de fuga, un resorte, que permita interrumpir el circuito? ¿Todavía se puede sustraer la comunidad a aquel paradigma sacrificial al que parece destinada, o aun tal posibilidad ya resulta perjudicada?» (Esposito, 2020a, p. 35). Las posibilidades de lo destituyente y lo instituyente nos emplazan a las dos vías iusfilosóficas de la *Italian Theory*, y en las que *vida-historia-política* conforman los ejes sobre los que articular una

modernidad jurídica otra⁶. Por eso tiene cierto sentido que Agamben plantee no una ontología de la política, sino una política de la ontología: es decir, la política está presente en el fundamento del ser antes que el ente. La política surge así de la estructura ontológica del sujeto pensante y operante: «una posibilidad como tal perfectamente irrealizable. La política que coincide con esta posibilidad irrealizable es la única política real» (Agamben, 2022, p. 86). Del mismo modo podríamos decir del Derecho: necesitamos una política de la ontología jurídica. La comunidad político-jurídica ha sido gestada a partir de la división, de la cesura, de la excepción. Es así que se divide entre nacionales y extranjeros, hombres y mujeres, etc. Se necesita de la identidad como criterio propietario de inclusión y de exclusión. Frente a esta forma de proceder, Agamben y Esposito reivindicarán una política que no produzca esa cesura, una comunidad que no se haga a partir de la propiedad, sino de la cualseidad (Agamben, 1990) o lo viviente (Esposito, 2007).

Por eso la política que viene no se articulará en la lucha identitaria y propietaria por la conquista y control del Estado, pues este puede reconocer cualquier tipo de identidad, incluso la del terrorista que quiere acabar con él. En cambio, la lucha que viene será una «*lucha entre el Estado y el no-Estado (la Humanidad), la disyunción insuperable de las singularidades cualsea y la organización estatal*» (Agamben, 1990, p. 58) porque «que las singularidades hagan comunidad sin reivindicar una identidad, que los hombres se co-pertenezcan sin una condición representable de pertenencia (ni siquiera en la forma de un simple presupuesto), eso es lo que el Estado no puede tolerar en ningún caso» (1990, p. 59). Es desde su declinación de toda identidad y de toda pertenencia que la *singularità qualunque* sea la principal enemiga del Estado. Una singularidad como resto que viene a sustituir al pueblo como sujeto histórico y que hace comunidad sin presupuesto, una pura potencia, una potencia de no que puede su propia impotencia. Es desde esta inoperatividad que puede desactivarse la violencia del derecho, la captura que hace de la vida. De ahí la importancia del *como*, de la posibilidad (Agamben, 2022). Pues lo que compartimos no es una identidad, sino una común presencia (Esposito, 2022).

La hegemonía de una Teoría del Derecho que se sustrae a toda determinación histórico-conceptual nos sitúa ante el ocultamiento de una violencia implícita al propio derecho, construida sobre un vacío que se hace llamar *neutralidad* (García López, 2020). Las reflexiones que nos proporcionan Agamben y Esposito desde la *Italian Theory* nos plantean que hay cuestiones irresolubles basadas en presupuestos aporéticos. De ahí que entre el ser y el actuar, entre la comedia y la tragedia, entre el carácter cómico y el héroe trágico, es preciso abrir el espacio de un *tertium*. Por eso, frente a la máquina bipolar de la ontología occidental que diferencia una ontología del ser (ciencia, filosofía) y una ontología de la orden (derecho, religión), entre el indicativo y el imperativo, es preciso una voluntad contra sí misma como en la ontología de la contingencia explorada por Bartleby donde se recuerda al mismo tiempo lo que hubiera podido ser y lo que no ha sido.

Bibliografía

- Agamben, G. (1990). *La comunità che viene*. Einaudi.
 Agamben, G. (2000). *Il tempo che resta*. Bollati Boringhieri.

⁶ Portinaro ha realizado duras críticas a la *Italian Theory*, acusándolos de apropiarse de Maquiavelo y no haber leído de forma atenta a Bobbio: «los protagonistas de esta orientación suelen refugiarse en aquellos oasis del archipiélago académico donde un poco patéticamente se cultiva (sin riesgo) el derecho a la alteridad de la izquierda antagonista [...]. La Italian Theory es una transposición mimética de este tipo de actividad de autopromoción a nivel cultural-elitista» (Portinaro, 2018, pp. IX-X). Sin embargo, encontramos en Portinaro un intento por domesticar a Maquiavelo, neutralizando el conflicto en una pragmática del orden.

- Agamben, G. (2016). *Che cos'è la filosofia?* Quodlibet.
- Agamben, G. (2017). *Karman. Breve trattato sull'azione, la colpa e il gesto.* Bollati Boringhieri.
- Agamben, G. (2018a). *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita.* En *Edizione integrale 1995-2015.* Quodlibet.
- Agamben, G. (2018b). *L'uso dei corpi.* En *Edizione integrale 1995-2015.* Quodlibet.
- Agamben, G. (2018c). *Auschwitz. L'archivio e il testimone.* En *Edizione integrale 1995-2015.* Quodlibet.
- Agamben, G. (2018d). *Iustitium. Stato di eccezione.* En *Edizione integrale 1995-2015.* Quodlibet.
- Agamben, G. (2018e). *Altissima povertà. Regole monastiche e forma di vita.* En *Edizione integrale 1995-2015.* Quodlibet.
- Agamben, G. (2018f). *Stasis. La guerra civile come paradigma politico.* En *Edizione integrale 1995-2015.* Quodlibet.
- Agamben, G. (2020). *A che punto siamo? L'epidemia come politica.* Quodlibet.
- Agamben, G. (2022). *L'irrealizzabile. Per una politica dell'ontologia.* Einaudi.
- Aristóteles (1985). *Ética Nicomaquea.* Gredos.
- Bodei, R. (2017). Una filosofía della ragione impura: il pensiero italiano. En E. Lisciani-Petrini y G. Strummiello (Eds.), *Effetto Italian Thought* (55-70). Quodlibet.
- Coccia, E. (2013). Regula et vita. Il diritto monastico e la regola francescana. *De Medio Aevo*, 3 (1), 2013, 169-212.
- Esposito, R. (1998). *Communitas. Origine e destino della comunità.* Einaudi.
- Esposito, R. (1999). Enemigo, extranjero, comunidad. En M. Cruz (Ed.), *Los filósofos y la política.* FCE.
- Esposito, R. (2004). *Bíos. Biopolítica e filosofía.* Einaudi.
- Esposito, R. (2007). *Terza persona. Política della vita e filosofía dell'impersonale.* Einaudi.
- Esposito, R. (2010). *Pensiero vivente.* Einaudi.
- Esposito, R. (2011). *Dieci pensieri sulla politica.* 2ª edición. Il Mulino.
- Esposito, R. (2013). *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero.* Einaudi.
- Esposito, R. (2014). *Le persone e le cose.* Einaudi.
- Esposito, R. (2015). German Philosophy, French Theory, Italian Thought. En D. Gentili y E. Stimilli (Eds.), *Differenze italiane. Política e filosofía: mappe e sconfinamenti.* Derive Approdi.
- Esposito, R. (2016). *Da fuori. Una filosofía per l'Europa.* Einaudi.
- Esposito, R. (2018a). *Política e negazione. Per una filosofía affermativa.* Einaudi.
- Esposito, R. (2018b). Il dispositivo della persona. En *Termini della politica*, Vol. II., Mimesis.
- Esposito, R. (2018c). Persona e vita umana. En *Termini della politica*, Vol. II. Mimesis.
- Esposito, R. (2018d). Democrazia immunitaria. En *Termini della politica*, Vol. II. Mimesis.
- Esposito, R. (2019). Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica. En M. Di Piero y F. Marchesi (Eds.), *Crisi dell'immanenza. Potere, conflitto, istituzione* (pp. 23-39). Quodlibet.
- Esposito, R. (2020a). *Immunitas. Protezione e negazione della vita.* 2ª edición. Einaudi.
- Esposito, R. (2020b). *Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica.* Einaudi.
- Esposito, R. (2021). *Istituzione.* Il Mulino.
- Esposito, R. (2022). *Immunità comune. Biopolítica all'epoca della pandemia.* Einaudi.
- Esposito, R. (2023). *Vitam instituere. Genealogia dell'istituzione.* Einaudi.
- Foucault, M. (2009). *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber.* Siglo XXI.
- Fulco, R. (2020). *Soggettività e potere. Ontologia della vulnerabilità in Simone Weil.* Quodlibet.
- Galindo Hervás, A. (2005). *Política y mesianismo.* Biblioteca Nueva.

- Galindo Hervás, A. (2015). *Pensamiento impolítico contemporáneo*. Sequitur.
- García López, D.J. (2020). Desterritorializar el dispositivo de la teoría del derecho. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 36, 225-250.
- Garofalo, L. (2009). *Biopolítica e diritto romano*. Jovene.
- Gentili, D. (2012). *Italian Theory. Dall'operaismo alla biopolítica*. Il Mulino.
- Gentili, D. (2016). Il mistero della separazione. En A. Lucci y L. Viglialoro (Eds.), *Giorgio Agamben. La vita delle forme* (51-67). Il Melangolo.
- Grossi, P. (1992). *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali*. Giuffrè.
- Kafka, F. (2008). *El proceso*. Alianza.
- Kant, I. (1973). *Crítica de la razón práctica*. Losada.
- Karmy Bolton, R. (2014). *Políticas de la excarnación. Para una genealogía teológica de la biopolítica*. Unip.
- Lisciani-Petrini, E. (2008). Per una 'filosofia dell'impersonale': in dialogo con Roberto Esposito. En L. Bazzicalupo, *Impersonale. In dialogo con Roberto Esposito*, Mimesis.
- Portinaro, P. P. (2018). *Le mani su Machiavelli. Una critica dell'Italian Theory*. Donzelli.
- Romano, S. (2018). *L'ordinamento giuridico*. Quodlibet.
- Sandel, M. (2000). *El liberalismo y los límites de la justicia*. Gedisa.
- Schmitt, C. (2009). *Teología política*. Trotta.
- Tucci, A. (2012). *Immagini del diritto. Tra fattualità istituzionalistica e agency*. Giappichelli.

Presentación: Una historia cultural de la corrupción institucional en el mundo antiguo y medieval. Marcos, diagnósticos y dispositivos*

Foreword: A cultural history of institutional corruption in ancient and medieval world. Frameworks, diagnosis and dispositives

David Hernández de la Fuente
Universidad Complutense de Madrid
 ORCID ID 0000-0003-0960-7717
davidahe@ucm.es

Nuria Sánchez Madrid
Universidad Complutense de Madrid
 ORCID ID 0000-0003-4273-5948
nuriasma@ucm.es

La crisis, los procesos de corrupción y la decadencia de un pasado glorioso son dimensiones constitutivas de una lectura en clave no ideal de todos los órdenes institucionales y políticos. Estas vertientes requieren ser exploradas si se desea alcanzar un conocimiento cabal de aquellos fenómenos sombríos, que, lejos de ser salvados por sus formas conceptuales correspondientes, parecen exigir un olvido productivo, consciente de que no habrían de regresar nunca al campo de la historia. Como bien señalan Marta García Morcillo y Filippo Carlà-Uhink en su contribución al dossier *Una historia cultural de la corrupción institucional en el mundo antiguo y medieval: marcos, diagnósticos y dispositivos*, «corrupción» es un término dotado de

* Este dossier surge de la colaboración entre el proyecto *On Trust* (H2019-HUM-5699) y la Ayuda RED2022-134265-T financiados por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo y por el MCIN/AEI/10.13039/501100011033, bajo la coordinación general de José María Sauca (Universidad Carlos III de Madrid) y con Nuria Sánchez Madrid como investigadora principal en la Universidad Complutense de Madrid, y el proyecto anglo-alemán *Twisted Transfers: Discursive Constructions of Corruption in Ancient Greece and Rome*, una cooperación internacional entre las Universidades de Potsdam y Durham, financiada por la *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (Alemania) y el *Arts and Humanities Research Council* (Reino Unido): <https://www.uni-potsdam.de/de/hi-altertum/twisted-transfers>

una enorme carga polisémica y valorativa, en el que modelos de sociedad variopintos han encontrado un motivo de vergüenza e ignominia y la justificación para la más decidida condena social y moral. Sin embargo, no está tan claro históricamente que las instituciones hayan sido capaces a lo largo de su historia de conformar instancias y operadores en condiciones de identificar y combatir sus propios procesos de corrupción desde su origen, con el fin de rebajar sus efectos nocivos sobre el cuerpo social. Este hecho sistemático parece denunciar que ningún proyecto colectivo nace pertrechado del deseo de asistir a su propia muerte, por mucho que la lleve inscrita en su piel social. La reflexión sobre la corrupción social y política suele ingresar en la esfera pública con paso tardío y melancólico, propio de quien es sabedor de que sus análisis y recomendaciones pueden consolar, pero no resolver realmente problemas que necesiten una solución acuciante. Ese espíritu saturniano ha presidido la conformación de los trabajos aquí reunidos, atravesados por un fructífero diálogo interdisciplinar en el que se dan cita filósofos, filólogos clásicos, bizantinistas e historiadores del mundo romano tardoantiguo, la mayoría de ellos pertenecientes al Grupo de Investigación de la Universidad Complutense de Madrid GINEDIS (970798), cuyas miradas proponen una necesaria heterogeneidad metodológica, al tiempo que despliegan preocupaciones e intereses claramente afines. Confiamos en que estas experiencias de cooperación epistémica, en las que el Grupo de Investigación mencionado viene insistiendo desde su formación en 2018, se vayan asentando en un espacio cultural como el hispanohablante, cuyas pautas de evaluación y acreditación no suelen incentivar la conversación entre disciplinas. Más allá de estas necesarias observaciones sobre el contexto académico que dio origen a estas contribuciones, es indiscutible que la cultura antigua clásica, tardoantigua y bajomedieval ofrecen un *corpus* textual nutrido de acusaciones cruzadas de corrupción entre enemigos políticos, de discursos de autodefensa del poder con respecto a toda sospecha de transgresión de las leyes y de proyección de lo corrupto sobre el enemigo o el extranjero. No hay que olvidar que en esas coordenadas históricas los territorios de la economía, la política y la religión con frecuencia se tocan e incluso se solapan (García Morcillo, 2023), modificando los hábitos de percepción de la rendición de cuentas y de la ejemplaridad institucional acostumbradas en el presente. Asimismo, el pasado confirma que la corrupción suele relacionarse con las sombras que genera el temor al *limes*, que tiende a conectarse con una abyección que no se reconoce nunca como propia (Kristeva, 2006).

Los trabajos reunidos se presentaron en forma de paneles temáticos en el Seminario Internacional *Instituciones en ruinas. Corrupción y negatividad civil a la luz de la historia cultural y la filosofía social*, celebrado del 14 al 16 de noviembre de 2022 en la Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense de Madrid, con el apoyo de los proyectos *On Trust* (H2019-HUM-5699), financiados por la Comunidad de Madrid y el Fondo Social Europeo, y el proyecto anglo-alemán *Twisted Transfers: Discursive Constructions of Corruption in Ancient Greece and Rome*, financiado por la *Deutsche Forschungsgemeinschaft* (Alemania) y el *Arts and Humanities Research Council* (Reino Unido). En este encuentro académico se dieron cita diversos especialistas en teoría crítica e historia de las ideas sociales y políticas con el propósito de enfocar, por un lado, el fenómeno de la ruina material y simbólica de la autoridad política y de la arquitectura institucional que la sostiene, y de diagnosticar, por otro, qué condiciones estructurales y qué dinámicas sociales y epistémicas propician los procesos de corrupción institucional, a fin de contribuir así también a comprender la creciente defección ciudadana de los órdenes normativos ofrecidos por las democracias contemporáneas. Los editores del dossier decidieron enfocar las perspectivas sobre el tejido institucional corrupto centradas en el espacio cultural clásico, tardoantiguo y medieval con el propósito de reivindicar la actualidad de los temores, expectativas y recursos mencionados por los autores que se preocuparon por la eliminación de los morbos que pueden asaltar el poder público. Lejos de

constituir muchas de esas aproximaciones las memorias de un mundo periclitado, cabe rastrear en ellas las huellas de un deseo insistente de controlar el decurso de los artificios humanos para, en unos casos, alcanzar la vida buena colectiva y, sobre todo, estabilizar su existencia en un tiempo que dicta la contingencia; en otros, para censurar y eliminar de la esfera pública a enemigos políticos. Este último rostro de la denuncia de corrupción ofrece su aspecto más próximo al fenómeno del populismo, que se suele caracterizar por perseguir la corrupción verbalmente, pero sin llegar a las últimas consecuencias en su persecución efectiva (Laclau, 2014).

Los contenidos del dossier comienzan con el ensayo de Marta García Morcillo (Universidad de Durham) y Filippo Carlà-Uhink (Universidad de Potsdam), *Problemas y desafíos de la investigación histórica sobre la corrupción: la República romana*, que en muchos aspectos proporciona al dossier un marco metodológico general, atento a las dificultades para proceder a una historia intelectual de la corrupción (Graeff y Rabl, 2019). Esta dificultad obedece, por de pronto, a la coexistencia de percepciones muy diversas a lo largo del tiempo acerca de lo que vuelve condenable la conducta corrupta (Buchan y Hill, 2014), que a menudo se enfrentan con legitimaciones ideológicas de la capacidad de ciertas instituciones para inspeccionar las costumbres de los sujetos. García Morcillo y Carlà-Uhink se muestran especialmente atentos a lo que entienden como discursos o narrativas de la corrupción en el periodo de la República romana, señalando las dificultades que introduce en su análisis la a veces sutil frontera entre un regalo y un soborno (Holmes, 2015) y abogando por una evaluación pragmática atenta al contexto en cada caso que suscite la sospecha de corrupción política. Los casos simétricos del gobernador Verres, denunciado por Cicerón, y del cuestor Baso, defendido por su abogado Plinio el Joven, evidencian — observan los autores — la relevancia que posee en ambos discursos la acusación o defensa de un sujeto, objetivo que tiñe la respectiva gestión pública de tonos contrapuestos. Mientras Verres se presenta en las homónimas *orationes* ciceronianas como un sujeto que ha esquilado la provincia de Sicilia, Baso aparece en la defensa de Plinio como un político que no ha medido los efectos de recibir regalos legítimos por su aniversario y durante las Saturnales. El control de la gestión de los funcionarios civiles centrará, por otra parte, la acción de la *lex Cincia* y la *lex Iulia de repetundis*, hasta llegar al *Digesto* y su fiscalización de las acciones de los cargos públicos. Tomando en serio la prioridad del objeto de estudio, García Morcillo y Carlà-Uhink indagan el origen social de las acusaciones de corrupción y su potencialidad para ocultar o distorsionar actos manifiestamente delictivos o nocivos para la convivencia.

El segundo trabajo que integra el dossier es el artículo de Jorge Cano Cuenca (Universidad Complutense de Madrid), *Sobre la concepción platónica de la filosofía como terapia de la corrupción*, en el que cabe reconocer un cierto contrapunto a la lectura pragmatista que García Morcillo y Carlà-Uhink otorgan a los discursos críticos con la corrupción en el mundo clásico. Cano Cuenca se centra en la obra de Platón y en la postrera decepción que este confiesa hacia la viabilidad de que una pedagogía adecuada modifique la dirección vital del tirano, encarnado en el linaje de Dionisio I y Dionisio II en la corte de Sicilia. Si bien el Platón del *Gorgias* muestra una confianza considerable en la capacidad de disciplinas como la medicina y la gimnasia para disolver las apariencias que sostienen el gusto por la cosmética y técnicas subsidiarias semejantes, Cano Cuenca anima a reconocer en escritos tardíos como la Carta VII un protréptico para prescindir del contacto con sujetos que se desvían de la norma y que por ello pueden dañar como un miasma a los mejores de la ciudad. De la mano de esta interpretación de la obra platónica, podría decirse que un exceso de esperanza en la capacidad transformadora de la pedagogía da al traste con el mismo cincelado de una subjetividad preparada para responder de manera virtuosa a los cambios de la suerte y a los bienes que imperan en el espacio social.

Los siguientes dos artículos centran la mirada en la construcción de grandes narrativas en el Imperio romano tardío (siglo III n.e.) y en el Bizancio del siglo X n.e. para reforzar el poder político y resaltar la frontera que separa a los gobernantes legítimos de los usurpadores. La contribución de Rosa Sanz Serrano (Universidad Complutense de Madrid), *Corrupción, vulnerabilidad fiscal y pronunciamiento militar: los emperadores del siglo III como modelo en la obra de Herodiano y en los Escritores de la Historia Augusta*, explora la complejidad retórica e ideológica del sistema tetrárquico impuesto por Diocleciano (284-305) en la administración civil y militar del Imperio con la intención de cohesionar los intereses senatoriales y ecuestres y devolver el imperio a la estabilidad deseada, que realmente solo llegará con la consolidación de las dinastías Constantiniana y Teodosiana. Si la tetrarquía se presentaba como un intento de poner remedio a los males que habían assolado el paisaje político en Roma durante el siglo III n.e., fuentes como Aurelio Víctor, Herodiano y los autores de la *Historia Augusta* narraban estos desmanes respondiendo en buena parte a los intereses del patriciado, esto es, ocultando con frecuencia el hecho de que candidatos senatoriales recurrieron en aquella época a los mismos medios vergonzantes que los procedentes de clases inferiores. Como esta estudiosa señala con detalle, cabe reconocer en este proyecto de regeneración institucional algo parecido a un dispositivo ideológico alimentado por el poder, más atento a la apología de un sistema que preparado para detener en realidad las disputas entre candidatos en los espacios castrenses, de la misma manera que la malversación de los cargos en las provincias y en Roma, prácticas implicadas en la construcción en aquel tiempo de la carrera política de los aspirantes a ocupar el cargo de emperador.

El siguiente estudio de nuestro dossier enfoca asimismo la atención que los espacios de poder mostraron en periodo bizantino a la transmisión cultural del desempeño del cargo, evidenciando un interés llamativo en el control del rendimiento de cuentas que trae consigo todo balance que se extraiga del pasado. Pia Carolla (Universidad de Génova), se detiene en *Recovering A Disfigured Empire. Institutional Maintenance in Tenth-century Byzantium* en la complejidad de las obras —*De ceremoniis* y *Excerpta Constantiniana*— que el emperador bizantino Constantino VII Porfirogéneta (905-959), hijo de León VI el Sabio, comisionó para reunir información sobre las prácticas y reglas de gobierno en la corte, como una suerte de medida llamada a coadyuvar la difícil apropiación [*oikeiosis*] de un poder que suele escapar a los cauces del control que los sujetos le preparan, pero con el que es preciso familiarizarse. El trabajo de Carolla nos sumerge en un tiempo lejano de los avatares del presente, confiando en que colecciones textuales pueden conjurar los peligros que amenazan la continuidad de los reinos y la estabilidad de los gobiernos, con ayuda de auténticas enciclopedias de las dinámicas y rituales cortesanos, cuyo cuerpo se confunde con el del Imperio y el de Cristo. En efecto, Constantino VII no titubeará en asumir la función redentora de Cristo en contraste con la imagen que las obras que comisiona devuelven de su predecesor Romano I. Esta contribución permite calibrar el potencial que los escritos descriptivos de las normas cortesanas poseen en el periodo bizantino para consolidar una imagen concreta del poder político, idealizada y caracterizada como clave del comienzo de un *novus ordo saeculorum*.

Cierra este dossier sobre la morfología histórica de la corrupción institucional el original de Cristina Catalina (Universidad Complutense de Madrid), titulado *Corrupción e institución en la época medieval. La persecución eclesiástica de la desobediencia*, que nos traslada al horizonte eclesiástico entre los siglos XI y XIII y a los instrumentos y dispositivos de persecución de la corrupción clerical, quintaesenciada en los pecados de simonía y nicolaísmo, y de la herejía laica. La autora refleja cómo los pontificados de Gregorio IX y de Inocencio IV abrieron paso en la institución eclesial a una legitimación de la violencia para inspeccionar y extraer

la confesión de culpa del sujeto desobediente, posibilitando que el control de los sujetos por parte de la Iglesia transitara a una fase que cabe ya identificar con los rasgos del proceder inquisitorial. Este estudio incide en la conformación de un modelo que aspira a ejercer un control absoluto sobre los sujetos desde el poder religioso, distinguiendo entre el tipo de disciplina que persigue depurar a la institución eclesíastica de abusos internos y la que se propone mantener un dominio total sobre la elaboración doctrinal. Si bien se trata de paisajes conceptuales e institucionales muy lejanos del presente, las expectativas y afectos suscitados por el gobierno medieval de la iglesia no dejan de contener puntos de afinidad con las transformaciones más siniestras del poder político en la contemporaneidad. Resulta ilustrativo el hecho de que la historia eclesial exhiba numerosos episodios en que los rasgos que se consideran abyectos en el sujeto perseguido se vuelven indistinguibles de los del aparato hostigador, dada la transformación perversa de una institución surgida para gobernar una comunidad de creyentes en un dispositivo para localizar y castigar disidencias.

Bibliografía

- Buchan, B. y Hill, L. (2014). *An Intellectual History of Political Corruption*. Palgrave Macmillan.
- García Morcillo, M. (2023). Sacred Gifts, Profane Uses? Transfers and the Roman Religious Sphere. En A. Wilson, N. Ray y A. Trentacoste (Eds.), *The Economy of Roman Religion* (245-266). Oxford University Press.
- Graeff, P. y Rabl, T. (2019). *Was ist Korruption? Begriffe, Grundlagen und Perspektiven gesellschaftswissenschaftlicher Korruptionsforschung*. Nomos.
- Holmes, L. (2015). *Corruption: A Very Short Introduction*. Oxford University Press.
- Kristeva, J. (2006). *Poderes de la perversión. Ensayo sobre Louis-Ferdinand Celine*. Trad. de Nicolás Rosa y Viviana Ackerman. Siglo XXI.
- Laclau, E. (2014). *Los fundamentos retóricos de la sociedad*. Fondo de Cultura Económica.

Problemas y desafíos de la investigación histórica sobre la corrupción. La República Romana

Problems and challenges of historical research on corruption. The Roman Republic

Filippo Carlà-Uhink

Universität Potsdam

ORCID ID 0000-0003-3020-2300

filippo.carla-uhink@uni-potsdam.de

Marta García Morcillo

Durham University

ORCID ID 0000-0002-2813-5199

marta.garcia-morcillo@durham.ac.uk

Cita recomendada:

Carlà-Uhink, F. y García Morcillo, M. (2024). Problemas y desafíos de la investigación histórica sobre la corrupción. La República Romana. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 146-164.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8506>

Recibido /received: 05/10/2023
Aceptado / accepted: 15/01/2024

Resumen

El artículo analiza la corrupción como un fenómeno complejo y con frecuencia ambiguo, relacionado con comportamientos y mentalidades individuales y colectivas, que son percibidos como ilegítimos o inmorales y, por lo tanto, desviados de normas establecidas. Más allá de un acercamiento reduccionista u objetivista a lugares comunes de la corrupción política, o a delitos tipificados por la ley, esta contribución pretende destacar la relevancia del análisis histórico del discurso en el estudio del tema. Este enfoque nos permite reconstruir contextos en los que se identifica la corrupción, así como analizar relatos, no siempre unánimes, sobre estas prácticas. El trabajo se adentra en una época lejana, pero a la vez cercana a nuestro tiempo, el último siglo la República romana. La evidencia nos permite evaluar críticamente aspectos fundamentales de la construcción retórica de la corrupción y de sus zonas grises, como la distinción, a menudo borrosa, entre regalo y soborno.

Palabras clave

Corrupción, República romana, análisis del discurso, normas sociales, moralidad



Abstract

The article analyses corruption as a complex, often ambiguous, phenomenon linked to individual and collective behaviors and mentalities that are perceived as illegitimate or immoral, and thus as deviated from established norms. Beyond reductionist and objectivist approaches to common places of political corruption, or to typified criminal acts, this contribution seeks to highlight the importance of historical discourse analysis for the study of the topic. This approach permits to reconstruct contexts in which corruption is identified, as well as analyse multiseded discourses about such practices. This piece proposes an insight into a remote period, yet in some respects also close to us, the last century of the Roman Republic. The available evidence allows to critically evaluate fundamental aspects of the rhetoric construction of corruption and its grey-zones, such as the sometimes-blurred distinction between gift and bribery.

Keywords

Corruption, Roman Republic, discourse analysis, social norms, morality.

SUMARIO. 1. Definiciones, contextos y aproximaciones metodológicas. 2. La frontera más difícil. 3. Conclusiones.

1. Definiciones, contextos y aproximaciones metodológicas

¿Qué es la corrupción? El primer y mayor problema al que nos enfrentamos al estudiar este fenómeno es sin duda el de su definición. El concepto es tan elusivo como presente en nuestra vida cotidiana. Todos sabemos o creemos saber a lo que nos referimos cuando utilizamos esta palabra, y, sin embargo, no solemos ser capaces de proponer una definición unánime y completamente satisfactoria¹. El término «corrupción», que existe en formas similares en la mayoría de lenguas europeas, tiene su origen en el verbo latino *corrumpere* y, de hecho, se utilizaba ya en este sentido en la antigua Roma. *Corrumpere* significa «deteriorar, echar a perder o descomponer», pero también «seducir o pervertir». El primer sentido tiene múltiples aplicaciones, desde alimentos o productos agrícolas, a edificios o libros de cuentas; este último, un tema bastante recurrente en la literatura². La segunda acepción la encontramos, por ejemplo, en una sátira de Juvenal (c. 67-140 d.n.e.) dedicada al aprendizaje de la conducta. El poeta nos recuerda que, como sucede en la naturaleza, «los ejemplos domésticos de vicios nos corrompen antes y más velozmente, porque penetran en nuestras mentes con mayor autoridad»³. Similar es el uso de *corrumpere* en el tratado *Sobre las leyes (De Legibus)* de Cicerón (106-43 a.n.e.), donde el orador reflexiona sobre la perniciosa influencia de aquellos hombres de estado que son moralmente culpables, no sólo de corromperse a sí mismos, sino de corromper a

¹ Cf. Mungiu-Pippidi, Heywood (2020).

² Columela, en su libro *Sobre la Agricultura*, recomienda no aplicar estiércol a las vides porque estropea el sabor del vino, 2.15.5: *nam idem negabat stercus vitibus ingerendum, quod saporem vini corrumpere*. César, en *La Guerra de las Galias*, se refiere con ese término a la destrucción o contaminación de la provisión de trigo, 7.64.3: *aequo animo sua ipsi frumenta corrumpant aedificiaque incendunt*. En su tratado sobre *Los Acueductos de la Ciudad de Roma*, Frontino usa el término *corrumpere* para describir el deterioro de infraestructuras públicas, 127.4-5: *cum ad reficiendos vivos specusque iter aquae et opera publica corrumpantur*.

Un pasaje del *Digesto*, menciona la corrupción de las cuentas de unos acreedores, 42.5.15pr (Ulpiano): *cum plures creditores in possessionem rerum debitoris mittantur, ne corrumpantur rationes, uni hoc negotium a creditoribus esse dandum, quem maior pars creditorum elegerit*.

³ Juvenal, *Sátiras* 14.31-33: *sic natura iubet: uelocius et citius nos corrumpunt uitiorum exempla domestica, magnis cum subeant animos auctoribus*.

todos aquellos que les imitan, de modo que hacen más daño con su (mal) ejemplo que con los crímenes que cometen⁴.

El término suele vincularse con la enfermedad, su contracción y mejoría, pero también su contagio⁵. De esta forma se describe, por ejemplo, en un libro sobre la historia intelectual de la corrupción política editado por Bruce Buchan y Lisa Hill (2014). En esta obra de referencia, se sostiene que en el concepto *corrumpere* cohabitan dos significados: uno político y jurídico, que define prácticas ilegales relacionadas con el abuso de instituciones públicas, y otro de carácter moral, que implica una degradación de los agentes, pero también de la propia sociedad. Durante mucho tiempo, se ha transmitido la idea de que, en el mundo premoderno, ambos tipos de corrupción aparecen entrelazados o son casi indistinguibles, mientras que en las sociedades modernas se tiende a separar ambos, lo que confiere mayor peso al primer tipo de corrupción. Incluso se ha llegado a proponer que no es posible hablar de «corrupción» como tal en la premodernidad, ya que este fenómeno sería sólo aplicable a estructuras del estado moderno. Esta concepción tradicional de la corrupción está sin embargo condicionada por una visión exclusivamente política de este fenómeno.

En los últimos tiempos, nuevos acercamientos al tema se han ido paulatinamente alejando de esta perspectiva. La mayoría de investigadores hoy en día coinciden en señalar que ambas vertientes del problema están – y siempre han estado – demasiado entrelazadas entre sí, y que es imposible separarlas⁶. Resulta por ejemplo evidente que, en el análisis actual de la representación de la corrupción en los medios de comunicación, el significado moral del concepto sigue teniendo relevancia en la opinión pública⁷. En este sentido, en su libro *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets* (2012), el filósofo Michael J. Sandel argumenta que la corrupción es una forma de degradación de prácticas sociales y políticas. Ejemplo de esto último son ciertas formas de lobbismo que afectan instituciones públicas, como es el caso de pagos en el Congreso de Estados Unidos, que, si bien se hacen públicos, instrumentalizan un bien público para fines privados. En el plano social, Sandel reflexiona sobre controversias contemporáneas como los programas de esterilización de personas portadoras de VIH a cambio de dinero, o los llamados «vientres de alquiler», que tratan en el fondo un problema de corrupción pues, al margen de que estas transacciones sean o no voluntarias o coercitivas, el objeto de la transacción –el cuerpo humano– no debería ser nunca algo que se compra y se vende. Estos ejemplos ilustran la corrupción entendida asimismo como una transgresión de esferas: algo que es incorrecto porque se hace en el marco equivocado.

Un influyente estudio sobre economía y psicología, firmado por George A. Akerlof y Robert J. Shiller (2009), profundiza en los llamados *animal spirits*, una expresión acuñada por John Maynard Keynes que define las complejas motivaciones, ideas y emociones que influyen en el comportamiento humano. En este sentido, los autores sitúan los cambios culturales y su interrelación con los *animal spirits* como factores fundamentales para entender la tentación de la corrupción y del

⁴ Cicerón, *Sobre las Leyes* 3.32: *quo perniciosius de re publica merentur uitiosi principes, quod non solum uitia concipiunt ipsi, sed ea infundunt in ciuitatem, neque solum obsunt quod ipsi corrumpuntur, sed etiam quod corrumpunt plusque exemplo quam peccato nocent.*

⁵ Ver, por ejemplo, el tratado de Celso *Sobre la Medicina* (*De Medicina*), donde el verbo *corrumpere* describe la descomposición del estómago afectado por jugos perjudiciales, 2.19.2; o la propia descomposición interna de alimentos como el pan fermentado, o de productos hechos con leche, repostería, pescados, ostras, legumbres, quesos, etc., 2.28.1.

⁶ Cf. Euben (1989, pp. 222-223).

⁷ Cf. Allard-Tremblay (2014, pp. 29-30).

comportamiento antisocial. Un ejemplo de este fenómeno es el caso del depredador económico que no respeta las leyes, y cuyo éxito «transgresor» suele generar no sólo envidia, sino incluso cierta admiración en determinadas esferas⁸. «Corrupción y mala fe» son, según Akerlof y Shiller, tipos de *animal spirits* que surgen en aquellos contextos dominados por la desconfianza y la actitud deshonestas, como contraste a aquellos «espíritus» que aparecen cuando se asume que los otros actúan de forma honesta y donde domina la confianza. Este diagnóstico nos permite ir más allá de impresiones que suelen destacar la frecuencia y la proliferación de la corrupción como un factor en sí mismo que induce a participar en ella⁹.

En su trabajo sobre el uso del concepto de la corrupción en África, Koechlin (2013) concluye que la «corrupción» es un significativo vacío. Según la Semiología, los significantes vacíos son típicamente ideales: ningún significante, ninguna «palabra» puede existir de forma completa sin significado. Sin embargo, en nuestro sistema de signos existen palabras que poseen un significado «genérico», «no-específico», «cambiante». Estos «significantes vacíos» pueden contener diferentes significados, y pueden por ello significar aquello que «quieran» los que los utilizan. El concepto de «significante vacío», propuesto por Laclau (1996, 2014), es una variante del «significante flotante» desarrollado por Claude Lévi-Strauss, y que se refiere a elementos ambiguos del análisis del discurso. Corrupción puede así ser un significante que, genéricamente, más que hechos concretos, transmite un comportamiento desviado con una connotación moral, una «luz negativa». Es en este sentido en el que, según Koechlin, el concepto es utilizado de forma cotidiana, para indicar que las cosas no funcionan como deberían, ya que se han desviado de un estándar ideal.

Esta interpretación acarrea el problema añadido de que, en tanto concepto «genérico», la corrupción puede ser aplicable a hechos muy diferentes. Sócrates fue ejecutado en Atenas en el año 399 a.n.e. porque, entre otras cosas, «había corrompido a los jóvenes»¹⁰. Con ello se quería decir que Sócrates les había enseñado o transmitido conocimientos que se alejaban de las normas de la vida política y social. A menudo, cuando nos referimos a la «corrupción», pensamos en sobornos, malversación, desfalco y delitos similares. Esta idea de la corrupción implica, sin embargo, una perspectiva reduccionista. Así, las leyes no suelen perseguir o sancionar la «corrupción», sino delitos claramente definidos, como el mencionado soborno o la prevaricación. En el derecho romano, estos son designados como *res repetundae* (abuso de poder y apropiación indebida por parte de magistrados), *ambitus* (soborno electoral), y *peculatus* (malversación)¹¹. Los medios de comunicación y la opinión pública siguen sin embargo refiriéndose a estas prácticas como «escándalos de corrupción». Entre las muchas definiciones de la corrupción, quizás la más conocida es la aportada por Transparency International: «corrupción es un abuso de poder encomendado en beneficio privado». Esta es una buena definición, ya que va más allá de los límites de lo que se considera corrupción política. Esta organización global amplía el significado a prácticas, problemas e inquietudes universales y contemporáneos. Según Transparency International: «La corrupción erosiona la confianza, debilita la democracia, obstaculiza el desarrollo

⁸ Un ejemplo clásico de este tipo de depredador económico es el representado, en los años 20 del pasado siglo, por el personaje literario de El Gran Gatsby, en la novela homónima de F. Scott Fitzgerald, ver Akerlof y Shiller (2010; 2009, pp. 38-40). Un caso más moderno y sintomático de una época y modelo, el del depredador financiero de los 90 y de principios del siglo XXI, es el de Bernie Madoff, que Clive Boddy (2023) identifica como un tipo de «psicópata corporativo».

⁹ Ver, por ejemplo, Köbis, Jackson, Iragorri Carter (2020).

¹⁰ Platón, *Apología* 23-26, 29-30, 33-34; Jenofonte, *Apología* 11.19.25.

¹¹ Relevantes estudios sobre el prolífico tema de la corrupción política en la antigua Roma incluyen Marshall (1967); Lintott (1981, 1990); Veyne (1981); Deniaux (1993); Wallinga (1994); Jehne (1995); Nadig (1997); Schuller (2000); Rosillo-López (2010); Arena (2017); Karataş (2019).

económico y exacerba aún más la desigualdad, la pobreza, la división social y la crisis ambiental»¹².

Estas definiciones son necesarias para poder identificar, prevenir y luchar contra la corrupción, pero sin embargo no consiguen capturar la complejidad, la ambigüedad y el componente moral de la palabra «corrupción». Otra consecuencia de las dificultades de definir este elusivo concepto es que, si bien la «corrupción» siempre implica una desviación de una norma existente, esta norma puede o no estar regulada jurídicamente. Además, las normas cambian con el tiempo. Esto implica que determinados actos considerados ilegales pueden ser asumidos como totalmente aceptables y «normales» en determinados círculos. De este modo, los mismos actos son «corrupción» desde la perspectiva fiscal, pero no lo son desde la perspectiva del círculo de personas que participan en ellos o que los observan. Al contrario, existen actos perfectamente legales y sin embargo cuestionables desde un punto de vista moral: no son corrupción para un juez, pero sí lo son para la opinión pública. Además, dentro de un grupo determinado de personas pueden darse percepciones diversas sobre el mismo acto; por ejemplo, entre aquellos que participan y aquellos que observan la acción. Por último, cabe considerar que en épocas, sociedades y culturas diversas –también dentro de comunidades y grupos en el interior de estas culturas– algunos ven como corrupción actos que no son considerados como tales por otros. Un ejemplo bastante conocido es el del concepto ruso «*blat*» –que es en realidad imposible de traducir–. Desde una perspectiva «occidental», el término describe claramente una forma de corrupción: se trata de favores que se «intercambian» más allá de las instituciones públicas¹³. Sin embargo, en la cultura rusa, «*blat*» no se entiende como corrupción, y la diferencia entre *blat* y soborno depende en principio de las relaciones personales de los individuos implicados en la transacción. *Blat* ocurre entre amigos, entre personas que pertenecen al mismo círculo –y esto no es percibido como algo negativo–. Soborno se entiende generalmente como algo por el que se realiza un pago único. Mientras que el cumplimiento y la contraprestación son inmediatos en el caso del soborno, *blat* implica la existencia de una «cadena» de favores y ayudas que se extienden en el tiempo.

Tanto la legislación como la opinión pública se muestran constantemente dependientes la una de la otra, y el hecho de que algo sea prohibido o permitido puede depender de cambios en estas percepciones más o menos generalizables. Esto es algo que debe observarse detenidamente. Volviendo a Transparency International, esta organización insiste en que «destapar la corrupción y hacer que el corrupto rinda cuentas sólo puede suceder si entendemos cómo funciona la corrupción y los sistemas que la permiten»¹⁴. Efectivamente, la lucha contra la corrupción no puede ser sólo un asunto jurídico, sino que es necesario un esfuerzo social y de toma de conciencia colectiva e individual que debería abarcar, por ejemplo, las escuelas y el sistema educativo. En consecuencia, la investigación sobre la corrupción debería ser tan plural como las propias definiciones y percepciones de este fenómeno. Existen enfoques desde las ciencias políticas y sociales, desde el derecho, desde la historia, etc. También existen aproximaciones más complejas al tema, que estudian, por ejemplo, la evolución de la corrupción dentro del marco del derecho desde una perspectiva histórica y, según el contexto, analizan aquello que ha sido prohibido, permitido o perseguido a través del tiempo.

Nuestro enfoque reivindica la historia cultural y de las mentalidades, que nos permiten entender mejor las diferentes maneras en las que, en épocas pasadas, se

¹² <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption> (última visualización 5.3.24).

¹³ Sobre *blat* como un fenómeno intermediario entre mercancía y don, ver Ledeneva (1996-7); Lovell, Ledeneva, Rogachevskii (2000).

¹⁴ <https://www.transparency.org/en/what-is-corruption>

hablaba de la corrupción; se utilizaban denuncias de corrupción, incluso fuera de los tribunales, para «noquear» a los opositores; y se usaba la corrupción como una especie de «hombre del saco», por ejemplo, en discursos políticos. No se trata por tanto de una historia del derecho, sino de un análisis histórico del discurso: del análisis de textos con la finalidad de intentar reconstruir qué se decía sobre la corrupción, con qué palabras y conceptos se expresaba esta idea, y cómo estos han cambiado con el tiempo. Tal como afirma Niels Grüne en la introducción del volumen *Korruption. Historische Annäherungen* (2010): «Como denominador común, se pone de relieve la relación de tensión entre formas de interacción, patrones de interpretación y crítica articulada, que sitúa la “corrupción” como categoría negativa de la época»¹⁵.

Este no es de ninguna manera un enfoque que sólo resulta relevante para otros periodos históricos. Al contrario, una importante fuente de inspiración de nuestro trabajo proviene de estudios, realizados sobre todo en las dos últimas décadas, sobre la representación de la corrupción en los medios de comunicación modernos. Particularmente destacable es la obra de Breit (2010), quien señala que situaciones en las que se habla mucho sobre la corrupción no corresponden necesariamente a momentos en los cuales existe «más corrupción», sino que, más bien al contrario, estas situaciones suelen mostrar que la opinión pública presta una mayor atención a esta problemática, y que las prácticas de políticos y empresarios son «observadas» de forma más intensa. Este es un aspecto relevante a considerar en relación a otras épocas históricas, tales como la última fase de la República romana en el siglo I a.n.e., que suele describirse tradicionalmente como un periodo «muy corrupto», porque los textos de la época tratan a menudo el tema. ¿Eran los romanos más corruptos en esa época, o simplemente la corrupción generaba mayor interés o atención en ese periodo? Desde la perspectiva de las ciencias históricas, interrogarse sobre «¿quién es más corrupto?» o «qué época es la más corrupta?» es irrelevante, ya que es imposible obtener una respuesta, además de no aportar nada productivo y conducir frecuentemente en última estancia a congratularnos ilusoriamente con nosotros mismos por ser supuestamente menos corruptos. Este es un problema que aparece a menudo en estudios de los años 70 y 80 del siglo pasado, donde se acostumbraba a asociar la corrupción a países «subdesarrollados». Wolfgang Schuller, historiador alemán de la antigüedad y autor de importantes estudios sobre la corrupción histórica entre finales de los 70 y principios de los 80, afirmaba explícitamente en el año 1977, que la investigación sobre la corrupción en la República Federal de Alemania era muy poco relevante, porque la corrupción en el país no era un problema acuciante¹⁶. Este enfoque es inaceptable hoy en día, como también lo es la idea de que los conceptos, métodos y medidas utilizados en Europa en la lucha contra la corrupción podrían funcionar automáticamente en otras regiones del planeta¹⁷.

En este artículo, nos centramos sobre todo en algunos ejemplos de la República romana tardía a fin de proponer un debate sobre similitudes y diferencias en las formas de entender la corrupción en la antigüedad y en época moderna, pero también, más en general, sobre modelos y enfoques en la investigación sobre la corrupción, tanto académica, como por parte de instituciones públicas y organizaciones no gubernamentales.

Este trabajo forma parte del proyecto *Twisted Transfers: Discursive Constructions of Corruption in Ancient Greece and Rome*, una cooperación internacional entre las Universidades de Potsdam y Durham, financiada por la

¹⁵ Grüne (2010, pp. 13-14): *Als gemeinsamer Nenner wird das Spannungsverhältnis zwischen Interaktionsformen, Deutungsmustern und artikulierter Kritik ausgeleuchtet, das ‚Korruption‘ als zeitdiagnostische Negativkategorie konstituierte.*

¹⁶ Cf. Schuller (1977, p. 376). Ver también Schuller (1980; 1982).

¹⁷ Cf. Por ejemplo Hoadley y Hatti (2021).

Deutsche Forschungsgemeinschaft (Alemania) y el Arts and Humanities Research Council (Reino Unido)¹⁸. Los puntos de partida comunes de los subproyectos que conforman *Twisted Transfers* son, por una parte, un enfoque de la corrupción a partir del análisis del discurso, lo que nos permite evitar acercamientos esencialistas y objetivistas que tienden a reproducir lugares comunes¹⁹. En este sentido, nuestro proyecto trabaja con textos, los analiza para identificar aquello que se dice sobre la corrupción y en los contextos en los que se dice²⁰. Por otra parte, como definición de trabajo, hemos adoptado el concepto «Twisted Transfers», traducido al castellano como transferencias retorcidas o desviadas. En este sentido, entendemos que la corrupción tiene que ver con una forma de transferencia o transmisión de bienes o cosas, materiales o inmateriales, que es percibida como una desviación de la norma. Esto significa que nos podemos encontrar con acciones en las que simplemente una persona A le ha dado o entregado algo a una persona B. La interpretación de esta acción como corrupción tiene que ver con la construcción de una narrativa o relato: la necesidad de demostrar o afirmar, por ejemplo, que esa transferencia es un soborno, porque B subsiguientemente ha realizado un servicio para A. Volveremos más adelante a esta cuestión para mostrar la dificultad que a menudo entraña diferenciar entre un soborno y un regalo.

Es importante destacar aquí dos puntos. El primero, tal como señala convincentemente Tanja Rabl, es que la corrupción principalmente tiene que ver con la confianza²¹. La confianza entre actores que están seguros (o no) que el otro no los traicionará; pero también la confianza de los observadores, que optan por atribuir (o no) a los actores acciones corruptas. Particularmente interesante, es el enfoque del filósofo canadiense Yann Allard-Tremblay (2014), según el cual la corrupción es principalmente una inversión del proceso de toma de decisiones. Se trata de acciones vinculadas a un proceso de toma de decisiones que no sigue las normas «habituales» establecidas, sino que estas son «anuladas», independientemente de si el resultado es el mismo. Resulta evidente que esta idea de la corrupción es relativamente «fácil» de construir discursivamente cuando queremos recriminar a alguien sus decisiones o comportamiento. Este es seguramente el caso de decisiones tomadas por y con personas de las cuales desconfiamos y que creemos capaces de actuar «corruptamente». Cuando esta argumentación se desarrolla frente a un tribunal o en los medios de comunicación, o en el marco de una campaña electoral, es necesario demostrar esa acusación de forma convincente. Sin embargo, dependiendo del objetivo, esto no es siempre necesario, tal como ocurre por ejemplo en el caso del «asesinato de carácter o reputación» de un oponente, una estrategia muy presente en los medios de comunicación hoy en día, y bien identificable en otros periodos históricos²².

Al mismo tiempo, la lucha contra la corrupción tiene una función muy importante en la forma en la que los políticos se presentan a sí mismos – y no sólo en la antigua Roma. Declarar la implicación propia en la lucha contra la corrupción es una estrategia central en la apariencia política. Muchos políticos de la República romana, por ejemplo, tenían un gran interés en publicar leyes contra el soborno y la

¹⁸ <https://www.uni-potsdam.de/de/hi-alertum/twisted-transfers> (última visualización 9.1.24).

¹⁹ Sobre *Twisted Transfers* y la corrupción en la antigua Roma, ver el número monográfico editado por Carlà-Uhink y García Morcillo en la revista *Cultural History*, 13.1 (2024).

²⁰ Sobre análisis del discurso como estudio de la sociedad, ver Fairclough (2003). Un enfoque discursivo sobre la corrupción en los medios de comunicación es ofrecido por Breit (2010). Kajsiu (2015) explora el análisis del discurso en su estudio sobre la corrupción moderna en Albania.

²¹ Rabl (2008; 2019) analiza los procesos psicológicos del proceso de toma de decisiones de los actores en relación a la corrupción, así como los condicionantes de las relaciones sociales.

²² Un interesante y reciente estudio comparativo sobre el tema es el *Routledge Handbook of Character Assassination and Reputation Management* (2021), editado por Sergei A. Samoilenko, Martijn Icks, Jennifer Keohane and Eric Shiraef.

malversación que llevaran su nombre, con la finalidad de ser reconocidos por la población como luchadores activos contra estas prácticas. Al analizar estas leyes y sus textos como una forma de «performance», podemos ver de nuevo la enorme relevancia del tema de la «corrupción» en debates cotidianos sobre política, los gobernantes, el estado y la sociedad. De hecho, la corrupción implica siempre norma, ya que representa una desviación de la misma. Al hablar de corrupción, reforzamos también la idea de que existe una forma «correcta» de actuar, que es justa y válida, y que ha sido traicionada (por otros). La idea de la corrupción como algo ajeno a uno mismo es examinada por Yuval Feldman, en su sugerente y provocativa obra *The Law of Good People: Challenging States' Ability to Regulate Human Behaviour* (2018). El autor se interesa aquí por las interacciones y conflictos entre la ética del comportamiento y el derecho, y analiza específicamente los mecanismos de autoengaño de aquellos que se describen a sí mismos como «buena gente», y que el autor identifica como uno de los síntomas más habituales de actos inmorales y formas de corrupción que amenazan la integridad pública.

Consideremos un ejemplo concreto de la República romana. En el año 126 a.n.e., el famoso político Cayo Graco era cuestor (asistente del gobernador) en la provincia de Sardinia (Cerdeña). Cuando volvió a Roma, leyó un discurso, del cual conocemos un fragmento:

Cuando regresó de Cerdeña, Cayo Graco dirigió un discurso al pueblo en asamblea. Las palabras son éstas: «Me he conducido en la provincia —dijo— como estimaba que era conforme a vuestro interés, no como pensaba que convenía a mi ambición. En mi casa no hubo ninguna francachela y no se hallaban donceles de eximio aspecto, sino que en el convivio vuestros hijos eran tratados más respetuosamente que en el cuartel». En seguida dice esto: «Me he conducido en la provincia de modo tal, que nadie podría verazmente decir que en mis tareas he recibido un as o más que eso, o que por mí ha hecho alguien un gasto. Durante dos años estuve en la provincia: si alguna meretriz entró en mi casa o el esclavillo de alguien fue sonsacado por mi causa, juzgadme el último y más infame de todos los nacidos. Como tan castamente me abstuve de los esclavos de ellos, de ahí podréis juzgar cómo creéis que he vivido con vuestros hijos». Y allí, tras un intervalo: «Y así, Quirites», —dijo— «cuando partí a Roma, traje de la provincia, vacías, las alforjas que saqué llenas de dinero; otros trajeron a casa, repletas de dinero, las ánforas que llevaron llenas de vino»²³.

En este pasaje de Aulo Gelio (siglo II d.n.e), podemos ver que la corrupción, en el sentido de soborno y apropiación indebida de dinero público, no aparece separada de la corrupción moral, que es ilustrada a través de los bellos esclavos, las prostitutas y el lujo. Nos encontramos así, ante una forma de auto-representación que tiene como objetivo la escenificación del carácter virtuoso e incorrupto de uno mismo, opuesto a la corrupción de los «otros». Tal como escribe Andrew Lintott en referencia a la corrupción electoral en la antigua Roma: «Claramente, el concepto de corrupción de cada uno depende de si uno es el infractor, el amigo del infractor o la víctima. Corromper es un verbo irregular: 'yo cuido adecuadamente a mis amigos, tú eres imprudentemente generoso, él corrompe'»²⁴.

En esta línea, son particularmente importantes los estudios desarrollados en el campo de la antropología social y cultural²⁵. Así, la relevante investigación llevada a cabo por Akhil Gupta en los años 1990s en India, no sólo muestra el funcionamiento

²³ Aulo Gelio, *Noches Áticas* 15.12. (Traducción de Amparo Gaos Schmidt, México D.F., 2006).

²⁴ Lintott (1990, p. 11): *Clearly, one's concept of bribery depends on whether one is the offender, the offender's friend or the victim. To bribe is an irregular verb: «I take appropriate care of my friends, you are recklessly generous, he bribes».*

²⁵ Un estado de la cuestión de recientes investigaciones sobre la corrupción en el campo de la antropología es aportado por Muir y Gupta (2018).

de la corrupción en el país desde el punto de vista de la justicia y el derecho, sino que se centra en cómo se habla de, se contextualiza, y se usa la corrupción en aldeas y pueblos, con la finalidad, por ejemplo, de comprender las relaciones entre la administración local y las instituciones centrales del estado²⁶. El autor demuestra así, que las constantes conversaciones sobre corrupción son un aporte fundamental para la construcción discursiva del propio estado. Ello implica que estas discusiones y conversaciones sobre corrupción dan forma a la construcción y percepción cotidiana del estado, su función, pero también su legitimidad.

2. La frontera más difícil

¿Cuál es realmente la diferencia entre un regalo y un soborno? Esta es una pregunta particularmente compleja que requiere profundización. Las ciencias sociales, y sobre todo la criminología nos enseñan que ambas prácticas son extremadamente difíciles de separar. Según el Fondo Monetario Internacional, la diferencia radica en la reciprocidad: un regalo no obliga a una contrapartida, mientras que el soborno sí²⁷. Al profundizar en esta cuestión, vemos, sin embargo, que la reciprocidad no es tan fácil de distinguir como pensamos. Cuando le damos algo valioso a alguien, ¿le estamos realmente haciendo un regalo – en el sentido de un acto gratuito que refuerza nuestra relación (por ejemplo, de amistad) y que de ningún modo obliga al receptor a una contrapartida? ¿O en su lugar queremos «colocar» al receptor en la posición de deudor, de manera que podamos pedirle algo a cambio? Expresado de otra manera: cuando el receptor también nos hace un regalo, ¿puede este ser considerado como un «soborno recíproco» automático? ¿Se trata simplemente de una muestra de nuestra amistad, de un «regalo de vuelta»? ¿O, por el contrario, el objeto es un «pago» acordado por algo realizado por el receptor?

Es importante señalar que este problema no sólo afecta a la distinción entre regalo y soborno, sino también entre regalo y otras formas de corrupción, como, por ejemplo, la malversación: ¿le he hecho a alguien simplemente un regalo, o en realidad el receptor del mismo, quien ostenta una posición de poder, ha ejercido una presión sobre mí que me obliga a darle algo? Resulta evidente que la interpretación de estas prácticas depende en gran medida de los puntos de vista, de la confianza y de la narrativa – de si dos acciones diferentes son vinculadas y entendidas como una sola (mi «regalo» y la «compensación» pueden ser entendidos o explicados como partes del mismo acto, con el fin de transmitir la impresión de que existe un acuerdo). Si yo desconfío de uno de los dos actores, probablemente interpretaré la acción de un modo más «negativo» que en el caso contrario. Consideremos, por ejemplo, los seis aspectos que, según Leslie Holmes en su libro *Corruption. A Very Short Introduction* (2015), permiten distinguir entre un regalo y un soborno:

1. La intención del donante –que obviamente es imposible saber con absoluta certeza. Un observador externo, pero también el receptor, pueden basar su interpretación en simples suposiciones. Además, «impresiones» anteriores pueden influenciar la interpretación.
2. Las expectativas del receptor –lo que nos sitúa frente al mismo problema–.
3. La temporalidad de la transferencia –en relación con el relato–: ¿vinculamos dos acciones a una misma «historia», o no? ¿Qué temporalidad atribuimos al soborno y a fenómenos como los «cazafortunas»?
4. El valor de un regalo, que depende, sin embargo, de las circunstancias personales del donante y del receptor, así como de las relaciones personales entre ellos. Un regalo que podría ser visto como inapropiado entre colegas

²⁶ Ver Gupta (1995; 2005).

²⁷ Haller, Shore (2005, p. 16).

- académicos, podría ser adecuado entre colegas de una importante firma de lujo de Nueva York.
5. El marco jurídico. Hay prácticas que están prohibidas. Este es, por lo menos, un criterio claro. Pero no menos cierto es que existen prácticas legales que sin embargo son consideradas «corruptas»; y que el marco jurídico debe adaptarse constantemente a nuevas prácticas y situaciones, como por ejemplo en el caso del impacto de innovaciones tecnológicas. Este punto nos informa sobre si alguien ha cometido un delito, pero también nos hace reflexionar sobre si son necesarias nuevas leyes y regulaciones.
 6. La aceptación social –una importante corrección al punto 5, ya que debería ser considerada por la legislación–.

Ejemplos de estas diferentes «fronteras» y «significados» los encontramos en el que es posiblemente el más célebre proceso de corrupción de la historia occidental. Se trata del proceso contra Cayo Verres, que tuvo lugar en Roma en el año 70 a.n.e. Verres había sido gobernador (pretor) de la provincia de Sicilia y, según las acusaciones que posteriormente se formularon en su contra, habría supuestamente «saqueado» la provincia. Después de su mandato, Verres fue acusado formalmente y sometido al proceso conocido como «*de repetundis*», un procedimiento sobre la «devolución» de valores apropiados ilegalmente. Verres fue pues, según diríamos hoy en día, acusado de malversación de fondos. Se trataba, sin embargo, más bien de la usurpación violenta de bienes de los ciudadanos de la provincia, más que de la apropiación indebida de dinero del estado. Por ello, el discurso trata de hechos que podrían ser descritos como «robo», pero también como un «recargo arbitrario», una «requisición arbitraria», etc. Contamos con una definición bastante clara de las acusaciones formuladas por el famoso orador y abogado Cicerón:

Escuchad ahora cuáles fueron sus órdenes y ocultad, si podéis, que os dais cuenta de lo que toda Sicilia vio claramente, esto es, que el pretor mismo fue el arrendatario de los diezmos y hasta dueño y rey de los agricultores. Ordena a los agrinenses que recojan ellos mismos los diezmos que corresponden a su comunidad y que entreguen a Apronio su comisión. Si había obtenido la adjudicación a un precio alto, puesto que eres tú quien buscaste conseguir con gran esmero tal precio, y, como dices, procedió a la adjudicación a gran precio, ¿por qué pensabas que debía añadirse al adjudicatario un sobreprecio (*lucrum*)? Sea; lo creías. ¿Por qué motivo mandabas que lo incrementaran? ¿Qué otra cosa es coger y acaparar dinero (en lo que la ley te tiene cogido) si no es esto: obligar a quien no quiere con la fuerza y con el poder que se te ha conferido a dar comisión (*lucrum*) a otro, es decir, a darle dinero?²⁸

En el largo texto que componen las *Verrinas*, Cicerón también aborda otros puntos de interés, que son importantes para entender cómo habría sido la estrategia de defensa de Verres. Verres era coleccionista de arte y regresó de Sicilia con numerosas obras de gran valor. Según Cicerón, Verres aseguraba que las había comprado legítimamente. En realidad, según el orador, Verres habría abusado de su posición como gobernador, de su poder político y militar, para forzar a los sicilianos a venderle las obras de arte, que ellos no querían vender, a precios exageradamente bajos. Cicerón nos cuenta, además, que el gobernador de la provincia tenía prohibido ocuparse de actividades comerciales, precisamente porque se pretendía evitar que utilizara su poder en beneficio propio:

¿Cuál fue la razón de apartarnos con tanta insistencia de las compras en las provincias? Ésta, jueces: juzgaban que hay despojo, no compra, cuando al vendedor no se le permite vender con arreglo a su propio criterio. Entendían que, en las provincias, si alguno que poseyera la suprema autoridad militar y civil quería comprar

²⁸ Cicerón, *Verrinas* 2.3.71 (todos los pasajes de las *Verrinas* han sido traducidos por José María Requejo Prieto, Gredos 1990).

lo que estuviera en poder de cualquiera y le fuera eso lícito, sucedería que cada cual se llevaría al precio que quisiera lo que quisiera, ya estuviera en venta o no estuviera. Alguno dirá: «No trates de ese modo con Verres; no revises sus hechos a la luz del rigor de antaño. Admite que haya comprado impunemente, con tal que haya comprado de forma honrada, sin valerse de sus prerrogativas, nada a alguien que no quisiera, nada con injusticia». Así actuaré. Si Heyo tuvo algo en venta, si te lo vendió en el precio que fijaba, dejo de preguntarte por qué compraste²⁹.

¿Quién de vosotros ignora, entonces, en cuánto se valoran? ¿No hemos visto que se vendía en una subasta una estatua de bronce, no muy grande, en cuarenta mil sestercios? ¿Y qué, no podría, si quisiera, nombrar a personas que compraron por una cantidad no menor o incluso por más? En efecto, la medida que exista en estos asuntos para el deseo es la misma que para la valoración. Es difícil poner un límite al precio, si no lo has hecho con tu pasión. Veo, por tanto, que Heyo no se vio arrastrado ni por su deseo ni por alguna dificultad pasajera ni por la cantidad de dinero a vender estas estatuas y que tú, bajo la apariencia de una compra, valiéndote de tu fuerza, del miedo, de tu autoridad suprema y de los fasces (*simulatione emptiois vi, metu, imperio, fascibus*), te llevaste esas estatuas, tras arrancárselas a un hombre al que, junto con los demás aliados, había confiado el pueblo romano a tu poder, pero también a tu protección³⁰.

Es cuanto menos dudoso, sin embargo, que la mera compra de las obras de arte correspondiera a un delito. Conocemos una ley del año 204 a.n.e, la *lex Cincia*, que se ocupaba de donaciones y regalos,³¹ pero no de compras, y que estipulaba que a magistrados y gobernadores sólo les estaba permitido aceptar regalos hasta un valor determinado – que desconocemos. El objetivo de la ley no era prohibir regalos, sino evitar que el receptor pudiera ejercer la violencia y el poder para obligar al donante a hacerle un regalo. Tan sólo cinco años antes, en 209 a.n.e., otra iniciativa jurídica, la *lex Publicia*, regulaba aquellos regalos dentro de las relaciones de patronazgo en el contexto de los *Saturnalia*, un festival durante el cual, como ocurre por Navidad, era costumbre intercambiarse obsequios³². La ley especificaba que los patrones no debían exigir regalos ni demasiado grandes ni demasiado valiosos por parte de sus clientes. Para los romanos era importante regular precisamente este punto –el de los regalos forzados–. Esta es también la razón por la cual la *lex Cincia* prohibía los pagos a los abogados. Se trataba de que aquellas personas que necesitaban su ayuda no estuvieran «expuestas» a sus demandas. En una carta a su hermano Quinto, gobernador de la provincia de Asia entre los años 61 y 59 a.d.e., Cicerón delinea el modelo positivo de gobernante, que no es otro que su propio hermano:

No te escribo de esta forma para que actúes de esta manera en el futuro, sino que me congratulo de lo que haces y siempre has hecho. Es admirable que, durante tres años de poder ilimitado en Asia, ni un solo cuadro, ni mueble, ni tejidos, ni un esclavo, ni la belleza de alguien, o la oportunidad de conseguir dinero, ninguna de estas cosas que abundan en la provincia te hayan hecho desviar de tu inflexible integridad y continencia³³.

²⁹ Cicerón, *Verrinas* 2.4.10.

³⁰ Cicerón, *Verrinas* 2.4.14.

³¹ Ver, entre otros, Stein (1985); González (1987).

³² Macrobio, *Saturnales* 1.7.33.

³³ Cicerón, *Cartas a su hermano Quinto* 1.1.8: *Atque haec nunc non ut facias, sed ut te et facere et fecisse gaudeas scribo; praeclarum est enim summo cum imperio fuisse in Asia triennium sic, ut nullum te signum, nulla pictura, nullum vas, nulla vestis, nullum mancipium, nulla forma cuiusquam, nulla condicio pecuniae, quibus rebus abundat ista provincia, ab summa integritate continentiaque deduxerit.* (Traducción de los autores del artículo)

No se trata aquí de compra, sino de regalos que Quinto se negó a aceptar para no generar dudas sobre su comportamiento. Antes de volver a este punto, nos detenemos un momento en el proceso contra Verres y su tratamiento sobre regalos y soborno. Cicerón afirma que Verres había sido «sobornado» por la ciudad de Messana, en Sicilia: el gobierno local le había regalado un gran barco, y Verres liberó a la ciudad de la obligación de entregar un barco de guerra para la flota romana³⁴. Cicerón se refiere a este barco privado como «precio» y «pago», afirmando con ello que se trataba de un intercambio claro y definido. ¿Fue realmente así? Posiblemente, Cicerón tenía razón. La cuestión de la temporalidad de esta transacción es imposible de reconstruir, al contar sólo con el testimonio del orador. Nos podemos imaginar, sin embargo (Cicerón incluso lo menciona), que la defensa de Verres habría argumentado que fue su «amistad» con la ciudad de Messana la que llevó a que se intercambiaran «regalos». Este ejemplo sintomático del «caso Verres», nos conduce a una cuestión fundamental: ¿Era Verres realmente corrupto? Podemos estar casi seguros de que lo era, sobre todo si consideramos el caso en relación con la carta arriba referida sobre la responsabilidad de los gobernadores, y el hecho de que éstos eran conscientes de que su comportamiento, el aceptar o no regalos en público, era observado, y contribuía a su auto-representación, que servía para construir confianza en determinados círculos. Los gobernadores romanos se encontraban constantemente ante la decisión de renunciar o no al capital económico, para ganar o perder capital social. Verres precisaba igualmente de la confianza de otros miembros de su clase –el Senado romano–, contaba con su ayuda, y confiaba – esta es la clave de la que nos ocupamos aquí – en no ser atacado por ellos, ya que daba por hecho –como esa «buena gente» de la que nos habla Feldman– que otros muchos senadores se comportaban de la misma forma que él.

Como contraste, otro notable político romano, Publio Rutilio Rufo, quien había intentado reprimir los desfalcos y abusos de los recaudadores de impuestos, fue acusado de soborno en el año 92 a.n.e. Rufo había decidido tomar medidas contra estas potentes estructuras, pero descuidadamente también había aceptado «regalos», que dieron la oportunidad a sus enemigos de retratarlo de manera convincente como corrupto. Cicerón nos dice de él que fue condenado a pesar de ser uno de los «mejores y más irreprochables hombres» por él conocidos³⁵.

Durante el siglo I a.n.e., las leyes contra la corrupción no sólo existían, sino que cada vez eran más numerosas. Resta la duda de saber si esto era debido necesariamente a un aumento de casos, o quizás a un interés, en un período de gran intensificación del conflicto político –incluidas guerras civiles– de estrechar todo lo posible la «zona gris» que permitiera definir mejor las posibilidades de persecuciones y ataques. No es contradictorio con este último punto hipotetizar que, en esta particular y tensa situación política, pudiera existir un interés entre políticos y magistrados de mostrarse como «luchadores contra la corrupción», y crear leyes contra la corrupción que llevaran su nombre, como era costumbre en la legislación romana.

Julio César, por ejemplo, fue el autor de una ley muy larga y compleja, la *lex Julia de repetundis*, del año 59 a.n.e. Esta ley se ocupaba de soborno y malversación, y definía de forma precisa aquello que magistrados y gobernadores podían o no aceptar como regalos. Es plausible considerar que la idea de César habría sido, por una parte, el mostrarse como el político que finalmente acabara con este problema y, por la otra, la voluntad de trazar líneas claras entre lo que debería constituir un delito

³⁴ Cicerón, *Verrinas* 2.2.13; 2.4.17-19, 21.

³⁵ Cicerón, *En defensa de M. Fonteio* 38: ...*denique P. Rutilius! qui, etsi damnatus est, mihi videtur tamen inter viros optimos atque innocentissimos esse numerandus.*

ante un tribunal, y aquello que, aun siendo considerado como inmoral, no debería tener consecuencias jurídicas. La *lex Julia* prohibía, por ejemplo, recibir pagos para presentar una acusación o destruir pruebas. Además, se impusieron límites claros – más altos para los magistrados en la ciudad de Roma: estos sólo podían recibir un máximo de 100 monedas de oro en favores o regalos³⁶. La razón de esta medida podría haber sido que, a diferencia de los gobernadores provinciales, estos mantenían en Roma sus importantes conexiones sociales, lo cual hacía imposible desvincularlos completamente de estas redes, que se consolidaban y fortalecían precisamente a través del intercambio de regalos³⁷. Los gobernadores provinciales sólo podían recibir alimentos y bebidas –en general productos perecederos–. Estos se consideraban no adecuados para el soborno, precisamente por su corta vida. Desconocemos durante cuánto tiempo esta ley estuvo en vigor, aunque sí que en el siglo III d.n.e., este tipo de restricciones se habrían relajado considerablemente. En este sentido, un capítulo del *Digesto* dedicado a las atribuciones de los gobernadores provinciales (*De officio proconsulis et legati*) trata precisamente la cuestión de los regalos:

No debe el procónsul abstenerse totalmente de aceptar regalos (*xenia*), sino observar moderación; de tal suerte de que no se abstenga fastidiosamente completamente, ni exceda con avaricia; lo cual los emperadores Severo y Antonino limitaron en una carta muy elegante; cuyas palabras son las siguientes: en lo que respecta a los regalos, oye nuestro parecer: es proverbio antiguo «que ni todos, ni siempre, ni de todos; porque es muy inhumano no recibir de alguno: vilísimo, recibir a cada paso; y avarísimo admitirlo todo» (*vetus proverbium est: oute panta oute pantote oute para panton. nam valde inhumanum est a nemine accipere, sed passim vilissimum est et omnia avarissimum*). Y lo que se contiene en los mandatos para que el Procónsul, o el que estuviere en algún otro oficio, no reciba ni compre cosa alguna sino para el diario o cotidiano alimento, no se entiende con los regalitos (*xeniola*), sino con aquellas cosas que exceden el uso de los manjares; antes bien estas cosas de comer no se han de reputar por regalos (*xenia*)³⁸.

El texto nos introduce otro problema complejo: el caso de magistrados que no obligaban a nadie a hacerles regalos. Nos gustaría señalar, sin embargo, que el significado de esta ley no es del todo claro, ya que no especifica cuál es el límite de la moderación. Tal como argumenta Lennerfors (2018, 2019), con relación a nuestras sociedades modernas, y específicamente a formas de corrupción en empresas, la inexactitud y la ambigüedad son estructurales en las normas que regulan la corrupción. Este es un punto importante, que concuerda con la información que tenemos sobre el mundo antiguo. Según Lennerfors, el componente moral de la corrupción, que no puede ser infravalorado, implica que los actores implicados deben seguir su propio «compás moral». Definiciones demasiado precisas, que eliminan la «zona gris», no permiten reconocer cómo un individuo se mueve precisamente en la zona gris y, en consecuencia, no permiten valorarlo moralmente. Este argumento es bastante convincente al aplicarlo a sistemas políticos en los que, como en el caso de la República romana –pero también durante el Principado–, la élite se presenta a sí misma como una élite moral que es capaz de gestionar de forma efectiva el poder. Cicerón aporta más ejemplos de cómo él mismo –en tanto representante de esa élite– se preocupa por respetar cuidadosamente la ley, por ejemplo, al poner en duda si debería aceptar o no un regalo:

Ahora, para volver a mis asuntos, Lucio Papirio Peto, hombre íntegro y afectuoso conmigo, me ha regalado los libros que le legó Servio Claudio. Una vez que tu amigo

³⁶ *Digesto* 48.11.6 (Venuleio Saturnino).

³⁷ Venturini 2015, 491.

³⁸ *Digesto* 1.16.6.3 (Ulpiano) (Traducción de Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca, Manuel Gómez Marín, Pascual Gil y Gómez 1872; ligeramente adaptada).

Cincio me dijo que podía tomarlos de acuerdo con la ley Cincia, le contesté que si me los ofrece, los aceptaré con mucho gusto³⁹.

En la época en la que Cicerón ejerció como gobernador en la provincia de Cilicia (51 a.n.e.), éste se esforzaba mucho en mostrar que él no aceptaba incluso obsequios que podría haber aceptado, y que este esfuerzo tenía como objetivo el construir una imagen de sí mismo como «luchador contra la corrupción», que no sólo le ayudaba a protegerse de ataques de sus enemigos, sino eventualmente también de desbancar a otros del podio de la moral. Como se puede observar, los temas no habían cambiado mucho desde los tiempos en los que Cayo Graco retornara de Sardinia:

Pero tú quizá prefieres saber algo de mí. Aquí está: hasta ahora, ningún desembolso, ni público ni privado, en mi persona ni en ninguno de mis acompañantes; no se acepta nada de lo que permite la ley Julia, nada de quien me hospeda; entre todos los míos, existe el convencimiento de que es necesario sacrificarse a mi prestigio. Por ahora, perfecto: los griegos se han dado cuenta y lo elogian, y hablan mucho de ello. Lo demás lo voy llevando a cabo como he notado que te gusta; pero el elogio lo dejaremos para cuando haya terminado el discurso⁴⁰.

De nuevo en una carta dirigida a su hermano Quinto, gobernador de la provincia de Asia, Cicerón destaca la importancia de la «imagen pública» como arma contra todo tipo de soborno:

Es necesario que tus oídos sólo oigan lo que deben oír realmente, y no sean objeto de insinuaciones falsas, engañosas e interesadas. No dejes que tu anillo sea un mero objeto, sino que te represente a ti mismo; no como un instrumento que sirva la voluntad de otros, sino como tu propio testimonio. Elige oficiales como lo hacían nuestros antepasados, que consideraban este cargo no como un favor, sino como una función y un deber; y por esta razón los nombraban entre sus propios libertos, ya que la autoridad sobre ellos no difería por aquel entonces de la que tenían sobre sus esclavos. Haz que tu lictor sea siervo de tu clemencia, y no de la suya. Que tus fasces y hachas antes sean símbolos de representación que de poder. Haz saber a todos los habitantes de la provincia que las vidas, los hijos, la reputación y las propiedades bajo tu dominio son lo más precioso para ti. Que todos estén convencidos de que, si llega a tu conocimiento, actuarás en contra de aquellos que den, pero también en contra de los que reciban. Nadie intentará sobornarte cuando se sepa que gente que pretende influenciarte nada obtendrán de ti⁴¹.

Los miembros de la élite romana, que era también legisladora, crearon una serie de leyes y normas con la finalidad de ayudar a los magistrados (miembros igualmente de esta élite) a despejar la sombra de toda sospecha y de la condena moral. Esto incluía evitar que se despertara cualquier desconfianza que pudiera influir la interpretación de acciones futuras. Estas leyes no tenían como objetivo principal proteger a los habitantes de las provincias, sino a los propios miembros de la élite, que debían enfrentarse a las acusaciones de los provinciales, así como a las propias dinámicas internas de la competición aristocrática⁴². Se trataba pues de la construcción de las «reglas del juego», que les permitía asumir el rol del político no-corrupto, o incluso del combatiente anti-corrupción. Un famoso proceso de época

³⁹ Cicerón, *Cartas a Ático* 1.20.7 (Traducción de Miguel Rodríguez-Pantoja Márquez, Gredos 1996): *nunc, ut ad rem meam redeam, L. Papius Paetus, vir bonus amatorque noster, mihi libros eos, quos Ser. Claudius reliquit, donavit. Cum mihi per legem Cinciam licere capere Cincius, amicus tuus, diceret, libenter dixi me accepturum, si attulisset.*

⁴⁰ Cicerón, *Cartas a Ático* 5.10.2 (Traducción de Miguel Rodríguez-Pantoja Márquez, Gredos 1996).

⁴¹ Cicerón, *Cartas a su hermano Quinto* 1.1.13 (Traducción de los autores del artículo).

⁴² Sobre la naturaleza competitiva de la cultura política romana republicana, ver por ejemplo Hölkeskamp (2019).

imperial, de principios del siglo II d.n.e., nos permite comprender mejor este fenómeno. El abogado en este caso era Plinio el Joven (c. 61-112 d.n.e.), que en una carta se expresaba de la siguiente manera:

Yo les respondí. Pues Baso me había encomendado la tarea de establecer los fundamentos de toda la defensa, de mencionar todos sus honores, que eran notables no sólo por el brillo de su linaje, sino también por los peligros sufridos, de hablar luego de la conspiración de los delatores, que les proporcionaría un beneficio económico, y por último de recordar los motivos por los que él había ofendido a todos los ciudadanos más intrigantes, entre los que se contaba el propio Teófanos. También había decidido que yo respondiese a la acusación más grave contra él, pues por los otros cargos, aunque parecían más serios en apariencia, merecía no sólo la absolución sino incluso una felicitación. Lo que le abrumaba especialmente era el hecho de que él, un hombre sin malicia e incauto, había recibido ciertos regalos de los provinciales como si se tratase de unos amigos (pues en esa misma provincia había sido cuestor). Sus acusadores lo llamaban robo y rapiña, mientras que él lo consideraba simples regalos. Pero la ley impide también que se reciban regalos (*munera*). ¿Qué podía yo hacer en estas circunstancias? ¿Qué camino podría tomar en su defensa? ¿Lo negaría? Tenía el temor de que podría parecer un robo manifiesto, si no me atrevía a admitirlo. Además, la negación de un hecho manifiesto era más probable que aumentase la gravedad del cargo que el que la disminuyese, sobre todo cuando el propio acusado no había dejado las manos libres a sus abogados, pues había manifestado a muchos, incluyendo al propio emperador, que había recibido regalitos (*munuscula*), aunque sin valor y exclusivamente en su cumpleaños y en las Saturnales, pero que a su vez había enviado a la mayoría algún obsequio a cambio ¿Debía pedir gracia para él? Hubiese sido el final de mi cliente admitir que había delinquido de tal manera que no podía salvarse a no ser con una gracia ¿Intentaría presentar su conducta como legal? No le hubiese ayudado en absoluto, pero en cambio habría ganado fama de desvergonzado. En medio de estas dificultades, decidí seguir un camino intermedio: me parece que lo logré.⁴³

Plinio no nos dice exactamente en qué consiste el «camino intermedio». El problema es en todo caso bastante claro, y no muy diferente al de Verres. La gran diferencia radica en que en el caso de Verres, sólo podemos contar con el texto de su oponente. En el caso de Baso, sólo contamos con este pasaje de su amigo y abogado. Por ello, si nos limitamos a leer ambos textos podemos fácilmente caer en la tentación de culpabilizar a Verres y de exculpar a Baso. Baso había aceptado regalos que violaban la ley. A pesar de ello, Plinio intenta jugar con la diferencia entre ley y aceptación social para justificar que había aceptado los regalos como amigo y que sólo había pecado de inocencia. Además, nos cuenta que fueron pocos regalos, e insiste en la cuestión de la temporalidad: los regalos se hicieron por su aniversario y durante los Saturnalia. A pesar de ello, los oponentes probablemente interpretaron estos regalos como «chantaje» y afirmaban que Baso había obligado a los donantes a hacerle regalos⁴⁴.

3. Conclusiones

Existe una «ética» del dono y del intercambio – y de la corrupción, en cuanto negación de la ética; y también existe un enfoque «*etic*» de estas prácticas. Este término, que no hay que confundir con lo ético, y que proviene de la lingüística, se aplica en antropología y sociología para describir fenómenos culturales y formas de comportamiento desde un punto de vista ajeno a esa cultura o contexto. El contrario de *etic* es *emic*, que se refiere a la descripción de estos hechos desde la perspectiva

⁴³ Plinio, *Cartas* 4.9.4-9 (Traducción de Julián González Fernández y Juan Gil, Gredos, 2005).

⁴⁴ Sobre el tratamiento de la corrupción y su persecución político-legislativa en el caso de magistrados romanos, ver Carlà-Uhink (2024).

de sus agentes. A menudo, lo ético y lo *etic* son difíciles de separar⁴⁵. El desarrollo de la ética tiene en cuenta lo *etic*, el observador externo, particularmente cuando aquello que se observa tiene que ver con el ejercicio del poder, con carreras políticas, y con la posibilidad de un proceso ante un tribunal. Con ello no pretendemos obviamente afirmar que la corrupción no existe, y que simplemente es una instrumentalizada imagen del enemigo construida por los oponentes. En este sentido, para finalizar, añadimos algunas reflexiones que creemos son importantes para entender el fenómeno de la corrupción tanto en el mundo antiguo como en épocas modernas:

- ¿En qué medida es realmente útil limitar el concepto de corrupción y, por ejemplo, distinguir la «corrupción política» de otras categorías? Más allá de las claras descripciones de hechos prohibidos – como el soborno, ¿no deberíamos reconocer que corrupción es un concepto tan importante y poderoso, particularmente en relación con los medios y a la opinión pública, precisamente porque es tan inespecífico, y porque vincula la idea del delito con la idea de la descomposición moral de la sociedad?
- La corrupción como discurso –es decir como comunicación cotidiana, tanto en los medios, como entre personas en la calle– desempeña un rol fundamental en la construcción de las expectativas, de la imagen ideal de la sociedad, y del político, y consecuentemente –tal como señala brillantemente Gupta– también en la construcción discursiva del estado.
- La clase política es obviamente consciente de la importancia de este discurso, y se esfuerza en construir su propio autorretrato y actuar en consecuencia. Esto no significa automáticamente que todos los políticos actúan como líderes en la lucha contra la corrupción, aunque esto ocurre bastante a menudo. Con frecuencia, esto se traslada a un debate público sobre la zona gris, y las «difíciles fronteras», con la finalidad, como ocurre en el caso de los populismos, de mostrarse «cercano al imaginario del pueblo»: «yo he aceptado regalos, sí, pero de mis amigos y en Navidad (o en los Saturnalia)». Los paralelismos entre la justificación de Julio Baso y casos modernos que afectan a cargos políticos en activo son evidentes. En otro nivel, nos encontramos con casos de personas que reconocen ser «corruptas», pero que cuestionan el significado del término: «yo no me he enriquecido personalmente, sino que lo que he hecho ha sido para ayudar al estado». La defensa de Verres siguió en parte esta argumentación; si bien reconocía haber dañado la provincia, justificaba que lo había hecho para enriquecer a Roma.
- Las leyes que se ocupan de reprimir diferentes formas de corrupción son obviamente fundamentales –aunque siempre hay que tener en cuenta que están condicionadas social y culturalmente–. Leyes perfectas contra la corrupción, en cualquier época y tipo de estado, simplemente no pueden existir. Por esta razón, el legislador debe observar los discursos públicos, con el fin de evitar que la brecha entre aceptación social y prohibición por ley no sea demasiado grande, lo que a su vez allana el camino para representaciones públicas de la corrupción («las leyes son demasiado estrictas, como todos sabemos», que diría Plinio).
- Las leyes anti-corrupción parecen también tener la necesidad de tener cierto margen de libertad. Este grado de libertad permite valorar y tomar decisiones individuales. Este punto es particularmente importante para la clase política: para demostrar, como lo hace Cicerón, que soy un político bueno y honrado que rechaza regalos y que no es corrupto, tengo que tener la posibilidad de poder aceptar esos mismos regalos.

⁴⁵ Sobre lo *etic* y lo *emic* en la cultura romana antigua, ver Verboven (2014).

Terminamos con una pregunta que invita a la reflexión sobre nuestras sociedades modernas: ¿es posible afirmar que existe un «conflicto de intereses» entre una legislación «micro gestionada» y regulada de forma muy precisa, y la necesidad de autoexpresión y desempeño político –que son absolutamente esenciales en una democracia electoral?

Bibliografía

- Akerloff, G. A. y Shiller, R. J. (2010). *Animal Spirits: How Human Psychology Drives the Economy, and Why it Matters for Global Capitalism*. Princeton University Press.
- Allard-Tremblay, Y. (2014). Political Corruption as Deformities of Truth. *Les ateliers de l'éthique / The Ethics Forum*, 9 (1), 28-49. <https://doi.org/10.7202/1024293ar>
- Arena, V. (2017). Fighting Corruption: Political Thought and Practice in the Late Roman republic. En G. Gelner, R. Kroeze, A. Vitória, A. (eds.), *The History of Anticorruption: From Antiquity to the Modern Era* (35-48). Oxford University Press.
- Boddy, Cl. R. (2023). Insights into the Bernie Madoff Financial Market Scandal which identify New Opportunities for Business Market Researchers. *International Journal of Market Research*, 66 (1), 149-167. <https://doi.org/10.1177/14707853231173260>
- Breit, E. (2010). On the (Re)Construction of Corruption in the Media: A Critical Discursive Approach. *Journal of Business Ethics*, 92 (4), 619-635. <https://doi.org/10.1007/s10551-009-0177-y>
- Buchan, B. y Hill, L. (2014). *An intellectual history of political corruption*. Palgrave Macmillan.
- Carlà-Uhink, F. (2024). 'He had thoughtlessly accepted certain gifts': Corruption and Normative Behaviour for Roman Magistrates. En F. Carlà-Uhink, M. García Morcillo (Eds.), *Discursive Constructions of Corruption in Ancient Rome* (journal issue). *Cultural History*, 13 (1), 52-70. <https://doi.org/10.3366/cult.2024.0296>
- Carlà-Uhink, F. y García Morcillo, M. (2024). *Discursive Constructions of Corruption in Ancient Rome* (journal issue). *Cultural History*, 13 (1), 1-11. <https://doi.org/10.3366/cult.2024.0293>
- Deniaux, E. (1993). *Clîenteles et pouvoir à l'époque de Cicéron*. École Française de Rome.
- Euben, J. P. (1989). Corruption. En T. Ball, J. Farr, R. L. Hanson (Eds.), *Political Innovation and Conceptual Change* (220-245). Cambridge University Press.
- Fairclough, N. (2003). Social Analysis, Discourse Analysis, Text Analysis. En *Analysing Discourse: Textual Analysis for Social Research* (16-30). Routledge.
- González, A. (1987). The Possible Motivation of the *lex Cincia* de donis et muneribus. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 34, 161-171.
- Grüne, N. (2010). „Und sie wissen nicht, was es ist“. Ansätze und Blickpunkte historischer Korruptionsforschung. En N. Grüne, S. Slanička S (Eds.), *Korruption. Historische Annäherungen an eine Grundfigur politischer Kommunikation* (11-34). Vandenhoeck & Ruprecht.
- Gupta, A. (1995). Blurred Boundaries: The Discourse of Corruption, the Culture of Politics, and the Imagined State. *American Ethnologist*, 22 (2), 375-402. <https://doi.org/10.1525/ae.1995.22.2.02a00090>
- Gupta, A. (2005). Narratives of Corruption: Anthropological and Fictional Accounts of the Indian State. *Ethnography*, 6 (1), 5-34. <https://doi.org/10.1177/1466138105055663>
- Haller, D., Shore, C. (2005). *Corruption: Anthropological Perspectives*. Pluto Press.

- Hoadley, M.C. y Hatti, N. (2021). *Understanding Corruption. Traditional and Legal Rational Norms*. Routledge.
- Hölkeskamp, K.-J. (2019). *La cultura política de la República romana: un debate historiográfico internacional*. Editorial Universidad de Sevilla y Prensas de la Universidad de Zaragoza.
- Holmes, L. (2015). *Corruption: A Very Short Introduction*. Oxford University Press.
- Kajsiu, B. (2015). *A Discourse Analysis of Corruption. Instituting Neoliberalism Against Corruption in Albania, 1998-2005*. Routledge.
- Karataş, S. (2019). *Zwischen Bitten und Bestechen. Ambitus in der politischen Kultur der römischen Republik – Der Fall des Cn. Plancius*. Steiner Verlag.
- Köbis, K., Jackson, D. e Iragorri Carter, D. (2020). Recent Approaches to the Study of Social Norms and Corruption. En A. Mungiu-Pippidi, P. M. Heywood (Eds.), *A Research Agenda for Studies of Corruption* (41-53). Edward Elgar Publishing.
- Koehlin, L. (2013). *Corruption as an Empty Signifier. Politics and Political Order in Africa*. Brill.
- Jehne, M. (1995). Die Beeinflussung von Entscheidungen durch 'Bestechung': zur Funktion des Ambitus in der römischen Republik. En M. Jehne, *Demokratie in Rom? Zur Rolle des Volkes in der Politik der römischen Republik* (51-76). Steiner Verlag.
- Laclau, E. (1996). *Emancipación y diferencia*. Ariel.
- Laclau, E. (2014). *Los fundamentos retóricos de la sociedad*. Fondo de Cultura Económica.
- Ledeneva, A.V. (1996/7). Between Gift and Commodity: The Phenomenon of "blat". *The Cambridge Journal of Anthropology*, 19.3, 46-66.
- Lennerfors, Th. (2018). The Laughing Matter of Corruption and Anti-Corruption. *Zeitschrift für Wirtschafts- und Unternehmensethik. Journal of Business, Economics and Ethics*, 19 (1), 40-56. <https://doi.org/10.5771/1439-880X-2018-1-40>
- Lennerfors, T. (2019). *Ethics in Engineering*. Studentlitteratur AB.
- Lintott, A. W. (1981). The *leges de Repetundis* and Associate Measures under the Republic. *Zeitschrift der Savigny Stiftung*, 98, 162-212. <https://doi.org/10.7767/zrgra.1981.98.1.162>
- Lintott, A. W. (1990). Electoral Bribery in the Roman Republic. *The Journal of Roman Studies*, 80, 1-16. <https://doi.org/10.2307/300277>
- Lovell, S., Ledeneva, A. V. y Rogachevskii, A. (2000). *Bribery and Blat in Russia: Negotiating Reciprocity from the Middle Ages to the 1990s*. St Martins.
- Marshall, B. A. (1967). Verres and Judicial Corruption. *Classical Quarterly*, 17, 408-413. <https://doi.org/10.1017/s0009838800028500>
- Mungliu-Pippidi, A. y Heywood, P. M. (2020). *A Research Agenda for Studies of Corruption*. Edward Elgar Publishing.
- Muir, S. y Gupta, A. (2018). Rethinking the Anthropology of Corruption. An Introduction to Supplement 18. *Current Anthropology*, 59.18, 4-15. <https://doi.org/10.1086/696161>
- Nadig, P. (1997). *Ardet Ambitus. Untersuchungen zum Phänomen der Wahlbestechungen in der römischen Republik*. Peter Lang.
- Rabl, T. (2008). *Private corruption and its actors - Insights into the subjective decision making processes*. Pabst.
- Rabl, T. (2019). Korruption aus der Perspektive der Psychologie. En P. Graeff, T. Rabl (Eds.), *Was ist Korruption? Begriffe, Grundlagen und Perspektiven gesellschaftswissenschaftlicher Korruptionsforschung* (2a edición, 77-102). Nomos.
- Rosillo-López, C. (2010). *La corruption à la fin de la République romaine (II^e-I^{er} s. av. J.-C.). Aspects politiques et financiers*. Steiner Verlag.
- Samoilenko, S. A., Icks, M, Keohane, J. y Shiraef, E. (2021). *Routledge Handbook of Character Assassination and Reputation Management*. Routledge.

- Sandel, M. J. (2012). *What Money Can't Buy: The Moral Limits of Markets*. Farrar, Straus and Giroux.
- Schuller, W. (1977). Probleme historischer Korruptionsforschung. *Der Staat*, 16, 373–392.
- Schuller, W. (1980). *Korruption im Altertum: ein Zwischenbericht*. Colloquium Verl.
- Schuller, W. (1982). *Korruption im Altertum (Konstanzer Symposium, Oktober 1979)*. Oldenbourg Wissenschaftsverlag (reprint DeGruyter 2015).
- Schuller, W. (2000). Ambitus in der späten römischen Republik: Wahlbestechung oder Entscheidungshilfe?. En J. Borchert, S. Leitner, K. Stolz (Eds.), *Politische Korruption (185–197)*. VS Verlag für Sozialwissenschaften.
- Stein, P. G. (1985). *Lex Cincia*. *Athenaeum*, 63, 145-53.
- Venturini, C. (2015). Per un riesame dell'esperienza giuridica romana in materia di illecito arricchimento dei titolari di funzioni pubbliche. En F. Procchi, C. Terreni (Eds.), *Carlo Venturini: Scritti di diritto penale romano*. Vol. I. (467-500). Wolters Kluwer CEDAM.
- Verboven, K. (2014). 'Like Bait on a Hook'. Ethics, Etics and Emics of Gift-Exchange in the Roman World. En F. Carlà, M. Gori (Eds.), *Gift Giving and the 'Embedded' Economy in the Ancient World* (135-153). Steiner Verlag.
- Veyne, P. (1981). Cliènteles et corruption au service de l'État: la vénalité des offices dans le Bas Empire. *Annales (ESC)*, 36, 339-360. <https://doi.org/10.3406/ahess.1981.282742>
- Wallinga, H. T. (1994). Ambitus in the Roman World. *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 41, 411-442.

Sobre la concepción platónica de la filosofía como terapia de la corrupción

On the platonic conception of philosophy as a therapy for corruption

Jorge Cano Cuenca

Universidad Complutense de Madrid

ORCID ID: 0000-0001-6742-8368

jocano04@ucm.es

Cita recomendada:

Cano Cuenca, J. (2024). Sobre la concepción platónica de la filosofía como terapia de la corrupción. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 165-179.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8507>

Recibido / received: 13/10/2023
Aceptado / accepted: 15/01/2024

Resumen

Este trabajo pretende encuadrar el fenómeno de la corrupción y la decadencia políticas en la concepción platónica de la unidad fisiológica de los procesos que suceden en la criatura generada y viva que es el universo y, en paralelo, en la esfera humana tanto individual como colectiva. Para ello se comentan pasajes de algunos diálogos platónicos en los que se establecen referencias a la práctica médica como modelo de aplicación de una *techne* que ha de asumir el gobernante o legislador para poner en acto ese paradigma en el cielo que continuamente se desvanece ante nosotros.

Palabras clave

Platón, teoría política clásica, medicina griega, corrupción, *stasis*, *polis*.

Abstract

*This paper aims to frame the phenomenon of political corruption and decadence in the Platonic conception of the physiological unity of the processes in the generated and living creature that is the universe and, in parallel, in the human sphere, both individual and collective. To this purpose, passages from certain Platonic dialogues are commented in which references are established to medical practice as a model of application of a *techne* that the ruler or legislator must assume to put into practice that paradigm in the heavens that continually fades before us.*

Keywords

Plato, Classical political theory, Greek medicine, corruption, stasis, polis.



SUMARIO. 1. Un apunte sobre los términos griegos *pthora-diaphthora*. 2. Herramientas conceptuales para abordar una fisiología de la corrupción. 3. *Stasis*, politización del alma y unidad orgánica de la *polis*. 4. La medida (*to metron*) como herramienta terapéutica. 5. Coda: un (fra)caso práctico de terapia filosófica.

1. Un apunte sobre los términos griegos *pthora-diaphthora*

En su trazado de una historia de la corrupción, Bratsis (2003, pp. 11-14) apunta la dificultad de entender un continuo diacrónico de la práctica: el término *diaphtherein* no equivale al sentido contemporáneo (soborno, prevaricación, manejo en beneficio personal o de partido), sino a una alteración nociva de la mente por la que disminuye la capacidad de los seres humanos para elaborar juicios sólidos y fundados. En el acto de la corrupción, el individuo renuncia y somete su libertad de acción y pensamiento, perdiendo capacidad y ejercicio del juicio en tanto miembro autónomo de una comunidad política¹. Para Hill (2013, pp. 566-568), en cambio, esa corrupción del juicio conduce al abuso de un papel público en beneficio personal. De acuerdo con esto, señala, en Platón, Aristóteles y Demóstenes un individuo *adiaphthoros* es alguien no corrompido por promesas o perspectivas de ganancia y que ejerce su labor pública con corrección y sin la merma y daño que la *diaphthora* conlleva. No obstante, la corrupción no pasa solo por el uso de un cargo público en beneficio propio, también la extorsión, el clientelismo, la estafa, la malversación o la adulación pueden ser consideradas dentro de este ámbito de prácticas. Cabe establecer un importante matiz: en el caso de Platón —y no solo—, estas lecturas no incorporan la particularidad fisiológica de los términos *diaphthora* / *diaphtherein*, que remite al proceso patológico de descomposición o disolución —físico o moral²— de una realidad naturalmente compuesta³. Ello es un hecho inherente a la propia *physis*, dado que tanto el universo, como el ser humano y sus ordenamientos políticos son producto de una generación y, por tanto, están sometidos por su propia *physis* a nacimiento, cambio y muerte (*Timeo* 27d-28c, 41b)⁴. En esta contribución se va a intentar profundizar en la matriz fisiológica de la *diaphthora* a partir de la lectura de pasajes platónicos para especificar el problema crucial que plantea tanto respecto a la analogía entre salud-justicia y alma-*polis* como a la consideración del filósofo —gobernante y legislador— como un practicante terapéutico en el plano psíquico y político.

2. Herramientas conceptuales para abordar una fisiología de la corrupción

En un pasaje muy comentado del *Sofista* (226b-231c), el extranjero aborda la sexta definición sobre el sofista como practicante de la técnica de la separación o criba (226c8: διακριτική)⁵. En ella, a su vez, se distinguen dos aplicaciones: separar lo mejor de lo peor y lo semejante de lo desemejante. Para la segunda no hay denominación

¹ Bratsis (2003, p. 14) concluye sobre la diferencia entre lo privado y lo público en el mundo antiguo: «*Political corruption is an exclusively modern phenomenon made possible only after the rise of the public/private split and the concept of interests*».

² Cf. Jenofonte, *Apología* 19, referido a la acusación de Meleto a Sócrates; cf. asimismo Platón, *Menón* 91c y *Apología* 24.

³ Esto niega la realidad de sistemas de gobierno que promulgan leyes para favorecer a individuos particulares, cf., por ejemplo, *Leyes* IV 715a-d.

⁴ Cf. Giorgini (2011, p. 14). Giorgini elabora en su trabajo un análisis de los ciclos de destrucción expuestos en el mito del *Político* como una desemejanza y alejamiento del paradigma eterno: «*La decadenza é inserita dunque in questo contesto di "filosofia della storia", di succedersi ciclico di epoche con caratteristiche contrapposte*» (Giorgini, 2011, p. 17).

⁵ Sobre el uso de διακριτική y διακρίνειν («separar») en el *Sofista* frente a διαίρειν y διαίρεσθαι («dividir»), cf. Hermann (1998, pp. 109-112).

clara, pero se entiende unánimemente la primera como una cierta purificación (226d9-10: καθαρμός τις)⁶. Siguiendo el razonamiento, se distingue una purificación de los cuerpos —la gimnasia y la medicina⁷, junto a otras muchas de rango inferior relativo, como baños, diversas clases de limpieza, etc.—, y otra distinta cuyo cometido es purificar la parte inteligente del alma (227c3-4: τὸν γὰρ περὶ τὴν διάνοιαν καθαρμὸν ... ἀφορίσασθαι). A continuación, se define el desorden moral como un *otro* respecto a la virtud en el alma (227d4: πονηρία ἕτερον ἀρετῆς ἐν ψυχῇ): la purificación consiste en expulsar (d7: ἐκβάλλειν) lo perjudicial conservando (d6: λείπειν) lo contrario⁸. Después, analógicamente a las dos clases de males que puede sufrir un cuerpo —enfermedad y fealdad (228a1-2: νόσον ... αἴσχος)— se afirma que hay dos especies de vileza en el alma (227d13: κακία). Una surge como una enfermedad, la otra como una fealdad (228a1: νόσον / αἴσχος). La enfermedad es una disensión (28a4: στάσιν), una «corrupción, originada en cierto desacuerdo, de lo que está emparentado naturalmente» (228a6-7: τὴν τοῦ φύσει συγγενοῦς ἕκ τινος διαφορᾶς διαφθοράν)⁹. Dado que son varios los términos que enmarcan el sentido del pasaje en un contexto religioso —y Platón se sirve en diferentes ocasiones del término *katharmos* y otros relacionados para referirse a prácticas de purificación (*República* 364e, *Fedón* 69c-d, *Fedro* 244e, cf. Bernabé, 2014, pp. 44-55¹⁰)—, cabe asumir que la actividad filosófica platónica se enmarca en una práctica que, a falta de otro término, cabría considerar «religiosa» en un sentido educativo y purificador —no litúrgico— y dirigida, en paralelo, a lo individual (el alma) y lo político.

La disensión (*stasis*), por tanto, genera una disrupción en la constitución natural (τοῦ φύσει συγγενοῦς) —sana— del individuo, obra providencial, como muestra *Timeo*¹¹, de la acción del artesano divino que lo elabora como un ser vivo

⁶ La rotundidad del «unánimemente» resulta un tanto sospechosa: ¿a quién remite ese παρὰ πάντων? Como señala Bernabé (2013, pp. 42-43), difícilmente un hablante griego contemporáneo hubiera considerado que la palabra elegida por Platón era la más adecuada al caso: en todo caso, el pronombre τις atenúa la rotundidad de la afirmación.

⁷ En *Gorgias* 463e-466a se emplea el método diairético de modo semejante a *Sofista* 268b-d, cf. Dodds (1990, pp. 226-227). Como apunta Bernabé (2013, pp. 43-44) en un tratado hipocrático como *Sobre la enfermedad sagrada* (18, 6) *katharmos* no se utiliza para referirse a las actividades médicas sino a prácticas más relacionadas con magos y charlatanes. En todo caso, ninguno de los interlocutores considera que la purificación del alma tenga que ver con ninguna de estas.

⁸ Cf. sigo a Fronterotta (2007, p. 257, n. 60) en su traducción de πονηρία como «disordine morale». Como apunta Notomi (2001, p. 64) la acción (expulsar-conservar) remite al modo en que un médico purifica el cuerpo y le permite absorber la nutrición, del mismo modo el que purifica el alma expulsa las opiniones erróneas que impiden la adquisición de conocimiento verdadero, cf. *Sofista* 230c7-d4.

⁹ Para *Sofista* cito la traducción de Cordero; sigo la lectura de los manuscritos frente a la corrección que asumen varios editores, entre ellos Burnet y la última edición de los OCT: τὴν τοῦ φύσει συγγενοῦς ἕκ τινος διαφορᾶς διαφθοράν. Para la intensa controversia filológica sobre el pasaje, cf. Grimaudo (2012, especialmente pp. 11-13): «In altri termini, è più semplice pensare che la διαφθοράν τῶν συγγενῶν costiusca la causa, e non l'effetto, di una διαφθορά. E ciò tanto che si voglia riferire questo processo al corpo, all'anima o alla Città». «Corrupción» (διαφθορά) es un término que aparece en *Menón* 91c y en *Apología* 24b —referido a la acusación de Sócrates— para referirse a quien conduce a la perdición a aquellos que tienen trato con él. Conservo la traducción de *stasis* por «disensión» que asumen Tovar (1970), Cordero (1988) y Casadesús (2010).

¹⁰ Bernabé (2014, p. 45) señala que la comparación de *Fedón* 69c-d entre los filósofos y los auténticos iniciados en los cultos de Dioniso —a partir de su alusión al proverbio «muchos los portatirsos, pero pocos los bacantes» (trad. L. Gil)— sirve para definir la práctica de la filosofía como la única purificación auténtica frente a otro tipo de promesas. También en *República* 364e-365a se cuestiona la labor liberadora y purificadora de los rituales órficos. Benardete (1984, p. 94) apunta a la diferencia entre lo religioso —la liturgia institucional de la polis— y la práctica filosófica platónica: «The most radical separation of soul from ensouled body is, again according to Socrates, none other than philosophy itself —the practice of dying and being dead. The stranger speaks of diacritics' indifference to the difference between the art of sponging and the drinking of drugs. It is indifferent to the difference between Socrates' bathing and his drinking hemlock. The stranger leaves no room for "religious" or ritual purification».

¹¹ Cf. Johansen, 2004, pp. 17, 54. Los tres relatos creacionales del *Timeo* despliegan la plena excelencia del artesano y la analogía fisiológica entre el alma-cuerpo del mundo y el alma-cuerpo del ser humano:

racional dirigido esencialmente al mantenimiento de una continua acción: acordar al alma consigo misma y corregir los desajustes de sus revoluciones originales mediante la imitación de las completamente estables de la inteligencia en el cielo (*Timeo* 47b-d)¹². Por otra parte, la otra enfermedad del alma — la fealdad (*Sofista* 228a1: αἴσχος)— no se debe a una corrupción o deterioro fisiológicos sino a una completa falta de medida o proporción (228a10-11). Debido a esta *ametria* —un desajuste entre opiniones, deseos, valor, placeres, pensamientos y pesares— propia de gentes de «mala calidad» (228b3: φλαύρωσ), sus constituyentes se muestran en desacuerdo (228b4: διαφερόμενα) en lugar de estar en una correcta relación de connaturalidad¹³. El desorden moral surge de la diferencia entre potencias necesariamente connaturales (228b6: συγγενῆ γε μὴν ἐξ ἀνάγκης) concebidas —todo lo que permite la ἀνάγκη (*Timeo* 48a)— en una situación de equilibrio. Frente a la *ametria*, *Timeo* 87c-88b enuncia la proporción (87c6: σύμμετρον) como principio de un ser viviente bello, bueno y proporcionado. La *symmetria* entre alma y cuerpo determina su salud y virtud: toda desproporción o exceso genera conflictos, bien patologías corporales o bien ignorancia (88b5: ἀμαθίαν), «la enfermedad más grave». Asimismo, en *Filebo* 64d-65a cualquier mezcla que no consiga la medida y proporción naturales (64d9: μέτρον καὶ τῆς συμμέτρου φύσεως) destruye sus componentes, a sí misma como mezcla natural y finalmente la realidad —el individuo— en el que está contenida. La potencia del bien (64e5: τοῦ ἀγαθοῦ δύναμις) se encuentra en la naturaleza de lo bello; así como la belleza y la perfección coinciden con la medida y la proporción (64e6: μετριότης γὰρ καὶ συμμετρία)¹⁴. El bien, concluye Sócrates, no se puede capturar en una sola forma, pero se puede captar en tres: belleza, proporción y verdad (65a2: κάλλει καὶ συμμετρία καὶ ἀληθεία).

Sofista 228c1-5 da una indicación más precisa sobre las consecuencias de esta desproporción: «Cuando algo que participa del movimiento (κινήσεως μετασχόντα) se propone cierto objetivo y cada paso que da culmina en un desvío y un fracaso, ¿diremos que esto le pasa por la proporción mutua (ὑπὸ συμμετρίας) que hay entre ellos o, por el contrario, debido a su desproporción (ὑπὸ ἀμετρίας)?». Todo movimiento errado dirigido hacia la consecución de un objetivo debe su fracaso a la falta de proporción y este error, a su vez, como afirma el Extranjero, tiene su causa en la ignorancia involuntaria del alma. Siguiendo a Movia (1991, p. 156), la ignorancia consiste en que el alma —la inteligencia— se dirige naturalmente hacia la verdad, pero yerra involuntariamente en su objetivo y permanece ignorante contra su voluntad, que es, precisamente, ser sabia¹⁵. Fronterotta (2007, pp. 260-261, notas 64 y 65) interpreta «participa del movimiento» como una alusión al impulso del alma

«del conjunto de todos los procesos que se dan en el receptáculo, este universo es la mejor estructuración posible del devenir» (Lisi, 2001, p. 14).

¹² En el relato sobre la constitución de la fisiología humana, órganos y funciones, hay una lectura finalística que abre *Timeo* de la fisiología a la metafísica y la teología (C. Steel, 2001, pp. 118-119); para otra lectura sobre la integración entre lo inmortal y lo mortal en la constitución corpórea del universo y el papel —y responsabilidad— de las almas inmortales humanas sujetas a la percepción sensorial, cf. Broadie (2012, pp. 89-114).

¹³ Grimaudo (2012, p. 11) apunta que este desacuerdo es el que se produce entre las diversas funciones del alma (*epithymetikon*, *thymikon*, *logistikon*) entre ellos connaturales (*syngene*), en paralelo con *República* VI 440a-444e; asimismo, cf. *Político* 305-308b.

¹⁴ No hay que olvidar que en *República* VI 504c la forma de Bien es la proporción o medida (μέτρον) más perfecta y que la medida es principio de conocimiento y beneficio (VI 505e), cf. asimismo *Filebo* 25e-27d; cf. Lisi (2007, p. 107).

¹⁵ Movia (1991, pp. 156-158) presenta en su comentario la discusión sobre este pasaje. Bluck (1975, pp. 48 y ss.), siguiendo a Taylor, lo pone en relación con *Timeo* 87c-d: la ignorancia se explica, en primer lugar, por la desproporción entre alma y cuerpo y, secundariamente, por la desproporción entre las tres especies que conforman el alma. El vicio o desorden moral se debe a que la razón pierde su dominio y las pasiones asumen parcial o totalmente el control; la ignorancia, por su parte, es efecto una razón que, débil o excesivamente preocupada por contener a las pasiones, no logra alcanzar su auténtica meta, la sabiduría.

dirigido al cumplimiento de su objetivo natural: su consecución depende de la buena proporción de su estructura, i. e., la colaboración eficaz entre sus funciones. El vínculo entre función vital y noética (*Sofista* 248e-249b) remite a *Fedro* 245c-e¹⁶: lo propio del alma es un movimiento que coincide con la actividad racional del pensamiento (*Timeo* 36e-37c). El alma, que participa del movimiento y se dirige así a sus fines naturales —una actividad inteligente que implica orden y bien—, es principio racional de los seres humanos y vital de todos los seres vivos (Fronterotta, p. 261, n. 64). Que alcance su objetivo depende de que sus componentes se hallen en una mezcla proporcionada y conforme a naturaleza (*República* IV 444d-e)¹⁷. Por otro lado, es la condición móvil del alma la que permite, en caso de yerro, la corrección de su movimiento —ordenación y armonización (*Timeo* 47 d6: κατακόσμησιν καὶ συμφωνίαν) de acuerdo a la disposición original conforme a naturaleza, tanto en la especie inmortal como en la mortal (*Timeo* 41d-42d, 68e-73e)— y la que posibilita la labor y responsabilidad que determina su existencia (90a-d)¹⁸.

El yerro depende de una desproporción a la vez ética —determinada patológicamente por el desorden moral— y epistemológica, una falta de proporción generada por la ignorancia. En 229a, junto a los dos males corporales —deformidad y enfermedad de las que se ocupan la gimnasia y la medicina— se precisa una grave dolencia del alma: la ignorancia (a9: ἄγνοια), cuyo remedio es la enseñanza (229b1: διδασκαλική) y, más concretamente, la educación (229d2: παιδεία)¹⁹. Siguiendo la división, la educación puede operar ya mediante la amonestación (230a3: νοουθητικήν), técnica que puede servirse de dureza o benevolencia (μαλθακωτέρως), pero que resulta fallida porque la ignorancia es involuntaria, ya mediante la refutación (230d1: ἐλέγχων) una purificación sanadora que sirve para desenmascarar la vana apariencia de sabiduría²⁰. Así se va perfilando la sexta definición del sofista —el de noble linaje (231b8)— y de sus técnicas purificadoras del alma, principalmente el *elenchos*. Aunque se escapa del eje principal de este trabajo,

¹⁶ El movimiento y el conocimiento como condición y actividad esenciales del alma humana es una clave de la relación entre alma del mundo y alma humana en el *Timeo*. Siguiendo a Lisi (2007, pp. 113-114), el alma humana tiene una semejanza estructural al alma del mundo, pero una diferencia clara tanto en los elementos como la proporción en la que han sido integrados. Por otra parte, el funcionamiento de la especie inmortal del alma humana —diferenciada claramente de las especies que son consideradas mortales y son posteriores a ella— se asemeja al del alma del mundo y el cuerpo humano es descrito como una suerte de *chora* en la que el alma está inserta. Skemp (1942, p. 40) vincula la idea de movimiento del alma platónica con Alcmeón de Crotona: el alma era inmortal porque se asemejaba a los cuerpos celestes y al *ouranos* en tanto movimiento perpetuo. Según Skemp (1942, p. 43), aunque no se puede definir claramente la relación que estableció Alcmeón entre la inmortalidad de los astros y la del alma en virtud de su movimiento continuo y eterno, su pensamiento habría influido en la relación platónica entre psicología y astronomía, alma humana y alma del mundo. El axioma del *Fedro* (245c-246a) sobre el alma como movimiento habría sido previamente formulado por Alcmeón en tanto identificación entre lo que está siempre en movimiento y lo inmortal.

¹⁷ «Y el producir salud es disponer los elementos que hay en el cuerpo de modo que dominen o sean dominados entre sí conforme a naturaleza (κατὰ φύσιν ... κρατεῖν τε καὶ κρατεῖσθαι ὑπὲρ ἀλλήλων); y el producir enfermedad es hacer que se manden u obedezcan unos a otros contra naturaleza (παρὰ φύσιν ἄρχειν τε καὶ ἄρχεσθαι ἄλλο ὑπὲρ ἄλλου)». Análogamente: «¿el producir justicia no es disponer los elementos para que dominen o sean dominados entre sí conforme a naturaleza; y el producir injusticia el hacer que se manden u obedezcan unos a otros contra naturaleza?» (trad. Pabón y Fernández Galiano); cf. asimismo I 351d. Cabe subrayar la importancia que cobrarán *kata physin* y *para physin* en el unitarismo físico-político-ético de los estoicos.

¹⁸ Cf. Lisi (2007, pp. 111-117).

¹⁹ A su vez «el castigo es la técnica que más conviene a la justicia en los casos de desmesura, injusticia y cobardía» (229a4-6), cf. en paralelo *Gorgias* 464b: el paralelo se establece entre medicina y justicia, cf. Fronterotta (2007, pp. 264-265, n. 68).

²⁰ El propio Sócrates, al comienzo del diálogo, hace referencia al «dios refutador» (216b6: θεὸς ὧν τις ἐλεγκτικός). Como apunta Fronterotta (2007, p. 197, n. 5; p. 274, n. 75) el *elenchos* es el método de refutación vinculado con el propio Sócrates y característico de los diálogos socráticos. El sofista de «noble linaje» es un técnico de la purificación del alma que educa mediante la refutación de las falsas opiniones o la falsa pretensión de conocimiento.

cabe señalar que el pasaje ha generado una abundante literatura sobre si es el propio Sócrates quien está en el trasfondo de la definición, lo que implicaría una identidad entre filósofo y sofista²¹. La purificación del alma adquiere, como conclusión, una dimensión terapéutica: se puede restablecer la salud del alma de un modo médico — y ahí operan la enseñanza, la educación o el castigo, inculcando moderación (228e-229d)—, sin embargo, como apunta Benardete (1993, p. 765), la purificación no es capaz de infundir belleza ni fuerza en el alma.

3. *Stasis*, politización del alma y unidad orgánica de la *polis*

La consideración de la enfermedad como disensión (*stasis*)²² de *Sofista* 28b4 se enmarca en el clásico entrecruzamiento platónico entre alma y ciudad que articula buena parte de su teoría política²³. De acuerdo con esta intuición —que en Platón rebasa lo analógico para convertirse en eje principal (Loroux, 2008, p. 82)— la ciudad funciona como un alma y el alma como una ciudad²⁴. En paralelo, la disensión provoca perturbaciones tanto en el individuo como en las construcciones sociales en las que habita: dado que el ser humano, a pesar de esa *syngeneia* natural que le vincula con el mundo como orden, no alcanza por su generación el grado de perfección necesario, tampoco la comunidad goza de la estabilidad otorgada al universo desde su constitución y ordenación demiúrgicas: ambos, individuo y *polis*, están al albur de desarrollos patológicos.

Como ha señalado Vegetti (2007, pp. 344-345), la politización del alma consiste en concebirla escindida en una pluralidad definida de energías psíquicas de diversa finalidad que entran mutuamente en conflicto, generando una disensión que es la enfermedad moral del alma; asimismo, en movimiento contrario, estas energías pueden establecer alianzas o someterse a la jerarquía del principio racional con vistas al interés común y alcanzar un estado de salud, armonía y proporción que recibe el nombre de «justicia»²⁵. El alma es una ciudad expuesta a la *stasis* cuya salud y

²¹ Cordero (2017, p. 84) plantea el problema: «la actividad de este médico del alma, su forma de proceder coincide, incluso en pequeños detalles, con el modo de actuar que Platón siempre le atribuyó a Sócrates en los diálogos anteriores. ¿Quiere decir esto que, aprovechando que Sócrates no es su portavoz en el *Sofista* Platón lo trata precisamente de sofista?»; para su interpretación del pasaje, cf. Cordero (2017, pp. 88-94). Como se ha señalado, esta definición positiva del sofista, como experto purificador, contrasta con el resto de las definiciones del diálogo y, en general, con lo que Platón presenta en el resto de su obra, para la discusión sobre el tema, cf. Fronterotta (2007, pp. 270-273). Por su parte, Notomi (1999, p. 67) niega tajantemente la identificación: «*after a long argument in the Middle Part, the sophist of noble lineage will eventually turn out not to be a sophist at all*»; para su discusión del problema, cf. pp. 63-68 y pp. 275-276. Asimismo, para Spinassi (2014, p. 46) no es el sofista quien es definido, sino el auténtico filósofo, «practicante del *elenchos* purificador», en su opinión, la refutación de los preceptos del eleatismo.

²² Loroux (2008, pp. 102-106) analiza el término griego, un nombre de acción derivado de *histemi* («erigir, ubicar, levantar, detener»), combina agitación e inmovilidad. Formula Loroux (2008, p. 104) —a partir de la matización entre *stasis* y *diastasis* (Platón *Leyes* V 744d)—: «la guerra civil es *stasis* en la medida en que el enfrentamiento de igual a igual entre las dos mitades de la ciudad erige en el medio (*meson*) el conflicto a la manera de una estela». Para un análisis de la *stasis* como elemento propio o natural de la ciudad griega y de la teoría y práctica políticas, cf. asimismo Bertelli, 1989, especialmente pp. 58-80.

²³ Cf., por ejemplo, *República* IV 444c-d, VIII 563e-564c.

²⁴ Como es bien sabido, la analogía entre política y medicina es muy anterior a Platón: está presente en la célebre definición de Alcmeón de Crotona (D-K 24 B 4) de la salud como *isonomia* de las fuerzas o cualidades físicas y de la enfermedad como *monarchia* de una de ellas: un estado saludable implica una mezcla proporcionada (*krasis*). Grimaudo (2012, p. 3-4) considera *Sofista* 228a7-8 como uno de los textos griegos en los que se muestra con mayor claridad cómo se traban conceptualmente salud, enfermedad y política: en la n. 2 (2012.) despliega un recorrido textual por la relación entre *stasis* y *nosos*. La concepción de los procesos fisiológicos como una lucha sobre el dominio aparece en varios tratados hipocráticos, cf. *Aires, aguas y lugares* 9 o *Sobre la naturaleza del hombre* 7.

²⁵ Asimismo en *Timeo* (81e6-82b7) son el exceso que desequilibra la proporción saludable de la constitución natural (*pleonexia*) y el proceso patológico en el que un elemento abandona su lugar natural (*metastasis*) quienes sirven para explicar los desórdenes internos y las enfermedades (82a6-7: στάσεις

concordia depende de que el sólido *kratos* de una razón la conduzca poniendo fin a las sediciones (Loroux, 2008, 81)²⁶. Por otra parte, considerar la ciudad como un alma colectiva significa darle la posibilidad de compensar la irracionalidad connatural a lo humano con un principio de racionalidad —filosófico-científico— que la dirija gracias a la alianza y al sometimiento voluntario de las otras partes²⁷. Este principio de racionalidad aplicado a la vida de la *polis*, como se define en *Gorgias* 508a, pasa por erradicar lo que genera su enfermedad y corrupción: la ambición (*pleonexia*), causa de desórdenes y de enfrentamientos civiles, y fomentar la convivencia amistosa, el buen orden, la moderación y la justicia mediante la aplicación de una proporcionalidad geométrica, remedio para restañar esa proporcionalidad natural que es salud y justicia en los planos individual y colectivo²⁸.

Político (293a-e) plantea la labor del médico en paralelo con la del recto gobernante: es posible un régimen político recto si gobiernan los depositarios de una ciencia, no los que aparentan serlo (293c7: ἐπιστήμονας καὶ οὐ δοκοῦντας)²⁹. El gobernante, como el médico, puede actuar ya siguiendo un código escrito y con el asentimiento del súbdito o paciente ya sin leyes y mediante imposición, puede condenar a muerte y desterrar a individuos para purificar la ciudad por su bien (293d5: καθαίρωσιν ἐπ’ ἀγαθῶ τὴν πόλιν), así como traer extranjeros si considera que es necesario aumentar su volumen, todo ello medidas para el control y la erradicación de la posibilidad de una discordia o guerra civil³⁰. Para tal fin el legislador platónico de *Leyes III* construye el código que construye una ciudad libre, amiga de sí misma y racional (701d8: ἔλευθέρα τε ἔσται καὶ φίλη ἑαυτῇ καὶ νοῦν ἔξει): que hace reinar la concordia cohesionando las diferentes partes para formar una unidad que imita un

καὶ νόσους), análogos a los desórdenes políticos: «Lo que eventualmente infrinja alguno de estos principios, ya sea que salga o entre del exterior, ocasionará mutaciones múltiples y, por tanto, enfermedades y corrupciones infinitas (82b6-7: νόσους φθοράς τε ἀπίρους; trad. Lisi)».

²⁶ En *República IX* 591e-592b, la ciudad interior (alma) concorde y proporcionada convive con dificultad entre las desproporcionadas o malformadas y difícilmente intervendrá en su ciudad patria a no no ser que se presente una ocasión de origen divino (cf. *Carta VII* 326b). Finalmente, parece que apenas queda otro remedio que la contemplación del paradigma en el cielo —la práctica de la filosofía— y, con ello, la asunción del fracaso que conlleva la intervención política directa. O bien, como apunta agudamente Giorgini (2008, p. 113), Platón no era tan «metafísico» en materia política como se le suele presentar y cabría el recurso a una figura de autoridad con plenos poderes para establecer ese paradigma en la tierra.

²⁷ No abordo la cuestión de las tres especies del alma y su relación con el programa político de *República* porque no aparece de manera manifiesta en la exposición de *Sofista* que sirve como eje a este trabajo. Se encuentra una exposición clara de la misma en Vegetti (2007).

²⁸ El problema de la guerra civil y la necesidad de encontrar un modo que asegurara la concordia u *homonoia* es una de los temas centrales del pensamiento griego desde finales del v hasta la mitad del iv a. C. El recurso platónico a la geometría retoma la contribución de Arquitas de Tarento (fr. 3) a la discusión sobre la *stasis*: la aplicación del cálculo y la proporción por parte del político que encarna un principio de racionalidad detiene la discordia civil y fomenta la concordia, estableciendo unos parámetros de equidad entre los ciudadanos en lugar del impulso individualista a poseer más (*pleonexia*), cf. Huffman (2005, p. 190).

²⁹ Cf. *Carta VII* 326a-b para la necesidad de un gobierno de filósofos; asimismo *República VII* 521c-535a. El legislador platónico definido en *Leyes III* 688a-e ha de estar en posesión de la ciencia política, tomar en cuenta la virtud principal —«inteligencia, intelecto y opinión acompañada del amor y el deseo que obedece a estos»— y «debe intentar introducir en las ciudades toda la inteligencia que sea posible y extirpar la necedad al máximo» (trad. Lisi). La más grave ignorancia (688e4: τὴν μεγίστην ἀμαθίαν) ha sido y será la causa de destrucción de los sistemas políticos (cf. asimismo III 691d).

³⁰ Como es bien sabido, la analogía entre medicina y política es clave en *Gorgias* (456b-c, 459a-460b, 464d-465d y 478b-479b, entre otros pasajes, cf. Dodds, 1990, pp. 228-229); en *Fedro* (268a-270b) se enfrentan dos paradigmas (medicina-retórica sofística) con respecto al equilibrio entre racionalidad-ciencia y práctica-experiencia. Por otra parte, para las purgas radicales o purificaciones (*katharmoi*) de la ciudad, cf. *República* 410a y *Leyes V* 735b-736c. Para Giorgini (2009, p. 113) el recurso a este tipo de medidas excepcionales, sin necesidad de consenso, supone un «atajo» a la realización de una ciudad perfecta por parte de un gobernante plenipotenciario —el «buen» tirano de *Leyes IV* 709e-710a— que tiene la ventaja de no necesitar pelear por el consenso en discusiones públicas ni de recurrir a la violencia de un golpe de estado.

modelo inteligible. Esto implica una operación racional —mediante persuasión o imposición— sobre un material múltiple dirigida teleológicamente hacia la materialización de un modelo mental de *polis*: una *techne* análoga a la del demiurgo del *Timeo* (Jouanna, 1978, p. 81)³¹. Paralelamente, en el plano fisiológico, la acción educativa y la coerción del castigo (*Sofista* 228e-229d) encuentran una condición de posibilidad en el relato del alojamiento del alma apetitiva mortal en el hígado *Timeo* (70e-71-b), que sigue la pauta de providencia racional y sometimiento de ese «otro» que se desvía del funcionamiento natural virtuoso. El alma apetitiva, incapaz de comprender el lenguaje racional, es sensible a las imágenes y a los hechizos de la *psychagogia*. La solución prevista por el dios es hacer el hígado maleable y suable por parte de la inteligencia (71b) para que esta pueda ejercer control sobre sus fantasías mediante el miedo (71b5: φοβοῖ)³².

La relación entre diagnóstico y terapia médicos y razón y actuación políticas, como subraya Vegetti (2007, pp. 348-349), no se establece en un plano metafórico porque implica operaciones reales —y, por tanto, una toma del poder directa o mediada— cuya legitimidad se fundamenta en la tradicional concepción de la ciudad como un cuerpo político vivo y unitario, rastreado en los versos de Solón, Simónides (53d) o en Tucídides (II 43), que conlleva la subordinación del individuo a la comunidad. Frente a esta labor terapéutico-política, la realidad de la *polis* —la narración sobre las evoluciones de los regímenes políticos y sus paradigmas humanos presentada en *República* VIII y IX, la diacronía desplegada en *Leyes* III, o el propio presente de Platón (*Carta VII* 324b-326a)— dista mucho de tal modelo de intervención racional. La disensión o discordia civil —la separación y confrontación de las partes que componen una *polis*— muestra una inercia —no una ausencia de movimiento: como en el alma del individuo (*Sofista* 228c1), así en la de la *polis*³³— corrompida y errónea, que no realiza su fin natural por la incapacidad de cooperación de unas partes que se oponen a unirse y subordinarse con vistas a la realización de un objetivo que trasciende sus intereses individuales. La *stasis* revela la tendencia natural de estas, a causa de su terca ignorancia, a no reconocerse como tales y a buscar un engrandecimiento propio (*pleonexia*) a expensas del resto (Benardete, 1994, pp. 94-95)³⁴. La concepción platónica de la *stasis*, como enfermedad o

³¹ Jouanna (1978, pp. 81-82) subraya que esta *techne* se presenta como contraposición de las diversas *technai* que, como factores de civilización, sirven para el progreso humano en el mito de Prometeo de *Protágoras*, ya que en *Leyes* III son presentadas como la causas de la regresión moral de la humanidad y como factores del desorden en el seno de la ciudad (679d-e). Por otra parte, también en *Leyes* III (679a-d) y IV (713d-e), Platón emplaza la única fase en la que la *stasis* estaba ausente en la época primitiva-mítica bajo el reino de Cronos, en la que no se necesitaban *technai* civilizadoras ni sistemas de gobierno ni símbolos de organización civil política: guerras, tribunales, conflictos políticos (Bertelli, 1989, pp. 89-90).

³² La maleabilidad del hígado le convierte en uno de los órganos más expuestos a la persuasión y, por otra parte, a la educación, de suerte que se genera un vínculo entre la fisiología y la teoría de la mimesis, en la medida en que el hígado es incapaz de discriminar el grado de verdad de esta y se ve afectado en su funcionamiento orgánico. El hígado es descrito como un espejo (71bc), como la parte del cuerpo más vulnerable a la acción de los simulacros (Napolitano Valditara, 2007, pp. 335-336). Por otra parte, tiene también las potencias capaces de reflejar los pensamientos que provienen del intelecto (Lanza, 2019, p. 180). Como señala Lanza (2019, p. 181): «Si resulta interesante pensar el papel del hígado en conexión con la descripción platónica de los regímenes corruptos, especialmente de la tiranía, es porque el hombre tiránico es aquel cuya organización política interna (*R.*, IX, 591e) está esclavizada por el alma apetitiva, puesto que, como leemos en la *República*, según son los hombres, así son los estados, y el *Timeo* es precisamente una exploración de las posibilidades naturales, físicas o sensibles de materialización de esa república».

³³ Para Farrar (2013, p. 35): «*History can therefore illustrate what is for Plato the central problem of human existence: man's divided soul*». Solo es posible una *politeia* armónica: la que está fuera de la historia.

³⁴ Benardete (1994, p. 95) concluye: «*The same not only brings nature in its train but abstraction as well, of which the most obvious example is the asserted sameness of civil war and disease. It might be the task of dialectics to distinguish the sameness of abstraction from the sameness of nature*». Para una lectura comparada de la *pleonexia* como causa de acontecimientos históricos en Tucídides y Platón, cf. Farrar (2013, pp. 40-41).

desorden de las funciones, entiende el conflicto como un fenómeno inherente a la condición, evolución y desarrollo históricos de la ciudad³⁵, completamente ajenos al dominio de la razón y en paralelo a la evolución natural del individuo que no ha hecho la conversión filosófica (*República* 521c: ψυχῆς περιαγωγῆ³⁶) para cumplir con su condición natural y el *telos* de su existencia —la virtud del movimiento de su alma y su adecuación y asimilación a lo divino (la ὁμοίωσις θεῶ: *Teeteto* 176a-b; cf. asimismo *Timeo* 47a-e, 88d-89a)— y se encuentra en una situación de conflicto derivada del choque de las especies irracionales de su alma con la dirección del *nous*. Como apunta Loraux (2008, p. 82) en la reflexión platónica hay «una manera de pensar el alma bajo el régimen del conflicto que ilumina a su vez de un modo esclarecedor, y en sentido inverso, las preguntas que hay que hacer a la ciudad cuando se la instituye en sujeto». La *stasis*, emplazada no en la excepcionalidad, sino en la cotidianidad de la experiencia se convierte así en una poderosa arma persuasiva en favor de la legitimidad del gobierno de los filósofos (Bertelli, 1989, p. 90).

4. La medida (*to metrion*) como herramienta terapéutica

Este ámbito cotidiano es un factor de la diferencia clara que se establece entre *stasis* y guerra (*polemos*): la segunda no implica la corrupción o disolución de un viviente connaturalmente unificado en sus dos planos, corporal y psíquico³⁷. En *República* V 470b, Platón distingue entre *polemos* y *stasis*, consignando la primera a una hostilidad contra lo extranjero o distinto (470b7: ἀλλότριον καὶ ὄθνεϊον) y la segunda al ámbito familiar y connatural (407b6: οἰκεῖον καὶ συγγενές; cf. asimismo, *Menéxeno* 243e)³⁸. Es la *stasis*, no el *polemos* lo que se alza como amenaza para un estado (Morrow, 1993, p. 299), de ahí que en *Leyes* I la virtud fundamental sobre la que cimentar la constitución legislativa de la *polis* no pueda ser la mera valentía, entendida como una virtud dirigida hacia la guerra exterior, de acuerdo al antiguo modelo legislativo de los dorios. La tarea fundamental del legislador, por contra, es evitar las causas internas de la *stasis* derivadas de una falsa opinión sobre la jerarquía de bienes correspondiente a la jerarquía de valores (cf. *Leyes* V 726a-729a)³⁹ y al contraste entre una concepción aritmética-igualitaria de la política y otra geométrica-distributiva (*Leyes* VI 757a-d⁴⁰). La igualdad aritmética, a menudo, genera una grave desigualdad

³⁵ Cf. Loraux (2008, p. 79).

³⁶ «(...) un volverse del alma desde el día nocturno hacia el verdadero; una ascensión hacia el ser de la cual diremos que es la auténtica filosofía». (trad. Fernández Galiano y Pabón).

³⁷ En *Leyes* I 628a-b se plantea la cuestión de la disensión —ahora discordia o guerra civil— como eje insoslayable a la hora de acometer cualquier reflexión sobre la *polis*: «¿Y qué pasa con el que pone en armonía (συναρμότιων) la ciudad: ordena la vida con la vista puesta en la guerra exterior o más bien en la que se produce en el interior de la ciudad en cualquier momento y se llama “guerra civil”? Nadie desearía nunca que esta sucediera en su ciudad y, en caso de que se desatara, que se sofocara lo antes posible» (trad. propia).

³⁸ Bertelli (1989, 58), analizando la *stasis* en el marco de la discusión sobre la posibilidad de una «revolución» entre los griegos, acerca esta reflexión platónica a una tendencia del siglo IV a considerar la ciudad de acuerdo al modelo de la familia.

³⁹ En I 650b se define la política de esta manera: «Conocer las naturalezas y estados de las almas sería lo único realmente provechoso para aquel arte que se ocupa de cuidar (θεραπεύειν) de tales asuntos. Y este es, por cierto, la política, según me parece» (trad. propia).

⁴⁰ «Un antiguo dicho verdadero, que la igualdad produce la amistad, tiene mucha razón y es atinado. Sin embargo, la igualdad que puede producir eso, por no ser sumamente clara, nos sume en gran confusión. Pues al ser las igualdades dos, aunque homónimas, en realidad son casi contrarias en muchas cosas. Una es capaz de utilizarla para los cargos toda ciudad y todo legislador, la igual en medida, peso y número, enderezándola por medio del sorteo en las distribuciones de cargos y honores. Pero la igualdad más auténtica y mejor ya no es tan fácil de ver para todo el mundo. Es una decisión de Zeus y aunque siempre da poco a los hombres, todo aquello que provee a las ciudades y a los individuos produce todo tipo de bienes. En efecto, al mayor le atribuye más; al menor, cosas más pequeñas, otorgando a cada uno lo apropiado a su naturaleza y, en especial, siempre da mayores honras a los más virtuosos, mientras que otorga a los que tienen lo contrario de la virtud y la educación lo conveniente a cada uno de manera proporcional» (trad. Lisi); cf. asimismo *Leyes* IV 744b-745b.

respecto al mérito natural de los receptores, dando más a quienes son inferiores en virtud y conocimiento, y ello es causa de disensión política y de enfrentamiento de facciones⁴¹.

En *Leyes* III 691c-692c Platón subraya el papel que desempeña la proporción o medida (691c1 y d4: τὸ μέτριον) en la obra de los grandes legisladores históricos, principalmente en la constitución de Esparta⁴². En el pasaje, recurre a la navegación y a la medicina para establecer una analogía con el gobierno de las almas: siempre que se transgrede la medida dando más —«velas a las embarcaciones, alimento a los cuerpos, atribuciones a las almas»— todo avanza hacia su ruina. Como señala Jouanna (1978, pp. 85-86) Platón asume una perspectiva médica en la que la medida no es ya la cantidad media entre dos extremos —como se alude con referencia a Hesíodo en el pasaje anterior 690d-e— sino a un equilibrio —entre cuerpo y alimentos o alma y atribuciones políticas— que pasa por el conocimiento objetivo de las proporciones exactas que conforman la clase de mezcla que hace posible dicho equilibrio⁴³. Fue una concepción geométrica de la mezcla la que se aplicó en la constitución espartana para lograr un equilibrio entre los diferentes poderes que conformaban la ciudad —los dos reyes (monarquía), los veintiocho miembros de la asamblea de ancianos (oligarquía), los éforos (democracia)— y «al ser una mezcla (σύμμεικτος) de elementos que eran necesarios y guardar una proporción (μέτρον ἔχουσα), en vuestro caso la monarquía logró salvarse a sí misma y ser causa de la salvación de otras (III 692a)»⁴⁴. Frente a este modelo, el despotismo persa y la libertad excesiva ateniense —dos principios opuestos⁴⁵— son ejemplos de un movimiento corrupto —orgánico y patológico— hacia ambos extremos a partir de la ruptura de un equilibrio (III 701e).

La labor del legislador pasa por poner límite (V 744d7: ὄρον) y guardar el equilibrio allá donde quepa la posibilidad de que, por exceso o defecto, se genere una enfermedad en la ciudad⁴⁶. La quiebra y disolución de la armonía y unidad de la comunidad originaria —la época de Cronos, cf. *Leyes* IV 713e⁴⁷— es producto de la alteración del número perfecto que gobierna la generación de los seres humanos, generando desproporción, mezcla entre las clases y discordias internas (Giorgini, 2011, p. 29). La restauración de un orden de acuerdo con la proporción implica, por

⁴¹ Aquello que ha de ser proporcionalmente distribuido son los cargos públicos (*archai*), honores (*timai*), contribuciones (*eisphorai*) y repartos (*dianomai*, cf. Morrow, 1993, p. 133).

⁴² «Una naturaleza humana mezclada con una cierta potencia divina» (III 691e1: φύσις τις ἀνθρωπίνη μμειγμένη θεῖα τινὶ δυνάμει; trad. Lisi) es una más que probable referencia a Licurgo; para el pasaje, cf. Benardete, 2000, 112. La idea de la intervención divina es un *leit motiv* en, entre otros pasajes, *República* (VI 499b-c), *Leyes* (*Leyes* 709b) y la *Carta VII* (326b); para el papel papel de la divinidad en los asuntos humanos en *Leyes* y la *Carta VII*, cf. Bruchmüller (2010, pp. 45-46).

⁴³ Cf., por ejemplo, *Sobre la naturaleza del hombre* 4; *Sobre la dieta* 69 o *Sobre la medicina antigua* 16 para un planteamiento análogo de la relación entre salud-enfermedad y proporción-mezcla en los tratados médicos.

⁴⁴ Trad. propia. Para Benardete (2000, p. 113): el éxito de los espartano a la hora de conseguir una estabilidad política duradera muestra cómo el error de base de su consideración de la valentía como virtud principal queda compensado mediante el equilibrio entre sus tres estamentos políticos..

⁴⁵ Cf. *Sobre la medicina antigua* 16.

⁴⁶ Cf. *Leyes* V 744e-745a. Ponerse límites significa ser libre porque no ponérselos significa ser una ciudad imperial, lo que conlleva estar sometida a una tiranía con la consecuente pérdida de libertad (Benardete, 2000, p. 114). Por otra parte, en paralelo a esta operación «manual», la fabricación de la torta de cebada en *Sobre la medicina antigua* 3 implica manipulaciones y maniobras de mezcla y equilibrio para compensar los elementos fuertes y débiles, adaptándolos a la naturaleza humana y su salud.

⁴⁷ «Cree que debemos obedecer aquello que hay de inmortal en nosotros, imitar (μμεῖσθαι) por todos los medios la vida llamada de la época de Cronos y administrar nuestras moradas y ciudades en público, denominando ley a la distribución que realice el intelecto (trad. Lisi)». Farrar (2013, p. 55) entiende el uso de *mimesthai* en este pasaje como una inversión irónica al mandato anterior (705d-706d) de no copiar los malos ejemplos de los enemigos —como la potencia marítima de Atenas hizo con la talasocracia de Minos—; seguir la razón es seguir las órdenes del dios.

tanto, la reintroducción o ajuste del número: principio universal (746e6: κοινῶ λόγῳ). En V 747b se concluye: «Ninguna materia educativa (παιδειον μάθημα) tiene un poder tan grande para la organización de la casa, para el orden político y para todas las artes como la ocupación con los números» (trad. Lisi)⁴⁸. Por otra parte, conocer la proporción exacta que ha de tener la mezcla y aplicar límite a aquello sobre lo que se opera remite, de nuevo, a la acción demiúrgica ordenadora expuesta en el *Timeo*⁴⁹, que se convierte en un modelo de imitación —casi un imperativo o llamada a la responsabilidad— para los seres humanos cuya acción puede desplegarse en paralelo a la que la divinidad ordenadora llevó a cabo en la generación del mundo (Broadie, 2012, p. 122⁵⁰).

La analogía metodológica y práctica entre legislador y médico se desarrolla asimismo en varios pasajes de *Leyes* y, como observa Jouanna (1979, pp. 88-91), el planteamiento adquiere matices nuevos respecto a la articulación presentada en *Gorgias* (464b-466a y 521d-522b) donde la oposición entre culinaria y medicina levantaba una frontera impermeable: la primera se dirige a la adulación y al placer mientras que la segunda conoce qué conviene al paciente y aplica medidas severas —intervenciones dolorosas o medicamentos amargos— para lograr su curación. Frente a este severo planteamiento, en II 659e-660a se aconseja suministrar a los convalecientes la alimentación que los fortalece entre comidas y bebidas agradables y en III 684c-d, se plantea la necesidad de contentarse si se puede lograr salud y un buen estado físico sin mucho dolor (684c7-8: μετὰ λύπης μὴ μεγάλης)⁵¹, ya que es tan difícil pedir a los legisladores leyes que todos acojan de buen grado (684c3: ἐκόντες) como entrenar y curar cuerpos dando placer. Ambos pasajes parecen apelar a una sensibilidad en la relación médico-paciente distinta al rigor de *Gorgias*.

Asimismo, en IV 720a-721e se plantea una interesante relación sobre coerción o persuasión que amplía este tono terapéutico: la dicotomía entre culinaria (*empeiria*) y medicina (*techne*) —determinante en *Gorgias* (465a)— se presenta como una diferencia en la propia *techne* médica: una medicina práctica (720b2: κατ' ἐμπειρίαν) de esclavos para esclavos y otra de libres y conforme a naturaleza (720b3: κατὰ φύσιν) que conlleva persuasión y advertencia (720a1). En la primera se da una relación deshumanizada y ejecutiva: el tratamiento se impone de acuerdo con lo que al administrador le parece por experiencia, sin conocimiento profundo y de manera tiránica (720c6-7: τὰ δόξαντα ἐξ ἐμπειρίας, ὡς ἀκριβῶς εἰδῶς, καθάπερ τύραννος αὐθαδῶς). Sin embargo, en la segunda cabe un contacto personal, se estudia desde su origen y se trata conforme a su naturaleza (720d3: ἀπ' ἀρχῆς καὶ κατὰ φύσιν), el médico pasa por una convivencia común (720d4: κοινούμενος) con el paciente,

⁴⁸ V 747 b1-2: πρὸς τε γὰρ οἰκονομίαν καὶ πρὸς πολιτείαν καὶ πρὸς τὰς τέχνας πάσας ἐν οὐδὲν οὔτω δύνανται ἔχει παιδείον μάθημα μέγαλην, ὡς ἡ περὶ τοῦ ἀριθμοῦ διατριβή. El número es una herramienta clave de articulación política, pero, principalmente, el principio fundamental de la educación (para el papel educativo y formador de la matemática, cf. Morrow, 1993, pp. 343-347). Cabe señalar que en *Político* (258d, 259e-260b) se presenta la *techne* política en paralelo con la aritmética y, como consecuencia, se asimila al político con el pastor divino de la edad de oro, cuyo gobierno del rebaño humano sobrevive, bajo otras condiciones, en la legislación; cf. Benardete, 2000, pp. 169-170).

⁴⁹ Cf., entre otros pasajes, *Timeo* 37a, 53b, 73b-c: la construcción del universo pasa por la introducción de límite, medida y proporción.; cf. autor, fecha, pp. 65-82.

⁵⁰ Como señala Broadie (2012, p. 279): «Plato needs the separate Demiurge in order to accommodate in the new context of cosmology what has been presupposed in the ethical and political dialogues: namely, that reason in us is an individualised source of responsibility». La cosmología, por tanto, sirve de marco de referencia a la discusión política del *Critias* (Steel, 2001, p. 106).

⁵¹ Para Saunders (2002, pp. 177-178), el paralelismo entre la medicina como cura y el castigo como cura no es completo: la medicina aplica medidas que pueden comportar dolor, pero el dolor no es el cometido ni el medio para conseguir la cura y de acuerdo con el Platón de las *Leyes* la dieta ocupa un lugar preminente; tampoco el dolor es el cometido en el régimen penal, aunque sí el medio para romper nexos y pautas corporales y psíquicos nocivos introduciendo una reeducación a largo plazo mediante un régimen moral.

aprendiendo junto a él, y sus allegados, lo instruye (720d6: διδάσκει) y no aplica ninguna medida sin haberlo convencido de algún modo (720d7: πρὶν ἄν πη συμπίση)⁵². El médico no es solo el ejecutante de una *techne*, sino un maestro de persuasión (Jouanna, 1979, p. 89), y en ello se establece cierta diferencia respecto a la relación médico-político presentada en *Gorgias*⁵³.

5. Coda: un (fra)caso práctico de terapia filosófica

Una intervención terapéutico-política-racional, no impositiva o violenta, requiere bajar a la arena de una convivencia común (*koinonía*). En la *Carta VII* (334b) la *koinonía* es la clave de una relación auténticamente filosófica: «No había llegado a ser su amigo por una clase de amistad de baja ralea, sino por la comunidad que surge de una educación libre (διὰ δὲ ἐλευθέρας παιδείας κοινωνίαν), la única en la que ha de creer quien posee inteligencia, no en la afinidad entre almas o cuerpos»⁵⁴. Como señala Giorgini (2009, p. 112), no hay que olvidar que, pese a que Platón, en numerosos pasajes, considera al tirano la antítesis del filósofo⁵⁵, él mismo se relacionó con los de Siracusa con idea de llevar a cabo un proyecto filosófico-político⁵⁶. El tirano representa el paradigma de un alma enferma, patológicamente mal proporcionada e ignorante (*República* VI 490c), que necesita una reeducación y reorientación de su *eros* —cuyo movimiento es el opuesto al del filósofo— a través del conocimiento y un reajuste en la jerarquía de las especies de su alma que le permita una percepción correcta y ajustada del bien (Giorgini, 2009, pp. 121 y 125)⁵⁷.

El relato que nos suministran las fuentes antiguas —Plutarco en su *Dion* y las *Cartas* platónicas, principalmente la VII⁵⁸— sobre la relación entre Platón, su discípulo Dion y los tiranos de Siracusa (Dionisio I y su hijo Dionisio II) pivota sobre esta acción transformadora, correctora y educativa del tirano. Como señala González (2009, p. 262): «Dion, en su empeño por proveer al muchacho de la educación de la que su padre le había privado, quiso contar con la ayuda de Platón, que realizó tres infructuosos viajes a Sicilia con este fin»⁵⁹. Dion, discípulo directo de Platón (Plutarco,

⁵² Para una discusión de un pasaje paralelo (IX 857c-e) con relación a la función del preámbulo de la ley, su carácter coercitivo o educativo, cf. (Lisi [vs. Laks], 2010, pp. 163-165).

⁵³ Jouanna (1979, p. 90) da una relación de contextos de los tratados médicos (*Aforismos* y *Epidemias*) en los que se presenta una colaboración terapéutica persuasiva, no coercitiva, entre enfermo y médico. En paralelo con la legislación: «Si donc la médecine des Lois, qui sert de modèle au législateur, était jugée avec les critères du *Gorgias*, elle apparaîtrait dans une certaine mesure comme une cuisine, puisqu'elle enrobe la médication utile dans des aliments agréables; inversement, la médecine selon l'art du *Gorgias*, jugée avec les critères de la médecine libre de Lois, apparaîtrait dans une certaine mesure comme une médecine empirique, puisqu'elle impose tyranniquement le traitement» (Jouanna, 1979, pp. 89-90). En todo caso, la *Carta VII* 331a-d matiza mucho esta posibilidad: al menos en los libros solo es posible esta clase de terapia en pacientes que asuman racionalmente la persuasión sin necesidad de coacción, lo que implica un modelo de *koinonía* que no es posible en todos los casos.

⁵⁴ Trad. propia.

⁵⁵ La cuestión a partir de *República* IX y otros textos ha sido un fructífero campo de trabajo, cf. Helmer (2023, pp. 1-14) con relación a la interesante diferencia entre el filósofo gobernante y el tirano acerca de la concepción de la excepcionalidad.

⁵⁶ Giorgini (2009, p.112): «The philosopher and the tyrant have something in common, something that can draw them together and unite them in friendship (or more?) beyond the appearances. Accordingly, the questions I would like to address are, first, why the tyrant? Why does he play such an important role in many Plato's works? Then, what are the real similarities and dissimilarities between the philosopher-king and the tyrant, between tyranny and a city ruled by philosophers? Finally, how did Plato hope to achieve his philosophical and political goals, including a city ruled by a tyrant into a good philosophical regime?»; para esto último, cf. *Leyes* IV 709e-710a y n. 22 de este trabajo.

⁵⁷ El *eros* del filósofo es un impulso natural al conocimiento, *República* V 474c-475b, VI 490b, 491d-492a, 495a-b).

⁵⁸ Plutarco recoge la información de varias fuentes: el corpus platónico, Timeo, Filisto, Teopompo, Timónides y Éforo, cf. González (2009 pp. 258-259).

⁵⁹ La falta de educación de Dionisio II (Plutarco *Dion* 9, 2), una de las características que define al hombre tiránico, se debía a que «su padre, temiendo que si abrazaba la sensatez y se rodeaba de hombres

Dion 2), siguiendo a su maestro, estaba convencido de que la persuasión y la convivencia en común podían revertir el movimiento erróneo del alma del joven Dionisio mediante una modificación radical del mismo (*República* VII 521c6: περιαγωγή; VII 525c5: μεταστροφή) y devolverle la proporción adecuada que posibilitara un gobierno justo y filosófico en la isla, conocida por sus hábitos de vida poco mesurados (*Carta* VII 326b-c)⁶⁰. La tarea propia de la filosofía es devolver a su estado natural de proporción y justicia a un alma desviada mediante la dialéctica; en suma, crear una ciudad sana y sin *stasis* en el interior de un sujeto y, paralelamente, curar la *polis* con leyes y constituciones políticas sanas que impidan la voluntad arbitraria y erráticamente móvil de un mal tirano (*Carta* VII 332e; cf. Giorgini, 2009, pp. 126-127)⁶¹. Contrariamente a lo pretendido, la *koinonia* de Platón con Dionisio II genera en este un frenesí erótico, un *eros* tiránico por su maestro (16, 2 ἡράσθη τυραννικὸν ἔρωτα)⁶². Al igual que el auriga del célebre mito de *Fedro*, Platón, intenta corregir el movimiento, pero fracasa en su intento de dominar el caballo: «Por mi parte, yo aguantaba todo y mantenía la misma actitud mental que al principio, con la que había llegado allí, por si podía avanzar en pos del deseo de una vida filosófica; más él, que tiraba en la dirección contraria, terminó venciendo» (*Carta* VII 330b)⁶³.

Plutarco (*Dion* 37, 7) presenta la analogía entre gobierno filosófico y medicina en un importante pasaje de su biografía: en el momento en que Dionisio II abandona en secreto la ciudadela sitiada, las tendencias democráticas radicales entienden que es ocasión de implantar un régimen de igualdad (aritmética) frente a Dion que «como un médico, quería mantener a la ciudad en un régimen de vida riguroso y moderado» (ὥσπερ ἰατρὸν ἐν ἀκριβεῖ καὶ σωφρονούσῃ διαίτῃ κατασχεῖν τὴν πόλιν⁶⁴). Consciente —mucho tiempo después— del nefasto resultado de tan «noble» intento, Plutarco, convencido de la necesidad de una historia del *ethos* humano, apela a cierto rigor y severidad moral por parte de Dion (*Dion* 8, 1-5; 17, 3), quizá una incapacidad, o imposibilidad personal, para encarnar suficientemente ese ideal de médico-político persuasivo-racional. Leído el relato completo, el fracaso no se da solo en el ámbito educativo o político: como en las tragedias isabelinas o una película de Sam Peckinpah, muere hasta el apuntador: Dion, su hermana Aristómaca, su esposa Areté y su niño, arrojados al mar; su asesino Híctes, el traidor Calipo (...): también a los médicos de los tratados hipocráticos se les suelen morir los pacientes. Aquí la analogía fisiológica individuo-*polis* muestra una importante fisura en su trenzado: se asume que la muerte es natural: pero ¿qué pasa con la terapia de la *polis*? ¿Es posible llevar a cabo una sanación auténtica de la misma o la célebre analogía no es más que un pensamiento ilusorio? En este punto, cabe traer a colación la reflexión de la *Carta*

inteligentes conspirara contra él y le arrebatara el poder, lo vigilaba encerrado en casa, privado de otro trato y al margen de cualquier actividad, construyendo, dicen, carritos, lamparitas, asientos y mesas de madera» (trad. González). Para un resumen de las vicisitudes de esta fracasada tentativa de establecimiento de un gobierno filosófico, cf. autor.

⁶⁰ «(...) tan pronto como probó la razón y la filosofía que conducen a la virtud, se inflamó su alma rápidamente (ἀνεφλέχθη τὴν ψυχὴν ταχύ) y convencido, por su propia disposición hacia el bien, con ingenuidad e inexperiencia, de que Dionisio quedaría igualmente persuadido (πείσεσθαι) por los mismos argumentos, se empeñó en hacerle encontrar tiempo libre para estar con Platón y escucharlo» (Plutarco, *Dion*, 4, 7; trad. González; cf. asimismo Plutarco, *Dion* 12 y 17).

⁶¹ Como apunta Giorgini (2009, p. 127, n. 27) se abre la posibilidad del *kosmios tyrannos* de *Leyes* IV 710d.

⁶² Asimismo, en la *Carta* VII 330a se dan señas claras de la «conversión» del tirano hacia el filósofo, aunque en un plano físico que no se compeadece precisamente con la escala del *eros* presentada por Diotima en *Banquete* (206a-212b). Giorgini (2009, 126) apunta a que el vínculo afectivo de la *koinonia* entre Platón y Dionisio no carecía de una atracción sexual. La propia presentación del momento de iniciación filosófica se describe como el encenderse de una llama fruto del roce o convivencia con el paradigma (*Carta* VII 341c7-d1: καὶ τοῦ συζῆν ἐξαίφνης, οἷον ἀπὸ πυρὸς πηδῆσαντος ἐξαφθὲν φῶς; cf. Plutarco, *Dion* 4, 7 para la analogía con el fuego; cf. asimismo Giorgini, 2009, p. 127.).

⁶³ Trad. propia. Sobre la cuestión de la incurabilidad de ciertas almas (tal y como aparece en *Gorgias* o *Leyes*), cf. Giorgini (2009, pp. 123-124).

⁶⁴ Trad. González.

VII (330d-331d) no tratar «a quienes van completamente desviados de la recta política y no tienen intención alguna de seguir sus huellas» ni tampoco generar «en su patria violencia a través de un cambio político brusco (331d2-3: βίαν δὲ πατρίδι πολιτείας μεταβολῆς μὴ προσφέρειν): en caso de que no sea posible que llegue a ser mejor sin recurrir a destierros ni ejecuciones, entonces que se quede en paz y pida por gracia que vengan bienes para sí mismo y para la ciudad»⁶⁵: el diagnóstico brilla por su falta de optimismo.

Bibliografía

- Benardete, S. (1984). *The Being of the Beautiful: Plato's Theaetetus, Sophist, and Statesman*. University of Chicago Press.
- Benardete, S. (1993). *On Plato's Sophist. Review of Metaphysics*, 46 (4), 747-780.
- Benardete, S. (2000). *Plato's Laws. The discovery of Being*. University of Chicago Press.
- Bernabé, A. (2013). The Sixth Definition (*Sophist* 226a–231c): Transposition of Religious Language. En B. Bossi y Th. M. Robinson (Eds.), *Plato's Sophist Revisited* (41-56). De Gruyter.
- Bertelli, L. (1989). *Stasis: la "Rivoluzione" dei Greci*, *Teoria Politica*, 2, 53-96.
- Bluck, R. (1975). *Plato's Sophist. A Commentary*. Manchester University Press.
- Bratsis, P. (2003). The Construction of Corruption, or Rules of Separation and Illusions of Purity in Bourgeois Societies. *Social Text*, 21 (4), 9-33.
- Broadie, S. (2011). *Nature and Divinity in Plato's Timaeus*. Cambridge University Press.
- Bruchmüller, U. (2011). How to Establish the Best State, and the Authenticity of Plato's *Seventh Letter*. *Ordia Prima* 10, 43-66.
- Cordero, N. L. (2017). El extraño purificador del alma del *Sofista* de Platón (228d-231b). *Nova Tellus*, 35 (2), 83-95.
- Dodds, E. R. (1990). *Plato. Gorgias. A Revised Text with Introduction and Commentary*. Oxford University Press.
- Farrar, C. (2013). Putting history in its place: Plato, Thucydides and the Athenian politeia. En V. Harte y M. Lane (Eds.), *Politeia in Greek and Roman Philosophy* (32-56). Cambridge University Press.
- Fronterotta, F. (2007). *Platone, Sofista*. BUR.
- Giorgini, G. (2009). Plato and the Ailing Soul of the Tyrant. En S. Gastaldi y J-F. Pradeau (Eds.), *Le philosophe, le roi, le tyran* (113-127). Academia Verlag.
- Giorgini (2011). Corruzione, decadenza e mutamento in Platone. En P. Vincieri (Ed.), *Corruzione, decadenza, declino* (11-32). Dupress.
- González, M. (2009). Plutarco. *Vidas paralelas VII: Dion*. Editorial Gredos, 251-331.
- Grimaudo, S. (2012). Un conflitto intestino e una malattia dell'anima: *nosos* e *stasis* nel *Sofista* di Platone (*Soph.* 228a7-8), *Philologus*, 156 (1), 3-16.
- Helmer, E. (2023). Le philosophe et le tyran de Platon : quelle transgression pour quel pouvoir ?, *Mondes anciens* (17), 1-14.
- Hermann, F. (1998). On Plato's *Sophist* 226b-231b, *Hermes*, 126, 109-117.
- Hill, L. (2013). Conceptions of Political Corruption in Ancient Athens and Rome, *History of Political Thought*, XXXIV (4), 565-587.
- Huffman, C. (2005). *Archytas of Tarentum, Pythagorean, Philosopher and Mathematician King*. Cambridge University Press.

⁶⁵ Trad. propia. *Metabole* es un término que comparten el léxico médico y político, cf. autor. La determinación de la «causa del cambio» es el principio de investigación de los cambios en los sistemas políticos en *Leyes* III (676c6-7: τῆς μεταβολῆς τὴν αἰτίαν) y permite observar su evolución —o corrupción— hacia el bien o el mal (cf. Giorgini, 2011, pp. 20-21). Farrar (2013, p. 54) considera el pasaje como una advertencia dirigida a cualquiera —incluido a sí mismo cuando era más joven— que pretenda acometer la osadía de un cambio radical.

- Jouanna, J. (1978). Le médecin modèle du législateur dans les *Lois* de Platon. *Ktema*, 3, 77-91.
- Lanza, H. (2019). El hígado y el alma apetitiva en el *Timeo* de Platón y su relación con la tiranía. *Daimon*, 76, 171-188.
- Lisi, F. (2001). La creación en el *Timeo*. *Hypnos*, 7, 11-24.
- Lisi, F. (2007). Individual Soul, World Soul and the Form of the Good in Plato's Republic and Timaeus. *Études Platoniciennes*, IV, 105-118.
- Lisi, F. (2010). Violence and Law in Plato's second best Constitution. En A. Bosch y J. Monserrat (Eds.), *Philosophy and dialogue II. Studies on Plato's Dialogues* (157-168.). Societat Catalana de Filosofia.
- Lorau, N. (2008). *La ciudad dividida* (Trad. S. Vasallo). Katz.
- Morrow, G. R. (1993). *Plato's Cretan city: a historical interpretation of the Laws*. Princeton University Press.
- Movia, G. (1991). *Apparenze, essere e verità. Commentari storico-filosofico al Sofista di Platone*. Vita e Pensiero.
- Napolitano Valditara, L. M. (2007). Eidolopoiia: Timeo e gli specchi fra scienza e sogno». En L. M. Napolitano Valditara (Ed.), *La sapienza di Timeo. Riflessioni in margine al Timeo di Platone* (331-378). Vita e Pensiero.
- Notomi, N. (2001). *The Unity of Plato's Sophist*. Cambridge University Press.
- Saunders, T. (2002). *Plato's Penal Code*. Oxford University Press.
- Skemp, J. B. (1942). *The Theory of Motion in Plato's Later Dialogues*. Cambridge Classical Studies.
- Spinassi, M. Á. (2014). El Extranjero de Elea y la "sofística de noble linaje" (Platón, *Sofista* 230e5-231b8), *Exemplaria Classica*, 18, 29-46.
- Steel, C. (2001). The Moral Purpose of the Human Body. A reading of Timaeus 69-72. *Phronesis*, XLVI, (2), 105-128.
- Vegetti, M. (2007). Política dell'anima et anima del politico nelle Repubblica. *Études Platoniciennes*, IV, 343-352.

Corrupción, vulnerabilidad fiscal y pronunciamiento militar. Los emperadores del siglo III como modelo en la obra de Herodiano y en los escritores de la Historia Augusta

Corruption, fiscal vulnerability, and military intervention. The emperors of the Third Century as a model in the works of Herodian and in the writers of the Historia Augusta

Rosa Sanz Serrano*
 Universidad Complutense de Madrid
 ORCID ID 0000-0002-3013-9201.
rosasanz@ghis.ucm.es

Cita recomendada:

Sanz Serrano, R. (2024). Corrupción, vulnerabilidad fiscal y pronunciamiento militar. Los emperadores del siglo III como modelo en la obra de Herodiano y en los escritores de la Historia Augusta. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 180-203

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8508>

Recibido / received: 20/12/2023
 Aceptado / accepted: 15/01/2024

Resumen

En este trabajo se presentan algunas reflexiones sobre la creación en las fuentes del siglo III de un modelo estereotipado del tirano que en la época alcanzaba el poder mediante un pronunciamiento militar en contraposición con los emperadores considerados legítimos elegidos o aceptados por el senado. El modelo presenta una serie de características comunes

* Es catedrática del Departamento de Prehistoria, Historia antigua y arqueología de la Universidad Complutense de Madrid, presidente de la Asociación *Barbaricum* y miembro correspondiente del *Deutsche Archäologische Institut* (DAI). Es especialista en el estudio de las relaciones entre romanos y bárbaros en época imperial, en los conflictos religiosos la historia de las mujeres en el mundo antiguo.



entre las que destacan la ruptura con la constitucionalidad, las guerras civiles desatadas, la presión fiscal para dar respuesta a las exigencias de los mandos militares, la corrupción endémica del sistema militar y fiscal y el asesinato sistemático de los opositores.

Palabras clave

Siglo III, limes romano, pronunciamiento militar, corrupción y malversación, presión fiscal.

Abstract

In this work, several reflections are presented regarding the creation, within the sources of the third century, of a stereotyped model of the tyrant who ascended to power through military intervention, in contrast to the emperors considered legitimate, chosen or accepted by the Senate. This model exhibits a series of common characteristics, among which stand out the rupture with constitutional norms, the outbreak of civil wars, the fiscal pressure to meet the demands of military commands, the endemic corruption within the military and fiscal systems, and the systematic assassination of opponents.

Keywords

Third century, roman frontier, military intervention, corruption and embezzlement, fiscal pressure.

SUMARIO. 1. Causas y antecedentes de la ruptura con el orden constitucional en las provincias de limes. 2. Corrupción y malversación de fondos en los pronunciamientos militares en las provincias. 3. Reflexiones finales.

1. Causas y antecedentes de la ruptura con el orden constitucional en las provincias de limes

A finales del siglo III el emperador Cayo Aurelio Valerio Diocleciano (284-305) iniciaba una serie de reformas para acabar con los abusos y la corrupción en la administración civil y militar heredados de sus antecesores en el gobierno del Imperio. En un recuerdo breve de las más importantes, porque éstas no son el objeto de este estudio, conviene destacar la propia implantación del sistema tetrárquico, con la incorporación como augusto de Marco Aurelio Valerio Maximiano, y de Cayo Galerio Valerio y Constancio Cloro como césares, y la diversificación con el mismo fin de las sedes palaciales en detrimento de la ciudad de Roma¹. Una decisión que venía avalada por sus importantes triunfos militares en la Galia contra la bagauda, en Egipto contra los blemmyes, contra las revueltas de Carausio y de Alecto en Galia y Britania, de Aquileo en Egipto y de Eugenio en Siria, además de pequeños triunfos fronterizos contra godos, vándalos, sármatas, carpos y basternas en el Rin y el Danubio de los que presumen los documentos de la época². Las necesidades del momento exigieron una

¹ Debemos a Seston (1946) la denominación de una nueva forma de gobierno con emperadores provenientes de las regiones fronterizas del Imperio. Diocleciano priorizaba las decisiones y gobernó Oriente con su César Galerio y Maximiano con Constancio Cloro se encargaron de las provincias occidentales y fronterizas con los bárbaros (Maximiano en Italia y África y para Constancio el resto de Occidente) con sedes en Nicomedia, Tesalónica, Antioquía o Milán. Ninguno de los componentes de la tetrarquía tuvo contacto estrecho con Roma, ni celebraron sus triunfos en la ciudad y Diocleciano solo la visitó en ocasión de la celebración de sus *vicennalia* en el 303 y antes de abdicar junto con Maximiano (Zósimo. II. 7-8; Eutropio. *Breviario*. X. 26). El cambio también supuso una mayor orientalización y ritualización de la auto-representación del nuevo orden, como la adquisición de los títulos *Dominus* y *Deus*, la implantación del beso del manto púrpuro «a la manera extranjera y propia de los reyes» (Amiano Marcelino. 15. 5. 18), el saludo (*proskynesis*) y el vestirse con ropas adornadas con piedras preciosas. Sobre el asunto (Carlá, 2019).

² Sobre los éxitos militares de la tetrarquía las referencias son muy abundantes. Destacan los trabajos pioneros de Thompson (1952) y Drinkwater (1984) sobre la problemática en la Galia y en general Bravo

reforma de la estructura del estado, de lenta aplicación, que se consolidó definitivamente con la dinastía Constantiniana y que produjo unos cambios en la administración territorial, militar y fiscal que Aurelio Víctor (*De Caes.* 39, 31-48) consideró en el siglo IV como esenciales para acabar con los enfrentamientos, las traiciones y la criminalidad en la corte y en los territorios fuera de ella. La historiografía ha destacado como principales la promoción al rango senatorial de muchos de sus apoyos de origen ecuestre, la entrega del mando de las provincias -que aumentaron su número para un mejor control- a personas procedentes de este orden (*praesides*) en detrimento de los senadores y la ordenación de una nueva pirámide administrativa. Esta última con la finalidad de recortar el poder de los gobernadores provinciales que quedaron relegados a sus funciones civiles y dependientes de unidades administrativas superiores: las diócesis gestionadas por los vicarios, también con exclusiva función civil, y las prefecturas por los prefectos del pretorio (*vices agens praefectorum praetorio*); cargos en su mayoría ecuestres que ejercían las dos funciones y procedían de los círculos de confianza de los emperadores³. El más que probable inicio en esta época de la reforma militar con la división entre tropas comitatenses y limitáneas -que ha sido motivo de importantes debates historiográficos- aparte de la búsqueda de una mejora en el control de las fronteras y la interconexión con los territorios del interior ante posibles conflictos internos y externos, evitaba a su vez la acumulación de poder en los tradicionales altos mandos provinciales y en los *comites* y *duces* a cuyo mando se entregaron⁴.

El conjunto de las reformas evitaba la acumulación de poder civil y militar en un mismo cargo, diversificaba ambos poderes, alejaba el control de los impuestos y del tesoro público de la gestión directa de los militares y a la vez evitaba la intervención de los *praesides* y vicarios en los asuntos del ejército. A través del nuevo sistema, los tetrarcas intentaban suprimir las circunstancias que durante décadas habían sumido al estado romano en una dinámica de continuas guerras civiles y pronunciamientos militares. Décadas de corrupción y malversación de fondos en los sistemas fiscal y militar que facilitaron las aspiraciones personales, los conflictos en las provincias y entre éstas y el estado representado por el senado y el pueblo de la ciudad de Roma. Nunca como en el siglo III el mantenimiento de la magistratura imperial llegó a depender tan directamente de los avatares provinciales -en especial de las provincias del limes- donde los asentamientos militares consumían una buena parte de los recursos del estado⁵. Como es conocido, la reforma de Diocleciano en los dos campos

(1989, pp.187-196), (Williams, 1985), Bleicken (1978), Barnes (1982), Kolb (1987), Rémy (1998), Rees (2004) y Boschung- Ecks (eds. 2006).

³ Sobre esta organización no hay una fuente específica, por lo que para su estudio se han utilizado los datos de la *Notitia Dignitatum*, los testimonios epigráficos y datos aislados en fuentes como Zósimo. II. 33. 1-5) o el *Laterculus Veronensis* del que se deducen unas 96 provincias agrupadas en 12 diócesis. Sobre una síntesis de las reformas, López Barja de Quiroga y Lomas Salmonte (2004, pp.495-497).

⁴ Para las fuentes del siglo IV los *magistri militum*, *peditem*, *equitum*, *praesentialis* con los *comites* y *duces* para espacios provinciales más concretos. Sobre esta reforma y la polémica historiográfica que la atribuye a Constantino, véase Seston (1946; 1980, pp. 483-495) y Van Berchem (1952). De nuevo las informaciones básicas se recogen en la *Notitia Dignitatum* y en el Código Teodosiano (VII. 13-15 *De tironibus* y VII. 20. 4 *De veteranis*). Posteriormente los emperadores consolidaron su protección personal con los *auxilia palatina* dependientes del *magister officiorum*, que con el tiempo acabaron por estar compuestos sobre todo de federados bárbaros que vinieron a suplir las antiguas tropas pretorianas que habían tenido un papel esencial en los disturbios políticos del siglo III. Sobre los cambios operados en las unidades militares entre los siglos III al IV remito a Le Bohec (2017, p. 532) y Menéndez Arguín (2011).

⁵ Por el sistema de la *annona militaris* y lo *vectigalia* que permitían pagar los *stipendia* y *donativa* estipulados. Entre los impuestos indirectos más importantes se encontraban el *aurum coronarium* entregado por los curiales en oro al emperador, el porcentaje para la transmisión de herencias o *vicesima hereditatum*, el pagado por las manumisiones de esclavos o *vicésima libertatis*, la compraventa de bienes o *centesima rerum venalium*, el impuesto sobre las minas o *metalla*, la cantidad aportada por los senadores o *collatio glebalis* o los *portoria* por los productos como principales. Sobre estas cuestiones, Vera (2016), Boek (2008), Aparicio (2006) y Serrano Madroñal (2016, pp. 393-404).

impositivos que fueron la *capitatio* y la *iugatio* estuvo encaminada precisamente a lograr un exhaustivo control del censo con medidas que en parte ya habían realizado otros emperadores, cuya finalidad era conseguir sanear las arcas públicas y evitar los abusos que se cometían en los distintos momentos del proceso de recaudación tributaria desde que se realizaban los cálculos (*indictiones*)⁶. Como también por evitar los abusos con la especulación de los precios y la malversación (*peculatus*) que habían generado una inflación continuada y obligado a los emperadores precedentes a una continua devaluación del sistema monetario, en especial la moneda de plata con que se pagaba a los soldados, con no muy buenas consecuencias⁷.

La tetrarquía esencialmente intentaba alejar el fantasma de la corrupción general que había sostenido las aspiraciones personales de los cuadros del ejército –entre ellos, el mismo Diocleciano– y la multiplicación de las guerras civiles, hasta el punto de degradar en extremo las instituciones y en especial las normas constitucionales que formaban parte del *mos maiorum* reconocido. De manera que, el discurso de las fuentes en el siglo III, fundamentalmente Herodiano y los Escritores de la Historia Augusta, muy marcados por una ideología senatorial, que responsabilizó al estamento militar de la desestabilización política ocurrida en este tiempo causada por el establecimiento de tiranías. Entendiendo como tiranos o usurpadores del poder a quienes ascendieron a la más alta magistratura desde el orden ecuestre sin haber sido candidatos previos del Senado –que perdía su *auctoritas* para decidir sobre el gobierno del imperio–, ni contar con honores merecidos, o haber sido investidos por el pueblo romano al que supuestamente se le confería todavía la capacidad –solo teórica– de elegir a sus magistrados. Hasta el punto de que para el siglo III la Historia Augusta (Flavio Vopisco Siracusano, 26. 43. 1) denunciaba cómo el gobierno de los malos príncipes tenía su causa en los amigos perversos y los servidores execrables que acompañaban a los tiranos, eximiendo de cualquier culpa a otras instituciones.

Los transgresores constitucionales aparecen representados en el relato general sostenidos por la malversación de los fondos del estado que permitía los apoyos necesarios en un pronunciamiento militar que, en la mayoría de los casos, llevaba aparejada una guerra civil con la connivencia evidente de los gobiernos provinciales que gestionaban los bienes fiscales y decidían sobre los asuntos militares. De ahí que la casi totalidad de las sublevaciones tuvieran lugar en las provincias periféricas, en los principales centros legionarios, unidos por una compleja red viaria que facilitaba el rápido movimiento de las tropas, donde fueron dirigidos por

⁶ El sistema fiscal romano era una potente máquina de control de los recursos que permitía la corrupción local, provincial y la administración de palacio. Lactancio (*De la muerte de los perseguidores*. 23. 14) asegura que se medía cada terrón de tierra y se contaban los animales y personas para exprimir al máximo las actividades recaudatorias (para no perder el control fiscal de los *tributarii*, *adscripticii* o *inquilini*). Las denuncias de abusos son constantes en las leyes por parte de los *conductores*, *susceptores* o *exactores* (*C. Th.* XI. 2. 4; 16. 18; XIII. 11.2; XV. 3. 4-6; XXIV.1. 2; 20). Al respecto los estudios de Tengström (1974) y Depeyrot (1996, pp 33-50).

⁷ Como han demostrado los conocidos trabajos de Depeyrot (1996, pp. 33-70) y Delmaire (1995: 75-95) a lo largo del siglo III la devaluación de la moneda había sido una constante como también los abusos de los encargados de acuñar, de los cambistas y prestamistas. González García (2011, pp. 123-152) considera las devaluaciones como la forma de obtener fondos rápidos para el pago a los soldados y apunta el saqueo de los templos como una importante fuente de financiación para evitar las revueltas militares. Sobre la inflación en el siglo IV nos informa el Teodosiano (*C. Th.* IX. 1-3; XII. 7, 1-2). A pesar del intento de la tetrarquía por controlar los precios en su conocido *Edictum de Pretiis Rerum Venalium*, recogido por Aristio Optato prefecto de Egipto, que se supone afectaba a todo el Imperio aunque en realidad lo conocemos por documentos muy limitados en Grecia y Oriente. Véase Corcoran (1996, pp. 230-50) y el clásico de Callu (1969).

personajes vinculados a estos espacios por nacimiento o por ejercer en ellos su cargo, en un evidente conflicto con el senado de Roma⁸.

Estos centros funcionaban como sociedades complejas y vivas que acogían gentes de todo tipo y procedencia bajo la supervisión de las autoridades civiles y militares que fueron parte activa en los pronunciamientos de los tiranos⁹. Unos organismos vivos donde a partir del siglo II se multiplicó la presencia de mercenarios extranjeros como tropas auxiliares complementarias de las legiones también mantenidas por el fisco, en paralelo al fenómeno bien documentado de la cada vez mayor resistencia de los ciudadanos romanos a enrolarse en las legiones desde el siglo I (Dion Casio. LVI. 23. 2-4). De manera que la defensa del limes se sustentó cada vez más en la incorporación de las tropas de *gentiles*, *foederati*, *laeti* y *deditici* y en legionarios procedentes de los cuadros más pobres de la ciudadanía con un protagonismo cada vez mayor en las fuentes desde el siglo III. Todos ellos alimentados por el sistema redistributivo de la *annona militaris*, aspirantes a los beneficios de los *stipendia* y *donativa* y beneficiarios del botín que pudieran proporcionarles las acciones militares de sus emperadores¹⁰. Pero también sensibles a la falta de compromiso de sus mandos y de quien debía mantener sus expectativas y a la corrupción de los funcionarios o *stratores* que provocaban el hambre en los cuarteles o especulaban con los fondos destinados a los soldados, situaciones que se reflejan habitualmente en las fuentes¹¹. Álvarez Soria (2018, pp. 13-40) ha señalado como rasgos de la crisis del reclutamiento voluntario el enrolamiento obligado de los hijos de los veteranos, la incorporación al ejército de esclavos – anteriormente prohibido–, muchos de ellos dediticios bárbaros, y los esfuerzos por atraer con privilegios fiscales a los ciudadanos, además de otras estrategias de forzamiento en la recluta de tirones que veremos más detenidamente¹². Precisamente las ventajas y promesas de futuro y de presente eran la base que sostenía la fidelidad a sus emperadores y mandos, sin cuyo cumplimiento la fidelidad debida por los soldados se debilitaba y podía ser trasladada a otros protagonistas capaces de cumplirlas, en especial del orden ecuestre que controlaba las armas y la fiscalidad provincial. Aún transgrediendo la disciplina exigida en el destacamento al que pertenecían (*consensum militum*) y más sensibles a los requerimientos de sus

⁸ La preocupación por el mantenimiento de las defensas fronterizas fue constante en los siglos III y IV como se comprueba en el *Epítome Rei Militaris* de Vegetio y la obra anónima *De Rebus Bellicis*. Sobre las redes viarias y los principales centros en el limes y su funcionamiento como redes de control de las provincias remito a los trabajos de Garnsey-Whittaker (eds. 1983), Luttwak (1976, p. 122), Breeze-Dobson (1993), Godsworthy (2005), Dando-Collins (2012), Dixon (2018) y Rodríguez González (2001). Su relación con las defensas marítimas, las *classis*, está bien estudiada por Forni (1992) y Bounegru-Zahariade (1996) con base en la obra de Amiano Marcelino y en las escenas de las columnas de Trajano y Marco Aurelio. Sobre la problemática arqueológica Christie (2011, pp. 100-140).

⁹ Las familias de los soldados, comerciantes, autoridades civiles, mandos militares, aristocracias locales, bárbaros del otro lado de las fronteras y otros. La mezcla de elementos culturales y étnicos se comprueba en cementerios como los renanos de Westfalia, en el Wetterau y en asentamientos y cementerios de los ríos Sulz, Lahn, Main y Neckar (Carroll, 2001; Goldsworthy y Haynes, 1999). Un buen estudio sobre la relación entre los distintos componentes en Creighton y Wilson (eds.) (1999) y en Drinkwater (2007, 87-104) y Lebedynsky (2001).

¹⁰ En el siglo I Tácito (*Anales*. I. 15) reflejaba la extrema situación de precariedad de los legionarios en estos centros y de las pocas expectativas que tenían después de su licenciamiento. Por su parte Apiano (BC. V. 17) hablaba de reclutamientos forzados para enviar a los hombres a lugares muy alejados donde desertaban o apoyaban todo tipo de revueltas, como también transmiten las leyes del Teodosiano en el siglo IV (C. Th. VII. 18. 1-11). Vera (1994, p.184) suma a ello el interés de los *domini* por evitar enviar a sus colonos e inquilinos y el desarrollo del nuevo impuesto de la *praebitio tironum* (para eximir a los tirones) pagado con el *aurum tironicum* en oro. Véase también el *Epítome Rei Militaris* de Vegetio (II. 20 en Stelten, 1990).

¹¹ Depeyrot (1996, pp.84-102) ha señalado el enorme esfuerzo de los emperadores por mantener a los ejércitos satisfechos, en especial a los mandos.

¹² Además de la entrega de los *prata legionis* (C. Th. VII. 9. 1-2; X. 22. 4; XII. 8-16; XX. 6. 11). Sobre los privilegios militares remito a Hebblewhite (2017, pp.124-137), Chrysos (2003, pp.13-21), Le Bohec (2017, 111).

mandos que al juramento o *sacramentum* debido al emperador (Amiano Marcelino. 23. 5. 16; 14. 7. 12-20) como ha especulado Campbell (1984, p. 23). Las promesas de los nuevos aspirantes podían incentivar la ruptura de la fidelidad debida por diferentes causas que analizaremos más adelante, pero especialmente con el argumento de la falta de cumplimiento de sus obligaciones por el emperador de turno. El aparato consumidor de recursos que era el imperio difícilmente podía evitar la ascensión al poder de quienes podían malversar los fondos públicos locales o conseguir la colaboración de cargos provinciales acusados con asiduidad en las leyes de corrupción (*C.Th.* VI. 6. 14-2; 24-26; XVI. 2. 10-15).

En consonancia con estas breves reflexiones, Aurelio Víctor (*De caes.* 24. 9-11) en el siglo IV atribuía el inicio de la ruptura con la legalidad constitucional y la toma del poder por la fuerza a la dinastía de los Severos en que se abrieron paso una serie de malos emperadores poco formados para el cargo e incluso procedentes del *Barbaricum*:

Desde entonces (Alejandro Severo), puesto que los emperadores, mas deseosos de dominar a los suyos que de someter a los extranjeros y tomando las armas más unos contra otros, precipitaron al estado romano como a un precipicio, fueron elevados al poder imperial de forma indiscriminada los buenos y los malos, los nobles y los que no lo eran, incluso muchos bárbaros. Pues cuando por doquier todo es confuso y nada sigue su curso natural, todos consideran que es lícito, como en un caos, apoderarse de cargos ajenos que no son capaces de desempeñar y escandalosamente echan a perder el conocimiento de la rectitud de conducta (Aurelio, 2008).

El autor informaba con una visión propia y retrospectiva de los hechos, pero la retórica discursiva de las principales fuentes, que son Herodiano y los Escritores de la Historia Augusta, sitúan sus comienzos a partir del año 166, en el contexto de las guerras en el limes del emperador Marco Aurelio cuando intentaba crear las nuevas provincias de Marcomania y Sarmatia, con el pronunciamiento militar de Avidio Casio en el año 175 (*SHA.* 4. 24. 5; 6. 5-6). En el relato encontramos los componentes que se repetirán para el resto de los emperadores soldados: los conflictos fronterizos que permitían un control del ejército por sus mandos más directos, el complot contra el emperador legítimo, el encumbramiento militar a cambio de prebendas, la muerte del propio usurpador o tirano ante la imposibilidad de cumplir con las expectativas de los soldados y la falta de intervención del Senado. Los autores enlazan esta realidad con la preocupación del sucesor en la dinastía, Lucio Aurelio Cómodo (180-192), por asegurar su supervivencia mediante al acercamiento al orden ecuestre y la entrega a los soldados de lustrosos donativos procedentes de las arcas estatales –y en contra de los deseos del Senado que le valieron una literatura adversa que mancilló su reputación– antes de ser asesinado por el complot enmascarado en un conflicto doméstico dirigido por su concubina Marcia y el prefecto Quinto Emilio Leto¹³. Aunque detrás de los hechos estaba la figura de Publio Helvio Pértinax que había sido prefecto de Roma en el año 190 y que contaba con el apoyo de la guardia pretoriana, para cuyo pago no dudó en saquear los bienes de la dinastía que pretendía derrocar (Herodiano. II. 1-5; *SHA.* 8. 1-5). Pero los vicios políticos que serían habituales en las décadas posteriores se manifiestan en el inmediato asesinato de este personaje cuya cabeza fue paseada por la ciudad, un destino que compartió con el nuevo candidato impulsado por el senado que fue Marco Didio Juliano (*SHA.* 9. 1-9; Dión Casio. II. 1. 74), asesinado en junio del 193 por los pretorianos a quienes había prometido una

¹³ Que se sirvieron del liberto Narciso para asesinarlo. Al contrario que su padre, calificado como buen emperador, se le consideró un corrupto capaz de designar las magistraturas, lo que era una práctica común en los emperadores, de dañar los intereses de los senadores y de una corrupción extrema en las provincias y la venta de cargos. Herodiano. I. 4-6; 13. 8_y *SHA.* 4. 17-22. Sobre los vicios imperiales remito al trabajo de Álvarez Jiménez, 2018: 109-130.

gran cantidad de sestercios por su apoyo. Herodiano (II. 6. 4) culpa ya en este momento de la violencia desatada a la soldadesca preocupada por su paga, eximiendo de su culpa a los senadores intrigantes y a los mandos del pretorio con la determinante afirmación de que a partir de ese momento «la afición de los soldados por el dinero y el desprecio por sus emperadores, hasta el extremo de llegar al asesinato, fueron continuamente en aumento».

Con esta afirmación el autor enmascara la inmediata etapa de guerra civil que asoló las provincias por los enfrentamientos entre cargos militares sostenidos por sus ejércitos. Como fueron los casos de Clodio Albino en Galia, Pescenio Niger en Antioquía de Siria y Septimio Severo con las tropas de Panonia y la Germania, todos ellos dispuestos a tomar Roma para ser ratificados y legitimados por el senado (Herodiano. II. 8-9; SHA. 11. 1-9). Incluido el emperador triunfante Lucio Septimio Severo (193-211)¹⁴ que fue investido en el centro legionario de *Carnuntum* en el Danubio después de prometer a los soldados cincuenta mil sestercios y en vida todavía de Didio Juliano. Un complot que dirigió se materializó en su propia casa donde convocó a los tribunos de las legiones que Herodiano consideraba cerrados de entendimiento, pero esenciales para dirigir la voluntad de los soldados. El emperador al entrar en Roma estableció a sus tropas por toda la ciudad, en los templos y pórticos como si se tratase de posadas, según el testimonio evidentemente subjetivo de Herodiano (II. 9. 15) quien asegura que su política fiscal para mantenerse en el poder con un ejército bien pagado –además del embellecimiento de Roma y de algunas ciudades orientales– fue muy criticada por sus contemporáneos, hasta el punto de acusarle de apoderarse del oro de los hispanos que fue a parar a su propio tesoro.

Sin duda el decreto de la extensión del derecho latino a ciudades orientales estuvo guiado por la necesidad imperante de engrosar las arcas estatales con el pago de los impuestos, en especial los indirectos, de un número mayor de ciudadanos antes eximidos de esta carga y que el emperador supo combinar con la exigencia a algunos templos de donativos especiales para sostener sus campañas militares¹⁵.

Precisamente su muerte en York en plena campaña militar reafirmó los cambios que se venían produciendo, aunque estén ocultos en una narrativa un tanto esperpéntica sobre la continuidad de la dinastía en sus hijos Marco Aurelio Severo Antonino Augusto, «Caracalla» (198-217) y Publio Septimio Geta (198-211) en un doble gobierno en Roma sostenidos por los enfrentamientos entre ambos, con dos cortes y dos prefectos. El relato principal de la muerte de Geta a manos de su hermano¹⁶, recogido por Elio Esparciano (SHA.13. 1-11) y Herodiano (III. 14. 8; 15- 5; IV. 3. 2) tienen como finalidad reflejar en Caracalla las características del mal

¹⁴ Remito a los trabajos de Birley (2012) y Daguet-Gagei (2000). Septimio Severo había detentado distintos cargos civiles y militares en las provincias (SHA. 10. 1-9) como cuestor en la Bética y Cerdeña, legado proconsular en África y en Escitia, procónsul de Panonia y legado en Germania entre otros. Se le atribuye atraerse al senado y al ejército a base de donativos, prebendas y espectáculos, además de rodearse para su seguridad de una guardia personal fiel (SHA. 10. 6-7; Herodiano. II. 14.1). Dion Casio (LXXV. 2-8) le acusó de eliminar a muchos opositores en la guerra civil y de enfrentarse a los senadores especialmente manteniendo a sus tropas dentro de la ciudad.

¹⁵ Ciudades comerciales como Tiro, Heliopolis, Laodicea, Emesa, Palmira o Apamea (Digesto. 50. 15. 1: Ulpiano. *Del censo*. I). Se atribuyó el título de Pártico como resaltó en su arco de triunfo en el foro romano donde también incluyó campañas exitosas en Arabia y África que le reflejaban como el gran militar que pretendía ser (Birley, 2012: 210-250) (Rodríguez Plaza, 2008) y (Perea Yébenes, 2015: 203-234). También sostuvo las campañas en Britania donde murió en *Eboracum* (York) en el año 211 por suicidio o enfermedad (Herodiano. IV. 1. 3-8; Dion Casio. LXXIX. 2. 4) cuando estaba acompañado de su familia.

¹⁶ El papel de la madre, Julia Domna, emparentada con el sacerdocio del culto al dios solar *Elagabal* del que su padre Julio Basiano había sido sacerdote, ha sido bien estudiado por Hidalgo de la Vega (2012). La existencia de dos bandos claramente enfrentados fue evidente desde el principio, como también estuvo abierto el campo de las intrigas a pesar de que se había señalado un reparto de poder entre Oriente para Geta y Occidente para Caracalla. (Herodiano. III. 10. 3; 4.1. 5).

emperador cuya vida disoluta estaba relacionada con un amor desmesurado a la soldadesca, en especial los pretorianos, con la que procuraba compartir su vida y sus defectos, y a la que atraía con promesas y regalos, en especial a sus mandos, para que lo nombrasen único emperador y de este modo poder eliminar a su hermano. En el intento de convertirlo en el estereotipo de un emperador dedicado a contentar a sus tropas se incluyen los datos sobre el acercamiento a los auxiliares germanos vistiendo con sus mismas ropas y poniéndose una peluca rubia. Fuera de otros aspectos de la vida del emperador que no caben en este estudio, la escenificación del asesinato de Geta en el año 211 es una demostración del papel que jugaban ya los ejércitos incluso en los conflictos dentro de la dinastía. Caracalla, como brazo ejecutor de su hermano doliente en los brazos de su madre –sorprendentemente sin la defensa de sus pretorianos–, acudió inmediatamente a refugiarse entre sus propios soldados destacados a las afueras de Roma a los que no dudó en prometer dos mil quinientas dracmas áticas, extraídas posiblemente de la fortuna familiar y del saqueo de algunos templos a cambio de su fidelidad (Herodiano. IV. 4. 3-7; VI. 1. 4). Es evidente que las campañas que le valieron los títulos de Germánico y Alamánico mantuvieron las expectativas de conseguir botín entre los soldados, como también las actividades previas a la campaña contra los partos en las principales ciudades de Oriente tenían como objetivo el aprovisionamiento y una masiva recluta de soldados, por encima de otras razones presentes en las fuentes y destinadas a curar sus enfermedades en los templos¹⁷. Y en este contexto es donde se incluye la concesión del derecho de ciudadanía del año 212 a todos los habitantes del imperio que facilitaba sus proyectos, en parte siguiendo el ejemplo de la concesión de la latinidad realizado por su padre, como también los castigos que sufrieron los defraudadores de moneda y los culpables de la inflación que afectaba a muchas ciudades¹⁸.

Para entonces era ya evidente la amenaza que suponía el descontento militar que no pudo frenar los esfuerzos del emperador por mantenerse en el poder. Precisamente su muerte está envuelta en la oscuridad de un complot en el seno del ejército que determinó su asesinato en las inmediaciones de Carras, el 8 de abril del año 217 cuando al desmontar de su caballo para descansar fue asesinado con una daga por el soldado Marcial (*SHA*. 13. 6-7). No nos han llegado el conjunto de las causas que determinaron el golpe de estado encubierto, pero lo cierto es que durante el siglo III algunos de los emperadores fueron eliminados precisamente en el transcurso de la organización de campañas militares en Oriente y en consonancia con los problemas surgidos en relación con ellas que obligaron a los emperadores a renunciar a sus ofensivas de las cuales los soldados podían obtener donativos y botín. En el caso de Caracalla el beneficiario fue el prefecto Marco Opilio Macrino (217-218), un liberto nacido en Cesarea –Cherchel en Argelia– quien, a pesar de las suculentas pagas prometidas, acabó asesinado apenas unos meses después posiblemente por el incumplimiento de estas promesas al tener que comprar la paz a los reyes partos con fuertes sumas de dinero antes de abandonar Armenia y retirarse a Antioquía donde sus propias tropas se encargaron de darle muerte cuando intentaba huir de Oriente¹⁹.

Lo interesante del derrocamiento de Macrino es la utilidad que la dinastía contra la que se manifestó hizo de la realidad ya impuesta de contar con un apoyo

¹⁷ Las fuentes critican su visita a Troya con su amante para reproducir las ceremonias de Alejandro y otras extravagancias por las que los alejandrinos se reían de él, aunque en realidad ocultaban estrategias económicas y fiscales para mantener el ejército desplegado en el frente persa (Herodiano. IV. 3. 4; VI. 7; 8. 7; 9-10).

¹⁸ Sobre la inflación y los cambios en los pesos del metal en la moneda remito a López Sánchez (2019, pp. 125-130), Bravo (1989, p.210), López Barja-Lomas Salmonte (2004: 398405).

¹⁹ *SHA*. 15. 1. 1-5. Con su hijo Diadumeniano cuando intentaba huir por el Bósforo después de ser derrocados por las tropas de Heliogábalo (Campbell, 2008, p.127) y (Scott, 2015).

militar previo al consenso del senado para mantenerse en el poder. Una realidad bien manejada por las mujeres de la corte para la investidura de Sexto Vario Avito Basiano (218-222), conocido como Heliogábalo. Además de atribuirle sin razón la paternidad de Caracalla, su madre Julia Soemis y su abuela Julia Mesa mantuvieron la dinastía gracias a la corrupción afincada en todos los estratos del sistema²⁰. Su proclamación con 14 años en el relato muy ideológico y construido de la Historia Augusta, que lo llega a comparar con Nerón o Calígula, tuvo como principal causa el haber atraído la atención de los soldados –posiblemente a los altos mandos de la Legión III Gallica y en especial a los que protegían el santuario– cuando practicaba sus extravagantes ritos como sacerdote de Helios en Emesa (Homs en Siria en *SHA*. 17. 1. 1). Aunque el principal atractivo para los mandos legionarios era la fortuna personal de la familia que se ponía a su disposición para acabar con Macrino –que tenía el apoyo de la legión II Parthica en Antioquía– y preparar un motín a favor de Heligogábalo (*SHA*. 13.10. 1-4), precisamente un joven muy alejado del ideal de un emperador romano y que delegó el gobierno en el prefecto Comazón desde el primer momento. Debemos a Herodiano (V. 3. 8) la magnífica composición narrativa de una situación de evidente anomalía constitucional sobre un aspirante al imperio que desempeñaba sus funciones bailando y danzando en los altares y admirado por los soldados que lo frecuentaban por su hermosura, no por su capacidad para gobernar, y porque al menos algunos de ellos, probablemente los más poderosos, eran clientes y protegidos de Julia Mesa que les convenció de que Caracalla se había acostado con sus hijas cuando vivían en el palacio imperial. Pero la esencia de su relato lo podemos situar en la compra de voluntades por parte de la anciana:

Se decía que Mesa poseía una cuantiosa fortuna y que estaba dispuesta a entregarlo todo a los soldados si recuperaban el imperio para su familia. Los soldados convinieron en que, si Mesa y los suyos se presentaban en el campamento secretamente de noche, les abrirían las puertas, acogerían a toda la familia dentro y proclamarían emperador al hijo de Antonino. La anciana estuvo de acuerdo porque prefería arrostrar cualquier peligro antes que tener que vivir como un particular y pasar por desterrada. De noche, pues, secretamente salió de la ciudad con sus hijas y nietos. Con la escolta de los soldados que eran los protegidos de Mesa, llegaron a las puertas del campamento donde fueron recibidos sin el menor problema. Inmediatamente toda la guarnición aclamó al muchacho con el nombre de Antonino y, revistiéndolo el manto de púrpura, lo acogieron en el interior del campamento. Introdujeron luego todas sus provisiones y a sus hijos y esposas, que estaban en las aldeas y campos vecinos; cerraron las puertas y se prepararon para resistir un asedio si llegaba el caso (Herodiano, 1985).

El soporte militar en Oriente contaba con amplias redes de clientela y de influencia en los territorios de asentamiento legionario y con las suficientes fuerzas para derrotar a Macrino y sostener la considerada por las fuentes una vida excéntrica de Heliogábalo, aunque por poco tiempo. Aunque el discurso emitido sobre el emperador está viciado por la hipérbole narrativa, también es cierto que su forma de vida era para el senado de Roma la más alejada del *mos maiorum* y del comportamiento exigido a un emperador que se pudiera imaginar (Herodiano. V. 3. 7; *SHA*. 17. 1-4). Una razón suficiente. junto con su falta de interés por las campañas militares, para ponerlo en contra de los dos grupos principales de poder en la ciudad, los senadores y los pretorianos, que no veían con buenos ojos el gasto excesivo que realizaba del tesoro público en festejos y ceremonias religiosas consideradas como caprichos costosos ni la vida disoluta de un muchacho extravagante y poco dispuesto

²⁰ Atribuido el complot a su madre Soemis (Simiamira), sobrina de Julia Domna, la mujer de Septimio Severo (hija de Julia Mesa), y la propia Julia Mesa, a la que Macrino había expulsado de la corte. Mujeres bien estudiadas por Turton (1974).

a atender a sus razones²¹. Elio Lampridio (*SHA*. 17. 14-15) justifica su asesinato por la sucesión de un buen emperador, su pariente Alejandro Severo, elegido por él mismo para sucederlo –cuando todavía era un adolescente–, con un carácter supuestamente más manejable para los senadores y en cuya sombra las fuentes sitúan una vez más a las mujeres de la dinastía. Así se explica el que los pretorianos sorprendieran a Heliogábalo en los jardines de palacio preparando un concurso de aurigas y sin protección y lo ejecutaran en una letrina para finalmente arrojarlo a una cloaca y al Tíber condenándole a una muerte ominosa propia de quien, según la narración, se lo tenía ganado por no contar con el amor del pueblo, del senado y tampoco de los soldados. Estas últimas aseveraciones del autor establecen para este momento el principio de que la legalidad del mando imperial dependía también, y así se aceptaba, de la hasta entonces anomalía constitucional de ser investido primero por el ejército.

2. Corrupción y malversación de fondos en los pronunciamientos militares en las provincias

La larga duración del gobierno de Marco Aurelio Severo Alejandro (222-235) contaba con estas tutelas (Herodiano, V. 7-8; VI. 1,1-3; *SHA*.17. 34-35; 18. 1-52)²². Pero su muerte podemos considerarla el punto de inflexión a partir del cual el estamento militar se convirtió en el elemento principal para la elección de los emperadores salvo casos excepcionales. Pues el emperador cayó por el descontento bien dirigido de las tropas sometidas a una férrea disciplina y obligadas a renunciar a sus esclavos y concubinas en plena campaña persa, en un relato encubridor de los errores que cometió en el transcurso de la campaña. Entre ellos la retirada de Armenia y la rendición ante el potente ejército de Artajerjes que impedía a los soldados, muchos de ellos enfermos, acceder a un suculento botín procedente del saqueo de las ciudades comerciales del reino parto como ya ocurrió con Caracalla. Herodiano (VI. 5-9) retrata a un emperador enfermo de melancolía refugiado en su madre como un cobarde mientras ofrecía oro a los bárbaros del Danubio que hostigaban a sus tropas alentados por los partos en lugar de plantarles cara²³. La falta de expectativas acabó en su asesinato en Galia (*SHA*. 18. 59) donde la corrupción de los mandos del ejército y de los cargos provinciales tuvo un papel esencial.

El candidato destinado a sucederlo no pertenecía a la dinastía gobernante, tampoco al orden senatorial o a las aristocracias militares provinciales, sino que por su procedencia fue considerado un bárbaro y un tirano (Herodiano. VI. 8. 9; VII. 1.5; IX. 1-2). Décadas después Aurelio Víctor (*De caes.* 24. 9-11) repudiaba sus actos y los de sus sucesores como propios de gente que no estaba preparada para gobernar y era de origen marginal, es decir, lo que él consideraba la entrega del poder «incluso a los más viles por su nacimiento y su educación». Por ello Elio Lampridio (*SHA*. 18. 63-65), en un momento indeterminado del siglo IV, señalaba el periodo que se abrió en ese momento como aquél en el que se precipitaron sobre el imperio un buen número de candidatos sobre la mayoría de los cuales no existían biografías fiables –

²¹ Fue acusado de construir un templo a Helios, de introducir cultos orientales en Roma, de ceremonias religiosas desconocidas e impúdicas con bailarinas fenicias, de sacrificar hecatombes, de llevarse a Roma la estatua de Juno Celeste y la Piedra Negra de Cartago, de relacionarse sexualmente con las vestales al estilo de las hierofanías orientales, o con aurigas como Hierocles al que quiso nombrar César, de obligar a los senadores a llevar túnicas orientales de largas mangas y ejecutar a quienes se burlaban de ello y de vender los cargos públicos o concederlos a gente de mal vivir (Herodiano. V. 5. 1-10; VI. 1-10; *SHA*. 17. 8-11). Sobre el personaje (Turcan, 1985).

²² Era hijo de Julia Mamaea, hermana de Soemias en Orosio (VII. 18. 6-7) y Herodiano (V. 7. 5.)

²³ *SHA*.18. 53-59. La zona del pronunciamiento se atribuye en Maguncia donde estaba la Legión Décima Primigenia (Herodiano. VI. 5-9). Hay un discurso tendente a cargar la culpa a las mujeres de la dinastía y el episodio de la muerte recuerda mucho en su composición a la de Geta en los brazos de Julia Domna. Véase el análisis de Menéndez Arguín (2011, p.150).

orígenes desconocidos— porque las victorias les habían convertido en usurpadores — tiranos— y por ello sus hechos aparecían deformados, suprimidos o no investigados (11. 1. 1). Por su parte, Cayo Julio Vero Maximino el Tracio (235-238) está considerado en los documentos como de origen no conocido que gozaba del afecto de sus soldados por tener la misma rudeza y valentía con las que se había ganado su afecto y porque les había prometido suculentos donativos, además de perdonarles los castigos que tenían pendientes, después de levantarse en el Ilírico con las legiones de Panonia y Mesia. Es evidente que los cargos que había desarrollado en el ejército, entre ellos el de *praefectus tironibus* y *magister equitum* le dieron la oportunidad de ganarse a las tropas y consolidar definitivamente la falta de constitucionalidad y la irrupción en la vida política de personajes procedentes de las regiones del *Barbaricum*, tras el gobierno de tres emperadores acusados de estar dirigidos por las mujeres de su dinastía y de una debilidad impropia de gobernantes²⁴. Herodiano (VI. 8. 19) le atribuye progenitores procedentes del interior de Tracia y por lo tanto un temperamento sanguinario propio de su país y sus antepasados que le alejaban de la simpatía del senado y de la ciudadanía. Por su parte la Historia Augusta (19. 1. 1-5) especifica el origen alano de su madre Hababa y el godo de su padre Mica, que no gozaron por lo tanto de la ciudadanía romana, y denuncia ser el primer hombre que sin ser senador recibió el título de Augusto sin que mediara tampoco un decreto del senado. Precisamente Herodiano (VII. 1-2) especifica que se vio obligado por las tropas a dar el paso ante la negligencia del emperador legal y con amenazas de muerte. Incluso se le atribuye el haber sido pastor anteriormente y haber guiado en su juventud una banda de pastores, un recurso retórico utilizado por los autores romanos como sinónimo de grupos armados bárbaros, con la que probablemente se enrolaría en las legiones como tropas auxiliares antes de promocionarse a la ciudadanía e intentar borrar el recuerdo de su pasado. Aunque sabemos por la Historia Augusta (19. 4. 1-9) que fue un soldado fiel a Caracalla y que con la subida de Macrino al poder se retiró del ejército para ejercer de comerciante y establecer así buenas relaciones con los godos que le respaldaron después de que se volvió a incorporar a las legiones con Heliogábalo²⁵.

A la hora de describirlo, las fuentes recurren como harán habitualmente con los usurpadores al uso de hipérbolos para engrandecer los rasgos del personaje y establecer el estereotipo de un tirano en este siglo: un gran soldado pero mal emperador, de oscuro origen, de gran fuerza como un atleta, de dimensiones extremas, hasta ocho pies y seis dedos de altura, a quien le valía como anillo un brazalete de su mujer, capaz de luchar con varios hombres a la vez y de derribar caballos, desmesurado en la comida y la bebida y poco instruido ya que apenas conocía el latín, codicioso, asesino de inocentes y cruel con los senadores. Un estereotipo que recogerá más de dos siglos después Zósimo (I. 13. 1-4) dentro del relato de su puesta en marcha hacia Italia mientras Severo Alejandro estaba en el Rin donde se suicidó y murieron su madre Mamea y los dos prefectos que lo acompañaban. Además de incidir este autor en la malversación de los bienes públicos y la persecución de los deudores del fisco, en el intento de control de los impuestos que le habrían de permitir mantenerse en el poder:

²⁴ Del 235 hasta el 258 de la muerte de Galieno contamos con decenas de usurpadores, pero pocos gozaron del apoyo del senado como los Gordianos, Pupieno y Balbino y Valeriano. A partir del 258 se multiplicaron y de algunos apenas tenemos datos y hubo incluso quienes consiguieron independizar amplias zonas del Imperio como sucedió con el Imperio Gálico entre los años 260 y 274. Hekster (2008) ha analizado estas circunstancias.

²⁵ Los ataques a quien se consideró un traidor y tirano poco merecedor de ser Augusto están recogidos tanto en Herodiano (VII. 3. 1-12) como en la Historia Augusta (19. 1. 9) y en los autores más tardíos Eutropio (*Breviario* IX. 1. 1) y Aurelio Víctor (*De caes.* 25. 1-2) que repitieron el perfil establecido. Al respecto la obra de Dietz (1980).

Pues, de bajo nacimiento, tan pronto como se hizo con el mando empezó a exhibir, amparado en la libertad que le otorgaba el poder, las rudezas propias de su condición; a todos resultaba insoportable, ya que no solo se comportaba abusivamente con los dignatarios, sino que ejercía el gobierno con la mayor crueldad, mostrando consideración sólo hacia los delatores, especialmente hacia aquéllos que se dedicaban a denunciar como deudores de las arcas imperiales a ciudadanos apacibles. En su ansia de riquezas llegaba al punto de ejecutar sin juicio previo, y se apropiaba de cuanto era patrimonio de las ciudades, además de arrebatar también sus haciendas a los habitantes (Zósimo, 1992).

Los escasos tres años de su gobierno llevan a dudar sobre la extensión exacta de esta política, más aún si tenemos en cuenta que no llegó a entrar en Roma. Pero el afán de enrollar tropas mercenarias germanas y armenias y las pequeñas campañas militares al otro lado del limes en busca de botín -que le valieron los títulos de Sarmático y Dacio- pueden corroborar las acusaciones de las fuentes por la necesidad de mantener la fidelidad de sus apoyos. Como también las que recibió posteriormente como perseguidor de los cristianos (Orosio. VII. 19. 1) en posible referencia a la represión que llevó a cabo contra sus adversarios en el estado de guerra permanente en el que gobernó. También sobre los deudores fiscales y comerciantes judíos y cristianos y contra los soldados sediciosos que los documentos testimonian ya en la época de Macrino, quien crucificó a muchos de ellos como si fueran esclavos (SHA. 15. 12. 1)²⁶.

De acuerdo con el esquema general organizado por las fuentes de este siglo, el motín contra Maximiliano el Tracio provino principalmente de las tropas asentadas en el Monte Albano cuando se encaminaba a Roma, y tuvo como centro la ciudad de Aquileya donde fue asesinado junto a su hijo y potencial heredero, el 10 de mayo del año 238 cuando se encontraban en su tienda; tras lo cual sus cuerpos fueron arrojados como comida para los animales y sus cabezas enviadas a Roma clavadas en una pica²⁷. En el breve tiempo de su intento de gobierno los hechos se habían precipitado con el apoyo de la reacción senatorial (SHA. 19. 6-20) a la revuelta en Tuscum, en el norte de África, del anciano procónsul Marco Antonio Gordiano Semproniano y su hijo Gordiano II siguiendo los pasos de grupos de jóvenes libios en la región de Hadrumeto contra la política fiscal del *rationalis* de Cartago por orden de Maximino (Aurelio Víctor. *De caes.* 26; Eutropio. *Breviario.* 9. 2). Aunque la problemática se escapa del interés de este pequeño trabajo, los Gordianos fueron aceptados por el senado por su prestigio, sus orígenes, su enorme fortuna sus influencias en Roma y por los importantes cargos acumulados, razones suficientes para no ser incluidos en la categoría de tiranos por las fuentes²⁸. Como ocurrió también tras su rápida desaparición con el nombramiento en Roma de los senadores Marco Clodio Pupieno y Décimo Celio Calpurnio Balbino, a quienes el senado encomendó la empresa de evitar la llegada a Roma de Maximino el Tracio. Incluso a pesar del rechazo de la plebe que los asesinó cruelmente después de escasos seis meses de gobierno, al tiempo que se encumbraba como nuevo emperador al nieto de Gordiano en un último intento de mantener la constitucionalidad en la elección de la

²⁶ Sobre las persecuciones de los cristianos en el contexto militar, remito a los trabajos de Fernández Ubiña (2000), Sanz Serrano (2003, pp.151-180) y Kleinberg (2005). Algunas represiones pudieron tener su origen en la ruptura del juramento de fidelidad a los emperadores o la negativa a realizar rituales religiosos no aceptados. No obstante, la literatura hagiográfica lo interpreta siempre como un conflicto ideológico como comprobamos en Lactancio (*Sobre la muerte de los perseguidores.* 10. 1), Eusebio de Cesarea (*Vida de Constantino.* II. 21-33; VIII. 1-6; IX. 1-3; XII. 2. 4) y Tertuliano (*Apologético.* 41, 1).

²⁷ Herodiano. VII. 3-4; 8. 4. 9; SHA. 19. 13-30. Sobre la vida de Maximino véase Belleza (1964).

²⁸ El centro era Libia con Cartago. Capeliano en nombre de Maximino consiguió que Gordiano se suicidara y su hijo muriera en el asalto a Cartago (Zósimo. I. 3-14; SHA. 19. 14-15; Herodiano. VII. 9-1-4; 26, 3-5). Zósimo (I. 16. 1) aseguraba que murieron en una travesía cuando se dirigían desde Libia a Roma por causa de una violenta tempestad.

más alta magistratura del estado²⁹. Sin embargo, y a pesar de los intentos de los senadores romanos por recobrar el poder de los nombramientos, tampoco Marco Antonio Gordiano (238-244) consiguió mantenerse en el poder más de seis años sostenido por su suegro el prefecto Timesiteo y por la fortuna de su familia; antes de ser eliminado en Circesio junto al Éufrates por el complot dirigido por un militar cuya figura fue desfigurada por las fuentes al incluirla en el modelo elaborado para definir a los usurpadores corruptos surgidos de las provincias fronterizas como Maximino el Tracio. Podemos considerar a Marco Fulvio Filipo, conocido como El Árabe (244-249), como el tirano homólogo de Maximino con grandes victorias militares a sus espaldas (*SHA*. 17. 1.1; Zósimo. I. 17. 2; Eutropio. *Breviario*. IX. 2. 3). Representado como de un origen poco claro, a pesar de que provenía de las aristocracias ecuestres de la Traconítida -una rica región comercial en la ruta de comercio entre Siria y el mundo persa- y de estar casado con una romana de prestigio a cuyas influencias debió en parte su acogida en Roma (Aurelio Víctor. *De caes.* 28-29). Dentro del estereotipo del bárbaro usurpador se le describe con ojos llamativos, facciones duras, arrogante, amigo de la soldadesca y traidor a su emperador, donde destaca el tópico del engaño y la mezquindad oriental aplicado al relato de su toma del poder basado en las acusaciones de malversación y de corrupción (*SHA*. 20. 29-30). Según las fuentes, Maximino se hizo con la voluntad de las tropas cuando Gordiano III organizaba su campaña persa y aprovechándose de la carestía de alimentos que sufrían los soldados. Zósimo (I. 18. 3) le atribuye en su condición de prefecto el proceder de un pueblo detestable, incitar a los soldados a la sublevación con abundante reparto de dinero y ordenar a los barcos de avituallamiento de las tropas asentadas en Carras y Nísibis avanzar hacia el interior del mar para provocar el hambre y la insurrección. En este personaje se evidencia con nitidez la vulnerabilidad de este colectivo ante situaciones extremas y en plena campaña militar, como también la facilidad con que los emperadores estaban expuestos a la traición y a la corrupción de sus cargos. En efecto, Filipo tenía en sus manos los mecanismos suficientes como para desviar las naves que portaban los alimentos para abastecer al ejército y prevaricar en su beneficio para organizar el complot contra Gordiano III cuando éste había decidido firmar la paz con Sapor I y renunciar a Armenia negando a su ejército la posibilidad de un botín (Zósimo, I. 18. 3).

En el conjunto del relato, que evidentemente tiene una fuerte carga de desprestigio por las artimañas de Filipo, se manifiesta de nuevo la fragilidad de los apoyos militares cuando estaba en juego su supervivencia o había alguien dispuesto a apostar más alto. Gordiano III fue la víctima que no garantizó al nuevo tirano un largo periodo de gobierno pese a sus apoyos. Pues autores como Köner (2002, pp.30-69) y De Blois (1978, pp.11-43) han demostrado sus orígenes de una familia ecuestre de prestigio donde su hermano, Julio Prisco, había tenido cargos importantes y Filipo había sido prefecto y *rector Orientis* entre otros cargos con Alejandro Severo y Gordiano III, sin olvidar la influencia de su esposa que llegó a ser comparada con las mujeres de la dinastía Severa³⁰. A pesar de estas evidencias y de la enorme fortuna que lo había encumbrado y le permitía gastar en continuos donativos a las tropas y en espectáculos públicos en las provincias y en Roma para atraerse a los romanos, además de celebrar los Juegos Seculares, una vez más las circunstancias del frente

²⁹ El prefecto Marco Clodio Pupieno que había ejercido el proconsulado en Bitinia, en Galia y el Ilírico y Décimo Celio Calvino Balbino de rango consular con cargos civiles en un buen número de provincias (*SHA*. 19 y 21; Herodiano. VII. 1-13). La plebe organizó un tumulto y se apoderó de las armas de los gladiadores y asesinaron a los emperadores durante la celebración de los Juegos Capitolinos donde los soldados los vejaron tirándolos de las barbas y pelos de las cejas y mutilaron sus cuerpos que arrojaron a la calle para su escarnio.

³⁰ Se la consideraba cristiana y recibió el título de Augusta y mater castrorum. Es evidente que su riqueza ayudó también al sostenimiento de fidelidades a su esposo durante su imperio. Estos autores consideran a Filipo como el primer emperador cristiano, como también Syvänne (2021, pp.148-150) basándose en autores posteriores al siglo IV como Zonaras. El relato completo en *SHA* (20. 1-29).

persa acabaron con su vida. El abandono de la guerra contra Sapor I y del gobierno de Oriente en manos de su hermano se debió al interés de ser reconocido lo antes posible en Roma cuando los aspirantes al Imperio resurgieron en las provincias: entre ellas, las legiones de Mesia apoyaron a Tiberio Claudio Pacatiano y las legiones de Siria a Marco Fulvio Rufo Jotapiano. Una vez más el argumento esgrimido por Zósimo (I. 20. 1) es el rechazo categórico de los provinciales a la ferocidad recaudatoria que Filipo había dejado en manos de su hermano Prisco, política fiscal que tenía su lógica en los pronunciamientos militares donde el poder solo se mantenía si se satisfacía a las tropas y en especial a sus mandos que no vieron con buenos ojos la renuncia al botín que el frente oriental les podía ofrecer.

La caída del emperador, junto con su hijo (Filipo II) destinado a ser el heredero de la dinastía, lo fue en el contexto de una batalla cerca de Verona en el año 249 que se inserta por sus características en el modelo retórico establecido para los tiranos y se relaciona con un nuevo complot inspirado por quien habría de sucederles, Cayo Mesio Quinto Trajano Decio (249-251). El personaje reproduce el estereotipo de un militar de prestigio afincado en la zona más dispuesta para las revueltas militares, que eran las provincias de Panonia y Mesia, donde había obtenido algunos éxitos luchando contra movimientos migratorios de pueblos extraliminales, principalmente godos, que habían hecho incursiones en las provincias griegas, y donde ejercía como *praesides*, es decir, controlaba también los fondos públicos. En su caso, la pervivencia en el poder de apenas tres años -habiéndose asociado al trono a su hijo Herenio Trusco que estaba encargado de la defensa del Ilírico (Aurelio Víctor. *De los césares*. 29,1)- y las condiciones de su muerte se salen del modelo hasta ahora analizado. El hecho de haber sido considerado como uno de los grandes perseguidores de cristianos (Orosio. VII. 20. 4) responde a un momento de fuerte presión fiscal por los conflictos en el Danubio y los preparativos para su defensa que lo obligaron a embarcarse en una confrontación bélica que le costó la vida en el campo de batalla en Abritto, ciudad fronteriza cercana al Mar Negro –*Forum Terebroni* en Mesia, la actual Razgrad en Bulgaria– cuando luchaba contra los carpos³¹.

No es este un lugar para analizar el verdadero alcance de la problemática con los bárbaros en el limes pero el vacío de poder y el impacto que produjo la primera muerte de un emperador en el campo de batalla por su causa, determinó una nueva serie de pronunciamientos militares como los de Treboniano Galo (251-253) y su hijo Volusiano, de origen senatorial, que asociaron al gobierno al hijo de Decio, y fueron asesinados por sus propias tropas, o la del gobernador de Panonia y Mesia Emiliano que duró tres meses antes de ser asesinado en Spoleto en plena guerra con quien habría de sucederle y morir en extrañas circunstancias (Zósimo. I. 25-28; Eutropio. *Breviario*. I. 5. 1). El superviviente, Publio Licinio Valeriano (253-260) que se había autoproclamado en la provincia de Recia apoyado por las tropas de Galia, no fue acusado de tiranía por su origen patricio y por los importantes cargos que ostentó con los emperadores precedentes, entre ellos varios consulados. Como candidato aceptado por el Senado, las circunstancias de la campaña contra Sapor I que le valieron las acusaciones de haber perseguido a los cristianos -en el contexto de la recluta de tropas y la recogida de impuestos (Orosio, VII. 22. 1-7)- y su cautiverio y muerte en la corte persa nos impiden especular sobre cuál hubiera sido su futuro de

³¹ Muerte por el castigo divino para Lactancio (*Sobre la muerte de los perseguidores*. 4). Jordanes (*Getica*. 89-90) sitúa en este preciso momento la llegada en migración de los legendarios reyes Cniva y Ostrogotha, ancestros de los posteriores ostrogodos, aunque Zósimo no los menciona (I. 27. 1) pero sí a los godos que llegaron hasta Antioquía de Siria, algunos en naves comerciales de los habitantes del Bósforo que colaboraron ante la crisis institucional de la época (Hekter, 2008, pp. 28-56).

haber sobrevivido a unas circunstancias que tiempo atrás había costado la vida a Severo Alejandro³².

Distinta fue la situación de su hijo Publio Licinio Egnacio Galieno 268 (253-258) a quien la Historia Augusta (23. 4) acusa del abandono de su padre, de ser un mal emperador, disoluto, cruel e inoperante ante el poderío persa con quien procuró mantener la paz, debido a las grandes catástrofes naturales y las invasiones de pueblos que su padre había intentado frenar³³. Es interesante comprobar como el discurso sobre su personalidad, adecuado de nuevo al de un tirano, se refuerza con la manera violenta en que acabó su vida, traicionado por los militares como los grandes usurpadores, a pesar de no haberlo sido, y en contrapunto a la muerte en batalla de Decio y el cautiverio de su padre Valeriano. Las acusaciones que recibe en los documentos sobre las reyertas fronterizas con las que pretendió conseguir botín para sus soldados, cuando el aparato fiscal era ya un gigante con las articulaciones muy débiles, se combinan con el desarrollo de una política de alianzas con sus vecinos –estuvo casado dos veces con mujeres bárbaras– a través de las cuales conseguía los alimentos y ayuda que necesitaba para sus tropas (Aurelio Víctor, *De caes.* I. 8. 1). A pesar de ello, la historiografía posterior (Orosio. VII. 22. 7-9) suele situar hiperbólicamente en los años entre Decio y Galieno la irrupción de movimientos migratorios que se dispersaron por el occidente imperial llegando hasta Hispania e incluye también las presiones de los persas sobre Mesopotamia y Siria y las guerras civiles que asolaban las provincias. De hecho, la Historia Augusta (24) fija en estos momentos un número elevado de aspirantes al trono (*Tyranni triginta*) en distintas partes del imperio, su escasa duración y el gran sufrimiento de los provinciales³⁴. Entre ellos el de M. Casiano Latinio Póstumo (260-269) que creó un estado independiente en la Galia, norte de Hispania y Britania apoyado por las aristocracias locales y los destacamentos militares allí asentados, con la justificación de estar en una situación desesperada, combatir los ataques piráticos y devolver la estabilidad a sus regiones, lo que no le evitó ser eliminado también en una revuelta³⁵. La secuencia de guerras civiles en número muy elevado, al antojo de los mandos de las distintas unidades, fue considerada décadas después por Aurelio Víctor (*De caes.* 33. 9-12) como el fruto de las aspiraciones de militares inútiles, avariciosos y sediciosos,

³² Para Lactancio (*De la muerte de los perseguidores.* 5) fue despellejado y su piel teñida de rojo colgada de un templo para recuerdo de la victoria persa sobre los romanos por levantar sus manos impías contra Dios. Zósimo (I. 36. 2) le consideró un mal militar que manchó el nombre de los romanos y Aurelio Víctor (*De caes.* 32. 5) señala que *murió horriblemente despedazado en el sexto año de su reinado*. El emperador está representado de pie en el famoso relieve de Naqsh-e Rostan (*CIL.* III. 18. 22) -cerca de Persépolis en la actual Irán- como prisionero de Sapor al lado de Filipo el Árabe que aparece arrodillado ante el monarca.

³³ El estereotipo lo asemeja a otros malos emperadores, acusado de aficiones excéntricas y placeres, de una refinada formación filosófica, de participar en las reuniones del Areópago como una extravagancia, o conceder protagonismo a las mujeres en su gobierno (Bray, 1997, pp. 20- 30) y (De Blois, 1976).

³⁴ Parece que todos estos hechos fueron coincidentes por la inestabilidad con el freno del suministro de grano por las revueltas campesinas en Sicilia y la pérdida de la provincia de Dacia. Algunos usurpadores mejor documentados fueron Ciriades, Macriano, Quieto, Herodes y Meonio en Oriente, Loliano en Galia, Regaliano y Aureolo en el Ilírico, Balista en Siria, Valente en Acaya, Pisón en Tesalia, Emiliano en Egipto, Trebeliano en Isaura, de Celso y Tito en África e Ingenuo en Panonia, todos ellos eliminados en guerras o a manos de los soldados (Le Bohec, 2017, p 488).

³⁵ Eutropio (*Breviario.* IX. 9. 1-3) justifica su levantamiento por lo desesperado de la situación. Fue asesinado por no permitir el saqueo en la ciudad *Mogontiacum* (Mainz) que se le había rebelado instigada por un tal Leliano, lo que impedía beneficiarse del botín a sus soldados. Le sucedió Mario que duró dos días y tras él Victorino, muerto en Colonia después de dos años. Según el relato de Orosio (VII. 22. 11), que como hispano recoge el buen recuerdo que había de él en las provincias occidentales, éste había gobernado con valor y moderación. Según Álvarez Jiménez (2007, pp. 7-35), desde su sede en Colonia supo ofrecer a la Galia -con la ayuda del usurpador Aureolo que dominaba en Milán- una larga época de paz, lo que le valió el título de *Restitutor Galliarum* y le permitió representarse en sus monedas con la figura de Neptuno en su reverso y la leyenda *Neptuno Reduci* en el anverso, como demostrativos de sus éxitos en el mar. Sobre el debate de la revuelta remito a Andreotti (1939), De Blois (1976) y Drinkwater (1987).

propensos a cometer fraudes y a aprovecharse del bienestar de los agricultores, y por la Historia Augusta como una época de constantes enfermedades y catástrofes naturales (*SHA*. 23. 6. 1-6; 24. 3).

A pesar de la mala prensa de Galieno, debemos al relato de su muerte una de las reflexiones más sugerentes sobre este siglo de turbulencias: las razones que permitieron la inclusión en la categoría de tiranos o usurpadores del poder a ciertos emperadores. El emperador, siguiendo la pauta marcada por las fuentes, murió como otros malos emperadores a causa de una conjura cuando intentaba acabar con el usurpador Aureolo cerca de Milán. Trebelio Polion explica su muerte durante un banquete en su tienda en el que participaron el prefecto del pretorio Heracliano y el gobernador de Dalmacia Cecropio, en connivencia el poder militar con el civil como era lo habitual en estos casos. Al hacerlo, este autor escenifica con claridad cómo un emperador podía pasar a la historia como ilegítimo si así lo consideraban sus enemigos que dominaban el discurso histórico, a pesar de contar con el apoyo de los soldados que le estaban agradecidos pero que podían ser acallados mediante la entrega de dinero (*SHA*. 23. 15. 1):

Después de morir Galieno se produjo una gran rebelión de los soldados, movidos por la esperanza de botines y de espolio público, decían para provocar el odio, que les había sido arrebatado un emperador útil e indispensable para ellos, y al mismo tiempo poderoso y competente. Por esta causa, se llevó a cabo una reunión de los principales jefes, para que calmasen a los soldados de Galieno de aquella manera con la que suelen ser aplacados. Entonces, después de que Marciano les prometiera y ellos aceptaran veinte áureos para cada uno (pues tenía a su disposición abundancia de tesoros), los soldados, por propia iniciativa, hicieron que Galieno apareciera en los fastos como un usurpador. Así, aplacados los soldados, Claudio, hombre venerable y justamente respetado, querido por todos los hombres buenos, amigo de la patria, amigo de las leyes, grato al senado y muy reconocido por el pueblo, recibió el poder imperial³⁶.

El texto ratifica lo aleatorio de la inclusión en la categoría de tirano y la dicotomía entre los emperadores enfatizando las virtudes de su sucesor Claudio, a pesar de haber participado en la intriga y utilizado posiblemente los fondos del erario militar para comprar a los mandos del ejército. Aún así Marco Aurelio Claudio (Claudio II el Gótico, 268-270), a pesar de su aceptación inmediata en los ambientes senatoriales se puede incluir en el estereotipo del emperador soldado en la Historia Augusta (*SHA*. 25. 1-4): con una fuerza capaz de arrancar los testículos a un contrincante, aficionado a participar en las comidas y los juegos de la soldadesca y de un valor y capacidad inusitada como para en sus escasos años de gobierno ser capaz de frenar las presiones de los godos en el limes, lo que le valió la denominación de «El Gótico» –tras la victoria de *Naissus*– al que no tardaría en añadir los de Germánico –por su lucha contra los alamanes y vándalos entre otros– y Pártico, en este caso sin conocerse éxitos justificados. Aunque la Historia Augusta (25. 7-9), consciente probablemente de la exageración de los datos, se cura en salud al añadir que los encontró en las cartas que el emperador mandaba al Senado directamente sobre sus logros militares. Sin embargo, al igual que Decio o Aureliano, las circunstancias adversas, esta vez la peste, le libraron de ser asesinado por sus soldados, aunque no así su hermano Quintilio para evitar la continuidad dinástica (Zósimo. I. 31. 1).

La última década hasta el advenimiento de Diocleciano no se aparta del modelo elaborado por la propaganda senatorial para apenas 50 años durante los cuales los cambios en el uso constitucional eran ya muy evidentes. Los documentos no aclaran el papel que pudo tener Lucio Domicio Aureliano (270-275), que también procedía del Ilírico, en la desaparición de los partidarios de Claudio, aunque le eximan de la sospecha.

³⁶ Historia Augusta, Traducción de Vicente Picón y Antonio Gascón (1989). Akal.

Pero los éxitos conseguidos en los cinco años de gobierno de este emperador empañaron probablemente cualquier tipo de dudas al respecto. Los investigadores coinciden en aceptar su capacidad para controlar a los mandos del ejército y a los gobernadores civiles³⁷, aunque el principal informante, Flavio Vopisco Siracusano (*SHA*. 25. 1-50) admitiera que sólo encontró fuentes griegas en las mejores bibliotecas cuando se propuso escribir sobre su vida. La ejecución de algunos encargados de acuñar moneda (Aurelio Víctor, *De caes.*35. 1-3) y los castigos a los soldados que robaban habitualmente alimentos a los provinciales retratan problemas en el suministro de la *annona* y de falta de pago de los estipendios en el frente; problemas que intentó solucionar exigiendo a sus tropas cubrir sus necesidades con la rapiña del territorio de los bárbaros y no con «las lágrimas de los habitantes de las provincias» en clara alusión a los abusos en la recogida de los impuestos y las extorsiones sobre las poblaciones civiles. Al mismo tiempo que aconsejaba no malgastar las pagas en las tabernas o en comprar ropas y caballos a los comerciantes (*SHA*. 26. 15-17). Fueran o no ciertos estos consejos, lo que intentaba retransmitir el autor de la *Historia Augusta* era que la solución a los problemas estaba en la guerra y en el saqueo de los enemigos. Lo que en parte explica la organización de importantes acciones militares en la frontera renano-danubiana contra marcomanos y godos -que además le reportaron los títulos de Germánico y Gótico- pero esencialmente sus victorias contra los nabateos de Zenobia y los partos en el año 272 (Orosio. VII. 23. 3-6) con las que logró el título de *Partico Máximo*³⁸. Las riquezas obtenidas evitaron el descontento entre sus tropas y para comprenderlo basta recurrir a la narración de la ceremonia del triunfo donde se exhibieron parte de ellas y al dispendio en la organización de fiestas conmemorativas en las principales ciudades de Oriente como Antioquía³⁹. La exposición de solo una parte de ellas puede hacernos imaginar que los soldados bajos sus órdenes, y en especial sus mandos, obtuvieron importantes beneficios de las campañas, aunque otra parte se fundió en actividades militares en el norte de África y sofocar la rebelión de alguna de sus tribus⁴⁰ y en la recuperación de la Galia bajo el mando en este momento de Tétrico⁴¹.

Pese a los esfuerzos militares y la apología que desarrolla sobre su buen gobierno Flavio Vopisco Siracusano (*SHA*. 26. 1-46), Aureliano no escapó a la venganza de sus soldados y fue asesinado en el año 275 en una villa imperial situada en Tracia

³⁷ Watson (1999, pp. 50-90) y White (2005).

³⁸ Se acusa a los godos de haber realizado saqueos en las ciudades de Milán, Placencia y Pavia en el año 271 según la obra en parte perdida de Dexippo de la que se conservan fragmentos y que fue utilizada por historiadores posteriores (Scythica. 50). Respecto al reino nabateo, había sido aliado de los romanos bajo el reinado de Odeonato por los intereses comerciales que les unían para dar salida a los productos de Arabia y de la India sin tener que contar con los reyes partos. (Eutropio. *Breviario*. IX. 8. 2; *SHA*. 23. 12). Tras la muerte del rey tomó el mando su viuda Zenobia de Palmira que rompió las alianzas e inició una política de soberanía en la zona que arrebató beneficios fiscales y comerciales a Roma, todavía más cuando dominó Egipto, Siria y Galacia en Asia Menor (Bowersock, 1983; Hoyland, 2001; Riwinsbury, 2010). Aunque desde el año 272 el representante de Roma en Alejandría, Vaballato, actuaba con total independencia del imperio como ha resaltado Watson (1999, pp.70-90).

³⁹ En la ceremonia se exhibió a Zenobia como una reina bárbara vencida encadenada montada en un dromedario. Pero se le concedió el privilegio de vivir en Italia en libertad vigilada con su familia (Eutropio. *Breviario*. IX. 13. 2). Aunque Zósimo (I. 59) recoge la versión de que murió de enfermedad o se negó a comer y que el resto, salvo el hijo de la reina, fueron arrojados al mar entre otras versiones que corrieron. La *Historia Augusta* (26. 33-34) señala la exposición en la ceremonia de los carros de Zenobia y su esposo labrados con piedras preciosas y oro, el que les regaló el rey sasánida y otros regalos, además de exhibirse un gran número de animales exóticos y prisioneros, entre ellos un grupo de amazonas y las coronas de oro de las ciudades sometidas.

⁴⁰ Una confederación de varias tribus africanas como los Nesimios, Bacalios, Zegrenses, Bavarum o los Baqatas, que incluso en un pequeño número llegaron por mar hasta la Bética. Al respecto remito a la edición de Khanoussi, Ruggeri y Vismara (con importantes estudios de Troussset, Rhorfi, Gebbia y Kuhof, 1999).

⁴¹ La victoria se dirimió en un encuentro en Châlons-sur Marne en el año 274 tras el que se pactó una rendición que permitió a Tétrico conservar la vida y obtener el cargo de *corrector* para el sur de Italia (*SHA*. 26. 44. 3-5). Relacionado con sus actividades militares debemos contemplar su reforma monetaria (López Sánchez, 2019, pp.140-150).

(Cenofrurio) durante la organización de la campaña persa tras la muerte de Sapor I. Para explicarlo, este autor le acusa de una extrema rigidez en su gobierno –sin la que, por otra parte, no hubiera podido obtener sus éxitos militares– y de ser un emperador sanguinario que eliminó a todo el que le sobraba, incluso a su sobrina, lo que provocó el rechazo de los suyos encabezados por su secretario Menesteo. Por lo tanto, aleja la sospecha de corrupción en el estamento militar para derivarla al ámbito doméstico, a un ambiente de intrigas palaciegas, de amigos perversos, de servidores execrables, de eunucos codiciosos y de cortesanos necios, para terminar por sentenciar que Valeriano no se le podía incluir ni entre los emperadores malos ni entre los buenos porque pese a sus victorias le faltó la clemencia. El vacío de poder sin embargo denuncia mayor complejidad en su muerte y en la búsqueda de un sucesor, especialmente algo que estaba ya claro en esta época, la confrontación entre los intereses senatoriales y los militares que durante décadas habían medido sus respectivas fuerzas, ya que la Historia Augusta (*SHA*. 26. 40. 1-3) considera éste un momento en que «los senadores sabían bien que el ejército no reconoce con gusto sino a aquellos emperadores que ellos mismos han elegido». De ahí el fracaso de la elección del anciano senador Marco Antonio Tácito (275-276) quien, a pesar de intentar eludir el cargo, finalmente optó por la distribución de su fortuna entre los soldados sin librarse de ser eliminado unas semanas después en Capadocia, asesinado según Zósimo (1. 63. 2), según otras fuentes de enfermedad y muy a pesar de que los senadores esgrimiesen el argumento de que el gobierno de los mayores podía evitar la tiranía de los jóvenes (Orosio. VII. 24; *SHA*. 27. 5-6).

Los acuerdos entre ambos estamentos desembocaron en la elección de uno de los emperadores mejor valorados por la Historia Augusta porque los romanos volvieron a disfrutar de una total seguridad, a pesar de que admite la fuente la falta de historiadores de quienes informarse entre los documentos de las bibliotecas Ulpia, de las termas de Diocleciano, de la casa de Tiberio y de las actas del Senado (27. 16. 1; 28. 12-13). El discurso general elaborado sobre Aurelio Valerio Probo (276-282), un hombre oriundo de Panonia como algunos de sus predecesores, nacido en Sirmio (Sremka Mitrobica) y descendiente de militares sin gran relevancia social le atribuye, para compensar con razón o sin ella su pertenencia a la gens Claudia, a pesar de que su descripción física se adapta a la del usurpador militar según el modelo ya pautado. Aunque esta vez sin que se le acuse de traicionar a su predecesor pues había sido uno de los grandes apoyos de Aureliano, a cuyas órdenes había luchado en Germania, en Egipto y Libia, y de quien había recibido suntuosos regalos: entre otros de gran valor, cien antoninianos de oro, mil aurelianos de plata, diez mil filipeos de bronce más gran cantidad de comida, quién sabe si para evitar con ello el peligro que pudiera suponer su influencia sobre la soldadesca (*SHA*. 28. 1).

El relato de la promoción de este militar de cualidades bien reconocidas y con quien cierro mis reflexiones, es un ejemplo de las estrategias de los aspirantes al trono para pronunciarse con éxito. Primero la protección a los soldados frente a los abusos de Aureliano, el poner en sus manos abundante botín gracias a sus victorias y, finalmente, la ausencia de una traición al cargar la culpa sobre las tropas en la muerte de su predecesor Tácito, previamente arengadas por sus tribunos. De acuerdo con ello, se le ofreció el manto que quitaron a una estatua de un templo y la corona a pesar de sus continuas negativas que esgrimió después en las cartas que envió al prefecto del pretorio y al Senado de quien esperaba ser ratificado mediante un decreto. Su candidatura además llegaba avalada por sus victorias sobre diversos enemigos –se incluyen los marmáridas africanos, los francos, los alamanes, los sármatas, los godos y hasta los persas–, a cuyos reyes había eliminado y que le valieron entre otros el título de *Germanicus Maximus* (*SHA*. 28. 10-12; Zósimo. I. 67-68).

El consenso entre los dos órdenes, el senatorial y el ecuestre, fue admirado en las fuentes posteriores como Aurelio Víctor (*De Caes.* 37. 1-10) que lo llega a comparar con Aníbal y admirar por la disciplina que había impuesto a sus legiones, a las que obligó a plantar olivos en el norte de África, en un relato que ofrece la figura de un emperador eficiente preocupado por la prosperidad de las provincias y el bienestar de su ejército. El mismo sentido ofrece la retórica documental de la conversión de sus enemigos extraliminales en colonos que cultivaban los campos romanos a cambio del pago de tasas, llenaban los graneros y ponían sus bueyes para el disfrute de los ciudadanos, al tiempo que sus hombres engrosaban la caballería del ejército (*SHA.* 28. 14-15), primer testimonio claro de un fenómeno que en el siglo IV será una constante. Finalmente, Probo no descuidó el mantener en activo a sus soldados al recuperar las ciudades galas que anteriormente Tétrico había entregado a la vigilancia de sus federados o en incursiones periódicas al otro lado del Rin -con el sometimiento de hasta nueve reyes- que les procuraban un cuantioso botín que evitaba el descontento y en las que prometía a sus soldados una moneda de oro por cada cabeza de un bárbaro. Fuera de la hipérbole aplicada a los hechos, las campañas en el limes o contra los isaurios en Asia Menor mantuvieron la esperanza de enriquecimiento en sus tropas, aunque el emperador tuvo que hacer frente a nuevos potenciales usurpadores que detrajeron parte del tesoro público de su control y no pudo organizar una campaña digna contra los partos, a pesar del autobombo de sus cartas en las que se jactaba de haber rechazado regalos de Narsés y de haberle atemorizado con sus amenazas antes de firmar la paz⁴².

A pesar del relato magnificado de un emperador triunfante en todos los rincones de su imperio, Flavio Vopisco Siracusano destaca como reflexión propia, aunque atribuida a su admirado gobernante, la añoranza de una edad de oro como utopía perdida por los tristes sucesos de las últimas décadas (*SHA.* 28, 23.1-4):

Ningún habitante de las provincias tendría que tributar para el avituallamiento, no se pagaría ninguna soldada extrayéndola de los donativos públicos, la república romana dispondría de tesoros inagotables, el emperador no realizaría ningún gasto y los propietarios no pagarían impuesto alguno: ciertamente, Probo prometía un siglo de oro. No habría en adelante campamentos, en ninguna parte se oiría el clarín de guerra, no se fabricarían ya armas, este pueblo de guerreros, que ahora trastorna la república con guerras civiles, se dedicaría a labrar la tierra, se entregaría al estudio, se instruiría en las artes y se ejercitaría en la navegación. Añade a todo esto que nadie moriría en la guerra⁴³.

En el texto, se sintetiza la relación entre el aparato fiscal, la paga y mantenimiento de los soldados, el agotamiento del tesoro público, la falta de mano de obra para trabajar los campos, las guerras civiles y la corrupción institucional como hemos venido comprobando en los casos particulares. Es decir, el contraste con la realidad en que vivían los romanos, especialmente en las provincias periféricas y limítrofes.

La paradoja se encuentra en la narración estereotipada y distópica de su muerte, ésta lamentada por los senadores y ocurrida como consecuencia de la revuelta de sus soldados en Sirmio que lo acosaron y asesinaron en una torre defensiva y guarnecida con hierro que había mandado construir. Su desaparición cierra el ciclo de más de cincuenta años de pronunciamientos militares desde que sucediera el de Maximino el Tracio y se enmarca en los momentos finales del periodo

⁴² Los Isaurios eran considerados como bandidos en la zona del Tauro en Asia Menor (Panfilia y Licia), a cuyos habitantes castigó y se apoderó de sus tierras (Zósimo. I 69; Amiano Marcelino. 14. 2. 1). Algunos intentos de rebelión fueron los de Julio Saturnino en Siria, Próculo en los Alpes, Bonoso, un descendiente de hispanos en Galia, y otro de nombre desconocido en Britania (*SHA.* 29.1; Zosimo. I. 65, 2).

⁴³ Historia Augusta, Traducción de Vicente Picón y Antonio Gascón. (1989). Akal.

abarcado por la Historia Augusta (28-30). En ella se lamenta el gobierno de su sucesor Marco Aurelio Caro (282-84), de quien se desconocían sus orígenes, y a quien considera la antítesis de Probo en sus costumbres y las de sus hijos Carino, al que asoció a su gobierno en Occidente, y Numeriano en Oriente. La escasa duración del mandato de los respectivos emperadores aparece considerada como una situación deplorable atribuida de nuevo a los soldados que asesinaron a Caro en su tienda durante la campaña persa, y en especial a Numeriano que a pesar de su juventud gozaba de buena prensa y fue eliminado en Bitinia según Flavio Vopisco Siracusano (*SHA*. 30. 5-11). El autor nos devuelve a las intrigas dirigidas por prefectos en los asesinatos de Caro y Numeriano, con acusaciones veladas a Apro quien, en un relato novelesco ocultó el cadáver de este último en una litera, aunque el mal olor lo delató⁴⁴. Respecto al superviviente Carino, se le incluye en la lista de los emperadores malvados, corruptos y adúlteros de los últimos tiempos, con el que se pone el broche final en el relato copiado por las fuentes posteriores (30. 15-2).

3. Reflexiones finales

El discurso construido para la muerte de Numeriano por orden del prefecto Apro y de Carino en Oriente apenas se aparta en sus características del estereotipo general elaborado por Herodiano y la Historia Augusta para definir el siglo III: Pronunciamientos violentos, guerras internas, malversación de los tesoros provinciales, presión fiscal, depredación de los espacios exteriores para beneficiarse del botín de guerra y corrupción de mandos civiles y militares. Podríamos asegurar que se trazó un modelo en el que se intentó encajar las singularidades de las distintas usurpaciones o tiranías de acuerdo con los intereses de una aristocracia patricia que evitó incluir a personajes candidatos senatoriales que alcanzaron el poder por los mismos medios. Con las mismas bases, como veíamos en el caso de Galieno, se manipularon los documentos y las voluntades para convertir a un miembro de una dinastía consolidada en un tirano a pesar de haber llegado al poder por los medios legales. No obstante, la realidad de la inestabilidad política y militar en el siglo III es una evidencia incuestionable que se frenó, aunque solo en parte, en el siglo IV con la consolidación de sólidas dinastías como la Constantiniana y la Teodosiana. Por lo que respecta a la crítica subjetiva de las fuentes utilizadas en este trabajo, y en especial para los Escritores de la Historia Antigua, la narración con grandes rasgos de veracidad en el fondo de los procesos ocurridos en el siglo III -que no tanto en la forma sesgada de narrarlos por el enjuiciamiento de los hechos con unos principios conservadores y partidistas-, cobra sentido en su manifestación final. Podemos defender como tal la exaltación del personaje que sirve de contrapunto a todos los malos emperadores militares: el soldado Diocles, nacido en el Ilírico –en Salona, Dalmacia–, de extracción social baja de origen ecuestre, promocionado por los emperadores precedentes gracias a sus servicios en el ejército, entre ellos *magister equitum* con Caro, que en el año 285 habría de devolver al estado el orden que había perdido y con cuyas reformas he iniciado mis reflexiones.

En las fuentes primarias y en la propaganda heredada por las posteriores la historia convulsa del siglo III terminaba con este militar glorioso capaz de eliminar al traidor y asesino Apro en Nicomedia con su propia espada y al disoluto Carino en la batalla de Margo (Moravia) en Mesia, la provincia a la que debía su reputación (*SHA*. 30, 12-15). Diocles, más tarde Diocleciano, se presentaba como el hombre capaz de aunar los intereses del estamento senatorial y ecuestre, a pesar de haber llegado al poder tras una guerra civil y de haber sido elegido por los soldados orientales (*SHA*, 30, 18,4-5). El fundador de una Tetrarquía de gobernantes considerados piadosos,

⁴⁴ *SHA*. 30. 12 y Aurelio Víctor, *De Caes.* 38. 7-8. Sobre la problemática, Southern (2007); Szidat (2018); Omissi (2018).

benignos, generosos, mesurados y respetuosos con el senado; aunque Flavio Vopisco Siracusano se cubría las espaldas una vez más al señalar que los datos provenían del secretario de Diocleciano y avisaba sobre la imposibilidad de narrar la vida de los príncipes vivos todavía sin exponerse a la censura. Al manifestarlo, el *Scriptor* de la Historia Antigua conocía el fracaso de los intentos de reforma del nuevo sistema político –presentado al comienzo de este estudio– que no había conseguido acabar con los enfrentamientos entre candidatos al imperio, todos ellos surgidos de los ambientes castrenses –como Constantino, Majencio o Licinio–, ni con la malversación y la corrupción de los cargos provinciales y estatales sin las que los aspirantes no podían alcanzar los objetivos trazados. En los albores del siglo IV la utopía del emperador Probo seguía siendo un sueño irrealizable⁴⁵.

Bibliografía

- Álvarez Jimenez, D. (2007). Neptunus Redux. Póstumo y el combate contra la piratería franca en el amanecer del Imperio Gálico. *Aquila Legionis*, 9, 7-35.
- Álvarez Jiménez, D. (2018). *Panem et circenses. Una historia de Roma a través del circo*. Alianza.
- Andreotti, R. (1939). *L'usurpatore Postumo nel regno di Galieno*. Università di Padova.
- Aparicio, A. (2006). *Las grandes reformas fiscales del Imperio romano*. Universidad de Oviedo.
- Aurelio V. (2008). *Liber de Caesaribus* (Falqué, E., Trad.). Gredos.
- Barceló, P. (2022). *El siglo más largo de Roma. Una mirada a la vida y la época del emperador Contancio II*. Alianza.
- Barnes, T. (2014). *Constantine. Dynasty, Religion and Power in the Later Roman Empire*. Wiley Blackwell.
- Barnes, T. D. (1982). *The New Empire of Diocletian and Constantine*. Harvard University Press.
- Bellezza, A. (1964). *Massimino il Trace*. Fratelli Pagano.
- Birley, R. (1999). *Septimius Severus. The African emperor*. Routledge (Trad. en Gredos, 2012).
- Bleicken, J. (1978). *Prinzipat und Dominat. Gedanken zur Periodisierung der römischen Kaiserzeit*. Steiner.
- Boek, A. (2008). *Taxation in the Later Roman Empire*. Leiden University. En E. Tengström (Ed.), *Bread for the people. Studies of the corn supply of Rome during the Late Empire*. Paul Amstrong Vorlag.
- Boschung, D. y W. Eck, W. (2006). *Die Tetrarchie. Ein neues Regierungssystem und seine mediale Präsentation*. Ludwig Reicher Verlag.
- Bowersock, G. W. (1983). *Roman Arabia*. Harvard University Press.
- Bravo, H. (1989). *Poder político y desarrollo social en la Roma antigua*. Taurus.
- Bray, J. (1997). *Gallienus: A study in reformist and sexual politics*. Wakefield press.
- Breeze, D. J y Dobson, B. (1993). *Roman Officers and Frontiers*. Franz Steiner Verlag.
- Callu, J.P. (1969). *La politique monétaire des 238 à empereurs romains de 311*. E. de Broccard.
- Campbell, J. B. (2008). The Severan Dinast en *The Cambridge Ancient History, Second Edition, vol. XII The Crisis of Empire*. Cambridge Universty Press.
- Carlà-Uhink, F. (2019). *Diocleziano*. Il Mulino.

⁴⁵ Sobre los pormenores de los enfrentamientos y las bases ideológicas del relato del encumbramiento de Constantino, la literatura es inabarcable, sugiero las obras de Barnes (2014) y especialmente de Barceló (2022, pp. 403-410)

- Carroll, M. (2001). *Romans, Celts and Germans. The German Provinces of Rome*. Tempus.
- Chastagnol, A. (1997). *L'évolution politique, sociale et économique du monde romain de Dioclétien à Julien*. CDU Sedes.
- Christie, N. (2011). *The Fall of the Western Roman Empire. An archaeological and historical perspective*, Bloomsbury Academic.
- Chrysos E. (2003). Empire, the *gentes* and the *regna*. En Regna et Gentes, H. W Goetz, J. Jarnut y W. Pohl (Eds.), *The relationship between Late Antiquity and Early Medieval Peoples and Kingdoms and the transformation of the Roman World* (13-21). Brill.
- Corcoran, S. (1996). *The empire of the Tetrachs: imperial pronouncements and government, AD 284-324. Oxford classical monographs*. Clarendon Press.
- Creighton, J. D y Wilson, R. J. A (1999). *Roman Germany: Studies in cultural interaction. JRA, sup. 32*. Michigan University.
- Daguet-Gagei, A. (2000). *Septime Sévère. Rome, l'Afrique et l'Orient*. Payot.
- Dando-Collins, S. (2012). *Legiones de Roma: la historia definitiva de todas las legiones imperiales romanas*. La Esfera de los libros.
- De Blois, L. (1976). *The Policy of the Emperor Gallienus*. Brill.
- De Blois, L. (1978). *The reign of the Emperor Philip the Arabian*. Free University Talanta.
- Delmaire, R. (1995). *Les Institutions du Bas Empire romain, de Constantin à Justinien, I. Les Instituions civiles palatines*. Éditions du cerf.
- Depeyrot, G. (1996). *Crisis e inflación entre la Antigüedad y la Edad Media*. Crítica.
- Dietz, K. (1980). *Senatus contra principem, Untersuchungen zur senatorischen Opposition gegen Kaiser Maximinus Thrax*, Beck.
- Dixon, K. R. (2018). *El ejército romano del Bajo Imperio*. Desperta Ferro Ediciones.
- Drinkwater, J. F. (1984). Peasants and *Bagaudae* in Roman Gaul. *EMC*, 28, 349-371.
- Drinkwater, J. F. (1987). *The Gallic Empire. Separatism and continuity in the north-western provinces of the Roman Empire AD 260-275*. Historia Einzelschriften, 52, Stuttgart Franz Steiner Verlag.
- Drinkwater, J. F. (2007). *The Alamanni and Rome 213-496. Caracalla to Clovis*. Oxford university press.
- Fernández Ubiña, J. (2000). *Cristianos y militares. La Iglesia antigua ante el ejército y la guerra*. Universidad de Granada.
- Forni, G. (1992). *Esercito e marina di Roma Antica*. Franz Steiner Verlag.
- Garnsey, P. y Whittaker, C. R. (1983). *Trade and Famine in the Graeco-Roman World*. Cambridge Philological Society.
- Goldsworthy A. y I. Haynes. I. (1999). *The Roman army as a Community. JRA, supp. 34*. Cambridge University Press.
- Godsworthy, A. (2005). *El ejército romano*. Akal
- González García, A. (2011). La inflación en el Imperio romano de Diocleciano a Teodosio, *Documenta & Instrumenta*, 9, 123-152S.
- Hebblewhite, M. (2017). *The Emperor and the Army in the Later Roman Empire AD 235-395*. Routledge.
- Hekster, O. (2008). *Rome and its Empire, ADE 193-284*. Edinburg University Press.
- Herodiano. (1985). *Historia del Imperio romano después de Marco Aurelio*. (Torres J. J. Trad.). Gredos.
- Hidalgo de la Vega, M. J. (2012). *Las emperatrices romanas. Sueños de púrpura y poder oculto*. Ediciones Universidad de Salamanca.
- Hoyland, R. G. (2001). *Arabia and the Arabs from the Bronze Age to the coming of the Islam*, Routledge.
- Khanoussi, M.-Ruggeri, P.-C-Vismara, C. (2004). *Ai confini dell'Impero: contatti, scambi, conflitti*. Carocci.
- Kleinberg, A. (2005). *Histoires de saints, leur rôle dans la conformation de l'Occident*. Éditions Gallimard.

- Kolb, F. (1987). *Diocletian und die erste Tetrarchie*. Walter de Gruyter.
- Köner, Ch. (2002). *Philippus Arabs. Ein Soldatenkaiser in der Tradition des antoninisch-severischen Prinzipats*. Walter de Gruyter.
- Le Bohec, Y. y Wolf, C. (2004). *L'armée romaine de Dioclétien à Valentinien I*. De Boccard.
- Le Bohec, Y. (2017). *Histoire des guerres romaines*. Tallandier.
- López Barja de Quiroga, P y Lomas Salmonte, F. J. (2004). *Historia de Roma*. Akal.
- López Sánchez, F. (2019). *La moneda en la Antigüedad*. Síntesis.
- Luttwak, E. N. (1976). *The Grand Strategy of the Roman Empire: From the First Century A.D. to the Third*. Johns Hopkins University Press.
- Menéndez Arguín, A. R. (2011). *El ejército romano en campaña de Septimio Severo a Docleciano, (193-305 D.C.)*. Universidad de Sevilla.
- Octavian Bounegru, O. y Zahariade, M. (1996). *Les Forces Navales du Bas Danube et de la Mer Noire aux Ier-Vler siècles*. Oxbow Books 1996.
- Omissi, A. (2018). *Emperors and usurpers in the Later Roman Empire Civil War. Panegyric and the Construction of Legitimacy*. Oxford University Press.
- Pardo, J. (2001). *Aureliano: el emperador que se hizo llamar dios*. Temas de hoy.
- Paschoud, F. y Szidat, J. (1997). *Usurpationen in der Spätantike*. Franz Steiner Verlag.
- Perea Yébenes, S. (2015). Los severos en Oriente y su programa colonial, a propósito de Ulpiano. *Digesto*, 50, 15, 1. En G. Bravo y R. González Salinero (Eds.), *Poder central y poder local: dos realidades paralelas en la órbita política romana (203-234)*. Signifer.
- Rees, R. (2004). *Diocletian and the Tetrachy*. Edinburgh University Press.
- Rémy, B. (1998). *Diocletien et la tétrarchie*. Presses Universitaires de France.
- Rodríguez González, J. (2003). *Historia de Las Legiones Romanas*. Almena.
- Rodríguez Plaza, M. (2008). Politeísmo y corrupción: Corrupción en los templos paganos. En G. R. Bravo y R. González Salinero (Eds.), *La Corrupción en el mundo romano (229-245)*. Signifer.
- Sanz Serrano, R. (2003). *Paganos, adivinos y magos. Análisis del cambio religioso en la Hispania Tardoantigua*. Universidad Complutense.
- Scott, A. G. (2015). *Cassius Dio, Caracalla and the Senate*. Walter de Gruyter.
- Serrano Madroñal, R. (2016). ¿Crisis social en el Bajo Imperio romano?: El derecho como herramienta de reconducción estatal. En G. R. Bravo y R. González Salinero (Eds.), *Crisis en Roma y soluciones desde el poder (393-404)*. Signifer.
- Seston, W. (1980). Du Comitatus de Dioclétien aux Comitatuses de Constantin, *Publications de l'École Française de Rome*, 43, 483-495.
- Seston, W. (1946). *Dioclétien et la Tétrarchie*. E. de Boccard.
- Southern, P. (2007). *The Roman Army: A Social and Institutional History*. Oxford University Press.
- Stelten, L. F. (1990). *Epítome Rei Militaris*. *American University Studies*, XVII. vol. 11.
- Syvänne, I. (2021). *Gordian III and Philip the Arab. The Roman Empire at a Crossroads*. Pen & Sword Books.
- Tengström, E. (1974). *Bread for the people. Studies of the corn supply of Rome during the Late Empire*, Svenka Institutet.
- Thompson, E. A. (1952). Peasant revolts in LRE Gaul and Spain. *Past and present*, 2, 11-23.
- Towsend, P. W. (1955). The Revolution of A. D. 238: The Leaders and their Aims, *YCS*, 14, 49-105.
- Turton, G. (1974). *The syrian princesses. The Women who ruled Rome, AD 193-235*. Cassell.
- Van Berchem, D. (1952). *L'armée de Dioclétienne et la réforme constantiniennne*. Institut francais d'archéologie du Beyrouit, bibliothèque archéologie et histoire, LVI.

- Vera, D. (2016). La política imperial y la “crisis” de la ciudad tardorromana en Occidente. En G. Bravo y R. González Salinero (Eds.), *Crisis en Roma y soluciones desde el poder*. Signifer.
- Vera, D. Strutture agrarie e strutture patrimoniali nella tarda antichità: L'aristocrazia romana fra agricoltura e commercio, en *La parte migliore del genere umano. Aristocrazia, potere e ideologia nell'occidente tardoantico*. Roda, S. (ed.). Il florilegi Striptorium, 165-224.
- Watson, A. (1999). *Aurelian and the Third Century*. Routledge.
- White J. F. (2005). *Restorer of the World: The Roman Emperor Aurelian*. Satherbury.
- Williams, S. (1985). *Diocletian and the Roman Recovery*. Batsford.
- Winsbury, R. (2010). *Zenobia of Palmyra. History, Myth and the Neo-Classical Imagination*. Bristol Classical Press.
- Zósimo (1992). *Nueva Historia* (Candu Morón, J. M. Trad.). Gredos.

Recovering a disfigured Empire. Institutional maintenance in Tenth-century Byzantium

Recuperando un imperio desfigurado. El mantenimiento institucional en el Bizancio del siglo X

Pia Carolla*

Università di Genova

ORCID ID 0000-0001-6012-4855

pia.carolla@unige.it

Cita recomendada:

Carolla, P. (2024). Recovering a disfigured Empire. Institutional maintenance in Tenth-century Byzantium. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 204-215.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8509>

Recibido / received: 12/01/2024

Aceptado / accepted: 6/03/2024

Abstract

Constantine VII Porphyrogennetos (945-959 AD) implements a peculiar institutional maintenance, based on the collection of books and materials from the past. A closer scrutiny of the sources shows some deeper meanings and reveals that the recurring metaphors of the body and the family shape his grand project, shedding light onto the institutional and social agenda which underpinned his embodied maintenance.

Keywords

Byzantium, Constantine VII Porphyrogennetos, collection of books, metaphors of the empire as a body, oikeliōsis, Excerpta Constantiniana, De Cerimoniis, embodiment, imperial legitimacy.

Resumen

Constantino VII Porfirogénito (945-959 d.C.) pone en práctica un peculiar *institutional maintenance*, basado en la recopilación de libros y materiales del pasado. Un examen más detallado de las fuentes muestra algunos significados más profundos y revela que las metáforas

* The Author wishes to warmly thank David de la Fuente and Nuria Sánchez Madrid for the invitation to the conference and the proceedings. Pia Carolla is a professor in Byzantine Studies at the Dept. DIRAAS of the University of Genoa, Italy. <https://diraas.unige.it/pia.carolla%40unige.it>



recurrentes del cuerpo y la familia dan forma a su proyecto, aclarando la agenda institucional y social que sustentaba su *embodied maintenance*.

Palabras clave

Bizancio, recopilación de libros, imperio bizantino, Constantino VII Porfirogénito, *Excerpta Constantiniana*, *De Cerimoniis*, *oikeiōsis*, metáfora del cuerpo, incorporación, legitimidad imperial.

SUMMARY. 1. Introduction. 2. A bookish maintenance? 3. Court ceremonial: the *De Cerimoniis (de Cer.)*. 4. Roman historiography: the *Excerpta Constantiniana (EC)*. 5. Embodied maintenance. 6. Conclusion.

1. Introduction

While every institution needs maintenance, albeit in different ways according to its age (Catanzaro, 2024), middle Byzantium, i.e., 6th to the (beginning of) 13th century can prove an intriguing case study about recovering a disfigured empire.

Firstly, one must bear in mind that the Byzantines, as they are called from 4th to 15th c. AD, are fully aware of their Romanness: they are the continuation –not just the heirs– of the Roman empire and, as such, they strive to fulfil their task. In other words, they consider the maintenance of the imperial institution a priority and their perception stays firm on this point –even though they change a lot over the centuries in various respects (Ševčenko, 1992, p. 180; Cresci – Gazzano eds., 2018; Stouraitis, 2014; Kaldellis 2019; Stouraitis ed., 2022).

Moreover, Byzantium is no monolith: there is a plurality of political, religious and ethnic identities, sometimes fiercely opposed to each other, sometimes allied, mitigated and integrated or mixed (Roberto, 2018, pp. 25-53; Gnoli - Neri eds., 2019; Stewart - Parnell - Whately eds., 2022).

2. A bookish maintenance?

Whenever it comes to the tenth century, an age of splendour and expansion but also recurring problems (not only) on the borders, scholars can be surprised at the explicit connection between institutional maintenance and a vast literary program of the emperor Constantine VII Porphyrogenetos (945-959). As some literary productions of his are explicitly involved with the restoration of the common good, it is worth considering the relevance both for institutions and for literature, to grasp some deeper meanings of their relationship.

A premise is necessary: for those who wanted to restore the imperial institutions, recovering ancient texts seems a priority to such an extent that, (a) many textual collections are commissioned by the emperors; (b) they are gathering not only literary texts such as histories and imperial biographies, but also «texts for administrative use» (Schreiner, 2018, p. 238), as well as agricultural and veterinary treatises, hagiographical texts for the liturgy, ceremonial protocols and so on (Gaul - Menze - Bálint eds., 2018; Németh, 2018; Carolla, 2022, pp. 46-47 with essential bibliography).

Imperial sources show that those collections are intended to restore the well-being of the empire itself. Modern scholarship during 19th-20th c. had used to label them as anthologies or even encyclopaedias, until Paolo Odorico brought the term

syllogai (collections) into focus (Büttner-Wobst, 1906; de Boor, 1912, 1914/19; Lemerle, 1971, pp. 267-300; Odorico, 1990, 2011, 2017a, 2017b; Németh, 2010, 2018; Manafis, 2020). While the practice of *syllogai* is very common throughout the Byzantine millennium, one may be surprised by the fact that several collections revolve around the name of Constantine VII Porphyrogennetos, whose actual reign spans less than fifteen years (*PmbZ* 23734; Toynbee, 1973; Ševčenko, 1992; Magdalino, 2013; Antonopoulou, 2018; 2019; etc.).

He is born in the purple –i.e., *Porphyrogenitus*– in 905 AD, is proclaimed co-emperor with his father Leo VI at the age of three, becomes an orphan at seven, and is *de facto* ousted from power by his father-in-law Romanos I Lekapenos (*Pmbz* 28987) as early as fifteen-years-old. Therefore he benefits from a long private life, which according to sources allows him to take care of his beloved books and icons: he is also said bending over books of history night and day, to learn everything.¹

These narrations represent him as a humble, faithful servant of God, earning his living like st. Paul (2 *Thess.* 3,10); and they show that he willingly sacrifices himself to acquire wisdom. Whenever he gets rid of his rivals in power and becomes the sole emperor (945 AD), he considers the event a miracle and feels his throne like a task given by God. The latter perception was customary, of course, for Roman emperors even before Constantine I the Great moved the capital to Byzantium and inaugurated his «second Rome», Constantinople; furthermore, the doctrine of the emperor as the imitator of God *par excellence* has Hellenistic (pagan) origins, and Christian writers develop on it, starting in the 4th century with Eusebius of Caesarea (Ahrweiler 1975; Alvino 2019, pp. 29-65 and pp.166-168). And yet, Constantine VII's (auto)representation has relevance to the present contribution.

To focus on institutional maintenance, it is important to mention a couple of collections among those of Constantine VII: (i) the one on court ceremonial – the so-called *de Cerimoniis*, and (ii) the collection of historical extracts – the so-called *Excerpta Constantiniana* (Ševčenko, 1992, pp. 168, 182-186; Magdalino, 2013, pp. 194-200, Odorico, 2017a, 2017b; Németh, 2018; Carolla, 2022, etc.).

3. Court ceremonial: the *De Cerimoniis* (*de Cer.*)

To approach the *De Cerimoniis*, i.e., the collection on court ceremonial, the reference book is the 2020 critical edition with French translation and vast commentary by Dagron, Flusin, Feissel and others (*de Cerimoniis*, 2020²). Under the name of Constantine VII, the *Proem* represents the state like a body with disproportionate limbs and in dire need of healing. The metaphor of the city/state/empire as a sick body is part of the literary tradition³, and the specification of the disfigured body is easy to understand: Constantine VII is criticising his father-in-law Romanos I, together with his sons and political organisation (Ševčenko, 1992, p. 176; Flusin, 2020, pp. 18*-25*). What is intriguing is the type of cure that is proposed and deserves some attention.

How to recover the order (*taxis*) which, in Constantine's opinion, was missing under Romanos I? In addition to carefully looking after the army, as one does with

¹ Liutprand of Cremona, *Antapodosis* III 37, p. 216 «he earned his living from the work of his hands: he was very good at painting»; V 21-22, p. 345 he is «bending over his books» during his brothers-in-law's plots; see also Evaristos, *Synaxarion CP*, col. 14; Flusin (2020, p. 28*).

² See also Kresten (2000); Featherstone (2002); Featherstone – Gruskova – Kresten (2005); Sode (2009, 2013).

³ Classical and early Christian literary models: McVay, 2000; see also, e.g., Aristoteles, *Politica* 1253a 20-28; Synesius, *de regno* 19 (5th c. AD), etc.

one's head in relation to one's body (*Novella* 5⁴; Kaldellis 2015, pp. 195 and 252 n. 137), the emperor is credited with the initiative of collecting sources from Late Antiquity. In his perspective, the empire cannot succeed without proper ceremonial (*taxis*), a crucial requirement because this is the one that restores order and proportion to the whole living body.

This is the focus of the *Proem of de Cerimoniis*:

De Cer. Proem. 1, p. 3 Flusin⁵

To others, perhaps, who are less concerned with necessary things, this undertaking [i.e., of collecting the court ceremonial] would have seemed superfluous, but to us it is very dear, very worthy of our solicitude, and more appropriate (*oikeiotes*)⁶ than any other, since it is using the commendable ceremonial order (*taxis*) that the imperial power makes itself seen with more harmony and propriety, which makes it admirable in the eyes of foreign nations as well as our own.

Institutional maintenance is necessary after a long time of degeneration, as the same *Proem* says:

Many things come to an end over a long time, because they are accomplished in it and consumed by it, and among these is the great and precious good (τὸ μέγα χρῆμα καὶ τίμιον), namely the display and presentation of imperial ceremonial, which was neglected and, as it were, necrotic, so that it was inevitable to see the empire devoid of beauty and disfigured.

The author uses the metaphor of the defective body, both in the sense of disproportion in the limbs –a defect which can be described as a *disorder* (*ataxia*, i.e., *non-taxis*)– and in the sense of slowly degenerating into a corpse because some parts are consumed.

Here the court ceremonial, precisely because it is essentially *order* (*taxis*), is represented as the lifeblood of beauty, in the absence of which the empire falls apart and accelerates necrosis.⁷ It is worth insisting on this point: however peculiar the imperial perspective can be, one has to acknowledge that Constantine VII shows (a kind of) institutional maintenance concerns, whereby ceremonial is an antidote to political degeneration.

There is no point in having an emperor, therefore, if he does not submit to the ceremonial of his predecessors. That is why the undertaking of collecting is «more appropriate than any other».

The Greek word for «more appropriate» is here *oikeiotes* (from the adjective *oikeios* = of the house), which means «more relevant to the owner», as well as «more akin»: a notion related to ownership and, ultimately, connected with house/household/family (*oikos*). This is somehow ironic: Romanos I is Constantine's father-in-law, so they *are* familiar with each other, but the elder's influence on the empire is not appropriate in the sense of suitable, or even acceptable.

Doubtless, the educated audience understands the political meaning between the lines during the tenth century, as it has always done throughout the Byzantine millennium. After all, a harsh judgement on the predecessor can also be found in book VI of the so-called *Continuation of Theophanes*, which tells that Constantine VII finds

⁴ *Novelles* ed. Svoronos (1994, p. 118); transl. McGeer (2000, p. 71).

⁵ Translation by the author.

⁶ Lit. «more familiar»; in Greek οικειότερον.

⁷ A similar comparison also in the Proem to book II (Flusin, 2020, p. 3* n. 5).

the empire fallen «into indignity and neglect».⁸ Needless to say, the *Continuation of Theophanes* (*ThC*) revolves around Constantinian propaganda.⁹

4. Roman historiography: the *Excerpta Constantiniana* (*EC*)

Not only about the notions of family and *oikeios*, but also for institutional maintenance it is useful to compare the other collection mentioned above: the *Excerpta Constantiniana* (*EC*).

The collection is planned as a huge series of 53 sections, generally encompassing the Roman historiography in Greek, from several authors, namely from Herodotus (5th c. BC) to George the Monk (9th c. AD).

Each section draws on different authors and works, selects passages and arranges them by theme. Most of the series is lost, but large parts of five thematic sections have survived¹⁰:

- Ambassadors of the Romans (*Excerpta de Legationibus Romanorum* = *ELR*)
- Ambassadors of the Foreigners (*de Legationibus Gentium* = *ELG*)
- Attacks to the Emperors (*de Insidiis* = *EI*)
- Virtues and Vices (*de Virtutibus et Vitiis* = *EVV*)
- Words of Wisdom (*de Sententiis* = *ES*)

The Proem is the same for every section, while the table of contents is different. Even though both the Proem and the table of contents are poorly attested nowadays, the manuscripts show that the emperor wanted a list of the excerpted authors and works to be appended at the end of the Proem for each thematic section (Carolla, 2022, p. 49).

The Proem names Constantine VII as the commissioner of the collection, and explains his reasons and purposes. Firstly, historiography has fallen into oblivion. Hence, Constantine's *EC* enterprise consists of (a) collecting historical books, (b) splitting them into short passages, and (c) rearranging the texts into thematic sections. The vision of *EC* consists of including/enclosing «the whole magnificence of history».¹¹

Before the table of contents, at the very end of the Proem, the text says that the collection is no *synopsis* (i.e., epitome or abridgement) of the primary works, but it is an *oikeiōsis* (οικείωσις), usually understood as «familiarisation».

In light of the present concerns, it is important to understand the term *oikeiōsis*, both because it is a definition of the work and, more to our point, it is presented as a way out from degeneration – as regards historiography, education and, ultimately, empire.

The text of the Proem and its keyword *oikeiōsis* have deserved a recent monograph by Andras Németh, which is relevant in many respects. He takes *oikeiōsis*

⁸ ThC VI 14, p. 445 Bekker εἰς ἀχρεϊότητα καὶ ἀμέλειαν (*eis achreióthta kai améleian*).

⁹ ThC I-IV: Signes-Codoner – Featherstone, eds., 2015; Wahlgren 2019, *passim*; Signes Codoñer (1989, 1995; 2017); Treadgold (2013, pp. 176-180). Forthcoming are (a) the critical edition of *ThC* VI by M. Featherstone and J. Signes Codoner, as well as (b) St. Wahlgren's edition of the chronicle by Ps.-Symeon.

¹⁰ The number five is debated. *Contra*: Lemerle (1971, p. 281); Odorico (2017). *Pro*: Németh (2018, p. 194); Flusin (2020, p. 30)*; Carolla (2022, pp. 50-51); Porro (2023, p. 27).

¹¹ ἅπασα ἱστορικὴ μεγαλοῦργία [*hápasa historikē megalourgía*], p. 1 ed. de Boor.

as «appropriation» and links it to the theory and the practice of attribution of the single textual extracts (*excerpts*) to a different theme. Because the *EC* collection takes the excerpts from, e.g., the primary texts by Polybius or other authors, splitting them by theme in different sections, one can say that the *EC* work ‘appropriates’ them. More specifically: a thematic section appropriates suitable passages, turning them into something new (Németh 2018, *passim*).

Of course, this is always the case with anthologies everywhere: a text is extracted from the primary context, inserted in a new collection and taken to convey a new message. A huge collection such as *EC*, focussing on Roman historiography in Greek, is bound to convey messages about the empire: imperial institutions, their problems and solutions are on the front page. This is why, in another perspective, institutional maintenance is very important, albeit in disguise.

Yet there is more about *oikeiōsis* in the light of Constantine VII’s grand project, since it is not only a cultural, but also a political and institutional, as well as an educational enterprise. Therefore, this *oikeiōsis* needs to be further investigated.

The end of the Proem reads as follows:

And there is nothing of the contents that will escape the present enumeration of topics, absolutely of nothing is deprived the narrative sequence by the distinction of concepts, indeed preserves the whole in one single body and adapts to each topic the present non-synopsis, but rather *oikeiōsis* (Carolla 2022, p. 54¹²).

In other words, the last message of the Proem states that the entire collection of *EC* is no epitome or abridgement (*synopsis*), but rather consists of an *oikeiōsis* which saves the whole of the primary texts even after excerpting, i.e., fragmenting them.

The metaphor, again, is that of the body: the collection «preserves the whole [narrative sequence, i.e., primary text] in one body (*syssōmon*)». The reader grasps the message, namely that these extracts are no dismembered limbs, nor are they taken for ornamental purposes: instead, they are now thriving in one living body. The latter keyword –the adjective *syssōmos*, etym. *syn+sōma*, i.e., «together in one body»– is taken ultimately from the *New Testament*, and precisely from the *Letter to the Ephesians* 3.6, where «the gentiles have become fellow heirs, members of the same body (*syssōma*), and sharers in the promise in Christ Jesus through the gospel¹³»: they share the very same promise of salvation as the Jews.

This biblical quotation cannot be disregarded as obvious: the end of a Proem is a key passage for the genre of (classical and) Byzantine historiography, the lexicon is carefully chosen, and from this *NT* Epistle only one keyword is selected.

Therefore, the author insists on the same metaphor of the body which is present in the *de Cerimoniis*. One may wonder whether the lifeblood here, instead of the ceremonial/order (*taxis*), is the *oikeiōsis* –and what is the full meaning of it. While the ceremonial is both recovery and life of the whole political body, is this resource (*oikeiōsis*) also connected with institutional maintenance?

¹² *ELR Prooemium*, pp. 2, 8-12 de Boor κούκ ἔστιν οὐδὲν τῶν ἐγκειμένων, ὃ διαφεύξεται τὴν τοιαύτην τῶν ὑποθέσεων ἀπαρίθμησιν, οὐδὲν τὸ παράπαν ἀφαιρουμένης τῆς τοῦ λόγου ἀκολουθίας τῇ διαιρέσει τῶν ἐνοιῶν, ἀλλὰ σύσσωμον σωζούσης, καὶ ἐκάστη ὑποθέσει προσαρμοζομένης τῆς τηλικαύτης οὐ συνόψεως, ἀληθέστερον δ’ εἰπεῖν οἰκειώσεως. Translation by the author.

¹³ *Eph.* 3.6 NRSVUE. In Greek: εἶναι τὰ ἔθνη συγκληρονόμα καὶ σύσσωμα καὶ συμμετοχα τῆς ἐπαγγελίας.

Following the contents of the *EC Proem*, the reader learns that the emperor wants a collection of historical texts, he orders it to be arranged thematically, and he cares even about the order of the selected passages: the emperor has to be recognized everywhere between the lines. At the very end, something related to familiarisation (*oikeiōsis*) is specified.

The Greek term *oikeiōsis* has a wide range of meanings both in Antiquity and in Byzantium, from «appropriation» to «inclination», including «friendship», «familiarity with» and others (Radice, 2000; *LSJ* 1202, Lampe 938-9 sv οἰκείωσις); consequently, in Christian contexts it indicates relationship with (or within) the divine Trinity, communion (of men/women with God), reconciliation, association and incarnation (i.e., appropriation of the human flesh by Logos), etc.

It has been a great surprise to find the term in a late antique summary of the same *Letter to the Ephesians*: the list of *Chapters (kephalaia)* transmitted under the name of a deacon Euthalius, i.e., the *Euthalian Apparatus* (Allen, 2022), where exactly chapter 3 bears the following title: «The *oikeiōsis* of the Gentiles and the Jews in God through Christ for hope by grace». ¹⁴ The *Eph. 3* context leads to take *oikeiōsis* here as «familiarisation», in the active sense of (Jesus Christ restoring) «familiarity» of both Gentiles and Jews with God, hence the term can be taken in the sense of «reconciliation», a useful find which brings us back to the *EC Proem*.

However diverse the extracted texts about Roman history, the emperor wants them to be united in one single body (*syssōmos*), a body which, in terms of books, is the *EC* work: a practical «reconciliation» (*oikeiōsis*) of classical/pagan, Jew and Christian historiographies.

On the other hand, in terms of institutions, the body is at the same time the empire and the Church; furthermore, as every living body needs a head, the reader is reminded of *Eph. 4.15-16* «We must grow up in every way into him who is the head, into Christ, from whom the whole body, joined and knit together by every ligament with which it is equipped, as each part is working properly, promotes the body's growth in building itself up in love» (NRSVUE; see also *Col. 1.18-20* etc.).

Recovering history from oblivion, and thus restoring the empire as regards both education and politics, is no little project according to Constantine VII's purposes: he is participating in the redemption of the empire and the church by imitating Jesus Christ, the head of the body.

Constantine VII is no exception in this respect: he knows the imperial tradition, so he exercises power in the name of God, and indeed he is emperor *in God (en Theō)*, see below). Furthermore, a close imitation of Christ shapes the official propaganda around him. Firstly, his long «private life», in imitation of Jesus' 30 years: even though Constantine is the legitimate heir to the succession of Leo VI, he remains in the shadows from the age of seven until thirty-nine. Secondly, he looks quiet, obedient and peaceful throughout the decades, reminding of *AT Is. 53*, the Gospels of the Passion, and st. Paul. Thirdly, he credits Jesus Christ with the merit of his ascent to the throne, due to the arrival of the sacred Image of Edessa, i.e., the Holy Face of Jesus, not made nor painted by human hands, in Constantinople in 944 AD (Flusin, 2011; 2020; Nicolotti, 2014; Carolla, 2021).

¹⁴ Περὶ τῆς τῶν ἔθνων καὶ Ἰουδαίων οἰκειώσεως πρὸς Θεὸν διὰ Χριστοῦ ἐπ' ἑλπίδι κατὰ χάριν.

5. Embodied Maintenance

Tellingly, a famous episode regarding the eve of the procession with the Image narrates that three co-emperors visit the relic: the two sons of Romanos I Lekapenos, who in the sacred cloth cannot discern anything but a face, and Constantine VII, who sees Jesus' eyes and ears. Immediately, the monk Sergios comments: «Not me, but David the prophet says: *The Lord's eyes are on the righteous, and his ears are toward their petition. But the Lord's face is against evildoers, to destroy the remembrance of them from Earth*».¹⁵ Less than six months later, the two «evildoers» are deposed and exiled while Constantine VII finally ascends to the throne that he has always deserved.

In other words, Jesus Christ has come with His sacred image, swept away the wicked, and put Constantine in power. Therefore, he can restore a beautiful and orderly life in the empire, starting with the palace as in *De Cerimoniis* Proem (dated ca. 945-946 by Flusin, 2020, p. 90*) and continuing with other areas, such as the education of young scholars in Roman history (*EC* Proem), as well as the military expeditions against the Arabs. Around 958 AD his speech to the generals in the East reads as follows:

I give you not my only son, but my whole self, in body and soul, and I bind and join my flesh to your flesh and my bones to your bones, and I consider each of my limbs as innate and generated together with you, and my soul, though it is one, I divide it and apportion among you all, and in my part I want my people assembled by God to be animated and vivified by me.¹⁶

Visual and written propaganda agrees on these points, to the extent that institutional maintenance is embodied by the emperor.

The embodiment can be perceived in both senses: (a) as «incarnation», because Constantine presents himself as the concrete expression of Jesus on earth, and also (b) as «incorporation», because universal history is reconciled to form one body.

In the first, so to speak «active» sense (a), it is the emperor who proclaims and orders the necessary improvements of institutions; in the second, «passive» sense (b) Constantine is «incorporated» into the mystery of the Church, where the peoples are called to be members of the whole, one and single body guided by Jesus (*Eph* 3.6 and 4.15).

This is why some official titles of works attributed to Constantine presents him as «emperor of the Romans in Christ», who is the «eternal emperor». The latter formula is a vivid example of an embodiment in the sense of «incorporation»: whereas Christ is the eternal emperor, Constantine is an emperor to the extent that he stays *in* Him.¹⁷

Since he is the emperor, he, in turn, calls the peoples to form the whole of the Roman empire blessed by God; he fulfils the task both via a *corpus* of texts in the case of *EC* (*oikeiōsis*), and through evangelisation of the new pagan peoples, such as the Rus' or the Hungars. Therefore, Constantine VII is the godfather to Princess Olga from

¹⁵ Ps.-Sym. *chron.* 52, 750-751 Bekker, quoting Ps. 33 (34), 16-17; transl. Nicolotti (2014, p. 97); Flusin (2011, p. 269).

¹⁶ Constantine VII, *Public Speeches [Dem.] I*, Taragna ed (2016, pp. 240-242) (translation by the author).

¹⁷ *De Cerimoniis* ed. Flusin (2020, I p. 2); *Treatise C*, ed. Haldon (1990, p. 94); also *ibid.* II. 203-204; see Zuckerman *Campaign blueprints*; *DAI* ed. Moravcsik (1967, p. 44); *Narratio de Imagine Edessena* ed. von Dobschütz, p. 39**.

Kiev as well (Poppe, 1976; Zuckerman, 2000). Unsurprisingly, the *EC corpus* pays special attention to the history of Eastern Europe, both in Antiquity and in Late Antiquity.

In other words, the *EC* project is far from bookish: it consists of correcting Byzantine high education in history, which is in turn related to the improvement and expansion of the Roman empire and the Constantinopolitan Church (Odorico, 2017b; Nemeth, 2018, Carolla, 2019).

The same is valid for a foreign policy *vademecum*, the so-called *De Administrando Imperio (DAI)*, which Constantine VII leaves to his son: it is a collection of materials that teaches how to distinguish peoples to approach from those to fight (*DAI* Proem, ed. Moravcsik, 1967, p. 46, ll. 24-27). Even here, the good part is expressed with the verb *oikeiōmai*, «to conciliate» (*DAI* Proem, Jenkins' transl., p. 47), with the same linguistic and semantic background as *oikeiōsis*: familiarity is allowed with those peoples whom God wants, and the Christian emperor is called upon to discern them carefully.

6. Conclusion

Even though most sources deal with manuscripts of literary and documentary works, Constantine VII's projects goes far beyond books. Precisely because his concerns are for education and codices, they are linked to his political priorities and, as such, they show his institutional and social agenda: first of all, cleansing the empire of the ugliness of his father-in-law Romanos I's regime; secondly, recovering from oblivion the glories of the Roman empire; thirdly, transmitting a solid and lasting power onto his son in order to continue the Macedonian dynasty. From his grandfather Basil I, through his father Leo VI, until his son Romanos II: this is the Roman line according to Constantine and his *entourage*.

Constantine VII can see the eyes and the ears of Jesus Christ, whereas his brothers-in-law cannot: this means that Romanos I's family is an obstacle on the right path, and that the righteous emperor has overcome the hindrance by the grace of God and for the good of all. At the same time, it means that the imperial task is embodied: it is related to physical perceptions such as the sense of sight, and the emperor embodies not only the demands of order, reconciliation, and justice of the entire empire, but also the redemptive activity of Christ, which can lead to the common good.

This is why Constantine VII stays firm in the traditional understanding of his role, and at the same time he reworks old motifs into new actions (*taxis, oikeiosis*) to improve, restore and consolidate the institutions.

Bibliography

- Ahrweiler, H. (1975). *L'idéologie politique de l'empire byzantin*. Collection SUP, PUF, Paris.
- Allen, G. V. (2022). Early Textual Scholarship on Acts: Observations from the Euthalian Quotation Lists. *Religions*, 13: 435. <https://doi.org/10.3390/rel13050435>
- Alvino, M. C. (2019). *Lo specchio del principe. L'ideologia imperiale a Costantinopoli tra IV e VI secolo d.C.* Satura.
- Antonopoulou, T. (2018). Imperial Hymnography: The Canons Attributed to the Emperor Constantine VII Porphyrogenitus. With the critical edition of the First Canon on St. John Chrysostom. In A. Rhoby, & N. Zagklas (Eds.), *Middle and Late Byzantine Poetry: Texts and Contexts* (211-244). Turnhout.

- Antonopoulou, T. (2019). Imperial Hymnography: The Second Canon on St. John Chrysostom by Emperor Constantine VII Porphyrogenitus. In M. Stavrou, A. Binggeli & V. Déroche (Eds.), *Mélanges Bernard Flusin* (11-40). Travaux et Mémoires, 23.1 CRHCBYz Paris.
- Büttner-Wobst, T. (1906). Die Anlage der historischen Encyklopädie des Konstantinos Porphyrogennetos. *Byzantinische Zeitschrift*, 15, 88–120.
- de Boor, C. (1912). Suidas und die Konstantinische Excerptsammlung 1-2. *Byzantinische Zeitschrift*, 21, 381–424.
- de Boor, C. (1914/19). Suidas und die Konstantinische Excerptsammlung. *Byzantinische Zeitschrift*, 23, 1–127.
- Carolla, P. (2019). La Siria e Costantinopoli nei cosiddetti Excerpta Constantiniana de legationibus Romanorum. In S. Ronchey, Fr. Monticini (Ed.), *Bisanzio nello spazio e nel tempo. Costantinopoli, la Siria*. Atti della XIV giornata di studi dell'Associazione Italiana Studi Bizantini (219-236). Pontificio Istituto Orientale.
- Carolla, P. (2021). L'immagine di Edessa nella *Narratio* attribuita a Costantino VII Porfirogenito. In *Il teatro dell'oratoria. Parole, immagini, scenari e drammaturgia nell'oratoria antica, tardoantica e medievale*. *Maia*, 73.3, 616-631.
- Carolla, P. (2022). Layers Of Authorship in the Tenth Century: Constantine VII Porphyrogennetos and His Excerptor(es). *Estudios bizantinos. Revista de la Sociedad Espanola de Bizantinistica*, 10, 39-63.
- Catanzaro, A. (2024). «E questo è il cerchio nel quale girando tutte le repubbliche si sono governate e si governano». Per una lettura della degenerazione del potere politico. In P. Carolla, M. Enrico, & A. Fontana. (Eds.). *Degenerating Powers. Il potere che (si) corrompe* (15-17). Genova University Press.
- Cresci, L.R., & Gazzano, F. (eds.). (2018). *De imperiis. L'idea di impero universale e la successione degli imperi nell'antichità*. L'Erma di Bretschneider.
- Moravcsik-Jenkins (eds.). (1967). Constantine Porphyrogenitus. *De Administrando Imperio*. Greek text edited by Gy. Moravcsik, translation to spanish by R.J.H. Jenkins.
- De Ceremoniis. (2020). *Constantin vii Porphyrogénète. Le livre des cérémonies*, sous la direction de Dagrón, G. (+) et Flusin, B. (éds), avec la collaboration de Feissel, D. et Stavrou, M. (éds.), i-v. ACHCBYz Paris.
- Featherstone, M.J. (2002). Preliminary remarks on the Leipzig manuscript of *de ceremoniis*. *Byzantinische Zeitschrift*, 95, 457-480.
- Featherstone, M.J., Grusková, J., y Kresten, O. (2005). Studien zu den Palimpsestfragmenten des sogenannten "Zeremonienbuches": 1. Prolegomena. *Byzantinische Zeitschrift*, 98, 423-430.
- Flusin, B. (2011). L'image d'Edesse, Romain et Constantin. En A. Monaci Castagno. (Ed.). *Sacre impronte e oggetti «non fatti da mano d'uomo» nelle religioni*. Atti del Convegno Internazionale di Torino (253-277). Edizioni dell'Orso.
- Flusin, B. (2020). *Introduction*. En *De Ceremoniis*. 2020, I, 3*-192*.
- Gaul, N., Menze V., & Bálint, Cs. (Eds.) (2018). *Center, Province and Periphery in the Age of Constantine VII Porphyrogennetos. From De Ceremoniis to De Administrando Imperio*. Mainzer Veröffentlichungen zur Byzantinistik 15.
- Haldon, J.F. (Ed.). (1990). *Constantine Porphyrogenitus. Three Treatises on Imperial Military expeditions*. Corpus Fontium Historiae Byzantinae Series Vindobonensis.
- Kaldellis, A. (2015). *The Byzantine Republic. People and Power in New Rome*. Harvard University Press.
- Kaldellis, A. (2019). *Romanland: ethnicity and empire in Byzantium*. Harvard University Press.
- Kazhdan, A. (Ed.). (1991). Theophanes Continuatus (Thc). In *Oxford Dictionary of Byzantium (2061-2062)*. Oxford University Press.
- Kazhdan, A. (E.). (1991). *Oxford Dictionary of Byzantium (Vol. I-III)*. Oxford University Press

- Kresten, O. (2000). Sprachliche und inhaltliche Beobachtungen zu Kapitel I 96 des "Zeremonienbuches". *Byzantinische Zeitschrift*, 93, 474-489.
- Konstantinos VII.: Κωνσταντῖνος, (s.f.). En *Prosopographie der mittelbyzantinischen Zeit Online* (PmbZ 23734). <https://www.degruyter.com/database/PMBZ/entry/PMBZ23734/html>
- Lemerle, P. (1971). *Le premier humanisme byzantin. Notes et remarques sur enseignement et culture à Byzance des origines au X^e siècle*. Bibliothèque byzantine. Études 6.
- Magdalino, P. (2013). Knowledge in Authority and Authorised History: the Imperial Intellectual Programme of Leo VI and Constantine VII. In P. Armstrong. (Ed.), *Authority in Byzantium* (187-209). Routledge.
- Manafis, P. (2020). *(Re)writing History in Byzantium. A Critical Study of Collections of Historical Excerpts*. Routledge.
- McGeer, E. (2000). *The Land Legislation of the Macedonian Emperors*. Brepols.
- McVay, J.K. (2000). The Human Body as Social and Political Metaphor in Stoic Literature and Early Christian Writers. *The Bulletin of the American Society of Papyrologists*, 37.1-4, 135-147.
- Narratio de Imagine Edessena* ed. von Dobschütz (1899-1900) = von Dobschütz, E. (Ed.). (1899-1900). *Christusbilder. Untersuchungen zur christlichen Legende*. Beilage II: Zum Christusbilde von Edessa. Leipzig Hinrichs'sche Buchhandlung, 39**-85**; 110**-114**.
- Németh, A. (2010). *Imperial Systematization of the Past. Emperor Constantine VII and His Historical Excerpts*. Doctoral Thesis, Central European University. <http://www.etd.ceu.hu/2010/mphnea01.pdf>
- Németh, A. (2018). *The Excerpta Constantiniana and the Byzantine Appropriation of the Past*. Cambridge University Press.
- Nicolotti, A. (2014). *From the Mandylion of Edessa to the Shroud of Turin. The Metamorphosis and Manipulation of a Legend*. Brill. <https://doi.org/10.1163/9789004278523>
- Odorico, P. (1990). La cultura della ΣΥΛΛΟΓΗ. 1) Il cosiddetto Enciclopedismo Bizantino. 2) Tavole del Sapere di Giovanni Damasceno. *Byzantinische Zeitschrift*, 83, 1-21.
- Odorico, P. (2011). Cadre d'exposition / Cadre de pensée. La culture du recueil. En P. Van Deun, C. Macé. (Eds.), *Encyclopedic Trends in Byzantium? Proceedings of the International Conference held in Leuven, 6–8 May 2009* (89-107). *Orientalia Lovaniensia Analecta*, 212. Peeters.
- Odorico, P. (2017a). Du premier humanisme à l'encyclopédisme: une construction à revoir. In B. Flusin, J. Cheynet. (Eds.), *Autour du Premier humanisme byzantin & des Cinq études sur le Xie siècle, quarante ans après Paul Lemerle* (23-42). *Travaux et Mémoires* 21/2. ACHCByz Paris.
- Odorico, P. (2017b). Les recueils historiographiques à Byzance: un cas de «selection de textes raffinés» (Wenxuan)? En «*Excerpta Constantiniana*», *ByzantinoSlavica*, 75, 203-220.
- Poppe, A. (1976). The Political Background to the Baptism of Rus': Byzantine- Russian Relations between 986– 89. *Dumbarton Oaks Papers* 30, 195– 244.
- Radice, R. (2000). «*Oikeiosis*». *Ricerche sul fondamento del pensiero stoico e sulla sua genesi*. Vita e Pensiero.
- Roberto, U. (2018). L'identità tetrarchica di Milano e l'Italia tardoantica. En R. Passarella. (Ed.). *La chiesa di Milano prima di Ambrogio* (25-53). *Studia Ambrosiana* 11. Biblioteca Ambrosiana, Centro Ambrosiano.
- Roberto, U. (2019). *Periclitans Italia*. Caratteri di aggregazione sociale e culturale nell'Italia al tempo di Ricimero. In G. Gnoli, V. Neri. (Eds.), *Le identità regionali nell'impero tardoantico* (165-222). Milano Editoriale Jouvence.

- Romanos I. Lakapenos: Ῥωμανός, (s.f.). In *Prosopographie der mittelbyzantinischen Zeit Online* (PmbZ 28987). <https://www.degruyter.com/database/PMBZ/entry/PMBZ28987/html>
- Schreiner, P. (2018). Clothes Make the Man — Writings the Emperor. Tracing Constantine VII Porphyrogennetos and His Œuvre Through the Centuries. In N. Gaul, V. Menze, & Cs. Bálint (Eds.). *Center, Province and Periphery in the Age of Constantine VII Porphyrogennetos. From De Ceremoniis to De Administrando Imperio* (223-242). Mainzer Veröffentlichungen zur Byzantinistik 15. Harrassowitz.
- Ševčenko, I. (1992). Re-reading Constantine Porphyrogenitus. In J. Shepard, S. Franklin. (Eds.), *Byzantine Diplomacy. Papers from the twenty-fourth Spring Symposium of Byzantine Studies* (167–195). Aldershot.
- Signes Codoñer, J. (1989). Algunas consideraciones sobre la autoría del Theophanes Continuatus. *Erytheia* 10, 17–28.
- Signes Codoñer, J. (1995). *El periodo del segundo iconoclasmo en Theophanes Continuatus*. Hakkert.
- Signes Codoñer, J. (2017). The Author of Theophanes Continuatus I–IV and the Historical Excerpts of Constantine VII Porphyrogenitus. In L. Horváth – E. Juhász. (Eds.), *Investigatio Fontium II. Griechische und lateinische Quellen mit Erläuterungen* (17-42). Budapest.
- Sode, C. (2009). Die Krönung des Kaisers Justin I. In Zeremonienbuch Konstantins VII. Porphyrogennetos. *Mediterraneo antico*, 12, 429–446.
- Sode, C. (2013). Der Kaiser auf dem Weg in die Stadt. Zu Kapitel I 91 des Zeremonienbuchs. *Mediterraneo antico*, 16, 795–824.
- Stewart, M., Parnell, D., & Whately, C. (Eds.). (2022). *The Routledge Handbook on Identity in Byzantium*, Routledge.
- Stouraitis, Y. (Ed.). (2022). *Identities and Ideologies in the Medieval East Roman World*. Edinburgh University Press.
- Stouraitis, I. (2014). Roman identity in Byzantium: a critical approach. *Byzantinische Zeitschrift*, 107.1, 175-220 <https://doi.org/10.1515/bz-2014-0009>
- Svoronos, N. (Ed.). (1994). *Les Nouvelles des empereurs macédoniens concernant la terre et les stratiotes*, ed., Athens Centre de Recherches Byzantines, Fondation Culturelle de la Banque Nationale (FNRS).
- Taragna, A.M. (Ed.). (2016). Le demegorie protrettiche di Costantino VII Porfirogenito. Nuova edizione e traduzione. *Medioevo Greco* 16, 213-253.
- Theophanes Continuatus. (2015). Editado por J. Signes-Codoner & M. Featherstone. Libros I-IV; forthcoming ed. of book VI.
- Toynbee, A. J. (1973). *Constantine Porphyrogenitus and his world*. Oxford University Press.
- Treadgold, W. (2013). *The Middle Byzantine Historians*. London.
- Wahlgren, St. (Ed. Transl.). (2019). *The Chronicle of the Logothete. Symeon Magistros and Logothetes*, Liverpool.
- Zuckerman, C. (2000). Campaign blueprints of an emperor who never campaigned in person: Constantine VII's treatises on imperial expeditions and *De cer.* II, 45 (with special regard to the theme of Charpezikion). In *Constantinople réelle et imaginaire, autour de l'oeuvre de Gilbert Dagron*. Travaux et Mémoires. Collège de France, Centre de Recherche d'Histoire et Civilisation de Byzance 22.1, 341-382.

Recuperando un imperio desfigurado. El mantenimiento institucional en el Bizancio del siglo X*

Recovering a disfigured Empire. Institutional maintenance in Tenth-century Byzantium

Pia Carolla**

Università di Genova

ORCID ID 0000-0001-6012-4855

pia.carolla@unige.it

Cita recomendada:

Carolla, P. (2024). Recuperando un imperio desfigurado. El mantenimiento institucional en el Bizancio del siglo X. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 216-228.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8510>

Recibido / received: 01/03/2024
Aceptado / accepted: 10/03/2024

Resumen

Constantino VII Porfirogénito (945-959 d.C.) pone en práctica un peculiar mantenimiento institucional basado en la recopilación de libros y materiales del pasado. Un análisis más detallado de las fuentes desvela significados más profundos y muestra que las metáforas recurrentes del cuerpo y la familia conforman su proyecto, aclarando la agenda institucional y social que sustentaba su mantenimiento personificado.

Palabras clave

Bizancio, recopilación de libros, imperio bizantino, Constantino VII Porfirogénito, *Excerpta Constantiniana*, *De Cerimoniis*, *oikeiōsis*, metáfora del cuerpo, personificación, legitimidad imperial.

Abstract

Constantine VII Porphyrogenetos (945-959 AD) implements a peculiar institutional maintenance, based on the collection of books and materials from the past. A closer scrutiny

*Traductoras: Delia Budeanu y Lizeth Carolina Pérez Salamanca. Revisión de la traducción: Nuria Sánchez Madrid y David Hernández de la Fuente.

**La autora desea agradecer a David Hernández de la Fuente y Nuria Sánchez Madrid por la invitación a la conferencia que originó este trabajo. Pia Carolla es profesora de Estudios Bizantinos en el Departamento DIRAAS de la Universidad de Génova, Italia.

https://diraas.unige.it/pia_carolla%40unige.it



of the sources shows some deeper meanings and reveals that the recurring metaphors of the body and the family shape his grand project, shedding light onto the institutional and social agenda which underpinned his embodied maintenance.

Keywords

Byzantium, Constantine VII Porphyrogennetos, collection of books, metaphors of the empire as a body, oikeiōsis, Excerpta Constantiniana, De Cerimoniis, embodiment, imperial legitimacy.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. ¿Un mantenimiento centrado en libros? 3. Ceremonial de la Corte: *De Cerimoniis* (de Cer.). 4. Historiografía romana: *Excerpta Constantiniana* (EC). 5. Mantenimiento encarnado. 6. Conclusiones.

1. Introducción

Si bien cada institución requiere cierto mantenimiento –aunque sea de formas diferentes– según su antigüedad (Catanzaro, 2024), en la etapa intermedia del Imperio Bizantino, es decir, desde comienzos del siglo VI al siglo XIII, puede resultar un caso de estudio interesante acerca de cómo se produce la recuperación de un imperio en degeneración, que se presenta metafóricamente como un cuerpo desfigurado.

En primer lugar, es necesario tener en cuenta que los bizantinos, como se les denomina desde el siglo IV al XV, son plenamente conscientes de su romanidad: son los continuadores –no solo los herederos– del Imperio Romano y, como tales, se esfuerzan por cumplir con su tarea. En otras palabras, consideran el mantenimiento de la institución imperial como una prioridad y tal percepción permanece estable en este punto a pesar de los cambios significativos que se producen a lo largo de los siglos en diversos aspectos (Ševčenko, 1992, p. 180; Cresci-Gazzano ed., 2018; Stouraitis, 2014; Kaldellis 2019; Stouraitis, 2022).

Además, el mundo bizantino no es monolítico: existe una pluralidad de identidades políticas, religiosas y étnicas a veces ferozmente opuestas entre sí, otras veces aliadas, mitigadas e integradas o combinadas (Roberto, 2018, pp. 25-53; Gnoli - Neri ed., 2019; Stewart - Parnell – Whately ed., 2022).

2. ¿Un mantenimiento centrado en la literatura?

Cuando se trata del siglo X, una época de esplendor y expansión, pero también de problemas recurrentes en las fronteras (y no solo), los estudiosos pueden sorprenderse ante la conexión explícita entre el mantenimiento institucional y el vasto programa literario del emperador Constantino VII Porfirogénito (945-959). Dado que algunas de sus producciones literarias están explícitamente vinculadas con la restauración del bien común, vale la pena considerar su relevancia para ambas, las instituciones y la literatura, con el objetivo de comprender algunos de los profundos alcances de su relación.

Una premisa es necesaria: para aquellos que deseaban restaurar las instituciones imperiales, recuperar los textos antiguos parece una prioridad hasta tal punto que (a) muchos conjuntos de textos son encargados por los emperadores y (b) recopilan no solo textos literarios como historias y biografías imperiales, sino también «textos de uso administrativo» (Schreiner, 2018, p. 238), así como tratados agrícolas y veterinarios, textos hagiográficos para la liturgia, protocolos ceremoniales y así

sucesivamente (Gaul - Menze - Bálint, 2018; Németh, 2018; Carolla, 2022, pp. 46-47 con bibliografía esencial).

Las fuentes imperiales muestran que esas colecciones tienen la intención de restaurar el bienestar del propio imperio. La erudición moderna durante los siglos XIX y XX, solía etiquetarlas como antologías, o incluso como enciclopedias, hasta que Paolo Odorico introdujo el término *syllogai* (colecciones) en el foco de atención (Büttner-Wobst, 1906; de Boor, 1912, 1914/19; Lemerle, 1971, pp. 267-300; Odorico, 1990, 2011, 2017a, 2017b; Németh, 2010, 2018; Manafis, 2020). Aunque la práctica de conformar *syllogai* es muy común a lo largo del milenio bizantino, puede sorprender el hecho de que varias colecciones giren en torno al nombre de Constantino VII Porfirogénita, cuyo reinado efectivo abarca menos de quince años (*PmbZ* 23734; Toynbee, 1973; Ševčenko, 1992; Magdalino, 2013; Antonopoulou, 2018, 2019; etc.).

Nacido en la púrpura –como indica su sobrenombre, *Porfirogénito*, de un emperador en ejercicio– en el año 905, fue proclamado co-emperador con su padre León VI a la edad de tres años; se quedó huérfano a los siete y fue *de facto* destituido del poder por su suegro Romano I Lecapeno (*PmbZ* 28987) cuando apenas tenía quince años. Por lo tanto, se beneficia de una prolongada vida privada que, según las fuentes, le permite cuidar de sus amados libros e iconos: se dice también que se inclinaba, noche y día, sobre libros de historia para aprenderlo todo¹.

Estas narraciones lo representan como un humilde y fiel siervo de Dios, que se gana la vida como San Pablo (2 Tesalonicenses 3, 10); y dejan ver que se estaba sacrificando voluntariamente para adquirir sabiduría. Cuando se deshace de sus rivales en el poder y se convierte en el único emperador (945), considera este evento como un milagro y siente su trono como una tarea otorgada por Dios. Esta percepción era habitual, por supuesto, para los emperadores romanos incluso antes de que Constantino I el Grande trasladara la capital a Bizancio e inaugurara su «segunda Roma», Constantinopla. Además, la doctrina del emperador como el imitador de Dios *par excellence* tiene orígenes helenísticos (paganos) y los escritores cristianos la desarrollan, comenzando en el siglo IV con Eusebio de Cesarea (Ahrweiler 1975; Alvino 2019, pp.29-65; pp.166-168). Sin embargo, la (auto)representación de Constantino VII es de enorme relevancia para la presente contribución.

Para centrarnos en el mantenimiento institucional, es importante mencionar un par de colecciones entre las de Constantino VII: (i) la del ceremonial de la corte –la llamada *de Cerimoniis*– y (ii) la colección de extractos históricos –la llamada *Excerpta Constantiniana*– (Ševčenko, 1992, pp.168 y 182-186; Magdalino, 2013, pp. 194-200, Odorico, 2017a, 2017b; Németh, 2018; Carolla, 2022, etc.).

3. Ceremonial de la Corte: *De Cerimoniis* (*de Cer.*)

Para acercarse al *De Cerimoniis*, es decir, a la colección sobre el ceremonial de la corte, el libro de referencia es la edición crítica de 2020 con traducción francesa y amplios comentarios de Dagron, Flusin, Feissel y otros (*De Cerimoniis*, 2020²). Bajo el nombre de Constantino VII, el Proemio representa al Estado como un cuerpo con miembros desproporcionados y en extrema necesidad de curación. La metáfora del cuerpo político, y en particular la del imperio como un cuerpo enfermo, forma parte de

¹ Liutprando de Cremona (Antapodosis III 37, p. 216) «Se ganaba la vida con el trabajo de sus manos: era muy bueno pintando»; V 21-22, p. 345 estaba «inclinado sobre sus libros durante las conspiraciones de sus cuñados» véase también Evaristos, Synaxarion CP, col. 14; Flusin (2020, p. 28*).

²Véase también Kresten (2000); Featherstone (2002); Featherstone (2005); Sode (2009, 2013).

la tradición literaria³, y la especificidad del cuerpo desfigurado es fácil de entender: Constantino VII critica a su suegro Romano I, a sus hijos y a su organización política (Ševčenko, 1992, p. 176; Flusin, 2020, pp. 18*-25*). Lo curioso es el tipo de curación que se propone y es merecedora de cierta atención.

¿Cómo recuperar el orden (*taxis*) que, en opinión de Constantino, faltaba bajo Romano I? Además de cuidar con esmero al ejército, como se hace con la cabeza en relación con el cuerpo (*Novella* 5⁴; Kaldellis 2015, p. 195; p. 252 n. 137), se atribuye al emperador la iniciativa de recopilar fuentes de la Antigüedad tardía. Desde su perspectiva, el imperio no puede tener éxito sin un orden ceremonial adecuado (*taxis*), éste es un requisito crucial porque es el que restablece la armonía y la proporción de todo el cuerpo vivo.

Este es el tema central del *Proemio de de Cerimoniis*:

De Cer. Prooem. 1 (Flusin, p. 3)⁵

A otros, tal vez menos preocupados por las cosas necesarias, esta empresa [es decir, la de recoger el ceremonial de la corte] les habría parecido superflua, pero para nosotros es muy querida, muy digna de nuestra solicitud y más apropiada (*oikeiotes*⁶) que ninguna otra, ya que es utilizando el encomiable orden ceremonial (*taxis*) como el poder imperial se hace ver con más armonía y propiedad, lo que lo hace admirable a los ojos de las naciones extranjeras, así como a los nuestros.

El mantenimiento institucional es una necesidad después de largo tiempo de degeneración, como dice el mismo Proemio:

Muchas cosas llegan a su fin después de mucho tiempo, porque se cumplen en él y se consumen en él, y entre ellas está el bien grande y precioso (τὸ μέγα χρῆμα καὶ τίμιον), a saber, el despliegue y la presentación del ceremonial imperial, que estaba descuidado y, por decirlo así, necrosado, de modo que era inevitable ver el imperio desprovisto de belleza y desfigurado.

El autor utiliza la metáfora del cuerpo defectuoso, tanto en el sentido de la desproporción en las extremidades –un defecto que puede describirse como un trastorno (*ataxia*, es decir, *no-taxis*)– como en el sentido de la lenta descomposición de un cadáver en el que algunas partes van quedando consumidas.

En este contexto, el ceremonial de la corte, precisamente porque es esencialmente orden (*taxis*), se representa como la savia de la belleza, en ausencia de la cual el imperio se desintegra y se acelera su necrosis⁷. Vale la pena insistir en este punto: por peculiar que pueda ser la perspectiva imperial, hay que reconocer que Constantino VII muestra una cierta preocupación por el mantenimiento institucional, en la que el ceremonial semeja un antídoto contra la degeneración política.

Carece de sentido tener un emperador, por tanto, si no se somete al ceremonial de sus predecesores. Por ello, la empresa de recopilación que se plantea es «más apropiada que ninguna otra».

La palabra griega para «más apropiada» aquí es *oikeiotes* (del adjetivo *oikeios* = de la casa), lo que significa «más relevante para el propietario», así como

³ Modelos literarios clásicos y paleocristianos: McVay (2000); véase también, por ejemplo, Aristóteles, *Política* 1253a 20-28; Synesius, *de regno* 19 (s. V d.C.), etc.

⁴ *Novelles* ed. Svoronos (1994, p. 118); transl. McGeer (2000, p. 71).

⁵ Traducción de la autora.

⁶ Lit. "más familiar"; en griego *οικειότερον*.

⁷ Una comparación similar también en el *Proem* al libro II (Flusin, 2020, p. 3* n. 5).

«más afín»: una noción relacionada con la propiedad y, en última instancia, conectada con la casa/hogar/familia (*oikos*). Esto resulta, de alguna manera, algo irónico: Romano I es el suegro de Constantino; son familia, pero su influencia en el imperio no es la adecuada en el sentido de conveniente ni, incluso, en el de aceptable.

Sin duda, el lector avezado comprenderá el significado político que se deja leer entre líneas en pleno siglo X, como, por otra parte, aparece siempre a lo largo de todo el milenio bizantino. Después de todo, un juicio severo sobre el predecesor también se puede encontrar en el libro VI de la colección de escritos históricos conocida como *Theophanes Continuatus* (siglo XI), que narra que Constantino VII encuentra al imperio decaído y sumido «en la indignidad y el abandono»⁸. No hace falta decir que el *Theophanes Continuatus* (ThC) gira en torno a la propaganda constantiniana⁹.

4. Historiografía romana: *Excerpta Constantiniana* (EC)

Es útil contrastar ahora la otra colección mencionada anteriormente –los *Excerpta Constantiniana* (EC)– no solo en relación con las nociones de familia y *oikeios*, sino también en lo que al mantenimiento institucional se refiere.

La colección está diseñada como una extensa serie de 53 secciones incluyendo, en general, numerosos autores de la historiografía romana en griego, desde Heródoto (siglo V a.C.) hasta Jorge el Monje (siglo IX).

Cada sección se basa en diferentes autores y obras, selecciona pasajes y los organiza por temas. Aunque la mayor parte de la serie se ha perdido, han sobrevivido amplias partes de cinco secciones temáticas¹⁰:

- Embajadores de los Romanos (*Excerpta de Legationibus Romanorum* = ELR)
- Embajadores de los Extranjeros (*de Legationibus Gentium* = ELG)
- Ataques a los Emperadores (*de Insidiis* = EI)
- Virtudes y Vicios (*de Virtutibus et Vitiis* = EVV)
- Palabras de Sabiduría (*de Sententiis* = ES)

El Proemio es el mismo para cada sección, mientras que el índice de los contenidos es diferente. Aunque tanto el Proemio como el índice aportan realmente una información escasa al respecto, los manuscritos indican que el emperador deseaba que, al final del Proemio de cada sección temática, se añadiera una lista de los autores y obras extractados (Carolla, 2022, p. 49).

El Proemio nombra a Constantino VII como el que comisiona la colección y explica sus razones y propósitos. En primer lugar, la historiografía ha caído en el olvido. Por lo tanto, el proyecto de EC de Constantino consiste en (a) recopilar libros históricos, (b) dividirlos en pasajes cortos y (c) reorganizar los textos en secciones temáticas. La visión de EC consiste en incluir «toda la magnificencia de la historia»¹¹.

⁸ ThC VI 14, p. 445 Bekker εἰς ἀχρειότητα καὶ ἀμέλειαν (*eis achreióthta kai améleian*).

⁹ ThC I-IV: Signes-Codoñer – Featherstone (2015); Wahlgren (2019), *passim*; Signes Codoñer (1989, 1995, 2017); Treadgold (2013, pp. 176-180). De próxima aparición son (a) la edición crítica de ThC VI de M. Featherstone y J. Signes Codoñer, así como (b) la edición de St. Wahlgren de la crónica del Pseudo-Symeon.

¹⁰ El número cinco es debatido. En contra: Lemerle (1971, p. 281); Odorico (2017). A favor: Németh (2018, p.194); Flusin (2020, p. 30*); Carolla (2022, pp. 50-51); Porro (2023, p. 27).

¹¹ ἅπαντα ἱστορικὴ μεγαλοῦργία [*hápassa historiké megalourgía*], p. 1 ed. de Boor.

Antes del índice, al final del Proemio, el texto indica que la colección no es una sinopsis —es decir, un epítome o una abreviatura— de las obras principales, sino una *oikeiōsis* (οἰκειώσις), entendida generalmente como «familiarización», de ellas.

A la luz de las preocupaciones actuales, es importante comprender el término *oikeiōsis*: por una parte, porque representa una definición de este trabajo y, por otra, para nuestro propósito, porque se presenta como una salida ante la degeneración en lo que respecta a la historiografía, la educación y, en última instancia, al imperio.

El texto del Proemio y su palabra clave *oikeiōsis* han merecido una reciente monografía de András Németh, que es relevante en muchos aspectos. Él interpreta *oikeiōsis* como «apropiación» y lo vincula con la teoría y la práctica de atribuir los extractos textuales individuales (*excerpta*) a un tema diferente. Dado que la colección *EC* toma los extractos de, por ejemplo, los textos principales de Polibio u otros autores, dividiéndolos por temas en diferentes secciones, se podría decir que el *EC* «se los apropia». Más específicamente: una sección temática se apropia de los pasajes adecuados, convirtiéndolos en algo nuevo (Németh 2018, *passim*).

Por supuesto, esto siempre y en todas partes ocurre con las antologías: un texto se extrae de su contexto principal, se inserta en una nueva colección y se le lleva a transmitir un nuevo mensaje. Una colección tan extensa como *EC*, centrada en la historiografía romana en griego, está destinada a transmitir mensajes sobre el imperio y las instituciones imperiales, sus problemas y soluciones están en primer plano. Por esa razón, visto de otro modo, el mantenimiento institucional es central aunque se encuentre disimulado.

Pero hay más sobre *oikeiōsis* a la luz del gran proyecto de Constantino VII, ya que no es solo una empresa cultural, sino también política e institucional, así como educativa. Por lo tanto, esta *oikeiōsis* necesita seguir siendo investigada.

El final del Proemio se lee de lo siguiente:

Y no hay nada en el contenido que escape a la presente enumeración de temas; absolutamente de nada se priva la secuencia narrativa por la distinción de conceptos. De hecho, la preserva unida en un solo cuerpo y adapta a cada tema la presente no-sinopsis, sino más bien *oikeiōsis* (Carolla 2022, p. 54¹²).

En otras palabras, el último mensaje del Proemio establece que toda la colección de *EC* no es una síntesis o abreviatura (*synopsis*), sino que consiste en una *oikeiōsis* que guarda la totalidad de los textos principales incluso después de extraerlos, es decir, fragmentarlos.

La metáfora, una vez más, es la del cuerpo: la colección «preserva el conjunto [la secuencia narrativa, es decir, el texto principal] en un solo cuerpo (*syssōmon*)». El lector comprende el mensaje, a saber, que estos extractos no son miembros desmembrados ni se toman con fines ornamentales; en cambio, ahora prosperan en un solo cuerpo vivo. La última palabra clave —el adjetivo *syssōmos*, cuya etimología es *syn+sōma*, es decir, «junto en un solo cuerpo»— se toma en última instancia del *Nuevo Testamento*, y precisamente de la *Carta a los Efesios* 3.6, donde «los gentiles se han vuelto coherederos, miembros del mismo cuerpo (*syssōma*), y partícipes de la

¹² *ELR Prooemium*, p. 2, pp.8-12 de Boog κούκ ἔστιν οὐδὲν τῶν ἐγκειμένων, ὃ διαφεύξεται τὴν τοιαύτην τῶν ὑποθέσεων ἀπαρίθμησιν, οὐδὲν τὸ παράπαν ἀφαιρουμένης τῆς τοῦ λόγου ἀκολουθίας τῇ διαιρέσει τῶν ἐννοιῶν, ἀλλὰ σύσσωμον σωζούσης, καὶ ἐκάστη ὑποθέσει προσαρμοζομένης τῆς τηλικαύτης οὐ συνόμεως, ἀληθέστερον δ'εἶπεῖν οἰκειώσεως. Traducción de la autora.

promesa en Cristo Jesús por medio del evangelio¹³»: comparten la misma promesa de salvación que los judíos.

Esta cita bíblica no puede ser desestimada como obvia: el final de un Proemio es un pasaje clave para el género de la historiografía, tanto clásica como bizantina; el léxico se elige cuidadosamente y de esta epístola del *Nuevo Testamento* solo se selecciona una palabra clave.

Por lo tanto, el autor insiste en la misma metáfora del cuerpo que está presente en *De Cerimoniis*. Uno podría preguntarse si aquí la savia vital, en lugar del ceremonial/orden (*taxis*), es la *oikeiōsis* y cuál es su significado completo. Mientras que el ceremonial representa tanto la recuperación como la vida de todo el cuerpo político, ¿se puede pensar que este recurso a la *oikeiōsis* también está conectado con el mantenimiento institucional?

Siguiendo el contenido del Proemio de *EC*, el lector capta al punto que el emperador desea una colección de textos históricos, que ordena que se organicen temáticamente y que se preocupa incluso por el orden de los pasajes seleccionados: el emperador debe ser reconocido en todas partes entre líneas. Al final, hay algo específicamente relacionado con la familiarización (*oikeiōsis*).

El término griego *oikeiōsis* tiene un amplio rango de significados tanto durante la Antigüedad clásica como durante el medievo bizantino, desde «apropiación» hasta «inclinación», incluyendo «amistad», «familiaridad con» entre otros (Radice, 2000; LSJ 1202, Lampe 938-9 sv οικείωσις). En contextos cristianos, indica la relación con (o dentro de) la Divina Trinidad, la comunión –de los seres humanos con Dios–, la reconciliación, la asociación y la encarnación –es decir, la apropiación de la carne humana por el Logos–, etc.

Resulta ciertamente sorprendente encontrar el término en un resumen de la misma *Carta a los Efesios* de la Antigüedad tardía: es la lista de *Capítulos (kephalaia)* transmitida bajo el nombre de un diácono llamado Eutalio, es decir, el *Euthalian Apparatus* (Allen, 2022), cuyo mismo capítulo 3 lleva el siguiente título: «La *oikeiōsis* de los gentiles y los judíos en Dios a través de Cristo para la esperanza por gracia¹⁴». El contexto de *Efesios* 3 lleva a tomar *oikeiōsis* aquí como «familiarización», en el sentido activo de –Jesucristo restaurando– «familiaridad» tanto de los gentiles como de los judíos con Dios, por lo tanto, el término se puede entender en el sentido de «reconciliación», un hallazgo útil que nos remite al Proemio de *EC*.

Sin importar cuán diversos puedan resultar los textos extraídos sobre la historia romana, el emperador quiere que estén unidos en un solo cuerpo (*syssōmos*), un cuerpo que, en referencia a los libros –con matices editoriales, literarios y librescos–, es la obra *EC*: en fin, una «reconciliación» práctica (*oikeiōsis*) de las historiografías clásicas/paganas, judías y cristianas.

Por otro lado, en términos institucionales, el cuerpo es, al mismo tiempo, el imperio y la Iglesia; además, como todo cuerpo vivo necesita una cabeza. Recuerda al lector el texto de *Efesios* 4.15-16: «Debemos crecer en todos los sentidos en aquel que es la cabeza, en Cristo, de quien todo el cuerpo, unido y bien ajustado por cada ligamento con que está equipado, según la función propia de cada parte, promueve

¹³ *Eph.* 3.6 NRSVUE. En griego: εἶναι τὰ ἔθνη συγκληρονόμα καὶ σύσσωμα καὶ συμμετοχα τῆς ἐπαγγελίας
¹⁴ Περὶ τῆς τῶν ἔθνων καὶ Ἰουδαίων οικειώσεως πρὸς Θεὸν διὰ Χριστοῦ ἐπ' ἐλπίδι κατὰ χάριν.

el crecimiento del cuerpo para su edificación en amor» (NRSVUE; véase también *Col.* 1.18-20, etc.).

Recuperar la historia del olvido y, por lo tanto, restaurar el imperio en lo que respecta tanto a la educación como a la política, no es un proyecto baladí según los propósitos de Constantino VII: está participando en la redención del imperio y de la iglesia al imitar a Jesucristo, la cabeza del cuerpo místico paulino.

Constantino VII no es una excepción en este aspecto: conoce la tradición imperial, por lo que ejerce el poder en nombre de Dios y, de hecho, es emperador *en Dios* (*en Theō*). Además, una estrecha imitación de Cristo moldea la propaganda oficial a su alrededor. En primer lugar, su larga «vida privada», imita los 30 años de Jesús antes de su vida pública: aunque Constantino es el heredero legítimo de la sucesión de León VI, permanece en las sombras desde los siete años hasta los treinta y nueve. En segundo lugar, se perfila como un personaje tranquilo, obediente y pacífico a lo largo de estas décadas, recordando a *Isaías* 53, los Evangelios de la Pasión y las Cartas de San Pablo. En tercer lugar, atribuye a Jesucristo el mérito de su ascenso al trono, debido a la llegada a Constantinopla, en el año 944, de la sagrada Imagen de Edesa, es decir, el Santo Rostro de Jesús *acheiropoietos*, no hecho ni pintado por manos humanas. (Flusin, 2011, 2020; Nicolotti, 2014; Carolla, 2021).

5. Mantenimiento encarnado

Significativamente, un famoso episodio relacionado con la víspera de la procesión con la Imagen narra que tres coemperadores visitan la reliquia: los dos hijos de Romano I Lecapeno, que no pueden discernir en el paño sagrado nada más que un rostro, y Constantino VII, quien ve los ojos y oídos de Jesús. Inmediatamente, el monje Sergio comenta: «No yo, sino David el profeta dice: “*Los ojos del Señor están sobre los justos y sus oídos están atentos a su petición. Pero el rostro del Señor está contra los malhechores, para destruir su recuerdo en la tierra*”»¹⁵. Menos de seis meses después, los dos «malhechores» son depuestos y desterrados, mientras que Constantino VII finalmente asciende al trono que siempre ha merecido.

En otras palabras, Jesucristo ha venido con Su sagrada imagen, ha barrido a los malvados y ha puesto a Constantino en el trono. Por lo tanto, el emperador será capaz de restaurar una vida hermosa y ordenada en el imperio, comenzando con el propio palacio, como se ve en el Proemio de *De Cerimoniis* (fechado alrededor de 945-946 según Flusin, 2020, p. 90), y continuando con otras áreas, como la educación de jóvenes eruditos en historia romana (Proemio de *EC*), así como las expediciones militares contra los árabes. Alrededor del año 958, su discurso a los generales en el Oriente dice lo siguiente:

No les doy solo a mi único hijo, sino mi ser completo, en cuerpo y alma, y ligo y uno mi carne con la vuestra y mis huesos con los vuestros, y considero que cada uno de mis miembros es innato y generado junto con vosotros, y mi alma, aunque es una, la divido y distribuyo entre todos vosotros, y en mi parte quiero que mi pueblo reunido por Dios sea animado y vivificado por mí¹⁶.

La propaganda visual y escrita está de acuerdo en estos puntos, hasta el punto en que el mantenimiento institucional está encarnado o personificado por el emperador.

¹⁵ Ps.-Sym. *chron.* 52, 750-751 Bekker, citando Ps. 33 (34), 16-17; transl. Nicolotti (2014, p. 97); Flusin (2011, p. 269).

¹⁶ Constantine VII, *Public Speeches [Dem.] I*, Taragna ed. (2016, pp. 240-242) (traducción de la autora).

Esto se puede percibir en varios sentidos que recoge el término inglés *embodiment*: (a) como «encarnación» o «personificación», porque Constantino se presenta como la expresión concreta de Jesús en la tierra, y también (b) como «incorporación», porque la historia universal se reconcilia para formar un solo cuerpo.

En el primer sentido, por así decir, «activo» (a), es el emperador quien proclama y ordena las mejoras necesarias de las instituciones; en el segundo sentido, «pasivo» (b), Constantino está «incorporado» en el misterio de la Iglesia, donde se llama a los pueblos a ser miembros del todo, un solo cuerpo guiado por Jesús (*Efesios* 3:6 y 4:15).

Por eso algunos títulos oficiales de obras atribuidas a Constantino lo presentan como «emperador de los romanos en Cristo», quien es el «emperador eterno». La última fórmula es un vivo ejemplo de una encarnación en el sentido de «incorporación»: mientras Cristo es el emperador eterno, Constantino es un emperador en la medida en que permanece en Él¹⁷.

Dado que él es el emperador, a su vez, llama a los pueblos a formar el conjunto del Imperio Romano bendecido por Dios; cumple la tarea tanto a través de un *corpus* de textos en el caso de *EC* (*oikeiōsis*), como a través de la evangelización de los nuevos pueblos paganos, como los rusos o los húngaros. Por ello, Constantino VII ejercerá también como padrino de la princesa Olga de Kiev (Poppe, 1976; Zuckerman, 2000). No sorprende que el *corpus* de *EC* preste especial atención a la historia del este de Europa, tanto en la Antigüedad clásica como en la Antigüedad tardía.

En otras palabras, el proyecto *EC* está lejos de ser meramente bibliográfico: consiste en corregir la educación superior bizantina en historia, lo que a su vez está relacionado con la mejora y expansión del Imperio Romano y la Iglesia Constantinopolitana (Odorico, 2017b; Németh, 2018, Carolla, 2019).

Lo mismo es válido para el *vademecum* de política exterior llamado *De Administrando Imperio* (DAI), que Constantino VII deja a su hijo. El DAI es una colección de materiales que enseña cómo distinguir entre los pueblos a los que se debe acercar el Imperio y aquellos a los que se debe enfrentar (DAI Proemio, ed. Moravcsik, 1967, p. 46, ll. 24-27). Incluso aquí, la parte positiva se expresa con el verbo *oikeiōmai*, «conciliar» (DAI Proemio, trad. de Jenkins, p. 47), con el mismo trasfondo lingüístico y semántico que *oikeiōsis*: se permite la familiaridad con aquellos pueblos a quienes Dios desea, y se llama al emperador cristiano a discernirlos cuidadosamente.

6. Conclusiones

Aunque la mayoría de las fuentes tratan sobre manuscritos de obras literarias y documentales, el proyecto de Constantino VII va mucho más allá de los libros. Precisamente porque sus preocupaciones son la educación y los códigos, estos están vinculados a sus prioridades políticas y, como tales, evidencian su agenda institucional y social: en primer lugar, purificar el imperio de la indignidad del régimen de su suegro, Romano I; en segundo lugar, recuperar del olvido las glorias del Imperio Romano; en tercer lugar, transmitir un poder sólido y duradero a su hijo para continuar

¹⁷ *De Cerimoniis* ed. Flusin (2020, I p. 2); *Treatise C*, ed. Haldon (1990, p. 94); también *ibid.* ll. 203-204; ver Zuckerman *Campaign blueprints*; DAI ed. Moravcsik (1967, p. 44); *Narratio de Imagine Edessena* ed. von Dobschütz, p. 39.

la dinastía macedónica. Desde su abuelo Basilio I, pasando por su padre León VI, hasta su hijo Romano II: esta es la línea romana según Constantino y su *entorno*.

Constantino VII puede ver los ojos y los oídos de Jesucristo en la imagen de Edesa, mientras que sus cuñados no pueden: esto significa que la familia de Romano I es un obstáculo en el camino correcto y que el emperador justamente ha superado ya ese impedimento por la gracia de Dios y para el bien de todos. Al mismo tiempo, significa que la tarea imperial está encarnada o personificada: está relacionada con percepciones físicas como el sentido de la vista, y el emperador encarna no solo las demandas de orden, reconciliación y justicia de todo el imperio, sino también la actividad redentora de Cristo, que puede llevar al bien común.

Por eso, Constantino VII se mantiene firme en la comprensión tradicional de su papel como emperador y, al mismo tiempo, reelabora viejos motivos en nuevas acciones (*taxis, oikeiosis*) para mejorar, restaurar y consolidar las instituciones.

Bibliografía

- Ahrweiler, H. (1975). *L'idéologie politique de l'empire byzantin*. Collection SUP, PUF, Paris.
- Allen, G. V. (2022). Early Textual Scholarship on Acts: Observations from the Euthalian Quotation Lists. *Religions*, 13: 435. <https://doi.org/10.3390/rel13050435>
- Alvino, M.C. (2019). *Lo specchio del principe. L'ideologia imperiale a Costantinopoli tra IV e VI secolo d.C.* Satura.
- Antonopoulou, T. (2018). Imperial Hymnography: The Canons Attributed to the Emperor Constantine VII Porphyrogenitus. With the critical edition of the First Canon on St. John Chrysostom. En A. Rhoby, & N. Zagklas (Eds.), *Middle and Late Byzantine Poetry: Texts and Contexts* (211-244). Turnhout.
- Antonopoulou, T. (2019). Imperial Hymnography: The Second Canon on St. John Chrysostom by Emperor Constantine VII Porphyrogenitus. En M. Stavrou, A. Binggeli & V. Déroche (Eds.), *Mélanges Bernard Flusin* (11-40). Travaux et Mémoires, 23.1 CRHCBYz Paris.
- Büttner-Wobst, T. (1906). Die Anlage der historischen Encyklopädie des Konstantinos Porphyrogennetos. *Byzantinische Zeitschrift*, 15, 88–120.
- de Boor, C. (1912). Suidas und die Konstantinische Excerptsammlung 1-2. *Byzantinische Zeitschrift*, 21, 381–424.
- de Boor, C. (1914/19). Suidas und die Konstantinische Excerptsammlung. *Byzantinische Zeitschrift*, 23, 1–127.
- Carolla, P. (2019). La Siria e Costantinopoli nei cosiddetti Excerpta Constantiniana de legationibus Romanorum. En S. Ronchey, Fr. Monticini. (ed.), *Bisanzio nello spazio e nel tempo. Costantinopoli, la Siria*. Atti della XIV giornata di studi dell'Associazione Italiana Studi Bizantini (219-236). Pontificio Istituto Orientale.
- Carolla, P. (2021). L'immagine di Edessa nella *Narratio* attribuita a Costantino VII Porfirogenito. En *Il teatro dell'oratoria. Parole, immagini, scenari e drammaturgia nell'oratoria antica, tardoantica e medievale*. *Maia*, 73.3, 616-631.
- Carolla, P. (2022). Layers Of Authorship in the Tenth Century: Constantine VII Porphyrogennetos and His Excerptor(es). *Estudios bizantinos. Revista de la Sociedad Espanola de Bizantinistica*, 10, 39-63.
- Catanzaro, A. (2024). «E questo è il cerchio nel quale girando tutte le repubbliche si sono governate e si governano». Per una lettura della degenerazione del potere politico. En P. Carolla, M. Enrico, & A. Fontana. (Eds.). *Degenerating Powers. Il potere che (si) corrompe* (15-17). Genova University Press.

- Cresci, L.R., & Gazzano, F. (eds.). (2018). *De imperiis. L'idea di impero universale e la successione degli imperi nell'antichità*. L'Erma di Bretschneider.
- Moravcsik-Jenkins (eds.). (1967). Constantine Porphyrogenitus. *De Administrando Imperio*. Texto griego editado por Gy. Moravcsik, traducción al español por R.J.H. Jenkins.
- De Cerimoniis. (2020). *Constantin vii Porphyrogénète. Le livre des cérémonies*, sous la direction de Dagron, G. (+) et Flusin, B. (éds), avec la collaboration de Feissel, D. et Stavrou, M. (éds.), i-v. ACHCByz Paris.
- Featherstone, M.J. (2002). Preliminary remarks on the Leipzig manuscript of *de cerimoniis*. *Byzantinische Zeitschrift*, 95, 457-480.
- Featherstone, M.J., Grusková, J., y Kresten, O. (2005). Studien zu den Palimpsestfragmenten des sogenannten "Zeremonienbuches": 1. Prolegomena. *Byzantinische Zeitschrift*, 98, 423-430.
- Flusin, B. (2011). L'image d'Edesse, Romain et Constantin. En A. Monaci Castagno. (Ed.). *Sacre impronte e oggetti «non fatti da mano d'uomo» nelle religioni*. Atti del Convegno Internazionale di Torino (253-277). Edizioni dell'Orso.
- Flusin, B. (2020). *Introduction*. En *De Cerimoniis*. 2020, I, 3*-192*.
- Gaul, N., Menze V., & Bálint, Cs. (Eds.) (2018). *Center, Province and Periphery in the Age of Constantine VII Porphyrogennetos. From De Cerimoniis to De Administrando Imperio*. Mainzer Veröffentlichungen zur Byzantinistik 15.
- Haldon, J.F. (Ed.). (1990). *Constantine Porphyrogenitus. Three Treatises on Imperial Military expeditions*. Corpus Fontium Historiae Byzantinae Series Vindobonensis.
- Kaldellis, A. (2015). *The Byzantine Republic. People and Power in New Rome*. Harvard University Press.
- Kaldellis, A. (2019). *Romanland: ethnicity and empire in Byzantium*. Harvard University Press.
- Kazhdan, A. (Ed.). (1991). Theophanes Continuatus (Thc). En *Oxford Dictionary of Byzantium (2061-2062)*. Oxford University Press.
- Kazhdan, A. (E.). (1991). *Oxford Dictionary of Byzantium (Vol. I-III)*. Oxford University Press
- Kresten, O. (2000). Sprachliche und inhaltliche Beobachtungen zu Kapitel I 96 des "Zeremonienbuches". *Byzantinische Zeitschrift*, 93, 474-489.
- Konstantinos VII.: Κωνσταντῖνος, (s.f.). En *Prosopographie der mittelbyzantinischen Zeit Online (PmbZ 23734)*. Recuperado de <https://www.degruyter.com/database/PMBZ/entry/PMBZ23734/html>
- Lemerle, P. (1971). *Le premier humanisme byzantin. Notes et remarques sur enseignement et culture à Byzance des origines au X^e siècle*. Bibliothèque byzantine. Études 6.
- Magdalino, P. (2013). Knowledge in Authority and Authorised History: the Imperial Intellectual Programme of Leo VI and Constantine VII. En P. Armstrong. (Ed.), *Authority in Byzantium (187-209)*. Routledge.
- Manafis, P. (2020). *(Re)writing History in Byzantium. A Critical Study of Collections of Historical Excerpts*. Routledge.
- McGeer, E. (2000). *The Land Legislation of the Macedonian Emperors*. Brepols.
- McVay, J.K. (2000). The Human Body as Social and Political Metaphor in Stoic Literature and Early Christian Writers. *The Bulletin of the American Society of Papyrologists*, 37.1-4, 135-147.
- Narratio de Imagine Edessena* ed. von Dobschütz (1899-1900) = von Dobschütz, E. (Ed.). (1899-1900). *Christusbilder. Untersuchungen zur christlichen Legende*. Beilage II: Zum Christusbilde von Edessa. Leipzig Hinrichs'sche Buchhandlung, 39**-85**; 110**-114**.
- Németh, A. (2010). *Imperial Systematization of the Past. Emperor Constantine VII and His Historical Excerpts*. Doctoral Thesis, Central European University, <<http://www.etd.ceu.hu/2010/mphnea01.pdf> >

- Németh, A. (2018). *The Excerpta Constantiniana and the Byzantine Appropriation of the Past*. Cambridge University Press.
- Nicolotti, A. (2014). *From the Mandyllion of Edessa to the Shroud of Turin. The Metamorphosis and Manipulation of a Legend*. Brill. <https://doi.org/10.1163/9789004278523>
- Odorico, P. (1990). La cultura della ΣΥΛΛΟΓΗ. 1) Il cosiddetto Enciclopedismo Bizantino. 2) Tavole del Sapere di Giovanni Damasceno. *Byzantinische Zeitschrift*, 83, 1-21.
- Odorico, P. (2011). Cadre d'exposition / Cadre de pensée. La culture du recueil. En P. Van Deun, C. Macé. (Eds.), *Encyclopedic Trends in Byzantium*. Proceedings of the International Conference held in Leuven, 6–8 May 2009 (89-107). *Orientalia Lovaniensia Analecta*, 212. Peeters.
- Odorico, P. (2017a). Du premier humanisme à l'encyclopédisme: une construction à revoir. En B. Flusin, J. Cheynet. (Eds.), *Autour du Premier humanisme byzantin & des Cinq études sur le Xie siècle, quarante ans après Paul Lemerle (23-42)*. Travaux et Mémoires 21/2. ACHCByz Paris.
- Odorico, P. (2017b). Les recueils historiographiques à Byzance: un cas de «selection de textes raffinés» (Wenxuan). En «*Excerpta Constantiniana*», *ByzantinoSlavica*, 75, 203-220.
- Poppe, A. (1976). The Political Background to the Baptism of Rus': Byzantine- Russian Relations between 986– 89. *Dumbarton Oaks Papers* 30, 195– 244.
- Radice, R. (2000). «*Oikeiosis*». *Ricerche sul fondamento del pensiero stoico e sulla sua genesi*. Vita e Pensiero.
- Roberto, U. (2018). L'identità tetrarchica di Milano e l'Italia tardoantica. En R. Passarella. (Ed.). *La chiesa di Milano prima di Ambrogio (25-53)*. Studia Ambrosiana 11. Biblioteca Ambrosiana, Centro Ambrosiano.
- Roberto, U. (2019). *Periclitans Italia*. Caratteri di aggregazione sociale e culturale nell'Italia al tempo di Ricimero. En G. Gnoli, V. Neri. (Eds.), *Le identità regionali nell'impero tardoantico (165-222)*. Milano Editoriale Jouvence.
- Romanos I. Lakapenos: Ῥωμανός, (s.f.). En *Prosopographie der mittelbyzantinischen Zeit Online* (PmbZ 28987). <https://www.degruyter.com/database/PMBZ/entry/PMBZ28987/html>
- Schreiner, P. (2018). Clothes Make the Man — Writings the Emperor. Tracing Constantine VII Porphyrogennetos and His Œuvre Through the Centuries. En N. Gaul, V. Menze, & Cs. Bálint (Eds.). *Center, Province and Periphery in the Age of Constantine VII Porphyrogennetos. From De Cerimoniis to De Administrando Imperio (223-242)*. Mainzer Veröffentlichungen zur Byzantinistik 15. Harrassowitz.
- Ševčenko, I. (1992). Re-reading Constantine Porphyrogenitus. En J. Shepard, S. Franklin. (Eds.), *Byzantine Diplomacy. Papers from the twenty-fourth Spring Symposium of Byzantine Studies (167–195)*. Aldershot.
- Signes Codoñer, J. (1989). Algunas consideraciones sobre la autoría del Theophanes Continuatus. *Erytheia* 10, 17–28.
- Signes Codoñer, J. (1995). *El periodo del segundo iconoclasmo en Theophanes Continuatus*. Hakkert.
- Signes Codoñer, J. (2017). The Author of Theophanes Continuatus I–IV and the Historical Excerpts of Constantine VII Porphyrogenitus. En L. Horváth – E. Juhász. (Eds.), *Investigatio Fontium II. Griechische und lateinische Quellen mit Erläuterungen (17-42)*. Budapest.
- Sode, C. (2009). Die Krönung des Kaisers Justin I. En *Zeremonienbuch Konstantins VII. Porphyrogennetos. Mediterraneo antico*, 12, 429–446.
- Sode, C. (2013). Der Kaiser auf dem Weg in die Stadt. Zu Kapitel I 91 des *Zeremonienbuchs. Mediterraneo antico*, 16, 795–824.
- Stewart, M., vParnell, D., & Whately, C. (Eds.). (2022). *The Routledge Handbook on Identity in Byzantium*, Routledge.

- Stouraitis, Y. (Ed.). (2022). *Identities and Ideologies in the Medieval East Roman World*. Edinburgh University Press.
- Stouraitis, I. (2014). Roman identity in Byzantium: a critical approach. *Byzantinische Zeitschrift*, 107.1, 175-220 <https://doi.org/10.1515/bz-2014-0009>
- Svoronos, N. (Ed.). (1994). *Les Nouvelles des empereurs macédoniens concernant la terre et les stratiotes*, ed., Athens Centre de Recherches Byzantines, Fondation Culturelle de la Banque Nationale (FNRS).
- Taragna, A.M. (Ed.). (2016). Le demegorie protrettiche di Costantino VII Porfirogenito. Nuova edizione e traduzione. *Medioevo Greco* 16, 213-253.
- Theophanes Continuatus. (2015). Editado por J. Signes-Codoner & M. Featherstone. Libros I-IV; forthcoming ed. of book VI.
- Toynbee, A. J. (1973). *Constantine Porphyrogenitus and his world*. Oxford University Press.
- Treadgold, W. (2013). *The Middle Byzantine Historians*. London.
- Wahlgren, St. (Ed. Transl.). (2019). *The Chronicle of the Logothete. Symeon Magistros and Logothetes*, Liverpool.
- Zuckerman, C. (2000). Campaign blueprints of an emperor who never campaigned in person: Constantine VII's treatises on imperial expeditions and *De cer.* II, 45 (with special regard to the theme of Charpezikion). En *Constantinople réelle et imaginaire, autour de l'oeuvre de Gilbert Dagron*. Travaux et Mémoires. Collège de France, Centre de Recherche d'Histoire et Civilisation de Byzance 22.1, 341-382.

Corrupción e institución en la época medieval. La persecución eclesiástica de la desobediencia*

Corruption and institution in medieval times. The ecclesiastical persecution of disobedience

Cristina Catalina Gallego
 Universidad Complutense de Madrid
 ORCID ID:0000-0002-4661-6906
c.catalina@ucm.es

Cita recomendada:

Catalina Gallego, C. (2024). Corrupción e institución en la época medieval. La persecución eclesiástica de la desobediencia. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 229-252.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8511>

Recibido / received: 17/11/2023
 Aceptado / accepted: 15/01/2024

Resumen

Este artículo rastrea posibles matrices medievales de la corrupción institucional, teniendo en cuenta la ruptura epocal entre la medievalidad y la contemporaneidad. Para ello, se presenta inicialmente una breve reflexión sobre la especificidad de las dos formas principales de dominación y organización social de la época medieval, el *dominium* y la *ecclesia*. Posteriormente, el artículo se centra en el análisis de formas de corrupción identificadas y perseguidas por la Iglesia romana entre los siglos XI y XIII. Se examina por una parte la corrupción clerical en las formas de la simonía y el nicolaísmo y, por otra parte, la herejía laica. Se trata, con ello, de mostrar cómo la persecución eclesiástica de la corrupción está vinculada a la deriva absolutista de la Iglesia romana en esta época.

Palabras clave

Corrupción medieval, herejía, iglesia medieval, inquisición medieval, filosofía política, filosofía del derecho, genealogía del presente.

* Este artículo se ha escrito en el marco de los siguientes proyectos I+D+i : «La contemporaneidad clásica y su dislocación: de Weber a Foucault» (PID2020-113413RB-C31), IPs: J.L. Villacañas y R. Castro (2021-2025); «Constelaciones del autoritarismo: Memoria y actualidad de una amenaza a la democracia en una perspectiva filosófica e interdisciplinar» (PID2019-104617GB-I00) IPs: J. A. Zamora y R. Mate (2020/2023); «Precariedad laboral, cuerpo y vida dañada. Una investigación de Filosofía Social» (PID2019-105803GB-I00), IPs: N. Sánchez Madrid y P. López Álvarez (2020/2024).

Abstract

This article traces some possible medieval matrices of institutional corruption, taking into account the epochal rupture between medieval and contemporary times. To this end, a brief reflection on the specificity of the two main forms of domination and social organization of medieval times, the dominium and the ecclesia, is initially presented. Subsequently, the article focuses on the analysis of forms of corruption identified and pursued by the Roman Church between the 11th and 13th centuries. It examines, on the one hand, clerical corruption in the forms of simony and nicolaism and, on the other hand, lay heresy. The aim is to show how the ecclesiastical persecution of corruption is linked to the absolutist drift of the Roman Church in this period.

Keywords

Medieval corruption, heresy, medieval church, medieval inquisition, political philosophy, philosophy of law, genealogy of the present.

SUMARIO. 1. Pensar la corrupción institucional en la Edad Media. 2. Corrupción e institución en la Edad Media: Iglesia y reforma gregoriana. 2.1. La simonía y el nicolaísmo como corrupción moral e institucional. 3. El giro pastoral y la exigencia de la ortodoxia y la ortopraxis. 4. Conclusión. La deriva inquisitorial en la persecución de la corrupción.

1. Pensar la corrupción institucional en la Edad Media

En la actualidad la imputación jurídica o moral de corrupción institucional se vincula a la comisión de acciones ilícitas o ilegítimas dentro o entre las esferas, aparentemente separadas, de la política pública y la economía privada, de las instituciones estatales o de la actividad mercantil. Las prácticas de corrupción institucionales son imputadas tendencialmente a organismos o sujetos que abusan de manera ilegítima o ilegal de su autoridad o cargo institucional para obtener un beneficio personal. Los organismos o individuos corruptos se identifican, por tanto, por trasgredir las limitaciones de su cargo, recurriendo precisamente al poder que este les brinda para obtener un rédito personal –mediante redes de influencia, contactos o relaciones clientelares, accesos privilegiados a información, manipulación o chantaje, entre otros elementos–. Actualmente se consideran casos de corrupción el cohecho, el tráfico de influencias, la malversación de fondos públicos o el desfalco, el nepotismo, el clientelismo, la compra de votos o la extorsión, entre otros¹. Lo que comparten estos fenómenos para ser señalados como corruptos, moral o penalmente, es que se ha producido la obtención de un beneficio privado, tendencialmente económico o material, a costa del fin o bien institucional al que se ha de servir en el cargo, ya sea público estatal o privado empresarial, abusando y aprovechándose del poder, autoridad o influencia que este le brinda.

¹ El cohecho refiere a diferentes formas de soborno a cargos institucionales, que realizarían u omitirían un cometido propio de su desempeño, a cambio de bienes materiales o inmateriales en beneficio propio. El tráfico de influencias sería el empleo de un cargo público o autoridad para obtener tratos preferenciales o favores. La malversación de fondos públicos o el desfalco señala usos indebidos de dinero o patrimonio asociados al cargo. El nepotismo refiere al trato de favor o preferencia de familiares para el acceso a un cargo público. Precisamente, el término nepotismo tiene su raíz en la palabra latina *nepos* –sobrino– y en la época medieval refería al trato preferencial que tenían papas y cardenales con sus familiares, normalmente sobrinos debido a la obligación de castidad, para la sucesión en sus cargos institucionales o el acceso a otros. Las prácticas de clientelismo serían aquellas que se establecen entre diferentes personas, al menos una de ellas en un cargo institucional, para beneficio privado a expensas del beneficio público.

Estas concepciones de la corrupción, basadas en la idea del uso abusivo de un cargo institucional público para obtener un beneficio privativo, presuponen, en cierto modo, la existencia de un ámbito estatal caracterizado y organizado de acuerdo con principios liberales, tales como la separación de poderes, el imperio de la ley o la idea de servicio público, diferenciado de un ámbito privado mercantil. El cual, a su vez, se distinguiría del ámbito privado íntimo o personal. Por su parte, la existencia del mercado como un ámbito diferenciado de lo público estatal, en el que se intercambian equivalentes a través de relaciones contractuales, presupone la organización de la producción primordialmente a través de la forma de empresa privada y la institucionalización de la categoría jurídica del sujeto formalmente libre e igual. Esta diferenciación de esferas es un hecho histórico vinculado al desarrollo de las formas sociales e institucionales propias de la sociedad burguesa y el liberalismo, que surgen con la evolución del capitalismo en el mundo occidental. Solo con la modernidad capitalista se separarían y distinguirían –de manera meramente formal, aunque no sustancial– los medios, los fines y los principios organizativos del ámbito de lo público estatal y de lo privado mercantil, en la medida en que las instituciones y vínculos sociales propios del feudalismo y del Antiguo Régimen se desvanecen, así como la hegemonía de las economías de subsistencia campesina. Con la conformación del Estado según principios del liberalismo, los cargos públicos tendrían como objetivo el servicio a los fines del Estado o los estipulados por este, su acceso habría de ser meritocrático y sus funciones, derechos y deberes estarían regulados jurídicamente, además de ser revocables y no patrimoniales.

Por su parte, el ámbito privado mercantil tendría como objeto primordial la búsqueda del interés privado, de acuerdo con la conveniencia individual, y estaría organizado idealmente como un espacio libre de coerción y subordinación directas o relaciones de dependencia personal. El espacio del mercado, según el ideal liberal de la sociedad burguesa, estaría basado en el muto acuerdo y el consentimiento libre entre las partes que suscriben el contrato o aceptan el intercambio². En tal sentido, el criterio actual que identifica la existencia de corrupción está intrínsecamente vinculado con estas formas sociales e institucionales que se desplegaron en el desarrollo liberal de la economía política capitalista. Las nociones contemporáneas de la corrupción presuponen así fenómenos liberales como el Estado de derecho y el imperio de la ley, la división de poderes –en legislativo, ejecutivo y judicial–, la categoría de ciudadano como sujeto, en igualdad ante la ley, de derechos civiles y políticos o la idea de la meritocracia, –que entiende, frente a las sociedades estamentales, que las desigualdades políticas, económicas o sociales no son efecto de una naturaleza diferente o de una herencia de privilegios, sino del desempeño individual–.

En este sentido, la búsqueda de formas de corrupción institucional en la época medieval ha de confrontarse con el hecho de que todavía no se han desarrollado las formas sociales, económicas y políticas propias del capitalismo, la sociedad burguesa y el liberalismo. La medieval es una «sociedad» estamental, jurisdiccionalmente plural, caracterizada por la fragmentación de poderes y atravesada por el modo de producción feudal (VV. AA., 2003). Por ello, el modo en que se concibe la corrupción institucional en la actualidad no puede ser directamente proyectado sobre las instituciones medievales. Los estamentos medievales se justificaban en el marco de una concepción organicista de la sociedad, que naturaliza la existencia de privilegios de clase como resultado del designio divino. Se entendía que cada ser humano

² No compete a este artículo desarrollar una crítica de las formas de dominación del capitalismo, de la sociedad burguesa o del liberalismo. Aquí se apelan a sus principales formas sociales y políticas para mostrar los fundamentos históricos, institucionales e ideológicos, que subyacen al modo en que se concibe la corrupción en las sociedades contemporáneas, para mostrar su diferencia específica respecto de la concepción de lo corrupto en la época medieval. Una crítica fundamental de las formas de dominación propias de la sociedad burguesa se desarrolla en la crítica de la economía política de Marx.

ocupaba una posición diferenciada en el marco de un todo jerarquizado, concebido según la metáfora organicista como un cuerpo, en el que cumplía una función diferenciada y distintamente valorada, como un órgano específico del cuerpo social, según su propia naturaleza, fruto de la voluntad divina (Kleinschmidt, 2009). Por otra parte, en la época medieval no existían instancias de poder impersonal como el mercado capitalista o el Estado moderno que, en su desarrollo irá concentrando diferentes monopolios como el ejercicio de la violencia y del derecho. No tenía todavía lugar el proceso de secularización liberal que, en el mundo occidental, demandará una separación formal entre el Estado y la Iglesia, como instituciones y modalidades de gobierno con medios y fines diferenciados, entre otras cosas. La disputa entre Iglesia e Imperio durante la época medieval se desarrolló en el mismo ámbito de la racionalidad de salvación y escatología cristiana, que atravesaba tanto a las instituciones y vínculos sociales seculares como a los eclesiásticos. En este sentido, según la noción moderna de soberanía, es imposible identificar una instancia única que la concentre, siendo además uno de los rasgos característicos del feudalismo en el occidente medieval la fragmentación de las potestades y la pluralidad de jurisdicciones que rigen en un mismo territorio y sobre los mismos sujetos (Guerreau, 1984, p. 207). Tampoco existían entonces la distinción burguesa entre una esfera pública del Estado o política, una esfera privada de la actividad mercantil o económica y, por último, una esfera de la vida íntima o personal. Es a partir de esta distinción cuando también surge históricamente el ideal liberal, y sus formas institucionales asociadas, de la limitación del poder estatal, vinculada a la idea de que el individuo es portador de derechos naturales inalienables, en tanto que sujeto con facultad de juicio autónomo.

Por otra parte, tampoco existía en la época medieval la concepción, ni la institucionalización, de una esfera política como supuesta expresión de la voluntad soberana de un pueblo a través de instancias de representación institucionalizadas. En la misma línea, la distinción de una esfera económica comprendida como el espacio en que los sujetos persiguen su interés privado en miras de su autoconservación o la satisfacción de deseos mediante transacciones entre individuos privados formalmente separados es propiamente moderna, no tenía cabida en la época medieval. El surgimiento de estas distinciones modernas está vinculada a otra concepción, también impensable en la época medieval, que vincula la legitimidad del poder a la idea del libre consentimiento entre sujetos formalmente libres e iguales. Esta noción se perfila precisamente en el desarrollo de la crítica liberal a las formas de poder del Antiguo Régimen basadas en el tutelaje o la servidumbre, como lo es la relación señorial³. En este sentido, en la época medieval no existía tampoco la idea de que los seres humanos nacen formalmente libres e iguales en términos de relaciones de subordinación o dominación, –excepto en tanto que almas ante el juicio divino del pecado, dotadas de libre albedrío, inclinación pecaminosa y sin privilegios ante la norma moral, aunque esta estuviera diferenciada según la naturaleza estamental del sujeto– (Kleinschmidt, 2009). No será sino con el desarrollo de la sociedad burguesa cuando se considere que las relaciones sociales y políticas son fruto de un supuesto contrato social o contrato mercantil que los sujetos suscriben por

³ Precisamente, según M. Bloch en la introducción a su obra *La sociedad feudal*, los orígenes del empleo de feudalismo en tanto que formación social se sitúan en el siglo XVIII, en el momento político del absolutismo monárquico, para referirse a un estado de civilización anterior caracterizado por la fragmentación de la soberanía entre príncipes y señores. El primer texto que habría encontrado M. Bloch con este sentido sería uno del conde de Boulainvilliers, *Lettres Historiques sur les Parlements*, aparecido en 1727. No obstante, la popularización de dicha categoría se produciría con Montesquieu a través de la noción de régimen feudal y, posteriormente, se generalizaría a partir de la Revolución Francesa, momento en el que aparece en la declaración de la Asamblea Nacional cuando se afirma la destrucción por completo del régimen feudal. El término sería empleado sistemáticamente por la historiografía más tarde (Bloch, 2002, pp. 20-21).

libre voluntad. El consentimiento deviene así un elemento ideológico fundamental para las formas institucionales propias del liberalismo político y económico en el marco del capitalismo. Solo los sujetos que son considerados propietarios o dueños de sí mismos, que han desarrollado la facultad del juicio, podrían disponer de autonomía racional y moral para poder consentir libremente. El resto de los sujetos, desprovistos de la naturaleza o circunstancias para ser propietarios de sí, entre los que se incluyan niños, mujeres, «salvajes», campesinos o proletarios, se entendía que habían de ser sometidos a la tutela de un sujeto propietario de sí mismo⁴.

Se podría decir, siguiendo la tesis de Alain Guerreau, que las dos formas fundamentales y específicas de dominación organización social en la época medieval serían el *dominium* feudal y la *ecclesia* (Guerreau, 1984, p. 207). El *dominium* como relación de dominación sobre, al mismo tiempo, tierras y hombres en tanto que siervos, incluyendo determinaciones económico-políticas, religiosas, ecológicas y de parentesco. Y la *ecclesia*, como forma institucional que adopta el gobierno de la corporación clerical sobre la comunidad cristiana, basada en una racionalidad de salvación escatológica. Las relaciones sociales en el feudalismo se organizarían a través de vínculos de dependencia personal directa, que implican una forma de dominación inmediata y transparente. La dependencia personal se sostiene sobre una desigual posesión de los medios de coerción –de la capacidad de ejercer violencia de manera efectiva–, que funda asimismo la desigual posesión de tierras y acceso a las condiciones de la subsistencia. Si bien en el plano de la representación ideológica, la relación entre señor y siervos se presentaba en términos de «reciprocidad», como un pacto que sella el intercambio de ayuda por protección, en realidad el sometimiento servil tuvo su génesis en la violencia señorial. La violencia sistémica de la aristocracia, en el contexto medieval de fragmentación de poderes, dedicada al pillaje, la ocupación de tierras y la extorsión del campesinado, obligaba a los campesinos a someterse a un señor para su protección⁵. Así, la condición de servidumbre hacía al siervo un «hombre de otro hombre». El *dominium* sobre los hombres se hacía extensible a las tierras que estos habitaban como medio de subsistencia y, viceversa, la dominación sobre el territorio se hacía extensible a sus *laboratores*.

En este marco, la «ayuda» que los siervos habrían de prestar al señor a cambio de su protección sería principalmente el pago del tributo feudal y el trabajo de las llamadas corveas. Por un lado, el señor habría de recibir del campesinado rentas, primordialmente en especie, que constituirían una parte de lo producido en las explotaciones. Pero, además de la renta, el señor podía reclamar, por otro lado, otras formas de «ayuda» material, como pagos por el uso de propiedades dominicales – molinos u hornos–, tasas por delitos cometidos o, una de las más importantes, el servicio en trabajo en los dominios señoriales. En este sentido, los campesinos del señor “«constituían, además, para este una serena de mano de obra, a falta de la cuál estos campos habrían estado condenados a quedar baldíos» (Bloch, 2002, p. 253). El estamento aristocrático o la clase señorial se apropiaba así de mucho más que el

⁴ De hecho, el pensamiento ilustrado y el liberalismo, que se presentaban como movimientos de superación de las formas de dominación estamentales, coercitivas y serviles, propias del feudalismo y del Antiguo Régimen, se referían a estos mismos con términos que en la actualidad se emplean para denotar prácticas de corrupción, tales como el patrimonialismo, el nepotismo, el patronazgo y el clientelismo.

⁵ La inseguridad y el miedo frente a un posible ataque de invasores habrían condicionado la formación de los vínculos feudales basados en el intercambio de protección y ayuda, sobre todo durante la primera edad feudal. La precariedad en la defensa de las condiciones de vida habría llevado a los más débiles, en términos de fuerza, a ponerse bajo la dependencia y protección de los más poderosos. (Bloch, 2002, p. 427).

excedente de producción campesino, además de imponer condiciones sobre las relaciones de parentesco, la movilidad geográfica, etc.

A pesar de los grandes cambios que tuvieron lugar en los mil años de la Edad Media europea, el hecho básico que determinaba las relaciones sociales fundamentalmente era el paso del excedente campesino a la clase terrateniente en forma de renta en dinero, en trabajo o en especie o los beneficios de la jurisdicción. (Hilton, 1988, p. 19).

La clase social en la época medieval tiene así un doble fundamento, que en términos anacrónicos podríamos calificar como económico y político. Un fundamento económico en tanto que se podrían diferenciar dos grupos sociales por su forma de acceso a los medios materiales de subsistencia o el tipo de actividades que realizaban. Y un fundamento político en la medida en que la apropiación del excedente de producción se realizaba a través de una relación de poder directa, un vínculo de dependencia personal, entre campesinos y señores. En este sentido, los medios de poder en el feudalismo son los mismos que los medios de riqueza: el pillaje, el botín de guerra, la apropiación señorial directa de parte de la producción o los tribunales señoriales propios, que constituían jurisdicciones autónomas, sin dependencia de otras instancias o leyes. La violencia sería la «marca de (la) época» y «también (...) lo más profundo de la estructura social y la mentalidad» (Bloch, 2002, p. 427).

No había razón económica alguna para que los miembros de las comunidades campesinas (muchas de las cuales existieron antes de que el señorío feudal se desarrollara) transfirieran el excedente a sus señores. La relación señor-siervo era en realidad una relación primordialmente política. (Hilton, 1988, p. 26).

Esto es, la relación de dependencia personal estaba en la asimetría en el uso de la fuerza, como ya se ha mencionado. Con todo, cabe señalar que, pese a ser relaciones de dominación abiertas o transparentes para la conciencia inmediata –a diferencia de la relación de clase en el capitalismo que se vehicula de manera mediada por el intercambio mercantil– se justificaban y naturalizaban ideológicamente a través de la concepción organicista de la sociedad, en la que las diferencias estamentales se entendían como efecto de una naturaleza diferenciada por designio divino (Kleinschmidt, 2009).

En este marco medieval, resulta difícil buscar matrices genealógicas de las formas de corrupción contemporáneas. El dominio señorial directo, basado en la asimétrica posesión de los medios de violencia –y, por ende, de derecho–, incluía de suyo la apropiación, además del trabajo a través del tributo feudal, de la voluntad del siervo en numerosas cuestiones y de su vínculo con la tierra⁶. Asimismo, el dominio señorial no estaba sometido a ninguna instancia política ni jurídica superior que limitase o juzgase sus prerrogativas sobre los siervos. En este sentido, era la correlación de fuerzas entre siervos y señores la que organizaba y juzgaba, junto con marcos normativos comunitarios, la injusticia o abuso señorial, cuando se consideraba la existencia de un abuso señorial, esto es, un hecho que suponía la

⁶ Si las comunidades campesinas eran autónomas para procurarse su subsistencia, para este mismo fin «a los señores les era necesario ejercer su capacidad de coerción para garantizarse el pago de la renta» (Hilton, 1988, p. 28). Principalmente lo hacían a través de una serie de regulaciones salidas de los tribunales del *manor* y garantizadas por la amenaza de la fuerza. La finalidad de estas regulaciones sería la limitación del movimiento de los siervos vinculándolo legalmente al señor. En definitiva, el objetivo primordial sería la fijación del campesinado a la tenencia para cerciorarse del pago de renta y la realización de servicios. La consecuencia efectiva sería la limitación de su capacidad de decisión en ciertos aspectos vitales –movilidad, transferencia de propiedades, matrimonios, tenencia de molinos y hornos propios, etc.– que se manifiesta en el campo semántico de la servidumbre con connotaciones humillantes que, de algún modo, expresarían la experiencia del campesinado. (Hilton, 1988, pp. 28-29).

trasgresión o incumplimiento del pacto de ayuda por protección (VV. AA, 2007). «Los abusos de los amos no tenían más contrapesos –con frecuencia, muy eficaces– que la maravillosa capacidad de inercia de la masa rural y el desorden de sus propias administraciones» (Bloch, 2002, p. 260). El contrapeso fundamental era la organización del campesinado en formas de resistencia o revueltas contra los señores (Wickham, 2012). Todos estos aspectos, hacen que sea difícil identificar claramente una matriz genealógica de lo que se entiende actualmente por corrupción institucional en las formas de dominación señorial, en la medida en que estas son contrarias a muchos de los principios liberales en los que se basa el criterio actual de lo corrupto.

2. Corrupción e institución en la Edad Media: Iglesia y Reforma Gregoriana

Todos estos aspectos, hacen que sea difícil identificar claramente una matriz genealógica de lo que se entiende actualmente por corrupción institucional en las formas de dominación señorial, en la medida en que estas son contrarias a muchos de los principios liberales en los que se basa el criterio actual de lo corrupto.

Si bien, la misma ruptura epocal hace que también sea difícil identificar precedentes de la corrupción actual en la otra forma de organización y dominación social de la época medieval, la *ecclesia*, no obstante, en la medida en que la Iglesia romana adopta en este periodo una forma institucionalizada, juridizada y burocratizada, hay algunos elementos que permiten reflexionar sobre esta cuestión. Especialmente porque las propias fuentes eclesiásticas plenomedievales señalan prácticas que fueron perseguidas como corruptas y corruptoras en relación con la institución romana. La incriminación de elementos considerados corruptos en el gobierno eclesiástico romano está vinculada con la complejidad institucional que la Iglesia desarrolló como gobierno territorial y jurídico sobre una infinidad de elementos de la comunidad cristiana latina. El criterio y sentido de la corrupción en el marco del poder eclesiástico romano, aunque también dista del actual, está en efecto asociado a la forma institucional que adopta la Iglesia como gobierno del clero sobre los fieles a partir siglo XI. La Iglesia no solo fue la principal forma de dominación que coexistió de manera continuada con el feudalismo en la Europa occidental, sino que además «aparece como la “fuerza motriz principal del sistema feudal”, al menos desde el bajo imperio hasta el siglo XVI» (Guerreau, 1984, p. 233).

Para rastrear el problema de la corrupción medieval en relación con la Iglesia romana se abordarán dos cuestiones. En un primer momento se analizará la persecución papal de los fenómenos de la simonía y el nicolaísmo dentro de la corporación clerical en el marco de la llamada Reforma Gregoriana. Estos se entendieron como formas de corrupción al mismo tiempo moral e institucional, en la medida en que fueron considerados pecados y delitos propios de la corporación clerical. En un segundo momento, se abordará la cuestión de la corrupción en el contexto de la persecución a la herejía que la Iglesia romana despliega a partir del siglo XII. Esta será entendida como una forma de corrupción moral obstinada que corrompe el plan de salvación que la Iglesia romana impone obligatoriamente, poniendo en cuestión el reclamo de obediencia a la institución (Chiffolleau, 2010, p. 137). Tras la conformación de una ortodoxia y una ortopraxis vinculantes para toda la Cristiandad Latina, Roma identificará como herejía el desacato pertinaz a estas. La herejía será considerada una forma de corrupción moral contagiosa que amenaza la legitimidad de la institución eclesiástica para la guía de almas. En los dos casos de identificación y persecución eclesiástica de la corrupción –en tanto que simonía y nicolaísmo del clero y en tanto que herejía de los laicos–, esta fue considerada un peligro a erradicar. Las formas de juicio y penalidad que se desarrollaron para esta tarea de erradicación de la corrupción serán fundamentales en la conformación de algunos elementos de los sistemas jurídicos occidentales (Bermann, 1996; Prodi,

2001; Foucault, 1996; Foucault, 2014; Prodi, 2001). Ambas formas de persecución de lo que se consideraba corrupción están asociadas a procesos de centralización y juridificación del poder eclesiástico, que permitieron una ampliación del gobierno pastoral sobre los laicos, así como el desarrollo de formas de coacción a la obediencia y represión del desacato.

Antes que nada, es preciso no proyectar sobre la Iglesia medieval la forma que esta institución adoptará tendencialmente en el marco de las democracias liberales, más allá de las particularidades de cada país, como una asociación religiosa regulada jurídicamente por el Estado y basada en la libre pertenencia. Tampoco el cristianismo ha de pensarse como un sistema de prácticas y creencias religiosas elegido libremente entre una pluralidad de credos y cultos. Esta concepción presupone ya la existencia del Estado liberal, así como de distinciones como las que se abren paso en la modernidad entre lo público y lo privado, entre legalidad y legitimidad o entre Estado e Iglesia⁷. Es a partir de la modernidad cuando se traza una línea divisoria entre la religión personal y el poder político público⁸. Frente a ello, el cristianismo medieval nos confronta con un mundo –instituciones laicas y clericales, relaciones de dominación feudales, vínculos de parentesco, prácticas sexuales, hábitos de alimentación y vestido, etc.– atravesado por una particular racionalidad salvífica y escatológica cristiana. La Iglesia detentó en la larga época medieval un poder muy extenso sobre una multiplicidad de ámbitos, «sobre el tiempo, sobre el espacio, sobre el parentesco, sobre la enseñanza, sobre el saber, las creencias y la moral, sobre las representaciones, sobre las obras de asistencia, sobre los fundamentos del poder y de la justicia; sería más fácil inventariar lo que la Iglesia no controlaba: en teoría, nada» (Guerreau, 1984, p. 233). Precisamente, la Iglesia romana trató de imponer durante la época una interpretación y una organización particular de la racionalidad de salvación cristiana, buscando el monopolio de la relación entre transcendencia e inmanencia, especialmente a partir del siglo XI⁹. Esto es, Roma aspiró al monopolio no solo del dogma, sino también de la gestión de los bienes espirituales, de ritos y cultos, así como de las prácticas de cura almas. Pero, aunque la racionalidad de salvación romana se intentó imponer como única y obligatoria, existieron una multiplicidad de resistencias, rebeliones e incluso contra poderes eclesiásticos.

La Iglesia romana se conformó progresivamente como institución piramidal y jerárquica, en cuyo vértice se situaba la autoridad papal por encima de las Iglesias territoriales. Así, su poder sobre el clero y el laicado se desplegaba a través de la organización territorial subordinada de las archidiócesis, las diócesis y las parroquias (logna- Prat, 2010, p. 26). En este sentido, la institución eclesiástica constituía una forma de poder pastoral territorial «transnacional», en la medida en que su gobierno alcanzaría a todos los territorios de la Cristiandad Latina, atravesando las fronteras de los poderes regios, principados, condados o ducados. Una vez organizado extensivamente el sistema de diezmos y la estructura parroquial, a partir del siglo XI el pontificado romano estuvo en condiciones de incrementar de facto su poder sobre las micro-cristiandades latinas (Lòbrichon, 1994, pp. 51-65; Perrot, 2009, pp. 36-38). La administración pastoral reticular, organizada mediante una jerarquía de poder y

⁷ «En el momento en que el reino de la burguesía hizo descubrir la existencia de la economía y que las relaciones sociales, recurriendo a Aristóteles, fueron etiquetadas como política (tipo de relaciones que sería mejor no pretender hallar antes de finales del siglo XVIII (...), se olvidó rápidamente lo que significaba la Iglesia» (Guerreau, 1984, p. 229).

⁸ «(E)l sentido contemporáneo de «poder» como ejercicio de una soberanía, la cual es en parte lo que está en juego en esa actividad llamada política, y ejerciéndose en el marco del Estado, impide comprender lo que era la Iglesia, por lo que es necesario deshacerse radicalmente de él, del mismo modo que hay que evitar totalmente el uso de la oposición público/privado» (Guerreau, 1984, p. 229).

⁹ «El mundo de la Alta Edad Media era el de una diversidad de ricas culturas y sociedades locales. La historia de los siglos XI, XII y XIII es la de cómo esa diversidad fue, de muchas maneras, reemplazada por la uniformidad» (Bartlett, 2003, p. 404).

progresivamente juridizada, permitió al papado aumentar sus competencias para intervenir más profusamente sobre la conducta de los cristianos¹⁰. No obstante, antes hubo que conformar una corporación clerical nítidamente diferenciada del laicado y sometida únicamente a la autoridad romana. El *Dictatus Papae* (1075) de Gregorio VII, que declara que el pontífice romano es el poder supremo en la tierra, reclamaba su legitimidad para juzgar cualquier asunto debido a pecado, ya fuera religioso o profano, pero también la subordinación de todo el clero de la Cristiandad Latina al gobierno pontificio (Logan, 2012, p. 114). Esto manifiesta además la pretensión de extender el gobierno pastoral a más ámbitos de vida y anticipaba su ulterior desarrollo jurídico. Una vez organizado el diezmo en el encuadramiento parroquial y afianzado el proceso de sometimiento de las iglesias territoriales al papado romano, Roma reclamaba su obediencia como potestad jurisdiccional suprema en cualquier ámbito a razón de pecado, y ya no como mero árbitro carismático o autoridad moral y doctrinal¹¹. De este modo, los procesos de centralización y autonomización del poder eclesiástico frente a los poderes seculares se desarrollaron especialmente a partir del siglo XI, culminando en los siglos siguientes en la conformación de un sistema jurídico propio. El desarrollo jurídico de la institución eclesial servía, entre otras cosas, para la implementación de la ortodoxia y la ortopraxis, sistematizadas también en esta época, de manera obligatoria sobre toda la Cristiandad Latina (Pennington, 1993, p. 17). Se extendía así, no solo el alcance reticular del poder pastoral, sino también sus prerrogativas.

Durante el siglo XI, las curias papales, de los pontífices romanos León IX (1049-1055), Alejandro II (1061-1073) y Gregorio VII (1073-1085), concentraron partidarios de reformas eclesiásticas para luchar contra la investidura laica, la simonía o el nicolaísmo. Estas reformas buscaban avanzar en la autonomía de la institución eclesiástica respecto de poderes seculares y hacer valer su superioridad jurisdiccional en ciertas materias. Este proceso culmina en la llamada Reforma Gregoria, acontecida durante el papado de Gregorio VII y que se caracteriza por la profundidad de las medidas llevadas a cabo. Las cuales llegarían a trastocar el ordenamiento socio-político de la Cristiandad Latina, suponiendo la reforma eclesiástica mucho más que una mera tentativa de reactualización de las tendencias evangelistas cristianas, como a veces se ha interpretado (Ullman, 2008, p. 96). Se trataba entonces de fortalecer a la Iglesia romana como institución autónoma en tanto que corporación del clero y gobierno pastoral sobre los laicos. Ello pasaba por diferenciar claramente al clero del laicado en hábitos y oficios, así como por controlar el acceso a la corporación eclesiástica, sistematizar las prácticas de cura de almas y, fundamentalmente, independizar jurídica y fiscalmente al clero de los poderes seculares en los territorios en los que se desempeñaba. Este proyecto de *libertas ecclesiae* implicaba así la conformación de una corporación constituida por clérigos ordenados canónicamente y leales únicamente a la autoridad eclesiástica. El clero habría de quedar sometido únicamente a la norma romana y exento de la obediencia a los poderes territoriales. Con este fin se prohibía la investidura laica de los obispos o la designación de

¹⁰ Por ejemplo, Gregorio VII promovió la supresión del rito toledano en la península ibérica y las prácticas litúrgicas célticas en Escocia e Irlanda. Durante este proceso de normalización litúrgica en Roma todavía convivieron una diversidad de ritos hasta el siglo XIII (Gy, 1989, pp. 232-239).

¹¹ «El papa gobernaba toda la Iglesia. Era el legislador universal, su poder sólo estaba limitado por el derecho natural y por el derecho divino positivo. Él convocaba concilios generales, los presidía y su confirmación sería necesaria para que sus decisiones entraran en vigor. Ponía final a las controversias en muchos puntos por medio de decretos, hacía de intérprete de la ley y otorgaba privilegios y dispensas. También fue el juez supremo y administrador. Los casos de importancia –*maiores causae*– de los cuales nunca hubo una enumeración definitiva, estaban reservados a su juicio» (Le Bras, 1926, pp. 333-334).

párrocos en las iglesias propias de la aristocracia (Lòbrichon, 1994, p. 25). Esto es lo que estaba en juego, entre otras cosas, en la llamada querrela de las investiduras¹².

En este sentido, la autonomía eclesiástica respecto de los poderes seculares a la que aspiraba la Reforma Gregoriana suponía no solo la identificación y gestión propia de sus bienes materiales, sino también la independencia jurídica y fiscal de la corporación clerical respecto a otros poderes (Morris, 1989, pp. 128-130). En la medida en que, hasta entonces, buena parte del clero participaba de las relaciones de vasallaje seculares, el programa de la *libertas ecclesiae* significaba la suspensión de estas y el sometimiento de los cargos eclesiales únicamente a la autoridad romana (Prodi, 2001, p. 59). En tal sentido, la exigencia de un estatuto jurídico propio para el clero suponía su detracción de la jurisdicción de señores laicos, reyes, duques o condes. Ello suscitó, en efecto, un conflicto entre Roma y las potestades seculares, principalmente las imperiales, entorno a la dominación jurisdiccional del clero, a sus vínculos de lealtad y a la propiedad de los bienes asociados a sus cargos. Los poderes seculares habían disfrutado hasta entonces de prerrogativas sobre el clero, tales como la designación de obispos o de párrocos en las llamadas iglesias propias. Ante ello, el estatuto jurídico exclusivo que exigía entonces la Iglesia romana para el clero le concedía exenciones fiscales, inmunidades judiciales y privilegios de usufructo sobre bienes materiales respecto a los poderes seculares. Con ello, la institución romana podría gestionar de manera independiente la posesión de bienes pastorales vinculados a los cargos eclesiásticos y sustraer al clero de la jurisdicción secular en los territorios donde se encontraba.

En tal sentido, se podría decir que la Iglesia estaba atravesada por una forma de feudalidad *sui generis*. La dimensión feudal de la Iglesia romana puede identificarse especialmente en la investidura del beneficio, esto es, de los bienes materiales vinculados al cargo eclesiástico. Precisamente la querrela de las investiduras, que surge a finales del siglo XI entre los emperadores del Sacro Imperio Romano Germánico y los pontífices de la Iglesia romana, se desata fundamentalmente cuando esta última rescinde la obligación clerical de restituir a los poderes seculares el beneficio de investidura asociado a su cargo, una vez finalizada la relación de vasallaje (Brambilla, 2000, p. 23 y ss.). Ello significaba disputar al emperador, así como a reyes y a príncipes, el homenaje o investidura de vasallaje de los abades u obispos y las prerrogativas que ella comprendía. En efecto, los poderes seculares se resistieron a renunciar a sus derechos sobre los beneficios de los vasallos clericales en su propio territorio, desencadenando un fuerte conflicto. No obstante, este carácter feudal de la Iglesia es particular, puesto que la concesión de bienes materiales al clero estaba vinculada al desempeño de un cargo institucional, que la institución eclesiástica reclamaba como propio, que excluía la sucesión por herencia y que conllevaba prerrogativas específicas vinculadas al desempeño particular del oficio.

Por otra parte, la curia papal de Gregorio VII, así como sus sucesores, emprendieron también una reforma moral del clero, que aspiraba a una transformación sustancial de sus hábitos y comportamiento. Esta transformación metódica de las costumbres clericales pretendía afianzar la diferenciación del clero de los laicos y la identificación de los primeros como gobierno corporativo. En este

¹² «En el año 1075, después de unos 25 años de agitación y propaganda del partido papista, el papa Gregorio VII declaró la supremacía política y legal del papado sobre toda la Iglesia y la independencia del clero de todo control secular. Gregorio también afirmó la supremacía última del papa en asuntos seculares, incluyendo la facultad de deponer emperadores y reyes. El emperador –Enrique IV de Sajonia– respondió con una acción militar. Estalló, esporádicamente, una guerra civil entre los bandos papista e imperial por toda Europa hasta el año 1122, cuando por fin se llegó a un acuerdo por un concordado firmado en la ciudad alemana de Worms» (Bermann, 1996, p. 97).

sentido, la Reforma Gregoriana buscaba no solo la autonomía fiscal y jurídica del clero ordenado, sino también aumentar su legitimidad como autoridades pastorales, para reclamar con éxito el monopolio de la mediación con la divinidad. En este sentido, las nuevas virtudes impuestas al clero aspiraban a fortalecer el carisma sagrado del oficio sacerdotal en tanto que autoridad dogmática y sacramental. Se desplegaron para ello una serie de mecanismos dirigidos a disciplinar el comportamiento del clero –que incumbían a la vestimenta, la alimentación, la sexualidad, el juego, la formación o el recreo, entre otros– y a la formación doctrinal y práctica para el desempeño de sus oficios. Igualmente, se avanzó en la clarificación de las prerrogativas de los diferentes cargos eclesiásticos. A estos mecanismos de distinción clerical le acompañaron formas de señalamiento y persecución de prácticas pastorales –ritos, sacramentos, cultos, ceremonias, predicación, interpretaciones del dogma o formas de espiritualidad, entre otras– que no fueran llevadas a cabo por la corporación clerical ordenada por la Iglesia romana. Solo las prácticas de cura de almas estipuladas por la Iglesia romana y realizadas por el clero ordenado según los criterios y el ritual canónico de ordenación eran consideradas legítimas y legales. La guía de almas sería una prerrogativa única del clero ordenado y debía ser administrada según las directrices romanas. La cristalización del dimorfismo entre laicado y clero implicaba estatutos jurídicos diferenciados y el disfrute de privilegios para los primeros. Roma perseguía así el monopolio de la mediación con la trascendencia y de la gestión de los bienes espirituales en el mundo, la exclusividad en la guía a la salvación.

De este modo, el proyecto de purificación de las costumbres clericales, esto es, la reforma moral y disciplinar del clero en el marco del programa de conquista de la autonomía eclesiástica respecto de los poderes seculares, iba unido a la conformación de una corporación clerical sometida a una administración centralizada y jerárquica. Y también a la pretensión romana de fortalecer la legitimidad de la institución eclesiástica como única depositaria del poder divino de la gracia, única capacitada para la interpretación de los designios divinos respecto del plan de salvación y, por ende, única potestad para la guía de almas. En la medida que se logra autonomizar fiscal y jurídicamente al clero romano de los poderes seculares, la Iglesia se consolida como una institución clerical cerrada y jerarquizada, dirigida al gobierno de laicos. Este extensivo poder eclesiástico sobre el laicado no solo se ejercerá sobre cuestiones dogmáticas, sino también sobre prácticas sacramentales, rituales religiosos y actividades cotidianas (Rubin y Simons, 2009, pp. 89-98). El gobierno de los laicos incumbirá no solo a la administración de la cura pastoral, sino también a la capacidad para juzgar el pecado e incriminar algunos «graves» como delitos. Esta aspiración universalista de la Iglesia romana como gobierno reticular se vehiculará fácticamente tanto en un cuerpo de delegados papales organizados territorialmente –en archidiócesis, diócesis y parroquias– como en la legislación ecuménica y decretales, a cuya obediencia quedaba supeditado el clero de las diferentes iglesias territoriales (Bermann, 1996, p. 96).

2.1. La simonía y el nicolaísmo como corrupción moral e institucional

Es en este marco donde se sitúa la persecución eclesiástica de las prácticas clericales de la simonía y el nicolaísmo, en tanto formas de corrupción moral del clero que dañan la legitimidad de la propia institución. Si bien en términos generales la simonía se suele presentar como una compraventa ilícita de cargos, no obstante, esta práctica en la época medieval no se corresponde con la idea moderna del acceso indebido a un puesto público a cambio de una suma dineraria u otros bienes inmuebles o muebles, en un sentido secular. Pues, la ilicitud de esta forma ya moderna de corrupción en el acceso a un cargo presupone ya la existencia de las esferas separadas del mercado, como lugar de intercambio de equivalentes, y del Estado, como espacio de representación de la voluntad general y de gestión del bien público,

en él existen empleos vinculados a sus diferentes funciones administrativas, legislativas, judiciales o ejecutivas. Si el acceso al cargo mediante un pago material se considera corrupción es porque se entiende que el primero no es un bien de mercado, una mercancía susceptible de ser comprada, y que el criterio para su ocupación y desempeño es el que la ley estipule –promoción, oposición, méritos objetivos, etc.–. En este sentido, la simonía medieval no ha de confundirse con la adquisición ilícita o ilegítima de un cargo mediante una dotación material, pero tampoco con el soborno o el clientelismo para el acceso a un puesto en una institución pública. En el marco medieval, y específicamente en relación con la forma institucional que adopta la Iglesia romana a partir del siglo XI, la simonía señalaba y condenaba las acciones por las que se obtenía un beneficio privado y mundano recurriendo a bienes considerados sagrados por la Iglesia o consagrados por la institución (Logan, 2012, pp. 109-110). En tal sentido, la persecución de la simonía tenía una de sus condiciones de posibilidad en la tipificación romana de las formas, los tiempo y los ámbitos en las que lo sagrado existe y se expresa (Chiffolleau, 2010, pp. 62-65). En definitiva, la simonía surge a partir de la reclamación eclesiástica del monopolio de la gestión, previa identificación, de los bienes espirituales en tanto que consagrados. Así, bienes sagrados serían, por ejemplo, las reliquias de santos, un altar, un monumento eclesiástico o un oficio clerical, mientras que bienes mundanos se consideraban, por ejemplo, el usufructo de la tenencia de un feudo.

Precisamente, una práctica señalada como simoníaca a partir de la Reforma Gregoriana, que había sido común durante la época altomedieval, era la dotación de un feudo al ingresar a ciertos oficios eclesiásticos, a los que iban unidos sus correspondientes beneficios. Especialmente los obispos, aunque no solo, estaban regularmente integrados en relaciones de vasallaje que implicaban la realización de juramentos de lealtad a potestades laicas a cambio de un beneficio feudal –tierras y derechos señoriales– e incluso otras prerrogativas concedidas por reyes, príncipes y emperadores. El juramento de fidelidad podría incluso ir precedido de una retribución por la atribución del oficio. Además, las atribuciones de dominios señoriales a obispos se heredaban, en la medida en que se hacían uso de las relaciones de parentesco para acceder al ordenamiento clerical. Iglesia y feudalismo no eran entonces dos formas de organización social u ordenamientos claramente diferenciados. Las mismas familias aristocráticas ocupaban las jerarquía de ambas potestades. Ante el desarrollo de la herencia por primogenitura, que privada a los hijos menores de la aristocracia del disfrute del patrimonio familiar, muchos de estos ingresaban al oficio clerical o monacal. Es la reforma papal la que comienza a perfilar la Iglesia como una institución autónoma y diferenciada de los poderes seculares, no solo en relación con la naturaleza y función de sus oficios, sino también fiscal y jurídicamente (Bermann, 1996, p. 117). De ahí que en el siglo XI los partidarios del papado reformista condenaran como simonía la dotación a obispos de dominios señoriales por parte de los señores laicos como contrapartida a su oficio clerical –simonía–, así como la transmisión de los cargos eclesiásticos por criterio de parentesco, que suponía una forma de transmisión hereditaria de cargos –nicolaísmo–.

En este marco hay que entender también el señalamiento como simonía del uso lucrativo de reliquias de santos, cuando el beneficio no estaba regulado por la Iglesia y no se hacía en nombre de la institución. La simonía no refería a cualquier uso lucrativo de bienes espirituales por parte del clero, pues la propia Iglesia romana cobraba por la celebración de servicios cultuales como las misas para difuntos. De hecho, las propias reliquias estaban vinculadas a usufructos mundanos como el beneficio o la retribución asociada a cada oficio clerical, como las donaciones piadosas para el cuidado de los vestigios de santos. No solo el diezmo, también el purgatorio hubo de constituir una fuente fundamental de ingresos y acumulación de la riqueza eclesiástica (Le Goff, 2003). Por ello, lo que en realidad condena la simonía

en esta época es el uso para beneficio propio de un bien espiritual al margen de un cargo eclesiástico o de las prerrogativas estipuladas en el oficio eclesiástico desempeñado. La persecución de la simonía estaba así vinculada al control institucional, centralizado y jerarquizado de los bienes espirituales y mundanos que la Iglesia romana reclamaba como propios. El criterio aquí que distingue lo interesado y lo desinteresado, emerge de la interpretación que hacía Roma de la racionalidad de salvación cristiana. Solo una vez establecido el monopolio eclesiástico de la atribución de la cualidad sagrada, se podía perseguir metódicamente la simonía como una corrupción moral e institucional. Algo que no podría concebirse sin una identificación previa y particular de lo profano y lo sagrado.

Por su parte, el nicolaísmo hacía referencia al acceso a un oficio eclesiástico mediante relaciones de parentesco o lazos sanguíneos, esto es, la designación de un familiar para ocupar un cargo. Lo que implicaba una forma particular de transmisión hereditaria de cargos. La existencia extendida del concubinato y del matrimonio clerical, que fueron perseguidos sistemáticamente a partir de la Reforma Gregoriana, había facilitado el acceso a cargos a la propia descendencia, además de a hermanos, sobrinos o primos (Perrot, 2009, p. 36). Muchos de estos clérigos habían sido investidos por potestades seculares y dotados de tierras y jurisdicciones señoriales. Un hijo legítimo de un clérigo podía aspirar entonces a heredar bienes y derechos sobre los que la Iglesia no tenía el control, pero de los que el clero disfrutaba en la práctica, en tanto que casta sacerdotal. En este sentido, la condena del nicolaísmo tiene su reverso en la imposición romana del celibato al clero secular, que hasta entonces estaba asociada especialmente al clero regular, a cenobitas o canónigos. La obligatoriedad del celibato para el clero secular favorecía la *libertas ecclesiae*, pues facilitaba el control eclesiástico del nombramiento de los cargos y del acceso al estatuto del clérigo. Se trataba entonces de hacer efectiva la prohibición de contraer matrimonio a todo el clero, de disponer de concubinas o tener descendencia, que eran prácticas comunes del clero secular en la Cristiandad Latina. Esta prohibición fue fundamental para diferenciarlo del laicado y fortalecer su carisma espiritual como autoridad pastoral (Lobrichon, 1994, pp. 29-30). Por ello, las prácticas señaladas como nicolaístas eran concebidas como formas de corrupción moral y, al mismo tiempo, institucional. La condición de gravedad de estos pecados clericales surge en tanto constituían amenazas para la legitimidad y la autonomía que reclama el gobierno eclesiástico como instancia única de mediación con la divinidad y garante único de la salvación. El programa de persecución del nicolaísmo, como una corrupción moral e institucional, se sitúa así en el desarrollo romano de una corporación clerical diferenciada, basada en una forma de parentesco artificial y constituida como gobierno sobre los fieles, cuya administración centralizada se presentaba como la única vía a la salvación, lo que culminará en la obligación laica de participar en los rituales y sacramentos eclesiásticos de cura de almas. Las prácticas simoníacas y nicolaístas eran representadas, en este marco, como un obstáculo para la salvación según el plan divino, cuya único intérprete y valedor era la Iglesia romana. Ello justificaba su erradicación. Precisamente en la persecución de la simonía se encuentran elementos procesuales, como la denuncia canónica y la inquisición, que se desarrollarán y generalizarán en la persecución de la herejía, entendida también como una forma de corrupción moral que amenaza a la institución, ahora desde afuera.

3. El giro pastoral y la exigencia de la ortodoxia y la ortopraxis

Otro momento fundamental en que la Iglesia señala y condena lo que entiende como una forma de corrupción es la persecución sistemática de la herejía a partir del siglo XII. Esta aparece también como una amenaza para la legitimidad y los fundamentos de la institución romana. El proyecto de erradicación de la herejía incluyó medios

pastorales como la predicación catequética, pero también medios coercitivos como el desarrollo de nuevos procedimientos jurídicos para condenarla, una vez identificada como crimen de traición, y el despliegue de una cruzada interna a la Cristiandad latina, una guerra santa contra los considerados herejes. En este marco, a la herejía se le atribuía entonces, siguiendo los calificativos agustinianos, un carácter corruptor además de ser considerada una corrupción diabólica en sí misma.

La extensión del poder eclesiástico encontró un impulso fundamental a partir del papado de Inocencio III (1198-1216), dando lugar a lo que la historiografía ha denominado, por sus pretensiones absolutistas, como Teocracia pontificia, Iglesia imperial, o Monarquía pontificia, (Pennington, 1984; Morris, 1989; Théry, 2007, 2010). A finales del siglo XII, Inocencio III declaraba la *plenitudo potestatis* del pontífice sobre cualquier poder espiritual y temporal –como reyes, príncipes y emperadores–¹³, calidad de vicario directo de Cristo. Reclamaba así el derecho a intervenir en cualquier asunto secular por *ratione peccati*, haciendo uso de su poder temporal fuera incluso de los estados pontificios –los territorios petrinus bajo su jurisdicción–. Esta pretensión se mantuvo desde la curial de Inocencio III hasta la de Bonifacio VIII (1294-1303) y se sostenía sobre la idea de que el pontífice era el vicario directo de Cristo y, por tanto, de quien emanaban por delegación el resto de los oficios sacerdotales. El papa se presentaba de esta manera como único representante de la Justicia divina. Esta idea se tradujo de facto, por una parte, en el desarrollo de un cuerpo orgánico de leyes mediante la unificación y sistematización de las antiguas decretales, así como de mecanismos para su implementación territorial, tales como los delegados papales o la celebración de concilios y sínodos territoriales en los que se implementarían las normas de los concilios ecuménicos (Pérez Prendres, 1997, pp. 105 y ss.). Y, por otra parte, en la conformación efectiva de una ortopraxis y una ortodoxia, junto al desarrollo de correspondientes dispositivos de difusión, implementación y sanción de su trasgresión o desvío. De esta forma habría de hacerse efectiva la capacidad de la Iglesia romana de juzgar cualquier comportamiento laico y eclesiástico por razón de pecado. La normalización doctrinal y conductual profundizaba así la progresiva expropiación a las comunidades eclesiales de sus particulares bienes espirituales y modos de organización locales, de su autonomía en la comprensión del camino de salvación o las prácticas de cura de almas (Lòbrichon, 1995, p. 79). El monopolio de la pastoral liquidaba formas comunitarias propias de organización eclesial y criterios de comportamiento moral. Otro elemento fundamental de esta pretensión romana de plenitud de poderes fue la extensión tanto del alcance del juicio eclesiástico, como de la incriminación del desacato, llegando incluso a juzgar el pecado oculto (Théry, 2010, pp. 17-31).

En este contexto se desarrollaron los procedimientos judiciales por inquisición y denuncia, el sacramento de la penitencia mediante la confesión auricular obligatoria, la consideración de la herejía como un crimen de traición y la cruzada contra la misma. En la bula *Vergentis in senium*, del 25 de marzo de 1199, Inocencio III categoriza la herejía como crimen *laesae maiestatis*, como crimen de lesa majestad o crimen de traición (Lambert, 2002, p. 97; They, 2006, pp. 59-60). Esta expresión, procedente del derecho imperial romano, abría la posibilidad de aplicar formas judiciales reservadas a los crímenes de traición contra la autoridad imperial a lo considerado como herejía en tanto que crimen contra la potestad eclesiástica romana. La herejía, como desacato obstinado a la ortodoxia y ortopraxis de la Iglesia, era así considerada un crimen contra la propia institución y, especialmente contra su cabeza, en la medida en que se entendía como un obstáculo para el plan salvífico que Roma custodiaba.

¹³ Existe cierta ambivalencia en el empleo que Inocencio III hacía esta expresión. Si, en principio, aludiría a una autoridad universal restringida al clero, abarca ocasionalmente la jurisdicción sobre ciertos asuntos seculares (Morris, 1989, p. 432).

La herejía fue considerada así, como felonía al gobierno romano en su calidad de vicario de Cristo, pues se entendía que la función pontificia se enmarcaba en un plan de salvación en el que la Iglesia romana era custodia de la fe y la salvación de todos y cada uno de los fieles. Si bien la herejía había sido tradicionalmente una noción teológica, aquí adquiere una calificación jurídica de delito. Dejaba entonces de tratarse como un error de fe, para ser considerada un crimen contra la divinidad y, por extensión, contra su vicario en la tierra, el papado (Chiffolleau, 1993, pp. 183 y 313). Se podría decir, con un anacronismo, que la herejía señalaba lo que se consideraba disidencia (Jiménez, 2005, p. 55).

El entorno de Inocencio III justificaba la persecución de la herejía por su carácter corruptor, en el marco de un mundo representado como depravado y caótico, que Roma habría de encarrilar para su salvación¹⁴. Cada oveja habría de ser orientada por la Iglesia, y corregida si se desviaba, para que no descarrilase todo el rebaño. La herejía era representada aquí como una potencia corruptora, con capacidad de extender su depravación al resto del rebaño e imposibilitar su recta guía. De esta forma se justificaba la necesidad de su erradicación, como condición de salvación colectiva. Esta representación romana de lo herético justificó el despliegue de nuevos procedimientos judiciales para su identificación y castigo. Unos procedimientos que permitirían extender el juicio eclesíastico hasta lo recóndito de las conciencias y lo cotidiano de las conductas. La invención de nuevas formas procesuales y el aumento de pecados calificados como crímenes ampliaron tanto el campo de visibilidad eclesíastica como su capacidad incriminatoria y punitiva (Pennington, 1993, p. 14). La aspiración romana a erradicar la corrupción mundana imponiendo una disciplina moral y castigando el pecado, mediante nuevas formas sacramentales, catequéticas y judiciales, se racionalizaba entonces como una forma de propiciar la intervención divina en el tiempo¹⁵. La persecución de la herejía estaba dotada de un trasfondo escatológico que se expresa, por ejemplo, en la consideración de santa de la guerra emprendida contra ella en la llamada cruzada albigense. Pero, más allá de la representación romana, lo que la Iglesia afrontaba en realidad era la proliferación, desde el siglo XII, de líderes carismáticos y movimientos comunitarios que no acataban la cura de almas oficial o directamente la impugnaban. La objeción a las prácticas sacramentales o cultuales oficiales tenía que ver, por ejemplo, con el hecho de que las comunidades religiosas locales consideraban impuro el comportamiento de ciertos sacerdotes ordenados, poniendo en cuestión su capacidad para administrar la gracia. Algunos movimientos también impugnaban directamente la eficiencia y legitimidad de los sacramentos canónicos como prácticas de cura de almas, cuestionando su cualidad sacra. Otros movimientos señalaban la corrupción moral de la institución eclesíastica romana en la medida en que hacía ostentación de su extensa riqueza material, desplegaba múltiples prácticas y medios de poder no espirituales y perseguía fines temporales.

Finalmente, también se impugnaron fundamentos doctrinales fundamentales, como la trinidad. En el caso de algunos movimientos, como los valdenses o los cátaros, se podría decir que llegaron a conformar iglesias propias, institucionalmente complejas y con capacidad de disputar la hegemonía romana en ciertos territorios. En

¹⁴ Con la idea de la degeneración del mundo por la depravación de los hombres y la generalización de conductas pecaminosas comienza la Bula *Vergentis in Senium*: «*Vergentis in senium saeculi corruptelam non solum sapiunt elementa corrupta, sed etiam dignissima creaturarum ad imaginem et similitudinem condita Creatoris, praelata privilegio dignitatis volucris coeli et bestiis universae terrae testatur, nec tantum eo quasi deficiente iam deficit, sed et inficit et inficitur scabra rubigine vetustatis*».

¹⁵ A partir de la época gregoriana se reactualizaba la creencia de que la Iglesia habría de propiciar las condiciones para la posible intervención divina de salvación mediante una organización eclesial a imagen de la ciudad celeste. Si el mundo tenía que parecerse al reino de Dios, la Iglesia romana como gobierno pastoral en el mundo tendría que corregir y perseguir el pecado.

cualquier caso y de manera general, los movimientos cristianos de pobreza evangélica que en esta época no se organizaban según las directrices de la Iglesia romana suponían una amenaza para la legitimidad y la hegemonía de la institución. En tal sentido, su identificación, corrección o persecución están intrínsecamente vinculadas con la conformación romana de una ortodoxia y ortopraxis obligatoria como autoridad eclesial suprema, vehiculadas jurídicamente y con un alcance territorial reticular. La persecución y tipificación de la herejía como crimen de traición se sitúa en este marco. La herejía se identifica, desde el punto de vista de la Iglesia católica, como desacato voluntario a la autoridad eclesiástica, en tanto que rechazo obstinado a su papel mediador con la trascendencia (Chiffolleau, 2010, p. 137)¹⁶. Con ello ponía en cuestión el papel de Roma como única depositaria legítima para la guía a la salvación¹⁷. De hecho, los crímenes considerados más graves en el siglo XIII, los *maleficia*, son aquéllos en los que está en juego el reconocimiento interior de la potestad eclesiástica.

Por su parte, la proliferación de movimientos de pobreza evangélica, algunos señalados ulteriormente como herejes, podría considerarse producto de la frustración ante las expectativas de pureza espiritual que la Reforma Gregoriana había alentado como garantía de salvación (Lòbrichon, 1994, 76;). La búsqueda de apoyo popular a la Reforma Gregoriana se había servido del aliento de anhelos de una experiencia religiosa más pura, pero estos no siempre encontraron su cauce en las formas de cura de almas que la Iglesia ofrecía. A ello se añadía la frustración comunitaria ante su definitiva expulsión de la participación en la administración litúrgica y sacramental (Moore, 2003, pp. 31-33). Además, el incremento de poder mundano de la institución, así como su juridización y burocratización progresivas, supusieron también una brecha en su legitimidad como poder espiritual. En el siglo XII, en que se despliega la construcción de grandes catedrales y se consolida la organización parroquial, la elevada riqueza material de la Iglesia romana se hacía particularmente ostensible en monumentos, reliquias, altares o hábitos clericales o en su afán de acumulación en la recaudación parroquial del diezmo, como una forma de impuesto periódico (Thery, 2010a, p. 374). En este contexto de expectativas espirituales frustradas, surgieron movimientos de pobreza evangélica autónomos respecto de la doctrina y las prácticas religiosas romanas, así como una diversidad de expresiones anticlericales que cuestionaban la efectividad de la gracia sacramental administrada por un clero de hábitos «impuros» (Lambert, 2002, p. 39). Ello ocurrió con particular intensidad en las regiones del sur y este de Francia, del oeste de Alemania y del centro y norte de Italia. Este efecto sobrevenido del éxito de la reforma espiritual gregoriana, que señala cierto fracaso de la disciplina eclesiástica de laicos y clérigos, constituyó una trampa para los movimientos de pobreza evangélica que surgieron a su calor. Ya que, a finales del siglo XII, algunos de ellos comenzarían a ser señalados y perseguidos como heréticos, en un momento en el que precisamente el poder eclesiástico estaba más reforzado en términos jurídicos, punitivos y represivos (Thery, 2006, p. 59)¹⁸. Ciertos movimientos de pobreza evangélica rechazaban los sacramentos eclesiásticos, desafiando la imposición romana de participación en las formas de cura de almas

¹⁶ En la Bula *Ad Abolendam* (1184) se puede percibir la estrecha línea entre el rechazo de los sacramentos de la Iglesia romana y la herejía. En la bula se castiga a ambos con el anatema perpetuo, lo único que parece diferenciar a la herejía aquí es que hayan sido juzgada como tal por los obispos en las diócesis.

¹⁷ El canon primero de las constituciones del IV Concilio de Letrán (1215), que instituye la ortodoxia y ortopraxis canónica de forma sistemática, comienza argumentando que no hay salvación fuera de la Iglesia romana y únicamente el clero ordenado puede administrar los sacramentos a través de la economía de salvación trinitaria (Inocencio III, 1215, canon 1, García y García (ed.), 1981).

¹⁸ El caso de la Pataria milanese o del predicador ambulante Enrique de Lausana –también llamado Enrique el monje o Enrique de Le Mans (1101)–, y sus seguidores, los llamados enricianos, atestiguan la delgada línea entre la reforma a la herejía (Violante, 1955; Lambert, 2002, p. 47; Vaneigem, 2008, pp. 100-102).

administradas por el clero ordenado. Otros incluso ponían en cuestión la separación radical entre los laicos y la corporación clerical. Incluso algunos movimientos de pobreza evangélica identificaban a Roma con la figura de la Iglesia del diablo¹⁹.

Pero fue precisamente Roma la instancia que con más fuerza hizo resurgir la figura del diablo para imputársela a lo considerado herejía. Esta imagen se asoció precisamente a la capacidad de corrupción de la depravación herética, constituyendo una metáfora que señalaba un obstáculo para el plan de salvación de la Iglesia romana (Carozzi, 2000, p. 100). La figura corruptora del diablo era identificada con la herejía y los herejes, con ciertos comportamientos sexuales como la homosexualidad y la sodomía, con líderes espirituales carismáticos independientes o con ciertos rituales religiosos no ortodoxos, además de con la desobediencia clerical o la simonía. Lo diabólico era identificado así, no solo como un mal externo a la Cristiandad – paganos e infieles –, sino también como un mal interno, cuyo potencial maléfico se anclaba precisamente en la debilidad humana ante la seducción pecaminosa. Lo demoníaco, como corrupción y potencia corruptora, podía esconderse disimulado en el interior de cualquier cristiano, según la visión romana que propagaba advertencias de su existencia soterrada. Con ello auspiciaba una aprensión suspicaz hacia lo considerado mundano, hacia los otros e incluso hacia uno mismo, en tanto que contendores potenciales de la tentación maléfica. La existencia del mal en el mundo era explicada, en esta línea, como fruto de la degeneración de las costumbres vinculada a la debilidad de la carne, heredada desde el pecado original y, sobre todo, incitada por una acción diabólica disimulada u oculta.

A medida que proliferaron los movimientos de pobreza evangélica, el relato eclesiástico incidía en la idea de que una exacerbada propensión al pecado estaba conduciendo a la Cristiandad a la decadencia. La tentación diabólica, que hacía sucumbir a la libre voluntad, animada por la debilidad de la carne, era considerada por la Iglesia un peligro grave que había que erradicar, un obstáculo para la salvación que se debía eliminar. Ante esta imagen de un mundo depravado por la presencia de potencias corruptoras, que la propia Iglesia elaboraba y difundía, la institución se presentaba como el poder capaz de erradicar el mal. La difusión de la idea de que existían obstáculos diabólicos para el plan salvación universal encabezado por Roma que era preciso erradicar justificaría así el despliegue, inusitadas hasta el momento, de formas de combate de lo herético, tanto pastorales como coactivo-judiciales. La ofensiva contra la considerada corrupción herética se desplegó entonces no solo mediante el fomento de la conducta virtuosa con prácticas de predicación o catequesis²⁰, sino también empleando la violencia y coacción directa cuando la desviación era pertinaz. De modo que, la erradicación de la depravación corruptora incluía su previa identificación, su posterior corrección y, ante la resistencia a la misma, su ulterior castigo. Los comportamientos perseguidos de este modo eran principalmente los considerados *contra natura*, contra la fe o contra la Iglesia, entre los que se incluían la herejía, pero también el llamado mundo «infiel» o ciertas prácticas sexuales (Chiffolleau, 1996, pp. 265-312).

Si bien la metáfora ideológica de la seducción maléfica funcionaba para identificar la existencia disfrazada de la herejía en tanto que iglesia del diablo y obstáculo salvífico, de facto la herejía era resultado de la persecución que la Iglesia

¹⁹ Las fuentes eclesiásticas recurrían a los textos de San Agustín sobre la herejía donatista para caracterizar como maniqueos a los herejes del Languedoc, como los cátaros. Con ello también les proyectaban una procedencia oriental y antitrinitaria. Estas representaciones tuvieron importantes consecuencias en el tratamiento que estos grupos recibieron por la Iglesia romana, en tanto que considerados herejes (Jiménez, 2005, p. 58)

²⁰ Pero además quiso mostrarse como un lugar de asistencia, brindando paliativos al sufrimiento a través de ritos expiatorios o modelos conductuales virtuosos.

emprendió desde finales del siglo XII contra las expresiones de desobediencia, no solo a su ortodoxia, sino también a su ortopraxis –comportamientos cotidianos, rituales religiosos, prácticas sacramentales, etc.– (Thery, 2007, p. 37). Una vez sistematizada y vehiculada reticularmente la obligatoriedad de participar en los cultos, ceremonias y sacramentos oficiados por el clero ordenado, aquellas personas o comunidades que no lo hacían por voluntad devenían sujetos desobedientes y condenables, más aún cuando se negaban obstinadamente a “regresar” al seno de la Iglesia. La figura del hereje se conforma de esta manera como desviación facultativa y obstinada de la ortodoxia y la ortopraxis romana, como la persistencia obstinada en el error, llegando incluso al rechazo de la posibilidad de retractación ofrecida por la Iglesia. El hereje, desde este punto de vista, sería renegado o, anacrónicamente, un disidente.

Las fuentes eclesialísticas representaban a la iglesia del diablo como escondida disimuladamente en el interior de la Cristiandad, como una plaga corruptora y contagiosa. En la bula *Vergentis in senium*, Inocencio III pregonaba que era necesario extirpar la peste que asolaba a la Cristiandad, refiriéndose a la depravación herética. En este sentido, presenta la aniquilación de la herejía, por su carácter sigilosamente corruptor, como una condición para la salvación colectiva. Según las metáforas eclesialísticas, la herética pravedad no era una oveja descarriada, sino una zorra insidiosa y depravada. No solo era considerada como una desobediencia obstinada, sino que además se la imputaba un carácter disimulado, oculto, contagioso y corruptor (Fossier, 2011, p. 32). A partir de la Reforma Gregoriana, en los textos de polémica y heresiología volvieron a cobrar fuerza las imágenes de la actividad herética como corruptora, infecciosa y contagiosa, reactualizando así las metáforas empleadas desde antiguo por la tradición cristiana, algunas asociadas a la enfermedad²¹. Se consideraba que la herejía se transmitía por contacto, como una pestilencia, concretamente como la lepra, que constituía otra de las categorías de la marginalidad en la época plenomedieval (Fossier, 2011, p. 23).

A partir del siglo XII, la figuración metafórica de la herejía como corrupción se articulaba con nociones jurídicas provenientes del antiguo derecho romano recuperadas por la canonística. Una de estas categorías es precisamente el crimen de lesa majestad²². La idea de que la herética pravedad podría expandirse por la Cristiandad Latina mediante transmisión infecciosa se introducía en nuevas categorías jurídicas que servirán para su identificación, persecución y castigo. De este modo, el combate contra la herejía como un mal corruptor y un obstáculo para la salvación se expresaba discursivamente mezclando imágenes biológicas, ficciones jurídicas y abstracciones teológicas. El programa de aniquilación de la herética pravedad a través de medios represivos como la quema en hogueras, la cruzada o los castigos tras su incriminación –expropiación de bienes, privación de libertad, castigos físicos o destrucción de posesiones–, y no solo mediante medios pastorales como la catequesis y la predicación, era justificado precisamente apelando a la necesidad de amputar un miembro corrupto, por maléfico y contagioso (Lambert, 2002, pp. 97-98). La tarea de erradicación la encabezaba el papado romano. Para lo cual, entre otras cosas, desarrolló nuevas formas de identificación, enjuiciamiento y castigo de la herética pravedad en tanto que corrupción infecciosa encubierta. En este marco fue fundamental para Roma la tarea de búsqueda activa de la herejía, en tanto que consideraba que su existencia como desviación desobediente era disimulada, podía no estar a la vista de la Iglesia. Desde los inicios del cristianismo, a la herejía

²¹ Ya la patristica se había servido de metáforas de la enfermedad para calificar la herejía. San Agustín denominaba a los donatistas como contagio herético, mientras que Beda El Venerable se refirió a la herejía arriana como vesania (Fossier, 2011, pp. 23-39).

²² En el Decreto de Graciano la herejía es descrita como un principio contaminador que infecta los sacramentos hasta hacerlos inválidos cuando el hereje es el propio sacerdote.

se le había atribuido un carácter sectario y secreto. Se achacaba a los herejes la práctica de actividades espirituales clandestinas, entre las que se incluían orgías, sodomías, infanticidios o abortos (Lambert, 2002, p. 3). La consideración, en este momento, del carácter oculto de la herejía dio lugar, sin embargo, al desarrollo de los nuevos procesos judiciales de la denuncia y la indagación o inquisición.

En tanto que esta forma de depravación corruptora podía existir sin ser percibida por agentes eclesiásticos, como los delegados pontificios, no entraba en la categoría de pecado o crimen «notorio». En este sentido, su carácter oculto surge en relación con el campo de visibilidad y la capacidad de control de la Iglesia. Su capacidad de existir sin ser detectada hacía de la herejía un peligro a descubrir. Y esta búsqueda de lo oculto y disimulado habría de darse mediante diferentes métodos que iban desde la delación a la confesión, pasando por la indagación. Por una parte, se trataba para la Iglesia de un error de conciencia consciente y obstinadamente elegido, que podría ocultarse así en lo recóndito del alma. Por otra, aunque se desplegara exteriormente en prácticas y rituales materiales, en tanto que la herejía era una ortopraxis alternativa y colectiva, igualmente podría ocultarse o disimularse en la clandestinidad comunitaria, en el secreto custodiado por la aquiescencia colectiva. Es precisamente en la relación dinámica entre la extensión del control eclesiástico –que incluye el alcance de su vigilancia– y la supuesta capacidad esquiva de la herejía donde se sitúa el desarrollo de novedosas técnicas pastorales y de procedimientos jurídicos dedicados a visibilizarla, perseguirla y eliminarla. En esta dinámica de confrontación entre el control eclesiástico y la resistencia herética, Roma desplegó una serie de prácticas y categorías, tanto pastorales como jurídicas, que permitieron la ampliación de lo inculparable y lo punible, hasta el castigo de lo oculto (Moore, 2014, pp. 162-164). Para perseguir la herejía y eliminarla, antes habría que hallarla o desvelarla, se habría de conocer mejor para erradicar mejor.

4. Conclusión. La deriva inquisitorial en la persecución de la corrupción

En el despliegue de la política anti-herética del papado se crearon procedimientos para conocer y juzgar la desviación, tanto correctivos penitenciales como punitivos jurídicos, que ampliaron el alcance de la incriminación y del juicio eclesiástico. Para ello, se introdujeron y modificaron categorías del derecho canónico, como por ejemplo las de lo notorio –*manifestum*– y lo oculto –*ocultum*–, al tiempo que se desarrollaron los procedimientos de la denuncia canónica y la inquisición. Si en los inicios del cristianismo el juicio eclesiástico estaba circunscrito al pecado grave confesado o notorio, al delito revelado o evidente, la combinación de procedimientos de índole penitencial y judicial, junto con los nuevos desplazamientos entre los foros interno y externo, permitieron ampliar sustancialmente el alcance del juicio eclesiástico (Chiffolleau, 2010, p. 83)²³. Estos fenómenos harían posible desvelar pecados *ocultos* para ser juzgados como crímenes evidentes o *notorios* en los tribunales eclesiásticos. El pecado oculto, como la herética pravedad, podría así devenir un crimen *notorio*, cuando este hubiera sido desvelado. Y, viceversa, el delito de corrupción simoníaca, por ejemplo, podía juzgarse sin notoriedad en el ámbito penitencial. Esto es, en la persecución de la herejía se introdujeron mecanismos por los que algunos pecados graves, hasta entonces restringidos al juicio sacramental de la confesión, pudieron ser juzgados como crímenes en los tribunales eclesiásticos, mientras que el juicio del delito de simonía clerical durante la Reforma Gregoriana había sido trasladado al ámbito penitencial con fines estratégicos para la institución eclesiástica. Así, si el

²³ Este solapamiento entre los ámbitos del juicio interno –confesional y penitencial– y externo –judicial– es también evidente en el tratamiento del pecado y del delito indistintamente en los tratados de derecho canónico y de teología moral –decretales, cánones conciliares, manuales de confesión y penitenciales, sermonarios y libros de vicios y virtudes o catecismos–. (Fossier, 2010, p. 27).

pecado magno de la simonía podía ser castigado penitencialmente a pesar de ser una trasgresión disciplinaria, el pecado de herejía podía ser juzgado y castigado como un crimen a pesar de ser un error de conciencia referido a la fe.

Si el juicio del delito de corrupción simoníaca fue desplazado al ámbito penitencial era supuestamente para no alentar el *escándalo* y alimentar la mala *fama* del clero, pues ello dañaría la legitimidad del oficio sacerdotal como guía de almas (Chiffolleau, 2010, p. 75). La «fama» vinculada al «escándalo» en la época medieval era entendida como una forma de seducción a la corrupción, en la medida en que ofrecía una imagen tentadora a mimetizar (Fossier, 2011, p. 30)²⁴. Así se justificaba que el juicio a la simonía tuviera lugar en secreto, dentro de la propia institución eclesiástica, relegándolo al ámbito penitencial (Chiffolleau, 2010, p. 75). La idea aquí es que la corrupción clerical no debía, por peligro de ser mimetizada, alentar la corrupción de los fieles, ni tampoco socavar la legitimidad de la autoridad institucional. La corrupción clerical, que tenía algunas de sus expresiones en la simonía y el nicolaísmo, no debía de conducir al deterioro de la imagen sagrada del oficio clerical romana. Así, la canonística afirmaba que era posible conocer lo oculto mediante los indicios de *ex evidentia* o *ex fama*²⁵, tal y como declaraba la decretal *Licet Heli* (1199), emitida por Inocencio III contra la simonía (Chiffolleau, 2010, pp. 91-95). Quedaba entonces justificada la actuación activa para desvelar lo «oculto» cuando la Iglesia considerara que existía un crimen que suponía una amenaza para su plan de salvación. Este traslado del juicio eclesiástico de la simonía al ámbito del secreto penitencial suponía la conformación de un espacio de juicio proto-administrativo, interno a la propia institución. En esta línea, el Concilio IV de Letrán, encabezado por el papa Inocencio III, prohibiría que se recurrieran a las ordalías o juicios de Dios para juzgar los crímenes clericales de simonía y nicolaísmo (Pennington, 2008, p. 12)²⁶. Protocolizaba y centralizaba así los juicios a la corporación eclesiásticas y, con ello, evitaba la dependencia del criterio comunitario en la sentencia, el cual había sido fundamental en la resolución de los conflictos mediante las ordalías y los juicios de Dios (Fraser, 1992, pp. 103-108). De esta manera, la Iglesia podría controlar mejor los juicios sobre su propia corporación clerical. También en el IV Concilio de Letrán se modificaron los procedimientos judiciales de la acusación y la denuncia. Hasta entonces, el inicio del juicio a partir de una acusación previa hacía a la justicia eclesiástica dependiente de un tercero acusador, así como del contraste de testimonios (Pennington, 2008, p. 12). La denuncia, por su parte, estaba vinculada desde el siglo XII a los protocolos de amonestación en el marco del ámbito penitencial. Lo que Inocencio III introduce en el concilio lateranense es la posibilidad de que la institución eclesiástica iniciara una investigación a partir de la sospecha de que se había cometido un pecado criminal. La evidencia de la sospecha delictiva habría de ofrecerla la existencia de «fama» de que se habían cometido actos pecaminosos graves como, por ejemplo, de simonía o nicolaísmo (Théry, 2009).

En este marco, como ya se ha mencionado, el pecado magno de la simonía acabaría por ser castigado penitencialmente a pesar de ser una trasgresión

²⁴ Que un pecado clerical se hiciera público suponía una amenaza porque ofrecía un contraejemplo de una conducta susceptible de ser emulada por otros. La categoría medieval de escándalo expresa esta preocupación por el contagio de las malas conductas. Escandalizar no significaba provocar un estado de indignación, sino crear la ocasión de que otro cometiese un pecado similar al ser seducido por la imaginación.

²⁵ Así lo declara la bula *Ad Abolendam*. Aquellos de quienes se tuviera sospecha notoria habían de ser sometidos al juicio del obispo. La bula permitía que, según el tipo de sospecha y la cualidad de la persona, el hereje pudiera resarcir su error. Sin embargo, si la sospecha notoria recae sobre un reincidente, entonces habría que enviarlo al brazo secular para que fuese castigado –probablemente con la hoguera– sin posibilidad de apelación.

²⁶ En el canon 18 del IV concilio de Letrán -Sententiam Sanguini-, se abolieron las ordalías jurídicas en la Cristiandad Latina (Inocencio III, 1215, canon 18, García y García (ed.), 1981).

disciplinaria eclesiástica, mientras que el pecado de herejía acabaría siendo juzgado como un crimen de traición contra la propia Iglesia y no solo como error de conciencia respecto del dogma. El proceso judicial de la inquisición –como indagación de pruebas frente a la sospecha por rumor o fama de la existencia de un pecado grave– y la introducción de la confesión como prueba judicial se desarrollarán en la persecución romana de la herejía desde finales del siglo XII (Pennington, 2008, pp. 212-213). En la medida en que el pecado de herejía se representó como un pecado grave que podía esconderse en los secretos del alma o en la práctica clandestina bajo el amparo de la aquiescencia comunitaria, la investigación y el juicio de la herejía se desplegó tanto en el foro penitencial de la conciencia como en el judicial del delito. Al ser considerada una creencia contraria a la ortodoxia, debía juzgarse en los *occulta cordis* del foro interno, mientras que una vez establecida como un atentado contra la autoridad eclesiástica habría de ser juzgada como crimen en el foro externo de la Iglesia (Chiffolleau, 2010, p. 137).

Por su carácter clandestino, corruptor y amenazante para el plan de salvación de la Iglesia, el derecho canónico definía la herética pravedad como *occultatio diabolica*. El rasgo de oculto de la herejía limitaba la capacidad de juicio e incriminación eclesiástica. La inculpación confesa, que había surgido como una forma de expiación en el foro penitencial, deviene en la persecución de la herejía una prueba de verdad en un juicio eclesiástico. Sin embargo, la dependencia del testimonio confeso en el sacramento de la penitencia como prueba limitaba a la Iglesia en la persecución y condena de un posible hereje. Los sospechosos de herejes podían negar en confesión los crímenes de los que eran acusados. Asimismo, las comunidades consideradas heréticas por la Iglesia se resistían a delatar a sus vecinos para que estos fueran instigados a confesar penitencialmente. Ante ello, antes de que la tortura fuese oficialmente aprobada para sonsacar un testimonio por confesión, se trató de soslayar estos obstáculos coaccionando para que el pecado de herejía fuera confesado públicamente y desplazar así el juicio del pecado oculto fuera del secreto del foro confesional. No obstante, el salto cualitativo en la persecución de la herejía lo constituye el desarrollo de mecanismos para que se pudiera iniciar una investigación que revelase el pecado que se consideraba oculto. La pretensión que anima el desarrollo de la inquisición es que un oficial eclesiástico pudiera iniciar la búsqueda de pruebas considerando la «fama» como indicio del delito, sin necesidad de una denuncia previa, esto es, de que un acusador iniciase un recurso. Durante el pontificado de Inocencio III este procedimiento se legalizó y desarrolló de forma inaudita. En el decreto octavo del IV Concilio Lateranense, *Qualiter et quomodo*, Inocencio III consideraba la «fama» como una forma de denuncia. Era considerada razón suficiente para comenzar una investigación con objeto de buscar los testimonios de personas honestas (Chiffolleau, 2010, p. 87). Si en 1199, la bula *Vergentis in senium* de Inocencio III calificaba la herejía como crimen de lesa majestad, sirviéndose de las categorías del derecho romano imperial²⁷, en 1215 queda definitivamente instituida como procedimiento en el canon *Qualiter et Quando* del IV Concilio de Letrán.

Si en el IV Concilio de Letrán se crearon las bases procesuales de la herejía como crimen, en 1230, quince años después de dicho concilio ecuménico y un año después del final de la sangrienta cruzada contra los albigenses, el papa Gregorio IX conformó institucionalmente el tribunal de la inquisición papal para perseguir la herética pravedad (Jiménez, 2005, p. 61). Ya no era un mero procedimiento judicial en los tribunales diocesanos ordinarios, se trataba ahora de un organismo judicial con

²⁷ En la decretal *Vergentis in senium* se despliega el campo semántico de la corrupción, el contagio y la infección para referirse a la herejía como crimen de lesa majestad o crimen de traición, mezclado con nociones del derecho imperial romano (Fossier, 2011, p. 32).

prerrogativas para intervenir reticularmente, implementado *ad hoc* y dependiente directamente de la cabeza de la institución romana y no de jurisdicciones locales o de los tribunales diocesanos (Given, 2002, pp. 68-69). La iniciación de una investigación judicial ya no dependía de que el episcopado local sospechase y reaccionase ante la sospecha de herejía. Además de independiente, la inquisición papal era también un tribunal especializado. Las inquisiciones podían tener una larga duración, estaban dotadas de amplios poderes y estaban especializadas en la búsqueda y castigo de herejes, mediante técnicas muy prolíferas de identificación e inculpación. Ante estas resistencias de las comunidades heréticas, que habían incluso sobrevivido a la Cruzada albigense, a mediados del siglo XIII, Inocencio IV dio un paso más en su persecución autorizando el empleo de la tortura para obtener una confesión, en tanto que autoinculpación (Lambert, 2002, p. 103). Aunque de hecho ya se recurría frecuentemente a ella, en 1252 se dio licencia oficial para que el testimonio obtenido bajo la presión de la tortura fuera tomado como prueba de verdad (Pennington, 2008, p. 216). La confesión por tortura representa el grado más extremo del juicio de la conciencia y la disidencia, pues trata de sonsacar el secreto de un «alma» impenetrable a través del suplicio ejercido sobre el cuerpo. Se trataba de obtener un testimonio de sí mismo como prueba de verdad inculpativa, una autoinculpación forzada²⁸. En realidad, la testificación bajo tortura simplemente hacía «evidente» una verdad de un alma previamente condenada por la Iglesia romana. Era el sueño pontificio de emular el gobierno divino en la ciudad terrena lo que conducía a una persecución de la desobediencia hasta su erradicación.

Bibliografía

- Bartlett, R. (2003). *La formación de Europa. Conquista, colonización y cambio cultural, 950-1350*. PUV.
- Bermann, H. (1996). *La formación de la tradición jurídica de occidente*. Fondo de Cultura Económica.
- Bloch, M. (2002). *La sociedad feudal*. Akal.
- Brambilla, E. (2000). *Alle origini del Sant'Uffizio. Penitenza, confessione e giustizia spirituale dal Medioevo al XVI secolo*. Il Mulino.
- Carozzi, C. (2000). *Visiones apocalípticas en la Edad Media. El fin del mundo y la salvación del alma*. Siglo XXI.
- Chiffolleau, J. (1993). Sur le crime de majesté médiéval. *Genèse de l'Etat moderne en Méditerranée* (pp. 183 y 313). Collection de l'École Française de Rome, 168.
- Chiffolleau, J. (1996). Contra Naturam: pour une approche casuistique et procédurale de la nature médiévale. *Natura, scienze e società médiévale*, 4, 265-312. Micrologus.
- Chiffolleau, J. (2010). *La chiesa, il segreto e l'obbedienza: la costruzione del soggetto politico nel medioevo*. Il Mulino.
- Conte, E. y Madero, M. (2009). Prólogo. En E. Conte y M. Madero (Eds.), *Procesos, inquisiciones, pruebas: homenaje a Mario Sbriccoli*. Manantial.

²⁸ “En la *maiestas* se articula también uno de los momentos más decisivos de la historia del derecho procesal, el del pasaje medieval del proceso acusatorio –que requiere un demandante para iniciarse– al proceso inquisitivo –en el que la *fama* de un hecho bastará para la introducción de la instancia–. Se pondrá así en manos del magistrado que realiza la *inquisitio* un poder susceptible de justificar el uso de la tortura en la búsqueda de una verdad que cela el secreto que vulnera la *maiestas* del soberano con la traición, de la naturaleza con la homosexualidad, de Dios con la herejía. La verdad se arranca del cuerpo –éstos eran los términos mismos que designaban la tortura en el proceso inquisitorio '*erue veritatem*'. Una tortura que era objeto de reglas específicas, de condiciones de uso, que debía, en definitiva, respetar un orden y produciría una ingente literatura doctrinal”, (Conte y Madero, 2019, p. 10).

- Fossier, A. (2010). Crimen et peccatum. Examen de deux qualifications canoniques dans la documentation de la Pénitencerie Apostolique (XIIe-XVe siècles). En E. Wenzel (Ed.), *Justice et religion. Regards croisés, nouvelles approches* (23-40). Éditions Universitaires d'Avignon.
- Fossier, A. (2011). La contagion des péchés (XIe –XIIIe siècle). Aux origines canoniques du biopouvoir. *Trâces. Revue de Sciences Humaines*, 21 (2), 23-39.
- Foucault, M. (1996) *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa.
- Foucault, M. (2014) *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*. Siglo XXI.
- Fraser, R. M. (1992). IV Lateran's Revolution in criminal procedure: The birth of *Inquisition*, the end of ordeals, and Innocent III's vision of Ecclesiastical politics. En R. Castillo (Ed.), *Studia in honorem eminentissimi cardinalis Alphonsi M. Stickler. Studia et textus historiae iuris canonici*, vol. 7 (97-111). Libreria Ateneo Salesiano.
- Given, J. (2002). Social stress, social strain, and the inquisitors of Medieval Languedoc. En S. L. Waugh y P. D. Diehl (Eds.), *Christendom and Its Discontents: Exclusion, Persecution, and Rebellion, 1000–1500* (67-85). Cambridge University Press.
- Guerreau, A (1984). *El feudalismo. Un horizonte teórico*. Crítica.
- Gy, P-M. (1989). La papauté et le droit liturgique aux XIIe et XIIIe siècles. En C. Ryan, (Ed.), *The religious roles and the papacy: ideals and realities 1150-1300*. Pontifical Institute of Mediaeval Studies.
- Hilton, R. (1988). *Conflicto de clases y crisis del feudalismo*. Crítica.
- Iogna- Prat, D. (2010). *Iglesia y sociedad en la Edad Media*. UNAM.
- Inocencio III (1215). García y García, A. (Ed.) (1981). *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis Glossatorum*, Monumenta iuris canonici, Series A: Corpus Glossatorum, vol. 2. Biblioteca Apostolica Vaticana.
- Jiménez, P. (2005). La inquisición contra los Albigenses en Languedoc (1229-1329). *Clío y Crimen*, 2, 53-80.
- Kleinschmidt, H. (2009). *Comprender la Edad Media. La transformación de ideas y actitudes en el mundo medieval*. Akal.
- Lambert, M. (2002). *Medieval Heresy: Popular movements from the Gregorian Reform to the Reformation*. Oxford and Malden, Blackwell.
- Le Goff, J. (2003). *La bolsa y la vida. Economía y religión en la Edad Media*. Gedisa.
- Le Bras, G. (1926). Canon Law. En C.G. Crump y E.F. Jacobs (Eds.), *The Legacy of the Middle Ages* (321-361). Clarendon Press.
- Lòbrichon, G. (1994). *La religion des laïcs en Occident: XIe–XVe siècles*. Hachette.
- Logan, D. F. (2012). *A History of the Church in the Middle Ages*. Routledge.
- Moore, I. R. (2003). *La primera revolución europea: c.970-1215*. Crítica.
- Moore, I. R. (2014). *La guerra contra la herejía: Fe y poder en la Europa medieval*. Crítica.
- Morris, C. (1989). *The Papal Monarchy: The Western Church from 1050 to 1250*. Clarendon Press.
- Pennington, K. (1984). *Pope and Bishops. The papal monarchy in the twelfth and thirteenth centuries*. Pennsylvania press.
- Pennington, K. (1993). Popes, Canonists, and Texts 1150-1550. *Collected Studies Series*, 412, Variorum.
- Pennington, K. (2008). Torture and Fear: Enemies of Justice. *Rivista internazionale di diritto comune*, 19, 203-242.
- Pennington, K, *A Short History of Canon Law from Apostolic Times to 1917*. Catholic University of America. <http://legalhistorysources.com/Canon%20Law/PenningtonShortHistoryCanonLaw.pdf>
- Perrot, A. (2009). The bishops of Rome, 1100-1300. En M. Rubin y W. Simons (Eds.) *The Cambridge History of Christianity*. Cambridge University Press.

- Pérez Prendres, J.M. (1997). *Instituciones Medievales*. Síntesis.
- Prodi, P. (2001). *Una storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*. Il Mulino.
- Rubin, M., y Simons, W. (2009). *The Cambridge History of Christianity. Vol. 4, Christianity in Western Europe c. 1100-c. 1500*. Cambridge University Press.
- Théry, J. (2006). Innocent III, le rêve de la théocratie. *Les collections de L'Histoire*, 26, 58-61.
- Théry, J. (2007). Le gouvernement romain de le Chrétienté autour de 1206: Innocent III et les debuts de la théocratie pontificale. *Mémoire dominicaine*, 21, 33-37.
- Théry, J. (2009). *Fama: la opinión pública como presunción legal*. Apreciaciones sobre la revolución de lo inquisitorio (siglos XII-XIV). En E. Dell'Elicine, P. Miceli y A. Morin (Eds.), *De Jure: Nuevas lecturas sobre derecho medieval*. Ad-Hoc.
- Théry, J. (2010a). Le triomphe de la théocratie pontificale du IIIe concile du Latran au pontificat de Boniface VIII (1179-1303). En M.M. de Cevins, J. M. Matz (Eds.), *Structures et dynamiques de la vie religieuse en Occident (1179-1449)* (17-31). Presses Universitaires de Rennes.
- Théry, J. (2010b). Les hérésies, du XIIe au debut du XIV siècle. En M.M. de Cevins, J. M. Matz (Eds.), *Structures et dynamiques de la vie religieuse en Occident (1179-1449)* (373-386). Presses Universitaires de Rennes.
- Ullman, W. (2003). *A Short History of the Papacy in the Middle Ages*. Routledge.
- Vaneigem, R. (2008). *Las herejías*. Ed. Jus.
- Violante, C. (1955). *La pataria milanese e la riforma ecclesiastica*. Instituto Storico Italiano per il Medioevo.
- VV.AA. (2003). En L. K. Little y B. H. Rosenwein (Eds.), *La Edad Media a debate*. Akal.
- VV. AA. (2007). En A. Rodríguez (Ed.). *El lugar del campesino. En torno a la obra de Reyna Pastor*. CSIC y UV.
- Wickham, C. (2012). Fuerzas productivas y lógica económica del modo de producción feudal. *Sociedades Precapitalistas: Revista de Historia Social*, 1 (2), 1-25.

Control público*

Public Control

Adriana Laura Vercellone
Universidad Nacional de Córdoba (Argentina)
ORCID ID 0000-0002-2095-3285
adrianavercellone@unc.edu.ar

Cita recomendada:

Vercellone, A. L. (2024). Control público. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 253-274.
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8512>

Recibido / received: 16/08/2023
Aceptado / accepted: 01/02/2024

Resumen

Este artículo reconstruye herramientas de control público a partir de categorías conceptuales elaboradas en la teoría política y doctrina jurídica especializada. Para ello, se distinguen modelos de control según el carácter y competencia del órgano que lo ejerce: control parlamentario, control judicial, control administrativo y control social. El análisis permite evaluar comparativamente las ventajas y antecedentes de dichas tipologías, concluyendo respecto de su relevancia para la democracia, los derechos individuales y el buen funcionamiento de la administración pública. Al final del texto, se incluye una tabla que resume los contenidos y principales ejemplos citados.

Palabras clave

Control público, republicanismo, presidencialismo, constitución, ciudadanía, parlamentarismo.

Abstract

This article analyzes public control appealing to conceptual categories elaborated by political theory and specialized legal doctrine. For this, control models are distinguished according to the nature and competence of the body that exercises it: parliamentary control, judicial control, administrative control and social control. The analysis enables a comparative evaluation of the advantages and background of these typologies, which concludes about its relevance for democracy, individual rights and the proper functioning of public administration. At the end, we include a table which summarizes the main contents and examples.

Keywords

Public control, republicanism, presidentialism, constitution, citizenship, parliamentarism.

*Abogada, Magister en Derecho y Argumentación y Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, por la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Actualmente es profesora de grado y posgrado en diversas universidades de Argentina.

SUMARIO. 1. Control público y democracia representativa. 2. Tipologías de control público. 2.1. El control parlamentario. 2.2. El control judicial. 2.3. Control administrativo. 2.4. Control social. 3. Conclusiones.

1. Control público y democracia representativa

El control público agrupa a todas aquellas actividades destinadas a evaluar el desempeño de la administración pública y el apego de sus decisiones al sistema de leyes y valores de una comunidad. Se trata de una función que es inherente a la vida política ya que, desde el momento en que comenzaron a gestionarse colectivamente problemas y delegarse la labor pública en representantes, se diseñaron también mecanismos para monitorear su ejercicio. Así, es posible rastrear hasta la Antigüedad estrategias ideadas para evitar la tiranía y el abuso de poder; por ejemplo, herramientas de rendición de cuentas en la democracia ateniense de los siglos V-IV a.C., espacios de difusión de las decisiones del Senado en épocas de la República romana (siglo III a.C.) y mecanismos de control sistemático y permanente de la administración imperial en la dinastía china Han (206 a.C. - 220 d.C.)¹

Con los años, dichas instituciones han tenido un alcance más amplio y un desarrollo cada vez más profuso. A tal punto que el control público se ha convertido en uno de los pilares de las democracias contemporáneas, cumpliendo una importante función de representatividad y legitimación.

En democracia, la legitimidad política – es decir, la justificación moral y racional de la autoridad – se vincula con la posibilidad de participar e influir en las decisiones. Esto significa que las actividades de gobierno son legítimas cuando son el resultado de un proceso ampliamente participativo e inclusivo del cual la ciudadanía ha formado parte (Gutmann y Thompson, 2004, p. 10); un proceso que permite a las personas reconocer a las decisiones colectivas como el producto de propia «autoría» (Seleme, 2010). En esa línea, el control público promueve vías para expresar preferencias políticas y, fundamentalmente, revisar que los acuerdos de la comunidad no privilegien los intereses de grupos particulares. En definitiva, contribuye a legitimar la autoridad impidiendo que la representación política signifique para la ciudadanía una pérdida absoluta de poder.

Asimismo, la vigencia de herramientas de control suele interpretarse como condición de legitimidad de otros derechos cívicos y políticos. Tal es así porque, sin verdaderas y adecuadas instancias de revisión de los actos de gobierno, las personas difícilmente puedan hacer efectivos otras libertades democráticas fundamentales, como el derecho de participación, de expresión o el acceso a información pública.

Por otro lado, debe destacarse que el control público transmite una completa idea del equilibrio de poderes que debe primar en un Estado de derecho. De acuerdo con la tradición republicana de gobierno, dividir el poder en esferas que se controlan mutuamente funciona como medida de protección de la libertad, impidiendo situaciones de dominación. En palabras de Pettit (1997), cuando los órganos del Estado ejercen dicho control, lo hacen en nombre y favor de las libertades individuales, evitando interferencias arbitrarias en la vida de las personas. Inclusive, para algunos esta conexión entre control público y estabilidad del sistema republicano indica que «poder limitado es poder controlado» (Aragón, 1986a, p. 95).

¹ Véanse éstos y otros antecedentes en Elster (1999) y Barraza (2003).

Por último, el control público contribuye a favorecer una imagen positiva de las instituciones y a sostener relaciones transparentes entre los diferentes poderes del Estado, así como entre la ciudadanía y sus representantes. Ya que prevenir irregularidades o desviaciones favorece la prestación eficiente y responsable de servicios por parte de la administración pública, promoviendo el logro de los fines colectivos que le dan sentido. Como corolario, fomenta el cumplimiento voluntario de las normas por parte de las personas.

Cabe aclarar que el control público se enriquece de otras prácticas vinculadas, con las que no debiera ser necesariamente identificada. Entre ellas, la rendición de cuentas (es decir, el deber que recae sobre quienes ejercen cargos públicos de informar respecto de su actividad), que garantiza el acceso a información pública y facilita el buen desempeño de instituciones de control². Asimismo, existen múltiples dispositivos de representatividad que permiten a las personas acercar sus intereses y preferencias a las instituciones, acortando la distancia entre administración pública y ciudadanía. Finalmente, los sistemas jurídicos prevén numerosas sanciones – penales, civiles, políticas, administrativas– que justifican y tornan efectivo el funcionamiento de las instituciones de control público.

Entendemos que es posible acotar el concepto y análisis sobre control público a los mecanismos formales e informales habilitados para evaluar y fiscalizar las actividades y decisiones que emanan de los diferentes poderes del Estado, sin necesariamente desvincularlo de otros resortes que son vitales para el desarrollo de procesos democráticos de la sociedad.

2. Tipologías de control público

Existen numerosas clasificaciones de control público. Una de las más importantes distingue modelos de tipo «parlamentario», «judicial» y «administrativo», según el carácter y competencia del órgano que ejerce el control. Inclusive, siguiendo este criterio, reconocemos diseños de control ejercidos por «órganos extra poder» (como la figura del *Ombudsman*) o de manera directa por la propia «ciudadanía».

En segundo lugar, es posible distinguir instituciones de control público según la instancia del acto administrativo o decisorio en la que este se ejerce. Así, existen vías de control «preventivo» que intervienen de manera previa a la ejecución o toma de una decisión, y otras cuya revisión es meramente «retroactiva».

En una línea diferente, según el aspecto de la actividad que se tiene potestad para revisar, se identifican modelos de control «formal-procedimental» de otros que revisan también el contenido de la decisión, sea en su faz «financiera», «de gestión», «legitimidad» u «oportunidad».

Asimismo, según el vínculo que exista entre el órgano controlante y el agente controlado, la doctrina especializada reconoce controles de tipo «externo» e «interno». Y de acuerdo con el carácter objetivado (o no) de la actividad, este puede ser «jurídico» o «político», «institucionalizado» o «no institucionalizado».

A estas clasificaciones, es posible agregar otras sumamente influenciadas en los sistemas jurídicos. Por ejemplo, Ivanega (2020) distingue el control de «convencionalidad» del control de «constitucionalidad», según el conjunto de normas comparadas a las que se recurra para ejercer el control; el control «especializado»

² Sobre rendición de cuentas y su contribución al sistema de control público véase: Bovens (2020).

(que recae en manos de una entidad con atribución específica de control) del control «genérico»; el control «jerárquico» del control «de tutela», distinguibles por el tipo de jerarquía o autonomía existente entre los entes implicados; y el control ejercido «de oficio» por la autoridad, de aquel instado «por parte interesada» (pp. 92- 112).

Estas distinciones constituyen elaboraciones doctrinarias cuyas justificaciones y extremos suelen solaparse. Asimismo, la adopción de una u otra variante mantiene una estrecha vinculación con el sistema político y práctica constitucional de cada Estado. De allí la dificultad de unificar criterios de clasificación, que posean pretensión de validez general.

A los fines explicativos, en este artículo se reconstruyen las principales herramientas de control ateniendo al primero de los criterios descritos, esto es, el carácter del órgano que lo efectúa; luego, en la descripción de cada tipología, se desarrolla mejor su especificidad y recepción de otras de las variantes mencionadas. La razón que justifica esta distribución no debería resultar extraña, pues encontrándose el control público vinculado a la tradición republicana, deviene lógico sostener la división entre poderes, demarcada por dicha teoría.

2.1. El control parlamentario

Entre las funciones del Poder Legislativo (PL) suele afirmarse que la más importante es la deliberación y sanción de leyes. Sin embargo, dicho órgano ejerce otra función que es fundamental para el sistema republicano: el control público. Esta tarea consiste, fundamentalmente, en vigilar la actividad de otras esferas de gobierno, así como de su propio cuerpo burocrático y todo agente con potestad de representar y decidir en nombre del Estado.

Para algunos constituye una actividad meramente «política», por la calidad de agentes que involucra, sus resultados y regulación legal. Así, Aragón (1986b) señala que el control parlamentario se caracteriza por ser un control «subjetivo» que es ejercido por órganos o autoridades de poder político. Esto significa que sus potestades y funcionamiento son diferentes a las de un órgano jurisdiccional, pues no controla «la producción jurídicamente objetivada del poder» (Aragón, 1986b, p. 14) sino a los órganos del poder mismo o a sus actividades. Y pese a que su funcionamiento puede encontrarse previsto legalmente, para dicho autor no se realiza de manera institucionalizada; es decir que sucede a criterio de oportunidad y de manera facultativa por parte del órgano legislativo. En otras palabras, puede ser iniciado de oficio o instado por parte interesada y, en este último caso, no necesariamente debe llevarse adelante ni mucho menos acarrear una sanción vinculante o punitiva concreta (Aragón, 1986b, pp. 14-16).

Una corriente dogmática contraria, vinculada al formalismo jurídico (Santaolalla López, 1987), atribuye al control parlamentario carácter «jurídico» por encontrarse objetivado, reglado e incluir la posibilidad de aplicar sanción. Según esta posición, que las constituciones hayan concedido al PL la potestad de cuestionar las decisiones de otras esferas de poder, lo define como un modelo juridizado. Como corolario, rechaza que toda actuación parlamentaria signifique el ejercicio de algún tipo de control, reduciendo dicha actividad sólo a aquella que pueda acarrear una consecuencia conminatoria.

En el fondo, el debate entre una y otra corriente se suscita en torno a la institucionalización e inclusión de actividades parlamentarias más o menos regladas bajo la idea de control público; por ello, dichas posiciones han sido denominadas «informal» o «abierta» la primera, y «formal» o «cerrada» la segunda.

Las actividades en las que se manifiesta el control parlamentario incluyen una variada lista cuya recepción y alcance depende, en gran medida, de la posición asumida en relación con la discusión recuperada en los apartados anteriores. Entre las más importantes y utilizadas a nivel global, aparece la «presentación de información y/o auditorías» que el PL puede requerir a otros órganos y funcionarios del gobierno para valorar su desempeño. En algunos sistemas tal potestad se prevé como un control de ejercicio regular, en momentos fijos y de acuerdo a procedimientos preestablecidos legalmente; por ejemplo, la Constitución Argentina obliga al Jefe de Gabinete de Ministros a concurrir al Congreso, al menos una vez por mes, para informar sobre la marcha del gobierno (art. 101). En otros casos, dicho control surge del abierto reconocimiento del poder parlamentario de requerir, a criterio de oportunidad, la presencia de integrantes del gobierno y solicitarles información bajo el procedimiento establecido para la formulación de «preguntas parlamentarias o interpelaciones» (sucede, por ejemplo, según lo previsto en los art. 109-111 de la Constitución de España). Inclusive, el mecanismo de control puede funcionar de manera inversa; es decir, como una «moción de confianza» instada por el propio Poder Ejecutivo (PE) o alguno de sus Departamentos para poner a disposición del PL su programa de gobierno a fin de que este confirme o retire su confianza (art. 173-174 Constitución de España). Entre dichos extremos, se reconocen variedad de regulaciones según las cuales los informes pueden desarrollarse de manera oral o escrita, con preguntas preestablecidas y/o publicitadas (o no), de manera rápida, en turnos, en sesiones ordinarias, extraordinarias o en el seno de alguna Comisión, entre otras posibilidades.

En muchos casos, esta actividad se agota con el debate, y por tanto, no existe oportunidad para que el PL se expida ni resuelva respecto de los informes y comunicaciones evaluadas. Sin embargo, existen sistemas en los que dichas interpelaciones pueden acarrear consecuencias negativas, como puede ser, una investigación y la consecuente atribución de responsabilidad política al gobierno. Entre estas últimas, la más destacada es la «moción de censura», propia de los sistemas parlamentarios. Su desarrollo puede desencadenar la destitución y sustitución del PE, pues la evaluación no sólo incluye la denuncia de su actividad, sino también la propuesta de una candidatura para su eventual reemplazo.

Probablemente el antecedente de interpelación parlamentaria más conocido sea el llamado «Comité 1922» del Reino Unido. Surgido en el seno del Partido Conservador hace 100 años, dicho Comité reúne semanalmente a los parlamentarios de base (es decir, a parlamentarios que no tienen cargos en el gobierno ni son los principales voceros del partido), para discutir y valorar el curso de la política del gobierno. En los hechos, se ha convertido en un punto de apoyo fundamental y necesario para el PE (Ball, 1990), ya que sus potestades alcanzan la posibilidad de promover mociones de confianza y de censura. Dichas decisiones llevaron al Primer Ministro del Reino Unido a dimitir en su cargo en diversas oportunidades, como ser, Margaret Thatcher en 1990, Tony Blair en 2004 y Theresa May en 2018.

En cuanto al contenido de las actividades que puede controlar el PL, es común citar no sólo las acciones y el ejercicio de potestades ordinarias por parte de los otros poderes del Estado, sino también sus poderes extraordinarios. Es decir, que el PL controla las actividades necesarias y rutinarias requeridas al gobierno ejecutivo para administrar los destinos generales de un país, pero también las decisiones que este adopta en situaciones de emergencia, como los acuerdos y convenios internacionales celebrados, la declaración de estado de sitio o sus poderes de guerra. En sistemas presidenciales como el de Argentina, el PE posee la atribución de tomar tales decisiones en situaciones de emergencia, aunque el Congreso controla y conserva la última palabra sobre ellas (arts. 23, 61, 75 y 99 Constitución Argentina).

Cabe destacar que se han previsto también mecanismos de control parlamentario que se caracterizan por valorar el aspecto financiero, económico o patrimonial de una decisión, no sólo su faz política u operativa. El ejemplo más emblemático es el poder que se reconoce al PL de fiscalización sobre los fondos del tesoro. La Constitución de Estados Unidos ha previsto la llamada «cláusula de apropiaciones» según la cual cualquier utilización de fondos requiere de la necesaria intervención del Congreso (art. 1 sección 9 cláusula 7). Esta fiscalización puede llevarse a cabo en la misma evaluación de informes y auditorías que realiza sobre agentes de otros poderes, a través del ejercicio de potestades de contralor regulares que posee sobre entes organizacionales, en sus sesiones ordinarias de debate, a través de comisiones parlamentarias e, inclusive, mediante organismos con atribución especial para la materia y el caso. En línea con esto último, la reforma de la Constitución Política de Brasil de 1988 creó el llamado «Tribunal de Cuentas de la Unión», órgano técnico auxiliar del PL de Brasil con amplias facultades para juzgar las cuentas de quienes administran dinero, bienes y valores públicos de la administración directa e indirecta (art. 96).

Otra importante vía de control parlamentario reconoce al PL la facultad de «intervenir en el nombramiento de funcionarios o funcionarias» de otros poderes del Estado, sea en la propuesta de candidaturas, en el proceso de selección o en la designación definitiva. Esto contribuye, no sólo a controlar la legalidad de los nombramientos, sino también a dotar de legitimidad a la persona y cargo en cuestión, reforzando la idea de que el control público fortalece el sistema de «frenos y contrapesos» y evita la concentración extrema en alguna de esas esferas (Costa, 2009). En los regímenes presidenciales, la lista de cargos públicos en cuyo nombramiento interviene el PL tiende a ser amplia; por ejemplo, en la Constitución norteamericana el Senado aconseja y consiente (llamada cláusula *advice and consent*) las propuestas y nombramiento de altos agentes del PE (como ser, embajadores, ministros y cónsules públicos), jueces de la Corte Suprema, magistrados y otros empleados públicos (art. 2 sección 2 cláusula 2 Constitución de Estados Unidos).

Por su parte, los Estados que adoptan la forma federal (según la distribución territorial del poder) suelen reconocer al PL del ámbito nacional la posibilidad de ejercer potestades sobre las esferas de gobierno subnacional y controlar su ejercicio (fundamentalmente, ante situaciones de emergencia). Por ejemplo, en Argentina el órgano parlamentario no solo puede decidir la intervención de alguna provincia en caso de grave conflicto interno derivado de invasión exterior o destitución de autoridades, sino que también tiene potestad para controlar aquella intervención federal decretada por el PE nacional (art. 75 inc. 31 y art. 99 inc. 20 Constitución Argentina). No obstante, la necesidad de combatir la suma de poderes públicos y de proteger la autonomía de las provincias en situaciones de extrema necesidad, ha demandado la activación de instancias alternativas de control. De allí que es común la sucesión de un doble control en casos extraordinarios como los mencionados, parlamentario y jurisdiccional.

También cabe destacar el importante papel que han cumplido las «Comisiones Parlamentarias de Investigación» en la tarea de indagar la verdad y atribuir justicia ante crímenes graves o violaciones masivas de Derechos Humanos (DDHH). Dado el interés público del asunto comprometido, no suelen ser comisiones permanentes sino creadas *ad hoc* para la búsqueda de la verdad en temas preocupantes para la comunidad que, como el genocidio o las torturas llevadas a cabo en el seno de las instituciones, pueden afectar la estabilidad del sistema político en general. En definitiva, existen para esclarecer hechos complejos y conciliar los efectos que estos pueden haber dejado en la sociedad. Por tal motivo, las decisiones de las comisiones

no suelen ser vinculantes y toman un cauce paralelo a las denuncias investigadas en sede judicial sobre los mismos hechos. Inclusive, es posible que sus sesiones e informes adopten carácter secreto.

Estas comisiones surgen de una interpretación amplia realizada en favor de los poderes implícitos de control que posee el PL. Por ejemplo, en Argentina se interpreta que las comisiones investigadoras se siguen de la llamada «cláusula de conveniencia» de potestades del PL (Podliszewski, 2019, pp. 543-547). No obstante, la pretensión de esclarecer hechos históricos de magnitud ha llevado a algunos países a la creación de Comisiones de Investigación de carácter permanente en el seno del Congreso, con rango constitucional y facultades que se han ido acrecentando con el tiempo.

El uso recurrente por parte de los países latinoamericanos durante el siglo XX sirve para graficar la importancia de dichas comisiones. Un estudio de Silva Bascuñán (2000) destaca su importancia para el esclarecimiento de hechos políticos trascendentales de Chile, como ser, la infiltración política y material de otros países en el territorio en la década de 1960, el presunto fraude electoral cometido en las elecciones parlamentarias de 1973 o las actividades desplegadas por los servicios de inteligencia y su vinculación con la dictadura militar (Silva Bascuñán, 2000, pp. 111 y ss).

Por último, merece especial atención la figura del *Ombudsman* (también llamado «Defensor del Pueblo» en Argentina, «Comisario Parlamentario para las quejas del público» en Israel, «Mediador» en Francia, «Promotor de la Justicia» en Portugal o «Protector Público» en Sudáfrica, entre otras). Desarrollada por el sistema político sueco a principios del siglo XIX, es una figura que surgió como órgano particular del PL para prevenir abusos de poder (Barraza, 2003, p. 4). Se caracteriza por instrumentalizar los reclamos ciudadanos a través de procedimientos administrativos formales al disponer de amplia legitimación para representar dichos intereses, litigar contra el Estado e, inclusive en algunos sistemas, modificar las decisiones oficiales cuestionadas. En ese sentido, expresa quejas cercanas a las transmitidas por las personas a través de otras vías informales, como las movilizaciones o revueltas populares, aunque constituye «un componente osificado y burocratizado del Estado» (Dalla Corte, 2000, p. 63), dotado de legalidad y autoridad que legitima su actividad.

Con los años, esta figura se ha extendido tanto al ámbito público como privado, adoptando diversas modalidades. En algunos sistemas, sigue ocupando por mandato constitucional un lugar dentro del órgano parlamentario (tal el caso de Finlandia o Dinamarca) mientras que en otros se trata de un *Ombudsman* ejecutivo (como en Tanzania o Francia). Sin embargo, destacan aquellos diseños en los que es un órgano independiente de los tres poderes (como en Portugal, Holanda y Colombia), constituyendo así un agente externo, con mandato constitucional, que contribuye a regular que la actividad de la administración pública sirva a los intereses generales. Inclusive, en algunos países tal agente es creado para la protección de derechos específicos considerados de especial vulnerabilidad (como la libertad de prensa, los derechos de consumidores o los datos personales), llamado *ombudsman* especializado o sectorial (Barraza, 2003, pp. 4-5).

En definitiva, la función de orientación política atribuida al Parlamento se complementa con la de control, cuyo peso queda determinado por el conjunto de mecanismos habilitados para ejercer tal tarea, así como por la práctica política y jurídica del sistema adoptado. Evaluar su alcance y éxito no puede desconocer la existencia de controles cruzados los cuales, en manos de los otros poderes del

Estado, contribuyen a frenar los posibles abusos de poder e impedir desviaciones en el ejercicio de la autoridad.

2.2. El control judicial

Aragón (1986a) define al control jurídico como aquel sujeto a normas y a un parámetro de razonamiento jurídico (Aragón, 1986a, p. 102). En ese sentido, es descrito como la contracara del control netamente político que, como dijimos antes, es de carácter subjetivado, discrecional y ejercido según criterio de oportunidad.

La actividad de control sobre la administración pública llevada a cabo por los tribunales y órganos del PJ es una consecuencia y el más común de los controles jurídicos institucionales. Tal cosa tiene sentido si se piensa que el PJ ha sido percibido tradicionalmente como el principal garante del Estado de Derecho, al tener en sus manos la última palabra en materia de derechos e interpretación de leyes. En la idea de «frenos y contrapesos» propia de la división de poderes, ejerce un papel que no busca contrapesar el poder de mando de otro órgano sino, más bien, «frenar» sus arbitrariedades (Aragón, 1986a, pp. 102-103). Así, aunque existen otras áreas gubernamentales que pueden realizar algún tipo de control jurídico, son los órganos del poder judicial quienes centralizan dicha actividad.

Por tal motivo, los conceptos de «control jurídico» y «control judicial» se encuentran ligados, aunque también rodeados de grandes disputas respecto de su alcance e intensidad. ¿Es jurídico todo control llevado a cabo por los tribunales judiciales? ¿Existen órganos no judiciales que llevan adelante control jurídico? ¿Existen áreas de gobierno exentas de dicho control?

En cuanto al primer interrogante, cabe recordar la distinción doctrinaria entre la actividad de control llevada a cabo por tribunales y agentes del PJ, y el control jurisdiccional practicado por tribunales especiales que se ubican fuera de él (Ivanega, 2020, p. 96).

Siguiendo dicha distinción, es dable mencionar que existen diferentes variantes de control jurídico de la administración, según el órgano al que se asigne dicha tarea. Hutchinson (2010) distingue el sistema francés, del sistema netamente judicial y del modelo mixto. El primero (también llamado administrativo o de doble jurisdicción) atribuye el ejercicio del control jurídico a un organismo administrativo, el cual posee tanto independencia de criterio como separación estructural respecto de la administración activa. Por su parte, en el sistema judicial o de jurisdicción única, el órgano judicial realiza tal tarea, sea a través de sus tribunales ordinarios (como sucede en Estados Unidos) o de tribunales judiciales especializados (como sucede en España, Colombia y Uruguay). Finalmente, el sistema mixto combina tribunales judiciales con administrativos, ambos encargados de ejercer control jurídico, aunque en diferentes áreas. Por ejemplo, en Italia, el control judicial tiene en miras la protección de los derechos subjetivos, mientras que los órganos administrativos a los intereses legítimos (Hutchinson, 2010, p. 154). La enorme elaboración doctrinaria al respecto tiene sentido si se considera la variedad de modelos de control diseñados a lo largo y lo ancho del mundo.

En resumen, si bien el concepto de control jurídico de la administración pública es claro y distinguible de los otros, cabe recordar que no todo control jurídico es ejercido por el órgano judicial, pues son numerosos los países en los que se crean órganos administrativos independientes con potestad para evaluar la labor de la administración pública según parámetros legales. Asimismo, no toda actividad del órgano judicial es una práctica de control jurídico; no lo es, por ejemplo, la

investigación que realiza un tribunal penal sobre el delito, aun cuando se trate de uno cometido por un agente del Estado (Aragón, 1986a, p. 103).

Así, es dable restringir y definir al control judicial como aquella actividad que llevan a cabo los órganos judiciales respecto del producto de la actividad de la administración pública (sean actos administrativos particulares, resoluciones de alcance general, contratos administrativos, etc.) así como también la resolución de aquellos litigios en los que es parte el Estado.

Se trata de una actividad ejercida por un órgano técnico imparcial, especializado e independiente de los otros poderes que, dado su carácter jurídico, es fundamentalmente «objetivada», «necesaria», «indisponible» e «indeterminada» (Aragón, 1986a). Esto significa que el control judicial se sujeta a un parámetro objetivo y abstracto preestablecido (leyes generales), y no puede atarse a la conveniencia u oportunidad de su ejercicio. Asimismo, una vez que es instado por parte interesada, existe obligación del órgano juzgador de emitir una resolución, usualmente en un plazo y de acuerdo a un estándar formal determinado.

Dicha decisión puede ser tanto positiva, confirmando el acto administrativo sometido a revisión, como negativa, anulándolo. Es decir, que el control judicial necesariamente acarrea una sanción o resultado, aunque con ciertas limitaciones facultativas. En los sistemas judiciales (antes llamados «de jurisdicción única») los tribunales tienen vedado reformular el acto declarado inválido y mucho menos pueden emitir un acto administrativo nuevo. Si se piensa, esto es correlativo del carácter propiamente jurídico del control judicial, con potestad de pronunciarse sólo respecto de la juridicidad y legitimidad de una decisión, más no respecto de su oportunidad o conveniencia.

Asimismo, cabe destacar que en los sistemas judiciales dicho control es de tipo «difuso»; es decir que cualquier tribunal puede controlar la legalidad del acto siempre y cuando sea sometido a revisión por parte interesada en un proceso contencioso, de acuerdo a los plazos y formalidades requeridos por la ley. Un claro ejemplo de esto sucede en Argentina, cuya Constitución, siguiendo el modelo norteamericano de control judicial, reconoce a las personas el derecho de interponer recurso ante cualquier decisión administrativa que se considere ilegítima y, por otro lado, concede a los tribunales judiciales la última palabra en cuanto a los hechos y derechos controvertidos en ella (art. 116). Si bien existen instancias de reclamo en sede administrativa, toda respuesta de órgano administrativo puede ser revisada (y eventualmente invalidada) en sede judicial, con efectos prácticos para el caso concreto.

No obstante, en algunos diseños institucionales, el control judicial también se ejerce de manera preventiva. Se trata de sistemas en los cuales los tribunales desempeñan un papel consultivo, ofreciendo su mirada acerca del posible conflicto que una decisión administrativa pudiera suscitar con derechos particulares y previniendo futuras controversias. En España, por ejemplo, el Consejo General del Poder Judicial puede emitir informe acerca de anteproyectos de ley y disposiciones generales que sean sometidos a su conocimiento relativos a diversas temáticas (art. 561 Ley Orgánica 6/1985 del PJ).

La creación de consejos consultivos es característico del sistema francés y hunde sus raíces en los Consejos de los monarcas que, desde épocas romanas, ejercían funciones asesoras políticas, financieras y jurídicas (Triguero Ortiz, 2015, pp. 4-8). Actualmente, el Consejo de Estado de Francia se encuentra formado por Ministros designados por el PE, con asignación de importantes funciones tanto

judiciales como consultivas, obligatorias y facultativas (art. 37 a 39 Constitución de Francia). Y aunque sus informes consultivos no son vinculantes, suelen tener una alta incidencia en las decisiones de gobierno. Asimismo, su labor se ve reforzada por la creación de un Consejo Constitucional encargado de evaluar y opinar sobre la constitucionalidad de las normas (Triguero Ortiz, 2015, p. 15).

Entre otras importantes manifestaciones de control judicial, debemos destacar dos: el «control de constitucionalidad» que el PJ realiza en relación con las decisiones del PL y el «control de potestades del PE», especialmente, cuando se trata de poderes extraordinarios. La intensidad y alcance de dicha práctica depende también del sistema judicial y político adoptado.

El control judicial de constitucionalidad concede a los tribunales la potestad de verificar la correspondencia de los actos y leyes emitidos por el PL y la Constitución, así como también la última palabra en el tema. Actualmente, incluye también la posibilidad de controlar la adecuación de las normas de derecho interno con las normas suscritas en pactos y convenciones de derecho internacional (llamado control de convencionalidad). Inclusive, este último no sólo se practica en el fuero interno, a cargo de magistrados judiciales locales, sino también en el ámbito internacional, en manos de tribunales internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a los que pueden recurrir personas, empresas o gobiernos para denunciar violaciones de derechos fundamentales en el plano doméstico.

El modo en que el control de constitucionalidad puede moldear la práctica política, la dinámica de relaciones entre los poderes de un Estado y, en definitiva, la legislación y políticas públicas que se implementan ha llevado a que los países adopten diseños de diferente intensidad. Fundamentalmente, Nino (2020) reconoce tres variantes. El primero es el modelo británico, característico por poseer una carta constitucional consuetudinaria y rechazar el mecanismo judicial de control constitucional (Nino, 2020, p. 659). Así, mientras reconoce al pueblo la potestad de legislar a través de su Parlamento, niega a los tribunales inferiores y superior la posibilidad de anular dichas decisiones. El segundo es el llamado modelo continental-europeo, que tampoco ha previsto un sistema judicial de control constitucional, aunque en el último siglo ha incorporado progresivamente tribunales *ad hoc* que pueden ejercer la tarea de manera abstracta o concreta, y tanto preventiva como remedialmente (Nino, 2020, pp. 660-661). Entre los principales ejemplos, se suele señalar al sistema alemán, el italiano y el francés, usualmente con órganos mixtos que monopolizan el control de constitucionalidad, adoptando un sistema de control concentrado (esto es, no difuso). Finalmente, el sistema norteamericano de control judicial de constitucionalidad se caracteriza por conceder a cualquier juez federal o inferior la posibilidad de controlar la constitucionalidad de una ley o decisión en los casos concretos sometidos a su decisión. Es decir, que se trata de un control de tipo difuso, a posteriori y de carácter vinculante, pues la declaración de inconstitucionalidad invalida la aplicación de la ley entre las partes del litigio, manteniendo su vigencia fuera del caso (Nino, 2020, p. 663). No obstante, se ha señalado (Guadagnoli, 2013) que la ejemplaridad de las sentencias de la Corte Suprema norteamericana constituye un precedente que es usualmente replicado en los demás tribunales.

Por su parte, el control judicial de las potestades del PE alcanza su punto de mayor algidez cuando se trata de revisar las decisiones adoptadas en situaciones de emergencia. En una exhaustiva enumeración de facultades concedidas a los PE en los sistemas presidenciales, Sacristán recupera: (i) el estado de asamblea, posibilidad que reconoce el sistema chileno para convocar al ejército y asumir el imperio de la

fuerza militar; (ii) la ley marcial, potestad de someter a civiles a juicio ante tribunales militares con sujeción a la ley militar (tema que ha sido relevante en la jurisprudencia norteamericana); (iii) la asunción de la suma del poder público, es decir, atribuciones administrativas, parlamentarias y judiciales, práctica rechazada en la mayoría de los sistemas constitucionales democráticos de la actualidad; (iv) la declaración de estado de sitio, que incluye la posibilidad de suspender derechos o garantías constitucionales para afrontar situaciones de gravedad; aunque se trata de una potestad del Congreso, algunos sistemas reconocen al PE la posibilidad de declarar el estado de sitio cuando este se encuentra en receso y el riesgo y perturbación pública es de gravedad (sucede, por ejemplo, de acuerdo con el art. 99 de la Constitución Argentina); (v) la potestad de legislar mediante la emisión de decretos (Sacristán, 2014, pp. 41-47). En los Estados federales debemos agregar el poder del PE de intervenir el territorio de los Estados Provinciales cuando exista conflicto o situación de gravedad que lo requiera, y la potestad judicial de revisar dicha decisión o sus actos derivados. Como dato histórico, la dogmática agrega también otras potestades que los PE han ejercido en el pasado, ya no vigentes, como la autorización de fusilamiento a subordinados o la asimilación de revoluciones internas a acontecimientos extraordinarios que autorizan facultades extraordinarias.

La legitimidad del control judicial de constitucionalidad ha sido seriamente cuestionada. Más si se considera que se trata de una creación jurisprudencial³ atravesada por el problema de la interpretación de normas abstractas de contenido moral y político, que ha tenido una acogida implícita en los sistemas constitucionales de occidente. Sus críticos señalan que conlleva el riesgo de convertir al órgano judicial en órgano de gobierno político. Inclusive, ha llevado a la construcción de la llamada «doctrina de las cuestiones políticas no justiciables» (Sagües, 2008; Laplacette, 2020), que precisa un cúmulo de potestades y decisiones de gobierno que el PJ tiene impedido revisar, distinguiendo así la protección de derechos (asuntos de los tribunales) de la discrecionalidad propia del ámbito político (en manos del PE y PL).

Finalmente, cabe mencionar un último conjunto de asuntos que ha estado exento de control judicial, no ya por su contenido de índole política o estrictamente administrativo, sino por su relevancia para el orden público. Se trata de las actividades de inteligencia y los asuntos vinculados a defensa nacional y protección de la soberanía nacional. Dada la importancia de dicha información y los riesgos derivados de su potencial difusión, los Estados han delegado su manejo en organismos especiales, usualmente bajo la dirección del PE o, en su caso, de sus delegados en las fuerzas de seguridad y los servicios de inteligencia. El problema que puede suscitar la difusión de información de Estado sensible y/o el modo en que puede poner en riesgo la defensa nacional o la estabilidad de las instituciones democráticas, ha llevado a limitar la potestad judicial de revisar los documentos declarados secretos. Por ejemplo, en España, el Consejo de Ministros es el cuerpo encargado de clasificar información, la cual no puede ser revisada judicialmente (según Ley 9/1968 sobre Secretos Oficiales); siendo que toda intervención judicial se limita a la autorización previa para realizar entradas en domicilios e intervenciones telefónicas, entre otras actividades que pueden afectar derechos fundamentales (Lozano, 1997). Tales límites han suscitado importantes críticas, no solo en el caso español (Sánchez Barrilao 2019; Sendín Mateos, 2020) sino también en la cantidad de países que

³ El caso *Marbury vs. Madison* de la Corte Suprema de Estados Unidos (5 U.S. 137, 1803) constituye el principal antecedente sobre el tema. En su resolución, el juez Marshall no sólo estableció el principio de revisión judicial de leyes sino también el poder de la Corte de declarar su inconstitucionalidad. Véanse sus antecedentes y proyección en los sistemas jurídicos del mundo en: Bianchi (1998).

obstaculizan al PJ y la ciudadanía la posibilidad de revisar la información secreta de gobierno.

2.3. Control administrativo

La rama ejecutiva del poder, en conjunto con los agentes, organismos y entidades que de él dependen en sus diferentes niveles de gobierno (nacional y subnacional), conforman lo que llamamos Administración Pública. El crecimiento exponencial que esta manifiesta desde hace algunos años, tanto a nivel estructural como funcional, suscita una importante dificultad a la hora de construir categorías uniformes que sirvan para describir el alcance y límites de su actividad.

En sentido genérico, decimos que la administración pública tiene a cargo la planificación de actividades y gestión de recursos para el logro de los fines colectivos de la comunidad. Pero si se considera la cantidad de decisiones y personas que ello requiere, se podrá tener una idea precisa de la dificultad conceptual antes mencionada. Por caso, abarca tareas de recaudación y administración de recursos, prestación y distribución de servicios básicos, procesos de tomas de decisión y deliberación, planificación y ejecución de obras, entre otras que completan una larga lista. Asimismo, se vincula con las personas ocupando distintos roles, ya que puede desempeñarse como proveedora de servicios, contratante de agentes públicos, licitadora de obras, representante de intereses políticos, garante de derechos o usuaria de servicios proporcionados por empresas privadas. Y manifiesta su voluntad a través de actos que poseen diferente alcance jurídico: resoluciones, contratos, dictámenes, reclamos, providencias, disposiciones, oficios, etc.

Correlativamente a dichas actividades, los órganos administrativos ejercen un importante papel de control. Para lo cual, se diseñan instituciones que responden a esa misma realidad: esto es, la comprensión de que no solo debe fiscalizarse el cumplimiento de los fines estatales más importantes, sino también todas sus etapas y procedimientos. Por lo tanto, es dable ubicar agentes e instancias de control administrativo en todas las fases, poderes y sistemas de la actividad estatal.

Entre ellas, mencionamos mecanismos de control externo que vigilan las actividades llevadas adelante en el seno del PE y sus dependencias; por ejemplo, se hizo referencia a la importante labor de seguimiento que desempeña el PL sobre la marcha de las políticas de gobierno (siendo que la autorización de presupuesto resulta la más frecuente). Igualmente, existen temas y actos emanados de la administración pública que pueden ser recurridos por particulares y respecto de los cuales el PJ tiene habilitado ejercer un control de legalidad y legitimidad. Estos suponen la existencia de mecanismos cruzados y complementarios de control, en manos del PE, entre los cuales cabe destacar los siguientes.

En primer lugar, el PE puede intervenir en el «nombramiento de funcionarios» del PJ. La modalidad y envergadura de dicha intervención varía según el sistema político, según se requiera la aprobación de un examen de capacidades técnicas previa por parte de los candidatos, acuerdo del PL en las candidaturas aprobadas, la propuesta de una terna por parte de un órgano diferente o directamente se trate de la concesión al PE para designar unilateralmente a magistrados de los tribunales supremos.

Asimismo, el PE puede tener a cargo la «asignación y/o gestión de recursos» que sostiene el funcionamiento de los otros poderes. No es común que suceda en relación con el PJ ya que, tanto en los sistemas presidenciales como en los parlamentarios, éste conserva autarquía para decidir sobre la recaudación y

disposición de sus recursos económicos, como garantía de independencia. En cambio, si sucede en relación con la asignación de recursos al PL, la cual suele entenderse comprendida dentro del presupuesto público que administra el PE. No obstante, la doctrina niega que esto suponga una privación de autonomía funcional, pues el PL conserva mecanismos administrativos de distribución interna.

En algunos sistemas parlamentarios, se reconoce constitucionalmente al PE la potestad de «disolver el PL ante situaciones de emergencia o peligro de gobernabilidad». Por ejemplo, la Constitución de Finlandia anterior habilitaba al Presidente a disolver el Parlamento y convocar a nuevas elecciones, hecho que sucedió siete veces entre 1917 y 1975 (Laine, 2019). La reforma de 1999 limitó esa potestad presidencial a la de convocar elecciones parlamentarias extraordinarias, previa propuesta del Primer Ministro y después de haber escuchado a los grupos parlamentarios al respecto (Constitución de Finlandia, Sección 26).

Algunos sistemas presidenciales reconocen al PE la potestad de enmendar o rechazar, total o parcialmente, las leyes aprobadas por el Congreso, poder llamado «veto presidencial». Esto es característico del sistema político norteamericano y de aquellas naciones que han replicado su diseño constitucional, como, por ejemplo, Argentina (art. 80 Constitución Argentina) y Chile (art. 73 Constitución de Chile). No obstante, no debe soslayarse la existencia de controles cruzados que, como dijimos, impiden tanto el abuso de poder como la pérdida de autonomía funcional. Así, el veto no debería significar la concesión de la dirección absoluta de gobierno al PE, si se lo considera complementario de la posibilidad que tiene el Congreso de insistir en la presentación del proyecto vetado y la del PJ de revisar su constitucionalidad.

Pero además de los controles entre poderes, las principales tareas de control que ejerce el órgano administrativo (es decir, las más regulares y numerosas) funcionan en instituciones creadas dentro de la misma órbita del órgano ejecutivo. Esto responde a una doble necesidad. Primero, que dada la especialidad técnica de las tareas que lleva adelante, es el ente con mejor y mayor capacidad para revisar sus decisiones (Gordillo, 2014). Segundo, por razones de economía procesal pues, cuando el propio órgano administrativo realiza dicha revisión, puede adelantarse a conflictos futuros y evitar un desgaste jurisdiccional excesivo. Por tal motivo, los controles internos de la administración pública funcionan usualmente como instancias obligatorias, que deben ser agotadas antes de poder acudir al órgano judicial.

Importantes discusiones se han suscitado en torno a la conveniencia de que el control administrativo sea externo o interno. Según Ivanega, sucede por la difundida idea de que «el control externo tiene más relevancia que el control interno» o que «el control interno es inútil», dada la posible dependencia entre controlante y controlado (Ivanega, 2020, pp. 65-67). Esta disputa ha crecido en los últimos años, especialmente en la esfera internacional con cantidad de acuerdos suscritos sobre el tema y organismos que establecen recomendaciones al respecto⁴.

⁴ Por ejemplo, La Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción aclara la necesidad de garantizar órganos con independencia suficiente, recursos materiales y personal especializado que permitan aplicar y difundir dichas políticas (art. 6). Subsidiariamente, organismos internacionales que trabajan en el desarrollo de políticas públicas han establecido recomendaciones alineadas con dicha Convención, como ser, Transparencia Internacional (Fagan, 2014), la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (INTOSAI 2019a; 2019b) y la Asamblea General de las Naciones Unidas (resoluciones A/66/209 y A/69/228). En Latinoamérica también existen recomendaciones específicas sobre el tema elaboradas por el ente que evalúa el cumplimiento de la Convención Interamericana Contra la Corrupción por parte de los Estados suscritos a la Organización de los Estados Americanos (MESICIC, s/f; 2013).

Por tal motivo, las reformas políticas tienden a reforzar el carácter de independencia de los organismos internos de control, bajo la premisa de que esta no está atada solo al mecanismo de nombramiento o vinculación del ente de control con la administración pública, sino también de otros aspectos funcionales o estructurales. Así, entre aquellos vinculados a las atribuciones del cargo público se mencionan, por ejemplo, la concesión de inmunidades o estabilidad en el empleo, como ejes para fortalecer la independencia. En relación con el funcionamiento del ente, temas presupuestarios, la disposición de facultades de investigación y manejo de información, el establecimiento de un marco regulatorio específico o la posibilidad de imponer resoluciones vinculantes. En cuanto al seguimiento de su actividad, se establecen mecanismos de control y participación de la ciudadanía, auditorías intermedias o presentaciones de declaraciones juradas por parte del agente público.

Como mencionamos al comenzar este apartado, la diversidad de diseños y modelos de control administrativo es vasta. Así, algunos actos administrativos requieren, antes de ser emitidos, de un dictamen jurídico que oficia de control «legal previo», o la identificación de riesgos asociados a la actividad proyectada y el establecimiento de un plan para mitigarlos (llamado control «preventivo de riesgos»). De manera simultánea a la ejecución del acto, existen organismos que intervienen para evaluar el cumplimiento de sus diferentes etapas (es común, por ejemplo, en un contrato de licitación) o examinar el cumplimiento de objetivos y planes por parte del ente; según las categorías de Ivanega (2020, pp. 102-105) estos pueden llamarse control «financiero», «contable» o «de gestión» concomitante, según el caso. Dichos controles participan también de instancias posteriores a la ejecución del acto administrativo, el cual puede resultar inclusive en su impugnación.

La diferencia entre estas prácticas puede apreciarse al revisar el sistema fiscal de Colombia, que reconoce a la Contraloría General potestad para vigilar la gestión de recursos por parte de entidades y/o particulares que manejen fondos públicos, sea de manera «posterior y selectiva» como «preventiva y concomitante» (art. 267 Constitución Política de Colombia). Es decir que se trata de un ente de seguimiento permanente de los ciclos y uso de los recursos públicos, el cual se extiende desde la etapa de planificación hasta el control de gestión y resultados. Decimos que este diseño institucional ejemplifica con claridad las categorías de control mencionadas porque, justamente, fue incorporado vía reforma constitucional en el año 2019 a raíz de profundas críticas señaladas al sistema que regía anteriormente en el país, que funcionaba exclusivamente de manera posterior y se acusaba de inoportuno e ineficaz. La exposición de motivos de la reforma refleja dichas críticas, así como también los intentos por evitar implementar un tipo de control preventivo que signifique coadministración –es decir, gobernar con intromisión o direccionamiento del órgano de control– (Contraloría General de la República, 2019).

En cita a otras clasificaciones de la doctrina administrativa, Ivanega recupera que los controles internos pueden ser también de tipo «jerárquico», esto es, ejercidos por el organismo superior respecto de los actos del inferior, o «de tutela», practicados por el ente estatal superior respecto de entes descentralizados (Ivanega, 2020, p. 106). El primero reconoce a la autoridad superior amplias facultades para revisar, anular, sanear o ratificar el acto administrativo del inferior (por ejemplo, sucede según la ley n.º 19549 de Procedimiento Administrativo de Argentina). Aunque la posibilidad de precisar esta distinción es variable, ya que depende del vínculo entre órgano de control y órgano controlado, así como de la intensidad de su ejercicio. Así, la autora menciona que la doctrina continental europea caracteriza al control de tutela por su objeto (que evalúa la legitimidad del acto, no su oportunidad, mérito o conveniencia) y alcance (ya que puede aceptar o rechazar el acto administrativo, no modificarlo); mientras que en el sistema de Argentina se considera también la forma de creación

del ente descentralizado sujeto a control (por ejemplo, si fue creado por ley o por decreto ejecutivo) (Ivanega, 2020, p. 107).

Asimismo, estos controles pueden funcionar de oficio o ser instados por parte interesada, siendo que la vía recursiva es el acto jurídico característico habilitado para que particulares impugnen un acto administrativo en sede administrativa (vale recordar lo sostenido en el apartado sobre «control judicial», y no confundir los recursos administrativos con el recurso judicial propiamente dicho).

Las resoluciones adoptadas en dichos procesos no pueden ser calificadas exclusivamente como positivas o negativas, dada su amplitud. Así, alcanzan desde la mera emisión de un consejo o asesoramiento, hasta la observación del acto administrativo, su aprobación, confirmación, revocación, nulidad y/o la suspensión de efectos, con carácter vinculante o no vinculante, según el caso. Inclusive, el órgano administrativo puede tener potestad para reformular o sustituir el acto, lo cual algunos señalan como una ventaja del control administrativo por encima del judicial (Gordillo, 2014, p. 634).

Por último, existen algunas figuras de control administrativo que merecen especial atención. Entre ellas, se mencionó la creación de órganos jurisdiccionales especiales dentro de la propia administración que revisan el aspecto jurídico de sus decisiones. Esto es propio del modelo que llamamos «dualista» o «francés», característico por la disposición de una jurisdicción administrativa independiente con competencia para la resolución de conflictos entre el Estado y particulares, usualmente llamado «Consejo de Estado» (Hutchinson, 2010, p. 153). Sus funcionarios no son jueces (en el sentido estricto del término) sino órganos ligados a la administración pública que poseen atribuciones tanto litigiosas como consultivas. Esta dualidad de rol le ha ganado tanto críticas como elogios frente al sistema judicial y el sistema mixto.

También revisten particular interés las fiscalías dependientes del PE, creadas para la defensa de sus intereses patrimoniales en litigios particulares. Llamada «Fiscalía de Estado» o «de Investigaciones Administrativas», según el caso, reconoce importantes antecedentes en el Derecho Romano (Tribiño, 2009, p. 57), y ha tenido una importante recepción en los sistemas jurídicos de Iberoamérica. En Argentina, por ejemplo, las provincias han creado Fiscalías de Estado a cargo del control de la legalidad administrativa, así como de la representación y defensa en juicio de los intereses de cada localidad, con poder para intervenir en actuaciones e impugnar actos en sede judicial en nombre de la administración y en contra de un particular (Ley orgánica de la Fiscalía de Estado de Buenos Aires, Decreto/Ley 7543/1969). Lo particular de la institución es que no forma parte del organismo público encargado de realizar las acusaciones en los litigios de corte adversarial (usualmente llamadas Fiscalías Generales) y posee dependencia funcional respecto del PE, aunque su actividad debe guiarse por criterios de objetividad legal.

2.4. Control social

Finalmente, es de destacar el papel que cumple la ciudadanía como agente de control de los poderes públicos, práctica que puede adoptar múltiples matices según sea instada desde espacios institucionalizados o no. En los últimos 40 años, la ampliación de vías para garantizar el goce de derechos democráticos ha significado el paso hacia modelos de gobierno abierto y de mayor transparencia. Esto implica la apertura de nuevas vías participativas que, siguiendo una clásica distinción elaborada por García de Enterría (1989), podemos agrupar en tres categorías fundamentales: a) orgánica, que supone la incorporación de un particular al órgano administrativo encargado de

la tarea de control; b) funcional, que supone el ejercicio de funciones administrativas por parte de la ciudadanía, sin perder su rol privado ni incorporarse formalmente al ente de control; y c) cooperativa, que supone la actividad privada que coadyuva a la administración en la persecución del interés general (en Salomoni, 2009, p. 496).

De acuerdo con esta distinción, constituyen modelos de participación orgánica aquellos entes de control que prevén la participación de la ciudadanía entre sus miembros permanentes. Por ejemplo, en Argentina se ha previsto el funcionamiento de entes que regulan el cumplimiento y prestación de servicios públicos por parte de empresas privadas, cuyas decisiones deben tomarse con participación de la ciudadanía y consumidores en audiencias públicas, reguladas de acuerdo a procedimiento especial (Decreto 1172 / 2003 PE). La abogacía pública puede ser considerada otra modalidad dentro de esta tipología, pues supone la incorporación de técnicos operadores del derecho a espacios institucionales (por ejemplo, dentro de Asesorías o Procuradurías) destinados a la protección de los derechos individuales, sea a través de tareas consultivas o de control legal.

Como modelos de participación funcional de la ciudadanía, Salomoni (2009, p. 496) menciona el ejercicio judicial de acciones colectivas o la participación en informaciones públicas que suelen llevar adelante las ONG. Por ejemplo, Colombia reconoce a las organizaciones civiles el derecho a participar en los procesos de auditoría de entidades gubernamentales, a través de la figura de «veeduría ciudadana» (Ley 850 de 2003). Esto supone la inscripción de la organización en un registro especial, con la concesión de derechos correlativos, como el acceso a información, vías de queja y petición. Las leyes sobre Acceso a la Información Pública constituyen un importante hito al respecto al reconocer el libre y gratuito acceso a toda información de interés público y, paralelamente, el reconocimiento de procedimientos de reclamo específicos, siendo la más importante la legitimación amplia para solicitar el acceso a información.

Finalmente, en cuanto a participación cooperativa puede mencionarse la diversa actividad que llevan adelante agrupaciones formalizadas y organizadas, como los partidos políticos, los sindicatos o las mencionadas ONG, pero también aquel control que despliega la ciudadanía en general, desde sus diferentes roles profesionales y agenda particular. Especialmente, si se consideran aquellos espacios dedicados a la prestación de servicios esenciales, como las universidades, espacios culturales o entes pertenecientes al sistema de salud pública. La lista de ejemplos en torno a estas prácticas es amplia y sumamente original, pero pueden mencionarse como ejemplos a la participación de sindicatos en los procesos de discusión salarial o reforma laboral, la veeduría que realizan los partidos políticos en momentos electorales o la auditoría e informes de universidades técnicas sobre los riesgos de ciertas políticas públicas.

No debemos soslayar el enorme crecimiento que han tenido los mecanismos de participación ciudadana en los últimos años, acrecentado también por las posibilidades que proveen las nuevas tecnologías. En esa línea, la base de datos LATINNO sistematiza avances sobre innovaciones democráticas desarrolladas en 18 países de América Latina, demostrando el elevado número de experimentos e instituciones participativas y la gran variación de diseños institucionales que existe en la región (Pogrebinski, 2021). Entre las novedosas variables que utiliza para estructurar el sistema de cada país, son de interés a las instituciones de control público las cuestiones referidas a: a) nombre y tipo de organización a cargo (esto es, si es una actividad promovida por el gobierno, la sociedad civil, los medios de comunicación, organizaciones internacionales, sectores privados o alguna combinación de los anteriores); b) ramas y niveles de involucramiento estatal; c) modo

de participación (que puede ser abierto, restringido a condiciones o una combinación de ambos); d) nivel y alcance de implementación (local, regional, nacional, transnacional o alguna combinación de estos); e) frecuencia de la actividad (es decir, si ocurrió una única vez, es esporádica pero sin regularidad o sucede de manera regular y permanente); f) grado de formalización (que refleja si la participación de la sociedad civil se encuentra prevista en el marco constitucional o legislativo, si fue creada a través de un acto administrativo o programa de gobierno, o si se encuentra formalizada dentro de la estructura estatal); g) efecto sobre la acción gubernamental (esto es, si es vinculante o no); h) asunto de la política sobre el que actúa la ciudadanía (entre las que se incluyen políticas sociales, de desarrollo urbano o rural, de transparencia y performance institucional, políticas culturales, de medioambiente, comunicación y medios, entre otras); i) etapa del ciclo de políticas públicas afectada (sea en la definición de agenda, toma de decisiones, implementación, y/o evaluación) (Pogrebinschi y Ross, 2019, pp. 327-329). Entre los resultados del informe, destaca lo referido a Bolivia, al tratarse de un país históricamente atravesado por el centralismo político y el racismo en contra de las comunidades originarias; pero que una reforma constitucional convocada en el año 2009 implicó novedosos cambios, con efectos beneficiosos para los gobiernos regionales y los sectores sociales antes relegados. Entre ellos, subrayamos el reconocimiento de Bolivia como un Estado Plurinacional con un modelo descentralizado de gobierno, que reconoce a las organizaciones comunales un importante papel en la definición de políticas públicas, y diseña consejos y mesas participativas altamente formalizadas, con marcos regulatorios estables, y mecanismos de consulta que reflejan la cultura e identidad de las comunidades originarias, como ser, los Consejos Educativos de Pueblos Originarios o las Consultas a los Pueblos Indígenas sobre proyectos de explotación de hidrocarburos y gas (Pogrebinschi y Ross, 2019, pp. 36-37).

Los avances mencionados son reflejo de las múltiples reformas implementadas en aras de democratizar el poder, no sólo para permitir a las personas transmitir sus inquietudes y conformar consensos, sino también para contribuir en la fiscalización del poder.

3. Conclusiones

En este artículo recuperamos las líneas conceptuales y teóricas más importantes, para distinguir tipologías de control público que destaquen su importancia para la democracia, el respeto por los derechos individuales y el buen funcionamiento de la administración pública. Como sugerimos antes, la variedad de herramientas de control existente dificulta elaborar una exhaustiva lista de definiciones y ventajas. No obstante, el análisis comparado de las instituciones mencionadas permite sugerir algunas conclusiones que contribuirían a fortalecerlas.

Se ha visto que la adopción de una u otra forma de gobierno influye en la disposición de medios y vías para su ejercicio. En los parlamentarismos, las vías de coordinación entre poderes en los procesos de toma de decisión son numerosas, con potestades funcionales atenuadas del órgano ejecutivo y mayores competencias de gobierno del PL (por ejemplo, por vía de necesidad de acuerdo o moción de censura). En los sistemas presidencialistas, en cambio, se acentúa el papel conductor del PE, al que se le conceden facultades casi autónomas para gobernar e, inclusive, vetar las decisiones de otros órganos; de hecho, es el motivo por el cual se los ha llamado «hiper-presidencialismos» en los países latinoamericanos (Nino, 2002).

El palpable debilitamiento del PL en los sistemas presidenciales urge la disposición de medios para controlar el ejercicio de las potestades individuales concedidas a los otros poderes (en especial cuando se trata de poderes

excepcionales de uso ante situaciones de emergencia). Asimismo, la experiencia muestra que las herramientas de control parlamentario se ven fortalecidas cuando se concede un rol activo y primario a la oposición, previniendo posible connivencia entre PL y PE. Por ejemplo, Martín (2021) sugiere reconocer a las minorías potestades para crear comisiones de control e integrar o ejercer la presidencia en ellas; complementariamente, sugiere conceder un derecho de acceso a la información «calificado» a los partidos políticos, inclusive con acceso a documentación secreta.

Los riesgos de que el PJ se convierta en agente político de gobierno es uno que los Estados han intentado combatir. Siendo un agente estrictamente técnico, en cuanto interprete del derecho, se le ha concedido la última palabra acerca de numerosas decisiones que pertenecen al ámbito legislativo y administrativo. No obstante, según la tradición republicana, dichos controles deben ser vistos como «poderes defensivos» (Gargarella, 2003, p. 11) que procuran impedir abusos por parte del PE y suponen la existencia de otros mecanismos cruzados y complementarios de control.

En esa misma línea deben entenderse los múltiples controles dispuestos sobre la actividad del PL. Ya que, pese a constituir el órgano en el que reside la voz de la comunidad por excelencia, ésta pudiera comportarse de manera errática o tiránica. Así, el control judicial o el veto presidencial sirven para proteger los derechos individuales y otras conquistas relevantes para la comunidad política.

Finalmente, tampoco debemos soslayar otros elementos que componen el sistema político e influyen en la práctica del control público, como el sistema electoral, los partidos políticos y los mecanismos de representación, entre otras. Por mencionar alguna variante, un sistema electoral de tipo mayoritario y con listas cerradas (es decir, uno que permite a la primera mayoría hacerse de la mayor parte de las bancas), requiere el diseño de controles públicos externos con elevada participación de partidos minoritarios, a fin de procurar imparcialidad en la tarea de fiscalización. Y lo mismo sucede si se trata de un sistema pluripartidista pero con un partido históricamente hegemónico o predominante. Ahora bien, si hablamos de un país en el que existen numerosos partidos políticos obligados a concertar coaliciones, la presencia de la ciudadanía, ONGs y medios de comunicación es vital al momento de controlar el contenido y grado de negociaciones entre ellos. En palabras de Nino, «(...) es la combinación de dichos mecanismos lo que produce una u otra dinámica de acción política» (Nino, 2002, p. 503).

CONTROL PARLAMENTARIO		
¿Cómo sucede?	Requerimiento de informes o auditorías a otros órganos o agentes	Ejemplo: El Jefe de Gabinete de Ministros debe concurrir al Congreso al menos una vez por mes para informar (art. 101 Constitución Argentina)
	Preguntas parlamentarias o interpelaciones	EJ: Posibilidad de requerir la presencia de integrantes del gobierno (art. 109-111 Constitución de España)
	Moción de confianza	EJ: El PE pone a disposición del PL su programa de gobierno a fin de que éste confirme o retire su confianza (art. 173-174 Constitución de España)
	Moción de censura	EJ: Interpelaciones que pueden acarrear la destitución del PE (Comité 1922 del Reino Unido)
¿Qué se controla?	Contenido de decisiones políticas	
	Ejercicio de poderes extraordinarios por parte del PE	EJ: El congreso controla las decisiones tomadas por el PE en situaciones de emergencia (art. 23, 61, 75 y 99 Constitución Argentina)
	Aspecto financiero de una decisión	EJ: Toda utilización de fondos requiere intervención del Congreso (art. 1 sección 9 cláusula 7 Constitución de Estados Unidos); El Tribunal de Cuentas de la Unión

		juzga las cuentas de quienes administran valores públicos (art. 96 Constitución Brasil)
	Nombramiento de funcionarios/as de otros poderes	EJ: El Senado aconseja y consiente las propuestas y nombramiento de altos agentes del PE, jueces de la Corte Suprema y magistrados (art. 2 sección 2 cláusula 2 Constitución de Estados Unidos).
	Ejercicio de potestades sobre gobierno subnacional	EJ: El Congreso controla la intervención federal sobre una Provincia decretada por el PE (art. 75 inc. 31 y art. 99 inc. 20 Constitución Argentina)
Figuras especiales	Comisiones parlamentarias de investigación	
	Ombudsman	EJ: Ombudsman parlamentario (Finlandia o Dinamarca); Ombudsman ejecutivo (Tanzania o Francia); Ombudsman extrapoder (Portugal, Holanda y Colombia); Ombudsman especializado o sectorial
JUDICIAL		
¿Quién lo ejerce?	Órgano administrativo independiente de la administración activa	Sistema francés
	Tribunales ordinarios o tribunales judiciales especializados	Sistema norteamericano, España, Colombia, Uruguay
	Sistema mixto	Sistema italiano
¿Cómo sucede?	Difuso	EJ: Toda persona puede interponer recurso ante decisión administrativa (art. 116 Constitución Argentina)
	Preventivo	EJ: El Consejo General del PJ puede emitir informe sobre anteproyectos de ley y disposiciones generales que sean sometidos a su conocimiento (art. 561 Ley Orgánica 6/1985 del PJ de España)
¿Qué se controla?	Constitucionalidad de leyes	Modelo británico: tribunales no realizan control de constitucionalidad Modelo continental europeo: tribunales <i>ad hoc</i> ejercen control de constitucionalidad (Alemania, Italia, Francia) Modelo norteamericano: cualquier juez federal o inferior puede controlar la constitucionalidad de una ley
	Potestades del PE	EJ: Estado de asamblea (Chile), ley marcial (Estados Unidos); declaración de estado de sitio (art. 99 de la Constitución Argentina)
	Tareas de inteligencia y defensa nacional: control judicial limitado	EJ: Ley 9/1968 sobre Secretos Oficiales de España
ADMINISTRATIVO		
¿Qué se controla?	Mecanismos externos	
	- Nombramiento de funcionarios/as del PJ	
	- Asignación y gestión de recursos del PL	
	- Funcionamiento del PL	EJ: El PE puede disolver el PL ante situaciones de emergencia (Constitución de Finlandia hasta 1999)
	- Contenido de leyes aprobadas en el PL	EJ: Estados Unidos, Argentina, Chile
	Mecanismos internos	
	- Preventivo	EJ: Contraloría General tiene potestad para vigilar la gestión de recursos de manera «posterior y selectiva» y «preventiva y concomitante» (art. 267 Constitución Política de Colombia)
- Posterior		
- Actos de funcionario/a inferior	EJ: La autoridad superior puede revisar, anular o ratificar el acto administrativo del inferior (control jerárquico, Ley 19549 de Procedimiento Administrativo de Argentina)	

	- Actos de órgano descentralizado	Modelo continental de control de tutela: el superior evalúa la legitimidad del acto, pudiendo aceptar o rechazar el acto administrativo, no modificarlo
Figuras especiales	Órganos jurisdiccionales pertenecientes a la administración	EJ: Consejo de Estado Francés
	Fiscalías de Estado o de Investigaciones Administrativas	EJ: Fiscalía de Estado a cargo del control de legalidad administrativo (Ley orgánica de Fiscalía de Estado de Buenos Aires, Argentina, Decreto/Ley 7543/1969)
SOCIAL		
Según vinculación con órgano estatal	Orgánica	EJ: Entes de regulación de servicios públicos, bajo sistema de audiencias públicas con participación ciudadana (Decreto 1172/ 2003 Argentina) Abogacía del Estado
	Funcional	EJ: La «veeduría ciudadana» permite la participación de organizaciones civiles en auditorías (Ley 850/2003 de Colombia)
	Cooperativa	Participación de Sindicatos en procesos de discusión salarial o reforma laboral Veeduría de partidos políticos durante elecciones Auditoría e informes técnicos del sector académico
Variables de innovación participativa según: a) nombre y tipo de organización; b) involucramiento estatal; c) modo de participación; d) nivel y alcance; e) frecuencia; f) formalización; g) efecto; h) asunto comprendido; i) etapa afectada		EJ: Consejos Educativos de Pueblos Originarios o las Consultas a los Pueblos Indígenas sobre proyectos de explotación de hidrocarburos y gas, incorporados por Reforma Constitucional de 2009 en Bolivia

Tabla 1: autoría propia

Bibliografía

- Aragón, M. (1986a). La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (17), 85-136.
- Aragón, M. (1986b). El control parlamentario como control político. *Revista de derecho político* (23), 9-39.
- Ball, S. (1990). The 1922 Committee: The Formative Years, 1922-45. *Parliamentary History*, 9(1), 129-157.
- Barraza, J.I. (2003). Antecedentes históricos en torno al origen del ombudsman y el grado de evolución de la institución. SAIJ. <http://www.saij.gob.ar/javier-indalecio-barraza-antecedenteshistoricos-torno-al-origen-ombudsman-grado-evolucion-institucion-dacf030021-2003/123456789-0abc-defg1200-30fcanirtcod>
- Bianchi, A. (1998) *Control de constitucionalidad*, Tomo I, 2da edición. Ed. Depalma.
- Bovens, M. (2020). *Analysing and assessing public accountability. A conceptual framework. European Governance Papers (EUROGOV)*. 2006. C-06-01: 1–37.
- Contraloría General de la República (2019). Informe de gestión al Congreso y al Presidente de la República. Una contraloría para todos. Bogotá: *Contraloría*. https://issuu.com/cgr.clic/docs/informe_gestion_final#google_vignette
- Costa, F. M. G. (2009). Modelos comparados de intervención parlamentaria en el nombramiento de autoridades. *Criterio Jurídico*, 9 (2), 63-80.
- Dalla Corte, G. (2000). *El "Ombudsman". Expectativas de derechos en el poder con fuerza no vinculante*. Tesis presentada para título de Doctorado en Antropología. Repositorio Digital de la Universitat de Barcelona. <http://hdl.handle.net/2445/62405>

- Elster, J. (1999). Accountability in athenian politics. En A. Przeworski, S. C. Stokes y b. Manin (Eds.), *Democracy, accountability, and representation*. Vol. 2 (253-278). Cambridge University Press.
- Fagan, C. (2014). *Asset declarations: an effective tool to fight corruption? #1-2'14 working paper*. Transparency International. <https://www.transparency.org/en/>
- Gargarella, R. (2003). "Sobre los déficits del sistema de 'Frenos y Contrapesos'". Presentado ante el VI Congreso Nacional de Ciencia Política, realizado en noviembre 2003 en Rosario, Argentina.
- Gordillo, A. (2014). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo 2. Ed. Fundación de Derecho Administrativo.
- Guadagnoli, R. S. (2013) Análisis del sistema de control constitucional argentino. *Sistema Argentino de Información Jurídica* (Nov 2013), Id SAIJ: DACF130342, www.infojus.gov.ar
- Gutmann, A., y Thompson, D. F. (2004). *Why deliberative democracy?* Princeton University Press.
- Hutchinson, T. (2010). El sistema argentino de control judicial de la Administración. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 7 (40), 152-179.
- Ivanega, M. (2020). *Control público*. Astrea.
- Laine, J. (2019) El parlamentarismo. Todo lo que necesita saber sobre el gobierno finlandés. *This is FINLAND*. <https://finland.fi/es/vida-y-sociedad/el-parlamentarismo/>
- Laplacette, C. J. (2020) Las cuestiones políticas no justiciables. Propuestas teóricas para una mejor Comprensión. *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*, Tomo XLVII (parte II – Instituto de Política Constitucional). <https://ancmyp.org.ar/user/FILES/Laplacette2020.pdf>
- Lozano, B. (1997). El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos de CESID. *Revista española de derecho administrativo*, (94), 255-286.
- Martín, S. J. (2021). *Oposición y control parlamentario*. Ediar.
- Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención Interamericana Contra la Corrupción [MESICIC] (s.f.). *Propuesta de guía legislativa: elementos básicos sobre conflictos de intereses*. https://www.oas.org/es/sla/dlc/mesicic/docs/gl_conflictos_int.pdf
- MESICIC. (2013). *Ley modelo sobre declaración de intereses, ingresos, activos y pasivos de quienes desempeñan funciones públicas*. Vigésima Primera Reunión del Comité de Expertos, Washington D.C. http://www.oas.org/juridico/PDFs/ley_modelo_declaracion.pdf
- Nino, C. S. (2002). *Fundamentos de derecho constitucional*. Editorial Astrea.
- Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores [INTOSAI] (2019a). *Principios de transparencia y rendición de cuentas*. <https://www.issai.org/pronouncements/intosai-p-20-principles-of-transparency-and-accountability/>.
- Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores (2019b) *ISSAI 130: Código de Ética*. <https://www.issai.org/pronouncements/issai-130-code-of-ethics/>
- Pettit, P. (1997). *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford University Press.
- Podliszewski, Tatiana (2019). Art. 75 inc. 32. Comentario. En R. Gargarella y S. Guidi (Dir.), *Constitución de la Nación Argentina comentada*. Tomo II (539-551). La Ley.
- Pogrebinschi, T. (2021). *Treinta Años de Innovación Democrática en América Latina*. WZB Berlin Social Science Center.
- Pogrebinschi, T. y Ross, M. (2019). El abordaje metodológico del Proyecto LATINNO para la investigación sobre innovaciones democráticas. *GIGAPP Estudios Working Papers*, 6 (129), 323-336.

- Sacristán, E. (2014) Control judicial del estado de sitio y de la intervención federal. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, 1 (1), 39-66. <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/40247>
- Sagües, N. P. (2008). La revisión de las cuestiones políticas no justiciables (a propósito de la «coalición» contra Saddam Hussein). *Pensamiento Constitucional*, 13 (13), 73-94.
- Salomoni, J. L. (2009). El control de la Administración Pública por las organizaciones no gubernamentales. En J. Comadira (Dir.), *Control de la administración pública: administrativo, legislativo, judicial* (495-507). RAP.
- Sanchez Barrilao, J. F. (2019). Servicios de inteligencia, secreto y garantía judicial de los derechos. *Teoría y realidad constitucional*, (44), 309-340.
- Santaolalla López, F. (1987). La función de control y la ciencia del Derecho Constitucional. *Revista de las Cortes Generales*, 219-241.
- Seleme, H. O. (2010). La legitimidad como autoría. *Revista Brasileira de Filosofia*, 234, 73-99.
- Sendín Mateos, J. A. (2020). Secreto de Estado. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, 258-273. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5276>
- Silva Bascuñán, A. (2000) *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo V. Ed. Jurídica de Chile.
- Tribiño, C. (2009). El Fiscal de Estado. En J. Comadira (Dir.), *Control de la administración pública: administrativo, legislativo, judicial* (55-66). RAP.
- Triguero Ortiz, O. (2015). Diferentes modelos de la función consultiva y jurisdiccional de la institución del Consejo de Estado: Francia, Bélgica, Portugal y Colombia. *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, (15).

Democracia radical*

Radical Democracy

Alfredo Sánchez Santiago
Universidad Complutense de Madrid
ORCID ID 0000-0002-5129-3662
alfredo.sanchez@ucm.es

Cita recomendada:

Sánchez Santiago, A. (2024). Democracia radical. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 275-292

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8513>

Recibido / received: 29/01/2024
Aceptado / accepted: 05/03/2024

Resumen

El objetivo de este trabajo es distinguir la democracia radical de otras corrientes de la teoría democrática contemporánea y pasar revista a algunos de los autores y planteamientos que han dado cuerpo a esta noción en la filosofía política de las últimas décadas. En la primera parte, sitúo la noción de democracia radical en el contexto de las luchas contrahegemónicas que se suceden en distintas geografías tras la crisis financiera de 2008 y evalúo nuestra distancia actual con respecto a aquel periodo de efervescencia política. A continuación, trazo una breve historia conceptual de la democracia radical desde los años 1960 hasta la década de 1990 y defiendo la necesidad de inscribir la democracia radical en el linaje de la revolución democrática moderna. Propongo, por último, tres rasgos muy básicos para articular una definición mínima del concepto. Concluyo señalando algunas contradicciones que enfrenta el proyecto de radicalización de la democracia en la segunda década del siglo XXI.

Palabras clave

Democracia agonística, democracia liberal, movimientos sociales, participación política, igualdad, democracia representativa, democracia deliberativa, hegemonía, posmarxismo, conflicto.

Abstract

The aim of this work is to distinguish radical democracy from other currents in contemporary democratic theory and to review some of the authors and approaches that have given shape to this notion in political philosophy over the last few decades. In the first part, I situate the

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los siguientes proyectos: «Precariedad laboral, cuerpo y vida dañada. Una investigación de filosofía social» (PID2019-105803GB-I0/AEI/10.13039/501100011033); la *Cost Action* CA20134 «*Traces as Research Agenda for Climate Change, Technology Studies, and Social Justice* (TRACTS)»; y el PIMCD UCM 2023-2024 n° 5: «Precariedad, exclusión social y marcos epistémicos del daño: lógicas y efectos subjetivos del sufrimiento social contemporáneo (VI)». Una primera versión del texto fue presentada en el X Congreso de la Sociedad Académica de Filosofía: *Democracia, emancipación y sufrimiento social. Propuestas filosóficas para un futuro incierto*, celebrado en la Universidad de Granada del 25 al 27 de octubre de 2023.



concept of radical democracy in the context of counter-hegemonic struggles that unfold in various geographies following the financial crisis of 2008 and assess our current distance from that period of political effervescence. Subsequently, I outline a brief conceptual history of radical democracy from the 1960s to the 1990s and argue for the need to inscribe radical democracy in the lineage of the modern democratic revolution. I propose, finally, three very basic traits to articulate a minimal definition of the concept. I conclude by highlighting some contradictions facing the project of radicalizing democracy in the second decade of the 21st century.

Keywords

Agonistic democracy, liberal democracy, social movements, political participation, equality, representative democracy, deliberative democracy, hegemony, post-Marxism, conflict.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Del «momento Rancière» al «momento Gramsci». 3. Breve historia de la democracia radical. 4. Por una definición anacrónica. 5. Por una definición mínima. 5.1. Una democracia sin fundamentos. 5.2. Democracia radical e instituciones. 5.3. Democracia radical y disenso. 6. Conclusión: la democracia radical y sus dobles.

1. Introducción

Suele emplearse el concepto de «democracia radical» para hacer referencia a un modelo teórico y a una forma de ejercicio de la política que defiende la participación directa y activa de los ciudadanos en todas las esferas de la vida social, incluyendo el diseño de políticas institucionales, la administración de bienes comunes y recursos públicos o la intervención en procesos de deliberación y toma de decisiones. Quienes respaldan este modelo proponen suplementar las formas institucionales de la democracia representativa con modalidades más intensas de participación política, como asambleas o consejos ciudadanos, referendos populares, presupuestos participativos y otras instancias de decisión colectiva. Entendida de este modo, la democracia radical expresa un compromiso con el empoderamiento de la ciudadanía, la igualdad política de los individuos y la descentralización del poder hacia la base de la sociedad civil.

Esta definición, de uso común en debates políticos e intelectuales sobre movimientos sociales y nuevos repertorios democráticos en el siglo XXI, elude sin embargo la compleja historia conceptual que subyace al término de democracia radical y no agota la enorme diversidad de significados que ha recibido esta noción, especialmente en la filosofía política occidental de las tres últimas décadas. Hasta cierto punto, la caracterización común y la definición filosófica del concepto discurren por caminos separados. En su versión postestructuralista, por ejemplo, la democracia radical es definida como una forma de pensar la democracia sin recurrir a esencias, principios universales o fundamentos últimos de legitimidad. La democracia es «radical» no solamente cuando garantiza una mayor participación de la ciudadanía en los asuntos comunes, sino cuando se concibe a sí misma como un proceso interminable de realización de los ideales democráticos o, por decirlo con Derrida, como algo que siempre está «por llegar» (Derrida, 1997).

Por supuesto, también en su conceptualización filosófica se plantea la democracia radical como una forma de superar las deficiencias específicas de la democracia institucional-representativa. La identificación liberal de la democracia con la alternancia en el gobierno de los partidos mayoritarios y con el protocolo de las elecciones periódicas es percibida como una restricción intolerable del imaginario

democrático por parte de los demócratas radicales, sean filósofos postestructuralistas o no lo sean. La diferencia es que los primeros conciben que la democracia radical no es simplemente una crítica inmanente llamada a fortalecer la democracia liberal, sino una forma de ampliar el espacio de «lo político» incluyendo nuevos objetos, nuevas identidades colectivas y nuevas formas de relación con los espacios y los tiempos sociales.

Este desfase entre la acepción común y la acepción filosófica es tan solo una de las dificultades que plantea la noción de democracia radical, cuya definición debe enfrentar además problemas de orden contextual, histórico y específicamente conceptual. Esta entrada del léxico en *Cultura de la Legalidad* presenta una definición de democracia radical que pretende resultar operatoria sin esquivar esta complejidad. El primer apartado sitúa la noción de democracia radical en el contexto de las luchas contrahegemónicas que se suceden en distintas geografías tras la crisis financiera de 2008 y evalúa nuestra distancia actual con respecto a aquel periodo de efervescencia política. Los apartados segundo y tercero trazan una breve historia conceptual de la democracia radical desde los años sesenta hasta la década de los noventa del pasado siglo. El apartado tercero finaliza con una defensa de la necesidad de inscribir la democracia radical en el linaje de la revolución democrática moderna. El apartado cuarto distingue el modelo de la democracia radical de otros paradigmas de la teoría democrática contemporánea y propone tres rasgos muy básicos que podrían articular una definición mínima del concepto. A lo largo de todo el trabajo se pasa revista a algunos de los autores y de los planteamientos más influyentes que han dado cuerpo a esta noción en la filosofía política contemporánea. La conclusión señala algunas contradicciones que enfrenta el proyecto de radicalización de la democracia en la segunda década del siglo XXI.

2. Del «momento Rancière» al «momento Gramsci»

Lo primero que cabe advertir es la fuerte dependencia del concepto de democracia radical respecto a los contextos históricos y políticos que alientan su surgimiento. A diferencia de otras nociones del léxico político emancipador, como la idea de socialismo, que parece sobrevivir mejor a la desaparición de sus referentes objetivos, el éxito de este concepto es proporcional al vigor de las movilizaciones sociales que lo respaldan. En la historia política reciente, el último momento álgido de las discusiones sobre democracia radical coincidió con la ola de protestas sociales que se extendió por todo el mundo tras la crisis financiera de 2008, con movimientos de indignación como el 15-M en España (2011), las primaveras árabes (2010-2012), *Occupy Wall Street* (2011), las protestas anti-austeridad en Grecia (2010-2012), la francesa *Nuit Debout* (2016) o, más recientemente, los estallidos sociales en Chile y Ecuador (2019).

En su diversidad, estos movimientos sociales, cercanos a la democracia directa, de carácter asambleario y horizontal, introdujeron al menos dos innovaciones que permiten ubicarlos en el universo de sentido de la democracia radical. En primer lugar, conllevan una diversificación de los participantes en la lucha social y una alianza coyuntural entre diversos sectores de la población. Aquellos movimientos no estaban integrados en exclusiva por activistas, militantes de base y fuerzas sindicales, sino por una amplia gama de actores políticos que incluía a estudiantes, desempleados, precarios, jubilados y profesionales procedentes de diversos ámbitos. No era la trayectoria biográfica, la experiencia militante o la posición ocupada en el aparato de producción lo que conducía a estos grupos a insertarse en una misma identidad colectiva antagonista. El elemento de cohesión era más bien una cierta percepción compartida de lo intolerable: las desigualdades económicas y sociales, la corrupción institucional, la falta de oportunidades laborales o la pérdida de libertades

políticas actuaban como catalizadores de un movimiento transversal de reacción contra el orden social y político en su conjunto.

En nuestro país, el sujeto «indignados» no se correspondía, en efecto, con una identidad sociológica determinada, con un censo electoral, con un grupo de opinión que pudiera ser registrado por los sondeos sociológicos o con un conjunto de manifestantes que los cálculos policiales pudieran determinar numéricamente. Tampoco traducía únicamente las demandas de los estudiantes, los desempleados o los jubilados, ni siquiera las de los trabajadores precarios. En realidad, no era un «sujeto»; era un espacio de subjetivación móvil y transversal en el que cada uno de estos grupos –y, potencialmente, cualquier individuo sin distinción– podía insertarse como sujeto de manifestación del conflicto político, un conflicto que versaba en aquella coyuntura sobre las disfuncionalidades de la democracia representativa y sobre el derecho de cualquiera a deliberar en común sobre el rumbo de la vida colectiva. Al igual que otras figuras históricas de la subjetivación política, como la subjetividad proletaria o feminista, el signifiante «indignados» contribuyó a activar un proceso doble de «desidentificación» con respecto a la identidad que cada cual ocupaba en su posición social objetiva (el espacio privado de la casa, el mundo del trabajo, los márgenes de la sociedad) y de «reidentificación» de todos ellos con un nombre de sujeto artificial y potencialmente universal. El sujeto «indignados» impulsó una operación de subjetivación política en el sentido rancieriano de la noción (Rancière, 1995, pp. 59-61).

En segundo lugar, estos movimientos pusieron en práctica una modalidad de intervención política anclada en el espacio público. Ya no eran la fábrica ni la universidad, como en los movimientos de los años sesenta y setenta, los lugares por excelencia de manifestación del conflicto político. Ahora el disenso se exhibía en la materialidad del espacio urbano, el único que seguía siendo disputable políticamente como espacio para existir en común, el único en el que podían volver a coaligarse las subjetividades que el neoliberalismo había dispersado y disuelto. Desde la plaza Taksim de Estambul hasta la plaza Tahrir en El Cairo, pasando por la plaza Syntagma en Atenas y por la madrileña Puerta del Sol, el terremoto de indignación que sacudió el mundo en la década de 2010 encontró expresión en movimientos locales de «ocupación» que tomaron posesión de plazas y avenidas para visibilizar el rechazo popular a las oligarquías económicas, las élites gubernamentales, el desmantelamiento de los servicios públicos y los planes neoliberales de austeridad y precarización de la vida.

La radicalidad democrática de estos movimientos residió en su capacidad para alterar las condiciones espaciales y temporales de la experiencia y para recalificar las identidades y las ocupaciones sociales. La ocupación de plazas permitía destinar el espacio público a un uso diferente del habitual. La Puerta del Sol, un espacio aséptico destinado al tránsito acelerado de individuos y mercancías, fue transformada por los manifestantes en un lugar de permanencia en el que pudo arraigar una comunidad provisional de vida, discusión e intercambio. La instalación de tiendas, carpas y tenderetes y la celebración de asambleas permitió fijar a los manifestantes a la materialidad del espacio público, pero también funcionó como emblema de una conquista y como una advertencia dirigida a los representantes políticos: el espacio de lo común, privatizado por los poderes fácticos, ha sido devuelto a sus propietarios legítimos.

Judith Butler, que merece ser incluida de pleno derecho en el repertorio de autores de la democracia radical, ha insistido en el carácter performativo, la dimensión corporal y las relaciones de interdependencia que exhiben estos movimientos asamblearios y de ocupación de plazas (Butler, 2015). Y Jacques Rancière no ha

dudado en calificarlos como «momentos políticos» de primer orden en los que podemos redescubrir el sentido originario de la política como acceso colectivo a la palabra y como creación de una comunidad sensible de iguales (2022, pp. 155-167, 169-180). Sabemos que una asamblea no produce por sí misma efectos igualitarios y que la democracia directa no está a salvo de los bloqueos «fetichistas» y los riesgos de desviación oligárquica que son habituales en otras formas de organización política: endogamia y sectarismo, restricciones informales para tomar parte en la discusión, relaciones encubiertas de poder, etc. (Moreno Pestaña, 2021). Pero algunos rasgos de estos movimientos de ocupación, como la búsqueda de horizontalidad en los procesos de deliberación y toma de decisiones, la distribución igualitaria de las tareas, la supresión de las posiciones de autoridad y la colectivización de capacidades y formas de saber son ingredientes probablemente indispensables en cualquier proceso democrático radical, pues constituyen una materialización de la igualdad en la concreción del mundo sensible y permiten potenciar la capacidad de los «incompetentes» para tomar parte en los asuntos comunes.

El declive de la euforia contestataria post-2008 ha hecho entrar en recesión los debates intelectuales y políticos sobre democracia radical. En España, la institucionalización progresiva de una parte de los movimientos sociales surgidos durante la década de 2010 puede ser interpretada como la causa y la consecuencia del debilitamiento de las energías transformadoras engendradas en la base de la sociedad civil. Sea cual sea el balance que hagamos de esta transición hacia las instituciones, lo que parece evidente es que ha modificado los objetivos y rebajado las aspiraciones de la lucha política. La pregunta por el sentido y la función de los partidos políticos, la relación entre las estructuras partidistas y la dinámica de los movimientos sociales, el estatuto de los sujetos legitimados para hacer política, el conflicto entre la soberanía popular y la concentración del poder económico, las promesas incumplidas de la democracia representativa: estas discusiones de teoría democrática radical, tan extendidas hace solo una década (y no solamente en entornos hiperpolitizados), han envejecido a una sorprendente rapidez. La política democrática hoy no busca articular acciones disensuales destinadas a «interrumpir» los arreglos institucionales vigentes, sino impulsar «guerras de posición» en el interior mismo de las instituciones clave del Estado, donde persigue consolidar la presencia y extender la influencia de las fuerzas progresistas. Se diría que el «momento Rancière» ha sido progresivamente desplazado por el «momento Gramsci».

3. Breve historia de la democracia radical

El clima social y político actual parece, pues, poco proclive al planteamiento de preguntas «radicales» sobre la *vita democratica* en nuestras sociedades, y este dato contextual merece ser tenido en cuenta en una definición que aspire a cierto grado de operatividad. Pero, además de esta cuestión contextual, la noción de democracia radical plantea problemas de orden histórico. ¿Cuándo comienza a hablarse de democracia «radical»? Desde el punto de vista de la historia de las ideas, el origen de este concepto suele ponerse en relación con el largo periodo de revueltas contrahegemónicas que Kristin Ross llama los «años 68» (Ross, 2002), esto es, no solamente las protestas estudiantiles y obreras sucedidas en mayo de 1968 en el barrio Latino de París, sino la secuencia más amplia de movilizaciones que marca los años sesenta y setenta en varias latitudes del planeta: movimientos de descolonización, Revolución cubana, Revolución cultural china, protestas pacifistas contra la Guerra de Vietnam, movimiento feminista y homosexual, movimiento antinuclear y ecologista, luchas por los derechos civiles y políticos de la población afroamericana en los Estados Unidos, etc.

Este fue, sin duda, un contexto histórico muy favorable al desarrollo y la difusión del imaginario democrático radical. No solo porque en él florecieron formas extensivas de politización tanto en el centro como en la periferia del sistema capitalista, sino porque las luchas de aquellos años presentaron una particularidad que el modelo de la democracia radical convertirá en lo sucesivo en uno de sus rasgos definitorios: el retroceso del proletariado como sujeto privilegiado de la revolución y la disolución de la «clase social» como principio de unificación de las identidades colectivas.

Este desplazamiento es palpable en el tipo de protesta social que se generaliza durante el Mayo francés, donde la clase obrera tradicional debe aprender a convivir con un movimiento estudiantil crecientemente combativo, compuesto por jóvenes universitarios y estudiantes de *lycée*. Y, por supuesto, este desplazamiento tiene también su traducción en el plano teórico. El trabajo de Geneviève Fraisse, Jean Borreil y Jacques Rancière al frente del «*Centre de recherches sur les idéologies de la révolte*» (CRIR), fundado en 1974 en la Universidad experimental de Vincennes, sitúa el foco precisamente en el carácter heterogéneo de las formas de la revuelta en la historia de la emancipación de los dos últimos siglos, incluyendo Mayo del 68. El objetivo de estos jóvenes investigadores y militantes maoístas es articular una crítica política del presente partiendo de una indagación archivística sobre la historia de las revueltas populares. El colectivo, oficialmente vinculado a la cátedra que Michel Foucault ocupa en el *Collège de France*, rechaza las «genealogías oficiales de la subversión» elaboradas por grupos políticos y aparatos sindicales, al igual que cualquier forma de relato lineal y teleológico de las prácticas históricas de insubordinación, como la «historia del movimiento obrero» (*Les Révoltes logiques*, 1975). En su lugar, insiste en ampliar el foco para considerar las revueltas rurales, las revueltas feministas y las luchas por la identidad de las minorías nacionales (principalmente del nacionalismo catalán y occitano). Y, en lo que respecta a las revueltas obreras, propone distinguir diversas tradiciones de lucha y organización, generalmente muy dispares dependiendo del gremio y la categoría profesional, así como motivaciones contradictorias en el origen de la militancia política, como el orgullo por el oficio o el aborrecimiento del trabajo fabril. *Les Révoltes logiques* (1974-1981), el título que el colectivo decide dar a su revista, es toda una declaración de intenciones sobre su voluntad de liberar la historia de la política emancipadora de la ideología obrerista y de los discursos hiperbólicos acerca de la Revolución proletaria.

En 1985, cuando Ernesto Laclau y Chantal Mouffe publican *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*, este trabajo de exploración no esencialista de las revueltas democráticas puede ya considerarse plenamente consumado. Su definición de democracia radical (un término que ellos no son los primeros en emplear, pero que contribuyen significativamente a fijar como concepto filosófico) se construye por medio de un alejamiento explícito con respecto al esencialismo de clase y a la teodicea de la historia propugnados por una parte de la tradición marxista. «Lo que está actualmente en crisis –escriben los autores– es toda una concepción del socialismo basada en la centralidad ontológica de la clase obrera, en el papel de la Revolución (con mayúsculas), entendida como el momento fundacional en el tránsito de un tipo de sociedad a otra, y en la ilusión de lograr una voluntad colectiva perfectamente unitaria y homogénea que despojaría de sentido al momento político» (Laclau y Mouffe, 1987, p. 26).

De acuerdo con el diagnóstico de Mouffe y Laclau, las condiciones políticas, sociales y económicas específicas de la era postindustrial han hecho entrar en crisis algunas certezas clásicas del socialismo. Las transformaciones en el sistema económico, la forma estatal, los procesos laborales y los modos de difusión cultural dominantes a partir de los años ochenta han dado lugar a múltiples posiciones de

sujeto irreductibles a la noción tradicional de «clase social» y a numerosas formas de antagonismo político que no pueden ser descritas como conflictos de «clase». Las luchas ecologistas, feministas, antirracistas, pacifistas, antinucleares o anti-institucionales emprendidas en los años ochenta y noventa por los llamados «Nuevos movimientos sociales» extienden la exigencia democrática a cuestiones no directamente relacionados con la redistribución económica, como las relaciones entre los sexos, el alojamiento, la salud, el consumo, la autonomía personal, el reconocimiento de las diferencias identitarias o el cuidado del medioambiente. Estas luchas presentan una gramática política incompatible con las coordenadas de la izquierda tradicional, pues en ellas no se trata de conquistar el poder estatal ni de propiciar una inversión radical de la sociedad, sino de profundizar la revolución democrática incluyendo bajo los principios de igualdad y libertad un espectro más amplio de relaciones sociales.

En este contexto histórico, que Mouffe y Laclau no dudan en presentar como «posmarxista» (1987, p. 28), la teoría democrática se encuentra ante el desafío de concebir modelos de acción política capaces de articular la diversidad de las formas de insurrección que han proliferado en el último tercio del siglo XX. La solución de estos autores pasa por la creación de relaciones de «hegemonía». Por su propia complejidad, las sociedades capitalistas avanzadas condenan a las luchas sociales a la fragmentación y al repliegue solipsista sobre sus demandas particulares. La hegemonía, que es el momento político por excelencia, consiste en crear cadenas de equivalencia entre los distintos puntos de antagonismo que recorren el orden social. Esto sería lo propio de un proyecto de «democracia radical y plural» (1987, p. 211): articular un frente popular unitario a partir de las luchas contra el sexismo, el capitalismo, el racismo y otras formas de subordinación, un frente que es «radical» porque aúna las fuerzas de los distintos grupos particulares en un mismo espacio democrático, pero que al mismo tiempo es «plural» porque reconoce la autonomía de cada grupo y de sus demandas.

Desde el punto de vista de estos autores, la articulación hegemónica que lleva a cabo la democracia radical no consiste en buscar el rasgo común subyacente que comparten distintas luchas democráticas, ni tampoco en agregar cada una de sus demandas en una macro-demanda universal que las incluya a todas. Se trata, más bien, de crear un nuevo sentido común que cada una de esas luchas pueda sentir como propio, o, por decirlo con la terminología de Laclau en *La razón populista*, de crear un «pueblo» que modifique la identidad de las fuerzas sociales que lo conforman estableciendo una relación conflictiva con una alteridad antagonista (el poder, el Estado, la clase dominante, la «casta»). Es importante comprender que este acto de articulación hegemónica, o de construcción de un pueblo, es un acto contingente y hasta cierto punto impredecible en sus resultados. Al haber abandonado las certezas metafísicas que subyacían al paradigma marxista de la sociedad y de la historia, no existe ninguna garantía *a priori* de que las luchas vayan a converger espontáneamente ni a componer una identidad política colectiva de signo progresista. Por eso la democracia radical y plural que preconizan Mouffe y Laclau es indisoluble de la refundación de una nueva izquierda institucional con convicciones ideológicas fuertes y capacidad para impulsar este «nuevo orden» hegemónico, una idea que sus trabajos en solitario sobre la coyuntura populista en los albores del siglo XXI han desarrollado en direcciones distintas, pero convergentes (Laclau, 2005; Mouffe, 2018).

4. Por una definición anacrónica

Los dos contextos históricos a los que acabo de referirme, el de los «años 68» y el de los «Nuevos movimientos sociales», definen momentos de democracia radical. En el

primero, grupos sociales tradicionalmente marginalizados acceden al espacio de la visibilidad pública apropiándose performativamente del derecho a la palabra (De Certeau, 1994) y demostrando su capacidad para hacer política al margen de estructuras partidistas y figuras tutelares. El ámbito de lo político se ve desbordado entonces por la aparición de nuevos sujetos, nuevos objetos y nuevas formas de acción democrática. En el segundo contexto, el proletariado queda definitivamente desplazado como «clase universal» y su lugar lo ocupan actores políticos emergentes cuyo peso no ha dejado de ir en aumento desde los años ochenta hasta nuestros días. Es el momento, también, en el que la filosofía se ve obligada a pensar el gobierno democrático en las nuevas condiciones geopolíticas posteriores al final de la Guerra Fría. La disolución de la Unión Soviética, el auge del neoliberalismo como «nueva razón del mundo» (Dardot y Laval, 2010) y la crisis de legitimidad del socialismo dibujan un escenario ciertamente más complejo que el descrito por Francis Fukuyama y otros autores (2015). En lugar del «fin de la historia» y de la feliz alianza entre capitalismo y democracia liberal, los años noventa traen consigo nuevos conflictos de orden cultural y formas de violencia identitaria (como en la antigua Yugoslavia), desigualdades sociales y económicas especialmente acusadas en los países en desarrollo y la pérdida de soberanía de los Estados-nación en favor de organizaciones supranacionales, y estos elementos alteran la morfología y los marcos territoriales de las luchas democráticas radicales (es el momento en el que surge, por ejemplo, el movimiento altermundialista).

Ahora bien, ¿podemos contentarnos con situar el concepto de democracia radical en este periodo histórico tan circunscrito? Esto implicaría dejar fuera de su extensión experiencias pretéritas de democratización radical de las instituciones que pueden enriquecer nuestro imaginario político actual. Pongamos por caso las innovaciones democráticas introducidas por el pueblo de Atenas hace dos mil quinientos años. De acuerdo con la descripción que nos proporciona José Luis Moreno Pestaña, el sorteo en la Antigua Grecia era una herramienta que no solamente buscaba evitar que el poder político recayera sobre quien pretendía acapararlo, sino que permitía seleccionar para los puestos de mando en la ciudad a individuos que carecían de las disposiciones «naturales» necesarias para gobernar: virtud, riqueza, linaje, fuerza, etc. (Moreno Pestaña, 2019). La elección aleatoria de cargos puede ser considerada un dispositivo de democracia radical. Adaptado a las condiciones sociales y demográficas actuales, podría contener la tendencia a la degeneración oligárquica de nuestras maltrechas instituciones liberales, pues limitaría la formación de grupos de presión, promovería la diversidad cognitiva de los participantes en el debate público e incentivaría el compromiso moral de la ciudadanía con la comunidad política y con sus instituciones (Moreno Pestaña y Carballo Rodríguez, 2020).

Limitando en exceso el alcance del concepto de democracia radical, perdemos la oportunidad de incorporar a nuestro acervo democrático esta y otras lecciones históricas de igualdad y participación política de los anónimos. Por esta razón, tal vez no sea inadecuado introducir en nuestra definición una dosis razonable de «anacronía» en el sentido rancieriano de la noción (Rancière, 1996). La democracia radical podría ser entonces un trascendental histórico o una suerte de pulsión anárquica que ha acompañado lo político desde la Antigua Grecia hasta los más recientes movimientos de ocupación de plazas en la década de 2010, un «principio permanente de revolución» (Butler, 2015, p. 163) que cada cierto tiempo inquieta el orden institucional existente ampliando los bordes de lo político.

Si nos dejamos llevar por esta invitación a la anacronía, el siglo de la emancipación obrera resulta un periodo especialmente fecundo en experiencias democráticas radicales. Pensemos en las historias de subjetivación disidente y

creación colectiva de relaciones de igualdad que narra Rancière en *La Nuit des prolétaires* (2012), en esos grupos de obreros que deciden implantar la democracia aquí y ahora interrumpiendo colectivamente el trabajo, creando cooperativas de producción o consagrando sus noches al lujo burgués de la escritura y el pensamiento. Son experiencias de igualdad radical performativa, como también lo son las tentativas emprendidas por la facción democrático-plebeya de la Revolución francesa para insertar en el espacio civil al pueblo llano, para otorgar, mediante el acceso a la propiedad, «derecho a la existencia» a quienes se ganan la vida con el trabajo de sus manos y para imponer la igualdad y la libertad republicanas en esferas sociales todavía dominadas por el despotismo del Antiguo Régimen, como la fábrica o la familia. Este programa, concentrado en la divisa republicana de «fraternidad», puede ser calificado sin reservas como un programa político de democracia radical (Domènech, 2004, pp. 91-92).

En continuidad con estos análisis, Chantal Mouffe ha defendido que la democracia radical no debe ser vista como un proyecto específicamente postmoderno, sino como el intento siempre renovado de profundización en los ideales políticos de la Modernidad (Mouffe, 1989). La filosofía política de la democracia radical abandona las bases epistemológicas del proyecto moderno: el universalismo abstracto, la concepción esencialista de los agentes sociales y la idea unitaria del sujeto como fuente última de inteligibilidad de sus acciones. Pero no renuncia al principio por antonomasia de la Modernidad, a la exigencia de igualdad y libertad para todos los individuos, que aboga por universalizar a todos los ámbitos de la vida social. «El problema –comenta Mouffe– no son los ideales de la democracia moderna, sino el hecho de que sus principios políticos están lejos de ser implementados, incluso en aquellas sociedades que afirman haberlos incorporado» (1992, p. 1).

Esta distancia entre los ideales democráticos y su efectiva realización condujo a Marx y a una parte de la tradición marxista a interpretar todas las manifestaciones de la democracia y la igualdad como un sistema de apariencias destinado a entorpecer el advenimiento de lo verdadero: tras la representación jurídico-política del pueblo, lo que se oculta es el pueblo trabajador y el movimiento social y obrero; tras la retórica de los derechos «formales», la realidad de la explotación capitalista; tras el ciudadano, los intereses egoístas del hombre propietario; tras las instituciones de la democracia burguesa, la concepción verdadera de la democracia como encarnación sensible de la igualdad y la libertad. En contraste con la desconfianza marxista hacia la democracia liberal, Mouffe propone «tomar literalmente sus principios y obligar a las sociedades democráticas liberales a rendir cuentas por sus ideales declarados». Y Rancière, que comparte plenamente la crítica mouffeana a la «metapolítica» marxista (1995, p. 119 ss.), sugiere comprender las formas jurídico-políticas del liberalismo clásico como presupuestos o axiomas cuya verdad radica en la serie de «verificaciones» que los agentes sociales son capaces de realizar a partir de ellas (Rancière, 1998, pp. 87, 93; Sánchez Santiago, 2022).

La democracia radical, por lo tanto, no es para Mouffe un modelo político ajeno a la democracia liberal, sino una prolongación de sus principios ético-políticos fundamentales. O, mejor, es una radicalización de la vertiente específicamente democrática de la democracia moderna. Siguiendo en este punto a Macpherson (1977) y a Carl Schmitt (1990), Mouffe propone comprender la democracia moderna como la confluencia de dos tradiciones irreconciliables que, sin mantener entre sí ninguna conexión necesaria, se han visto imbricadas a lo largo de la historia en arreglos institucionales puntuales y contingentes: la tradición democrática (definida por la igualdad, la soberanía popular, la participación política y la identidad entre gobernantes y gobernados) y la tradición liberal (caracterizada por la separación entre

esfera política y religiosa, la distinción entre espacio público y espacio privado, el Estado de Derecho, la libertad individual, los derechos humanos, etc.).

La democracia liberal alberga en su seno esta tensión, esta «paradoja» (Mouffe, 2012, p. 13) entre la tradición democrática y la tradición liberal. El problema, según Mouffe, es que ha sido esta última la que ha dominado de hecho la historia del pensamiento y las prácticas políticas desde el siglo XIX, de forma especialmente rotunda en los últimos cuarenta años. La ideología neoliberal ha acabado identificando la democracia con el consenso, el Estado de derecho y la defensa de los derechos humanos, y a juzgar accesorio, cuando no entorpecedor, el componente de soberanía popular y participación política que es consustancial a la idea democrática desde sus orígenes. El diagnóstico de Rancière es idéntico en este punto (1995, p. 136). Ambos arrojan una mirada muy severa hacia el progresivo recentramiento ideológico de los grandes partidos de masas que tiene lugar tras el declive del socialismo real y hacia la retórica del consenso y el «fin de las ideologías» que lo acompaña. Mouffe es particularmente crítica con los ideólogos del consenso liberal, como Anthony Giddens (Giddens, 2001), y con las políticas postideológicas que pretenden situarse en el centro del tablero político, desde la «tercera vía» de Tony Blair a la «estrategia de la triangulación» de Bill Clinton, pasando por el *neue Mitte* de Gerhard Schröder. Asimismo, se opone a los paradigmas de filosofía política que tratan de fundamentar la posibilidad de un consenso racional sin exclusiones, como es el caso de la teoría de la democracia deliberativa, promovida por autores como Jürgen Habermas.

En este escenario «postpolítico», la democracia radical o «democracia agonística» propuesta por Mouffe aspira a reactivar la pulsión igualitarista, participativa y conflictiva que no ha dejado de latir bajo la democracia moderna. Es radical la democracia no cuando busca el consenso, sino cuando crea las condiciones institucionales y simbólicas para que los conflictos sociales puedan encontrar una vía de expresión civilizada. La división social no tiene por qué codificarse de acuerdo con las viejas categorías heredadas del pensamiento moderno. De hecho, Mouffe no habla de «lucha de clases» ni considera que la división ideológica entre «izquierda» y «derecha» sea útil en todos los casos para comprender la gramática de los antagonismos en el siglo XXI. Pero no por ello renuncia a inscribir la democracia radical en la genealogía de la revolución democrática moderna y en la estela del momento heroico de la «democracia combatiente», como denomina Rancière a la época de las revoluciones obreras (Rancière, 1998, p. 106). La lucha por la igualdad y por la inclusión política del *démos*, la defensa de la soberanía del pueblo, la ideología anticapitalista y el reconocimiento del conflicto como una dimensión inherente de la política son aspectos de la Modernidad, de una cierta Modernidad, en los que la democracia radical se reconoce plenamente.

5. Por una definición mínima

Al caracterizar la democracia radical, nos enfrentamos al desafío de formular una definición amplia que logre abarcar, al menos, la transversalidad histórica que acabo de señalar, pero que, al mismo tiempo, demuestre la precisión necesaria para evitar que este concepto se vuelva ambiguo o difuso. Como se indicaba al comienzo de este trabajo, la democracia radical es en ocasiones definida como un enfoque que apuesta por la participación directa y activa de la ciudadanía en todos los niveles de la toma de decisiones políticas, que defiende la redistribución del poder hacia la sociedad civil y la creación de estructuras sociales y políticas que permitan a la población influir en la acción de gobierno. El problema es que, así definida, la democracia radical no se distingue demasiado de otros paradigmas de la teoría democrática, como la

democracia directa, la democracia participativa o la democracia deliberativa¹. Ni siquiera de una democracia liberal que funcione correctamente, esto es, que sea capaz de compensar su dimensión puramente procedimentalista (Estado de derecho, división de poderes, igualdad ante la ley, derechos individuales) con algunos ingredientes suplementarios de «democracia sustancial» (Bobbio, 1989, pp. 39-40).

La cuestión se vuelve más complicada cuando constatamos que, hasta hace muy poco tiempo, estos tres modelos de democracia eran reagrupados conjuntamente bajo la etiqueta de la democracia radical. En la *Encyclopedia of democratic thought* (Clarke y Foweraker, 2001, pp. 724-733), por ejemplo, Habermas figura en la familia de demócratas radicales al mismo nivel que Chantal Mouffe, Ernesto Laclau o William Connolly. Si esta amalgama resulta tan extraña al lector actual, es porque los desarrollos postestructuralistas de autores como Mouffe y Laclau han terminado por acaparar el término de democracia radical, han conquistado la «hegemonía» en la lucha por la definición de este concepto. Y lo que ocurre es que esta conceptualización postestructuralista de la democracia radical está construida en reacción explícita al paradigma habermasiano de la democracia deliberativa, incluyendo sus variantes feministas (Benhabib, 2021). Es cierto que ambos enfoques comparten una crítica a la concepción tradicional del socialismo y a todos aquellos autores que, como Joseph Schumpeter, reducen la democracia a la agregación de intereses y a la expresión de las preferencias individuales a través del voto y la elección de representantes (Schumpeter, 1994). Pero Mouffe y Laclau niegan que pueda existir y que sea deseable que exista una política democrática sin antagonismos. Una esfera pública no excluyente de argumentación racional es algo que existe únicamente en la imaginación de los filósofos políticos. La democracia radical asume que la búsqueda de un consenso racional sin exclusiones, aunque solo sea bajo la forma de un ideal regulatorio, pone en riesgo el proyecto democrático, que se alimenta del disenso y el conflicto entre visiones heterogéneas de la comunidad y la vida buena (Mouffe, 1992, p. 13).

Es comprensible, en definitiva, que hoy seamos reticentes a incluir a Habermas en el repertorio de autores de la democracia radical, pero una definición actual del término debería por lo menos registrar este desplazamiento, esta «hegemonización» del concepto por parte de los teóricos postestructuralistas.

¿A quién incluiríamos entonces? Es habitual referirse a Rousseau y Marx como precedentes clásicos de la democracia radical, pues ambos adoptan un punto de vista crítico con las instituciones de la democracia liberal. Si mi invitación a la anacronía ha resultado convincente, la inclusión de estos dos autores puede tener cierto sentido, pero adoptando algunas precauciones. Rousseau no es exactamente un defensor de la democracia como forma de gobierno (¿qué autor lo es en la historia de la filosofía, salvando a Spinoza y a pocos más?), pero sí un crítico de la representación y un defensor del carácter inalienable de la voluntad popular. Esta idea tiene un eco indiscutible en las tesis defendidas por los demócratas radicales, al igual que su advertencia, compartida por Marx, de que la dependencia económica es un obstáculo para la efectiva igualdad política de los ciudadanos: habrá democracia (radical), según Rousseau, cuando «ningún ciudadano sea lo bastante opulento para poder comprar a otro y ninguno lo bastante pobre para verse obligado a venderse» (Rousseau, 2007, p. 80). Sin embargo, los partidarios de la democracia radical serían más reticentes a aceptar la concepción rousseauista de un pueblo sin divisiones e idéntico consigo mismo que se expresa en los pasajes del *Contrato social* dedicados

¹ Para una introducción a estos y otros enfoques de la teoría democrática contemporánea, cf. Greppi (2006).

a concebir la voluntad general. Y, del enfoque marxiano, rechazarían la fundación ontológica del orden social en relaciones económicas y de clase y la confianza en que la desigualdad y la alienación pueden ser trascendidas mediante la revolución en una sociedad futura libre de antagonismos.

En lo que hace al pensamiento contemporáneo, una caracterización convincente de la democracia radical debería considerar al menos –la enumeración no pretende ser exhaustiva– los enfoques de Chantal Mouffe, Ernesto Laclau, Jacques Rancière, Judith Butler y Miguel Abensour. Y, si se trata de plantear una definición mínima, una definición que sea al mismo tiempo comprensiva y específica, podríamos enumerar tres grandes rasgos: la desfundamentación del orden político y social, la distinción entre la democracia y las formas instituidas del poder y el reconocimiento de la dimensión conflictiva de la política democrática.

5.1. Una democracia sin fundamentos

El rasgo que me parece más destacable de la propuesta de los demócratas radicales es que tratan de pensar la política democrática más allá de esencias, universales ahistóricos o fundamentos últimos de legitimidad (como la naturaleza humana, la utilidad, la razón o el derecho). Esta es una de las razones que justificarían la adjetivación de este modelo de democracia como «radical», pues de lo que se trata en último término es de cuestionar las raíces o los fundamentos del orden político y social. Los demócratas radicales no niegan necesariamente que los fundamentos existan, sino que presentan estos fundamentos como puramente contingentes y sujetos a una negociación permanente. La democracia radical no existe ya dada, ni puede llegar a existir, sino que consiste en un proceso interminable de construcción de sí misma y de creación de sus propias condiciones de posibilidad. Esto introduce una dificultad conceptual añadida a la hora de definir esta noción, pues se trata de definir una realidad cuyo régimen de existencia es la contingencia radical. Como ha señalado con acierto Thomassen (2010, pp. 170-171), la propia pregunta «¿qué es la democracia radical?» es una parte esencial de la democracia radical, y ello no solamente porque *de facto* existen divergencias sobre lo que este paradigma significa y numerosos enfoques teóricos en su interior, sino porque la misma contingencia de la democracia radical impone una definición que debe ser necesariamente local y provisional.

Podemos aportar dos ejemplos de este carácter «postfundacional» (Marchart, 2009) de la democracia radical. El primero concierne a la distinción entre espacio público y espacio privado. Para la tradición liberal, esta distinción opera como principio de fundación de la política. Una autora como Hannah Arendt argumenta que el declive de la política en la Edad Contemporánea es precisamente el resultado de la confusión entre la esfera privada (espacio de satisfacción de necesidades y de reproducción de la vida) y la esfera pública, que es el espacio por excelencia de la acción política, donde los seres humanos aparecen unos a otros en libertad e igualdad (Arendt, 2005). En cambio, los demócratas radicales consideran que la línea divisoria entre lo público y lo privado no es la garantía ontológica de la política, sino precisamente el blanco principal de la intervención política, el escenario en el que se juega la batalla política por antonomasia: la determinación de lo que es político y de lo que no lo es. Las luchas feministas y las luchas obreras del siglo XIX extraen toda su fuerza de esta idea postfundacional. Las primeras son acciones que intervienen polémicamente sobre la línea de demarcación entre lo público y lo privado (entre lo político y lo no político) rechazando el confinamiento de las mujeres al espacio doméstico, demostrando su capacidad para tomar parte en la vida pública y argumentando la dependencia de la esfera público-política con respecto a la actividad que los sujetos desarrollan en el espacio doméstico (Butler y Spivak, 2011, p. 16).

Análogamente, las luchas del movimiento obrero son luchas destinadas a extraer a los trabajadores del inframundo de la fábrica convirtiendo el trabajo y su relación contractual en un asunto colectivo, susceptible de deliberación pública y de regulación legislativa. Escribe Rancière, en referencia a Arendt: «La deducción de la política a partir de un mundo específico de iguales o de seres humanos libres, opuesto a un mundo de necesidad, establece como fundamento de la política precisamente aquello que constituye el objeto de su disputa» (Rancière, 1998, p. 246).

El segundo ejemplo del carácter postfundacional de la democracia radical tiene que ver con la indeterminación de las posiciones de autoridad. En condiciones de democracia radical, ningún individuo tiene derecho natural a mandar por su mayor sabiduría, por su mayor riqueza, por la superioridad de su fuerza o por el prestigio de su linaje —y ninguno la obligación de obedecer por carecer de estas cualidades. La democracia es el poder de cualquiera, el gobierno de los «incompetentes», de individuos que carecen de títulos naturales o adquiridos para ejercer el poder (Rancière, 2005).

Este aspecto de la sociedad democrática fue especialmente bien captado por Claude Lefort, el padre intelectual de toda una generación de demócratas radicales. Según este autor francés, la democracia es ese régimen político en el que el lugar del poder está «vacío» (Lefort, 1986, p. 28). En las monarquías del Antiguo Régimen, el poder estaba incorporado en la persona del príncipe, que garantizaba la unidad y la estabilidad del orden político. Algo similar ocurre en los regímenes totalitarios, donde es acaparado por un líder o un partido político que se sitúa a sí mismo por encima de las leyes y se autoinstituye como la única instancia legítima de producción de norma jurídica y de saber sobre la realidad. En contraste con estos paradigmas de sociedad unidimensional, la democracia procede a la «desincorporación» del poder, que deja de ser propiedad natural de un individuo o un grupo para convertirse en objeto de una competición periódica y reglada. El poder ya no es el fundamento del derecho y la fuente de sentido de la realidad. Ahora el derecho y el saber, al igual que el poder mismo, pueden ser interrogados por cualquiera en relación con su verdad o su justicia, pues han perdido su legitimidad y su autoridad indiscutibles. «Lo esencial es que la democracia se instituye y se mantiene por medio de la *disolución de los marcadores de la certeza*», escribe Lefort. «Inaugura una historia en la cual los hombres experimentan una indeterminación última en cuanto al fundamento del Poder, de la Ley y del Conocimiento, así como de la relación de uno con otro, en todos los registros de la vida social». La sociedad democrática radical es aquella sociedad «en la que se sustraen los fundamentos del orden político y el orden social, en la que lo adquirido no lleva nunca el sello de la plena legitimidad, en la que la diferencia de estatus deja de ser irrecusable, en la que el derecho se encuentra supeditado al discurso que lo enuncia [y] en la que el poder se ejerce bajo la dependencia del conflicto» (1986, pp. 30-31).

5.2. Democracia radical e instituciones

El segundo elemento compartido por los defensores de la democracia radical es su oposición a las instituciones de la democracia liberal. Esta crítica adopta tonos y matizaciones diferenciados en cada autor. Algunos pensadores de esta corriente (Mouffe, Laclau) proponen democratizar la democracia liberal ampliando la igualdad y la libertad a un mayor número de relaciones sociales e incluyendo en el espacio de aparición pública a aquellos sujetos que han sido históricamente excluidos por razones de género, clase o procedencia étnica. El sujeto normativo del liberalismo es percibido por estos autores como un sujeto desencarnado y abstracto, desconectado de cualquier contexto histórico, socioeconómico o cultural, o, en el peor de los casos, como un individuo demasiado concreto, identificado con el varón blanco propietario.

La democracia radical opone a la tradición liberal una concepción del sujeto como un agente descentrado, construido en el punto de intersección de una multiplicidad no clausurada de posiciones de sujeto (Mouffe, 1989, p. 35). Y lo mismo ocurre con la noción de ciudadanía. Frente a la reducción liberal del ciudadano a titular pasivo de derechos y libertades, los demócratas radicales abogan por articular una concepción más exigente de la ciudadanía que implique la participación de todos los individuos en la *res publica* y la creación de formas transversales de identificación colectiva con los valores de igualdad y libertad (Mouffe, 1992, p. 235 ss.).

Desde una perspectiva más radical, otros autores renuncian a mejorar o fortalecer las instituciones de la democracia liberal y distinguen entre la democracia genuina y las instituciones liberales de gobierno. Para pensadores como Abensour o Rancière, la democracia no puede reducirse a un régimen de gobierno (como el régimen representativo), a una institución o a un conjunto de instituciones (como el Estado de Derecho), a un procedimiento de agregación de los intereses sociales o a un instrumento de fabricación de consenso. La democracia, en el sentido radical que merece recibir esta noción, no es una institución, sino una actividad que consiste en interrumpir, torcer o quebrar los consensos y las instituciones de la democracia liberal.

Abensour distingue a este respecto entre la democracia, que identifica con la libertad y la emancipación, y el Estado, que es concebido como un dispositivo homogéneo de integración, unificación y coerción de la sociedad (Abensour, 2020). Por su parte, Rancière reagrupa al Estado y a las instituciones liberales bajo el término de «policía», que designa para él una forma de constitución simbólica de lo sensible que ordena a los individuos jerárquicamente y determina la función, la participación y el régimen de visibilidad que cada uno de ellos puede (debe) tener en el orden social (Rancière, 1995, p. 52). Este ordenamiento policial de lo sensible es perturbado de forma intermitente por la política propiamente dicha (por la democracia), que en el pensamiento de Rancière se identifica con una forma de acción disensual que viene a cuestionar y reordenar el reparto «normal» de las relaciones sociales. Desde su punto de vista, por ejemplo, las revueltas obreras son acciones democráticas porque redistribuyen la organización normal de los espacios y las ocupaciones sociales, problematizando el lugar del trabajo y el estatuto de los trabajadores en la comunidad política. Son manifestaciones democráticas de igualdad radical planteadas contra el orden institucional y estatal vigente.

5.3. Democracia radical y disenso

El tercer elemento que comparten los demócratas radicales es la revalorización de la dimensión conflictiva de la política. Las teorías de Mouffe y Abensour se enmarcan en la tradición filosófica de Maquiavelo, a quien reconocen el mérito de haber disociado la política de la búsqueda del bien común y de haber interpretado el espacio de lo social como un espacio permanentemente dividido entre «los grandes» y «el pueblo», entre quienes desean dominar y quienes rechazan ser dominados. Rancière podría aceptar estas ideas de Maquiavelo, pero no comparte su interés en la política empírica ni su identificación de la política con la lucha por conquistar o conservar el poder del Estado. En todo caso, todos ellos concuerdan con el pensador florentino en reconocer la necesidad de disponer de espacios simbólicos para la expresión de las divisiones sociales. El conflicto, lejos de corroer el orden social y político, es un instrumento paradójico de pacificación y revitalización de la comunidad, pues permite canalizar desacuerdos y pasiones colectivas que de otra manera permanecerían soterrados y encontrarían vías de expresión menos deseables.

Como hemos visto, la aceptación del disenso como una dimensión inerradicable de la vida en comunidad conduce a Mouffe a oponerse a los partidarios

de la democracia deliberativa y a su voluntad de alcanzar un consenso racional sin exclusiones. Para la autora belga, el disenso no es una perturbación que sería deseable eliminar, sino la condición más básica de posibilidad de la política en su forma democrática. Hay democracia cuando en el espacio público pueden confrontarse visiones del mundo radicalmente diferentes, interpretaciones antagónicas sobre el bien común y los ideales ético-políticos de la democracia liberal. Por supuesto, Mouffe no pretende recusar el consenso en todas sus formas. Un cierto grado de consenso es indispensable para que la confrontación agonística entre adversarios ideológicos no derive en una guerra abierta entre enemigos. En una democracia radical, los adversarios comparten al menos un suelo común de valores (la igualdad y la libertad), pero difieren radicalmente sobre la aplicación práctica de los mismos. Por lo tanto, el consenso es siempre un «consenso conflictivo» (Mouffe, 2012, p. 116) y precario, un alto el fuego puntual en una confrontación agonística que no cesa nunca.

También Rancière defiende que la democracia implica una dimensión conflictiva, y esto lo conduce, igual que a Mouffe, a confrontarse con la teoría habermasiana de la acción comunicativa. Pero esta confrontación adopta en Rancière un cariz mucho más radical. Según el autor francés, el disenso que caracteriza a algunas situaciones de interlocución política no tiene que ver sencillamente con la confrontación de intereses, opiniones o visiones del mundo entre hablantes que se reconocen recíprocamente. Tiene que ver con una *mésentente* más profunda que concierne a la existencia misma de la escena de interlocución, a los sujetos que intervienen en ella y al estatuto de las palabras que cada uno de ellos emite. El conflicto político por excelencia, mil veces repetido en la historia del movimiento obrero, no se produce cuando un patrón se niega a aceptar las demandas de sus obreros, sino cuando el patrón es incapaz de reconocer estas demandas como demandas (como reclamos fundados en justicia) porque se niega a reconocer a sus emisores como seres racionales (como seres visibles y dotados de *logos*). El conflicto político por excelencia consiste en la negación de la existencia del conflicto y en la invisibilización de sus portadores. Desde la perspectiva de Rancière, la democracia es esa acción que consiste en manifestar la existencia de un disenso allí donde el orden policial se afana en ocultarlo, en hacer visibles y audibles como seres racionales a aquellos individuos a los que se niega el derecho a aparecer como interlocutores legítimos en la escena pública. La acción democrática «consiste en hacer ver lo que no se veía, escuchar como palabra lo que solo era audible como ruido, manifestar como sentimiento de un bien y un mal comunes lo que se presentaba solo como expresión de un placer o un dolor particulares» (Rancière, 1998, p. 244).

6. Conclusión: la democracia radical y sus dobles

¿Cuál es la situación actual y el horizonte de futuro de la democracia radical? Quisiera dedicar las últimas líneas de esta voz a apuntar algunas de las contradicciones que, en mi opinión, afronta en el presente esta forma de ejercicio de la política. Los tres rasgos que le hemos atribuido (abolición de los fundamentos, distinción entre democracia e instituciones y revalorización del conflicto) parecen haber sufrido en los últimos años una suerte de devaluación o de inversión perversa si nos atenemos a algunos eventos recientes. Son los «dobles» de la democracia radical: manifestaciones políticas del *démos* que parecerían obedecer al esquema de la democracia radical, pero que en realidad constituyen su anulación o su «desviación patológica», por emplear el léxico aristotélico.

En primer lugar, se ha argumentado que la democracia radical devuelve a su contingencia los fundamentos de lo político, deslegitimando las jerarquías en el orden del saber y en el orden del poder. En esta medida, implica una crítica de la posición

epistémica del experto tanto en política como en ciencia. Esta dimensión de la democracia radical es obviamente indispensable para mitigar las formas oligárquicas de gobierno, reconocer el valor de la *doxa* política de los «incompetentes» e impugnar el saber antidemocrático y desencarnado de los «expertos» como única brújula de la vida colectiva. Pero, en la actualidad, la deslegitimación de la *expertise* parece estar en la base de un sentimiento creciente de desconfianza de la población hacia las instituciones científicas y hacia las medidas gubernamentales amparadas en la ciencia, y este es el alimento de teorías de la conspiración, negacionistas y pseudocientíficas de toda condición, como el negacionismo climático o la ideología antivacunas. ¿Seremos capaces de defender la democracia radical evitando estas consecuencias funestas?

En segundo lugar, la distinción entre la política y el poder, esa distancia de la que depende la posibilidad de reformar democráticamente nuestras instituciones, encuentra su desviación patológica en el desprecio por los procedimientos formales de la democracia que manifiestan hoy algunos partidos políticos. Lo hemos visto hace pocos meses en España con una moción de censura impulsada por un partido político ultraderechista que usa torticeramente los instrumentos de control parlamentario para fomentar el juego de la antipolítica. Lo vimos anteriormente en el asalto al Capitolio de los Estados Unidos y al Congreso de Brasil por parte de masas fanatizadas que, en nombre de la democracia, cuestionaban la transparencia del proceso electoral y la legitimidad de dos presidentes electos. ¿Seremos capaces de impulsar diseños institucionales adaptados a las exigencias de la democracia radical, diseños susceptibles de amplificar las capacidades comunes y democratizar el derecho de cualquier individuo a ocuparse de los asuntos públicos?

Por último, la valoración positiva del conflicto, el tercer elemento de la democracia radical, encuentra su punto de degeneración patológica en ciertas rutinas políticas que en España nos resultan muy familiares. Sería un error confundir la democracia radical con algunos aspectos de la política contemporánea como la apología de lo políticamente incorrecto, la crispación deliberada del debate mediático y parlamentario o la proliferación y legitimación de discursos extremistas, intolerantes y violentos. Estos fenómenos no hablan de la vitalidad, sino de la corrupción de nuestras democracias. Chantal Mouffe define la democracia radical como el proceso de conversión del antagonismo en «agonismo», del enemigo (al que por definición se busca destruir) en un adversario cuyas ideas combatimos radicalmente, pero cuyo derecho a defenderlas no ponemos en duda (Mouffe, 2012, pp. 114-115). Bien podría ocurrir que hoy estuviéramos más cerca del extremo opuesto, de eso que Žižek ha denominado «ultrapolítica», que sería el intento de algunos partidos, pero también de algunos líderes de opinión, por militarizar la política introduciendo el antagonismo radical en las instituciones y planteando el conflicto como una guerra abierta contra el enemigo (Žižek, 2009, p. 29).

El modelo teórico que hemos presentado en este trabajo ofrece una vía prometedora para evitar este abismo, el abismo de la ultrapolítica, y para encontrar una definición de la democracia que esté a la altura de su nombre.

Bibliografía

- Abensour, M. (2012). Democracia insurgente e Institución. *Enrahonar. Quaderns de filosofia*, 48, 31-48. <https://doi.org/10.5565/rev/enrahonar/v48n0.123>
- Arendt, H. (2005). *La condición humana*. Paidós.
- Benhabib, S. (2021). *Democracy and Difference: Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton University Press.



- Bobbio, N. (1989). *Liberalismo y democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Butler, J. y Spivak, G. C. (2011). *Who Sings the Nation-State? Language, Politics, Belonging*. Seagull Books.
- Butler, J. (2015). *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*. Harvard University Press.
- Centre de Recherches sur les Idéologies de la Révolte. (1975). *Les Révoltes logiques, 1*, hiver 1975. Solin.
- Norval, A. (2001). Radical democracy. En P. B. Clarke y J. Foweraker (Eds.), *Encyclopedia of Democratic Thought (724-733)*. Routledge.
- Dardot, P. y Laval, Ch. (2010). *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*. La Découverte.
- De Certeau, M. (1994). *La prise de parole et autres écrits politiques*. Points.
- Derrida, J. (1997). *Spectres de Marx: L'Etat de la dette, le travail du deuil et la nouvelle Internationale*. Galilée.
- Domènech, A. (2004). *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*. Crítica.
- Fukuyama, F. (2015). *¿El fin de la historia? y otros ensayos*. Alianza.
- Giddens, A. (2001). *Más allá de la izquierda y la derecha. El futuro de las políticas radicales*. Cátedra.
- Greppi, A. (2006). *Concepciones de la democracia en el pensamiento político contemporáneo*. Trotta.
- Laclau, E. y Mouffe, Ch. (1987). *Hegemonía y estrategia socialista. Hacia una radicalización de la democracia*. Siglo XXI.
- Laclau, E. (2005). *La razón populista*. Fondo de Cultura Económica.
- Lefort, C. (1986). La question de la démocratie. En C. Lefort (Ed.), *Essais sur le politique. XIXe-XXe siècles (17-32)*. Seuil.
- Macpherson, C. B. (1977). *The Life and Times of Liberal Democracy*. Oxford University Press.
- Marchart, O. (2009). *El pensamiento político posfundacional. La diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau*. Fondo de Cultura Económica.
- Moreno Pestaña, J. L. (2019). *Retorno a Atenas. La democracia como principio antioligárquico*. Akal.
- Moreno Pestaña, J. L. y Carballo Rodríguez, F. M. (2020). Geometría, sorteo y política: Jacques Rancière entre Cornelius Castoriadis y Bernard Manin. *Isegoría*, 62, 169-190. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2020.062.09>
- Moreno Pestaña, J. L. (2021). *Los pocos y los mejores. Localización y crítica del fetichismo político*. Akal.
- Mouffe, Ch. (1989). Radical Democracy: Modern or Postmodern? *Social Text*, 21, 31-45. <https://doi.org/10.2307/827807>
- Mouffe, Ch. (1992a). Democratic Citizenship and the Political Community. En Ch. Mouffe (Ed.), *Dimensions of Radical Democracy: Pluralism, Citizenship, Community (225-239)*. Verso.
- Mouffe, Ch. (1992b). Democratic Politics Today. En Ch. Mouffe (Ed.), *Dimensions of Radical Democracy: Pluralism, Citizenship, Community (1-14)*. Verso.
- Mouffe, Ch. (2012). *La paradoja democrática: El peligro del consenso en la política contemporánea*. Gedisa.
- Mouffe, Ch. (2018). *Por un populismo de izquierda*. Siglo XXI.
- Rancière, J. (1995). *La Mésentente. Politique et philosophie*. Éditions Galilée.
- Rancière, J. (1996). Le concept d'anachronisme et la vérité de l'historien. *Inactuel*, 6, 56-68.
- Rancière, J. (1998). *Aux bords du politique*. Folio Gallimard.
- Rancière, J. (2005). *La haine de la démocratie*. La Fabrique.
- Rancière, J. (2012). *La Nuit des prolétaires. Archives du rêve ouvrier*. Fayard.
- Rancière, J. (2022). *Les trente inglorieuses. Scènes politiques*. La Fabrique.
- Ross, K. (2002). *May '68 and Its Afterlives*. University of Chicago Press.

- Rousseau, J.-J. (2007). *Contrato social*. Austral.
- Sánchez Santiago, A. (2022). Demostración, democracia intermitente y sorteo. Tres respuestas de Rancière al problema de la participación política. *Las Torres de Lucca. Revista internacional de filosofía política*, 11 (1), 103-116. <https://dx.doi.org/10.5209/ltl.77046>
- Schmitt, C. (1990). *Sobre el parlamentarismo*. Tecnos.
- Schumpeter, J. A. (1994). *Capitalism, socialism and democracy*. Routledge.
- Thomassen, L. (2010). Radical Democracy. En A. D. Schrift, (Ed.), *The history of continental philosophy (169-186)*. University of Chicago Press.
- Žižek, S. (2009). *En defensa de la intolerancia*. Sequitur.

Empatía (emoción política)

Empathy (Political Emotion)

Julio Seoane Pinilla
Universidad Alcalá de Henares
ORCID ID 0000-0001-7290-0129
julio.seoane@uah.es

Cita recomendada:

Seoane Pinilla, J. (2024). Empatía (emoción política). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 293-310.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8514>

Recibido / received: 30/01/2023
Aceptado / accepted: 31/08/2023

Resumen

El presente trabajo trata de presentar el estado de la cuestión en torno a la noción de empatía como herramienta de uso en el ámbito de la moral y la política. Se comenzará dando cuenta del motivo que desde comienzos del siglo XXI nos llevó a hablar de la empatía, mostrando los elementos a favor y en contra de la misma para su uso moral y el tipo de organización social que promueve. Tras haber mostrado que la empatía no es realmente una emoción sino un mecanismo de comunicación afectivo, se terminará con una pequeña evaluación final que pasa por (a) reconocer que aunque la norma común es adaptar la noción de empatía junto con nociones de justicia (como poniendo guante de seda a la argumentación racional), lo cierto es que los conceptos de la empatía suponen un mundo completamente diferente al que suelen utilizar nuestras concepciones de justicia y (b) que el proceso de empatía aunque puede comenzar de modo natural, necesita de un esfuerzo de afinamiento y educación.

Palabras clave

Empatía, emociones, afectos, cuidado.

Abstract

This article presents the state of the art on the concept of empathy as a tool for the field of morality and politics. It will begin by giving an account of the reasons that have led us to speak of empathy since the beginning of the 21st century, showing the elements for and against its moral use and the kind of social relationships it promotes. After having shown that empathy is not really an emotion but a mechanism of affective communication, it will end with a brief assessment that (a) recognises that, although it is common to adopt the concept of empathy together with notions of justice (to soften rational argumentation), empathy implies a completely different world from the one our conceptions of justice are usually used, and (b) that the process of empathy, although it may start as a "natural affection", needs an voluntary effort of fine-tuning and education.

Keywords

Empathy, emotions, affections, care.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Consideraciones previas. 2.1. Sobre los estudios acerca de la empatía. 2.2. Clarificación del término empatía. 2.3. ¿Es la empatía una emoción?. 3. Pero ¿por qué la empatía? 4. ¿Qué ética, qué política cabe desde la empatía? 4.1. En contra de la empatía. 4.2. A favor de una empatía reflexiva. 4.3. A favor –de un modo partisano– de la empatía. 5. El esfuerzo moral por empatizar. 6. Como conclusión: el afinamiento de la empatía.

1. Introducción

Vivimos en una «época emocionalizada». En nuestras discusiones culturales, políticas o morales aparecen sin parar conceptos que refieren a las emociones, a afecciones como la rabia, el odio o el asco, a sentimientos nacionales, a las pasiones artísticas o políticas. En definitiva, un sinfín de razonamientos que nos son habituales desde hace unos veinte años, pero principalmente a partir del auge de las redes sociales, se hacen no tanto intentando ser racionales o lógicos sino acudiendo a un amorfo mundo de afectos, emociones o sentimientos. Amorfo porque generalmente no tenemos claro qué es lo que estamos diciendo cuando aducimos una emoción o qué queremos decir exactamente cuando justificamos algo sentimentalmente – seguramente convencidos de que el mundo de las emociones no tiene por qué casar con el pensamiento exacto y la precisa definición–.

Tal ausencia de precisión posiblemente no sería destacable si no fuera porque todavía no hemos aprendido a dirimir nuestras diferencias sin pasar previamente por algún tipo de clarificación de los términos, de respeto constante a los conceptos con los cuales hablamos. Si alguien defendiendo una postura (digamos su pertenencia a un club de fútbol) argumenta que hay sentimientos que no se pueden explicar y que hay que sentirlos, es evidente que no habrá discusión ni manera de ponerse de acuerdo con quien no los sienta o sienta otros colores con mayor viveza y amor. Alguien podría aquí argüir que hay que saber cuándo una cosa y cuándo otra, cuándo dar paso a las emociones para impregnar de vida nuestra vida y cuándo utilizar argumentaciones claras y distintas para ponerse de acuerdo; pero como nuestro polarizado mundo cada vez pone más de relieve, la línea de división entre un momento y otro no es fácil de establecer. Es más, se establece con argumentaciones emocionales que no suelen pasar por la claridad y distinción.

No hablaré aquí de la emocionalización de nuestro presente, no me ocuparé de las emociones o los afectos, de si tienen componentes cognitivos o no, de su relación con la razón, ni de ningún otro aspecto relacionado con el entorno emocional; simplemente, quisiera ocuparme de observar el concepto de empatía, el cual me parece que es una de las principales vigas en las que se sostiene nuestra querencia actual por las emociones. Una viga institucionalizada en el mundo empresarial, en el educativo y en el político que, aunque ciertamente tiene relación en su justificación con el resto del aparataje emocional, yo diría que funciona como cimiento sobre el que tal aparataje se sostiene.

Durante los últimos veinte años la filosofía moral y política, la pedagogía, los estudios de mercado, etc., se han centrado en dar vueltas a diferentes sentimientos, afectos y, por supuesto, a la empatía; «dar vueltas» es la expresión que más se adecua al estado de la reflexión científica sobre el tema, pues tenemos muchas informaciones y pocos compendios que las integren en un saber emocional. No me parece ello grave, pero es cierto que me ha hecho dudar sobre el modo de comenzar este trabajo de la manera más idónea, pues tocara el palo que tocara nunca iba a sonar completamente afinado, o sin obtener una respuesta de un tono opuesto.

De tal modo, me he decidido a iniciarlo con algunas consideraciones previas (2) que es preciso tener en la cabeza para saber «cómo leer lo que sigue», con las cuales espero delimitar (que no delinear) el estado de la cuestión. Hecho ello, plantearé por qué hoy vamos a la empatía (3) y, siendo así, qué relaciones sociales implica tomarla en cuenta como eje principal del mundo ético-político (4). Aquí consideraré las voces en contra de la empatía como elemento moral y político (4.1) y las voces a favor (4.2 y 4.3). Posteriormente, concluiré mi trabajo con dos elementos fundamentales que son implicados por la toma en consideración de la empatía como elemento principal de las relaciones sociales, a saber, el hecho de que supone un esfuerzo, una voluntad moral o una apuesta política (5) y la evidencia de que solicita un proceso de educación y continuo afinamiento (6).

2. Consideraciones previas

2.1. Sobre los estudios acerca de la empatía

Para empezar, dos son las líneas de investigación que de un modo amplio se pueden señalar. La primera, que se podría calificar de anatomista, es una línea tremendamente desarrollada donde se pueden encontrar diferentes características de los comportamientos empáticos, análisis funcionales, neurológicos y, sobre todo, disquisiciones acerca de si es posible y de qué manera la empatía; además de presentar cuestiones típicas de la filosofía de la mente que pasan por tratar de averiguar cuánto y con qué fiabilidad es posible saber lo que otra persona piensa o siente. Estos estudios tienen una esencia y desarrollo tan pormenorizado que resulta imposible ofrecer un panorama de los mismos si no es con una gran extensión, pero en buena medida se podrían estructurar en torno a tres teorías sobre la empatía. Por un lado, está la llamada Teoría Teoría que piensa que la empatía es una especie de inferencia teórica por la cual un sujeto conoce lo que el otro piensa; por otra parte, la teoría de la simulación se centra en considerar la empatía como una proyección que simula lo que el otro está pensando. Ambas propuestas tienen el problema de que nunca hay una inmediata y directa aprehensión del otro, sino que somos nosotros desde nuestra individualidad los que o lo imaginamos o llegamos a conocerle, pero siempre manteniendo la diferencia (¿insalvable?) con el otro. En tercer lugar, la teoría de la percepción directa considera que nos encontramos con los demás no solo como conocedores u observadores, sino como «compañeros interrelacionados corporal y emocionalmente que muy a menudo ven a los demás directamente cara a cara e interactúan en contextos compartidos» (Schmetkamp y Vendrell Ferran, 2020, p. 744), de modo que en la sonrisa del otro yo siento la alegría por una especie de contagio. Esta postura que es muy prometedora en la medida en que supone que accedemos directamente al otro, no deja de tener ciertos problemas como, por ejemplo, de qué modo puede explicar cómo empatizamos con personajes de ficción, máxime cuando sabemos (Burke *et al.*, 2016) que existen investigación en neurociencia que muestran que la literatura ayuda a ensanchar la empatía¹.

Otra línea de investigación, más alejada de la pura anatomía, se centra más en las cuestiones relativas a la ética y la política; es este el espacio que toman quienes piensan que es preciso ser empático para ser moral o que los comportamientos prosociales óptimos se establecen y regulan desde la empatía. También es el lugar de quienes, no sin cierto realismo, piensan que si nuestras normas deben depender de algo tan fácilmente moldeable y parcial como la empatía no hay ninguna esperanza

¹ Quisiera añadir que «la diferencia entre el contagio y la simulación es, pues, la siguiente. En la transmisión por contagio, la experiencia emocional que adquiere el observador depende crucialmente de la sensibilidad del modelo; mientras que, en la simulación, es la propia sensibilidad del observador, y no la del modelo, la que determina la emoción(es) que se siente(n)» (D'Arms, 1999, p. 1490).

de tener norma ninguna. Más adelante veremos de cerca estos estudios que se interesan no tanto en las características anatómicas de la empatía, sino en qué podemos hacer con ella en el mundo ético y político.

2.2. Clarificación del término empatía

En todas estas líneas de investigación se distingue claramente antes de comenzar a andar varias afecciones cercanas a la empatía o modulaciones de la misma –según el entender del teórico que las haga–. Las principales que se pueden señalar son: (a) el contagio emocional entendido como la relación empática por la que sin saber cómo, sentimos de repente lo mismo que siente la persona observada². (b) Cuando este contagio es consciente, es decir cuando somos conscientes de que estamos sintiendo algo que es lo que siente otra persona se suele nominar como empatía afectiva que (c) se convierte en empatía cognitiva cuando nos ponemos en los zapatos ajenos y ya no es que sintamos como la persona objeto de nuestra empatía, sino que sabemos (o creemos adivinar o imaginamos) qué siente y cómo siente. Ello no es fácil en el sentido de que como ya afirmó Adam Smith, para saber tal cosa debemos hacer un esfuerzo imaginativo que nunca tendrá plena seguridad de acertar.

Con todo, parece que este tipo de empatía es algo común a nuestro equipamiento biológico por inseguros que sean sus resultados. En el momento (d) en que la empatía afectiva o cognitiva se transforma en un concernimiento por la persona ajena, en un cuidado de la misma, en un interés en su propio beneficio o interés, la empatía se transforma en simpatía. La simpatía no es meramente empatía, pues no supone necesariamente imaginar que es lo que piensa o siente la otra persona. Vale con que quien simpatiza considere que el otro está en una situación que (le) duele o que (le) complace (aun cuando ese otro no lo sepa o no lo sienta así) y este es el segundo aspecto que distingue simpatía de empatía: quien simpatiza no necesariamente ha de tener los mismos sentimientos o pensamientos que la otra persona.

Como fuere, los ámbitos de todos estos conceptos son siempre muy difusos, controvertidos y en continua disputa (Altuna, 2018, pp. 250-251), lo cual ya fue establecido hace tiempo por Scheler o el mismo Husserl que consideraron que la empatía no es un fenómeno único, sino un término que nomina una constelación de experiencias y actividades interpenetradas en muchas diferentes capas que interesan a la psicología, a la sociología, a la filosofía, etc. (Jensen y Moran, 2012, p. 126)³. Ello

² Hay que tener en cuenta que existen autores que recogen el contagio emocional como una forma de empatía (Maibom, 2013) y otros que se niegan a hacerlo (Matravers, 2017) o que lo toman como un nivel bajo de empatía (Goldman, 2006).

³ Decety y Cowell (2014) refieren que (a) la empatía y la moralidad hacen funcionar similares áreas cerebrales, que (b) no tienen realmente un área propia, sino una estructura compleja de áreas (que coinciden con la de la identidad y la reflexión) y usan las mismas hormonas y por ello (c) mejor que de empatía sería hablar de (1) *emotional sharing* (o *afective arousal*: detenernos frente a la emoción de otro como cuando la madre detecta en la mirada del hijo una petición), (2) *empathic concern* o cuidado de los cercanos y (3) *perspective taking* o *cognitive empathy* que son formas de aumentar la empatía más allá de los próximos. Desde otra perspectiva: «las neuronas espejo son neuronas que se disparan no sólo cuando alguien hace algo, sino también cuando ve u oye a otra persona haciendo cosas similares. Por lo tanto, las neuronas espejo nos permiten sentir y entender las expresiones corporales y las acciones de otras personas sin tener que formular ninguna hipótesis explícita sobre los estados mentales de esas personas» (Lacoboni, 2009, p. 68). La investigación neurológica sobre la empatía también tiene en cuenta formas de procesamiento neurológico pertenecientes al menos a diez áreas diferentes de la corteza y del sistema límbico que se han identificado en lo que Baron-Cohen llama «el circuito de la empatía» del cerebro humano (Baron-Cohen, 2011, pp. 27-41. Véase también Vignemont y Singer, 2006; Decety, *et al.* 2012; Decety y Michalska, 2012; Bernhant y Singer, 2012). Estas áreas cubren no solo las neuronas espejo que operan sobre diferentes sistemas sensoriales, sino también las estructuras neurales que inician sentimientos en situaciones que suelen requerir una respuesta emocional rápida (lo que se denomina marcadores somáticos) y estructuras implicadas en el reconocimiento de rostros y la

ha generado distintos estudios y líneas de investigación que casi en un diálogo de sordos han complejizado mucho el asunto a estudiar. Existen estudios sobre la capacidad de contagio emocional en chimpancés, sobre las zonas de activación neuronal en los casos de simulación emocional, análisis que intentan elucidar la relación entre la empatía en sentido estricto y la imitación emocional, entre otros. Lo cierto es que al día de hoy el panorama es caótico, o mejor, como un mar lleno de peces en cantidad tal que no nos permite distinguirlos unos de otros hasta el momento en que los capturamos y podemos observar con calma a uno de ellos; más, justo en ese momento no tiene interés ninguno el análisis del pez para conocer la vida del enorme banco de pesca que parece que depende de sus miembros, pero actúa también con un orden que no es el de cada uno de ellos⁴.

2.3. ¿Es la empatía una emoción?

Cuando nos movemos en el campo de las emociones y aunque el asunto es complejo, la literatura al uso distingue de manera clara entre emociones, afectos y sentimientos. Por emoción se entenderá lo que tradicionalmente se ha manejado como tal, es el mundo de nuestro comportamiento y actividad neuronal que sin ser racional y sosegadamente reflexiva colabora en la adaptación de la especie o para dar respuestas rápidas a situaciones más o menos problemáticas o urgentes. Desde que Antonio Damasio lo instituyó ya hace años, sabemos que el comportamiento emocional proporciona atajos en la resolución de problemas que suponen una ayuda inestimable que economiza tiempo en nuestras respuestas adaptativas (biológicas o sociales) que serían torpes si tuviéramos que emplear con sosiego y buena planificación nuestro razonamiento.

Los afectos hacen referencia a un material emocional sin contaminar lingüística ni culturalmente, una especie de magma previo al mundo de las emociones y al que se llega tras deconstruir a estas. Se llegó a ellos en su momento desde posiciones ligadas a Derrida, pero también algunas feministas atendieron a lo afectivo convencidas de que en ese campo se podría observar un espacio de sororidad que no estaba tocado por construcciones androcéntricas previas. No lo podía estar, pues el mundo afectivo es previo a las palabras que nominan las emociones y, en consecuencia, previo a cualquier construcción cultural que en su performatividad diera una forma determinada a la realidad que se presentaba para vivir⁵. En cuanto a los sentimientos, se entenderían como aquellas emociones «educadas» y conformadas moral, social o culturalmente. No son tan inmediatas como las emociones aun perteneciendo a un espectro de actividad neuronal muy similar.

Debe decirse de inmediato que es esta una distinción que debe mucho al mundo anglosajón que es el que domina los estudios de este tipo y que debemos tomar con cierto cuidado pues lo que en inglés se califica sin problemas como

expresión del lenguaje. Muchas de estas áreas contribuyen a lo que se denomina «representación compartida», lo que significa que activan automáticamente los mismos circuitos neuronales «cuando hago o siento algo, como cuando veo a otra persona haciendo o sintiendo lo mismo, o incluso cuando imagino o me recuerdo haciendo o sintiendo lo mismo» (Svenaeus, 2015, p. 268).

⁴ Existen, por supuesto, casos de empatía cero como son a los que ha dedicado su estudio Baron-Cohen (2011) centrados en casos de psicopatía, trastorno de personalidad, síndrome de asperger o autismo, pero aparte de todo el interés que puedan tener para comprender y tratar esos casos no habituales –por más que dolorosos– y, con ello, para entendernos mejor, espero que se me conceda que no tienen gran relevancia para nuestras preocupaciones cotidianas morales o políticas.

⁵ La rabia es quizá el mejor de los ejemplos de afectos que se comparten sin palabras; la rabia que sienten las mujeres violadas, ultrajadas o ninguneadas no es algo que se pueda especificar en un discurso claro, pero bien es cierto que es un afecto que nos es común a todos y que nos permite hermanarnos en una lucha, en una solidaridad, en una comprensión de ciertas actitudes con las que podemos componer la lucha contra lo que nos daña.

emoción, sea la emoción del patriotismo, en otros idiomas no es tan sencillo de nominar así –v.g. en nuestro país hablamos del sentimiento de patriotismo o ¿es la *saudade* un afecto o un sentimiento?–. Con todo, aunque epistémicamente es muy injusto, en lo que sigue asumiré obedientemente esta diferenciación. Pues bien, como se intentará mostrar a continuación, la empatía sobrevuela estos tres modos siendo los tres a la vez: es una afección neuronal previa a cualquier palabra que la nomine (lo cual es evidente en el caso del contagio emocional), es una emoción que nos guía en nuestras relaciones interpersonales (y aquí la figura de la empatía cognitiva es buen ejemplo) y, en último término, implica también una educación sentimental cuando la tomamos como simpatía o la derivamos como compasión. Como es fácil de apreciar, la empatía se mueve dentro del ámbito que conocemos como emocional, pero antes que ser una emoción es más bien una herramienta o un medio de comunicar y compartir emociones, afectos y sentimientos.

3. Pero ¿por qué la empatía?

Estoy convencido de que el motivo del auge de la empatía es inicialmente el mismo que provocó que Hume, Smith, Kames y el resto de ilustrados escoceses se preocuparan por ella. En un mundo atomizado como el nuestro (y como el que comenzaba a ser la sociedad comercial del siglo XVIII, dinámica y estresante según era descrita por sus protagonistas) la empatía constituye la única herramienta para tomar contacto con los demás, átomos desconocidos o por lo menos inabordables con seguridad. Pero, además, nosotros tenemos ya un legado que ni Hume, ni Smith ni sus compañeros tenían que no es otro que la quiebra de las grandes narrativas, de las seguridades y de los conocimientos que pudieran constituir una última palabra.

Ya no es que vivamos en un mundo de hiperconsumo que ha hecho del simulacro su realidad, es que, de naturaleza líquida como anunciamos ser, somos fluidos en el amor, en nuestras fidelidades, en nuestros convencimientos morales y políticos y en quienes realmente somos (y no olvidemos que el adverbio «realmente» es algo que hace tiempo hemos dejado de usar con conciencia). Tan líquidos como nosotros lo son también las palabras y los conceptos que nos unen (ya ni siquiera tenemos claro qué es un obrero, ni qué un rico, o quién defiende a quien más allá de los obligados discursos para cosechar votos) y en estas situaciones lo único que nos queda para vivir en semejante licuefacción de los significados e intenciones, es la empatía, el modo en que uno puede «ser otro» o imaginarse al otro, o contagiarse por el otro, pero haciendo todo eso sin grandes argumentaciones que ya no tendrían fundamentos en que apoyarse, simplemente «sintiéndolo», cualquier cosa que eso pueda significar.

Sin narrativas seguras, sin significados fijos y estables, solo queda la emoción que no es racional, ni dialógica, ni es desarrollo del espíritu ni de la historia, que ni siquiera tiene palabras para decirse y tan solo exige (o se exige desde ella) la posibilidad de sentir. Este es el terreno abonado para que crezca la empatía que tiene el mérito de romper las barreras de la identidad acorazada y es un puntal básico para vivir en un mundo intersubjetivo tan líquido que rechaza la dicotomía yo-otro, yo-mundo. Cómo lograrla, cómo ser empático, es algo que ya supuso las primeras discusiones entre Hume, Smith y sus compañeros escoceses, pero a poco que miremos a nuestro alrededor comprobaremos que como sea que se manifieste o alcance la empatía, esta hoy es un tópico de multitud de libros de autoayuda, de negocios, de mejora de los recursos humanos, de consultores y asesores políticos, entre otros.

No me voy a entretener en discutir las propuestas del marketing político, empresarial o del mero postureo, ni siquiera voy a tratar de averiguar por qué nos dio

por apostar por la empatía y no por otra herramienta y, mucho menos me voy a ocupar de lamentarme con lo que se pierde con tan fabulosa y controvertida palabra-concepto (o alegrarme por lo que ganamos con ella); simplemente, en lo que sigue, voy a levantar acta de lo que hay e intentaré pergeñar hacia dónde nos lleva eso que hay. Pudiera ser que a donde nos lleve sea a un lugar erróneo y fatal, pero eso habrá de decidirse al final del camino que por suerte no nos solicita un gran esfuerzo para recorrerlo, pues lo estamos caminando ya mismo⁶.

4. ¿Qué ética, qué política cabe desde la empatía?

Como he dicho, mi interés por una situación emocional en la que ya de hecho indefectiblemente configuramos nuestras identidades es notarial, simplemente quiero dar fe de lo que tenemos. Hace ya unos treinta años, cuando parecía moneda común la afirmación de que el paradigma moderno se agotaba, hubo una detonación del interés por lo emocional y se comenzó a alargar la mano para tocar las emociones con el fin de hacer más amable a la razón. Nunca me pareció que la razón no fuera amable, si bien no pocas veces pecaba de pesada, pero como sea aquel fue el momento de apostar por una razón cordial, por la necesidad de que los sistemas morales y políticos accedieran a la suavidad de los sentimientos. Las emociones resultaban el guante de seda que se ponía en nuestros sistemas políticos democráticos que habían aprendido a configurarse desde nociones de progreso racional, o histórico o con argumentaciones dialógicas cargadas de deseos de universalidad (siquiera pragmática) que les hacía poco simpáticos y muy añejos. Ahora bien, nada más erróneo que este intento de hacer amable a la razón a través de las emociones porque los asumidos de ambos términos, el inicio de su camino, son muy dispares y aunque no tienen necesariamente que entrar en conflicto, razón y sentimiento se construyen sobre diferentes cimientos y con materiales nada parecidos.

Efectivamente, las emociones no son irracionales o ajenas a toda reflexión, pero desde luego no se puede apechar con ellas desde un modelo social y político fundamentado en conceptos que no son los sentimentales. Es bien cierto que nuestros derechos se hacen más amables con la empatía y que ello daría buen tono a la austeridad de sus fundamentos, amén de que provocaría un mejor y más fácil asentimiento a los mismos, pero es innegable que el reino de la empatía casa mal con el de los derechos fundamentados histórica, racional o simplemente socialmente. Las emociones hablan como hablan. Hume lo estableció con claridad: las emociones pueden hacer mucho más dúctiles las argumentaciones y los acuerdos establecidos bien por interés, bien por justicia, bien por alguna otra razón, pero en todo caso tales argumentaciones, acuerdos y justicia están ahí para proteger los sentimientos y sus razones deberán ser emocionalmente entendibles, deberán mover sentimentalmente. Ello se puede considerar una desgracia o un mal camino, pero en todo caso es el

⁶ Para mostrar la bondad de la empatía en nuestro mundo, su fuerza para cohesionar sociedades, actividades, negocios democratizados, se suele en la literatura al caso, citar un discurso del expresidente Obama en el que se pedía que para luchar contra las desigualdades e injusticias era necesario (lo que yo entendería como «solamente es necesario») un esfuerzo de empatía, un deseo de extenderla, de esforzarse en ser empático con cada vez más gente a fin de que aquello que ocurre más allá de nuestro barrio o ciudad también nos afecte. No sé con certeza si con solo esforzarnos por dolernos con las desgracias, desigualdades e injusticias ajenas podremos acabar con ellas, pero ese es el planteamiento que reside sutilmente bajo la mayoría de las propuestas que encomian la empatía; a quien esto le resulte lejano o sospechoso puede sencillamente atender a la publicidad de nuestros bancos o de nuestros centros comerciales orgullosos de atender al bienestar social al mostrarse empáticos con nuestras necesidades, esperanzas y sentimientos; seguramente que tras ello podrá conceder que por desagradable que sea la situación, es nuestra situación y debemos echar a andar con ella a nuestras espaldas.

mundo en el que estamos caminando el cual seguramente puede cambiar, pero desde luego no lo hará si no lo entendemos y le tratamos como si no existiera.

Espero que se comprenda lo que estoy diciendo: cuando hablamos de emociones, y de empatía por ende, no es el caso de que hablamos de ellas porque tenemos claro nuestro orden democrático y queremos hacerlo más amable y encantador, más vendible si se quiere, sino que realmente hablamos de ellas porque sabemos que en primer lugar no hay política si no se empieza con una relación emocional de empatía y, posteriormente, apostamos por que esa relación emocional suene a democracia (y a ser posible que lleve todos los ideales que nos permiten vivir tan bien como vivimos). El mundo de las emociones viene no para ajustar o engrasar nuestros conceptos, imágenes y metáforas democráticas, sino para proponer otro tipo de conceptos e imágenes (democráticos espero). Y la empatía es la herramienta con la cual las emociones se pueden comunicar y hacerse sociedad.

Existe una línea capitaneada por Nussbaum y entre nosotros por Cortina o Camps, que no estaría de acuerdo con lo que acabo de afirmar. Para ellas, las emociones hacen humanas y tocantes, si se me permite decirlo así, las propuestas previas –o asumidas– de la modernidad clásica –con la cual hemos compuesto nuestras democracias–. Primero estarían, por ejemplo, los derechos humanos y, posteriormente, los haríamos parte de nuestra vida sentida y querida a través de su presentación emocional. Además de que aquellos que tratan con los afectos –que recuerdo son anteriores a la palabra y también a cualquier concepto político previo– se sentirían incómodos con esta postura tan civilizada, se me hace difícil entender cómo los sentimientos no enmendarían *ad initio* un discurso que se fundara en un modo de hablar, sentir y conocer que no es primeramente sentimental. Por decirlo de un modo rudo y contra la sensatez de Hume: no es que postulemos una noción de justicia y después aprendamos a amarla, sino que cualquier noción de justicia que postulemos debe comenzar desde nuestra inclinación emocional antes de emprender su camino de justificación.

Sentado lo anterior, la pregunta inicial ¿qué moral y política caben desde la empatía? se transforma en una pregunta por la relación que tiene la empatía con el ámbito de la moral y la política, cómo lo moldea, qué le exige. Y aquí las respuestas han sido variadas y tan diversas y de difícil acuerdo que casi fuera mejor simplemente tomarlas como una muestra de la liquidez y pérdida propia de nuestro mundo, del modo como nos entendemos, de las palabras con las que construimos nuestra realidad, de la manera en que nos enamoramos, argumentamos y reclamamos derechos.

4.1. En contra de la empatía

Como digo, en nuestros días la abundancia de reflexiones sobre las emociones y la empatía han dado lugar a un sinfín de pareceres sobre sus relaciones con el mundo moral, pero para lo que aquí nos interesa creo que se pueden clasificar en tres posiciones. La primera es la de quienes se declaran sentimentalistas y repiten el *motto* de Hume según el cual la razón es esclava de las pasiones. Para estos la empatía lo único que nos permitiría es entender posturas morales que no tienen mayor explicación que la apetencia o el deseo de aquel o aquella que las proclama. No es esta posición un mero recuerdo del emotivismo ni de Mandeville, sino que son sesudos trabajos y análisis de psicología conductual, de estudios neurológicos, de discusiones al milímetro que se encargan de mostrar que primero es la apuesta «sentida» y, luego, cualquier argumentación que la haga más o menos mostrable o defendible en público. Tal y como muestran los estudios neurológicos (y ciertamente no andamos escasos de tales) la respuesta moral primeramente es una emoción

totalmente irreflexiva que no necesita comunicarse. Es, digamos, un saltar de la silla sin palabras –con un grito acaso– y aquí comienza cualquier reflexión ética y política; ¿podemos organizarnos con tamaña irreflexión? Desde Hume se han dado muchas respuestas a esta pregunta y la mayoría pasa por apostar por la empatía. Eso sí, nunca han faltado escépticos.

Efectivamente, quizá fuera Paul Bloom quien en 2016 con la publicación de *Against Empathy* abriera fuego de un modo que devino popular para reconsiderar la noción de empatía y bajarla del pedestal al que la moda la había elevado con el inicio del milenio; tras él son muchos los autores convencidos de que la empatía no nos lleva a ningún sitio por más que debamos admitir que el mundo emocional nos es propio y que la empatía «vende mejor el producto» de cualquier propuesta moral, política o económica (la hace más amable, más actual si cabe decirlo así)⁷. En esta línea, el caso que considero más elaborado y con mejor humor presentado es el de Prinz, quien subraya que la empatía generalmente está sesgada, es mayor y más fuerte con quienes nos son cercanos y tratar de proponer un orden social, político o económico con ella es arriesgarse a corrupciones, favoritismos y quiebras normativas. Además, la «empatía no es muy motivadora» (Prinz, 2011, p. 25) puesto que en último término el origen de los juicios morales es puramente emocional y proviene del odio, el disgusto, la admiración o la culpa y nunca de la empatía. Si añadimos a esto la evidencia de que la empatía es difícil de cultivar y educar (pues hasta los primates son naturalmente más empáticos con los más próximos), la conclusión creo que es sencilla: lo mejor que podemos hacer cuando se trata de la moral es olvidarnos de tomarla como fundamento de nada y centrarnos en su estudio psicológico a fin de comprender un elemento más de la conducta humana y obtener así un claro mapa de nuestra anatomía⁸.

4.2. A favor de una empatía reflexiva

Los análisis de la corteza cerebral cuando se da una actuación moral parece que están con esta postura, pero ello no quita de modo tajante que los sentimientos se puedan educar, afinar y cultivar. En efecto, y por seguir la sugerencia de Kauppinen que supondría una segunda postura hacia la empatía y su relación con el mundo moral, podemos elaborar un sentimentalismo reflexivo. Aquí, aceptando que primero son las emociones, al mismo tiempo se recoge el guante de Hume o Smith y se proclama la posibilidad de *calm passions*, de intercalar en el flujo emocional alguna reflexión que pudiera modificar nuestro sentir emocional. En este sentido, la empatía se entiende como «*concern for another*» (Kauppinen, 2013, pp. 99-100), como una actitud que se puede regular y dominar con la referencia de un ideal (digamos, por ejemplo, un espectador imparcial). En este sentido, se afirmará no tanto que la justicia pueda venir de la empatía, cuanto que si bien no es prudente librarnos solo a nuestras

⁷ Hay que decir que Paul Bloom (2016) se muestra opuesto a la empatía, pero no a la compasión. Para él es cierto que la empatía nos hace sensibles al daño de minorías, por ejemplo, pero a veces es mejor no implicarse emocionalmente para dar soluciones óptimas (v.g. las enfermeras más empáticas son las que más rápidamente se queman o la pobreza infantil no se soluciona dando una moneda en un momento puntual llevado por la emoción). Para Bloom ser una persona moral es tener los distanciados sentimientos de la compasión, de la amabilidad junto con la inteligencia y sentido de la justicia (es lo que produce lo que él llama la «compasión racional» que proviene de una empatía cognitiva). Cuando alguien ha sido despedido agradece que yo sienta lo que él, pero apunta Bloom que es mejor que trate de solucionar su problema lo cual seguramente implicará que yo deba renunciar a alguno de mis privilegios y ello se logra no por empatía sino por justicia o por compasión. No creo que haga falta señalar lo bien que casa esta postura con la señalada anteriormente en nombre de Nussbaum, Cortina o Camps.

⁸ Decety y Cowell (2014) exponen de la mejor manera –llena de conocimientos neurocientíficos– esta postura.

afecciones empáticas pues son sesgadas, lo cierto es que en cuanto las mediamos con alguna reflexión tienen un muy relevante papel para conseguir un juicio moral.

No se trata, por supuesto, de primero razonar y luego sentir –y espero que a estas alturas haya quedado claro que el mundo sentimental, como nuestro emocionalizado presente, no puede poner la razón antes de los sentimientos–, pero sí de ser conscientes de que no pocas veces sentimos matizados y mediatizados por argumentaciones establecidas en nuestros sistemas sociales y culturales o en las relaciones interpersonales en las que nos hallamos⁹. Eso sí, debemos despedirnos de poner guante de seda a la razón; sencillamente, estamos con la noción de justicia que alzó Hume (1888): es una creación artificial para favorecer intereses, pero una vez puesta sobre la mesa su misma utilidad genera sentimientos de afecto hacia ella, nos emociona, por decirlo así. Y aunque la aprobación moral –sentimental– juega en un campo de obligación menor al de la justicia, sin aquella esta no tiene modo de sostenerse con fiabilidad. En este punto, la empatía tiene un papel principal pues resulta el único modo de poder compartir con los demás esos sentimientos que la justicia, los derechos, las normas morales han de suscitar¹⁰. La empatía socializa los sentimientos y con ello hace posible una comunidad que compartiendo los mismos afectos comparta también la misma noción de justicia a la que se ha llegado por un proceso si no racional, sí reflexivo y calmado que no es ajeno a emociones iniciales (ni a la necesidad de suscitar sentimientos de adhesión).

4.3. A favor –de un modo partisano– de la empatía

Empatía no porque es sesgada, empatía sí porque es propia de emociones reflexivas, son los dos caminos que habitualmente desde el orbe de la filosofía de la mente discuten entre sí, pero quisiera presentar al menos otras dos posturas más partisanamente implicadas en las consecuencias políticas y morales de la empatía –y, por ende, en su necesidad para construir sociedad– y que constituirían un tercer modo de considerar la relación entre la empatía y el universo moral y político.

La posición de Slote es la de un hombre convencido de que la empatía nos hace buenos. Se puede decir con menos retintín, pero esa es la idea: no hay un comportamiento moral estimable o válido (o virtuoso) si no parte de un sentimiento de empatía. El mero hecho de inclinarse hacia alguien ya supone una validación moral positiva de aquel que empatiza (ya está haciendo algo «bueno») y en último término la aprobación moral proviene de la cálida empatía de un agente. Se trata pues de cultivar la empatía, de aprender a ser empático, de cuidar de las relaciones compasivas, simpáticas o de contagio emocional. Dicho de manera tan esquemática como lo acabo de hacer pudiera parecer esta una opción moral muy infantil, pero Slote (2007 y 2010) se ha cuidado mucho de argumentarla y defenderla frente a sus oponentes (lo cual ha generado multitud de publicaciones (v.g. Stueber, 2011)) y, sobre todo, de dejar claro que aunque se pueda discutir el valor moral de la empatía, lo que resulta completamente evidente es que esta pone en marcha la moralidad –entendida ya como una comunicación de emociones privadas en origen que se hacen sociales precisamente a través del mecanismo comunicativo de la empatía–. Ese momento en que se socializan las emociones privadas es cuando los sentimientos cobran valor moral y aparecen nuestros modos de evaluar comportamientos sociales.

⁹ Esto último se puede decir de una manera más cercana a la clínica práctica en las palabras de Hauser (2006). En la misma línea May y Kuner (2018) ofrecen una extensa recolección de ejemplos experimentales a favor del sentimentalismo, del racionalismo y de la mezcla de ambos.

¹⁰ Si no son capaces de provocar emociones para nada valen, pues no se ha de olvidar que «el interés por uno mismo es el motivo originario del establecimiento de la justicia, pero la simpatía por el interés público es la fuente de la aprobación moral que asiste a esa virtud» (Hume, 1888, p. 500 [he variado un poco la traducción castellana]).

Si el mero acercarse y tomarse un interés en otra persona es un valor moral positivo parece lógico que Slote se haya acercado muy a menudo a las éticas del cuidado, aun cuando siempre ha marcado distancias con respecto a las mismas.

Desde otra perspectiva diferente, Batson es un investigador que dedicó su tiempo a estudiar el altruismo para llegar al convencimiento de que «la emoción empática genera una emoción altruista para reducir la necesidad de otro» (Batson 1991, pp. 6-7) y ello es algo incorporado en nuestros mecanismos evolutivos de adaptación al medio. Lo que Batson entiende por altruismo no es lo que primeramente tendríamos en la cabeza cuando estamos hablando de conductas morales, pues su investigación recoge el término para dar cuenta de qué es lo más ventajoso para la especie en términos evolutivos. De tal modo, pueden casar con alguna noción de altruismo comportamientos que nos son abominables moralmente, como, por ejemplo, sacrificar espartanamente a las crías más débiles que pudieran lastrar la óptima adaptación de su grupo biológico. Como fuere, se abre aquí una línea de investigación que inserta la empatía en nuestro equipamiento biológico y ello daría una explicación –que no una solución– a la acusación de sesgo: el favoritismo con los próximos es evolutivamente útil¹¹.

En una línea que liga el convencimiento de que el altruismo nos es biológicamente inherente con la apuesta por la empatía, el trabajo de Hoffman se ha esforzado en encontrar actitudes prosociales en los comportamientos empáticos. Al igual que sucedía en el caso de Batson, su trabajo ha sido de investigación neurológica y psicológica y se debe a su mano el auge que hasta aproximadamente el 2010 tuvo la noción de empatía y la profundización en los estudios que la ligan a nuestro propio equipamiento biológico. Según su definición, la empatía tiene una doblez cognitiva y afectiva. Cognitiva ya que implica el conocimiento de los pensamientos, afectos, sentimientos y percepciones de otra persona. Afectiva en la medida en que también puede entenderse como la respuesta afectiva vicaria a lo que siente esa otra persona (Hoffman, 2000, pp. 29-30). La combinación de estos dos aspectos de la empatía genera diferentes sentimientos morales que para Hoffman son la compasión, la ira empática, el sentimiento empático de injusticia y el sentimiento de culpa por inacción (Altuna, 2008, p. 254).

Dejando aparte la evidencia de que esta clasificación puede tener mucho de cultural, si concedemos y nos ajustamos a ella veremos con facilidad que según aumente nuestro nivel cognitivo puede variar el tipo de empatía que sentimos y que, viceversa, nuestra proximidad afectiva puede sesgar el aspecto cognitivo y, por ende, la empatía sentida. Aquí se muestra que no hay nada automático en la empatía por más que pudiera ser un proceso natural o fruto de la adaptación biológica, de hecho, la empatía se puede «encender y apagar» (Pinker, 2012, p. 751) y casi lo interesante no es por qué sentimos empatía, sino por qué no la sentimos en todo momento¹².

¹¹ Aunque esto pueda parecer problemático, lo cierto es que en este punto se utiliza el mismo esquema argumentativo de muchos estudios que intentan apreciar la polarización en la que hoy estamos envueltos: esta no es despreciable *per se* puesto que en alguna medida no solo nos es natural, sino que favorece nuestra cohesión como grupo social.

¹² Vignemont (2006) discute no ya que tengamos empatía, pues parece que las áreas de activación empática están continuamente funcionando de modo automático, sino por qué no la tenemos en todo momento, por qué no estamos metidos en una marabunta de empatía. Con ello quiere distinguir entre la activación de las reacciones cerebrales empáticas y lo que es la empatía a fin de aclarar el motivo por el cual no siempre seamos empáticos, aunque seguramente el mecanismo de la empatía salte automáticamente de modo continuo.

5. El esfuerzo moral por empatizar

Lo interesante de las propuestas de Batson y de Hoffman es que establecieron un campo de estudio sobre la empatía que la tomaba como una serie de procesos neuronalmente registrables cuyo origen reside tanto en nuestro desarrollo evolutivo animal como en nuestra antropogénesis y aculturación adaptativa. Es este el aldabonazo que permitió hablar de empatía (y de las emociones) sin ningún rubor desde las perspectivas de la sociología social, la antropología, el desarrollo evolutivo neuronal y la clínica práctica (Decety, 2011) al menos hasta los últimos diez años en que discursos críticos, como los propuestos anteriormente al hilo de Bloom y Prinz, han llamado la atención sobre los peligros de la empatía. Ello ya fue señalado tanto por Hume y Smith como por el mismo Hoffman que siempre concluyó que la empatía puede llevar nuestro afecto a procesos claramente injustos y por ello ha de ser equilibrada con alguna noción de justicia (Hoffman, 2022, p. 223). Por decirlo con sus palabras: la empatía es «una buena apuesta para una moral universal prosocial», ya que el desarrollo cognitivo (el lenguaje, tomar al otro como un fin, etc.) da a la primitiva empatía –sesgada– «sofisticados motivos para considerar el bienestar ajeno» (Hoffman, 2000, p. 287)¹³.

Confieso mi convencimiento de que todas las posturas mencionadas (y alguna más que ha quedado sin mencionar por razón de brevedad) tienen razón puesto que todas hablan de un aspecto de la empatía. En la medida en que se comportan como meticulosas anatomistas y puesto que el concepto de empatía cuando se aplica al mundo moral o político resulta complejo, bastante lábil y no poco desmembrado, es fácil tener razón en una parte y perderse en otra. En este sentido, no es descabellado acordar con aquellos que piensan que las emociones aun apareciendo en muchas ocasiones de manera inmediata, lo cierto es que no son siempre automáticas. Las emociones se pueden educar y devenir sentimientos, y aunque es verdad que parece que existen emociones primarias (subrayemos el «parece») no es menos cierto que estas reposan en un limbo muy primitivo que se socializa y aprende, que se modifica y afina en un tono o en otro (lo cual es siempre impredecible *a priori*). Las emociones, como ya estableció en su día Antonio Damasio y es frecuentemente admitido, en muchas ocasiones sirven para ayudar a nuestros razonamientos, van por delante de ellos para llegar antes a las mismas conclusiones; pero también es cierto que la capacidad reflexiva de los seres humanos es proclive a crear ideales, conceptos, esperanzas o deseos que terminan generando sentimientos de admiración, desprecio, adscripción, etc. E incluso crean objetivos que las emociones perseguirán –o sentirán con amor, odio, asco–.

Pensar que el mundo moral es una reacción automática de nuestras emociones, de nuestras pasiones, posiblemente sea cierto en un primer momento, pero olvida que la moralidad es un intento de vivir con los demás, no es solo el ámbito donde uno dice «me gusta», sino que es el campo donde jugamos tratando de dar razón de –justificar– nuestros gustos e intentando convencer a los demás de los mismos –y en casos de excelencia moral que no son tan extraños, aprendiendo de los gustos ajenos–. Es errado pensar que la emoción es una experiencia meramente subjetiva, por el contrario, resulta una interpretación particular del mundo y, al mismo tiempo, una intención de interactuar con él (tomamos una posición determinada en el mundo por la cual nos definimos a nosotros mismos). Ello supone que las emociones

¹³ Este es el campo en el que juega Nussbaum con su apuesta por la compasión, la cual es reflexiva pues se asocia a la deliberación de cómo vivir bien asumiendo la fragilidad humana, tiene que ver con la justicia y su necesaria reparación y es definitivamente social.

no se cultivan *in individuo*, sino que son un espacio social un *mediation space* (Boler 1999, p. 21) en el cual aparecen, se cultivan y modifican.

De alguna manera, las emociones se ajustan a los modelos emocionales de la cultura (o del contexto) en el que se dan (Mesquita, 2022) a través de un proceso complejo donde ningún elemento (emociones, retóricas, polarizaciones, deseos ocultos) termina actuando por sí solo por más que aparezca con un cometido propio y en principio autónomo¹⁴. Desde esta perspectiva, todo el tejido emocional se educa y afina, se convierte en sentimientos de cuidado o en emociones nuevas que persiguen ideales o esperanzas. Los sentimientos morales suponen un sentimiento, es verdad, pero además implican también la expectativa de que todos tengan ese sentimiento (Kauppinen, 2013, pp. 107-108). Esta expectativa es la que combina alguna reflexión (o exigencia o esperanza) con nuestro equipamiento biológico emocional.

Y si las emociones pueden ser (deben ser para ser morales) reflexivas, en el caso de la empatía ello es una condición necesaria pues, aunque es posible que sintamos de modo inevitable una inclinación inicial hacia los más cercanos, si nos situamos en el terreno de las relaciones sociales comprobaremos fácilmente que es preciso un esfuerzo de imaginación y un deseo de ser empático para poner en marcha todo el proceso cuando queremos que tome un carácter moral. No se debe olvidar que hay una empatía espontánea y también la hay voluntaria, que podemos «obligarnos» a empatizar o empatizar inmediatamente (Keyser *et al.*, 2014); se requiere siempre un esfuerzo para tratar de imaginar cómo siente el otro, para ponernos en sus zapatos o simplemente para sentir como creemos que el otro debería sentir (según el modelo de empatía que adoptemos); y también es preciso un deseo o inclinación en la medida en que se necesita un momento de atención a la situación ajena, una voluntad, en definitiva, por establecer una relación moral –que viene precedida de una decisión por dirigir la mirada a otro y dejarse tocar–. En este sentido, tomar la perspectiva de otra persona, empatizar con ella, tal y como generalmente es admitido, resulta un proceder muy ligado a tomarnos un cuidado de su propio interés¹⁵ o, cuando menos, para defenderle como «un fin en sí mismo» (Misselhorn, 2023).

Por extraño que parezca a primera vista el proceso de «sentir» no es sencillo, se hace contextualmente y a veces participamos de distintas culturas o lógicas culturales emocionales; en este sentido, tiene razón Ahmed (2004) cuando afirma que la empatía no es una propiedad de la que sacar algún producto¹⁶, sino una relación social en formación, un proceso social de «estar juntos» a través de los relatos que afinan y educan la empatía. En estos relatos y en este proceso aprendemos a ser sensibles a las demandas de los demás por muy diferentes o expresadas en un idioma incomprensible que sean. ¿Cómo? Bien, puesto que no es fácil sentir lo que siente el otro y ello nos puede hacer poco sensibles a sus demandas (Ditto, 2011), cuando mentamos la empatía debemos cambiar el objetivo de conocer al otro o lo

¹⁴ Aquí son de reseñar los trabajos de Batja Mesquita y su equipo del *Center for Social and Cultural Psychology* dedicados al modo en como socialmente las emociones se producen, modifican o cambian su afección.

¹⁵ Por no olvidar el terreno lleno de dobles caras de las emociones: también en la medida en que yo puedo conocer lo que tú sientes, siempre cabe la posibilidad de que aunque tú no lo tengas claro, puesto que yo sí sé lo que en verdad tienes en la cabeza (y en tu corazón) me permito dictarte la línea de actuación que has de seguir obligatoriamente (recordemos que cuando algunas mujeres no se han sentido ofendidas ante un supuesto maltrato machista, hemos sido rápidos en dictaminar que estaban alteradas y ofuscadas y no sabían cómo realmente debían sentirse).

¹⁶ Esta es la línea desde la que Pedwell (2012) se hace eco de una desconfianza muy natural de nuestro presente: posiblemente la confianza en la empatía está dominada hoy por un mundo neoliberal y realmente no supone lucha, sino la idea de que progresamos económicamente o laboralmente porque tenemos habilidades emocionales.

que el otro siente por el de comprender la estructura de los sentimientos de los demás (Ahmed, 2010).

¿Debemos? Bien, no es obligado, más «aunque la empatía se distingue del contagio emocional y de la simpatía por ser un sentimiento de o sobre otra persona, no solo un sentimiento con o para ella, parece exigir un cuidado de la otra persona en el sentido de que un impulso para actuar forma parte del proceso de empatía desde el principio» (Svenaeus, 2015, p. 270): es una ilusión creer que podemos tener una empatía emocional o alguna idea de lo que el otro siente sin tener al mismo tiempo una idea de cuidado por él¹⁷. No me cabe duda de que nos inclinamos hacia los demás precisamente motivados por los afectos cálidos que, es cierto, alcanzamos desde la empatía y no es de extrañar que Nussbaum acuda a la compasión como una manera *sui generis* de entender la empatía.

Debo confesar que de modo deliberado he estado fintando la mención a Nussbaum a través de este trabajo y ello merece una pequeña explicación pues, como digo, ella es la autora más reconocida en lo que toca a la reivindicación de las emociones y, de algún modo, de la empatía. Digo de algún modo pues lo que a la autora estadounidense interesa no es tanto la empatía cuanto la compasión que ella reconoce como una virtud cívica principalísima; más, la compasión que de algún modo pudiera remitir a un sentimiento de piedad o de *fellow-feeling* original en los seres humanos, es realmente lo que aparece cuando se educa a la empatía de un determinado modo sobre el cual cabe una discusión que, en mi opinión, ella realmente no establece. Es evidente que la empatía ha de encaminarse hacia alguna propuesta de compasión, amor o humanidad, pues de lo contrario no será sino un sentimiento «crudo» que puede servir para todo y para nada, pero ello se deberá hacer, como diré a continuación, desde una discusión previa sobre cómo educar las emociones y qué gramática podemos elaborar para las mismas. No sabemos todavía cómo cultivar emociones de un modo democrático y ni siquiera tenemos claro qué emociones sí y cuáles no, por qué la compasión y no el amor o la piedad o la humanidad. Es evidente que hablar de empatía, como hacerlo de emociones, es poner nuestros huevos en la cesta de la educación moral, pues bien, qué, cómo y para qué educar aún no lo tenemos nada claro.

6. Como conclusión: el afinamiento de la empatía

Quisiera recapitular lo dicho hasta ahora para concluir. En primer lugar, se ha partido de la evidencia de que vivimos en un presente tan emocionalizado que argumenta con –y milita en– afectos y sentimientos, los cuales solamente se pueden comunicar y hacer sociales a través de la empatía. En segundo lugar, se ha asumido que el origen de los sentimientos puede establecerse en nuestra propia constitución biológica (cerebral, física, evolutivamente considerada) sin que ello vaya en mengua de admitir que cualquier emoción por muy primera y natural que pudiera ser se reconfigura a través de las relaciones sociales y moldes culturales que la reformula y matiza, la admite o rechaza. En tercer lugar, se ha tomado por garantizado que tal

¹⁷ Fagiano (2019) revisa las definiciones de empatía para comprobar que son disputas que en último término no salen de las discusiones entre teóricos y se pregunta en cuánto cambia el mundo con una u otra definición, cómo la empatía responde a relaciones que nos parecen morales. En esta línea afirma que «la empatía relacional y todas las demás conceptualizaciones de la empatía son idénticas entre sí en un aspecto importante: todas son construcciones sociales que buscan no sólo describir la experiencia, sino cambiar la calidad de nuestras experiencias vividas. El valor de cualquier noción de empatía, pues, reside (...) en lo que la noción hace: la forma en que, por ejemplo, se moldean los hábitos, se disminuye el sufrimiento de los seres sintientes o se contribuye al florecimiento de nuestras vidas» (Fagiano, 2019, pp. 168-169). De tal manera, la empatía sería una relación *into*, *with* y *for*; la posibilidad de poder introducirse en el otro o lo otro, un sentir con lo otro (sea la música, la naturaleza o el sufrimiento ajeno) y un sentir que trata de cuidar y aliviar eso otro.

proceso de socialización (a) no es ajeno a la reflexión, que (b) en él toman cuerpo efectivo las emociones y (c) que supone la aparición de nuevas palabras y objetivos morales que son difícil de entender si no es con el auxilio de la empatía la cual (d) es la capacidad de ser otro (imaginativa o realmente eso habrá que dilucidarlo) y poder alcanzar a comprender las afecciones ajenas. Cómo llegar a realizar esto último es el paso que como conclusión quisiera aquí dar.

Tengo para mí que la empatía tiene más de contagio emocional que de ponerse en los zapatos ajenos (aunque eso sí de contagio emocional reflexionado, afinado, educado), pero aun tomando la comprensión habitual de la empatía como ponerse en los zapatos de otra persona, es preciso un esfuerzo y una voluntariosa actitud moral o política para probarse unos zapatos que no son nuestros. Aquí cabe establecer si ponerse en la piel del otro supone seguir siendo yo mismo imaginándome en la situación ajena, si es convertirme en el otro y sentir (con un *esfuerzo* imaginativo) lo que siente o si es realmente contagiarme y convertirme en el otro; y para todos estos casos, y aún alguno más que la labor analítica pueda proporcionar, es posible generar diferentes actitudes morales que deberemos juzgar como más tocantes o menos, como más sentidamente justas o menos. Porque realmente tras algo más de veinte años de estudios sobre las emociones es muy difícil suponer que partimos inicialmente de lo que nominaríamos de un modo breve como nociones de justicia; por el contrario, podemos imaginar que nuestro primer paso (sino el último también) es el gusto por estar con los demás, sentir con el otro y, si mi intuición es acertada, ser otro.

Debe quedar claro que a pesar de algunas utopías de la empatía¹⁸, es muy difícil afirmar que el elixir de la empatía nos llevará a las relaciones sociales, económicas, o morales más deseables, pero sí estoy convencido de que cualquier apuesta ético-política hoy ha de suponer estar abierto a afectarse por lo que uno no puede conocer ni sentir y en este sentido la emoción o el conocimiento que nos abre la empatía nos muestra aquello para lo que nunca hemos tenido atención.

Ahmed (2004) entiende en este sentido las emociones políticas y creo que ello es muy útil tenerlo en cuenta cuando se está tratando con la empatía. Ella parte desde una posición afectiva que nos une sin palabras y por ello mismo se supone que sin dominación; y precisamente por no tener palabras es imposible de comprender a menos que miremos con gusto empático no tanto por entender lo que otros sienten, cuanto por estar con ellos. Como Ahmed afirma en varias ocasiones, los afectos se tejen, construyen y redefinen en tramas sociales que a veces no comprendemos, que otras ignoramos y que en no escasas ocasiones tergiversamos; por ello, la única

¹⁸ Por mencionar a los autores más destacados en el aspecto que yo llamaría de fantasías sobre la empatía, habría que recordar a Clohesy quien, junto con Rifkin, está convencido de que la identificación empática camina hacia un mundo cosmopolita en el que nuestros problemas se disuelven no tanto porque cuidemos a los demás (y alarguemos la empatía), sino porque al convertimos en el otro sentimos la violencia que hacemos a los demás y comprendemos que «ser no ha de suponer diferencia» y, desde tal comprensión, dejamos ser al ser con lo que los conflictos se atenuarían y arreglarían. En el caso de Rifkin (2010) este convencimiento lleva a una sociabilidad armónica con la naturaleza en el momento en que comprendemos el desastre de mundo social y natural al que hemos llegado. Todo puede sonar muy a cuento de hadas, pero lo cierto es que una vez que tomamos la empatía como contagio no deja de ser un camino que se nos abre y tampoco sería honesto tirarlo a la basura simplemente porque inicialmente sonara de manera algo ingenua. Clohesy apunta que la empatía te permite dejar de ser y perderte y «una pérdida o una parcial pérdida de la identidad es una condición importante y necesaria para redefinir nuestras obligaciones con los demás comprendiendo que no nos son ajenas y es vital para nuestra comprensión del significado ético de la empatía» (Clohesy, 2013, p. 25). No creo que sea rechazable, y entra dentro de la comprensión necesitada y frágil de la humanidad que hoy no nos es extraña, el convencimiento de que en definitiva la «empatía nos ayuda a comprender la contingencia de nuestras identidades y acuerdos y esto es significativo en la adquisición de la subjetividad ética» (Clohesy, 2013, p. 119).

manera de compartir un mundo afectivo es precisamente desde la apertura empática hacia eso que en principio es un agujero negro para quien no lo siente directamente. Por ello hablar de empatía es hablar inmediatamente de cuidarla, afinarla, educarla, lo cual es el primer paso de la organización moral y política¹⁹.

Es evidente que la empatía es más bien un modo de conocimiento, de saber lo que el otro siente y no incluye esos sentimientos cálidos de afecto que supone la simpatía (o la compasión, o el cuidado, o la piedad o el amor), mas también lo es que el cultivo emocional no nos deja pararnos en el mero instrumento y, con él, empáticamente, construye un mundo social diferente; o mejor, la empatía nos hace ver un daño, una diferencia que nos daña también a nosotros, y que por ello precisa de una nueva norma (Scudder, 2016). Llegados aquí hay que reconocer que, aunque tenemos pruebas evolutivas, antropológicas, neurológicas de afecciones empáticas lo que en verdad tenemos son simplemente señalamientos en un panel o un registro de datos históricos o antropológicos, pero no el modo en cómo podemos no tanto provocar tales movimientos que registramos, cuanto modificarlos, cambiarlos de tono, edificarlos, en suma. Este es el campo de la educación moral al que inevitablemente nos allega la empatía y, hasta donde yo llego, ese es el nervio de la democracia.

Bibliografía

- Ahmed, S. (2004). *The Cultural Politics of Emotion*. Edinburgh University Press.
- Ahmed, S. (2010). *The Promise of Happiness*. Duke University Press.
- Altuna, B. (2018). Empatía y moralidad: las dimensiones psicológicas y filosóficas de una relación compleja. *Revista de Filosofía*, 43 (2), 245-262. <http://dx.doi.org/10.5209/RESF.62029>
- Baron-Cohen, S. (2011). *Zero Degrees of Empathy*. Penguin Books.
- Batson, C. (1991). *The Altruism Question. Towards a Social-Psychological Answer*. Psychology Press.
- Bernhart, B. y Singer, T. (2012). The Neural Basis of empathy. *Annual Review of Neurosciences*, 35 (1), pp. 1-23. <https://doi.org/10.1146/annurev-neuro-062111-150536>
- Bloom, P. (2016). *Against Empathy. The Case for Rational Compassion*. Penguin Random House.
- Boler, M. (1999). *Feeling Power. Emotions and Education*. Routledge.
- Burke, M., Kuzmicová, A., Mangen, A. y Schilhab, Th. (2016). Empathy at the confluence of neuroscience and empirical literary studies. *Scientific Study of Literature*, 6 (1), 6-41. <https://doi.org/10.1075/ssol.6.1.03bur>
- Clohesy, A.M. (2013). *Politics of Empathy*. Routledge.
- D'Arms, J. (1999). Empathy and Evaluative Inquiry. *Chicago-Kent Law Review*, 74 (4), 1467-1500. <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol74/iss4/4>
- Decety, J. (2011). *Empathy. From Bench to Bedside*. The MIT Press.
- Decety, J., Michalska, K. J. y Kinzler, K. D. (2012). The Contribution of Emotion and Cognition to Moral Sensitivity: a Neurodevelopment Moral Study. *Cerebral Cortex*, 22(1), 209-220. <https://doi.org/10.1093/cercor/bhr111>

¹⁹ La empatía se cultiva ampliando sus límites, buscando una empatía extendida (á la Hume). Afinar la empatía es extender su ámbito de acción, hacernos más sensibles y abiertos a dejarnos afectar por los que nos rodean y ello supone que los individuos amplían sus límites, sus juegos de lenguaje, su horizonte de significados (Pizarro, 2000, p. 368). En este sentido no es extraño que Spaulding (2023, p. 38) haya apostado por considerarla una virtud intelectual susceptible de mejora y cultivo.

- Decety, J. y Cowell, J. M. (2014). The Complex Relation between Morality and Empathy. *Trends in Cognitive Science*, 18 (7), pp. 337-339. <https://doi.org/10.1016/j.tics.2014.04.008>
- Fagiano, M. (2019). Relational Empathy. *International Journal of Philosophical Studies*, 27(2), 162-179. <https://doi.org/10.1080/09672559.2019.1598086>
- Goldman, A. I. (2006). *Simulating Minds The Philosophy, Psychology, and Neuroscience of Mindreading*. Oxford University Press.
- Hauser, M. (2006). What's Fair? The Unconscious Calculus of our Moral. En VV.AA., *Empathy and Fairness* (89-96). Novartis Foudation. <https://doi.org/10.1002/9780470030585.ch4>
- Hoffman, M. L. (2000). *Empathy and Moral Development: Implications for Caring and Justice*. Cambridge University Press. (*Desarrollo moral y empatía*, Idea Books, 2002).
- Hume, D. (1888). *A Treatise of Human Nature*, Clarendon Press (D. Hume, *Tratado de la naturaleza humana*, Editora Nacional 1981).
- Jensen, R. T. y Moran, D. (2012). Introduction: intersubjectivity and empathy. *Phenomenology and the Cognitive Sciences*, 11, pp. 125-133. <https://doi.org/10.1007/s11097-012-9258-y>
- Kauppinen, A. (2013). Empathy, Emotion Regulation, and Moral Judgment. En H. Maibom (Ed.), *Empathy and Morality* (97-121). Oxford University Press.
- Lacoboni, M. (2009). *Mirroring People: The New Science of How We Connect with Others*. Picador.
- Maibom, H. (2013). Introduction: Everything you ever wanted to know about empathy. En H. Maibom (Ed.), *Empathy and Morality* (1-40). Oxford University Press.
- Matravers, D. (2017). *Empathy. Key Concepts in Philosophy*. Polity Press.
- May, J. y Kumar, V. (2018). Moral Reasoning and Emotion. En A. Zimmerman, K. Jones y M. Timmons (Eds.), *The Routledge Handbook of Moral Reasoning* (139-157). Routledge.
- Mesquita, B. (2022). *Between Us. How Culture Create Emotions*. W.W. Norton.
- Misselhorn, C. (2023). Seeing Others as Ends in Themselves. From the Empathic to the Moral Point of View. En Th. Petraschka & Ch.Werner (Eds.), *Empathy's Role in Understanding Persons, Literature, and Art* (65-84). Routledge.
- Pinker, S. (2012). *Los ángeles que llevamos dentro*. Paidós.
- Pizarro, D. (2000). Nothing More than Feelings? The Role of Emotions in Moral Judgment. *Journal for the Theory of Social Behaviour*, 30 (4), 355-375. <https://doi.org/10.1111/1468-5914.00135>
- Prinz, J. (2011). Against Empathy. *The Southern Journal of Philosophy*, 49 (1), 214-233. <https://doi.org/10.1111/j.2041-6962.2011.00069.x>
- Rifkin, J. (2010). *The Empathic Civilization: The Race to a Global Consciousness in a World of Crisis*. Polity Press.
- Schmetkamp, S. y Vendrell Ferran, I. (2020). Introduction: Empathy, Fiction, and Imagination. *Topoi*, 39, pp. 743-749. <https://doi.org/10.1007/s11245-019-09664-3>
- Scudder, M. (2016). Beyond Empathy: Strategies and Ideals of Democratic Deliberation. *Polity*, 48 (4), 524-550. <https://doi.org/10.1057/s41279-016-0001-9>
- Slote, M. (2007). *The Ethics of Care and Empathy*. Routledge.
- Slote, M. (2010). *Moral Sentimentalism*. Oxford University Press.

- Spaulding, S. (2023). Empathy Skills and Habits. En Th. Petraschka & Ch. Werner (Eds.), *Empathy's Role in Understanding Persons, Literature, and Art* (25-43). Routledge.
- Stueber, K. R. (2011). Moral Approval and the Dimensions of Empathy. *Analytic Philosophy*, 52 (4), 328-336. <https://doi.org/10.1111/j.2153-960x.2011.00540.x>
- Vignemont, F. (2006). When do we Empathize? En G. Bock & J. Goode (Eds.), *Empathy and Fairness* (181-196). Novartis Foundation.
- Vignemont, F. y Singer, T. (2006). The Empathic Brain: how, when and why? *Trends in Cognitive Science*, 10 (10), pp. 435-441. <https://doi.org/10.1016/j.tics.2006.08.008>

Sesgo de género (en IA)*

Gender bias (in AI)

María Pérez-Ugena Coromina

Universidad Rey Juan Carlos

ORCID ID 0000-0002-2724-6882

maria.perezugena@urjc.es

Cita recomendada:

Pérez-Ugena Coromina, M. (2024). Sesgo de género (en IA). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 311-330

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8515>

Recibido / received: 03/12/2023
Aceptado / accepted: 18/01/2024

Resumen

Ante la emergencia de sistemas de inteligencia artificial en múltiples esferas, resulta imprescindible la incorporación de la perspectiva de género para impedir la perpetuación y fortalecimiento de estereotipos y conductas discriminatorias mediante la presencia de sesgos en los algoritmos.

La IA demanda una intervención consciente en su desarrollo y en la formulación de algoritmos, así como el cumplimiento de principios clave, como la transparencia y la responsabilidad, vitales para eludir el sesgo de género. El sesgo se demuestra mediante varios estudios y conlleva discriminación. Tiene su origen, generalmente, en la subrepresentación de grupos y se suele manifestar de forma indirecta. Se incluye un análisis del marco ético y regulatorio aplicable a los sistemas de inteligencia artificial en lo que resulta aplicable a la cuestión de género

Palabras clave

Inteligencia artificial; discriminación; igualdad; género.

Abstract

In the face of the emergence of artificial intelligence systems in multiple spheres, the incorporation of a gender perspective is essential to prevent the perpetuation and strengthening of stereotypes and discriminatory behaviors through biases in algorithms.

AI demands a conscious intervention in its development and algorithm formulation, along with adherence to key principles such as transparency and responsibility, vital to avoiding gender bias. Bias is demonstrated through various studies and entails discrimination. It generally originates from the underrepresentation of groups and tends to manifest indirectly. An analysis

* Profesora Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Rey Juan Carlos. Forma parte del «Proyecto de Generación de Conocimiento» del Programa Estatal para Impulsar la Investigación Científico-Técnica y su Transferencia del Plan Estatal de Investigación Científica, Técnica y de Innovación 2021-2023, (2022/2026) PID2021-127122NB-I00. Miembro de grupo de investigación en Feminismo Género, de la Universidad Rey Juan Carlos.

of the regulatory framework applicable to artificial intelligence systems is included, as far as it is relevant to the gender issue.

Keywords

Artificial intelligent; equality; discrimination; gender.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Estereotipos de género e inteligencia artificial. 3. Efectos del uso de algoritmos sesgados y discriminación. 4. Marco ético y regulatorio aplicable. 5. Conclusiones.

1. Introducción

La incorporación de una perspectiva de género en la inteligencia artificial (IA) es esencial para prevenir la codificación inadvertida de estereotipos y sesgos de género en sus sistemas. Estos sesgos, profundamente arraigados en los datos generados por humanos, tienen el potencial de perpetuar y exacerbar la discriminación estructural preexistente. Los estereotipos de género, emergentes de procesos cognitivos, culturales y emocionales complejos, establecen expectativas y creencias sobre los roles «apropiados» para cada género. Desde una perspectiva interseccional, incluye también otros tipos de discriminación a los que está asociada de forma intrínseca la igualdad de género¹. Si estos estereotipos se reflejan en la IA, no solo perpetúan la discriminación, sino que también la normalizan dentro de la estructura social.

La desigual valoración de los roles de género, con una tendencia a subordinar lo «femenino» a lo «masculino», se evidencia en la IA y demanda una intervención consciente en todas las fases de su ciclo de vida. Este trabajo recoge referencias a estudios con el propósito de demostrar que la IA puede discriminar en función del género, con dificultades particulares en el reconocimiento de voz de mujeres y en la detección facial de mujeres, especialmente de color, de manera similar a como lo han hecho históricamente los medios de comunicación. Para mitigar estos problemas, es crucial una selección de datos representativa y una revisión continua de los prejuicios en los algoritmos.

Este trabajo analiza la subrepresentación de las mujeres en el diseño y desarrollo de productos y servicios de IA, así como el uso de conjuntos de datos con sesgo de género, identificándolos como causas principales de sesgo discriminatorio. Persigue como objetivo plantear prácticas para limitar dicho sesgo.

El estudio del algoritmo, como componente central del sistema de IA, es fundamental para entender cómo controlar sus efectos en las posibles formas de discriminación de género que puede generar, ya sea de carácter estructural, directa, indirecta o en términos de igualdad formal o sustantiva.

En una etapa temprana de regulación de la IA, donde se están definiendo los límites legales y la necesidad de establecer controles, la aplicación de la perspectiva de género y la adopción de principios como la transparencia y la responsabilidad son cruciales. Este trabajo analiza la regulación actual de los sistemas de IA, incluyendo la específica de género, con el objetivo de comprender las normas y principios que inciden en la cuestión de género en el ámbito de la IA, haciendo referencia a los

¹ Vid. el «Informe preliminar con perspectiva de interseccionalidad sobre sesgos de género en la inteligencia artificial» (2023) publicado por el Instituto de la Mujer, p. 2. https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/SocInfo/Estudios/docs/Informe_Sesgos_Genero_IA.pdf

acuerdos internacionales y a los sistemas de autorregulación de las grandes compañías tecnológicas.

2. Estereotipos de género e inteligencia artificial

Los estereotipos de género en la inteligencia artificial (IA) son un reflejo de los sesgos existentes en la sociedad². Estos sesgos pueden ser introducidos en los sistemas de IA a través de los datos con los que se alimentan, que al estar creados por personas contienen su manera de entender el mundo. La IA puede reproducir y reforzar estereotipos de género y normas sociales discriminatorias si no se desarrolla y aplica con una perspectiva de género³.

La perpetuación de estereotipos de género es, en efecto, una consecuencia directa de la de la propia organización social. Estos estereotipos no son meras etiquetas superficiales; son el resultado de procesos complejos y multifacéticos que incluyen aspectos cognitivos, culturales y emocionales. Estos procesos consolidan un conjunto de expectativas y creencias sobre las características y comportamientos «apropiados» para hombres y mujeres. Tales estereotipos no solo refuerzan la discriminación de género, sino que también se asumen como parte «natural» de la estructura social, lo que dificulta su erradicación.

Debe además tenerse en cuenta que las mujeres no son una minoría ni un grupo social entre otros, sino la mita de la humanidad y la mitad que ha estado excluida de lo público, la ciencia, la técnica y el rumbo de estas durante milenios. Lo que ha generado el negativo desequilibrio que afecta a todo lo humano y, también, referido a este caso, al desarrollo de la IA.

Los roles y funciones que la sociedad y la cultura asignan a lo que se considera «femenino» suelen estar subordinados y reciben menos reconocimiento que aquellos asociados con lo «masculino». Esta disparidad en la valoración social de los roles de género es evidente y perjudicial. Para contrarrestar esta tendencia, especialmente con la creciente influencia de los sistemas de inteligencia artificial (IA), es imperativo intervenir en todas las fases del ciclo de vida de estos sistemas. Esto implica desde la concepción y diseño hasta el desarrollo, implementación y monitoreo continuo de la IA⁴.

Llevado al ámbito de la IA, el estereotipo o comportamiento discriminatorio tiene un significado más estrecho y hace referencia a la existencia de cualquier diferencia estadísticamente significativa en las acciones agregadas de robots en función de la raza (por ejemplo, negra vs. asiática, género –por ejemplo, mujer vs. Hombre–, o la intersección de ambas categorías -por ejemplo, mujer negra vs. hombre asiático). (Hundt, Agnew, Zeng, Kacianka y Gombolay, 2022)⁵. Varios estudios han

² Vid Naciones Unidas sobre igualdad de género y empoderamiento de las mujeres.

<https://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/platform/>

³ La definición que el Comité Preparatorio de Pekín propuso de «género» es la siguiente: «Género se refiere a los roles y responsabilidades de la mujer y del hombre que son determinados socialmente. El género se relaciona con la forma en que se nos percibe y se espera que pensemos y actuemos como mujeres y hombres, por la forma en que la sociedad está organizada, no por nuestras diferencias biológicas». El género se refiere, por tanto, a las relaciones entre mujeres y hombres basadas en roles definidos socialmente, que se asignan a uno u otro sexo.

⁴ En este sentido se ha pronunciado la UNESCO Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial, adoptada el 23 de noviembre de 2021. <https://www.unesco.org/es/artificial-intelligence/recommendation-ethics>

⁵ Vid también: <https://incidentdatabase.ai/es/>. La base de datos de incidentes de IA está dedicada a indexar el historial colectivo de daños o casi daños realizados en el mundo real por el despliegue de sistemas de inteligencia artificial.

constatado que la IA, especialmente en métodos de aprendizaje automático, sistemas de procesamiento del lenguaje natural, o ambos, en el caso de modelos grandes de imágenes y leyendas como *Open AI CLIP*, estereotipa por razón de raza, género, fisonomía científicamente desacreditada más que los propios humanos (Hundt, Agnew, Zeng, Kacianka y Gombolay, 2022).

La introducción de sesgos puede acontecer de dos maneras fundamentales. En primer término, mediante la selección de datos que no representan fielmente la realidad, un fenómeno conocido como sesgo de muestreo. Un ejemplo concreto sería la preferencia por utilizar más imágenes de hombres que de mujeres, generando así una distorsión en la representación de la diversidad.

En segundo lugar, el sesgo puede emerger al reflejar prejuicios ya existentes en los datos de entrenamiento del algoritmo. Por ejemplo, la utilización de información histórica sobre decisiones de contratación, que favorezcan a los hombres en detrimento de las mujeres, llevaría al algoritmo a aprender y perpetuar esa discriminación.

Se han realizado algunos estudios en los que se observan mayores dificultades de reconocer a mujeres y personas de color. Se han estudiado los casos que incluyen la incapacidad para reconocer a personas con tonos de piel oscuros. Se producen sesgos en la detección facial, donde los hombres con los tonos de piel más claros son detectados con mayor precisión, las mujeres con el tono de piel más claro menos, y las mujeres con los tonos de piel más oscuros con una precisión dramáticamente inferior (Buolamwini y Timnit, 2018).

Los sistemas de reconocimiento de voz contienen también sesgos. En concreto plantean problemas con las voces agudas. La razón subyacente puede ser que las bases de datos tienen muchos datos sobre hombres y menos datos sobre voces femeninas y minoritarias, por lo que a menudo funcionan peor para las mujeres⁶.

Los asistentes personales virtuales (VPAs), como Alexa y Siri son un ejemplo evidente de cómo la IA puede reforzar los estereotipos de género. Estos son sistemas de IA que pueden interactuar con las personas mediante el lenguaje natural, y que pueden ofrecer información, servicios o entretenimiento. Muchos de estos VPAs tienen una voz femenina por defecto, y se les asignan nombres y funciones que se asocian tradicionalmente con las mujeres, como cuidar, asistir y encargarse del hogar⁷.

El uso predominante de voces masculinas en los medios de comunicación ha venido utilizándose mayoritariamente, especialmente en publicidad, por resultar de mayor autoridad y otorgar mayor credibilidad. Como destaca un informe de la UNESCO de 2019⁸, no es coincidencia que los servicios de asistentes personales virtuales como Siri, Alexa y Cortana tengan nombres femeninos y voces femeninas predeterminadas. Las empresas que diseñan estos servicios refuerzan una realidad social en la que la mayoría de las personas que prestan servicios secretariales o de asistencia personal en los sectores públicos y privados son mujeres.

⁶ Vid. *Impacto del sesgo de género y raza en la ia*. <https://ciberseguridad.com/guias/nuevas-tecnologias/inteligencia-artificial/sesgo-genero-raza/>

⁷ Biblioteca UNESCO. "I'd blush if I could: closing gender divides in digital skills through education". <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367416.page=1>

⁸ *Ibid.*

Además, las diferencias de género en publicidad también se manifiestan en el tipo de productos que anuncian hombres y mujeres. Así, los anuncios que pueden situarse en el ámbito doméstico se hacen fundamentalmente por mujeres. También ha sido analizada la posición que ocupan hombres y mujeres, que es distinta. Los hombres ocupan estatus superiores y mejores empleos. Destacan una ausencia de mujeres abogadas, doctoras, ejecutivas, científicas, ingenieras, atletas y similares. Por último, y también en relación con la voz, la utilización de voces masculina-femenina ponen de manifiesto la relación entre femenino y doméstico. Así, las voces masculinas se utilizan en todo tipo de productos y las femeninas básicamente en productos comerciales de carácter doméstico (Coltrane y Messineo, 2000).

La utilización de estos asistentes personales transmite el mensaje de que las mujeres son serviciales, sumisas y dependientes, y que su trabajo es menos valorado y reconocido que el de los hombres. Además, algunos de estos VPAs pueden responder de forma pasiva o complaciente ante insultos o comentarios sexistas, lo que puede fomentar la violencia y el acoso contra las mujeres. Esto recuerda la extensa literatura existente sobre la forma en que las mujeres han aparecido tradicionalmente en los medios de comunicación sin que representen una imagen acorde con la realidad. Al contrario, las mujeres aparecen generalmente poseedoras de un poder más reducido y débiles, además de que se les sitúa en una posición de sumisión y generalmente hablando a niños o animales. En un sentido general las mujeres no suelen aparecer representando figuras que incluyan autoridad o como expertas o personas que hablen a un público (Lovdal, 1989). Hay un claro desequilibrio entre la aparición en los medios de hombres y mujeres. De tal forma que no solo la diferencia es cualitativa, también cuantitativa. Sólo una de cada tres personas que aparecen en televisión son mujeres⁹.

Además, los roles sexuales están basados en un doble estándar en el que con demasiada frecuencia las mujeres aparecen como objetos sexuales cuyo valor viene dado exclusivamente por su apariencia física y su atractivo sexual (Janna, 2007)¹⁰. De forma parecida ocurre con las imágenes que surgen de sistemas de IA, en las que se refuerzan estereotipos por influencia del sesgo. Se ha demostrado que también afecta a conjuntos de datos ampliamente utilizados en aprendizaje automático, como *ImageNet* y *Open Images*. Los sesgos de representación en estos conjuntos son claros, y se ha abogado por la inclusión de diversidad geográfica como medida de mitigación. En el ámbito del Procesamiento del Lenguaje Natural (NLP), se identifican sesgos representacionales en bases de conocimiento utilizadas en diversas aplicaciones, como, por ejemplo, la asociación estereotipada de masculinidad y feminidad con las ciencias y las artes respectivamente (Mehrabi, Morstatter, Saxena, Lerman y Galstyan, 2019).

La causa principal del sesgo en género es, por tanto, la subrepresentación de las mujeres en el diseño y desarrollo de productos y servicios de IA, así como el uso de conjuntos de datos con sesgo de género. Además, es necesario considerar no solo géneros, sino también subdivisiones por raza para lograr una representación más precisa (Mehrabi, Morstatter, Saxena, Lerman y Galstyan, 2019) La inclusión de una amplia representación fenotípica y demográfica en los conjuntos de datos de rostros es fundamental para evitar el sesgo (Buolamwini y Timnit, 2018, pp. 1-15).

⁹ <https://waccglobal.org/our-work/global-media-monitoring-project-gmmp/>. Se trata de la más extensa investigación global que se ha hecho en cuestión de género con relación a noticias en los medios de comunicación.

¹⁰ En este estudio se analizaban los códigos con contenido sexual desde una perspectiva feminista elaborado sobre 25 programas de televisión más vistos por adolescentes en EE. UU.

La transparencia y la responsabilidad se han destacado como principios que se deben cumplir para evitar el sesgo, así como rendición de cuentas y la fiabilidad de los algoritmos que se utilicen¹¹.

La transparencia no es un concepto estático y su contenido evoluciona según la finalidad y el contexto en el que se aplique (Cotino Hueso y Castellanos Claramunt, 2022). Se logra al proporcionar detalles sobre la composición de los conjuntos de datos de entrenamiento y referencia.

La responsabilidad implica que los actores de la IA asuman las consecuencias de sus acciones y decisiones, y que puedan ser sometidos a sanciones o reparaciones en caso de que causen daños o violen los derechos. Se manifiesta al informar sobre el rendimiento algorítmico en subgrupos específicos y al esforzarse por mitigar las disparidades.

La rendición de cuentas obliga a que los actores de la IA puedan demostrar y justificar que sus acciones y decisiones son conformes con las normas y los principios aplicables, y que puedan ser objeto de control y supervisión por parte de las autoridades competentes. La fiabilidad, por último, supone que los sistemas de IA sean seguros, robustos y resistentes a los errores, las manipulaciones y los ataques. Estos principios son esenciales para avanzar hacia una inteligencia artificial que sea justa y confiable para todos los usuarios (Buolamwini y Timnit, 2018, pp. 1-15).

En definitiva, puede observarse que se da continuidad a los estereotipos que ya se difundían en los medios de comunicación y que venían a perpetuar una desigualdad en la sociedad al reproducir y dar fuerza a los patrones existentes como consecuencia de una distribución de roles que ni siquiera es la importante en muchos casos en la sociedad y que viene reflejada por los medios (Matthes, Prieler, y Adam, 2016).

Esto no es solo un problema de la IA actual, sino también de la IA futura. Las múltiples fuentes de sesgo de género, así como las particularidades de cada tipo de algoritmo y conjunto de datos, hacen que eliminar el sesgo sea una cuestión compleja. Pero, si no se cambia el *statu quo*, los estereotipos de género de hoy pueden influir en las tecnologías de mañana, y perpetuar la desigualdad y la discriminación entre mujeres y hombres. Por eso, es necesario promover una IA que respete la diversidad, la inclusión y la equidad de género, y que contribuya al empoderamiento y al progreso de las mujeres.

Ya que el riesgo de amplificar físicamente estereotipos negativos en general; y que corregir simplemente las disparidades será insuficiente para la complejidad y escala del problema deben detenerse, reformularse o incluso reducirse, según sea apropiado, los métodos de aprendizaje de robots que manifiesten estereotipos u otros resultados perjudiciales, hasta que se demuestre que los resultados sean seguros, efectivos y justos. (Hundt, Agnew, Zeng, Kacianka y Gombolay, 2022). Para mitigar la reproducción de estereotipos de género en la IA se propone implementar prácticas como auditorías de sesgo, con revisiones periódicas de los conjuntos de datos y algoritmos para identificar y corregir sesgos de género. También la educación y sensibilización son aspectos fundamentales, para fomentar la conciencia sobre la importancia de la equidad de género en la tecnología entre los profesionales de la IA y el público en general. El diseño de los sistemas debe ser inclusivo, de forma que se

¹¹ Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial, adoptada el 23 de noviembre de 2021 por la UNESCO. <https://www.unesco.org/es/artificial-intelligence/recommendation-ethics>

asegure que los productos de IA reflejen la diversidad de usuarios y no perpetúen roles de género obsoletos o dañinos.

Por último, son fundamentales las regulaciones y políticas que establezcan marcos legales y éticos que guíen el desarrollo y uso responsable de la IA en relación con la equidad de género.

3. Efectos del uso de algoritmos sesgados y discriminación

Como se ha señalado, la inteligencia artificial reproduce estereotipos mediante la inclusión de datos sesgados que devienen de actitudes discriminatorias. El algoritmo es la pieza clave de todo el engranaje que, al expresarse en un lenguaje de programación, permite que se realicen actividades registradas y procesadas por sistemas inteligentes. Las Inteligencias artificiales utilizan algoritmos para procesar grandes cantidades de datos y tomar decisiones basadas en patrones y reglas establecidas a través del aprendizaje automático.

Puede definirse como un «conjunto de instrucciones o reglas definidas y no-ambiguas, ordenadas y finitas que permite, típicamente, contestar una pregunta, tomar una decisión, solucionar un problema, realizar un cómputo, procesar datos o llevar a cabo alguna tarea». Estos procedimientos computacionales toman uno o varios valores de entrada y generan uno o varios valores de salida, por lo tanto, son instrumentos que no intentan establecer un vínculo causal entre una variable específica y su efecto, sino que producen un resultado¹².

Desde la perspectiva de su ámbito de acción, hay infinidad de tipos de algoritmos, los que interesan desde la óptica del Derecho Público son aquellos que afectan a sectores públicos o de interés social; aquellos que guardan relación con el acceso a ciertas prestaciones que se relacionan con los derechos fundamentales o con bienes constitucionalmente protegidos. Es decir, cuestiones como el acceso a la educación o al trabajo, otras que conllevan discriminación basada en algún posible aspecto derivado del artículo 14 de la Constitución, o que se implementan en el ámbito judicial.

El algoritmo va a depender de cómo lo hayan previsto sus diseñadores, desarrolladores y operadores. En el trabajo de buscadores se accede a la información según ésta se haya categorizado. De forma que los resultados se muestran no solo según las peticiones de los usuarios sino según se hayan categorizado.

Básicamente, el problema que se plantea con el uso de los algoritmos, especialmente aquellos de aprendizaje automático, a los que se ha definido como «cajas negras» es la dificultad de que las decisiones derivadas puedan ser comprendidas o controladas, al convertirse en conjuntos opacos de códigos informáticos y datos (Cotino Hueso y Castellanos Claramunt, 2022). Por eso, resulta fundamental que los algoritmos se diseñen, desarrollen y utilicen de forma que sean, no solo adecuados desde el punto de vista jurídico, sino también deben ser fáciles de supervisar y corregir, controlando cualquier sesgo. La transparencia se convierte en un aspecto fundamental para prevenir, identificar y mitigar posibles sesgos¹³.

¹² *Guía de auditoría algorítmica. Éticas-consulting*. <https://www.eticasconsulting.com/eticas-consulting-guia-de-auditoria-algoritmica-para-desarrollar-algoritmos-justos-y-eficaces/>

¹³ *Ibid.*

Se puede precisar que el objetivo de análisis a la hora de estudiar cómo se afecta a los derechos fundamentales, no son los algoritmos en sí mismos, sino los procesos de toma de decisiones en torno a los algoritmos.

Se plantean algunas cuestiones en el desarrollo del derecho digital relativas a cómo se integran los algoritmos en el panorama legal. O si se requiere desarrollar nuevas categorías legales para abordar los efectos de los algoritmos en la sociedad¹⁴.

Respecto de la naturaleza jurídica del algoritmo, lo determinante debería ser el ámbito específico en el que se utiliza el algoritmo. De tal forma, que su régimen jurídico no se haga depender de la naturaleza de los procesos técnicos que realizan ni del código fuente en sí mismo considerado.

En el ámbito concreto de la Administración Pública tampoco existe unanimidad acerca del carácter o naturaleza jurídica de los algoritmos (Gutiérrez David, 2021, pp. 55-56 y Vestri, 2021) aunque puede aceptarse el planteamiento de que, si materialmente realizan las mismas funciones que los reglamentos, deben estar sometidos a las similares garantías (Martín Delgado, 2009 y Boix Palop, 2020).

En lo que si hay consenso es en la necesidad de que se regule, puesto que el marco jurídico existente en la actualidad no es suficiente ni permite que las decisiones tomadas sobre algoritmos sean trazables o explicables.

La introducción de discriminación potencial en un sistema puede surgir por motivos étnicos, de estatus económico, género, edad, demografía, religión u otros factores, con la tendencia a perjudicar a minorías o grupos insuficientemente representados en los datos que se emplean como referentes en el aprendizaje de los sistemas de IA. Estos derivan del hecho de que los sistemas de aprendizaje automático se diseñan y se entrenan con datos, que, en la mayoría de los casos, fueron seleccionados por humanos (Mehrabi, Morstatter, Saxena, Lerman, y Galstyan, 2019).

El efecto discriminatorio se produce como consecuencia de un trato injustificado a ciertos individuos o grupos de individuos a favor de otros, por motivos que no son razonables o inapropiados. Lo que resulta especialmente preocupante por el hecho de que los algoritmos, a diferencia de los humanos, no tienen capacidad para contrarrestar conscientemente los sesgos que hayan podido incorporar, tanto de forma consciente como inconsciente, sus desarrolladores.

La discriminación se manifiesta en sus distintas formas o significados, tanto referida a la continuidad de la discriminación estructural, y sus efectos, como en la discriminación tanto directa como indirecta y en su aspecto formal y real.

Respecto de la discriminación estructural, es evidente que la IA, sino se controla el sesgo que, de hecho, existe, va a producir una mayor desigualdad estructural entre hombres y mujeres. Se han señalado distintos ámbitos o sectores en los que se ejemplifican estas situaciones. Salud, empleo, movilidad, arquitectura y trabajo policial¹⁵.

También el sesgo implica un riesgo claro de discriminación, en el sentido del artículo 14 de la Constitución, referida a la igualdad puramente formal frente a la discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Vid informe preliminar con perspectiva interseccional sobre sesgos de género en la inteligencia artificial https://www.inmujeres.gob.es/areasTematicas/SocInfo/Estudios/docs/Informe_Sesgos_Genero_IA.pdf

condición o circunstancia personal o social. Es preciso establecer esta relación, puesto que conlleva un refuerzo en el sistema de garantías, al tratarse no solo de un principio, el de igualdad, que tiene carácter inspirador, sino también de un derecho, que es, además, un derecho fundamental. Y se garantiza, por tanto, de acuerdo con lo que el ordenamiento jurídico español prevé para el sistema de derechos fundamentales.

Y, por último, la igualdad real y efectiva a que hace referencia el artículo 9.2 de la Constitución española exige la puesta en marcha de acciones por parte del poder público para mitigar la desigualdad de hecho. Los sistemas IA tienen la capacidad de situar a las mujeres en una posición de desventaja que debe necesariamente suplirse con el instrumento, recogido en el artículo 9.2 de la Constitución, de acuerdo con el cual, «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». De lo anterior derivan las posibles tomas de acciones positivas que puedan contrarrestar los efectos de los sistemas IA en el aumento de la brecha de género.

Se pueden producir situaciones de discriminación directa, o indirecta como efecto derivado de la creación, desarrollo o implementación de los sistemas IA.

En el primer caso, la discriminación puede ser resultante de la acción, o norma, que se dirige a tratar de forma diferenciada y desfavorable a una persona o a determinados grupos o colectivos¹⁶. Es discriminación directa la que se basa, por ejemplo, en el sexo o en alguna característica que se relacione con ésta.

También pueden plantearse supuestos de discriminación indirecta, resultado de acciones que no tienen, o no parecen tener, por objeto un trato discriminatorio, pero de su aplicación práctica resulta, de hecho, tal discriminación¹⁷. Es decir, se aplica un criterio que aparentemente es neutral, pero provoca efectos desproporcionadamente desiguales para uno de los sexos (Serra, 2004). La aparición de sesgos en la IA es mayoritariamente resultado de formas de discriminación indirecta. La discriminación indirecta no guarda relación con la intencionalidad, es decir, la medida de que se trate no pretende discriminar, pero el efecto que produce en su aplicación, el resultado, es la discriminación de las mujeres.

La demostración o prueba de que existe discriminación, en este caso, exige una comparación, a través de una constatación estadística, que ponga de manifiesto el grado en que una decisión afecta a los distintos grupos, que no tienen que ser homogéneos, sino que se toma en cuenta la composición mayoritaria. Es un ejemplo

¹⁶ De acuerdo con la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, es discriminación directa «aquella situación en que una persona es, haya sido, o pueda ser tratada de manera menos favorable que en otra situación comparable por razón de sexo».

¹⁷ Es ilustrativo el caso recogido en la STC 145/1991, que se refiere al supuesto de limpiadoras de un hospital público que cobran un salario inferior a los peones. La doctrina del Tribunal Constitucional a partir de esta Sentencia prohíbe la desigual valoración de trabajos equivalente cuando este tratamiento diferenciado atienda al sexo de quienes trabajan. Esto supone que, teniendo en cuenta que la mayoría de las mujeres son las que ocupan, en ese caso concreto, el puesto de limpiadoras y la mayoría de los hombres son los que ocupan el puesto de peón, con esta medida de dar un salario inferior a limpiadoras se está perjudicando, de hecho, a las mujeres. Aún, cuando el perjuicio se produzca de manera indirecta. En estos supuestos el TC ha entendido que la diferencia pasa a ser sospechosa a menos que se justifique que no se funda en el sexo, sino en las características del trabajo. De ahí que la igualdad de retribuciones no solo deba ser la misma para un mismo trabajo sino también para un trabajo distinto que tenga igual valor (en SSTC 198/1996; 240/1999).

claro de supuestos de discriminación indirecta a través de IA, la forma de reclutamiento de Amazon, que se basaba en un algoritmo de aprendizaje automático. Ésta mostró una preferencia por los candidatos masculinos y penalizó a las mujeres que aspiraban a puestos técnicos. Lo que se debió a que el algoritmo aprendió de los datos históricos de contratación de la empresa, en los que predominaban los hombres. El algoritmo también asignó una puntuación más baja a los currículos que contenían la palabra «mujer» o el nombre de universidades femeninas. A pesar de los esfuerzos por hacer el algoritmo neutral a estos términos, no se pudo garantizar que no desarrollaría otras formas de discriminación. Amazon intentó corregir el sesgo del algoritmo, pero finalmente decidió abandonar el proyecto por falta de confianza en su neutralidad (Kullmann, 2018, p. 20)¹⁸.

Este caso ilustra cómo los sesgos en los datos de entrenamiento pueden llevar a la IA a perpetuar discriminaciones existentes, lo que resalta la importancia de utilizar datos diversificados y realizar auditorías de sesgo para desarrollar sistemas de IA justos y equitativos.

Es crucial destacar que estos sesgos no se limitan a simples errores técnicos; sus implicaciones son significativas. Se ha observado que tienden a repetirse y a perpetuarse, fortaleciendo dinámicas de dominación, privilegio y discriminación. En última instancia, esto amplifica el riesgo de que las desigualdades existentes se vean acentuadas y consolidadas a través de la automatización y el aprendizaje de las máquinas.

Por último, hay otro tipo de sesgo que puede ser aún más preocupante, y es el sesgo en la interpretación de los resultados de la inteligencia artificial. Este sesgo humano se manifiesta cuando aceptamos de manera acrítica los resultados de un sistema de inteligencia artificial como verdaderos e inamovibles, adoptando un «principio de autoridad» basado en las expectativas generadas por dichos sistemas¹⁹.

En otras palabras, este sesgo implica confiar ciegamente en los resultados de la IA sin cuestionar ni analizar de manera crítica su validez. Esto puede llevar a decisiones erróneas o injustas, ya que la interpretación sesgada de los resultados puede estar influenciada por prejuicios o expectativas no fundamentadas. En consecuencia, es esencial abordar tanto los sesgos inherentes en los datos y algoritmos como el sesgo humano en la interpretación de los resultados para garantizar una toma de decisiones más objetiva y equitativa²⁰.

4. Marco ético y regulatorio aplicable

En primer lugar, es preciso distinguir entre la normativa o la regulación aplicable a la inteligencia artificial de una manera general y hacer una reflexión al marco general en el que se aplica la cuestión de género en este ámbito. En segundo orden y de manera específica, se tratan los documentos más importantes que ya se han aprobado respecto de la inteligencia artificial y sus efectos en el ámbito del género.

De manera general, resulta necesario señalar que la inteligencia artificial, pese a que pudiera parecer lo contrario en una primera impresión, es un sector hiperregulado. Le afectan normas de distintos tipos, naturaleza y niveles. Lo que se precisa es crear marcos generales en los que la ética juega un papel determinante

¹⁸ Sobre el algoritmo de Amazon con efectos discriminatorios, vid: <https://www.bbc.com/mundo/noticias-45823470>

¹⁹ Vid informe sobre Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción <https://www.aepd.es/documento/adecuacion-rgpd-ia.pdf>

²⁰ *Ibid.*

(Hernández Peña, 2022) En este sentido, a nivel global, La UE ha desarrollado una estrategia digital, que se fundamenta en una serie de principios²¹ y pretende una transformación digital protegida, segura y sostenible que sitúe a las personas en el centro, en consonancia con los valores y los derechos fundamentales de la UE.

Con ese propósito, en febrero de 2020, la Comisión publicó el Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza²². En el Libro Blanco se definen las opciones existentes para alcanzar el doble objetivo de promover la adopción de la IA y de abordar los riesgos vinculados a determinados usos de esta nueva tecnología.

Recientemente, la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital expresa el compromiso de la Unión Europea con una transformación digital centrada en las personas, en consonancia con los valores fundamentales de la UE y los derechos fundamentales. Fue firmada por los presidentes del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 15 de diciembre de 2022²³.

La Declaración contiene seis puntos clave, que abordan aspectos como la soberanía digital abierta, el respeto de los derechos fundamentales, la inclusión, la accesibilidad, la igualdad y la no discriminación, la participación en el espacio público digital, la seguridad, la protección y el empoderamiento, y la sostenibilidad en el entorno digital. La Declaración pretende ser un marco de referencia para el desarrollo de una IA ética y responsable, que garantice la protección de los derechos humanos y el bienestar de la sociedad.

En el marco de esa política digital, en abril de 2021, la Comisión Europea presentó una propuesta para establecer un marco normativo de la Unión Europea sobre inteligencia artificial (IA). Esta iniciativa, conocida como el proyecto de ley de IA, tiene como objetivo principal regular de manera horizontal el campo de la IA. El marco legal propuesto se centra en la utilización específica de los sistemas de IA y los riesgos asociados. Con este marco se pretende recoger un enfoque europeo coordinado sobre las implicaciones éticas y humanas de la IA.

Recientemente, en diciembre de 2023, el Consejo y el Parlamento Europeo han llegado a un acuerdo sobre las primeras normas del mundo en materia de inteligencia artificial.

Los puntos principales del acuerdo incluyen:

En primer lugar, normas sobre modelos de IA de uso general de gran impacto que pueden causar un riesgo sistémico en el futuro, los sistemas de IA de alto riesgo, así como un sistema revisado de gobernanza con algunas competencias de ejecución a escala de la UE.

²¹ La Declaración, presentada por la Comisión en enero de 2022 señala una serie de principios relacionados con la transformación digital. https://wayback.archive-it.org/12090*/https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/digital-single-market-strategy-europe-com2015-192-final

²² Comisión Europea, *Libro Blanco sobre la inteligencia artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza*, COM (2020) 65 final, 2020. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0065>

²³ Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01). [https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)&qid=1684248405089](https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123(01)&qid=1684248405089)

Se da lugar a una ampliación de la lista de prohibiciones, pero con la posibilidad de utilizar la identificación biométrica remota por parte de las autoridades policiales en espacios públicos, con sujeción a salvaguardias.

Una mejor protección de los derechos mediante la obligación de que los implementadores de sistemas de IA de alto riesgo lleven a cabo una evaluación del impacto en los derechos fundamentales antes de poner en marcha un sistema de IA.

El objetivo, según el acuerdo, es garantizar que los sistemas de IA comercializados en el mercado europeo y utilizados en la UE sean seguros y respeten los derechos fundamentales y los valores de la UE. Esta propuesta histórica también pretende estimular la inversión y la innovación en IA en Europa. Como la primera propuesta legislativa de este tipo en el mundo, puede establecer un estándar global para la regulación de la IA en otras jurisdicciones, al igual que el RGPD (Reglamento General de Protección de Datos), promoviendo así el enfoque europeo de la regulación tecnológica en el escenario mundial.

La Unión Europea ha adoptado un enfoque humanista y centrado en la persona para regular la inteligencia artificial, especialmente en lo que respecta a la protección de los derechos fundamentales. Este enfoque es fundamental frente a los riesgos de que se produzcan arbitrariedades, sesgos, discriminaciones y otras vulneraciones de los Derechos fundamentales. Por ello, el regulador europeo ha iniciado desde el año 2018 un proceso de consulta y trabajo con diversos actores para establecer un marco normativo adecuado.

La propuesta del regulador europeo se basa en un enfoque basado en riesgos, que tiene en cuenta la probabilidad y el impacto de los posibles daños derivados de la inteligencia artificial generativa. Según este enfoque, se distinguen cuatro niveles de riesgo: inaceptable, alto, limitado y mínimo (Hernández Peña, 2022).

En el nivel inaceptable, se prohíben los usos de sistemas IA que supongan una manipulación cognitiva o del comportamiento de las personas, especialmente de las más vulnerables, como los menores, por ejemplo, juguetes activados por voz que fomentan comportamientos peligrosos en los niños.

También se prohíben los usos que impliquen una puntuación social, clasificación de personas en función de su comportamiento, estatus socioeconómico o características personales; o una privación de derechos o servicios esenciales.

Por otro lado, se autorizaría el uso de una amplia gama de sistemas de IA de «alto riesgo», pero con la condición de cumplir con una serie de requisitos y obligaciones para poder acceder al mercado de la UE²⁴. En este grupo estarían los usos de sistemas IA que tengan un impacto significativo en la vida o los derechos de las personas, que quedan sometidos a una serie de requisitos y garantías.

En el nivel limitado, se aplican medidas de transparencia y responsabilidad a los usos de sistemas IA que puedan afectar a la calidad o la seguridad de los productos o servicios. En el nivel mínimo, se establecen unas normas generales de buena práctica para los usos de los sistemas IA que no entrañen riesgos significativos.

Un caso particular que merece una atención especial es el de los sistemas biométricos, que pueden hacer uso de la IA para reconocer o identificar a las personas. Estos sistemas se consideran de alto riesgo cuando se aplican en tiempo

²⁴ Todos los sistemas de IA de alto riesgo serán evaluados antes de su comercialización y a lo largo de su ciclo de vida.

real y a distancia, salvo que se den ciertas condiciones excepcionales, como la prevención o investigación de delitos graves, la protección de la seguridad pública o la defensa nacional. En estos casos, se requiere una autorización previa y una supervisión adecuada.

Por otra parte, se consideran de riesgo limitado o mínimo el uso de inteligencia artificial que forme parte de productos o sistemas que ya están sujetos a normas de seguridad específicas, como los dispositivos móviles, el transporte, los dispositivos médicos, los ascensores o los juguetes. En estos casos, se permite la integración de la inteligencia artificial generativa como un componente más, siempre que se respeten las normas aplicables y se informe adecuadamente al usuario. Asimismo, se permite la identificación biométrica a partir de rasgos como las huellas dactilares o la firma, siempre que se cumplan los requisitos legales pertinentes.

Los sistemas IA también se permiten en el ámbito de la educación, el empleo, la selección de personal, el acceso a servicios públicos o la migración, siempre que se garantice el respeto a los derechos y libertades. Además, se establece que toda asistencia que tenga que ver con la interpretación o la aplicación de la ley debe estar sujeta a determinados procedimientos y garantías.

Para asegurar el cumplimiento de estos requisitos y garantías, el regulador europeo ha establecido un sistema de evaluación, registro, información, supervisión y control de la inteligencia artificial generativa. Antes de producir o comercializar cualquier producto o sistema que haga uso de la inteligencia artificial generativa, se debe realizar un análisis de riesgo *ex ante* o por diseño, que verifique que se respeta el ordenamiento jurídico y los principios éticos. Además, se debe registrar el producto o sistema en una base de datos pública, que permita su trazabilidad y seguimiento. Asimismo, se debe informar al usuario de forma clara y adecuada de que está utilizando un producto o sistema que incorpora inteligencia artificial generativa, y de los posibles riesgos o beneficios que ello conlleva. Por último, se debe realizar una evaluación continua y periódica de los riesgos y el impacto de la inteligencia artificial generativa, y se debe establecer un mecanismo de supervisión y control por parte de las autoridades competentes.

La UE pretende, con esta regulación, situarse como líder mundial en el desarrollo de sistemas IA seguros y éticos²⁵. En diciembre de 2021, el Consejo de la UE acordó la posición general de los Estados miembros sobre esta propuesta. Posteriormente, el 14 de junio de 2023, el Parlamento Europeo emitió su posición al respecto.

Actualmente, se trabaja en las negociaciones para finalizar la nueva regulación integral de la IA, que implicarán enmiendas sustanciales a la propuesta inicial de la Comisión. Estas enmiendas incluirían la revisión de la definición de los sistemas de IA, la ampliación de la lista de sistemas de IA prohibidos y la imposición de obligaciones para la IA de propósito general y los modelos de IA generativa, como *ChatGPT*²⁶.

²⁵ Comisión Europea (2021a): "Generar confianza mediante el primer marco jurídico sobre la IA". En *Excelencia y confianza en la inteligencia artificial*. https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/excellence-trust-artificial-intelligence_es#generar-confianza-mediante-el-primer-marco-juridico-sobre-la-ia. Comisión Europea (2021b): Nuevas normas sobre la inteligencia artificial: preguntas y respuestas. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/QANDA_21_1683

²⁶ La IA generativa, como ChatGPT, tendría que cumplir requisitos de transparencia: 1) revelar que el contenido ha sido generado por IA; 2) diseñar el modelo para evitar que genere contenidos ilegales; 3) publicar resúmenes de los datos protegidos por derechos de autor utilizados para el entrenamiento

Las dificultades que plantea crear un marco regulador a esta materia exigen la búsqueda de criterios éticos en búsqueda de soluciones globales acordadas. El intento de crear un marco regulador de la IA es muy complejo, especialmente por el hecho de que los avances tecnológicos no son claramente previsibles y es preciso esperar a que se produzcan para que se plantee la necesidad de implementar normas jurídicas. Es decir, no hay una suficiente capacidad de anticipación en este sentido. De ahí que resulte imprescindible aplicar el Derecho que venga a proteger a la ciudadanía de una forma lo más abierta posible, en el sentido de lo más neutral.

El derecho va siempre detrás de la tecnología siendo muy difícil que se anticipe. El caso de los sistemas IA, al tratarse una tecnología disruptiva, es mucho más complicado suponer cuáles son los cambios tecnológicos que se van a llevar a cabo y cómo van a afectar al régimen de derechos. La ética juega, por estos motivos, un papel fundamental. También los códigos de autorregulación cumplen una función muy relevante (Hernández Peña, 2022).

En este sentido, la Recomendación sobre la ética de la inteligencia artificial, de la UNESCO adoptada el 23 de noviembre de 2021²⁷ representa un hito significativo en el ámbito de la ética de la inteligencia artificial, al convertirse en el primer marco normativo universal sobre esta cuestión, y que tiene como objetivo orientar a los Estados, las organizaciones internacionales, el sector privado, la sociedad civil y la comunidad científica en el desarrollo y el uso de la IA, de acuerdo con los valores universales de los derechos humanos, la dignidad humana y la diversidad cultural²⁸.

La Recomendación defiende ciertos valores y descansa en determinados principios, referidos a distintos ámbitos de actuación política. Aborda la ética de la IA como una:

Reflexión normativa sistemática, basada en un marco integral, global, multicultural y evolutivo de valores, principios y acciones interdependientes, que puede guiar a las sociedades a la hora de afrontar de manera responsable los efectos conocidos y desconocidos de las tecnologías de la IA en los seres humanos, las sociedades y el medio ambiente y los ecosistemas, y les ofrece una base para aceptar o rechazar las tecnologías de la IA.

El enfoque central de esta declaración radica en la promoción y salvaguardia de los derechos humanos, la dignidad humana y la sostenibilidad medioambiental. Además, se enfatiza la importancia de principios fundamentales como la rendición de cuentas y el Estado de derecho. Asimismo, esta declaración abarca capítulos específicos que abogan por una gobernanza más efectiva de los datos, así como por la inclusión y la igualdad de género.

La aplicación de la ética a la IA debe estar presente para cualquier persona, sea de naturaleza pública o privada, que participe en cualquier etapa del ciclo de vida de un sistema de IA, incluyendo la investigación, concepción y el desarrollo y su utilización, además del mantenimiento, el funcionamiento, la comercialización, la financiación, el seguimiento y la evaluación, la validación, el fin de la utilización, el desmontaje y la terminación²⁹.

²⁷ Fue respaldada por unanimidad por los 193 Estados Miembros de la UNESCO en noviembre de 2021.

²⁸ Vid. Informe UNESCO sobre ética de la IA. <https://www.unesco.org/es/articulos/adopcion-del-primer-instrumento-normativo-mundial-sobre-la-etica-de-la-inteligencia-artificial>

²⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas: [2020/2012\(INL\)](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/ava-2020-0202_0101.html). Comisión Europea, ver Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “ *Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano*”

Referido a la cuestión de género, el informe de la UNESCO sobre «Inteligencia Artificial e Igualdad de Género», ofrece un marco para una IA que favorezca la igualdad de género y el bienestar de las mujeres³⁰. Plantea la necesidad de reforzar una serie de aspectos. Entre ellos, aumentar la participación y el liderazgo de las mujeres en la educación, la investigación, el desarrollo y la aplicación de la IA, para que sus voces, experiencias y necesidades se tengan en cuenta.

Respecto de esta cuestión, el problema tiene su base en la falta de representación de las mujeres en los campos de ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas (STEM). Según un informe de la UNESCO, actualmente solo uno de cada tres investigadores es mujer, y la representación femenina en la educación superior en carreras STEM se sitúa en poco más del 35%. Además, las mujeres representan menos del 30% de los investigadores científicos a nivel mundial. Este desequilibrio no solo afecta la diversidad y la equidad en estos campos, sino que también tiene implicaciones en la innovación y el desarrollo económico³¹. El dato de que el 78 % de los profesionales de IA son hombres³², hace que las experiencias masculinas configuren y dominen la creación de algoritmos. Este sesgo de género puede tener consecuencias adversas importantes para las mujeres.

Para abordar esta disparidad, se han implementado diversas iniciativas a nivel nacional e internacional dirigidas a formar, atraer y promover la participación de las mujeres y las niñas en STEM. Estas incluyen programas de mentoría, becas, campañas de sensibilización y esfuerzos para cambiar la percepción cultural sobre las mujeres en estos campos. Es crucial continuar con estos esfuerzos y crear entornos inclusivos que permitan a las mujeres prosperar en las disciplinas STEM, garantizando así que sus talentos y perspectivas contribuyan plenamente al avance de la ciencia y la tecnología.

Otro aspecto señalado es la necesidad de garantizar que los datos, los algoritmos y los dispositivos de la IA sean transparentes, auditables y responsables, y que no contengan ni reproduzcan sesgos de género. Los documentos de la UNESCO, incluido el informe de 2019 «*I'd Blush if I Could: closing gender divides in digital skills through education*», muestran sin ambigüedad que los sesgos de género que persisten en los conjuntos de datos, algoritmos y dispositivos de capacitación de la IA tienen el potencial de propagar y reforzar estereotipos de género perjudiciales.

También es preciso hacer referencia a los acuerdos internacionales que se han tomado recientemente sobre el marco regulador general de la IA. En concreto la «Declaración de Bletchley Park» y el «Proceso de Hiroshima».

La Declaración de Bletchley Park es un hito histórico en la cooperación internacional sobre la inteligencia artificial, que reconoce los beneficios y los riesgos

en: [Generar confianza en la inteligencia artificial centrada en el ser humano](#) [COM(2019) 168].; Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, [Directrices éticas para una IA fiable](#), 2019.; Grupo de expertos de alto nivel sobre inteligencia artificial, [Assessment List for Trustworthy Artificial Intelligence \(ALTAI\) for self-assessment](#) (Lista de evaluación para una inteligencia artificial fiable con fines de autoevaluación), 2020.; La Alianza de la IA es un foro de múltiples interesados que se creó en junio de 2018. Para más información, véase el siguiente enlace: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/european-ai-alliance>.; Grupo de expertos de alto nivel sobre IA, [Directrices éticas para una IA fiable](#), 2019.

³⁰Vid "Nuevo informe de la UNESCO sobre IA e igualdad de género". <https://www.unesco.org/es/articulos/nuevo-informe-de-la-unesco-sobre-inteligencia-artificial-e-igualdad-de-genero>

³¹ Ver: "Educación de niñas y mujeres en ciencia, tecnología, ingeniería y matemáticas (STEM)". En: <https://www.unesco.org/es/gender-equality/education/stem>

³²Vid datos del *Global Gender Gap Report* de 2023. https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2023.pdf

que plantea esta tecnología para la humanidad y el planeta. La declaración fue firmada por los representantes de 28 países, entre ellos la Unión Europea, Estados Unidos y China, que son los principales actores en el desarrollo y el uso de la IA. La declaración se basa en los principios y valores compartidos de la democracia, el Estado de Derecho, los derechos humanos y la sostenibilidad, y se compromete a trabajar conjuntamente para garantizar una IA segura, centrada en el ser humano, confiable y responsable.

La *Declaración de Bletchley Park* es el primer paso de un proceso continuo de cooperación global sobre la IA, que tendrá continuidad con futuras cumbres cada seis meses en diferentes países. La próxima cumbre tendrá lugar en Corea del Sur, y después en Francia. El propósito de estas cumbres es crear un panel al estilo del IPCC del cambio climático, que evalúe periódicamente los avances y amenazas de la IA, y que emita recomendaciones y orientaciones para los gobiernos, las organizaciones internacionales, el sector privado, la sociedad civil y la comunidad científica³³.

Por último, el Grupo de los Siete (G7) puso en marcha el pasado mayo de 2023 en la cumbre de Hiroshima (oeste) una iniciativa que ha derivado en la elaboración de once principios para empresas y organizaciones involucradas en el desarrollo y el uso de sistemas de IA. Estos principios se basan en los valores compartidos por el G7, como la democracia, el estado de derecho, el respeto a los derechos humanos y la diversidad.

El código de conducta se denomina el «Proceso de IA de Hiroshima» y que tiene como objetivo promover el desarrollo de sistemas de IA seguros y fiables a nivel internacional y gestionar sus riesgos. El código de conducta se revisará periódicamente para adaptarse a la rápida evolución de la tecnología y se cooperará con los actores implicados en el sector de la IA, como la sociedad civil, la academia, el sector privado y las organizaciones internacionales. El código de conducta fue respaldado por los líderes del G7 (Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón y el Reino Unido) el 30 de octubre de 2023.

La pregunta que se plantea es si está presente la perspectiva de género en estos documentos. Pues bien, no se prioriza la cuestión de género, ni se hace referencia específica a ella. En los casos en que sí se hace referencia, no se explica cómo llevar a cabo la aplicación.

La Carta de Derechos Digitales española presentada el 14 de julio de 2021 (De la Sierra Morón, 2022); (Barrio Andrés, 2021); (Barrio Andrés, 2022) si incluye una referencia a la cuestión de género. Se trata de un documento sin carácter normativo y se configura como un marco de referencia para guiar futuros proyectos legislativos, así como el desarrollo de las políticas públicas. Quiere sentar principios que guíen futuros proyectos legislativos y el desarrollo de las políticas públicas. Su objetivo es reforzar los derechos de la ciudadanía, generar certidumbre en la nueva realidad digital y aumentar la confianza ante los cambios y disrupciones tecnológicas (Cotino Hueso, 2022).

La Carta de Derechos Digitales reconoce el derecho a la igualdad y no discriminación. Se reconocen el derecho y el principio a la igualdad, como inherentes a las personas y aplicables en los entornos digitales, incluyendo la no discriminación y la no exclusión. En particular, se promoverá la igualdad efectiva de mujeres y

³³ Vid. “Documento normativo: Declaración de Bletchley de los países que asisten a la Cumbre de seguridad de la IA, 1 y 2 de noviembre de 2023”. <https://www.gov.uk/government/publications/ai-safety-summit-2023-the-bletchley-declaration/dbc58681-1b68-47e0-8e3f-f91435fdf8ce>

hombres en entornos digitales. Se fomentará que los procesos de transformación digital apliquen la perspectiva de género³⁴.

La autorregulación se erige, también, como un pilar fundamental en la aplicación de los principios de inteligencia artificial, se refiere a la capacidad de las empresas y organizaciones para establecer sus propias normas y directrices éticas en el desarrollo y uso de tecnologías de IA. Este enfoque se basa en la idea de que las entidades que crean y utilizan IA son las más adecuadas para entender sus implicaciones y, por lo tanto, para regular su comportamiento de manera responsable. Sin embargo, la autorregulación no está exenta de críticas. Algunos expertos argumentan que la autorregulación por sí sola puede no ser suficiente para abordar todos los desafíos éticos y sociales que presenta la IA. La preocupación principal es que sin una supervisión externa, las empresas podrían priorizar sus intereses comerciales sobre las consideraciones éticas, lo que podría llevar a abusos o a la implementación de sistemas de IA con sesgos o efectos negativos no intencionados³⁵.

El intento de autorregulación que ha tenido un mayor impacto es el de la «Conferencia de Asilomar sobre IA beneficiosa». Tuvo lugar en California, organizada por *Future of Life Institute* en enero de 2017, se formulan principios para una IA ética. Los veintitrés principios están divididos en temas o preguntas de investigación; temas concernientes a la ética y valores y, problemas a largo plazo.

Dentro de los principios de valores humanos menciona específicamente que los sistemas de IA deben ser diseñados y operados de manera que sean compatibles con los ideales de dignidad humana, derechos, libertades y diversidad cultural. Esto implica un reconocimiento de la necesidad de considerar y respetar la diversidad de género en el diseño y la implementación de sistemas de IA³⁶.

Por otra parte, Google ha establecido siete principios éticos para guiar el uso de la IA, entre los cuales se incluye el compromiso de evitar la creación o el refuerzo de sesgos injustos. Esto implica trabajar activamente para prevenir impactos adversos en las mujeres³⁷. Adicional a estos siete principios, Google garantiza que no diseñará o desplegará desarrollos en inteligencia artificial en ciertas áreas, como aquellas que puedan causar daños o vulnerar normas o principios de derecho internacional ampliamente aceptados y derechos humanos.

De manera similar, Microsoft enfatiza la importancia de la equidad y la inclusión en sus sistemas de inteligencia artificial, asegurando que todos los

³⁴ Vid. Real Decreto 22/2023, por el que se aprueba el estatuto de la Agencia Española de Supervisión de la Inteligencia Artificial (AESIA). La AESIA se adscribe al Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital a través de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial. Con la creación de esta Agencia, España se convierte en el primer país europeo en tener un órgano de estas características y se anticipa a la entrada en vigor del Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial. Dicho proyecto de reglamento establece para los Estados miembros la obligación de seleccionar una autoridad nacional de supervisión que se encargue de supervisar la aplicación de la normativa en materia de Inteligencia Artificial; Vid. Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2023-18911; Texto del estatuto: <https://www.hacienda.gob.es/Documentacion/Publico/GabineteMinistro/Notas%20Prensa/2023/CONSEJO-DE-MINISTROS/22-08-23-NP-CM-Estatutos-Agencia-Inteligencia-Artificial.pdf>

³⁵ Vid informe “Inteligencia artificial: un equilibrio entre la regulación y la autorregulación Texto original de Ryan Hagemann y Jean-Marc Leclerc, con adaptaciones del equipo de Relaciones Gubernamentales de IBM América Latina”. <https://ia-latam.com/wp-content/uploads/2020/01/IBM-Inteligencia-artificial-un-equilibrio-entre-la-regulaci%C3%B3n-y-la-autorregulaci%C3%B3n.pdf>

³⁶ Vid la Web “futureoflife” en: <https://futureoflife.org/>

³⁷ Vid informe sobre estadísticas de Google de 2022. <https://ai.google/static/documents/ai-principles-2022-progress-update.pdf>

individuos sean tratados de manera justa y equitativa³⁸. Microsoft destaca una serie de principios rectores para la inteligencia artificial responsable: responsabilidad, inclusión, confiabilidad y seguridad, equidad, transparencia y privacidad y seguridad. Además, actuará de forma que mitigue los sesgos sociales. Asegurándose de que el idioma y el comportamiento no presentan estereotipos ni sesgos no deseados. Plantea, como ejemplo, una característica de autocompletar debe ser inclusiva de la identidad de género.

IBM incluye entre sus obligaciones la necesidad de realizar pruebas de sesgos. Parte de que las organizaciones involucradas en el desarrollo del ciclo de vida de la IA comparten cierto nivel de responsabilidad en asegurar que los sistemas que diseñan sean imparciales y seguros. Y como con cualquier software para uso comercial, es esencial realizar pruebas continuas de distintos tipos (protección de datos, cumplimiento, antidiscriminación, protección del consumidor, seguridad, etc.), para identificar y reducir las posibilidades de que el aprendizaje automático produzca resultados no deseados³⁹.

La regulación formal puede establecer estándares mínimos y garantizar que se respeten los derechos fundamentales, mientras que la autorregulación puede permitir una mayor flexibilidad y adaptabilidad a las rápidas innovaciones tecnológicas.

En resumen, la autorregulación es un componente importante en la aplicación de los principios de IA, pero debe complementarse con regulaciones claras y precisas para asegurar que la IA se desarrolle y utilice de manera ética y beneficiosa para la sociedad.

5. Conclusiones

Los estudios recientes han puesto de manifiesto un sesgo de género inherente en los sistemas de inteligencia artificial (IA), que perpetúa y amplifica las desigualdades existentes. Para contrarrestar esta tendencia, es imperativo implementar estrategias de construcción de género que sean holísticas y transversales, abarcando todos los estratos sociales y promoviendo la igualdad de género de manera activa y tangible.

Para lograr un empoderamiento efectivo de las mujeres en este contexto y evitar la reproducción y el refuerzo de estereotipos y acciones discriminatorias es fundamental utilizar estrategias integrales de construcción de género. Esto implica adoptar un enfoque de transversalidad que abarque todos los niveles de la sociedad y que promueva la igualdad de género no solo en teoría, sino en la práctica, a través de acciones concretas y positivas.

Es esencial que los sistemas de IA sean sometidos a una intervención consciente y deliberada en todas las fases de su desarrollo, desde la concepción hasta la implementación. La adopción de principios regulatorios como la transparencia y la responsabilidad es crucial para garantizar que la IA avance hacia la equidad de género.

³⁸ Vid la referencia al diseño inclusivo de Microsoft en: <https://inclusive.microsoft.design/>

³⁹ Vid informe "Inteligencia artificial: un equilibrio entre la regulación y la autorregulación Texto original de Ryan Hagemann y Jean-Marc Leclerc, con adaptaciones del equipo de Relaciones Gubernamentales de IBM América Latina": <https://ia-latam.com/wp-content/uploads/2020/01/IBM-Inteligencia-artificial-un-equilibrio-entre-la-regulaci%C3%B3n-y-la-autorregulaci%C3%B3n.pdf>

Resulta preocupante que, ante la irrupción de una transformación tan radical como la que supone el desarrollo de sistemas IA, toda la atención se ha centrado en estudiar sus efectos. De tal forma que la perspectiva de género parece que haya sido relegada a un segundo plano en el estudio de sus implicaciones. Es vital que el análisis de género se integre de manera transversal en todas las áreas afectadas por la IA, dada su influencia omnipresente en la vida cotidiana.

Para mitigar el sesgo de género, se deben adoptar prácticas que incluyan una selección de datos diversa y representativa, así como una revisión constante de los algoritmos para identificar y corregir prejuicios. Estas medidas son fundamentales para fomentar una IA equitativa e inclusiva, que sea aplicable desde una perspectiva amplia e interseccional de la sociedad.

Bibliografía

- Barrio Andrés, M. (2021). Génesis y desarrollo de los derechos digitales. *Revista de Las Cortes Generales*, 110, 197-233. <https://doi.org/10.33426/rcg/2021/110/1572>
- Barrio Andrés, M. (2022). Garantía de los derechos en los entornos digitales. En Cotino Hueso, L. (Coord.), *La Carta de Derechos Digitales* (363-395). Tirant Lo Blanch.
- Boix Palop, A. (2020) Los algoritmos son reglamentos: La necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones. *Revista de Derecho Público: teoría y método*, 1, 223-269.
- Buolamwini, J. y Timnit, G. (2018) Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification. *Proceedings of Machine Learning Research Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, 1-15. <http://proceedings.mlr.press/v81/buolamwini18a/buolamwini18a.pdf>
- Coltrane, S. y Messineo, M. (2000). The Perpetuation of Subtle Prejudice: Race and Gender Imagery in 1990s Television Advertising. *Sex Role*, (42), 363-389.
- Cotino Hueso, I y Castellanos Claramunt, J. (2022). Transparencia y Explicabilidad de la Inteligencia Artificial y “Compañía” (Comunicación, Interpretabilidad, Intelligibilidad, Auditabilidad, Testabilidad, Comprobabilidad, Simulabilidad...). Para qué, para quién y cuánta. *Transparencia y explicabilidad de la Inteligencia Artificial*. Tirant Lo Blanch.
- Cotino Hueso, L. (2022). *La Carta de Derechos Digitales*, Tirant Lo Blanch.
- De la Sierra Morón, S. (2022). Una introducción a la carta de derechos digitales. En Cotino Hueso, L. (Coord.), *La Carta de Derechos Digitales* (27-52). Tirant Lo Blanch.
- Gutiérrez David, M. (2021). Administraciones inteligentes y acceso al código fuente y los algoritmos públicos. Conjurando riesgos de cajas negras decisionales. *Derecom*, 31, 19-105.
- Hernández Peña, J. C. (2022). *El marco jurídico de la inteligencia artificial. Principios, procedimientos y estructuras de gobernanzas*. Aranzadi.
- Hundt, A., Agnew, W., Zeng, W., Kacianka, S. y Gombolay, M. (2022). Robots Enact Malignant Stereotypes. *ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency FAccT '22, June 21–24*. <https://doi.org/10.1145/3531146.3533138>.
- Kim, J. L., Sorsoli, C. L., Collins, K., Zylbergold, B. A., Schooler, D., y Tolman, D. L. (2007). From Sex to Sexuality: Exposing the Heterosexual Script on Primetime Network Television. *The Journal of Sex Research*, 44 (2), 145–157. <http://www.jstor.org/stable/25701753>.
- Kullmann, M. (2018). Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law. *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 34 (1), 1-21.

- Lovdal, L. (1989) Sex Role messages in television commercials: An updat. *Sex Roles*, 21, 715-724. <https://doi.org/10.1007/BF00289804>.
- Martín Delgado, I. (2009). La gestión electrónica del procedimiento administrativo. *QDL*, 21, 84-101.
- Martín Delgado, I. (2009). Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada. *Revista de Administración Pública*, 180, 353-386.
- Matthes, J., Prieler, M. y Adam, K. (2016). Gender-role portrayals in television advertising across the globe. *Sex Roles. A Journal of Research*, 75 (7-8), 314-327. <https://doi.org/10.1007/s11199-016-0617-y>.
- Mehrabi, N., Morstatter, F., Saxena, N. Lerman, K. y Galstyan, A. (2019). A Survey on Bias and Fairness in Machine Learning. *arXiv* 2022. <https://doi.org/10.48550/arXiv.1908.09635>
- Serra Cristobal, R. (2004) La discriminación indirecta por razón de sexo, en Ridaura Martínez, M.J. y Aznar Gómez, M. (Coords.), *Discriminación versus Diferenciación (Especial referencia a la problemática de la mujer)* (365-398). Tirant lo Blanch.
- Vestri, G. (2021). La inteligencia artificial ante el desafío de la transparencia algorítmica: Una aproximación desde la perspectiva jurídico-administrativa. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 56, 368-398.

Solicitud (delito de) Crimes of sexual solicitation

José Núñez Fernández
 Universidad Nacional de Educación a Distancia
 ORCID ID 0000-0002-0262-5130
jnunez@der.uned.es

Cita recomendada:

Núñez Fernández, J. (2024). Solicitud (delito de). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 331-348
 DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8516>

Recibido / received: 16/01/2024
 Aceptado / accepted: 03/03/2024

Resumen

En el presente trabajo se estudian los delitos de solicitud sexual por parte de funcionario público previstos en los apartados 1, 2 y 3 del art. 443 CP. Además del análisis de sus antecedentes históricos y del bien jurídico protegido, se explica su actual ubicación sistemática dentro de los delitos contra la Administración pública y la trascendencia que respecto de su regulación ha tenido la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la libertad sexual. Asimismo, se realiza un examen de las cuestiones comunes a las dos modalidades de solicitud que prevé el ordenamiento vigente, así como de sus particularidades, y se lleva a cabo una descripción de los principales problemas concursales que plantean los tipos analizados.

Palabras clave

Solicitud sexual, funcionario público, autoridad, pretensiones pendientes de resolución, instituciones penitenciarias.

Abstract

Crimes of sexual solicitation committed by public servants as provided for in article 443 of the Criminal Code are analyzed in this paper. Aspects such as their historical background, the interest protected under their regulation, their current systematic location among Crimes against Public Administration and how the Organic Law 10/2022, 09.06, of Comprehensive Guarantee of Sexual Liberty affects their legal provision are examined. Moreover, common features as well as the characteristics of the different kinds of sexual solicitation are studied. Finally, concurrency problems in relation to these crimes are also assessed.

Keywords

Sexual solicitation, public servant, authority, claims pending resolution, penitentiary institutions.



SUMARIO. 1. Antecedentes históricos del delito de solicitud. 2. Regulación y ubicación sistemática de los delitos de solicitud sexual en el ordenamiento vigente. 3. El bien jurídico protegido en los delitos de solicitud sexual. 4. Cuestiones comunes a las distintas modalidades de solicitud sexual. 5. Análisis del tipo de solicitud del art. 443.1 CP. 6. Análisis del tipo de solicitud de los apartados 2 y 3 del art. 443 CP. 7. Cuestiones concursarles.

1. Antecedentes históricos del delito de solicitud

El origen de este delito se advierte en la propia definición del verbo «solicitar» del Diccionario de la Real Academia Española (en adelante, RAE). En efecto, la quinta acepción de esa palabra y la única vinculada al ámbito jurídico, alude a la acción del confesor consistente en «requerir favores sexuales a la penitente». Esta definición sugiere que la procedencia del injusto analizado deriva del *crimen sollicitationis*, previsto expresamente por la normativa eclesiástica tras el Concilio de Trento (1545-1563) y en virtud del cual inicialmente se castigaba al sacerdote que solicitaba favores sexuales a la penitente durante la confesión (Alejandre García, 1994 y Haliczzer, 1998). La regulación del delito se fue ampliando hasta su vigente regulación, dentro del ámbito eclesiástico, en el canon 1387 del Código de Derecho Canónico bajo la rúbrica «De la Usurpación de las Funciones Eclesiásticas y de los Delitos en el Ejercicio de las mismas». Dicho canon tiene el siguiente contenido:

El sacerdote que, durante la confesión, o con ocasión o pretexto de la misma, solicita al penitente a un pecado contra el sexto mandamiento del Decálogo, debe ser castigado, según la gravedad del delito, con suspensión, prohibiciones o privaciones; y, en los casos más graves, debe ser expulsado del estado clerical.

La regulación de esta conducta fuera del ámbito eclesiástico tuvo lugar, aunque de forma inicialmente imprecisa, antes de la codificación. En este sentido, la rectitud, imparcialidad y respeto a la legalidad que la criminalización de la solicitud exige del sacerdote, debían igualmente exigirse por parte del funcionario o empleado público en el ejercicio de sus funciones y en relación con los administrados que se vieran implicados en las mismas.

Siguiendo esta tradición histórica y ya dentro de la etapa siguiente, el delito de solicitud sexual ha sido objeto de regulación por parte de todos los códigos penales españoles que se han sucedido desde 1822 hasta el momento presente. A lo largo de este periodo (para un análisis exhaustivo, Altés Martí, 1995 y Delgado Gil, 2008) el delito en cuestión se configuró como un delito especial que solo podían cometer los «funcionarios» o «empleados» públicos en el ejercicio de sus cargos abusando de los mismos para alcanzar fines ajenos a su función, en este caso de naturaleza sexual. No en vano, el delito se ubicó sistemáticamente dentro de los títulos de los delitos cometidos por esta clase de sujetos activos y, desde el Código Penal (en adelante, CP) de 1870, integró un capítulo independiente que, hasta la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del CP, llevó por rúbrica la de «Abusos contra la honestidad». Con el referido cambio legislativo la rúbrica pasó a ser «De las limitaciones a la libertad sexual», expresiva de la modificación del bien jurídico protegido de los delitos sexuales.

Independientemente de que ese cariz lúbrico no estuviera siempre presente de manera expresa en la definición del comportamiento típico por parte de las diferentes regulaciones de la etapa codificadora, de forma invariable se consideró que la conducta consistía en solicitar favores sexuales a una persona que se encontrara en una relación de sujeción con el funcionario o empleado público que realizara la

petición. Asimismo, la mayoría de los códigos diferenciaban dos modalidades de solicitud. Por un lado, y normalmente castigada con penas más graves, se prevenía la que sucedía en un centro penitenciario respecto de un interno a manos de un funcionario o empleado público que directa o indirectamente ejerciese funciones de guarda o custodia sobre el mismo. Por otro, se regulaba la modalidad que tenía lugar en otros contextos de la Administración pública. A los efectos de definir el vínculo de sumisión de esta segunda modalidad, desde el CP de 1870 se emplea la fórmula acogida por la regulación hoy vigente: la persona que recibe la petición sexual por parte del funcionario o empleado público debe tener «pretensiones pendientes de resolución» por parte de este o a cerca de las cuales este «deba emitir informe o elevar consulta a superior».

Hasta la aludida reforma de 1989, la condición de sujeto pasivo se reservó a la mujer. Esta podía ser quien directamente estuviese vinculada al empleado o funcionario público en los términos definidos, o bien la mujer emparentada con la persona, hombre o mujer, que se encontrase en esa relación de sujeción. En la mayoría de las regulaciones podía tratarse de su esposa, madre, hermana o afín en los mismos grados. Tras el cambio legislativo, el sujeto pasivo podía ser tanto el hombre como la mujer que se encontrasen en dichas circunstancias y, además de las relaciones conyugales, se incluyeron las afectivas de análoga significación a estos efectos. Todo ello en coherencia con el cambio del bien jurídico de los delitos sexuales.

Hasta entonces la honestidad entendida como «el respeto físico a nosotros mismos, la decencia sexual en sentido amplio, el derecho a la rectitud o a la castidad de las costumbres sociales» (por todos, Carmona Salgado, 1981; Díez Ripollés, 1981 y González Rus, 1982. Entre otras muchas, STS 28 de octubre de 1970) se consideraba monopolio de la mujer en determinadas circunstancias y por razones de todo punto ajenas a su derecho de autodeterminación en la esfera sexual (Núñez Fernández, 2010 y Cámara Arroyo, 2023). Con la modificación legislativa, la libertad sexual pasa a ser el objeto de protección y del mismo se consideró titular a la persona con independencia de su sexo. Esto se tradujo en una sustancial modificación de todos los delitos de naturaleza sexual entre los que, como ya se advirtió, se consideraba incluida la solicitud por parte de funcionario público.

2. Regulación y ubicación sistemática de los delitos de solicitud sexual en el ordenamiento vigente

Desde la aprobación del vigente CP en 1995 la regulación del delito de solicitud se ha mantenido invariable en sus aspectos esenciales. En este sentido, la reforma de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, solo supuso una reubicación de este tipo de injusto dentro del articulado del CP. Por su parte, la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, se limita a ampliar, en el sentido que más adelante se detallará, las distintas clases de centros de privación de libertad que guardan relación con una de las modalidades típicas de comisión de este delito.

Por otro lado, hoy día el delito de solicitud sexual no integra por sí solo un capítulo independiente dentro del título de los «Delitos contra la Administración pública» y pasa a formar parte de otro capítulo más amplio que lleva por rúbrica «De las negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios públicos y de los abusos en el ejercicio de su función» (capítulo IX del título XIX, libro II CP), compartiendo así ubicación con un conjunto heterogéneo de delitos que presentan, no obstante, algunas notas comunes.

En la actualidad se prevén dos modalidades del delito de solicitud. La primera está prevista en el apartado 1 del art. 443 CP, según el cual:

Será castigado con la pena de prisión de uno a dos años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años, la autoridad o funcionario público que solicitare sexualmente a una persona que, para sí misma o para su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, tenga pretensiones pendientes de la resolución de aquel o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior.

La segunda modalidad se prevé en los apartados 2 y 3 del art. 443 CP, cuyo contenido es el siguiente:

2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias, de centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal, que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años (...).

3. En las mismas penas incurrirán cuando la persona solicitada fuera ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afines en los mismos grados de persona que tuviere bajo su guarda. Incurrirá, asimismo, en estas penas cuando la persona solicitada sea cónyuge de persona que tenga bajo su guarda o se halle ligada a ésta de forma estable por análoga relación de afectividad.

Por su parte, el art. 444 CP prevé una cláusula concursal en virtud de la cual, las penas previstas para las distintas modalidades de solicitud «se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos».

3. El bien jurídico protegido en los delitos de solicitud sexual

Estos injustos se perfilan como pluriofensivos en la medida en que afectan a bienes jurídicos de diversa naturaleza. A este respecto, pueden ser identificados intereses o bienes supraindividuales (Lacruz López, 2015) relacionados con el correcto ejercicio de la función pública y, como bien jurídico individual, la libertad sexual de la persona solicitada o más bien su libertad de decisión en el ámbito sexual (Otero González, 2021). Es por ello que siempre se podrán identificar dos sujetos pasivos del delito de solicitud: uno sería la persona solicitada sexualmente en cuanto portador del bien jurídico individual, y otro se identifica con la comunidad como titular del bien jurídico de naturaleza supraindividual.

Para identificar el bien jurídico de naturaleza supraindividual hay que tener en cuenta que, al igual que sucede con los demás tipos con los que comparte capítulo, el delito de solicitud sexual implica que el funcionario que lo comete ya no está sirviendo (o, al menos, habrá riesgo de que no esté sirviendo) con objetividad y eficacia a los intereses generales en el desempeño de su función, siguiendo a tal efecto lo prescrito por «la ley y el Derecho» (arts. 1.1, 9.1, 9.2, 9.3, 103 CE). Ha entrado en escena un designio espurio como es el afán por conseguir los favores sexuales de los administrados que, cuando menos, pone en peligro su objetividad y su imparcialidad en el ejercicio de su función (Mir Puig, 2000 y Delgado Gil, 2008). En consecuencia, también el principio de igualdad (Mir Puig, 2000 y Delgado Gil, 2008) se puede resentir y ello al menos en un doble sentido: el administrado que sufre la solicitud puede no recibir el mismo trato por parte del funcionario respecto de otro administrado; a su vez, el funcionario que abusa de su cargo en su propio beneficio

sin duda no se considera como un igual respecto de las personas que queden bajo su sujeción.

Es preciso advertir que la solicitud sexual no entraña necesariamente una efectiva lesión de ese correcto desempeño de la función pública que implicaría la merma de los principios de igualdad, imparcialidad y objetividad vinculados al mismo. Se trata de un delito de peligro abstracto toda vez que el legislador prohíbe la conducta consistente en solicitar favores sexuales al funcionario en determinadas circunstancias, pues ello generalmente pone en peligro los mencionados principios que deben guiar el desempeño de su función. Pero dicho elemento de peligro «no se configura como un requisito típico cuya concurrencia deba probar el Juez para afirmar la realización del tipo» (Gil Gil, 2015). En este sentido, basta la mera petición sexual entre ciertos sujetos y en determinados contextos para que se consuma el tipo.

El bien jurídico de naturaleza individual afectado por el delito de solicitud es, como ya se apuntó, la libertad sexual. La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la libertad sexual ha pretendido dar a este bien jurídico un cariz colectivo (Cámara Arroyo, 2023) al incluir los delitos sexuales dentro de las denominadas «violencias sexuales», considerando que estas no son una cuestión individual, sino social y, en este sentido, constituyen una problemática estructural ligada a una cultura sexual inspirada en un patrón discriminatorio que el hombre ejerce sobre la mujer por el hecho de serlo. Sin embargo, no hay razón para actuar de forma distinta en función de que el sujeto activo o pasivo sea hombre o mujer y el bien jurídico ha de protegerse del mismo modo con independencia de tales circunstancias (STS 1295/2006, de 13 de diciembre). Cuestión distinta es que se pueda aplicar la agravante de motivos discriminatorios por razón de sexo (art. 22.4ª CP) si, en efecto, se constata esta motivación discriminatoria por parte del sujeto.

La petición de favores sexuales por parte del funcionario público puede potencialmente condicionar la autonomía de la voluntad del administrado en el ámbito sexual. Ello porque la aceptación o rechazo del administrado puede condicionar el desempeño de la función pública a cargo del funcionario que, a tal efecto, le puede beneficiar o perjudicar. En este sentido, podemos pensar en la potencial que no directa afectación de la libertad sexual como libre ejercicio de la sexualidad tanto para rechazar las propuestas o encuentros sexuales «sin sujeción a condicionantes externos» (García Rivas y Tarancon Gómez, 2021) –dimensión negativo estática de la libertad sexual–, como para participar en los que se desee siempre que se respeten ciertos límites que tienen que ver con la edad y el consentimiento de las personas implicadas –dimensión positivo dinámica de la libertad sexual– (por todos, Núñez Fernández, 2010). Tal afectación se cifra en la puesta en peligro remoto o abstracto de esa libertad sexual ya que, como se ha indicado, la mera petición sexual consuma el tipo, por lo que el mismo no implica la participación del administrado en un encuentro sexual en contra de su voluntad o sin su consentimiento (Altés Martí, 1995 y Delgado Gil, 2008).

Pese a que el delito de solicitud sexual se considera pluriofensivo en el sentido apuntado, la libertad sexual se concibe como un bien jurídico secundario respecto del correcto desempeño de la función pública conforme a los principios de objetividad, igualdad e imparcialidad (SSTS 1187/2004, de 18 de octubre y 354/2019, de 10 de julio). Este último constituye, según este planteamiento, el principal objeto de protección (Altés Martí, 1995; Delgado Gil, 2008; Morales Prats y Rodríguez Puerta, 2016 y Crespo Barquero, 2018).

Un síntoma de la importancia secundaria que se confiere a la libertad sexual frente al correcto desempeño de la función pública se puede advertir en el hecho de

que hay sentencias que condenan por un único delito continuado de solicitud al funcionario que ha solicitado favores sexuales a distintas personas en el ejercicio de su cargo. Circunstancia que se puede advertir respecto de ambas modalidades de solicitud. Así, en la que respecta a la prevista en el art. 443.1 CP, confróntese la SAP de Murcia, Sección 3ª, 664/2016, de 14 de diciembre. Por lo que se refiere a la modalidad del art. 443.2 CP, confróntese las STS 620/2019, de 12 de diciembre –que confirma la SAP de Sevilla, Sección 7ª, 1543/2019, de 18 de mayo–; SAP de Ávila, Sección 1ª, 89/2017, de 25 de septiembre; SAP de Madrid, Sección 3ª, 315/2013, de 25 de junio. Solo la consideración de la libertad sexual como bien jurídico secundario puede explicar este proceder, toda vez que, para apreciar la continuidad delictiva respecto de los delitos contra la libertad sexual, el art. 74.3 CP exige unidad de sujeto pasivo respecto de las distintas conductas que integran el delito continuado.

4. Cuestiones comunes a las distintas modalidades de solicitud sexual

Se trata de delitos de mera actividad que se consuman con la mera petición de favores de naturaleza sexual y sin necesidad de que se produzca un resultado distinto de esa conducta u contacto sexual alguno, lo que podría dar lugar, en este último caso, a un concurso de delitos en el sentido que más adelante se detallará. Con base en este planteamiento, algunos autores consideran que los delitos de solicitud son incompatibles con las formas imperfectas de ejecución criminal (Meléndez Sánchez, 2023).

Por otro lado, por «solicitar» se entiende pedir, buscar o requerir cualquier conducta de naturaleza sexual, sin que la entidad concreta de la misma resulte relevante a estos efectos. Tampoco es necesario que la petición sea expresa siempre que se manifieste de forma clara o inequívoca (SSTS 1002/2010, de 10 de noviembre y 354/2019, de 10 de julio). No son suficientes en este sentido las meras insinuaciones (Vizueta Fernández, 2015). Asimismo, el estudio jurisprudencial evidencia que la realización de un único acto de solicitud puede bastar para considerar la existencia del delito si el mismo presenta la suficiente entidad (STS 930/1998, de 2 de julio). Cuando el sujeto activo realiza varias peticiones ello se ha traducido en la apreciación de un único delito (STS 354/2019, de 10 de julio) o de un delito continuado (SSTS 1187/2004, de 18 de octubre y 995/2011, de 6 de octubre). No hay duda de que la petición que hace el funcionario para sí mismo es típica y se discute si lo es también la solicitud en favor de un tercero. A falta de pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta cuestión, algunos responden en sentido afirmativo teniendo en cuenta que la afectación de los bienes jurídicos se produciría en ambos casos (Núñez Fernández, 2013). Otros rechazan esta tesis para evitar una excesiva expansión del tipo penal (Delgado Gil, 2008).

Desde el punto de vista del tipo subjetivo, se trata de infracciones solo compatibles con la modalidad dolosa de comportamiento al no estar prevista la comisión imprudente (SSTS 1187/2004, 18 de octubre y 995/2011, de 6 de octubre). En las distintas categorías de solicitud la conciencia y la voluntad del sujeto deberán abarcar la totalidad de los elementos típicos. En cualquier caso y más allá de cuestiones de previsión positiva, lo cierto es que la solicitud sexual implica siempre un aprovechamiento de la función pública por parte del funcionario con una determinada finalidad, la de obtener beneficios sexuales, que resulta sin duda incompatible con el proceder imprudente (Altés Martí, 1995) e incluso con el dolo eventual (por todos, Mestre Delgado, 2021).

Por último, cabe señalar que ambos tipos de solicitud son incompatibles con la circunstancia agravante genérica 7ª del art. 22 CP, que se aplica cuando el sujeto activo comete el delito prevaliéndose de su «carácter público». Ello porque esta

circunstancia ya ha sido tenida en cuenta por el legislador al tipificar el delito de solicitud sexual de manera que la aplicación de la misma como agravante genérica supondría una vulneración del principio *non bis in idem* (por todos, Mestre Delgado, 2021). No obstante, esta circunstancia agravante genérica sí se podría aplicar a los delitos comunes que el funcionario cometiera además del de solicitud, como podrían ser las infracciones contra la libertad sexual a las que se refiere el art. 444 CP (confirma este planteamiento la STS 930/1998, de 2 de julio).

5. Análisis del tipo de solicitud del art. 443.1 CP

El art. 443.1 CP regula la primera modalidad de solicitud sexual con el contenido que fue expuesto *supra*. Estamos ante un delito especial en la medida en que la condición de sujeto activo se reserva a la autoridad o funcionario público. Hay que estar a lo dispuesto en el art. 24 CP para determinar qué ha de entenderse por autoridad y funcionario público a efectos penales. Se trata de un concepto amplio y funcional, de manera que basta con que se participe legítimamente en la función pública, aunque sea en virtud de una relación laboral (SSTS 354/2019, de 10 de julio y 296/2018, de 8 de febrero). Por otro lado, la opinión doctrinal mayoritaria considera que nos encontramos ante un delito especial propio que carece de figura común paralela (Rodríguez López y Sobrino Martínez, 2008; Mestre Delgado, 2021 y González Cussac, 2023). Esta cuestión se analiza con más detalle en el apartado relativo a las cuestiones concursales.

Sujeto pasivo puede ser cualquier persona, hombre o mujer, que tenga pretensiones pendientes de resolución o acerca de las que la autoridad o el funcionario público deba evacuar informe o elevar consulta a superior. Esta circunstancia puede darse bien con respecto a esa misma persona, o en relación con su cónyuge u otra persona con la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados.

Resulta necesario determinar qué cabe entender por la expresión «pretensiones pendientes de la resolución» del funcionario. En este sentido, la RAE se refiere al término «pretensión» como la solicitud de conseguir algo que se desea o el objeto de una acción procesal, consistente en pedir a un juez un determinado pronunciamiento. Ello parece indicar que debe existir una petición por parte del administrado en cualquiera de los ámbitos de la Administración. Además, esta «pretensión» ha de estar pendiente de resolución, es decir que está por resolverse o terminarse por decreto, providencia, o fallo de autoridad gubernativa o judicial. Y el poder de resolución se define como el dominio, imperio, facultad o jurisdicción que alguien tiene para mandar o ejecutar algo.

No obstante y de manera prácticamente unánime, la doctrina y la jurisprudencia interpretan la referida expresión en un sentido amplio y extensivo que no se circunscribe a la pendencia de un procedimiento sometido a una rígida normativa en el que el sujeto activo tenga que dictar una resolución en sentido técnico jurídico, en la forma de auto o sentencia o resolución administrativa que afecte directa o indirectamente a la persona solicitada (Altés Martí, 1995; Mir Puig, 2000; Delgado Gil, 2008 y Rodríguez López y Sobrino Martínez, 2008. En contra, Crespo Barquero, 2018).

Ya desde la STS de 13 de junio de 1979, el Tribunal Supremo hizo esta exégesis afirmando que «basta la realidad de cualquier aspiración o expectativa – obtención de un logro tangible o evitación de un mal, ligado a la actuación de servicio de funcionario–». En esta misma línea la STS 2673/1992, de 14 de diciembre,

consideró suficiente la existencia de un asunto que esté «pendiente de una toma de decisión que de hecho esté al alcance del funcionario» y que «tenga importancia para la persona solicitada». Los pronunciamientos jurisprudenciales posteriores han seguido las pautas descritas respecto de la cuestión ahora analizada (ver, entre otras, la SAP Barcelona, Sección 6ª, 92/2023, de 2 de febrero, y las SSTS 354/2019, de 10 de julio, y 1187/2004, de 18 de octubre).

Así, por ejemplo, se ha considerado suficiente que el sujeto activo tuviese, en razón de su cargo, la función de tramitar¹ pero no de resolver asuntos que afectaban a la persona solicitada (SSTS 2673/1992, de 14 de diciembre y 1187/2004, de 18 de octubre). Por otro lado, es habitual que se valore como idóneo el hecho de que el sujeto activo tenga que decidir sobre la calificación del sujeto activo en el marco de la enseñanza siempre que aquel sea autoridad o funcionario público en el sentido apuntado (así, entre otras, la SAP Barcelona, Sección 6ª, 92/2023, de 2 de febrero, la STS 354/2019, de 10 de julio –que confirma la SAP León, Sección 3ª, 84/2018, de 15 de febrero–; la SAP Málaga, Sección 8ª, 556/2011, de 11 de noviembre). También se considera suficiente que el funcionario sea responsable de tramitar los expedientes de nacionalidad española por residencia dentro del Registro Civil (SAP Murcia, Sección 3ª, 664/2016, de 14 de diciembre), o simplemente dar traslado de un atestado policial a fin de que el juzgado procediese a la incoación de un procedimiento por la presunta comisión de un delito (SAP Palma de Mallorca, Sección 1ª, 43/2014, de 20 de mayo). Por el contrario, consideró insuficiente tener capacidad para despachar recetas médicas que la persona solicitada necesitaba (STS de 1 de julio de 1963).

Es importante tener en cuenta que, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial, es preciso que de facto el sujeto activo tenga la capacidad para intervenir en asuntos que afecten a la persona solicitada, pues de lo contrario no se puede apreciar la existencia del delito de solicitud. En este sentido la SAP Pontevedra, Sección 2ª, 18/2008, de 11 de junio, absolvió a un concejal que requirió a una ex trabajadora del ayuntamiento para tener relaciones sexuales con él a cambio de conseguirle un puesto de trabajo en el consistorio, algo respecto de lo que no tenía ninguna capacidad de decisión ni de influencia.

Por otro lado, también es preciso determinar el significado de la expresión «evacuar informe o elevar consulta a su superior» que aparece como elemento del tipo analizado. La RAE define el término «evacuar» como desempeñar un cargo o cumplir con un trámite. Por su parte, el vocablo «informe» se identifica con la descripción oral o escrita de las características y circunstancias de un suceso o asunto y, dicho de un cuerpo consultivo o de un funcionario, con el acto de dictaminar en un asunto de su respectiva competencia. Asimismo, la expresión «elevar consulta» se define como la acción de dirigir un escrito a una autoridad para que dictamine o muestre su parecer acerca de un asunto. Sin embargo, de igual modo a como sucede con la expresión «pretensiones pendientes de resolución», las locuciones «evacuar informe o elevar consulta a su superior» acerca de pretensiones de la persona solicitada o de sus allegados se interpretan por parte de la doctrina y la jurisprudencia en un sentido extensivo que no se ciñe a la emisión de un informe de carácter técnico o a elevar consulta en el marco de un proceso formalizado.

Para la mayoría de los autores se trata, en definitiva, de que el funcionario público que realiza la solicitud sexual tenga por razón de su cargo la posibilidad de intervenir de facto para favorecer o perjudicar los intereses de la persona solicitada, bien directamente porque la cuestión afecte a la misma, o indirectamente porque el

¹ El condenado era lo que hoy día se denomina gestor procesal en un juzgado y sus competencias vienen definidas en el art. 476 Ley Orgánica del Poder Judicial.

asunto incida en alguno de sus allegados. Esta intervención debe revestir cierta importancia pues es necesario que entre el funcionario y el solicitado exista una relación de sujeción previa a la petición (Rodríguez López y Sobrino Martínez, 2008; Delgado Gil, 2008 y Mir Puig, 2020), de la que el primero abusa para realizar una petición sexual que, en este sentido, se ha de considerar no querida, impuesta o coactiva (Altés Martí, 1995; Rodríguez López y Sobrino Martínez, 2008; Mestre Delgado, 2021; SSTS de 13 de junio de 1979; 2673/1992, de 14 de diciembre; 1187/2004, de 18 de octubre; y, 354/2019, de 10 de julio).

Y todo ello porque, según esta corriente doctrinal y jurisprudencial mayoritaria, resulta lógico, en atención a lo apuntado y aunque la regulación vigente no lo establezca de manera expresa, que la intervención del funcionario en las pretensiones de la persona solicitada está condicionada a cómo responda esta al requerimiento sexual (Crespo Barquero, 2018). Se entiende que la intervención del funcionario será más favorable en caso de que exista receptividad por parte del sujeto pasivo y es por ello por lo que se adelantan las barreas punitivas al momento del mero acto de la solicitud, el cual resulta suficiente a efectos de consumación, como ya se indicó. Con todo, no se exige que el funcionario explicita este condicionamiento (Mir Puig, 2000 y Delgado Gil, 2008; SSTS 354/2019, de 10 de julio y de 13 de junio de 1979), ni tampoco que lleve a cabo ninguna actuación con relación a las pretensiones de la víctima pues, como ya se apuntó, la mera petición sexual en el contexto descrito resulta suficiente.

No obstante, es preciso valorar esta interpretación restrictiva del delito que aboga por exigir elementos no mencionados en el tenor del tipo. Es cierto que todas las sentencias consultadas condenan al funcionario o autoridad que no se limita a hacer una solicitud sexual, sino que además condiciona su actuación como empleado público en el marco de la relación con el sujeto pasivo a como este responda a sus requerimientos de la naturaleza sexual (SAP Barcelona, Sección 6ª, 92/2023, de 2 de febrero; STS 354/2019, de 10 de julio –que confirma la SAP León, Sección 3ª, 84/2018, de 15 de febrero–; SAP Murcia, Sección 3ª, 664/2016, de 14 de diciembre; SAP Alicante, Sección 1ª, 259/2016, de 18 de mayo; SAP Palma de Mallorca, Sección 1ª, 43/2014, de 20 de mayo; STS 716/2013, de 1 de octubre –confirma la SAP de Cáceres, Sección 2ª, 194/2012, de 25 de mayo–; SAP Málaga, Sección 8ª, 556/2011, de 11 de noviembre; y, SAP Cantabria, Sección 2ª, 14/2003, de 18 de julio).

Pese a esta realidad jurisprudencial, cabe hacer una interpretación estricta del tipo penal (Núñez Fernández, 2013) que permita castigar por la mera solicitud de cariz sexual, lo cual resulta más coherente con el principio de legalidad y con la naturaleza del ilícito analizado como delito de peligro abstracto. Sin duda, el correcto ejercicio de la función pública en relación con un administrado se puede poner en peligro (que es todo lo que exige el tipo) si el funcionario responsable pretende mantener un contacto sexual con él y así se lo manifiesta. No creo que con ello se cercene en exceso la libertad del funcionario a la hora de desarrollar esa faceta de su personalidad como han sugerido algunos (Crespo Barquero, 2018), ni que ello convierta al delito de solicitud en un delito de sospecha, pues el mismo se construye a partir de la constatación objetiva de un comportamiento en un determinado contexto. Además, la aceptación de un planteamiento de este tipo cuestionaría la legitimidad de muchos delitos de peligro.

Por otro lado, para poder apreciar el delito es necesario que el funcionario o autoridad pública pueda, en efecto y a través de su potencial actuación, favorecer o perjudicar los intereses de la víctima dentro de las funciones que tienen atribuidas por razón de su cargo. Pese a que ciertos sectores doctrinales consideran que dicha potencial actuación debe ser lícita (por todos Delgado Gil, 2008), la práctica

jurisprudencial revela que puede ser tanto lícita como ilícita (Núñez Fernández, 2013). Ilícita sería, por ejemplo, la conducta de un profesor de universidad pública que se ofrece a poner la calificación de aprobado a una alumna que había suspendido a cambio de que esta mantuviera relaciones sexuales con aquel. Dicha conducta, la de aprobar a quien ha suspendido sin obligarle a repetir el examen ni a demostrar que cuenta con los conocimientos suficientes para superar la asignatura, podría ser incluso constitutiva de un delito de prevaricación administrativa del art. 404 CP. Esa fue justamente la actuación que el condenado por solicitudación en virtud de la SAP Málaga, Sección 8ª, 556/2011, de 8 de noviembre, se comprometió a realizar. La pretensión del sujeto pasivo del delito puede ser igualmente lícita o ilícita (al respecto, la STS 930/1998, de 2 de julio).

6. Análisis del tipo de solicitudación de los apartados 2 y 3 del art. 443 CP

Los números 2 y 3 del art. 443 CP recogen una modalidad de solicitudación sexual, con las penas que se señalaron en apartados anteriores, que comete «el funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal, respecto de la persona sujeta a su guarda» o de su «ascendiente, descendiente, hermano, por naturaleza, por adopción, o afín en los mismos grados, cónyuge o persona con la que se halle ligada de forma estable por análoga relación de afectividad». El hecho de que las penas sean más graves (prisión de uno a cuatro años e inhabilitación de seis a doce años) que las previstas para el tipo del art. 443.1 CP, no convierte a las modalidades ahora analizadas en tipos agravados respecto del mismo en sentido estricto porque los tipos que nos ocupan no contienen todos sus elementos.

La particularidad de estas modalidades castigadas con penas más graves radica y se fundamenta en la especial relación de sujeción que existe entre el funcionario de los referidos centros respecto de la persona sujeta a su guarda que, como tal, está privada de libertad o al menos tiene limitada su libertad ambulatoria (en el caso de los centros de protección de menores). Esta subordinación se extiende a los allegados del interno en los términos señalados. La peculiaridad de esta situación se traduce, según la opinión mayoritaria, en una mayor gravedad objetiva de esta modalidad de solicitudación que justifica la agravación de las penas con las que se castiga (Altés Martín, 1995; y, Delgado Gil, 2008; Rodríguez López y Sobrino Martínez, 2008 y Mestre Delgado, 2021). Este fundamento de agravación se acompaña de la correspondiente especial vulnerabilidad de la persona que recibe la petición de favores sexuales en tales circunstancias (Crespo Barquero, 2018). En este sentido, en la SAP Madrid, Sección 23ª, 1/2011, de 3 de diciembre, se afirma que, en estos casos, «es evidente la situación de ...presión ambiental pues la víctima es una interna del Centro Penitenciario en el que presta sus servicios el acusado».

Se trata de un delito especial propio al igual que el tipo de solicitudación del art. 443.1 CP por las razones que fueron apuntadas con anterioridad. Se debe tener en cuenta la regulación administrativa de estos cuerpos para determinar quiénes, en atención a las exigencias típicas de la legislación penal, son susceptibles de ser sujetos activos del delito analizado. En lo que se refiere a los funcionarios de instituciones penitenciarias, corresponde a la administración penitenciaria asumir la dirección del establecimiento penitenciario en cuanto a custodia, vigilancia interior de los centros y, a su vez, los internos deben acatar las normas de régimen interior y las órdenes que reciban del personal penitenciario en el ejercicio legítimo de sus atribuciones². A este respecto resulta de aplicación el Real Decreto 190/1996, de 9

² Ver art. 3.4 Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

de febrero, en particular su título X en el que se regula la «Organización de los Centros Penitenciarios» (arts. 265 y ss.).

Está claro que los funcionarios que bien formen parte de los órganos colegiados del centro penitenciario –tales como el consejo de dirección (arts. 270 y ss.), la junta de tratamiento (arts. 272 y ss.), la comisión disciplinaria (276 y ss.) y la junta económico administrativa (arts. 278 y ss.)–, bien integren órganos unipersonales –como el director (art. 280), subdirectores (art. 281), administrador (art. 282) y el jefe de servicios (art. 283)– pueden ser sujetos activos del delito de solicitud en la medida en que asumen una función genérica en lo que respecta a la seguridad y control del interno, que es como ha de interpretarse el término «guarda» al que alude el precepto (Crespo Barquero, 2018).

Aun así, el análisis jurisprudencial demuestra que, en ocasiones, los tribunales no han exigido de forma rigurosa la asunción de tales funciones por parte del funcionario de prisiones para condenarlo como autor de un delito de solicitud. Así, por ejemplo, la STS 620/2019, de 12 de diciembre (que confirma la SAP Sevilla, sección 7ª, 1543/2019, de 18 de mayo) condena al funcionario que solicita favores sexuales a una interna sin que la sentencia haga referencia al cargo que el condenado ostentaba dentro del centro penitenciario, ni que el mismo le otorgase capacidad para incidir sobre el régimen de vida de la víctima. En sentido similar, la SAP Ávila, sección 1ª, 89/2017, de 25 de septiembre, condena a dos funcionarios sin que conste que estos tuvieran capacidad de influir en el régimen de vida de las internas a quienes solicitaron favores sexuales. Simplemente se afirma que uno de ellos era coordinador de servicios, lo que le permitiría moverse con libertad por el centro penitenciario y entrar en contacto con las internas. Por su parte, del otro condenado se indica que era jefe del área mixta de mantenimiento con acceso a la mayoría de las dependencias del centro penitenciario.

Por lo que respecta a los centros de protección de menores, es determinante lo establecido por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cuya versión vigente es fruto de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio). De acuerdo con los arts. 12 y ss. de esta disposición, cuando se producen situaciones de riesgo o casos de desamparo de menores, es preciso que se realicen funciones de guarda o tutela con respecto a los mismos bien a través de entidades públicas o mediante hogares funcionales por la vía del acogimiento familiar. Las personas encargadas de desempeñar estas funciones y que tengan, por tanto, capacidad para incidir sobre la seguridad y control del menor en situación de riesgo o desamparo, serán susceptibles de ser sujetos activos del delito de solicitud.

En cuanto a los centros de reforma de menores, la normativa principal a tener en cuenta es la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM), así como el Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el que se aprueba el reglamento de la misma. En tales disposiciones (concretamente el art. 45 LORPM y los arts. 8.1 y 9.1 del Reglamento) se establece que, con carácter general, la competencia administrativa para la ejecución de las medidas penales impuestas a menores la tienen las comunidades autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla, donde se ubique el juzgado de menores que haya dictado sentencia imponiendo la medida. La ejecución de las medidas, entre otras las privativas de libertad que son las que ahora interesan, depende de las entidades que, a tal efecto, designen las comunidades autónomas que en este sentido «podrán establecer convenios o acuerdos de colaboración necesarios con otras entidades, públicas o privadas sin ánimo de lucro» (Pozuelo Pérez, 2022). Las personas encargadas del control del menor dentro de tales

organismos, así como todas aquellas que puedan incidir de manera relevante en su vida durante la privación de libertad, podrán ser sujetos activos del delito de solicitud ahora analizado.

El estudio de las previsiones relativas a los centros de protección y reforma de menores demuestra que lo relevante, más que la pertenencia a un cuerpo reglamentado de funcionarios del sujeto activo es su efectiva participación en funciones públicas de guarda, tutela y control de menores ya sea por disposición inmediata de la ley, por elección o nombramiento de la autoridad competente (art. 24.2 CP). La mayor flexibilidad atribuida al concepto penal de funcionario en comparación con su correspondiente noción administrativa (Delgado Gil, 2008), resulta aquí sumamente operativa para lograr una eficaz protección del bien jurídico (Crespo Barquero, 2018).

La referencia a los funcionarios de centros de internamiento de extranjeros o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal constituye una novedad introducida por la disposición final 4.18 de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, que responde a una reivindicación que ciertos sectores doctrinales llevaban realizando desde hace años (por todos, Delgado Gil, 2008). En este sentido, la anterior regulación dejaba fuera de la protección penal a ciertas personas en situación de vulnerabilidad similar a la de los internos en centros penitenciarios o de los menores en centros de protección o reforma. En lo que respecta a los primeros, y según dispone el art. 1.2 del Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros:

Son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, dependientes del Ministerio del Interior, destinados a la custodia preventiva y cautelar de extranjeros para garantizar su expulsión, devolución o regreso por las causas y en los términos previstos en la legislación de extranjería, y de los extranjeros que, habiéndoseles sustituido la pena privativa de libertad por la medida de expulsión, el juez o tribunal competente así lo acuerde en aplicación de lo dispuesto por el artículo 89.6 del Código Penal.

Asimismo, y de acuerdo con el art. 3.1 de esta disposición, «las competencias de dirección, coordinación, gestión e inspección de los centros corresponden al Ministerio del Interior y serán ejercidas a través de la Dirección General de la Policía, que también será responsable de su seguridad y vigilancia». Por otro lado, y según el art. 3.3, estos centros dependen funcional y orgánicamente de la plantilla policial del lugar donde radiquen «sin perjuicio de la superior competencia de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras en su gestión y coordinación».

Por último, la regulación penal vigente incluye también al funcionario de «cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal». Dentro de estos se encuentran, entre otros, los agentes de policía y guardias civiles responsables de la guarda y custodia de los detenidos en las comisarías y otras dependencias (tal y como se desprende de los arts. 492 y ss. LECrim y del art. 5.3 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad). Se podría plantear la posibilidad de incluir a los agentes de policía y de la guardia civil encargados de la guarda y custodia de penados y detenidos durante sus traslados (por ejemplo, de un centro penitenciario a otro, de un centro penitenciario a un juzgado, de una dependencia policial a un juzgado, etc.). A este respecto, la Orden INT/2573/2015, de 30 de noviembre, del Ministerio del interior, determina las especificaciones técnicas que deben reunir los vehículos destinados a la conducción de detenidos, presos y penados. Habría que determinar si estos vehículos, en los que las personas mencionadas están privadas de libertad de forma temporal, se podrían

considerar englobados en la categoría de «centro» a la que se refiere el tenor del precepto penal analizado.

En cualquier caso, habrá que estar a la evolución de la jurisprudencia para que se pueda determinar con mayor exactitud quienes pueden ser sujetos activos de los distintos centros de privación de libertad ya que, hasta la fecha, solo se han dictado pronunciamientos con relación a funcionarios de centros penitenciarios. La condición de sujeto pasivo se reserva a la persona que esté bajo la guardia del funcionario, así como algunos de sus allegados. Por su parte, la conducta típica consiste en solicitar favores sexuales en el sentido ya apuntado respecto de la otra modalidad de solicitud.

Asimismo y de forma similar a como sucede con respecto a dicha modalidad del art. 443.1 CP, según la opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria y a pesar de que no exista mención legal expresa al efecto, es necesario que el funcionario abuse de la relación que tiene con la persona solicitada y condicione su posible intervención en el seno de dicha relación al rechazo o aceptación de su propuesta por parte de la misma (Altés Martí, 1995; Rodríguez López y Sobrino Martínez, 2008; Delgado Gil, 2008 y Crespo Barquero, 2018). Otro sector doctrinal minoritario (Núñez Fernández, 2013) rechaza esta tesis dado que esas exigencias no se incluyen en el tipo penal. Lo cierto es que hay sentencias que condenan por la mera solicitud no condicionada y sin exigir si quiera que el funcionario tuviera capacidad de influir en el régimen de vida del interno: así, la STS 620/2019, de 12 de diciembre (que confirma la SAP Sevilla, sección 7ª, 1543/2019, de 18 de mayo) y la SAP Ávila, sección 1ª, 89/2017, de 25 de septiembre. No obstante, en la mayoría de las sentencias condenatorias dictadas hasta la fecha sí que se dan las referidas circunstancias: capacidad del funcionario de influir en el régimen de vida del interno y que el mismo condicione su actuación como empleado público a la respuesta que reciba del interno (SAP Madrid, sección 15ª, 69/2022, de 4 de febrero; SAP Madrid, sección 3ª, 315/2013, de 25 de junio; SAP Palma de Mallorca 41/2013, de 18 de abril; STS 995/2011, de 6 de octubre –que casa la SAP de Madrid, sección 23ª, de 3 de diciembre–; STS 1002/2010, de 10 de noviembre –que casa la SAP Álava, sección 2ª, de 15 de diciembre de 2009–; y, SAP Pontevedra, sección 4ª, 32/2009, de 25 de junio).

El razonamiento para justificar esta interpretación restrictiva del tipo es similar al que se empleaba para hacer lo propio respecto de la modalidad prevista en el art. 443.1 CP. Así, Crespo Barquero considera que esta exégesis evita convertir a la solicitud en un delito de sospecha que permita criminalizar cualquier solicitud sexual de un funcionario de prisiones hacia una persona privada de libertad. Según este autor, la ausencia de estas exigencias en la aplicación del tipo «podría conducir a la negación de derechos fundamentales tales como la intimidad y el desarrollo de la personalidad por vía de la mera presunción de “prejuicio” del prestigio de la Administración, convirtiendo la función pública en una suerte de sacerdocio» (Crespo Barquero, 2018). Frente a este planteamiento (Núñez Fernández, 2013), se pueden alegar, por un lado, razones de estricta legalidad penal que, a efectos de condena, no permiten requerir elementos no exigidos por el tipo penal. Por otro lado, la ausencia de estas exigencias obedece a la naturaleza del delito como tipo de peligro abstracto: se prohíbe la solicitud sexual en determinadas circunstancias porque ello hace peligrar el correcto funcionamiento de la función pública y la libertad sexual del administrado. Además, frente a lo que sucede con respecto al tipo del art. 443.1 CP, la cuestión atañe a personas privadas de libertad que se encuentran en una situación de evidente vulnerabilidad frente a quienes son responsables de su guarda. Por este motivo, resultan exigibles mayores garantías incluso para el debido desempeño de quien de forma tan intensa y relevante puede incidir en la vida de estas personas, sobre todo si se trata de quienes cumplen condena en un centro penitenciario.

Asimismo, los funcionarios de prisiones cuentan con la posibilidad de desarrollar con libertad esas facetas de su personalidad en otros contextos sin que su renuncia a hacerlo en su ámbito profesional resulte en modo alguno excesiva ni implique convertirlos en sacerdotes.

Es importante destacar, en último lugar, que el estudio de las resoluciones citadas revela que la posible actuación del funcionario para favorecer o perjudicar los intereses de la persona solicitada puede ser, en los casos en que se hace constar tal circunstancia, tanto lícita como ilícita. Por ejemplo, en la STS 1002/2010, de 10 de noviembre, el funcionario que solicita favores sexuales puede influir en la decisión de que la interna acceda o no a un determinado programa de actividades. Su actuación en este sentido podrá ser lícita o ilícita dependiendo de que la interna reúna o no los requisitos que se exigen para acceder a dicho programa. Por su parte, en la SAP de Madrid, sección 15ª, 69/2022, de 4 de febrero, el funcionario condiciona la aceptación de su solicitud sexual por parte de la interna a permitir a esta disfrutar de determinado tipo de alimentos y otros contenidos no autorizados por el centro, lo cual constituye una actuación ilícita. Me inclino, por tanto, al igual que hice respecto del tipo básico de solicitud, por la tesis que defiende tanto la licitud como la ilicitud de la potencial intervención del funcionario respecto de las pretensiones pendientes de la persona solicitada en contra, por tanto, del criterio de otros autores (por todos, Delgado Gil, 2008).

7. Cuestiones concursales

Con relación a las dos modalidades de solicitud sexual pueden surgir problemas de concursos de leyes y de delitos. Los problemas de concursos de leyes se pueden plantear respecto al delito de acoso sexual agravado del art. 184.2 CP y con los delitos de cohecho de los arts. 419 y 420 CP.

En lo que respecta al delito de acoso sexual agravado, hay que advertir que no existe una coincidencia plena entre este delito y las distintas modalidades de solicitud. Ambas figuras tienen elementos en común: el prevalimiento de una situación de superioridad y la solicitud de favores sexuales. No obstante, el acoso sexual exige además que la relación que une a los sujetos implicados en la que se produce la conducta sea continuada o habitual y que el comportamiento provoque en la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante. Esta es la razón por la cual el delito de solicitud es especial propio, porque no tiene en sentido estricto una figura común paralela, por mucho que algunas sentencias denominen la solicitud como el «acoso sexual específico limitado al funcionario» (SSTS 1004/1997, de 9 de julio y 2349/2019, de 10 de julio). En cualquier caso, si además de la solicitud de favores sexuales por parte del funcionario en determinados contextos que le confieren superioridad respecto del administrado (algo que sería suficiente para aplicar la modalidad de solicitud correspondiente), se produjeren las referidas circunstancias, habría que aplicar los tipos de solicitud sexual analizados en virtud del principio de especialidad ex art. 8.1ª CP (así, SSTS 1004/1997, de 9 de julio y 2349/2019, de 10 de julio; y la SAP Barcelona, Sección 6ª, 92/2023, de 2 de febrero). De acuerdo con esta corriente, el acaecimiento de tales circunstancias no exigidas por el tipo de solicitud habría de tenerse en cuenta, no obstante, a efectos de responsabilidad civil y también de individualización de pena para reflejar el «perjuicio añadido al desvalor del tipo específico» (SAP de Barcelona, Sección 6ª, 92/2023, de 2 de febrero).

Si bien la aplicación preferente del delito de solicitud parece correcta, no lo es, a mi modo de ver, la elección de la regla de la especialidad para resolver el problema concursal (Núñez Fernández, 2013). No se puede decir que el precepto de

la solicitud sea especial respecto del general del acoso sexual agravado ya que, como se ha demostrado, no tiene todos los elementos de este y alguno más. En este sentido, sería más adecuado optar por la regla de la alternatividad del art. 8.4ª CP cuya aplicación conduciría a la misma solución toda vez que la solicitud se castiga con penas más graves que el acoso sexual agravado.

Con respecto a los tipos de cohecho de los arts. 419 y 420 CP, también se pueden dar problemas de concursos de leyes respecto de las dos modalidades de solicitud analizadas. Analicemos primero lo relativo a la modalidad de solicitud del art. 443.1 CP. Supongamos que el funcionario o autoridad realiza la solicitud sexual y, a cambio de la aceptación del sujeto pasivo, se compromete a realizar: a) un acto contrario a los deberes inherentes de su cargo o a retrasar o no efectuar los que debiera llevar cabo; o, b) un acto propio de su cargo. En ambos casos se estaría produciendo la venialidad de la función pública, en este caso por favores sexuales, la cual es característica del cohecho (Delgado Gil, 2008), de manera que los hechos podrían subsumirse tanto en el tipo de solicitud del art. 443.1 CP, como en los de cohecho pasivo propio (art. 419 –opción a–), o impropio (art. 420 –opción b–). Si la solicitud sexual se produce sin que existan pretensiones del solicitado o de sus parientes pendientes de resolución por parte del funcionario o acerca de las cuales deba evacuar informe o elevar consulta a su superior, habría que optar por aplicar el tipo de cohecho que correspondiera. En caso contrario, habría que aplicar el delito de solicitud (Núñez Fernández, 2013; SAP Cantabria, Sección 2ª, 14/2003, de 18 de julio; STS 930/1998, de 2 de julio; y, SAP Málaga, Sección 8ª, 556/2011, de 8 de noviembre).

La solución con respecto a la modalidad del art. 443.2 y 3 CP es más compleja. Supongamos que un funcionario de prisiones solicita sexualmente a una persona sujeta a su guarda y, a cambio de la aceptación del sujeto pasivo, se compromete a realizar: a) un acto contrario a los deberes inherentes de su cargo o a retrasar o no efectuar los que debiera llevar cabo; o, b) un acto propio de su cargo. Los hechos podrían subsumirse en tanto en el tipo de solicitud mencionado como en los referidos de cohecho. A falta de un criterio más claro para resolver este concurso, la regla de la alternatividad del art. 8. 4ª CP conduciría a aplicar los tipos de cohecho que tienen previstas penas más graves.

En lo que concierne al concurso de delitos, el de solicitud puede concurrir con otros delitos contra la libertad sexual previstos en el título VIII del libro II. En la práctica ello sucede cuando además de la solicitud sexual, se produce un contacto sexual sin consentimiento entre el funcionario y el sujeto pasivo de la solicitud. En estos casos, el art. 444 CP establece que las penas previstas para los delitos de solicitud «se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos contra la libertad sexual efectivamente cometidos». Esta regla concursal se traduce en la apreciación del concurso real entre el delito de solicitud y el delito contra la libertad sexual que implica el contacto sexual sin consentimiento.

Antes de la reforma de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, este comportamiento podría calificarse como de abuso sexual en los casos en que no mediase violencia ni intimidación para conseguir el contacto sexual (STS 620/2019, de 12 de diciembre –que confirma la SAP Sevilla, Sección 7ª, 1543/2019, de 18 de mayo–; SAP Murcia, Sección 3ª, 664/2016, de 14 de diciembre) y de agresión sexual cuando se hubiesen empleado tales medios comisivos (STS 716/2013, de 1 de octubre –confirma la SAP Cáceres, Sección 2ª, 194/2012, de 25 de mayo–; SAP Madrid, Sección 3ª, 315/2013, de 25 de junio). En la actualidad, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, el contacto sexual sin consentimiento se califica en todo caso como agresión sexual independientemente

de los medios empleados. No obstante, con la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, que mantiene esa denominación de agresión sexual para calificar todo contacto sexual sin consentimiento, las penas a imponer son más graves si concurre violencia o intimidación o el contacto sexual se mantiene con una persona que tenga anulada su voluntad por cualquier causa.

Por otro lado, la solicitud sexual puede concurrir con otros delitos distintos también en régimen de concurso real. En este sentido, es posible que el funcionario lleve a cabo algún tipo de intervención respecto de las pretensiones pendientes de resolución que la persona solicitada tiene ante el mismo, por mucho que ello no sea necesario para consumar el delito de solicitud. Partiendo de la tesis en virtud de la cual tales intervenciones pueden ser tanto lícitas como ilícitas, en este último caso las mismas podrían ser constitutivas de infracciones penales que estarían en relación de concurso real del art. 73 CP con respecto al delito de solicitud. En este sentido, algunos autores (Altés Martí, 1995 y Mir Puig, 2021) ponen el ejemplo del funcionario que además de incurrir en un delito de solicitud dicta una resolución injusta a sabiendas y resulta responsable, en régimen de concurso real, de un delito de solicitud sexual y, además, de otro de prevaricación de los arts. 404 y ss. o de los arts. 446 y ss. CP, según los casos.

En la práctica, se ha condenado por solicitud en concurso real con un delito contra la integridad moral al funcionario de prisiones que además de solicitar sexualmente a una interna, se introdujo en la ducha que estaba siendo utilizada por ella e hizo comentarios sobre sus atributos físicos (STS 620/2019, de 12 de diciembre –que confirma la SAP Sevilla, Sección 7ª, 1543/2019, de 18 de mayo–). También el funcionario de prisiones que solicitó sexualmente a una interna y además reveló a la prensa datos reservados sobre la misma los cuales conocía por razón de su cargo, fue condenado en régimen de concurso real por solicitud y por un delito de revelación de secretos del art. 417 CP (SAP Palma de Mallorca, Sección 1ª, 41/2013, de 18 de abril). Asimismo, la STS 930/1998, de 2 de julio, condenó no solo por solicitud y agresión sexual en régimen de concurso real, sino también por un delito de detención ilegal ya que los funcionarios condujeron a la víctima en un vehículo hasta un lugar apartado y la forzaron a permanecer en el mismo para llevar a cabo sus pretensiones sexuales. Las diferentes vías descritas para apreciar concurso real de delitos y/o concurso de leyes en relación con el delito analizado, dificulta, a mi modo de ver, la posibilidad de apreciar un concurso medial o ideal de delitos en relación con el mismo.

Por último, es preciso hacer una mención sobre la continuidad delictiva con relación al delito de solicitud sexual, ya que la jurisprudencia a este respecto resulta un tanto errática. Como ya se señaló, un número considerable de sentencias aprecian la existencia de un único delito continuado de solicitud cuando el funcionario lleva a cabo de forma reiterada el comportamiento de petición de favores sexuales a distintas personas (ver, entre otras, la SAP Murcia, Sección 3ª, 664/2016, de 14 de diciembre). Otras resoluciones, sin embargo, aprecian en estos casos la existencia de concurso real y condenan por tantos delitos de solicitud como personas que hubieran sido objeto de las peticiones (STS 716/2013, de 1 de octubre). Finalmente, en los casos de solicitud sexual reiterada y prolongada en el tiempo sobre un único sujeto pasivo, hay sentencias que condenan por un delito continuado (SAP Barcelona, Sección 6ª, 92/2023, de 2 de febrero), mientras que otras condenan por apreciar un único delito (STS 354/2019, de 10 de julio). Personalmente y por cuestión de estricta legalidad, no veo razón para aplicar la continuidad delictiva y no el concurso real de delitos cuando no hay identidad de sujeto pasivo respecto de las diferentes infracciones cometidas por el sujeto. Tampoco, y por el mismo motivo, soy partidario de apreciar la existencia de un único delito en los casos en los que la conducta se

reitera y se prolonga en el tiempo respecto de una misma persona. Ante semejante escenario fáctico lo que procede es aplicar el delito continuado como respuesta legalmente adecuada que, además, evita la desproporción punitiva que conllevaría apreciar el concurso real.

Bibliografía

- Alejandro García, J. A. (1994). *El veneno de Dios: la inquisición en Sevilla ante el delito de solicitud en confesión*, Siglo XXI.
- Altés Martí, M. A. (1995). Solicitud sexual. Funcionario público y de prisiones. En V. Latorre Latorre (Coord.), *Mujer y Derecho Penal* (99-111). Tirant lo Blanch.
- Cámara Arroyo, S. (2023). Delitos contra la libertad sexual. En M. D. Serrano Tárraga (Coord.), *Derecho Penal, Parte Especial* (221-304). Tirant lo Blanch.
- Carmona Salgado, C. (1981). *Los delitos de abusos deshonestos*. Bosch Editor.
- Crespo Barquero, P. (2018). Art. 443. En A. del Moral García (Dir.), *Código Penal, Comentarios y jurisprudencia*, Tomo II (538-542). Comares.
- Delgado Gil, A. (2008). El delito de solicitud sexual. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (20), 61-78.
- Díez Ripollés, J. L. (1981). *El derecho penal ante el sexo (Límites, criterios de concreción y contenido del Derecho penal sexual)*. Bosch Editor.
- García Rivas, N. y Tarancón Gómez, P. (2021). Agresión y abusos sexuales. En F. J. Álvarez García (Dir.) y A. Ventura Püschel (Coord.), *Tratado de Derecho Penal español: parte especial (I). Delitos contra las personas* (1117-1204). Tirant lo Blanch.
- Gil Gil, A. (2015). La tipicidad. En A. Gil Gil, A., J. M. Lacruz López, M. Melendo Pardos y J. Núñez Fernández (Eds.), *Curso de Derecho Penal, Parte General* (215-241). Dykinson.
- González Cussac, J. L. (1996). La nueva regulación de los delitos de los funcionarios públicos en el Código penal de 1995: la prevaricación. En J. L. González Cussac, (Dir.), *Los delitos de funcionarios públicos en el Código Penal de 1995* (11-50). Consejo General del Poder Judicial.
- González Rus, J. J. (1982). *La violación en el Código Penal español*. Universidad de Granada.
- Haliczer, S. (1998). *Sexualidad en el confesionario: un sacramento profanado*. Siglo XXI.
- Lacruz López, J. M. (2015). Conceptos básicos del Derecho Penal. En A. Gil Gil, A., J. M. Lacruz López, M. Melendo Pardos y J. Núñez Fernández (Eds.), *Curso de Derecho Penal, Parte General* (16-43). Dykinson.
- Meléndez Sánchez, F. (2023). Delitos contra la Administración Pública. En M. D. Serrano Tárraga (Coord.), *Derecho Penal, Parte Especial* (997-1088). Tirant lo Blanch.
- Mestre Delgado, E. (2021). Delitos contra la Administración Pública. En C. Lamarca Pérez (Dir.), *Delitos: la parte especial del Derecho Penal* (608-670). Dykinson.
- Mir Puig, C. (2000). *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*. Bosch Editor.
- Morales Prats, F. y Rodríguez Puerta, M. J. (2016). Delitos contra la Administración Pública. En G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentarios al Código Penal español*, Tomo II (1265-1464). Thomson Reuters Aranzadi.
- Núñez Fernández, J. (2010). *Regulación histórica de la agresión sexual y sus objetos de protección*. Congreso de los Diputados.
- Núñez Fernández, J. (2013). Solicitud sexual (arts. 443 y 444 CP). En F. J. Álvarez García (Dir.), *Tratado de derecho penal español parte especial. III, Delitos contra las administraciones pública y de justicia* (683-728). Tirant lo Blanch.

- Otero González, P. (2021). Acoso Sexual. En F. J. Álvarez García, F.J. (Dir.), *Tratado de derecho penal español parte especial (I), Delitos contra las personas* (1205-1237). Tirant lo Blanch.
- Pozuelo Pérez, L. (2022). Los centros de internamiento para menores infractores en España. En C. Escalante Barreto (Dir.), *Debates y aportes al sistema integral de derecho penal. Obra homenaje al profesor Jorge Arenas Salazar* (51-80). Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Investigación Socio jurídica Gerardo Molina UNIJUS.
- Vizueta Fernández, J. (2015). Delitos contra la Administración pública, y 2. En J. M. Lacruz López y M. Melendo Pardos (Coords.), *Tutela penal de las administraciones públicas* (259-323). Dykinson.

Bases históricas, influencias culturales y presupuestos hermenéuticos para una traducción al español del Código Penal chino

Historical bases, cultural influences and hermeneutic assumptions for a translation into Spanish of the Chinese Penal Code

Lin Cheung Wan
 Universidad Carlos III de Madrid
lin.cheung.326@gmail.com

Cita recomendada:

Cheung Wan, L. (2024). Bases históricas, influencias culturales y presupuestos hermenéuticos para una traducción al español del Código Penal chino. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 349-384

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8517>

Recibido / received: 19/01/2024
 Aceptado / accepted: 10/03/2024

Consideraciones previas respecto de la traducción del Código Penal chino

De acuerdo con la Real Academia Española, el verbo «traducir» contiene las siguientes definiciones:

(Del lat. *traducĕre*, hacer pasar de un lugar a otro).

1. tr. Expresar en una lengua lo que está escrito o se ha expresado antes en otra.
2. tr. Convertir, mudar, trocar.
3. tr. Explicar, interpretar.

Así, traducir implica, en esencia, interpretar y alterar un enunciado de llegada a uno de partida a través de un proceso de comprensión, desciframiento, contextualización y reverbalización en el que muchas veces se necesita de un intermediario. En consecuencia, no es extraña la desconfianza que puede producir una traducción respecto de su ética, literalidad o fidelidad, postura que se resume bien en la expresión italiana *traduttore, traditore* («traductor, traidor») en referencia a las imprecisiones o errores que se cometen, ineludiblemente, en el trascurso de la traducción. Ahora bien, una buena traducción dista de ser una literal, *palabra por palabra*, de la original, pues de conformidad con Eco (2008, p. 14), «en la traducción no se dice lo mismo, sino *casi* lo



mismo». Y es en este pequeño margen o espacio gris en el que un traductor debe bucear para encontrar el equilibrio entre la fidelidad del texto original y el pragmatismo y adecuación del texto final, debiendo hacer la obra próxima y propia de los receptores meta.

De lo expuesto, a esta autora le gusta concebir la traducción como un supuesto subsumible en la paradoja de Teseo: de la misma manera que en el último se plantea si el barco al que se le reemplazan todas sus tablas sigue siendo el mismo; la obra a la que se le reemplazan todas las palabras que la componen, ¿sigue siendo la misma? Ante este dilema, y a mi humilde juicio, la traducción debe ser concebida como una obra nueva y no un mero producto que ha sufrido una transformación. Ser fiel a una traducción no debería implicar nunca la literalidad, puesto que el significado de cada palabra está vivo, es cambiante y depende del contexto en la que se la acomoda: el texto traducido tiene que ser tan fiel que no se parezca a una traducción al leerlo, ya que la lengua de la que se traduce no se parece a la traducción (Lin Yutang, 1996, p. 385). En nuestro caso, cuando en la lengua española encontramos la popular expresión «me suena a chino», es evidente que la traducción entre estos dos idiomas debe dirigirse a la captación del espíritu de la palabra y no de la forma, pues las disparidades estructurales y lingüísticas entre el chino y cualquier idioma occidental imposibilita toda traducción china mínimamente fiel a la forma del texto original y viceversa. Por consiguiente, las dificultades que se presentan ante la traducción de un idioma idiográfico y aislante como el chino a un idioma alfabético y flexivo como el español (Ramírez Bellerín, 2004, p. 339) deben resolverse necesariamente con la tamización que exige la idiosincrasia de la lengua china y su posterior adaptación al genio del léxico y sintaxis español.

En definitiva, el verdadero logro de cualquier traductor no es más que el de ser, como lo esencial, invisible ante el lector y que este olvide que lo que se encuentra en sus manos es una traducción. Una traducción pobre chirría como un piano desafinado ante el hábil oyente: la palabra rara, el verbo mal conjugado o incluso el descuido en el orden de la oración chocan irremediablemente con la tarea de mediación cultural que también debe realizar el traductor adaptándose a la esencia y particularidad de la lengua del lector al que se dirige. Movidada por esta convicción, esta autora ha intentado crear una obra fiel al espíritu del texto original debiendo recurrir, no obstante, irremediablemente y en numerosas ocasiones, a los pies de páginas para poder ofrecer al lector una visión más rica y próxima al carácter chino original o para introducir contextualizaciones que sin ellas sería imposible entender una obra como es el Código Penal chino.

Finalmente, espero, de todo corazón, que este trabajo no solamente sea de su interés y curiosidad, sino que además no les suene, cuanto menos, a chino.

1. La cultura jurídica china: entre la tradición y la modernidad

1.1. La herencia del Derecho tradicional chino: instituciones informales y continuidad cultural

China, país con una tradición cultural de aproximadamente 5000 años, data la fundación de su primera la dinastía, la Xia (夏朝)¹, alrededor del año 2070 a.C. El poder de la influencia Xia se extendía desde el oeste de la provincia de Henan hasta el sur de la provincia de Shanxia y, bajo su dominio, la sociedad se desarrolló hasta alcanzar un sistema esclavista, del que se cree que surgieron las primeras normas jurídicas consuetudinarias sobre el sistema de esclavitud (Lin, 2016, p. 1). Tras la caída de la

¹ Debe indicarse al lector que de la Dinastía Xia no se han hallado pruebas más allá de las menciones literarias de obras de dinastías posteriores.

dinastía Xia, florecieron, primero la dinastía Shang (商朝) (1600-1046 a.C.) y luego la dinastía Zhou del Oeste (西周朝) (1046-771 a.C.). Seguidamente, se fundó la dinastía de Zhou del Este (东周), diferenciándose de su predecesora por haber trasladado la capital del imperio hacia el este, a Luoyi. En la dinastía de Zhou del Este se diferencian dos periodos determinantes de la historia de China: el «Periodo de las Primaveras y Otoños» (春秋时代) (770-476 a.C.) y el «Periodo de los reinos combatientes» (战国时代) (475-221 a.C.), conocido así porque, tras la caída del poder central, los diferentes reinos lucharon entre sí para consolidar su poder sobre el resto. Son especialmente influyentes estos periodos porque en ellos se criaron los grandes pensadores de la cultura china (entre ellos, con el oportuno desarrollo posterior de su obra, Confucio, Mencio y Shang Yang) y cuyas enseñanzas modelarían gran parte del pensamiento de la civilización y de la forma de Estado de los sucesivos gobiernos futuros. Además, a lo largo de estos dos periodos, el sistema esclavista chino mutó a un sistema de corte feudal que se mantendría hasta entrado el siglo XX.

Ahora bien, respecto del área que nos compete en este trabajo, debemos señalar un hecho crucial que acaeció durante el «Periodo de las Primaveras y Otoños»: el primer registro de Derecho escrito. Gongsun Qiao (公孙侨) o, mejor conocido por «su nombre de cortesía»², Zi Chan (子产) fue, desde el año 544 a.C. hasta su muerte en 522 d.C., Magistrado Jefe del Estado de Zheng (鄭国) y el artífice de la primera reforma legal escrita. Al afirmar que «cuando el pueblo era impedido de conocer la Ley, la clase gobernante estaba facultada a manipularla a su antojo»³, «inscribió las reglas penales en una caldera de bronce instituyéndolas como el Derecho del Estado»⁴ (鼎法) (año 536 a.C.). Para ponerlo en perspectiva, su homólogo en Occidente, la Ley de las XII Tablas, se elaboró en el siglo V a.C., casi un siglo más tarde.

Posteriormente, durante el «Período de los Reinos combatientes», el primer ministro Li Kui (李悝) (455-395 a.C.) del Estado de Wei (魏国) promulgó el *Fa Jing* (法经)⁵, que simbolizó el primer conjunto de normas jurídicas codificadas de la Antigua China y que sirvió como base para los posteriores Códigos de las dinastías Qin y Han. Además, esta primera codificación motivó, posteriormente, a los pensadores Han Feizi y Shang Yang a crear la corriente filosófica legalista. Así, Shan Yang (商鞅) (390-338 a.C.), burócrata del Estado de Qin durante el Periodo de los Reinos Combatientes, abogó por la denuncia y la responsabilidad penal colectiva ante los tribunales, de manera que, por la comisión de una falta de un sujeto, respondería adicionalmente el jefe de familia. Ante la posibilidad que suponía tener que responder por el comportamiento inadecuado de todos los miembros que configuraba un clan, los diferentes cabezas de familia contribuyeron a promover un sistema de «policía» o «justicia» interna, sistema que se vio reforzado con la propuesta de Shang Yang de dividir el reino administrativamente y

² Nombre que se asignaba a un hombre que alcanzaba la mayoría de edad (20 años) en la antigua China.

³ Chu'u (1961, p. 170) hace referencia a la obra de H. Sumner Maine *Ancient Law* (1887, pp. 11-12).

⁴ Fragmento de traducción realizada por Xu Xiaojuan del libro clásico de historia «*Zuo Zhuan*», escrito por Zuo Qiuming durante el Periodo de las Primaveras y Otoños.

⁵ El *Fa Jing* fue una colección de códigos jurídicos de todas las áreas del Derecho pero con especial hincapié en normas de naturaleza penal y que se dividía en las siguientes modalidades: Dao Fa (盗法) o delitos contra el patrimonio público y privado, en especial robo y hurto; Zei fa (贼法) o delitos relativos a la traición o daño a la estabilidad del Estado; Wan fa (网法) o Qiu Fa (囚法) o preceptos referentes al derecho procesal penal, en concreto al procedimiento judicial y el encarcelamiento; Bu fa (捕法) o preceptos referentes al derecho procesal, en concreto al proceso de investigación y detención de presuntos criminales; Za fa (杂法) o Derecho misceláneo (ofensas como la trampa, el juego, la corrupción y el adulterio); Ju fa (具法) o preceptos en referencia al principio de condena y cumplimiento de sentencia.

colocar un funcionario a cargo de cada distrito. Además, Shang Yang abogó por establecer un sistema penal con castigos severos y recompensas generosas para aquellos que se adhirieran a las leyes o reportaran éxitos militares (Sanft, 2014, págs. 174 a 191). Finalmente, Shang Yang también llevó a cabo una reforma política que estableció el principio de igualdad ante la Ley (一民) y la publicidad de esta, no sólo para que fuera conocida entre los súbditos, sino sobre todo para que esta no fuera alterada al arbitrio de las clases altas (定法).

De acuerdo con la historia de Qin, la Escuela de Shang Yang (embrión de la filosofía legalista desarrollada posteriormente por Han Feizi) se convirtió en la corriente principal de pensamiento y de la política de la dinastía Qin (秦朝) (221-206 a.C.) (Liangshu, 1989, pp. 249-255).

Tras la caída de la dinastía Qin (221-206 a.C.), la China unificada por la dinastía Han (汉朝) (206 a.C.-220 d.C.) adoptó gran parte de las normas del Código de su predecesora, pero diferenciándose porque los Han incorporaron a su derecho positivo el Derecho del *Li*. De esta manera, la ética confucionista estuvo presente en la interpretación jurídica, la práctica legal y el espíritu de la legislatura de la antigua China. En consecuencia, introdujeron al derecho positivo la idea de los «Tres Lazos» (三纲), es decir, la obligación natural entre el soberano y súbdito, el amor entre padre e hijo y la armonía entre el esposo y su mujer.

Sin embargo, no es hasta la dinastía Tang (唐朝) (618-907) que se consagra el Código penal más representativo de la familia del Derecho tradicional chino, sirviendo como inspiración para los códigos de lo que conocemos actualmente como Vietnam, Corea o Japón (Feng, 2010, p. 115). La época de la dinastía Tang se considera como un punto culminante de la civilización china y una época dorada de la cultura cosmopolita (Lewis, 2012, p. 1)⁶, por lo que no era de esperar menos de su cultural legal.

Así, en lo que respecta a nuestro interés, el Código Tang fue un código penal que se publicó en el año 653 d.C. y que se consagra como el único texto legal de la China imperial que sobrevive entero a día de hoy. Sirvió de modelo para posteriores dinastías chinas⁷ y la filosofía de sus preceptos sigue influenciando instituciones del Código penal chino en vigor (véase, por ejemplo, la atenuante por confesión del actual artículo 67; Johnson, 1995, p. 217).

El Código Tang, en su forma inicial, contenía 502 artículos (que aumentaron a 653 en su última versión) y estos se dividían a su vez en dos partes: una parte inicial donde se presentaban los principios generales del Derecho penal (parte general) y una segunda parte donde se recogían los delitos y la pena aparejada (parte especial). El Código Tang era un texto legal que pretendía ser fácilmente comprensible, donde sus preceptos se acompañaban de comentarios y subcomentarios explicando y mostrando la correcta interpretación de la voluntad del legislador. A su vez, los comentarios se consideraban como partes integrantes del Código, por lo que tenían fuerza vinculante.

Por su parte, los delitos del Código Tang se dividían en tres categorías: las Diez abominaciones (十惡), delitos considerados como «ofensas mayores» (penados con servidumbre, exilio o muerte) y delitos penados con castigo corporal. Merece especial

⁶ Otros historiadores que comparten esta opinión son Ho, Buckley Ebrey y Twichett.

⁷ De acuerdo con Ho (2015, p. 147), el Código penal de la Dinastía Song se inspiró en su práctica totalidad del mismo contenido del Código Tang. Por su parte, el cuerpo del código de la Dinastía Qing (1644-1911) consistía en un 30-40% aproximado de artículos idénticos («copiados y pegados») del Código Tang.

atención el apartado de las Diez abominaciones por ser la tipificación de estas conductas una institucionalización de los elementos que formaban las raíces históricas de la organización social china. Así, las Diez abominaciones eran delitos que merecían una sección propia porque su comisión ponía en tela de juicio los cimientos del imperio, dañaba la moral y destruía el *Li* (Zhangsun, 2012, pp. 1-6):

a) Rebelión (謀反): No solamente se penaba la rebelión, sino además los actos preparatorios que pudieran llevarla a cabo (incluso, de acuerdo con diferentes interpretaciones, la mera intención o «pensamiento» debían ser condenados). Si bien en el precepto habla de «rebelión para derrocar el régimen actual», el comentario que acompañaba el precepto indicaba que, si un sujeto tenía intención de rebelarse contra el gobernante o su padre, ambos podían matarlo legítimamente.

b) Sedición (謀大逆): Por sedición se entendía tanto el ánimo como la preparación o el resultado material de dañar o destruir templos reales, túmulos o palacios. Esto era así porque el sujeto que realizaba los actos mencionados no sólo atentaba contra la autoridad, sino que además «irrumpía» el orden social e iba en contra de la virtud confuciana, cuyo fin último es la armonía.

c) Traición (謀叛): Incluía, principalmente, cambiarse y servir a un bando enemigo o revelar secretos nacionales a los mismos.

d) Gran irreverencia (大不敬): Muestras de falta de respeto hacia el Emperador o a su familia.

e) Parricidio (惡逆): Abarcaba tanto la lesión como la causación de la muerte de los propios padres o abuelos o de los miembros mayores de la familia del marido.

f) Falta de piedad filial (不孝): Maltrato a los propios padres o abuelos o no mostrar el tiempo de luto debido tras su muerte.

g) Discordia (不睦): Lesionar o denunciar al propio marido o a los familiares mayores de este.

h) Incesto (內亂): Relaciones sexuales con la mujer o concubinas del padre, abuelo o con mujeres «pertenecientes» a otros miembros masculinos de la misma familia.

i) Injusticia (不義): Asesinar a un superior, mentor u oficial del gobierno local.

j) Depravación (不道): Asesinar a tres o más personas inocentes, destripar un cadáver, realización de ritos malignos o maldecir a alguien, etc.

A su vez, el Código Tang reconocía 5 tipos de penas:

1. Castigo corporal con palo ligero (笞): los golpes debían distribuirse equitativamente en los muslos y trasero del condenado.

2. Castigo corporal con palo pesado (杖): los golpes debían distribuirse equitativamente en la espalda, muslos y trasero del condenado.

3. Servidumbre penal o trabajos forzados (徒).

4. Exilio vitalicio (流).

5. Muerte (死).

Por norma general, los castigos eran administrados públicamente como método disuasorio contra potenciales criminales. Las penas leves, véase, los castigos corporales, podían ser aplicadas por el mismo magistrado que había enjuiciado el caso, pero las penas graves, es decir, la servidumbre penal, el exilio y la pena de muerte, debían ser aprobados por órganos superiores. Especialmente, en casos de condena de muerte, debía ser el propio emperador quien las aprobara y antes de la ejecución el magistrado u oficial encargado del caso debía informar de la sentencia a la familia del condenado. El condenado podía presentar excusas rebatiendo el argumento por el que se le condenaba y pedir la revocación de la sentencia, peticiones que el magistrado debía escuchar bajo

pena de ser reprendido con castigo corporal si no seguía el procedimiento establecido. Además, cabe destacar que, por disposición del propio Código Tang, los magistrados también eran responsables en los supuestos en los que condenaban, dolosa o negligentemente, de forma equivocada a un sujeto.

No obstante, y sin perjuicio del papel pionero que desarrolló el Código Tang, varios historiadores han defendido que las disposiciones contenidas en este eran meramente un modelo o guía, pues no resultaban de aplicación directa (Escarra, Masao, Van der Valk). Inconsistencias en la aplicación y ejecución de sus preceptos se debían, en gran medida, a la diversidad de órganos de enjuiciamiento y ejecución de la corte de la Dinastía Tang, lo que no era sorprendente habida cuenta del tamaño del Estado. Resulta ilustrativo el caso de Lian Yue⁸. Con fecha del año 811 d.C., el caso de Lian Yue se caracteriza por la complejidad en la deliberación, al punto de que el propio emperador Xianzong (唐宪宗) (reinó durante los años 805-820) ordenó que los oficiales y consejeros de la corte imperial reportaran sus opiniones y recomendaciones para resolver el caso. Se recogen documentalmente en el libro de la nueva dinastía Tang o *Xin Tang shu* (新唐书) los siguientes hechos⁹:

Había un hombre llamado Lian Yue (梁悦) de Fu Ping (富平). El padre de Lian Yue fue asesinado por Qin Guo (秦果), quien fue en consecuencia asesinado por Lian Yue por venganza. Seguidamente, Lian Yue fue al magistrado del distrito y se entregó. La corte imperial decretó que «de acuerdo con el Libro de los Ritos, el hijo y la persona que asesinó a su padre no pueden coexistir debajo del mismo Cielo. Ahora bien, la Ley establece que aquel que mate a otra deberá ser sentenciado a pena de muerte. El *Li* y la Ley son las bases fundamentales de las órdenes y enseñanzas del emperador. Este caso deberá presentarse ante el Departamento de Asunto Estatales para su debida discusión».

Han Yu (韩愈) (768-824), uno de los eruditos llamados a dar su opinión sobre el caso y considerado actualmente uno de los escritores más importantes de la historia de China, profirió el consejo siguiente:

En las Analectas, el Libro de los Ritos y los Ritos de Zhou, todos textos filosóficos clásicos, podemos encontrar innumerables referencias de hijos vengando a sus padres. Ninguno de estos hijos recibió censura y ninguno de estos fue condenado a pena de muerte [...] nuestras leyes tampoco contemplan el supuesto de asesinato por venganza, no por laguna u omisión deliberada durante su redacción, sino porque prohibir matar el asesino de un padre sería herir el corazón de un hijo piadoso. Pero si asesinar para vengar la muerte de un padre estuviera permitido, entonces la gente tendría permiso para asesinar a otros con la aprobación y basándose en la Ley. Por ello, la Ley no prohibiría el asesinato [...] De acuerdo con Gongyang Gao (公羊高) «cuando un padre no debiera haber sido ejecutado, pero sin embargo sea ejecutado, el hijo puede vengarlo» refiriéndose a los supuestos en los que se asesina para cobrar venganza contra gente común [...] matar por venganza (contra oficiales o superiores) no puede permitirse ni animarse.

En definitiva, Han Yu argumentó que, en los supuestos en los que las partes fuesen plebe, de acuerdo con el Libro de Ritos de Zhou, los hijos podían vengar a sus padres si estos hubieran sido asesinados sin razón justificada, pero los hijos no podrían llevar a cabo sus intenciones si su padre fue ejecutado por justa causa. Sin embargo, cuando el padre hubiese sido ejecutado por un oficial u autoridad, no podrá justificarse el asesinato de un funcionario como venganza a la muerte del progenitor (Ho, 2015, p. 163).

⁸ Para un estudio más exhaustivo y detallado del caso puede el lector recurrir a la obra de Norman P. Ho (2015, pp. 161-173).

⁹ La traducción, una vez más, es propia, por lo que se advierte nuevamente al lector de las posibles variaciones existentes en otras traducciones por otros autores.

Han Yu defendió que lo importante no era tipificar una conducta en especial, sino flexibilizar las disposiciones existentes: puesto que ningún supuesto era idéntico a otro, era necesario considerar cada caso con sus matices antes de motivar una condena. En este caso, la corte imperial condenó a Liang Yue a exiliarse puesto que, no solamente buscaba vengar a su padre, sino que se entregó a las autoridades. Así, puede verse en este ejemplo cómo se integra la filosofía del confucianismo en la interpretación y la aplicación de la Ley positiva.

Finalmente, indicar que otra hazaña importante del Código de Tang fue que este representó una síntesis final de los ideales legalistas y confucianos que, si bien de manera lenta pero constante, ya había comenzado muchos siglos atrás en la dinastía Han. El Código Tang resulta imprescindible para entender la historia del Derecho chino, porque fue una institución capaz de articular un marco jurídico estable, por medio del cual el emperador y sus funcionarios pudieron gobernar el país durante más de mil doscientos años de forma eficiente (Huang, 1996, p. 231). En la mente de la élite gobernante del Estado de Tang quedaba clara la legitimidad para hacer uso del Derecho y asegurar que todo el pueblo chino cumpliera con las normas morales del confucianismo. Así, aunque la virtud y el rito fueron la base de la enseñanza oficial, la coerción fue una parte esencial de la pedagogía jurídica imperial (González Ichaurreaga, 2015, p. 53).

1.2. El derecho durante la primera república (1911-1949)

Si bien oficialmente la caída de la dinastía Qing (大清朝) (1644-1912) se atribuye a la llamada Revolución de Xinhai en el año 1911, era innegable que su poder e influencia ya había empezado a caer gradualmente desde las últimas décadas del siglo XIX. Aunque el sistema tradicional jurídico chino mantuvo sus características únicas hasta el final de la dinastía Qing, los crecientes conflictos internos y la humillación militar ante potencias extranjeras obligaron a los Qing a trasplantar el modelo de Derecho continental japonés, además de introducir instituciones jurídicas de influencia francesa y alemana, con la esperanza de mejorar su capacidad de competir con los países occidentales.

Ahora bien, a pesar de la innovación y la buena voluntad en las reformas para aferrarse al poder, el problema de la introducción de instituciones extranjeras residía en que, a los ojos de los dirigentes chinos, las normas de Derecho internacional representaban la restricción de la soberanía del Estado chino y una humillación nacional¹⁰. Por consiguiente, la introducción de Derecho extranjero en China se interpretó como parte de la ciencia militar extranjera y como un instrumento con el propósito de controlar el comercio con China. Además, a partir de la primera guerra del opio China fue gradualmente reducida a una nación semicolonial y semi-feudal y, tras la derrota en la primera guerra sino-japonesa, el descontento creciente provocó el aumento del número de seguidores del movimiento republicano de Sun Yat-sen (孙逸仙) (1866-1925).

Finalmente, el último emperador, Puyi (溥仪) (1906-1967), abdicó de forma definitiva en 1912.

Los cambios institucionales, socioeconómicos y culturales que se llevaron a cabo a partir de ese momento fueron, cuanto menos, ambiciosos y profundos. La instauración de la Primera República china fue precedida y acompañada de un intenso debate cultural conocido como «el movimiento de la nueva cultura», que culminó con protestas estudiantiles el 4 de mayo de 1919. Estas protestas abogaban por la abolición de la

¹⁰ Años más tarde, los dirigentes maoístas utilizarían estos tratados desiguales como argumento para denotar para calificar el periodo de tiempo entre 1850 y 1950 como los 100 años de humillaciones (se entiende que la humillación internacional a China acabó en 1949 con la llegada de los comunistas al poder).

herencia cultural milenaria china y la supresión de los valores confucianos para permitir la constitución de una sociedad revolucionaria fundada sobre la ciencia y la democracia, pilares esenciales para garantizar la modernización y la occidentalización del país¹¹.

Ahora bien, el principal problema al que se enfrentaron los líderes nacionalistas durante el levantamiento de la nueva China fue mantener el equilibrio entre la introducción de ideales e instituciones occidentales (tales como la democracia, los derechos inherentes a la persona o el Estado de Derecho) y las características culturales e históricas de la sociedad China, constituida sobre un sistema de valores y obligaciones morales¹². En palabras de Lin Yutang (1936, p. 196), «la concepción china del gobierno [...] es la de un “gobierno parental” [...] que debe velar por el interés de los súbditos como lo haría un padre por sus hijos», por lo que la concepción de un gobierno representativo de la voluntad popular era un concepto extraño e incluso inconcebible para la mayoría de los chinos, que habían adquirido por primera vez en la historia la condición de ciudadanos. Un modelo integrador de estos dos mundos fue la que ofreció Zhang Zhidong bajo el lema de «aprender de China para la sustancia, aprender de Occidente para el funcionamiento» (Smith, 1983, p. 282). Zhang Zhidong propuso que las ideas e instituciones occidentales debían adaptarse a las normas tradicionales chinas de manera que, si bien en el exterior se copiaba su funcionamiento, los valores de las mismas debían de integrarse y compaginarse con «la inmutable esencia de la cultura china y el confucianismo» (Chen, 2007, p. 205).

A nivel jurídico y político, uno de los hitos más importantes del Gobierno nacionalista fue la formulación de la primera Constitución, si bien provisional, de la historia de China en 1931. Más tarde, entre 1933 y 1935 se reunió en Nanking un grupo de juristas con el objeto de redactar una Constitución permanente para la República de China. La Constitución fue aprobada por el poder legislativo el 1 de mayo de 1936 y promulgada el 5 de mayo, aunque quedó pendiente de aprobación por el Congreso Popular, que tenía programada su celebración el 12 de noviembre del mismo año. A destacar, el artículo primero de la Constitución, que declaraba a China como una República bajo los principios expresados por Sun Yat-sen, de «nacionalidad», «democracia» y «seguridad».

Respecto al ámbito penal, ya se había redactado un nuevo Código penal provisional en 1911 (antes de la caída formal de los Qing) inspirado, en gran medida, en el Código japonés que, a su vez, había seguido al alemán. El Código penal provisional de 1911 supuso un cambio integral respecto del régimen anterior al introducir en sus preceptos el principio de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*¹³ y la abolición del sistema de penas desproporcionadas, además de delimitar a la asfixia como la única modalidad de ejecución de la pena de muerte. También introdujo la posibilidad de cumplir la condena en centros de reeducación en el caso de criminales jóvenes o de suspender la sentencia por discreción judicial.

No obstante, los líderes de la nueva China no estaban satisfechos con el texto y en 1933 una nueva comisión fue nombrada para realizar una revisión del Código penal. Tras las pertinentes discusiones preliminares, la comisión procedió a redactar un nuevo código provisional que en 1934 fue sometido a valoración y comentario de otros expertos penalistas. Finalmente, el tercer borrador fue promulgado el uno de enero de 1935,

¹¹ Para más información sobre las nuevas reformas en la China republicana, acúdase a la obra de Williams (1920).

¹² De manera acertada, Moccia (2015, p. 46) explica que los valores confucianos se encuentran tan arraigados en la identidad china que, incluso hoy en día, son unos de los mayores obstáculos a la hora de introducir y adoptar ideas e instituciones modernizadoras u occidentales.

¹³ En el antiguo Derecho penal imperial se contemplaba la aplicación por analogía (véase, el artículo 50 del Código penal de la dinastía de Tang).

aunque no fue efectivo hasta el 1 de julio de aquel año. Este Código penal de 1935 de la República de China, de acuerdo con el profesor Sheng (1935, p. 139), consagró la necesidad de apreciar *mens rea* o dolo para determinar la punibilidad de una conducta. Así, delitos como el homicidio o la provocación de incendio sólo podrían ser condenados cuando el sujeto hubiera actuado con dolo o negligencia (si bien ordinaria) o bien cuando se tipificasen específicamente las modalidades negligentes o imprudentes de un delito. En cuanto a las penas aplicables¹⁴, los castigos corporales fueron eliminados y se conservó la pena de muerte y la servidumbre penal, además de introducirse las penas accesorias de multa y de privación o pérdida de derechos civiles¹⁵. Por su parte, el artículo 18 de este Código contemplaba la inimputabilidad de los menores de 14 años y, en los casos en los que delincente tuviera entre 14 y 18 años, se le concedería una rebaja de la sentencia. En estos supuestos, además de aquellos que involucraran sujetos con alteraciones psíquicas o drogodependientes, podían ser condenados a cumplir su sentencia en instituciones habilitadas de acuerdo con sus características por un periodo de no más de tres años. Cabe destacar también la introducción del *habeas corpus* con el Nuevo Reglamento para la Administración de Justicia de 1907, aunque este no entró en vigor hasta 1935.

En todo caso, el periodo de la primera República china fue, además de corto, tumultuoso. La ambición de las reformas chocó con un sistema ancestral arraigado en la sociedad y en la cultura china que, además de la instauración de instituciones nuevas y vacías por falta de funcionarios preparados, implicó también una limpieza exhaustiva de los viejos jueces colaboradores con la monarquía y con las fuerzas japonesas (Yu, 1948, pp. 363-374). La propia naturaleza de la reforma integral del Estado impulsada por Sun Yat-sen acabó tornándose draconiana al fomentar la construcción de una China unificada a través de la aplicación de medidas autoritarias de «medios de vida populares», generalizando la propiedad de la tierra y controlando el flujo del capital. De esta manera, explicó que:

Ya sabemos cómo usar la democracia, cómo cambiar la actitud del pueblo hacia el Gobierno, pero todavía la mayoría de la gente no tiene visión. Nosotros, los que tenemos visión, debemos conducir y guiar al pueblo para que no caiga en las confusiones a las que inducen las democracias occidentales (Sun, 1952)¹⁶.

Adicionalmente, la ocupación extranjera en el territorio chino implicó la construcción de sistemas independientes de extraterritorialidad con sus propias normas y órganos, añadiéndose la creciente influencia del partido comunista y de la aplicación de su propio derecho de inspiración soviética en las zonas que los comunistas controlaban.

La invasión japonesa de 1937 y la Segunda Guerra Mundial paralizaron todo tipo de actividad legislativa y, tras la finalización de esta y el consiguiente estallido de la Guerra civil china, el gobierno nacionalista tuvo que atender sectores más apremiantes como la gestión y el abastecimiento de alimentos, ropa, vivienda, munición, etc. por lo que la aplicación e influencia del Código penal de 1935 fue irrisoria.

1.3. El derecho durante la china maoísta (1949-1978)

Tal y como se ha mencionado en el anterior apartado y como González Ichaurreaga indica

¹⁴ Recordemos que el Derecho penal de la China imperial contemplaba, con carácter general, castigos contra la integridad física de la persona, mientras que la pena de prisión u otra restrictiva de libertad era usada exclusivamente de manera preventiva para los investigados antes de la celebración del juicio (Ho Tung, 1926, p. 12).

¹⁵ Téngase en cuenta que en la China imperial esta pena no podía considerarse porque para poder perder o ser privado de los derechos civiles primero se debían tenerlos, siendo por consiguiente derechos propios de sujetos con estatus de ciudadano, pero no inimaginables para un súbdito.

¹⁶ La traducción es de González Ichaurreaga (2015, p. 144).

acertadamente, la historia jurídica de la República Popular China no comenzó el 1 de octubre de 1949 con la instauración formal del nuevo régimen. Recordemos que el sistema jurídico de la China Popular contó con pequeños «laboratorios de ensayo» en los territorios que los comunistas iban ocupando progresivamente y en los que implementaban su propio sistema de reglas de inspiración soviética, al margen de Derecho estatal impuesto por el gobierno nacionalista. Los comunistas constituyeron tribunales revolucionarios en los que el trabajo judicial y la calidad de la motivación de los pronunciamientos eran de escaso (por no decir nulo) valor jurídico, pero sirvieron como herramientas de alto valor simbólico y propagandístico, haciendo creer a los campesinos que ellos eran los verdaderos líderes de la revolución. Sin embargo, la influencia del bloque comunista no se institucionalizó hasta la creación de un gobierno soviético en los condados de Haifeng y Lufeng y posteriormente con la instauración del período de la «República Soviética de China» (1931-1934) en la provincia de Jiangxi. Fue también en este periodo que el Partido Comunista chino promovió y publicó en 1931 el primer documento constitucional de la República Soviética china, en el que se establecía el sistema estatal (a saber, la dictadura democrática de los trabajadores y los campesinos) y se fijaba la estructura organizativa básica en las áreas controladas.

Ahora bien, como también se ha mencionado en el anterior apartado, los primeros años del régimen comunista estuvieron marcados por las mismas dificultades a las que tuvo que enfrentarse el Kuomintang. Si bien el Estado chino se encontraba dividido en diferentes bloques ideológicos de influencia, la invasión japonesa de 1937 obligó a la formación del «Segundo Frente Unido» del Partido Comunista chino y del Kuomintang. Con la posterior expulsión de las tropas japonesas, decayó el pacto de no agresión entre ambos bandos y se inició una cruenta guerra civil que finalizó con la victoria comunista. A partir de entonces, podemos hablar de cuatro periodos:

1.3.1. Primer modelo jurídico maoísta: «línea de masas» (1949-1953)

La proclamación de la República Popular China no solo quedó confirmada con la derrota del Gobierno del Kuomintang y la huida de estos a Taiwán, sino también porque los comunistas llevaron a cabo el desmantelamiento del sistema jurídico nacionalista y la abolición de todos los códigos que habían sido promulgados en la época republicana¹⁷. Ahora bien, la política *tabula rasa* impuesta contra el sistema jurídico anterior dio paso a un vacío absoluto que intentó ser suplido con una amalgama de directrices, políticas o leyes urgentes que en última instancia sólo tenían como objeto la rápida transformación política del territorio y la consolidación del Partido Comunista, pero no estableció ningún cuerpo sistematizado de leyes. Ante «la nada» legal, la mayoría de las penas fueron ejecutadas fuera de todo proceso formal o de institución reconocida, normalmente en tribunales populares *ad hoc*, donde los «enemigos de las masas» fueron ejecutados u enviados a realizar por periodos indeterminados trabajos forzados. El ejército, la policía y las cortes, formales e informales, implementaban a su libre arbitrio las directivas de Mao (Mao, 1927, p. 27):

(Una) revolución no es lo mismo que invitar a cenar, o pintar un cuadro, o hacer un trabajo de costura elegante; no puede ser nada tan refinado, calmado y amable, o tan leve, cortés, restringido y magnánimo. Una revolución es un levantamiento, un acto de violencia donde una clase derroca a otra.

En definitiva, el Derecho penal (o más bien la ausencia absoluta de este) sirvió como arma idónea para crear un ambiente generalizado de terror al ser utilizada para eliminar todas las fuentes de oposición política y de elementos que, si bien apolíticos,

¹⁷ Mao, el 14 de enero de 1949 (Chen, 2007, p. 44), ordenó simultáneamente la Abolición de los seis Códigos del Kuomintang y Definición de los Principios jurídicos para las «zonas liberadas» (Leng, 1977, pp. 356-373).

eran considerados como contrarios al recién asentado sistema socialista. La institución de la «línea de masas del Partido» nació con la idea de ser un movimiento de represión frente a toda actividad contrarrevolucionaria y se impuso, a través de campañas masivas de propaganda, como un cometido que debía llevarse a cabo en todo el territorio, fomentando una lucha tan encarnizada como engorrosa.

1.3.2. Modelo de burocracia jurídica popular (1953-1957)

La segunda etapa inicia con el primer Plan Quinquenal de 1953 pues, habiendo decidido adoptar el modelo jurídico soviético, los líderes comunistas chinos decidieron también inspirarse en su sistema económico. A partir de 1953, las principales tareas del aparato jurídico fueron las de preservar el orden público y mantener un entorno social pacífico para el desarrollo económico, además de proteger aquellos «intereses colectivos de las personas» definidos por el Partido. Por su parte, a finales de 1954 se promulgó una Constitución donde se consagraron los derechos a la igualdad ante la ley, la defensa jurídica, la protección contra la detención arbitraria y la independencia, si bien en la práctica fueron de escaso valor vinculante. La Constitución, junto con una serie de leyes sectoriales, dibujaron las líneas de un tímido sistema de administración de justicia conocido como el modelo de burocracia jurídica popular, caracterizado por ser un instrumento al servicio de la dictadura del proletariado en China.

Respecto al ámbito penal, se llevaron a cabo diversas reuniones para redactar un proyecto de Código penal que pudiera proveer una guía a las diferentes administraciones de justicia y al público. Lamentablemente, los modestos esfuerzos por construir un modelo de sistema jurídico no tuvieron más que un éxito parcial. El Gobierno chino fue incapaz de cimentar el nuevo régimen legal, sobre todo, debido a la grave escasez de personal competente para cubrir las vacantes, lo cual venía a demostrar que la construcción de un sistema jurídico no se puede improvisar (González Ichaurreaga, 2015, pp. 150-157). Incluso, en el apogeo del movimiento de las Cien flores (1956-1957), Mao llegó a invitar a los intelectuales a ayudarlo a «rectificar» el Partido, recibiendo sin embargo duras críticas de su régimen. En palabras de Chi Ch'ing-Yi (1960, p. 115), incluso el proyecto de Código penal que quería promulgar Mao era, cuanto menos, «escuchar pasos bajando las escaleras sin ver a nadie bajando».

Tras un breve periodo de inacción frente estas demandas y críticas, la respuesta del Partido fue iniciar una brutal campaña «antiderechista», que arremetió contra las críticas tanto externas como internas dentro del Partido.

1.3.3. El trabajo de campo como modelo jurídico (1958-1965)

Una vez reprimido el movimiento de las Cien Flores, los líderes del Partido reforzaron la idea de que el sistema legal soviético no era aplicable al modelo chino y censuraron a todos los cuadros que promovieron las reformas de los años anteriores. Muchos miembros dentro y fuera del Partido fueron etiquetados de derechistas y removidos de sus puestos (especialmente aquellos pertenecientes al ámbito judicial) por haber sido «indulgentes» con criminales.

El modelo soviético de la República Popular china sería eliminado y en su lugar se implantó un modelo de desarrollo autárquico (el Gran Salto Adelante), instando a las masas a movilizarse y el Partido Comunista asumió, de nuevo, el mando en todos los ámbitos sociales de China, incluido el legal. Así, durante el Gran Salto Adelante, los diferentes órganos de la administración de justicia fueron llamados a dar su propio «salto adelante» y llevaron a cabo una despiadada campaña de persecuciones, detenciones y condenas. Los funcionarios de esas mismas instituciones fueron forzados a «dejar las oficinas» para el ejercicio de sus funciones. Cada vez que se recibía una denuncia, varios

policías, un procurador y el juez debían abandonar su trabajo para desplazarse a la localidad donde hubiera ocurrido el crimen, para investigarlo y enjuiciarlo. Además, el Gran Salto Adelante también exigió la plena integración de la aplicación de la Ley con el trabajo productivo, de manera que tanto los cuadros policiales como los magistrados, los abogados y los fiscales, debían vivir, comer y trabajar con las masas para ser una parte activa y directa de la producción económica del país.

El impacto en el terreno jurídico fue decisivo, ya que lo que pretendía ser un modelo legal profesionalizado se volvería un modelo jurídico de masas, ya experimentado sin éxito durante los primeros años del maoísmo (Leng, 1977, pp. 356-373). La tendencia fue iniciada a finales de 1957 y continuó hasta 1958, cuando se constató la decadencia del poder judicial y de la fiscalía y se confirmó la creciente importancia de los Comités del Partido Comunista de los órganos de Seguridad pública y de todos los ámbitos referentes a la aplicación de la Ley (González Ichaurreaga, 2015, p. 159).

Después de la catástrofe del Gran Salto Adelante, a partir de 1961 llegó una política de reajuste y fortalecimiento de la economía, que abogaba por un control más realista de la economía china. Esto quería decir que el Partido consideraba necesario un Derecho concreto, estable, predecible, que garantizase un orden social sólido. En estas circunstancias es cuando Mao llegó a decir en 1962 que el Derecho era necesario y que China debía contar no solo con un Código Penal, sino también con un Código civil (Gu, 1989, p. 102).

1.3.4. La revolución cultural (1966-1976)

Si bien el periodo de la revolución cultural se comprende formalmente entre 1966 a 1976, sus momentos más duros ocurrieron entre 1966 y 1969. Mao llamó a la destrucción del aparato compuesto por las instituciones de Seguridad Pública, la Fiscalía y los órganos judiciales, pidiendo públicamente la destrucción del Derecho burgués y la necesaria purga de cuadros dirigentes relacionados con el Derecho (Leng, 1977, pp. 356-373). En consecuencia, el tímido sistema jurídico construido hasta entonces fue completamente destruido y los pronunciamientos personales, la política del Partido Comunista y el terror rojo reemplazaron el Derecho.

Además, en 1966 la parte más radical del Partido Comunista había pedido que se eliminasen de la formación política y jurídica los elementos burgueses, efecto para el que se creó la Guardia Roja. Esto provocó una descomposición de la Administración del Estado en todos los frentes e imposibilitó, por ejemplo, que una generación entera tuviese acceso a la educación superior, puesto que las Universidades habían ido cerrando sus puertas desde finales de 1965 y no volverían a abrirlas con cierta normalidad hasta 1970. Durante el periodo de la Revolución cultural, la actividad jurídica en China cayó en el olvido, las publicaciones legales desaparecieron y las numerosas revistas periódicas y los textos jurídicos impresos con anterioridad a la Revolución quedaron fuera del alcance de los profesionales.

Solo a partir de 1975, con la promulgación de la nueva Constitución de la República Popular China, el país comenzó una tímida apertura al mundo (González Ichaurreaga, 2015, p. 167). La nueva Constitución contenía disposiciones que facilitaban la disciplina puramente jurídica y que marcaban ya una clara tendencia del Derecho a servir como instrumentos para un desarrollo económico ordenado.

En definitiva, si bien con sus diferentes matices en los diferentes periodos expuestos, el fundamento del Derecho penal durante la era maoísta era definido de la siguiente manera (Chung Hua et al., 1962, pp. 17-18):

El Derecho penal [...] sirve a la construcción socialista y al interés del vasto pueblo trabajador. Suprime las actividades reaccionarias, castiga a los criminales, protege a la gente y los bienes [...] Entiende como delito todo comportamiento que ponga en peligro el sistema democrático popular y el orden socialista y utiliza métodos penales coercitivos para castigarlos».

Con la misma motivación, el artículo 3 de la Ley Orgánica de Tribunales populares de 1954 establecía que:

El cometido de los tribunales populares es enjuiciar casos penales y, a través del procedimiento judicial, castigar a criminales [...] con el objeto de salvaguardar el sistema democrático del pueblo, mantener el orden público, proteger la propiedad pública [...] y garantizar la implementación exitosa de la construcción socialista y de la transformación socialista del país.

En palabras propias de Mao, la naturaleza del Derecho penal de la República Popular de China era «una combinación de supresión y de educación» y «una combinación de severidad y benevolencia» (Lin, 1964, p. 90). La primera característica se refiere al objeto de la pena, mientras que la segunda característica sustenta la forma de ejecución de la pena una vez determinada la condición del procesado como «enemigo» o como integrante «del pueblo». La distinción, de acuerdo con su discurso, no estaba sujeta a la pertenencia del sujeto a una clase social determinada o a una condición personal concreta, pues el mismo individuo podía ser considerado un miembro del pueblo en una ocasión, pero ser catalogado como «enemigo» en otra. La clave de dicha distinción residía, esencialmente, en el delito cometido. Así, generalmente, aquellos que hubieran cometido actividades (consideradas) contrarrevolucionarias, asesinato, incendio, violación, corrupción o crímenes socioeconómicos graves, eran considerados «enemigos» porque dichos delitos violaban gravemente y ponían en peligro el orden político y social del régimen. Por su parte, los delitos leves, delitos negligentes o «accidentes» (es decir, imprudentes), eran considerados como «contradicciones entre las masas». Las medidas draconianas y las penas severas debían ser aplicadas a los «enemigos» sin ningún tipo de lenidad con el objeto de proteger la causa socialista, mientras que en los delitos fruto de las «contradicciones entre las masas», las penas no debían ser directamente ejecutivas como regla general, pues se recomendaba a las autoridades que primero se intentara educar al sujeto y que este se comprometiera a no repetir la conducta para preservar «la solidaridad entre el pueblo».

Sin embargo, si bien Mao estableció que la condición del sujeto debía dilucidarse a través de la naturaleza del delito cometido, en la práctica rara vez era así. Ante supuestos idénticos de hecho, la gravedad del delito cometido se graduaba en razón de las características o circunstancias personales del investigado, asentándose una verdadera política de Derecho penal de autor. Véase en el siguiente caso un ejemplo ilustrativo (Cohen, 1966, pp. 497-498):

A es sorprendido mientras estaba hurtando una pequeña cantidad de arroz del almacén del gobierno local. Es perseguido y entregado a la estación de policía del vecindario. El jefe de policía interroga de manera informal a A, a un par de testigos y al agente que le aprehendió. Llega a la «inequívoca» conclusión de que A intentó hurtar por hambre y que, además, A no había actuado nunca en contra de la Ley y se mostraba realmente arrepentido de su conducta. El jefe decide amonestarlo de manera severa y dejarlo en libertad con la condición de que A escribiera y publicara a la vista de todos que «garantizaba» no volver a cometer la ofensa y de someterse a un examen oral ante su comunidad de vecinos. Si bien el artículo 11 del Acta de Castigos de la Administración de Seguridad permite la imposición de una pena de multa y de detención de hasta 10 días [...] el jefe de policía estima que la pena es demasiado dura, pues A es parte del proletariado y su conducta es considerada como «una contradicción entre el pueblo» y, por ende, inocua. Ahora bien, si A hubiera sido de origen burgués y hubiera cometido

la misma conducta en las mismas circunstancias, la ofensa se consideraría como un «acto de dictadura» y se clasificaría como «una contradicción entre el enemigo y el pueblo». Se sometería a responsabilidad penal.

En consecuencia, los «enemigos» del pueblo no eran aquellos que la Ley señalara como tal ni adquirirían esa condición necesariamente por el delito que hubieran cometido, sino que eran las autoridades competentes las que tenían la autorización de determinar en cada caso concreto si el sujeto que había cometido el delito y si era o no un «enemigo del pueblo».

Ante la falta de normas escritas y directivas homogéneas, la doctrina oficial dictó que, ante las posibles lagunas, «las resoluciones, decisiones, órdenes, instrucciones y políticas relevantes del Partido y del gobierno, deberán ser tenidas en consideración (por los ciudadanos) determinar si se ha cometido o no un delito» (Cohen, 1966, p. 493). Ahora bien, respecto a dichos delitos, qué penas llevaban aparejadas o cómo debían ejecutarse, todo quedaba al absoluto arbitrio de las administraciones con potestad sancionadora.

Las nuevas políticas respecto del Derecho penal eran comunicadas a través de reuniones de pequeños grupos a las que todos debían asistir, bien en el centro de trabajo o la zona residencial. Periódicos, editoriales, pósteres, programas de radio, grandes mítines, etc. eran otros medios por los que el Partido hacía llegar a las masas «normas oficiales» no escritas. En definitiva, el principio de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* que se consagró con la Primer República fue reducido a cenizas. Así,

Un individuo estará (en principio) sujeto a responsabilidad criminal cuando su acción viole provisiones de los estatutos criminales y merezca ser castigado. Ahora bien [...] si la sustancia de la acción del sujeto es socialmente peligrosa y merece ser castigada, aunque esta no sea formalmente contemplada en ningún estatuto criminal, nuestro Derecho penal nos permite aplicar provisiones similares sí previstas en nuestra legislación penal para enjuiciar y castigar al sujeto (Chung Hua et al., 1962, p. 54).

Además de la aplicación analógica de la Ley, la aplicación sistemática de la retroactividad fue también resultado de la ausencia de un Código penal o de leyes sistematizadas. De acuerdo con el artículo 18 de la Regulación del Castigo a las Actividades contrarrevolucionarias:

Esta regulación será también aplicable a actividades contrarrevolucionarias que se llevaron a cabo antes de la entrada en vigor de este texto.

Finalmente, respecto de las sanciones impuestas, tanto formal como informalmente, estas iban desde la «crítica-educación» a la pena de muerte. Si bien nuestro trabajo se centra en el ámbito penal, durante la época maoísta las líneas entre el Derecho administrativo y el Derecho penal se desdibujaron casi completamente, por lo que parece procedente mencionar ambas.

Las sanciones administrativas informales incluían (Cohen, 1966, pp. 490-492):

- a) Crítica educativa en privado por parte de los miembros de la elite local.
- b) Críticas y amenazas en privado por parte de un órgano con potestad sancionadora.
- c) Crítica delante de un pequeño grupo de camaradas como, por ejemplo, aquellos que residían en la misma zona del amonestado.
- d) Crítica frente a un grupo grande, como serían todo el comité residente de una circunscripción judicial.
- e) Censura y actos orales o escritos de acusación, examinación o arrepentimiento propios que serán publicados.

f) Sometimiento a intenso vituperio con gritos, dedos acusadores y puños levantados.

g) Humillación pública obligando al amonestado a arrodillarse y a recibir golpes y patadas.

Las sanciones administrativas formales, impuestas por los cuerpos policiales, eran:

a) Aviso formal, multa modesta y periodo corto de detención (máximo de 15 días) para lo que serían nuestros delitos leves. Se podía contemplar además compensación a las víctimas o expropiación de los instrumentos utilizados para cometer la ofensa o la propiedad obtenida ilegalmente.

b) Labor supervisada o producción controlada, donde al sujeto se le permite seguir en libertad, pero sujeto a un periodo indefinido de trabajo supervisado, reportar sus actividades a la policía y a los oficiales de «las organizaciones de las masas», obtener permiso de la policía antes de viajar y soportar cualquier tipo de humillación u obligaciones o limitaciones gravosa que se le imponga.

c) Rehabilitación a través de trabajo forzado donde al sujeto se le separa de la sociedad y se le recoloca en trabajo de campo por un periodo indefinido.

Por su parte, respecto de las penas principales que se podían imponer los tribunales en el seno de un procedimiento penal:

a) Amonestamiento formal.

b) Multa

c) Detención de periodo reducido.

d) Trabajo supervisado que se diferencia de la sanción administrativa por ser más gravosa, al ser impuesta por una corte por la comisión de un crimen y no por una falta administrativa.

e) Prisión¹⁸ con duración determinada.

f) Prisión con suspensión condicional.

g) Prisión permanente.

h) Pena de muerte con suspensión de 2 años en los que a la persona condenada se le puede rebajar la pena si «se rehabilita». Se presenta como una modalidad particular de la ejecución de la pena (aún presente en el Código actual en su artículo 48) por la que se permite la suspensión de la ejecución de la pena por un periodo de hasta dos años para que el condenado «tuviera una última oportunidad de arrepentirse y se reformara a través de trabajos forzados. Luego del periodo de suspensión de dos años, se vuelve a decidir sobre si debe ejecutarse la sentencia suspendida o puede la pena conmutarse a prisión permanente en atención al comportamiento del condenado durante el periodo de trabajos forzados» (Shou-T'se, 1957, p. 83).

i) Pena de muerte. La aplicación de la pena de muerte se contemplaba para delitos graves contra la existencia o los intereses esenciales del régimen comunista y la causa socialista (véase, por ejemplo, actividades contrarrevolucionarias, casos graves de corrupción, contrabando o falsificación de documentos bancarios o cualquier comportamiento que hiciera peligrar los intereses económicos o financieros del Estado). Recuérdese que, ante la falta absoluta de Ley escrita u sistematizada y la aplicación consiguiente de la analogía y la retroactividad, además del rechazo transversal del principio de presunción de inocencia, cualquier acción u omisión era, en cualquier caso, potencialmente «contraria a los intereses de la causa socialista».

¹⁸ La pena de prisión, cualquier que fuera su duración, llevaba siempre aparejada el trabajo forzoso y era ejecutado bien en prisión o en un campo de trabajo, donde el régimen era aún más duro que en un campo de rehabilitación.

j) Deportación en caso de extranjeros.

Por su parte, la confiscación de la propiedad y la privación de derechos políticos eran consideradas penas accesorias.

1.4. Influencia extranjera en el derecho chino moderno

Como se ha podido apreciar, el Derecho chino tradicional ha permanecido con escasas e insignificantes variaciones a lo largo de las diferentes Dinastías hasta entrados al siglo XIX. Fruto de las diferentes y continuas invasiones extranjeras acaecidas a lo largo de los siglos XVIII y XIX en China y ante su debilidad para controlar su propio territorio y soberanía, el imperio se vio obligado a sufrir una transformación no solamente a nivel político, económico y social, sino también legal (Oropeza, 2012, p. 3). Así, en el «Siglo de los Tratados»¹⁹ (1842-1943), las potencias extranjeras obligaron a China a reconocerles ciertos derechos en el orden político, económico y comercial, tales como el principio de igualdad soberana entre Estados, la aquiescencia para el establecimiento de la jurisdicción de las potencias extranjeras en territorio chino y la adhesión a la cláusula de la «nación más desfavorecida» (Fairbank, 1992, p. 78). Simultáneamente, la dinastía Qing inició los trámites para la instauración de un Estado de Derecho inspirado en el modelo que se había implantado en el archipiélago de Japón con el objeto de mimetizar el éxito económico y modernizador que había conseguido la Dinastía Meiji.

Ahora bien, en 1912, con la instauración de la República China de Nanjing, se puso fin al sistema feudal anterior y, en marzo de 1912, la presidencia temporal de la nueva República China adopta por primera vez en la historia china una Constitución política. La reforma jurídica del Kuomintang consistió, en gran medida, en seguir el camino ya trazado por la dinastía Qing, por lo que se siguió intentando trasplantar el modelo de Derecho continental, inspirándose en el Derecho japonés, alemán y francés (González Ichaurreaga, 2015, p. 117). Esta preferencia se explica principalmente por una razón de logística: la tradición jurídica China ya se basaba en un sistema de códigos, por lo que la aplicación del modelo continental garantizaba la continuidad de esta práctica jurídica. Además, los antiguos asesores de la dinastía Qing estaban mayoritariamente formados en el modelo continental, bien porque procedían directamente del continente europeo, o bien porque muchos de ellos, si bien fueron enviados a Japón para su formación, debe recordarse que el sistema jurídico japonés se construyó inspirándose en un modelo continental: el alemán.

Posteriormente, durante la era de Mao, podemos afirmar que este se inspiró en el Derecho soviético para vertebrar la construcción de la República Popular China, si bien la influencia soviética fue perdiendo peso con el paso del tiempo. En los treinta años que duró su mandato, el Derecho no solo se utilizó como un medio para aterrorizar al pueblo y generar una interminable lucha de clases, sino que también se llevó a cabo una popularización de la justicia y una politización del Derecho e instrumentalización de las disposiciones jurídicas (Chen, 2007, p. 39). En definitiva, Mao pretendía sustituir el Derecho por la política del Estado y a su vez, que el Partido Comunista chino fuera el Estado.

Asimismo, las leyes que se redactaron tras la Revolución cultural tuvieron que depender de leyes o anteproyectos de ley que se habían promulgado en los años cincuenta y sesenta, inspirados en el Derecho soviético. Además, como resultado de las servidumbres ideológicas, de la falta de experiencia en el manejo de transacciones comerciales internacionales y de la preponderancia del Derecho soviético entre los juristas y los funcionarios chinos, los primeros países a los que China recurrió fueron los

¹⁹ Gran Bretaña en 1842, Estados Unidos y Francia en 1844, Rusia en 1858, entre otros.

de Europa del este y algunos otros del sureste asiático, perpetuando la influencia soviética en el Derecho chino.

Por consiguiente, y siendo prueba de ello todo lo expuesto, durante el siglo XX, el Derecho chino estuvo marcado por una fuerte dependencia respecto de las instituciones jurídicas extranjeras y por una tendencia hacia la occidentalización del sistema legal y de la práctica jurídica.

En 1982, el comité de asuntos legislativos, bajo la supervisión del Comité Permanente del Congreso Nacional Popular, puso de manifiesto la importancia que para China tenía la experiencia jurídica extranjera y afirmó que esa experiencia debía tomarse como referencia para construir un «Derecho socialista con características chinas». En 1987, el Partido Comunista declararía públicamente que algunos aspectos del capitalismo eran útiles para la modernización de China, emergiendo así una aproximación utilitarista y meramente instrumental de los Derecho extranjeros, pues su relevancia no sería política, sino circunscrita a la reforma de la administración de la economía²⁰. En realidad, el concepto de «con características chinas» sirve principalmente para justificar la discordancia de las prácticas jurídicas chinas con aquellas comúnmente aceptadas en los sistemas jurídicos de los que se las extraen.

Con la nueva política jurídica en marcha, el trasplante de legislación extranjera fue sistemática en los años ochenta, e incluso, como experiencia piloto de aplicación del Derecho económico extranjero en China, el Derecho que regía en Hong Kong se trasplantó a la Zona Económica Especial de Shenzhen. Por su parte, muchas de las leyes comerciales, tales como el Derecho de Sociedades, la Ley de valores y la Ley antimonopolio fueron trasplantadas principalmente de los Estados Unidos y de la Unión Europea (González Ichaurraga, 2015, p. 233).

La integración de China en el marco internacional también ha supuesto una fuente de introducción de instituciones nuevas en el tráfico jurídico chino. Así, la transformación jurídica exigida a China tuvo su punto álgido entre 1999 y 2002, cuando el país comunista se vio en la necesidad de hacer que su legislación fuese consistente con la normativa de la OMC.

En definitiva, el Derecho chino actual es una amalgama de Derecho chino tradicional, Derecho Soviético, Derecho continental (influenciado especialmente por Alemania y Japón) y Derecho anglosajón (especialmente en materia de seguridad y mercado de valores y competencia).

1.5. El panorama jurídico chino actual: la convivencia entre pasado, presente y futuro

De manera esquemática, lo que hemos visto en los últimos treinta años ha sido la transición jurídica de China a la modernidad (Misra, 1998, p. 2745). Esta transición ha consistido, sin olvidar los valores tradicionales chinos, en la adopción de algunas ideas occidentales, así como de instituciones para promover la racionalidad económica, las fuerzas del mercado y la aparición de intereses individuales que, en conjunto, ha generado el surgimiento de una creciente clase media. En el plano jurídico, las tres últimas décadas representan, además, un periodo de reforma del sistema jurídico chino para integrarse en el sistema de Derecho internacional.

Respecto del Código penal de 1979, que se redactó y promulgó «deprisa y corriendo» y muchas veces basándose en anteproyectos de la época maoísta, adoleció

²⁰ Para más información, acúdase al informe de Ziyang Zhao presentado el 25 de octubre de 1987 ante el décimo tercer Congreso Nacional del Partido Comunista de China.

de muchas dificultades para su aplicación tras su entrada en vigor a causa de la vaga redacción de sus preceptos y de sus múltiples lagunas, pues no se tipificaron conductas que surgieron tras los cambios económicos y sociales de la época (por ejemplo, entre ellos, delitos contra la economía socialista de mercado o delitos de malversación y cohecho). Ahora bien, a modo de defensa, en 1978, Deng explicó (Chen, 1999, p. 43):

Hay mucho trabajo legislativo por hacer y no tenemos a suficiente gente preparada. Por ende, las previsiones serán inevitablemente toscas al principio, pero van a ser gradualmente mejoradas [...] En definitiva, es mejor tener algunas leyes que ninguna, y es mejor tenerlas pronto que tarde.

Para hacer frente a estas deficiencias, el Gobierno promulgó, entre 1981 y 1997, hasta 25 textos normativos complementarios diferentes (Chen, 2008, p. 262). No obstante, las diferentes leyes no se encontraban sistematizadas ni ordenadas, por lo que muchas veces resultaban ser fragmentadas y contradictorias entre ellas. Ante este panorama, en 1997 se revisó, corrigió y recopiló toda la normativa sustantiva de Derecho penal en el nuevo Código penal de 1997.

El nuevo Código penal de 1997 introdujo un aumento considerable de artículos respecto de su predecesor: de 192 artículos se pasó a 452. De acuerdo con Dobinson (2002, pp. 20-23) la reforma del Código se basó en tres principios armonizadores:

a) Unidad. Como se ha mencionado, entre 1981 y 1997 el legislador chino creó leyes sectoriales en materia penal para suplir, con dudoso éxito, las carencias del Código. Por consiguiente, en la redacción del Código de 1997 se buscó integrar todas esas normas dispersas en un solo texto normativo, derogar los textos en los que se encontraran antes de su incorporación y también distinguir qué sanciones debían ser asignadas al ámbito administrativo y cuáles debían destinarse al ámbito penal.

b) Continuidad. De acuerdo con las instrucciones del Comité Permanente de 1998, sólo deberán revisarse aquellos preceptos que adolezcan de «mayores problemas» (Chen, 1999, p. 170).

c) Claridad. Durante la redacción del Código de 1979, Wei Luo comentó que «ser genérico era más apropiado que ser específico» ante la imposibilidad de poder prever todos los grandes cambios que estaba viviendo la sociedad china (Dobinson, 2002, p. 23). Este razonamiento, además de generar una redacción ambigua y vaga del Código, motivó la continuidad del uso de la analogía en el ámbito penal. Por ende, la redacción del nuevo Código penal debía ser claro y fácilmente comprensible, sobre todo cuando el público chino adolecía de un desconocimiento general del lenguaje jurídico. Debe tenerse en cuenta que la reforma del ordenamiento jurídico comportó grandes cambios en la cultura y en el Derecho chino al introducirse, en un espacio relativamente corto, una gran variedad de términos jurídicos provenientes del pensamiento jurídico occidental, y que estaban llamados a reemplazar al vocabulario del Derecho tradicional chino. Así, instituciones como el imperio de la Ley, los derechos o el mismo Estado de Derecho eran (y son) extrañas para la mayoría de la ciudadanía, quienes son, de manera contraproducente, los destinatarios de las mismas normas.

Además, también introdujo las siguientes novedades:

a) Principio de legalidad y abolición definitiva del uso de la analogía. El principio de legalidad de consagra finalmente al proclamar el artículo 3 del Código penal de 1997 que:

Aquellos actos que este Código estipule como constitutivos de delito, serán condenados y castigados de acuerdo con la Ley; mientras que aquellos actos que no estén previstos como constitutivos de delito, no serán ni condenados y castigados.

Además, se elimina el antiguo artículo 79 que contemplaba la analogía. Se consagra formalmente la máxima de *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

b) Principio de igualdad ante la Ley. Si bien el principio de igualdad ante la Ley ya se contemplaba tanto en la Constitución como en el Código procesal penal, en el Código penal no aparece hasta 1997. Así, en el artículo 4 del Código penal se establece:

Ante la comisión de un crimen, la Ley será aplicada por igual para todos. Ninguna persona puede tener privilegios en términos de transgresión de la Ley.

c) Principio de proporcionalidad. Se introduce, por primera vez, el principio de proporcionalidad entre el delito cometido y la pena aparejada al disponerse en el artículo 5 del Código penal de 1997:

La gravedad de la pena debe adecuarse al crimen cometido y a la responsabilidad penal derivada.

d) Elemento subjetivo. El nuevo Código determina que la comisión de un delito doloso llevará siempre aparejada responsabilidad penal, mientras que en el caso de delitos imprudentes la responsabilidad penal sólo será exigible si la modalidad imprudente se encuentra particularmente tipificada. Así, el artículo 14, respecto de los delitos dolosos:

Un crimen será doloso cuando una persona comete un acto siendo consciente de los resultados dañosos que va a provocar en la sociedad, y aun así permite o desea que ocurran tales resultados.

Los delitos dolosos originan siempre responsabilidad criminal.

Y el artículo 15, respecto de los delitos imprudentes:

Un delito será imprudente cuando aquel que lo cometa prevea que de su actuación pueda originar un resultado dañoso en la sociedad por su conducta negligente o bien cuando habiendo previsto esas consecuencias, cree que puede evitarlas.

La responsabilidad criminal por delitos imprudentes solo será exigible cuando así lo prevea la Ley.

e) Pena de muerte de mayores de 75 años. De acuerdo con el artículo 49 del nuevo Código:

No procederá la pena de muerte a los que durante el juicio sean mayores de 75 años, excepto cuando estos hayan causado muerte por medios especialmente crueles.

f) Abolición de los delitos contrarrevolucionarios. Los «delitos contrarrevolucionarios» han sido reemplazados por «delitos que atentan contra la seguridad nacional». Los cambios, ahora bien, son más de carácter formal que material, pues las conductas tipificadas son sustancialmente idénticas.

En todo caso, y sin perjuicio del significativo avance en materia legislativa, China sufre de un problema congénito: no dispone de suficientes intelectuales preparados para llevar a cabo sus ambiciosas reformas. La Asociación China de Juristas y de la educación jurídica cerró sus puertas en 1958 tras la campaña antiderechista que se estaba empezando a formar con el germen de la Revolución cultural y no volvió a abrir sus aulas hasta 1978. Por este motivo, el nivel educativo de los juristas de mayor edad era prácticamente nulo, mientras que los más jóvenes basaron su educación en un modelo

formalista y dedicado a la exégesis de la legislación, en lugar de a la capacitación analítica y a la aplicación práctica de las leyes.

Además, por parte del Ejecutivo existe una constante politización de los procesos penales en tanto que no existe una verdadera separación de poderes en China, pues es el propio legislador (el Partido) quien redacta, interpreta y aplica las leyes chinas. De esta forma, mientras la dirección general del Partido Comunista Chino siga anteponiendo la estrategia política por encima del principio de legalidad, no podremos hablar de la instauración de un verdadero Estado de Derecho.

2. Principios hermenéuticos del sistema: la herencia confuciana (孔)

2.1. Nociones del confucianismo

El confucianismo es una corriente filosófica, religiosa y cultural que encuentra sus orígenes en el mismo comienzo de la historia de China y que se extiende durante prácticamente toda esta. Su máxima figura, Confucio (孔子) o maestro Confucio (孔夫子) vivió la época de crisis de los Reinos Combatientes (551 a.C.) por lo que su búsqueda filosófica se centró en encontrar la clave de la armonía en la sociedad. Así, el confucianismo engloba numerosas facetas (política, ideológica, educativa e incluso militar), pero la esencia de su pensamiento se basa en la fidelidad, la bondad y el respeto.

La práctica del confucianismo, como ya se ha mencionado, si bien de ella se han derivado diferentes escuelas de pensamiento con el paso del tiempo, ha permanecido relativamente estable durante más de dos mil años. Este fenómeno encuentra explicación no sólo porque el estudio y conocimiento de sus valores eran imprescindibles para el examen civil de la China imperial (el cual garantizaba con él la posibilidad de trepar en la escalera social) y constituía un principio armonizador de la política de Estado, sino porque sus valores eran practicados por el propio pueblo de manera cotidiana. El confucianismo predicaba que la armonía nacía en la familia y se extendía en círculos, siendo la familia la base de la estabilidad social por lo que, en palabras de Zoglman (2019, p. 12), el confucianismo actuaba como un verdadero contrato social por el cual la gente común entendía la función del gobierno y de la sociedad, además de guiarles en sus relaciones dentro del seno familiar (Yao, 2000, p. 32). Confucio defendía que un buen gobernante debía ser un modelo para sus súbditos, ser justo y recurrir solo a la fuerza como último recurso. Por su parte, los súbditos debían respetar al gobernante y obedecerle (Ríos, 2016, p. 18).

En esta línea, Max Weber (Reinhard, 1977, p. 114) se refirió a China como un «Estado familístico» al ser el parentesco un elemento fundamental en la organización política: más que el individuo, la familia es la unidad social reconocida y en ella predominaba el hombre sobre la mujer y la edad sobre la juventud. En la familia funcionaban tres obligaciones: lealtad al gobernante, piedad filial y obligación de castidad de las esposas, pero no de los maridos (Ríos, 2016, p.18).

Por otra parte, una característica esencial del pensamiento de Confucio, aceptada por sus seguidores, fue precisamente esta distinción entre la «nobleza» y «la base popular», estatus que no debía quedar determinado por el nacimiento, sino por los logros personales a la hora de cultivar la mente y de observar el decoro y los ritos. Esta concepción del sistema de clase en China pasó a convertirse en el pensamiento ortodoxo del Estado y fue aceptado por todas las dinastías gobernantes como uno de los principios fundamentales de su sociedad (Karlgrén, 1950, p. 74) y que explica, en gran medida, el afán por la educación de los descendientes que perdura aún hoy en día.

Finalmente, debe mencionarse que, si bien durante la instauración de la Primera República el confucianismo fue fervientemente rechazado por las generaciones más jóvenes por ser «una filosofía anticuada que obstaculizaba la modernización» (Li 2012, p. 1) y posteriormente fue prácticamente reducido a cenizas durante la época maoísta, este está actualmente resurgiendo en la sociedad moderna china. De acuerdo con el estudio realizado por Shufang Wu durante el período comprendido entre el año 2000 a 2009, en el periódico oficial del Partido Comunista Chino se publicaron hasta 228 artículos refiriéndose a valores confucianos e incluso se utilizaron pasajes de *Las Analectas* en la propaganda de los Juegos Olímpicos de Pekín de 2008. Wu explica que «la moral confuciana se confunde fácilmente (e incluso se sustituye) por la moral socialista de lealtad al Partido», siendo una política sutil de legitimación del régimen del Partido. El ejemplo más reciente de esto lo encontramos en las medidas tomadas durante la pandemia del COVID-19. El Partido «sacó pecho» ante la ocasión y Xi utilizó la rapidez en la contención del virus como un ejemplo de superioridad del pueblo chino frente a Occidente. Así, el Partido explica que «subsistir es el derecho humano primordial y este incluye el derecho de ser protegido del virus y no morir». Protección, claro está, que debe ser provista y determinada por el Estado y ante la cual la sociedad china acata y confía: lo que a ojos de occidente es autoritarismo, para el ciudadano chino no es más que un comportamiento fruto de una tradición milenaria y, para bien o para mal, naturalizado.

2.2. El modelo confuciano de familia y sociedad (家)

Siendo consciente del peligro que puede comportar una generalización y partiendo de la realidad de que cada familia es diferente, es imperativo, no obstante, describir características estructurales que se configuran como base de la gran mayoría de familias de origen o herencia china. Estos valores o características son especialmente remarcables porque, a pesar de ser China un país con una región vasta, una larga historia y obvias diferencias regionales, lingüísticas y de clase, cuando se refiere a la estructuración familiar de sus individuos y su organización en sociedad, nos hallamos ante una gran uniformidad de prácticas y costumbres que han subsistido a lo largo de los siglos.

Dichas prácticas, costumbres o normas sociales se encuentran sintetizadas de manera ilustrativa en la obra «Clásico de los tres caracteres» (三字经), escrita por Wang Yinglin durante la Dinastía Song del Sur (entre 1127 y 1279 d.C.) en un sencillo poema que, a efectos de mejor exposición, dividiremos en tres bloques:

父子恩

Estima entre padre e hijo,

夫妇从

armonía entre esposo y esposa,

兄则友

amistad y cariño por parte del hermano mayor,

弟则恭

respeto por parte del hermano menor.

En primer lugar, el modelo de familia china (家) se configura, esencialmente, en cinco relaciones: tres en el ámbito familiar (padre-hijo, esposo-esposa, hermano mayor-hermano menor) y dos fuera de este (soberano-súbdito y entre amigos), que serán de

estudio en el siguiente bloque. De la relación entre padre e hijo se construye una de las piedras angulares del confucianismo, a saber, el respeto a los propios padres, los mayores y los antepasados o piedad filial (孝)²¹. Confucio defendía que la piedad filial no era sólo una obligación natural en el seno familiar, sino que esta debía practicarse como un «ritual» o «costumbre» (季), pues la relación paternofilial es el cimiento sobre el que el individuo adquiere la educación y las herramientas para presentarse ante la sociedad. De esta forma, resume su concepto de piedad filial en *Las Analectas* 13.18:

El Duque de She le dijo a Confucio: «Entre mi gente, hay uno que conocemos como Gong “el íntegro”. Cuando su padre robó una oveja, le denunció ante las autoridades».

Ante esto, Confucio respondió: «Entre mi gente, esos que consideramos íntegros son diferentes (a los vuestros): los padres encubren a sus hijos y los hijos encubren a sus padres».

Más concretamente, Confucio, en su obra el *Clásico de la piedad filial*, expresó que «la piedad filial es la raíz de la virtud y la base de la filosofía» pues esta era también una actitud interior, la consciencia de retribuir a los padres la carga asumida al traerle al mundo y agradecer a los antepasados por el cuidado que brindaron a su vez a su descendencia hasta llegar a uno mismo.

Así, la tradición del confucianismo no distinguía entre familia y Estado y, de hacerlo, sometía la obligación legal a la moral. En la antigua china el *Li* (季) estaba estrechamente relacionada con la vida cotidiana de los individuos, cubriendo sus necesidades básicas y rigiendo todos los aspectos cotidianos (social, político, económico, cultural, religioso, moral, etc.). Por consiguiente, el ritual y la costumbre guiaban a los sujetos en sus relaciones familiares y sociales y enmarcaba su ámbito de responsabilidades y comportamiento en sus roles preestablecidos.

长幼序

Entre mayores y jóvenes deberá considerarse la antigüedad e inferioridad,

友与朋

entre amigos se deberá confiar mutuamente,

君则敬

respeto por parte del soberano

臣则忠

lealtad por parte del súbdito.

En segundo lugar, el modelo de familia china se configura también sobre el principio de jerarquía de los miembros de mayor generación sobre los más jóvenes y la obligación de estos de obediencia y respeto a sus mayores. La autoridad conferida por edad (y sexo) se practica a través de una red de parentesco donde la máxima manifestación es el culto a los ancestros y la preferencia del descendiente varón sobre el femenino. En su esencia, en la familia tradicional china, el poder y la representación pública del colectivo familiar recae en los hombres o «cabezas de familia», que son

²¹ Resulta ilustrativo y acertado que el propio carácter en chino (孝) para el término «piedad filial» sea fruto de la combinación del carácter viejo (老) e hijo (子), estando el carácter de viejo encima del de hijo y que en la filología china se interpreta como «el hijo llevando a sus espaldas al anciano».

también los que reciben y transmiten la herencia cultural de cada familia. De esta manera, durante gran parte de la historia de China, cada casa se encontraba regida por una organización jerárquico-patriarcal donde el cabeza de familia tenía toda la responsabilidad de la unidad familiar delante de la Ley y respondía del comportamiento de cada uno de los miembros. No es de extrañar, por ende, la herencia que se manifiesta en el propio Código penal actual en su artículo 17, donde el Estado delega al padre de familia la potestad punitiva, sancionadora y de reinserción del menor de 16 años que haya cometido un delito y sólo interviniendo las autoridades correspondientes en defecto de ello («en caso necesario, el Gobierno intervendrá en la rehabilitación»).

Por su parte, las relaciones entre soberano-súbdito y entre amigos se configuran como variantes de las de parentesco. La relación familiar de padre-hijo se extrapola al ámbito social y se utiliza como modelo en la relación entre soberano-súbdito: los hijos se encuentran obligados a demostrar respeto y obediencia a los padres y, por extensión, en su condición de súbditos, a las personas mayores y «a los superiores», independientemente de las circunstancias. Así, la piedad filial justifica y promulga el concepto de jerarquía omnipotente y desigual, creando una sociedad que, si bien «obedece», también naturaliza y tolera la presencia de subordinaciones sociales discriminatorias en aras de un «bien mayor». En cuanto a las relaciones de amistad, se configuran peculiarmente como las únicas relaciones en la sociedad china que se dan en una situación de igualdad, si bien entre ellas también rige una lealtad y confianza mutua, presente y exigible en las relaciones entre hermanos (de manera extendida y frecuente se llama al amigo «hermano» (兄弟) y a los hijos respectivos se les insta a dirigirse a los amigos del padre como «tíos» (叔叔) o «tías» (姑姑).

此十义

Estas diez obligaciones

人所同

son comunes para todas las personas,

当师叙

deben obedecerlas

勿违背

y no violarlas.

Finalmente, el poema insiste en la necesidad de cada sujeto de actuar de manera acorde con su rol, no solo como obligación individual, sino porque su actuar determina también la percepción social de su unidad familiar, la cual responde en última instancia del actuar de cada uno de sus miembros. En una sociedad como la china, donde las relaciones interpersonales se encuentran tejidas por una extensa red de familiares, la presión social y las consecuencias de las acciones propias se extienden más allá de la esfera individual y abarcan una marginación social colectiva. La correspondencia con extraños (véase, personas que no puedan enmarcarse en una de las cinco relaciones mencionadas) suele ser percibida como peligrosa y hostil: ejemplo de ello es la organización en el extranjero de los colectivos chinos que muy a menudo se califica de hermética y poco integrada en el territorio que se establece. Además, frente a «extraños» sigue siendo común que los padres incentiven a los pequeños a dirigirse a estos como hermano (哥哥弟弟) o hermana (姐姐妹妹), tío (叔叔) o tía (阿姨), abuelo (爷爷) o abuela (奶奶) y reconocer que su trato no representa un riesgo. A raíz de lo expuesto, se ha descrito

a China como un conglomerado de redes familiares unidas entre sí antes que como un conjunto de ciudadanos preocupados por el bien público (Beltrán Antolín, 2000, pp. 129-153).

En definitiva, de acuerdo con Confucio, los bloques de construcción de una sociedad moralmente armoniosa provenían de la regulación de la familia, institución que hacía que un hogar bien regulado fuera considerado como un microcosmos de un Estado bien gobernado (González Inchaurreaga, 2015, pp. 34-38). No es de extrañar por ende la expresión China 家国²²同构, cuya traducción es, *grosso modo*, «la familia y el Estado son reflejo del otro». La familia modelo china se concebía como una especie de «pequeño Estado» con jerarquías, protocolos y métodos de gobierno homologables a gran escala, siendo el Estado una gran familia en la que debe haber afecto, respeto y propiedad moral donde el gobernante actúa de figura paternal y el súbdito responde como si fuera un hijo.

2.3. La institución del *Li* (李)

La traducción de la institución del *Li* al español en una sola palabra queda pobre en tanto que esta abarca en el lenguaje chino una multiplicidad de significados que difícilmente pueden reflejarse en un solo término. Así, *Li* significa, a la vez, ritual (tanto a nivel religioso como secular), costumbre, moralidad, decencia, decoro y buenas costumbres, entre otros. De lo anterior se puede desprender que la institución confuciana del *Li* no engloba un concepto determinado, sino más bien una idea abstracta respecto de las normas de comportamiento adecuadas en la sociedad de acuerdo con los conocimientos que se han ido heredando de los antepasados. En palabras de Wing-Tsis Chan (1963, p. 790):

Originalmente, *Li* significaba sacrificio religioso, pero ha llegado a significar también ceremonia, ritual, decoro, propiedad ritual, buena forma, buena costumbre, etc. y ha sido incluso comparada al Derecho natural occidental.

En efecto, en su inicio, la noción del *Li* se refería únicamente a los rituales funerales y la veneración de la memoria de los antepasados, especialmente durante la Dinastía Shang (siglos XVII a XI a.C.). Tras la llegada de la Dinastía de los Zhou (fundada, aproximadamente, en el año 1046 a.C.), gracias al Duque de Zhou, el *Li* adquirió un significado humanista, pudiéndose trasladar la institución simultáneamente en el ámbito personal y el político, privado y público. Así, en esta época, la figura del *Li* empezó a asentarse como un código de prácticas que servía como regulador de las relaciones internas entre los miembros de la aristocracia China. En consecuencia, si bien el duque de Zhou fue uno de sus primeros y principales precursores, sus enseñanzas quedaron rezagadas en las relaciones internas entre los miembros de la aristocracia China y fue Confucio (551-479 a.C.) quien abogó por la expansión de la práctica del *Li* en todos los estratos de la sociedad, pues Confucio entendía que la sociedad precisaba de líderes virtuosos que gobernasen al pueblo por medio del buen ejemplo, practicando un estricto código de conducta a través de la observancia de los ritos y extrapolar la relación fundamental entre padre e hijo a la relación entre gobernante y súbdito.

El *Li* se compone de reglas morales, naturales del «cielo» (天), originándose en dicho mandato cósmico (que no divino) el sentido de la obligación. Así, el *Li*, como sentido del deber no se basa en una legislación por medio de comandos, sino en el cielo, en el sentido del principio racional, como indicador del deber para con los demás. En consecuencia, Confucio aborrecía de una organización de la sociedad por mandato de la Ley, pues el punitivismo estatal no alcanzaba a transformar el fuero interno del delincuente. Así, en palabras de Cao (2004, p. 23) era la moral, y no la Ley, el

²² Una vez más, resulta esclarecedor los caracteres chinos de familia (家) y terreno (国), pues cuando son unidos (国家) significan Estado.

instrumento adecuado para remediar las actitudes erróneas de los sujetos y reconducirlas.

Desde esta perspectiva, con el objeto de eliminar los males sociales y asegurar la armonía, estabilidad y prosperidad en sociedad, la cúspide gobernante debía seguir y practicar los ritos del *Li* como ejemplo moral del que aprenderían sus súbditos: si los gobernantes se comportaban virtuosamente, lo súbditos aprenderían de ellos y también se comportarían correctamente. Véase la patente filosofía paternalista del confucianismo, donde se motiva a «educar desde el ejemplo» como lo haría un padre con su hijo. En consecuencia, imperaba la creencia confuciana de que los individuos tenían potencial para mejorar moralmente o «rehabilitarse» a través de la educación. Es decir, una educación inadecuada o la ausencia de buenos modelos en los que proyectarse, llevaría al individuo a alejarse de las relaciones sociales, mientras que, si a ese individuo se le enseñaba con el ejemplo, el sujeto social desviado volvería a ser un miembro sano y activo de la sociedad (Mcknight, 1997, pp. 9-64). En definitiva, Confucio defendía que, si el infractor era avergonzado y rechazado socialmente, el remordimiento por haber actuado de forma contraria al código de conducta esperado propiciaría el impulso necesario para apelar su conciencia y rehabilitar su sentido de la justicia: a diferencia de las leyes que penalizaban al individuo como consecuencia del incumplimiento de los códigos jurídicos, el *Li* tenía una función educativa y rehabilitadora.

Además, como ya se ha mencionado en el apartado anterior, donde se ha tratado el modelo familiar tradicional chino, el concepto de *Li* como obligación o código de conducta es cambiante y varía en función del contexto y la posición jerárquica del individuo al largo de su vida. De esta manera, el código de conducta que muestra un individuo a su padre será diferente al que le muestre a su esposa o hijo, pues las expectativas sociales sobre este también serán diferentes en consideración de la persona a la que se dirige. Un ejemplo ilustrativo es el de la mujer. En primer lugar, por su propia condición biológica, se le exigirá una obligación de castidad que no se cuestionará en los varones. En segundo lugar, a lo largo de su vida, primero deberá acatar el código de conducta como hija respecto de su padre; en la edad adulta, se someterá al código de conducta de esposa respecto del marido y de su familia, y, finalmente, en su vejez, deberá comportarse de acuerdo con la voluntad de sus hijos.

En definitiva, la institución del *Li* crea un código social con efecto regulador y de carácter imperativo (en mi opinión, la práctica de los ritos responde a una *opinio iuris*). El aprendizaje de dichas normas no era a través del estudio académico o por órdenes del emperador, sino que se interiorizaba a través del adoctrinamiento en la familia desde la más temprana infancia. Actuar en contra de *Li* conllevaba una censura por medio de humillación pública y a veces en indignación social, momento en que las autoridades se planteaban que tuviera consecuencias penales como ocurrió con el Código de la Dinastía Tang, donde las «Diez abominaciones» eran delitos contrarios a los pilares fundamentales del confucianismo.

A mi parecer, la práctica de la institución del *Li*, en cuanto la integración de sus ritos en una posterior norma jurídica, con la consiguiente protección estatal, responde a un proceso similar al de la «cristalización» de una costumbre en nuestro ordenamiento jurídico. Por consiguiente, sin obviar la reticencia de Confucio a utilizar las leyes escritas, sus discípulos y escuelas de pensamiento posteriores acabaron relegando al Derecho una función secundaria como herramienta de administración y gobierno, pues mientras que las penas eran necesarias en algunos casos, la virtud seguía siendo considerado como el medio principal para gobernar el Estado. De esta manera, la Dinastía Han (206 a 220 d.C.) elevó el confucianismo como la ortodoxia oficial del Estado, convirtiéndose esta corriente de pensamiento en la tradición intelectual dominante en China y proporcionando las nociones básicas en la educación de los futuros funcionarios. Dichos

funcionarios, y de acuerdo con los valores del confucianismo, debían mostrar confianza en la acción administrativa pasada, al mismo tiempo que debían manifestar reticencia a cambiar los procedimientos y normas de probada eficacia. El respeto confuciano de los antepasados se ponía de manifiesto al renunciar a apartarse de las políticas establecidas por sus padres y abuelos. Es decir, lo más importante en la China dinástica era que el súbdito fuera leal al gobernante, sin olvidar el respeto a los padres y la obligación de sumisión de la esposa al esposo (González Ichaurraga, 2015, p. 36). Quizás esta característica sea una de las razones por la cual el sistema jurídico de Derecho chino tradicional llegara a regir, con escasas variaciones, durante más de dos mil años hasta la instauración de la República China en 1912.

En todo caso, y sin perjuicio de lo mencionado, el confucianismo, al igual que las corrientes iusnaturalistas presentes en nuestro ordenamiento jurídico, adolecía (y adolece) de deficiencias estructurales. La institución del *Li*, la piedra angular, no deja de ser un concepto abstracto y amplio, por lo que no sólo ordena un mandato confuso, sino que es maleable de acuerdo con el contexto. Su interpretación era muchas veces subjetiva y *ad hoc*, lo cual se traducía en una falta de uniformidad en la práctica y en la teoría, pudiendo adaptarse y perdurar como valor fundamental en las políticas de los diferentes gobiernos que se han instaurado en China hasta la actualidad²³.

2.4. La institución del *mianzi* (面子)

El concepto de *mianzi* (面子) o «cara» se traduce como cualidad que los individuos deben proteger para mantener la estima social y presentarse ante terceros, en definitiva, su prestigio social. El *mianzi* se relaciona con la moral, la dignidad, el honor y la autoridad de un individuo y su imagen y prestigio ante la sociedad, siendo su dinámica principal el cumplimiento de los roles sociales preestablecidos y asignados y teniendo su manifestación consecuencias más allá de la percepción social individual, pues los sujetos de menor estatuto deberán buscar proteger la reputación de sus superiores a raíz del respeto cultural por jerarquías. Así, es «el valor social positivo que una persona reclama para sí misma en virtud de la posición relativa que ocupa en su red social y el grado en el que es obligado a cumplir adecuadamente los roles de esa posición» (Kim y Nam, 1998, p. 524).

No obstante, si bien es cierto que el «prestigio social» no es un concepto único de la sociedad china, esta institución no puede abarcarse en ninguna figura homóloga en los sistemas sociales de Occidente. En palabras de Lin Yutang, «el *mianzi* no puede ser traducido o definido» y, en su obra *My country and my people* (1935), acota:

Si bien la fisiología de la cara china es interesante, es aún más interesante el estudio de la cara psicológica china. Esta es una cara no puede ser lavada o afeitada, pero sí una cara que puede ser «concedida» y «perdida», una cara «por la que se ha luchado» o una cara «presentada como un regalo». Es aquí cuando nos encontramos ante el punto más curioso de la psicología social china: abstracta e intangible, la cara es el estándar más delicado por el cual se regulan las relaciones sociales chinas.

²³ Xi Jinping (2018), en su discurso durante el cuadragésimo aniversario de la «reforma y apertura» de China, expresó su deseo de instaurar «gran armonía bajo el cielo» (天下大同), similar a «los mandatos del cielo encomendados a los Reyes sabios» que recoge Confucio en su obra «El libro de los Rituales». Recordemos que Xi se refiere constantemente al «Sueño chino» y construye dicha política bajo un mandato del cielo que le corresponde y que, de manera sutil, justifica apelando a los valores confucianos. De esta forma, expresó en el mismo discurso: «Todos los hijos e hijas de China dentro y fuera del país se identifican con el mismo sentimiento: ¡El sentimiento de identidad cultural ha incrementado y ha aumentado la voluntad de construir el sueño chino juntos!».

A grandes rasgos, podemos afirmar que la sociedad china es una sociedad regida por la vergüenza (el *mianzi* se relaciona intrínsecamente con la percepción ajena sobre uno mismo, a la moral socialmente sancionable), mientras que las sociedades occidentales se rigen por la culpa (la acción culpable occidental es independiente de si han habido testigos o no de ella, pues el sentimiento de culpa es ajeno al escrutinio público): «roba si nadie está alrededor, pero haz el bien sólo si hay gente alrededor y asegúrate de que te vean» (Kim y Nam, 1998, p. 524). En consecuencia, en los preceptos del Código referentes a la ejecución y la suspensión de la pena se tiene en cuenta no solo «la muestra de arrepentimiento» o «el desempeño meritorio» del condenado, sino que, además, las medidas adoptadas «no tenga(n) un impacto negativo en la comunidad donde resida el condenado» (artículo 72). Tal es la magnitud de la importancia de la contribución personal en la sociedad y la percepción de esta respecto del individuo que en el artículo 78 concibe como supuestos de rebaja de la pena «sacrificarse a uno mismo para salvar a otros en actividades de producción y de vida cotidiana», «demostrar un desempeño sobresaliente en la lucha contra los desastres naturales y grandes accidentes» y «contribuir de cualquier otra forma importante al país y a la sociedad».

2.5. La institución del *Ren* (仁)

La institución del *Ren* (仁)²⁴ se caracteriza porque, a diferencia del *Li* (que se funda en el aprendizaje de un ritual apropiado para el correcto desarrollo del individuo en el seno familiar y social), esta se refiere a la bondad intrínseca de la naturaleza humana: el *Ren* no es una actitud aprendida, sino una condición innata de cada individuo.

Así, de manera similar a Rousseau, Mencio (孟子), eminente seguidor y precursor del confucianismo (372-289 a.C.), defendía que el hombre es bueno por naturaleza y que, por ende, este debía desarrollar una conducta razonable y recta en sociedad. En esta línea, Mencio afirmaba que «un gran hombre es el que no pierde el corazón de niño» y que en el corazón de todo ser humano se encuentran cuatro sentimientos naturales que le orientan en el camino de la rectitud (de manera similar, también, con las corrientes iusnaturalistas occidentales):

- A) El sentimiento de compasión.
- b) El sentimiento de vergüenza.
- c) El sentimiento de respeto y modestia
- d) El sentimiento de distinción entre el bien y el mal.

Es esclarecedora para la explicación de esta institución la sección 2A/6 de la obra *Mencio* en la que presenta «la alegoría del niño que cae en el pozo»:

Mencio dijo: «Todas las personas tienen un corazón que no soporta ver el sufrimiento ajeno. Los antiguos reyes tenían un corazón que no soportaba ver el sufrimiento ajeno y, con ello, dirigían un gobierno que no soportaba ver el sufrimiento del pueblo. [...] ¿Por qué digo que todos los seres humanos tienen un corazón que no soporta ver el sufrimiento ajeno? Incluso hoy en día, si un niño fuera a caer en un pozo, todo el mundo estaría perturbado y preocupado. Esta preocupación no sería debido a la intención del sujeto de impresionar a los padres del niño o porque este quisiera mejorar su reputación ante su comunidad o círculo de amistades. Tampoco lo sería porque este temiera la posible crítica ante la falta de mostración de preocupación [...] Desde este punto de vista, podríamos decir que, si el individuo no tuviera dicho sentimiento

²⁴ Una vez más, resulta ilustrativa la composición del carácter 仁, el cual, a su derecha, se encuentra el carácter chino de «persona» (人) y a su izquierda el carácter chino de para «dos» (二). Si bien varias interpretaciones han sido divulgadas, la más extendida es aquella que presenta al carácter Ren como «la manera en la que deben tratarse dos personas».

de preocupación por el niño, no sería humano. La falta de humanidad e indiferencia es no ser humano, la falta de sentido entre el bien y el mal es ser inhumano. [...] El sentimiento de preocupación por el otro es el principio del Ren. El sentimiento de vergüenza y desagrado es el principio de la rectitud. El sentimiento de deferencia y obediencia es la base del Li (propiedad). El sentimiento de la distinción entre el bien y el mal es la base de la sabiduría».

De lo expuesto, y atendiendo a la creencia generalizada de que el ser humano es inherentemente bueno, Mencio defendía que el ser humano tenía por consiguiente el conocimiento innato de distinguir entre el bien y el mal y que el sujeto que erraba disponía de la capacidad de «reformarse» y «volverse bueno». De esta cultura, subsisten aún vestigios en el Código penal chino actual en cuanto este tiene en consideración, para la determinación de la pena o la ejecución de la sentencia, la «muestra de arrepentimiento genuino», «exhibición de comportamiento meritorio», «recepción de medidas educativas de corrección» o «respeto consciente de la supervisión» (véase, por ejemplo, el artículo 72 respecto de las condiciones de la suspensión de la pena; artículo 79 sobre condiciones de la reducción de la pena o el artículo 81 respecto de las condiciones de aplicación de la libertad condicional, entre otros).

En la misma línea, en los procedimientos criminales chinos, tanto a nivel jurisprudencial en un primer momento, como legislativo en la actualidad²⁵, se ha impulsado la política de 坦白从宽, 抗拒从严 o, por traducción propia, «indulgencia ante la confesión, severidad ante la resistencia». El propio Código recoge en su Capítulo IV, Sección III la definición y tratamiento de las figuras de la entrega voluntaria y el desempeño meritorio, incluyendo tanto la confesión propia como la revelación de crímenes cometidos por terceros como circunstancias atenuantes de la pena.

2.6. La institución del *guanxi* (关系)

La institución del *guanxi* se presenta como una red o sistema de redes (关系网), a nivel horizontal y vertical, que en la práctica se manifiesta como el conjunto de vínculos de comportamientos establecidos y esperados que involucran sentimientos, relaciones de afecto y lealtad típicamente familiares. Por consiguiente, el *guanxi* es similar a una lealtad personal que se manifiesta en actos de reciprocidad periódica a través de rituales y de intercambio de regalos y favores, cuyo incumplimiento se castiga con el reproche social o de la pérdida de *mianzi*. Además, añade Riley (1994, p. 793), la lealtad en las relaciones del *guanxi* se extiende en el tiempo –incluso generacionalmente–, pues el intercambio de favores entre familias de un mismo clan puede extenderse hasta varios descendientes por delante de los acreedores y deudores originales y obliga sus herederos a subrogarse en las posiciones respectivas de sus antepasados. Así, el *guanxi* se caracteriza por ser una institución *paralegal* de un valor transferible e intangible y que se rige por los principios de reciprocidad y de obligatoriedad.

Por su parte, el *guanxi* adquiere su fuerza vinculante como respuesta a la larga ineficiencia e inestabilidad gubernamental de China, sirviendo en última instancia como

²⁵ China se encuentra en un proceso de reforma desde 2014 de su sistema procesal penal para reducir el tiempo de enjuiciamiento y estandarizar los procedimientos de reducción de la pena en los procesos en los que el acusado confiese y se conforme con la pena propuesta por el Ministerio Fiscal. Durante dos años, durante agosto de 2014 a agosto de 2016, 18 modelos piloto fueron llevados a cabo bajo la nomenclatura de 速裁程序 (si bien la traducción literal sería «procedimientos rápidos», encuentro más acertado traducirlo como «juicios rápidos» por su semejanza material con esta figura de nuestro ordenamiento jurídico) donde el acusado por delitos de pena de prisión inferior a 1 año, se conformaba y admitía los hechos ante un tribunal, que evaluaría la calidad de la confesión y decidiría en sentencia la pena. Actualmente, se ha extendido a supuestos de delitos de hasta tres años de pena de prisión.

un ámbito de protección que tiene como núcleo a la familia a la que los individuos recurren ante la escasez sistemática de bienes y servicios a la que se veían sometidos. Fuera del entorno familiar, el *guanxi* cobra un sentido utilitarista y se define como los vínculos formados entre iguales o entre subordinados y superiores, donde la conducta individual puede ser modulada a cambio de favores profesionales o personales. Así, tal y como indican Gélvez Rubio y Defelipe Villa (2016, p. 22), cuando el Estado es débil, los sujetos privados se ven obligados a emplear herramientas extralegales para proteger sus derechos, facilitar transacciones y satisfacer sus necesidades por lo que, y sin perjuicio de todo lo expuesto, aunque el *guanxi* muchas veces se configura como una herramienta para facilitar acuerdos ilegítimos, es un error relacionarlo automáticamente con corrupción, pues no es la finalidad de su constitución.

El *guanxi* puede ser benigno y de gran valor, especialmente a nivel local, al haber servido (y en gran medida seguir sirviendo) como recurso para suplir a los poderes públicos en aquellos sectores donde las instituciones legales son, como ya se ha indicado, ineficaces o ni si quiera llegan. En definitiva, el *guanxi* en la China contemporánea es una espada de doble filo (Wang, 2012, p. 826): por una parte, provee un complemento positivo al marco legal establecido, pero simultáneamente puede entrar en grave conflicto con el principio de legalidad y dejar en evidencia las lagunas y deficiencias del Ordenamiento Jurídico positivo chino.

De lo expuesto puede deducirse que la convivencia del *guanxi* como institución informal en un Ordenamiento Jurídico que pretende regirse por el principio de legalidad (artículo 5 de la Constitución de la República Popular China²⁶) puede no ser pacífica, sobre todo cuando el *guanxi* se extiende no sólo en el ámbito social sino además en el empresarial, político y judicial. Así, si bien no se contienen manifestaciones explícitas de esta figura en el Código Penal chino, un estudio sin tener en consideración la función del *guanxi* en la sociedad china sería incompleto e inexacto.

El rol del *guanxi*, como se ha mencionado, ha actuado a lo largo de la historia en yuxtaposición con el Derecho y las instituciones legales (GÓMEZ ARIAS, 1998, p. 145), aunque su presencia e instrumentalidad ha variado a causa del aumento de la complejidad en la organización social. Como consecuencia, las relaciones entre individuos se ven obligadas a extenderse más allá de los lazos de consanguinidad y afinidad, exigiendo al Estado a formular normas objetivas, formales y homogeneizadoras que deben probar su mayor efectividad frente a las instituciones tradicionales en la regulación y tutela de los derechos y obligaciones de los diferentes sujetos que interactúan en el tráfico legal. Además, si partimos de la base de que la cultura legal de un ordenamiento jurídico es el resultado de la interacción entre el fenómeno de sociedad y Derecho (Nader, 1969, p. 6), podemos afirmar que el *guanxi* actúa al presente como mediador entre la cultura jurídica tradicional y la cultura jurídica contemporánea china. La construcción del «Estado de Derecho» chino, si bien con sus matices significativos, ha sido gracias en gran medida a la importación directa de figuras jurídicas de Ordenamientos extranjeros. Esta introducción abrupta de instituciones entra, inevitablemente, en colisión con la práctica de costumbres locales milenarias y cuyos efectos deben ser tamizados por un inevitable proceso de «asimilación y transvaloración» (Seliktar, 1986, pp. 321-322).

El estudio realizado por Pitman Potter entre 1994 y 1999 (2004, pp.183-195), anticipándose a la publicación de la Ley de Uniformidad de la Contratación (1999),

²⁶ «La República Popular China deberá gobernarse de acuerdo con la Ley y construirse como un Estado socialista bajo el imperio de la Ley [...]. Ninguna organización o individuo tendrá privilegios por encima de la Constitución o de la Ley».

resulta ilustrativo respecto de la interacción entre el *guanxi* y la implementación de normas positivas. En su encuesta llevada a cabo en la provincia de Jingan, Shangai, a la pregunta sobre la posibilidad de resolver diferencias en un procedimiento judicial, 19 de 50 de los empresarios privados o *getihu* (个体户) afirmaron que sólo acudirían a dicha vía cuando la mediación de un familiar o amigo en común con la otra parte hubiera fracasado, es decir, tras un uso previo del *guanxi*. En la misma línea, el 71% de los encuestados manifestaron que pagarían una deuda para proteger su reputación o *mianzi*, frente a un 14% que pagaría únicamente por la obligación legal de hacerlo. Además, el 66% de los encuestados respondieron que el Derecho no debería entrometerse en asuntos familiares, debiendo los derechos y las obligaciones legales tener fuerza vinculante únicamente de forma abstracta entre relaciones con sujetos ajenos al círculo personal, pero no cuando mediara algún vínculo común entre las partes.

En conclusión, la noción tradicional de *guanxi* en el sistema jurídico mantiene su importancia a día de hoy, pero esta debe operar subyugada al incremento formalista de las normas escritas y los diferentes procedimientos legales. Por consiguiente, el *guanxi* sigue siendo concebido como una herramienta a la que los individuos acuden cuando se enfrentan a la complejidad o ineficacia de las instituciones legales, práctica homologable a la creciente predilección por la mediación y el arbitraje en la resolución de conflictos en Occidente, si bien la relación del *guanxi* con el resto de las instituciones del Ordenamiento jurídico chino es una de complementariedad. El uso del *guanxi* anticipa las conductas esperadas de la mayoría de los operadores legales y, mientras que su papel puede ser limitado por el Derecho positivo y los procedimientos legales, el Ordenamiento chino sigue necesitando de instituciones informales para colmar sus lagunas y para mediar entre la subsistencia de la costumbre legal china y la introducción de figuras desconocidas y extranjeras en el tráfico jurídico.

3. La escuela legalista o *fa* (法)

De la misma manera que en Occidente dos corrientes contrapuestas de la teoría del Derecho han sido predominantes (el iusnaturalismo y el iuspositivismo), en China el confucianismo encontraba su némesis en el legalismo. Desarrollado por el filósofo Han Feizi (韩非子) (280-233 a.C.) del Estado de Qin, si bien inspirado por las enseñanzas de su predecesor Shang Yang (390-338 a.C.), esta corriente se caracterizó por abogar que, al contrario de lo que defendieron los confucianos, la naturaleza intrínseca del ser humano era egoísta y «mala». En consecuencia, desde el Estado debían promoverse leyes que castigaran comportamientos indeseados y garantizaran el orden social, controlando las inclinaciones naturales de los diferentes sujetos por el bien común.

Ahora bien, la Ley, para convertirse en una efectiva herramienta reguladora de la sociedad, debía contener una serie de características específicas. En primer lugar, debía ser justa. Dicha justicia no se refería en el sentido confuciano de corrección moral, sino en el sentido de que debía ser aplicada por igual a todos los sujetos, incluso al gobernante.

Así, mientras que el confucianismo defendía que una Ley contraria al *Li* no debía ser respetada por ser inherentemente injusta (recuérdese el ejemplo del Duque de She, recogido en *Las Analectas* 13.18), los legalistas promulgaban la superioridad del Estado de Derecho (法治) por encima del gobierno de los hombres (人治). La Ley debía ser decretada por los gobernantes en interés del Estado y no por «mandato del Cielo» y, por su parte, los gobernados debían respetar lo decretado por la élite gubernamental no por la tradición del *Li* o por obligación moral, sino porque las leyes debían ser vinculantes y ejecutivas, de manera que la coerción y el punitivismo se configuraron como potestades esenciales del Estado chino. Además, los legalistas defendían que una Ley era justa no

cuando esta era «benevolente y correcta» (仁), sino cuando fuera, en todo caso, imparcial (Jiang, 2021, p. 267). Una *fa* imparcial no solamente garantizaba una sociedad ordenada y previsible, sino que en última instancia servía para contener y eliminar la potencial ineptitud del soberano. Shen Dao (慎到) (395-315 a.C.), filósofo a caballo entre el taoísmo y un estado temprano del legalismo, ya había desarrollado con anterioridad esta idea (Harris, 2016, p. 120):

Cuando el gobernante renuncia a la Ley y confía en sí mismo para gobernar, los premios y castigos, los ascensos y descensos, se guiarán por el corazón. Si este es el caso, incluso cuando los premios sean apropiados, las expectativas serán insaciables; incluso cuando los castigos sean apropiados, la clemencia se buscará sin fin. Si el gobernante renuncia a la Ley y confía en su corazón para decidir los premios y los castigos, méritos idénticos van a ser premiados diferente y crímenes idénticos serán castigados diferente. De esa práctica surgirá el resentimiento (entre los súbditos).

En segundo lugar, las leyes debían estar escritas y ser públicas y transparentes. Un gobierno basado en el *Li* no podía ser objetivo porque las reglas del *Li* no estaban escritas y no siempre eran predecibles por el pueblo y, por tanto, estaban sujetas a la interpretación arbitraria del gobernante. En palabras de Han Fei (*Escritos del Príncipe de Shang*, pasaje 38.8.3, Objeciones 3):

En cuanto a la Ley, esta debe ser recopilada y escrita en tablas y documentos, depositada en los repositorios de las oficinas y promulgada en los diferentes clanes [...] De esta forma, cuando un gobernante clarividente hable de *Fa*, todo el mundo dentro de sus fronteras, incluso los estratos más humildes y bajos, la escucharán y la entenderán.

Además, la Ley deberá ser severa. De acuerdo con la lógica legalista, si el Estado aplicara un principio de proporcionalidad y castigara únicamente los crímenes severos con penas severas, los crímenes leves se multiplicarían por la escasa responsabilidad aparejada. Por consiguiente, las penas severas debían imponerse incluso para infracciones leves o actos meramente preparatorios para fomentar no solo el miedo a la inobservancia de la Ley, sino también para forzar su respeto (*Escritos del Príncipe de Shang*, pasaje 17.3):

Para prevenir los delitos y detener las transgresiones, nada es mejor que hacer las penas severas. Cuando la pena es severa y (los criminales) son inevitablemente capturados, la gente no se atreverá (a violar la Ley).

En definitiva, la severidad en las penas era esencial para el éxito del sistema, pero estas necesitaban ser conocidas por los súbditos y debían ser aplicadas sin distinción. Puesto que el fin último de la filosofía legalista era «erradicar el castigo con el castigo» (*Escritos del Príncipe de Shang*, pasaje 18.1), Shang Yang llegó a afirmar que el gobernante debía constituir un ejecutivo con funcionarios duros de corazón. La persona bondadosa era propensa al perdón y a dar avisos antes que aplicar un castigo, lo cual socavaba el miedo que debía infundir la Ley, favoreciendo que el pueblo amase al funcionario y odiara al soberano. Así, Shang Yang estableció que el amor del pueblo no solamente era innecesario para el buen gobierno, sino que este era incluso peligroso: la gente obedece a quien teme, pero espera compasión de quien ama.

Asimismo, Shang Yang indicó que, como contrapeso al draconiano sistema punitivo, el Estado también debía promover simultáneamente un sistema de retribución basado en la meritocracia. Shang Yang creó el «Sistema de los 20 rangos» durante la

dinastía Qin, que reemplazó el orden aristocrático y hereditario anterior²⁷ y significó una vía para trepar en los distintos estratos de la sociedad a través de los dos pilares esenciales para el legalismo: el ejército y la agricultura. En los eslabones más bajos, el Estado promovía el ascenso a castas más altas a través de méritos militares (véase, entre ellos, decapitar a soldados enemigos) o como recompensa a la productividad de las tierras trabajadas (por ejemplo, el pago con cosechas a cambio de títulos). Cada rango concedía a los sujetos que lo conformaban diferentes privilegios económicos, sociales y legales (por ejemplo, un sujeto en un rango alto podía eludir una pena de mutilación a cambio de un pago sustancioso). Así (*Escritos del Príncipe Shang*, pasaje 17.1-2, Premios y castigos):

Cuando el sistema de premios está unificado, el ejército no tiene rivales [...]. Se entiende como «un sistema de premios unificado» aquel donde los beneficios, honorarios, posiciones oficiales y ascenso a rangos derivan únicamente de los logros militares. En consecuencia, tanto el sabio como el ignorante, el noble como el plebeyo, el valiente como el cobarde, el digno como el indigno, todos utilizarán su sabiduría más íntima y agotarán el poder de sus extremidades y saldrán a morir al servicio de sus superiores [...]. La producción de grandes cantidades de grano también es otro camino al ascenso en rangos, pero será menos loable que los premios que les puedan corresponder a los soldados meritorios.

Añade, además, en el siguiente pasaje (*Escritos del Príncipe Shang*, pasaje 18.6, Trazando las políticas):

Aquellos que no trabajan pero comen; que no luchan pero alcanzan la gloria; que no tienen rango alguno pero son respetados; que no perciben emolumento pero son ricos; que no tienen oficio pero dan órdenes: estos son llamados villanos.

En resumen, Han Fei propuso un sistema basado en la meritocracia y donde los diferentes títulos no eran hereditarios, garantizándose así una sociedad dinámica y «motivada» (Pines, 2016, pp. 17-24). En consecuencia, el ascenso social no se basaría es una noción vaga y ambigua de «rectitud» o «valía», sino que se configuraría a través de un sistema de juicio de méritos objetivos de productividad y éxito²⁸. A la vez, sus seguidores defendieron abiertamente la guerra como medio para fortalecer el poder del gobernante, la ampliación del Estado y que el pueblo fuera disciplinado y sumiso a los dictados del emperador (De Bary, 1960, p. 122). Por ello, el gobernante no debía ser un ejemplo moral, sino que los legalistas recurrían a la analogía del pastor utilitarista. Dentro del pensamiento político chino, el buen pastor era aquél que cuidaba y llevaba sus animales a pastar no por amor a ellos, sino para posteriormente trasquilarlos, ordeñarlos, venderlos, matarlos o comerlos. De la misma forma, el buen gobernante debía proteger y cuidar al pueblo para posteriormente utilizarlo, bien sea en la guerra, bien sea para que trabajase la tierra: si el ganado no trae provecho al pastor, el pastor dejaría de existir.

²⁷ Recuérdese que el modelo propuesto por la corriente confuciana se basaba en un modelo de «rectitud moral», donde el gobernante ascendía socialmente aquellos que habían adquirido popularidad por su rectitud moral tras una valoración positiva de juicios. Para los legalistas, esta práctica era un «peligroso fraude» por su ambigüedad y subjetividad, dando paso a las escalas superiores a personas «embusteras» y «charlatanas». De acuerdo con el pasaje 25.1 de los *Escritos del Príncipe de Shang*: «Lo que el mundo define como “meritorio” es aquél que se juzga como “honrado”, pero dicho juicio es realizado por sus partidarios. Cuando escuchas su palabra, le consideras capaz; cuando le preguntas a sus partidarios, lo aprueban. Por consiguiente, se ennoblecen antes de conseguir ningún mérito; de la misma forma que se castiga sin antes haber cometido ningún crimen».

²⁸ Autores como Bell (2015) y Pines (2023) indican que este sistema de méritos objetivos ha sido citado por Xi Jinping en numerosas ocasiones [entre ellas, en una entrevista el 19 de marzo de 2013 o en su obra *Gobernanza de China*, volumen II (2018, p. 457)] como método de selección y promoción interna de los oficiales en el Partido. Xi propone su propio ejemplo en el que, iniciando su trayectoria como secretario en una brigada de producción rural ascendió progresivamente a la administración de un condado municipal hasta llegar a los niveles centrales del Gobierno.

De todo lo expuesto, puede afirmarse que la dinastía Qin fue la época de máximo esplendor de la filosofía legalista, pues si bien a partir de la Dinastía Han (206 a.C.-220 d.C.) las penas mantuvieron su función disuasoria, éstas se hicieron más proporcionales a la gravedad del delito (Maccormack, 1996, p. 5). El nuevo gobernante, el emperador Liu Bang, (206-194 a.C.) optó por restaurar parte de la burocracia que había servido para administrar el Estado de Qin y promulgó leyes penales y administrativas prácticamente idénticas a las de la Escuela legalista (Hulsewé, 1955, p. 81). Los emperadores de la dinastía Han retuvieron esta parte del aparato jurídico legalista incluso después de que el Gobierno asegurase su posición por la gran eficacia que reportaba la burocrática legalista, que permitió a los tribunales tener bajo control todo el Estado chino, incluso a pesar de contar con un gobierno pequeño en relación con la población y al gran territorio del imperio. Otra diferencia entre la dinastía Qing y la Han es que la última compaginó el sistema burocrático legalista con las enseñanzas del confucianismo y utilizó el Li como un instrumento de control social al servicio de fines políticos, codificándose paulatinamente los preceptos y enseñanzas confucianas. Finalmente, el emperador Wu de Han (140-87 a.C.), para evitar mayores confusiones, adoptó el confucianismo como ideología oficial del Estado.

Posteriormente, después de la caída de la dinastía Han en el año 220 d.C., China entró en un período de desunión y de turbulencias que no cesó hasta el comienzo de la dinastía Sui (581-618), que reunificó el país en el año 518. Este nuevo periodo fue testigo de la formulación y posterior consolidación de doctrinas legales tales como los «Cinco castigos», las «Diez abominaciones» o las «Ocho deliberaciones» (recuérdese que estas instituciones han sido debidamente desarrolladas en el apartado 1.1.).

Sin entrar más en detalle en la evolución histórica de la corriente legalista por haber sido ya materia de estudio en el apartado primero de este trabajo, debemos indicar que, respecto del Derecho penal chino actual, no hay victoria más clara del legalismo que la existencia del propio Código penal. Esto es así porque el Código es el resultado material de un proceso de recopilación y reformulación sistemática de la legislación penal, con disposiciones escritas y concisas, unidas en un solo cuerpo jurídico y que consagra, al menos en su teoría, el principio de publicidad, legalidad (artículo 3) e igualdad (artículo 4). Así, no solamente se manifiestan en el Código penal las exigencias legalistas de una Ley escrita y transparente, sino que nos encontramos también ante una Ley imparcial. En cuanto al criterio de severidad, este ha decaído en gran medida para dar paso a un principio de proporcionalidad por disposición del artículo 5, el cual establece que «la gravedad de la pena debe adecuarse al crimen cometido y a la responsabilidad derivada». Si bien esto es así por mandato legal, hay que recordar que en el sistema chino aún resulta de aplicación la pena de muerte y la cadena perpetua, no pudiéndose determinar, sin caer en la especulación²⁹, de la efectiva y real vinculación en la práctica del principio de proporcionalidad en la determinación y ejecución de la pena.

Finalmente, debe también mencionarse una manifestación contemporánea del sistema de «premios y castigos» en el sistema jurídico chino. Resulta, cuanto menos curioso, lo establecido en el artículo 78 respecto de la exhibición de comportamientos «meritorios» que motivarían una rebaja de la condena. Entre ellos, encontramos «sacrificarse a sí mismo para salvar a otros en actividades diarias de producción y de vida cotidiana; demostrar un desempeño sobresaliente en la lucha contra los desastres naturales y grandes accidentes; contribuir de cualquier otra forma importante al país y a la sociedad» como conductas muy similares al sacrificio exigido en la guerra durante la dinastía Qin. Por su parte, el mérito de «aportar invenciones o grandes innovaciones

²⁹ De los múltiples países en el mundo que contemplan la pena capital, China es de los pocos que no facilita los datos de sus ejecuciones a organizaciones como Amnistía Internacional.

tecnológicas» guarda también un llamativo parecido con los incentivos aparejados a la productividad.

4. Conclusiones

1. China es un país con una larga tradición jurídica inspirada principalmente en dos corrientes filosóficas: el confucianismo y el legalismo. La mezcla de un código de conducta moral inspirado en la naturaleza iusnaturalista de la escuela confuciana con leyes coercitivas y penas desproporcionadas bandera de la escuela legalista iuspositivista permitió el control de la sociedad china con escasas variaciones durante 2500 años.

2. Con la instauración de la Primera República China y la promulgación de la primera Constitución en la historia de China, los sujetos dejan de ser considerados súbditos para adquirir la condición de ciudadanos, con la consiguiente obtención de derechos individuales y políticos. En el ámbito penal ello se traduce en un nuevo Código que contempla los principios de legalidad y de proporcionalidad. Se eliminan las penas consistentes en castigos corporales, si bien se conserva la pena de muerte y se introduce la institución de la pena multa y la de los derechos políticos. Se instaura el concepto de inimputabilidad en el caso de menores, drogodependientes o personas con anomalías o alteraciones psíquicas y desaparece la responsabilidad objetiva, de manera que las modalidades imprudentes o negligentes en la comisión de un delito solo se penarán cuando se encuentre debidamente tipificadas.

3. En el periodo de Mao Tse Tung (1949-1978) se destruye todo vestigio del sistema político y jurídico anterior y se sustituyen todos los cuerpos jurídicos por la doctrina del Partido Comunista chino, siendo la Ley reemplazada por las políticas del Estado.

4. Tras el periodo maoísta y el inicio de la época de reforma y apertura liderada por Deng Xiao Ping (1978-2010), el Partido Comunista chino centra sus esfuerzos en promover un crecimiento de la economía para poder elevar la calidad de vida de la población a la vez que procuraba contener una potencial insurrección de la china rural por el descontento y la miseria arrastrada de la época anterior. Los máximos dirigentes chinos establecieron un programa acelerado de apertura comercial hacia el exterior que, en consideración a las exigencias del Derecho y el tráfico comercial internacional de la época, debía ofrecer unos mínimos de seguridad jurídica para los eventuales inversores extranjeros. Ante la falta de una clase intelectual suficientemente preparada para llevar a cabo ese cometido, el gobierno impulsó el envío masivo de funcionarios a distintos países extranjeros como Alemania, Japón o Francia para que se inspiraran e importaran los sistemas legales de vuelta a casa. La rapidez de las reformas dejó patente la preferencia de los dirigentes chinos por una mala legislación antes que por una ausencia de la misma. De esta manera, al Código penal se le incorporaron los grandes principios, aunque deficientemente expresados y desarrollados, de la codificación penal occidental: los principios de legalidad, de proporcionalidad, igualdad, de humanidad, etc.

5. Para facilitar la mejor adaptación en la aplicación y ejecución de la nueva legislación china, el legislador recurre a la resurrección de los valores morales del confucianismo. De esta forma, desde las élites gubernamentales y a través del uso de diferentes instrumentos jurídicos, se fortalece el respeto a la autoridad y se le devuelve un poder de control interno a los cabezas de familia respecto de los actos cometidos por los miembros integrados en su unidad familiar. En consecuencia, el asentamiento y la continuidad de China como un país autoritario de partido único, en el que no existe la división de poderes, se explica gracias a la aquiescencia tradicional de la sociedad

china respecto de regímenes despóticos. El Partido Comunista chino tiene la potestad para redactar la Ley e interpretarla, no siendo las resoluciones del Tribunal Supremo Popular fuente de jurisprudencia ni vinculantes para la política de Estado.

6. A pesar de la consagración del sistema legalista en la China contemporánea mediante la adopción de un sistema de códigos y con la importación e introducción de instituciones extranjeras en el ordenamiento jurídico, el alcance y efectividad de la Ley se ve parcial pero significativamente mermada por la presencia omnipresente de instituciones informales de herencia confuciana en la población china. Por consiguiente, la Ley escrita no es suficiente para entender la regulación de la sociedad china.

Bibliografía

- Beltrán Antolín, J. (2000). *La empresa familiar. Trabajo, redes sociales y familia en el colectivo chino*. OFRIM.
- Cao, D. (2004). *Chinese Law. A language Perspective*. Ashgate.
- Chan, W. (1963). *A Source Book in Chinese Philosophy*. Princeton University Press.
- Chen, J. (2007). *Chinese law: Context and transformation*. Martinus Nijhoff Publishers.
- China Institute of Applied Jurisprudence (2021). *Selected Cases from the Supreme People's Court of the People's Republic of China. Volume 2*. Springer/Law Press China.
- Cohen, J. A. (1996). The Criminal Process in the People's Republic of China: An Introduction. *Harvard Law Review*, 79 (3), 469-533. <https://www.jstor.org/stable/1339082>
- De Bary, T. (1960). *Sources of Chinese Tradition*. Columbia University Press.
- Dobinson, I. (2002). The Criminal Law of the People's Republic of China (1997): Real Change or Rhetoric? *Pacific Rim Law And Policy Journal*, 11, 1-62.
- Eco, U. (2008) *Decir casi lo mismo. Experiencias de traducción*. Lumen.
- Fairbank, J. K. (1992). *China: A New History*. Harvard University Press.
- Feng, Y. (2010). Legal Culture in China: a comparison to Western Law. *Revue Juridique Polynésienne*, 16, 115-123. <https://www.wgtn.ac.nz/law/research/publications/about-nzacl/publications/nzacl-yearbooks/yearbook-15,-2009/Feng.pdf>
- Gélvez-Rubio, T. y Defelipe Villa, C. (2016). Racionalidad del modelo de desarrollo chino: una perspectiva institucionalista. *Papel Político*, 21 (1), pp. 9-34. <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.papo21-1.rmde>
- Gómez Arias, J. T. (1998). A relationship marketing approach to guanxi. *European Journal of Marketing*, vol. 32, 145-156. https://www.researchgate.net/publication/243462317_A_relationship_marketing_a_approach_to
- González Ichaurreaga, I. (2015). *Derecho Chino: Una introducción para diplomáticos, empresarios y políticos*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Ho, N. P. (2015). Understanding Traditional Chinese Law in Practice: The Implementation of Criminal Law in the Tang Dynasty (618-907 AD). *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 32 (2), 145-180. <https://doi.org/10.5070/P8322029214>
- Huang, P. C. C. (1996). *Civil Justice in China: Representation and Practice in the Qing. Law, Society and Culture in China*. Stanford University Press.
- Hulsewé, A. F. P. (1955). *Remnants of Han Law*. E.J. Brill.
- Jaschok, M. y Miers, S. (1998). *Mujeres y patriarcado chino. Sumisión, servidumbre y escape*. Bellaterra.
- Johnson, W. (1995). Status and Liability for Punishment in the Tang Code. *Chicago-Kent Law Review*, 71 (1), 217-229. <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3018&context=cklawreview>

- Karlgren, B. (1950). *The Book of Odes: Chinese Text, Transcription and Translation*. Museum of Far Eastern Antiquities.
- Kim, J. Y. y Nam, S. H. (1998). The Concept and Dynamics of Face: Implications for Organizational behavior in Asia. *Organization Science*, 9 (4), pp. 522-534. <https://www.jstor.org/stable/2640277>
- Leng, S. C. (1977). The Role of Law in the People's Republic of China as Reflecting Mao Tse-Tung's Influence. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 68 (3), 356-373. <https://doi.org/10.2307/1142585>
- Lin, F. S. (1964). Communist China's Emerging Fundamentals of Criminal Law. *The American Journal of Comparative Law*, 13 (1), 80-93.
- Maccormack, G. (1996). *The Spirit of Traditional Chinese Law*. Athens. The University of Georgia Press.
- Mcknight, B. (1997). *Punishment in traditional China: from Family, to Group, to State. Perspective on Punishment: An interdisciplinary Exploration*. Peter Lang.
- Misra, K. (1998). Deng's China: From Post-Maoism to Post-Marxism. *Economic & Political Weekly*, 33 (42-43), 2740-2748. https://www.jstor.org/stable/pdf/4407298.pdf?refreqid=fastly-default%3A96674b16768ef12953d60a0e91fb438e&ab_segments=&origin=&initator=&acceptTC=1
- Muñoz Conde, F. (2005). La parte general del Código penal de la República Popular China. *Revista penal*, (15), 85-104.
- Oropeza García, A. (2015). Modernización del Derecho Chino en el Último Siglo. En Comité Jurídico Interamericano (Ed.), *Curso de Derecho Internacional XXXIX* (179-196), Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIX_curso_derecho_internacional_2012_Arturo_Oropeza_Garcia.pdf
- Pines, Y. (2016). Social Engineering in Early China. *Oriens Extremus*, 55, 1-38. https://www.jstor.org/stable/pdf/26402198.pdf?refreqid=fastly-default%3A7bb2bae91f4e2fd38ae40a5960e053e3&ab_segments=&origin=&initator=&acceptTC=1
- Reinhard, B. (1997). *Max Weber: an intellectual portrait*. University of California Press.
- Riley, N. E. (1994). Interwoven Lives: Parents, Marriage and Guanxi in China. *Journal of Marriage and the Family*, 56 (4), 791-803.
- Ríos, X. (2012). *China pide paso: De Hu Jintao a Xi Jinping*. Icaria Antrazyt.
- Ríos, X. (2016). *China moderna. Una inmersión rápida*. Tibidabo.
- Sheng, R.C.W. (1935). Revised Penal Code of China, *The China Law Review*, 8 (1), 137-144.
- Sanft, C. (2014). *Communication and Cooperation in Early Imperial China. Publicizing the Qin Dynasty*. Suny Press.
- Smith, R. J. (1983). *China's culture heritage. The Ching Dynasty 1644-1912*. Westview Press.
- Maine, H. J. S. (2018 [1887]). *Ancient Law*. Olejnik.
- Yao, X. (2000). *An introduction to Confucianism*. Cambridge University Press.
- Yutang, L. (1935). *My Country and My People*. Reynal & Hitchcock.
- Yutang, L. (1936). *A History of the Press and the Public Opinion in China*. The University of Chicago Press.
- Yutang, L. (1996). Sobre la traducción. En D. López García (Ed.), *Teoría de la traducción: antología de textos* (377-393). Universidad de Castilla-La Mancha.
- Zhangsun, W. (2012). *Selection from the Tang Code: Article 6. The ten abominations*. www.afe.easia.columbia.edu

Parte General del Código Penal de la República Popular China*

General Provisions on the Criminal Code of the People's Republic of China

Cita recomendada:

Parte General del Código Penal de la República Popular China. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 385-415

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8518>

Recibido / received: 19/01/2024
Aceptado / accepted: 10/03/2024

ÍNDICE

I. PARTE GENERAL

CAPÍTULO I: El objeto, los principios básicos y el ámbito de aplicación del Derecho penal.

CAPÍTULO II: De los delitos.

- Sección I: Los delitos y la responsabilidad criminal.
- Sección II: Actos preparatorios, tentativa y desistimiento.
- Sección III: Participación conjunta de varios sujetos en la comisión de un delito y sus modalidades
- Sección IV: Delitos de la «unidad»

CAPÍTULO III: De las penas.

- Sección I: Clases de penas.
- Sección II: Vigilancia y control público.
- Sección III: Detención.
- Sección IV: Prisión de duración determinada y cadena perpetua.
- Sección V: Pena de muerte.
- Sección VI: Multas.
- Sección VII: Privación de los derechos políticos
- Sección VIII: Embargos/Confiscación de propiedades.

CAPÍTULO IV: Determinación de la pena.

- Sección I: Determinación de la pena
- Sección II: Reincidencia.

* Traducción al español realizada por Lin Cheung Wan, Universidad Carlos III de Madrid.

- Sección III: Rendición voluntaria y desempeño meritorio.
- Sección IV: Concursos
- Sección V: Suspensión de la sentencia.
- Sección VI: Reducción de la pena.
- Sección VII: Libertad condicional.
- Sección VIII: Prescripción

CAPÍTULO V: Otras disposiciones.

PARTE GENERAL

CAPÍTULO I: EL OBJETO, LOS PRINCIPIOS BÁSICOS Y EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL.

第一条 【立法宗旨】为了惩罚犯罪，保护人民，根据宪法，结合我国同犯罪作斗争的具体经验及实际情况，制定本法

Artículo 1 «Finalidad de la legislación»: Con el objeto de castigar la comisión de delitos y proteger al pueblo chino, este Código ha sido promulgado de acuerdo con la Constitución y a la luz de las experiencias concretas y circunstancias actuales en la lucha de la República Popular China contra la criminalidad.

第二条 【本法任务】中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。

Artículo 2 «El objeto de este Código»: El objeto del Código penal de la República Popular China es el de utilizar el castigo penal en la lucha contra todo acto criminal para proteger la seguridad del Estado, defender el poder estatal de la democracia dictatorial del pueblo y del sistema socialista, salvaguardar la propiedad del Estado y la propiedad colectiva de la clase trabajadora así como la propiedad privada de los ciudadanos, proteger los derechos individuales de los ciudadanos, además de sus derechos democráticos y otros derechos, mantener el orden social y económico y asegurar la fluidez de la construcción de la causa socialista.

第三条 【罪刑法定】法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑

Artículo 3 «Procedimiento legal de la condena y el castigo»: Aquellos actos que este Código estipule como constitutivos de delito, serán enjuiciados y castigados de acuerdo con la Ley; mientras que aquellos otros que no estén estipulados como constitutivos de delito, no deberán ser ni enjuiciados ni castigados.

第四条 【适用刑法人人平等】对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。

Artículo 4 «Aplicación igualitaria de la Ley»: Ante la comisión de un delito, la Ley será aplicada por igual para todos. Ninguna persona puede tener privilegios en términos de transgresión de la Ley.

第五条 【罪责刑相适应】 刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应

Artículo 5 «Proporcionalidad entre delito y responsabilidad penal»: La gravedad de la pena deberá corresponderse con el delito cometido y la responsabilidad penal que de ello derive.

第六条 【属地管辖权】 凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。

凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。

犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。

Artículo 6 «Ámbito territorial de aplicación»: Este Código será de aplicación para los delitos cometidos en el territorio de la República Popular China, excepto que se estipule lo contrario por la Ley.

Este Código también será aplicable cuando el delito se cometa a bordo de un buque o aeronave propiedad de la República Popular China.

Cuando el delito o su resultado acaezca en el territorio de la República Popular China, se considerará que este se habrá cometido en el territorio de la República Popular China.

第七条 【属人管辖权】 中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法，但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。

中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的，适用本法。

Artículo 7 «Ámbito subjetivo de aplicación»: Este Código será de aplicación a todo ciudadano de la República Popular China que cometa un delito fuera del territorio chino, siempre y cuando dicho delito se encuentre definido en esta misma ley. Podrá renunciarse a la investigación del delito cometido si la pena más grave prevista para este fuera la de prisión de no más de tres años.

Este Código será aplicable a todos los funcionarios estatales y soldados de la República Popular China que cometan un delito fuera del territorio chino, siempre y cuando dicho delito se encuentre definido en esta misma ley.

第八条 【保护管辖权】 外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。

Artículo 8 «Protección de la jurisdicción»: Este Código será de aplicación a todo extranjero que fuera del territorio de la República Popular China cometa un delito que ponga en peligro a la República Popular China o a sus ciudadanos, siempre que el delito cometido se encuentre definido en esta misma ley y que la pena más grave prevista sea la prisión de al menos tres años.

Podrá exceptuarse la aplicación de este precepto cuando el delito cometido no sea punible conforme a la legislación vigente del lugar de comisión.

第九条【普遍管辖权】对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。

Artículo 9 «Jurisdicción universal»: Este Código será también de aplicación a los delitos por los que se haya cumplido condena en un país extranjero. En estos casos se podrá eximir la aplicación de la pena o concederse una reducción.

第十条【对外国刑事判决的消极承认】凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。

Artículo 10 «Reconocimiento negativo de las sentencias extranjeras»: Toda persona que cometa un delito fuera del territorio de la República Popular China y que de acuerdo con esta ley deba asumir responsabilidad criminal, podrá ser investigado de acuerdo con la misma aun cuando el delito ya haya sido juzgado en el país donde se cometió. Si dicha persona ya ha cumplido condena en el correspondiente país extranjero, se le podrá eximir la aplicación de la pena o concederle una reducción de esta.

第十一条【外交代表刑事管辖豁免】享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决。

Art. 11 «Inmunidades diplomáticas de los representantes extranjeros»: La responsabilidad penal de los extranjeros que gocen de privilegios e inmunidades diplomáticas, se resolverá por medio de vías diplomáticas.

第十二条【刑法溯及力】中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。本法施行以前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。

Art. 12 «Retroactividad favorable del derecho penal»: Si un acto cometido después de la fundación de la República Popular China, pero antes de la entrada en vigor de este Código, no fuera constitutivo de delito de acuerdo con la Ley vigente del momento en que se cometió, le seguirá siendo de aplicación dicha Ley. Si el acto cometido hubiera sido constitutivo de delito de acuerdo con la Ley vigente del momento en que se cometió y aún es perseguible de acuerdo con lo estipulado en la Sección 8, Capítulo 4 de la Parte General de este Código, la responsabilidad penal será investigada de acuerdo con las leyes del momento en que se cometió el delito. En caso de que el acto cometido no sea constitutivo de delito conforme a este Código o se estipule para este una pena inferior, será de aplicación este Código. Las condenas que hayan sido dictadas y ejecutadas conforme con las leyes anteriores a la entrada en vigor de este Código seguirán siendo eficaces [sic].

CAPÍTULO II: DE LOS DELITOS

SECCIÓN I: LOS DELITOS Y LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.

第十三条【犯罪概念】一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。

Artículo 13 «Concepto de delito»: Es delito y será castigado de acuerdo con la Ley todo acto que ponga en peligro la soberanía, integridad territorial y seguridad del Estado, divida al Estado, subvierta el poder estatal de la dictadura democrática del pueblo, destruya el sistema socialista, debilite el orden público y económico, viole la propiedad estatal, la propiedad colectiva del pueblo trabajador o la propiedad privada de los ciudadanos, e infrinja los derechos personales de los ciudadanos, democráticos u otros y ponga en peligro la sociedad.

El acto no será constitutivo de delito cuando sea manifiestamente de escasa significatividad y el peligro originado no sea grave.

第十四条【故意犯罪】明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。

故意犯罪，应当负刑事责任。

Artículo 14 «Delito doloso»: Un delito será doloso cuando el acto se cometa siendo consciente de los resultados dañinos que va a provocar en la sociedad, y aun así se permita o desee que ocurran tales resultados.

Los delitos dolosos llevan aparejada responsabilidad penal.

第十五条【过失犯罪】应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。

过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。

Artículo 15 «Delito imprudente»: Un delito es imprudente cuando quien lo cometa prevea que de su actuación negligente pueda derivarse un resultado dañino para la sociedad o bien cuando habiendo previsto esas consecuencias crea que puede evitarlas.

Los delitos imprudentes llevan aparejada responsabilidad penal solo cuando así lo prevea la Ley.

第十六条【不可抗力和意外事件】行为在客观上虽然造成了损害结果，但是不是出于故意或者过失，而是由于不能抗拒或者不能预见的原因所引起的，不是犯罪。

Artículo 16 «Supuestos de fuerza irresistible o imprevisibilidad»: No serán constitutivo de delitos los actos que, aun causando resultados dañinos, se hayan producido como consecuencia de una fuerza irresistible o imprevisibilidad y no por dolo o imprudencia.

第十七条【刑事责任年龄】已满十六周岁的人犯罪，应当负刑事责任。

已满十四周岁不满十六周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投放危险物质罪的，应当负刑事责任。

已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。

因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要的时候，也可以由政府收容教养。

Artículo 17 «Edad de responsabilidad criminal»: Será responsable penalmente el mayor de 16 años que cometa un delito.

Será responsable penalmente el mayor de 14 años pero menor de 16, cuando este cometa un homicidio doloso, lesione dolosamente a otro de manera grave u ocasionándole la muerte, viole, robe con violencia, trafique drogas, provoque incendios, cause explosiones o envenene.

Al mayor de 14 años pero menor de 18, que cometa un crimen, se le castigará con una pena inferior o atenuada.

Cuando un sujeto no sea castigado por ser menor de 16 años, el cabeza de familia o tutor se encargará de disciplinarle. Si fuera preciso, el Gobierno podrá encargarse de la rehabilitación.

第十七条之一【刑事责任年龄】已满七十五周岁的人故意犯罪的，可以从轻或者减轻处罚；过失犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。

Artículo 17.1 «Edad de responsabilidad criminal (II)»: Cuando una persona mayor de 75 años cometa un delito doloso, se le podrá imponer una pena inferior o atenuada; si el delito es cometido imprudentemente se castigará con una pena inferior o atenuada.

第十八条【特殊人员的刑事责任能力】精神病人¹在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果，经法定程序鉴定确认的，不负刑事责任，但是应当责令他的家属或者监护人严加看管和医疗；在必要的时候，由政府强制医疗。

间歇性的精神病人在精神正常²的时候犯罪，应当负刑事责任。

尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人犯罪的，应当负刑事责任，但是可以从轻或者减轻处罚。

醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。

Artículo 18 «Responsabilidad criminal de las personas que padecen alteraciones o anomalías psíquicas»: Cuando una persona que padezca alteraciones o anomalías psíquicas cause resultados dañinos en un momento en que no es capaz de reconocer o controlar su propia conducta, tras la correspondiente verificación y confirmación legal de su estado, se le declarará inimputable; pero el cabeza de familia o tutor deberá encargarse de su vigilancia y control y de su

¹ La traducción literal del término 精神病人 es «enfermo mental» o «*mental patient*», reflejándose así en numerosas obras de otros autores, incluso en la ofrecida por Muñoz Conde. Ahora bien, sin perjuicio ni intención de menoscabar la calidad de las traducciones realizadas por otros compañeros, en mi obra he considerado más adecuado el término «personas que padecen alteraciones o anomalías psíquicas» en aras de ofrecer un término más aséptico y sensible a la realidad de los sujetos a los que se refiere.

² Una vez más, la traducción literal de 精神正常 sería «estado normal mental» o «*normal mental state*» y a esta se han acogido numerosos autores para su obra. Sin embargo, consciente de la dificultad que puede ocasionar determinar un concepto tan abstracto como «la normalidad», he considerado más adecuado el uso de una institución análoga como es el «uso de la razón» para mi traducción.

tratamiento médico. Si fuera preciso, el Gobierno podrá someter al individuo a tratamiento médico obligatorio.

Las personas que sufran de alteraciones psíquicas de carácter transitorio serán responsables penalmente si, durante la comisión del crimen, se encontraban en uso de la razón.

Si durante la comisión del delito la persona que padece una alteración o anomalía psíquica no ha perdido completamente la capacidad de reconocimiento o control de su conducta será responsable penalmente, pero podrá imponérsele una pena inferior o atenuada.

Serán responsables criminalmente quienes cometan un delito en estado de embriaguez.

第十九条【又聋又哑的人或盲人犯罪的刑事责任】又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。

Artículo 19 «Sobre la responsabilidad criminal de las personas sordomudas o ciegas»: A las personas sordomudas o ciegas que cometan un delito se les podrá castigar con una pena inferior o atenuada o eximirles la pena.

第二十条【正当防卫】为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。

正当防卫明显超过必要限度造成重大损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。

对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。

Artículo 20 «Legítima defensa»: Queda exento de responsabilidad penal quien para proteger los intereses públicos o del Estado, los derechos personales o patrimoniales propios o ajenos u otros derechos, actúe para detener infracciones ilegítimas en curso aun cuando dichas acciones dañen al infractor. Si en el ejercicio de legítima defensa el defensor excediere manifiestamente lo necesario causando un grave daño, será responsable penalmente, pero se le deberá imponer una pena inferior o atenuada. El que actuare en legítima defensa para evitar un asesinato, homicidio, robo violento, secuestro u otros tipos de delitos violentos que estén ejecutando y ponga en peligro su seguridad personal, no se considerará que haya exceso la legítima defensa ni originará responsabilidad criminal aun cuando cause daño o la muerte del agresor.

第二十一条【紧急避险】为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应当负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。

第一款中关于避免本人危险的规定，不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。

Artículo 21 «Estado de necesidad»: Queda exento de responsabilidad criminal quien para la protección de intereses públicos y del Estado, de los derechos personales o patrimoniales propios o ajenos o de otros derechos, realice actos para detener un peligro en curso aun cuando cause daños en el proceso.

Si en el ejercicio del estado de necesidad el sujeto excediere manifiestamente lo necesario causando un grave daño será responsable penalmente, pero se le deberá imponer una pena inferior o atenuada.

Lo dispuesto en el primer párrafo relativo a la actuación para detener un peligro personal propio, no será aplicable a las personas que por razón de su oficio o cargo deban soportar responsabilidades específicas.

SECCIÓN II: PREPARACIÓN, TENTATIVA Y DESISTIMIENTO DEL DELITO.

第二十二條【犯罪預備】 為了犯罪，準備工具、製造條件的，是犯罪預備。

對於預備犯，可以比照既遂犯從輕、減輕處罰或者免除處罰。

Artículo 22 «Actos preparatorios»: Son actos preparatorios aquellos encaminados a la preparación de los instrumentos o la creación de las condiciones para la comisión del delito.

Al autor de los actos preparatorios de un delito se le podrá castigar con una pena atenuada o inferior respecto de prevista para el delito si se hubiera consumado o se le podrá eximir de pena.

第二十三條【犯罪未遂】 已經着手實行犯罪，由於犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。

對於未遂犯，可以比照既遂犯從輕或者減輕處罰。

Artículo 23 «La tentativa»: Hay tentativa cuando el sujeto haya comenzado la ejecución del delito pero este no se llega a consumir por razones ajenas de su voluntad.

Al autor de una tentativa se le impondrá una pena atenuada o inferior respecto de la prevista para el delito si se hubiera consumado.

第二十四條【犯罪中止】 在犯罪過程中，自動放棄犯罪或者自動有效地防止犯罪結果發生的，是犯罪中止。

對於中止犯，沒有造成損害的，應當免除處罰；造成損害的，應當減輕處罰。

Artículo 24 «El desistimiento»: Hay desistimiento en la comisión de un delito cuando el autor desiste voluntariamente de su realización o cuando voluntaria y efectivamente evita que ocurran los resultados del delito.

Cuando se desista de la comisión de un delito, si no se han producido daños, deberá eximirse la pena; si se han producido daños, deberá imponerse una pena atenuada.

SECCIÓN III: PARTICIPACIÓN CONJUNTA DE VARIOS SUJETOS EN LA COMISIÓN DE UN DELITO Y SUS MODALIDADES.

第二十五條【共同犯罪的概念】 共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。

二人以上共同過失犯罪，不以共同犯罪論處；應當負刑事責任的，按照他們所犯的罪分別處罰。

Artículo 25 «Definición de delito conjunto»: Es un delito conjunto aquel en el que dos o más personas se convengan para cometer un delito doloso.

No se considerará un delito conjunto aquel que lleven a cabo forma imprudente dos o más personas; sin embargo, responderán individualmente en consideración al delito que hayan cometido.

第二十六条【主犯】组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的，是主犯。

三人以上为共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，是犯罪集团。

对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚。

对于第三款规定以外的主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚

Artículo 26 «Autor principal»: Es autor principal aquel que organiza o lidera una asociación para la práctica de actividades delictivas o que en la comisión de un delito conjunto desempeñe la acción principal.

Es grupo criminal toda organización relativamente estable formada por tres o más personas que se convengan con el propósito de cometer delitos conjuntamente.

Cualquier líder que organice o dirija un grupo criminal será responsable penalmente de todos los delitos que cometa el grupo.

Cualquier autor principal que no tenga la consideración de líder de acuerdo con lo dispuesto en el tercer párrafo de este artículo, será responsable penalmente de todos los delitos en los que haya participado, organizado o dirigido.

第二十七条【从犯】在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。

对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

Artículo 27 «Complicidad»: Es cómplice aquel que en la comisión de un delito conjunto desempeñe una función secundaria o auxiliar.

Al cómplice se le castigará con una pena inferior o atenuada o se le eximirá la pena.

第二十八条【胁从犯】对于被胁迫参加犯罪的，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。

Artículo 28 «Coacción para la comisión de un delito»: Cuando un sujeto haya sido coaccionado para cometer un delito, se le castigará con una pena atenuada o se le eximirá de esta teniendo en consideración las circunstancias concurrentes.

第二十九条【教唆犯】教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。

教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚。

如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处。

Artículo 29 «Inducción»: Aquel que induzca a otro a cometer un delito será castigado de acuerdo con su participación en el delito conjunto. Al que induzca a una persona menor de 18 años a cometer un delito, se le impondrá una pena agravada.

Si el inducido no comete el delito al que se le indujo, se le podrá imponer una pena inferior o atenuada al inductor.

SECCIÓN IV: DELITOS DE LA UNIDAD³

第三十条 【单位负刑事责任的范围】公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。

Artículo 30 «Alcance de la responsabilidad penal de la unidad»: Toda empresa, compañía, institución pública⁴, órgano gubernamental u cualquier otra organización que cometa un acto que ponga en peligro la sociedad y que encuentre previsto en la ley como delito, será responsable penalmente.

第三十一条 【单位犯罪的处罚原则】单位犯罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。本法分则和其他法律另有规定的，依照规定。

Artículo 31 «Principios sancionadores de los delitos cometidos en una unidad»: La unidad que cometa un delito será castigada con una pena de multa; los sujetos que estuvieran directamente encargados y aquellos directamente responsables del delito serán responsables penalmente. En caso de que en este Código o en otras leyes se contemplen disposiciones más específicas al respecto, serán de aplicación las disposiciones más específicas.

CAPÍTULO III: DE LAS PENAS

SECCIÓN I: TIPOS DE PENAS

第三十二条 【主刑和附加刑】刑罚分为主刑和附加刑

Artículo 32 «Penas principales y penas accesorias»: Las penas se dividen en principales y accesorias.

第三十三条 【主刑种类】主刑的种类如下：

- (一) 管制；
- (二) 拘役；
- (三) 有期徒刑；
- (四) 无期徒刑；
- (五) 死刑。

Artículo 33 «Clases de penas principales»: Son penas principales las siguientes:

1. Vigilancia y control público.
2. Detención.
3. Prisión de duración determinada.

³ El término «单位», cuya traducción literal es «unidad», debe entenderse necesariamente en relación con el contexto político, social y económico donde surge, pues es una institución exclusiva de la República Popular China. La figura del *Danwei* surge como propuesta alternativa a las empresas y compañías privadas durante la época maoísta y consistía en «unidades» o puestos de trabajo propiedad del Estado. Si bien su presencia en la sociedad china ha decaído tras las reformas económicas de 1980, la palabra se sigue utilizando popularmente para referirse a las empresas estatales o también para aludir a «oficina», «departamento» o como «unidad» (por ejemplo, una provincia es una unidad administrativa o 行政单位). Fruto de su difícil traducción por su abstracto concepto, Muñoz Conde, por ejemplo, lo traduce como «persona jurídica». En todo caso, el lector es libre de acogerse a la traducción que más adecuada crea para su comprensión de la obra.

⁴ El término «事业单位» o institución pública engloba escuelas, hospitales, museos, etc.

4. Prisión permanente.
5. Pena de muerte.

第三十四条【附加刑种类】附加刑的种类如下:

- (一) 罚金;
- (二) 剥夺政治权利;
- (三) 没收财产;

附加刑也可以独立适用。

Artículo 34 «Clases de penas accesorias»: Son penas accesorias las siguientes:

1. Multa.
2. Privación de los derechos políticos.
3. Confiscación de la propiedad.

第三十五条【驱逐出境】对于犯罪的外国人，可以独立适用或者附加适用驱逐出境。

Artículo 35 (Deportación): Al extranjero que cometa un delito se le podrá imponer la pena de deportación de manera independiente o accesoria.

第三十六条【赔偿经济损失与民事优先原则】由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失。

承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时被判处罚金，其财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担对被害人的民事赔偿责任。

Artículo 36 (Responsabilidad civil y principio de prelación de la responsabilidad civil): Cuando la víctima de un delito sufra una pérdida económica a causa de este, además de la pena correspondiente prevista en la Ley el autor deberá indemnizar, atendiendo a las circunstancias, el perjuicio económico causado.

Cuando el responsable penal sea a la vez responsable civil y se le condene simultáneamente a pena de multa y a satisfacer la responsabilidad civil, pero su patrimonio resulte insuficiente para satisfacer ambas, o bien sea condenado a pena de confiscación de su patrimonio, deberá afrontar preferentemente la responsabilidad civil de la víctima.

第三十七条【非刑罚性处置措施】对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚，但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。

Artículo 37 «Medidas extrapenales»: Cuando atendiendo a la escasa gravedad del delito este no requiera sanción penal, podrá eximirse la aplicación de la pena; pero de acuerdo con las diferentes circunstancias de cada caso, el autor podrá ser amonestado u obligado a emitir una declaración de arrepentimiento o de disculpas, indemnizar los perjuicios causados o ser sujeto de las sanciones administrativas impuestas por el departamento competente.

第三十七条之一【禁业规定】因利用职业便利实施犯罪，或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为三年至五年。

被禁止从事相关职业的人违反人民法院依照前款规定作出的决定的，由公安机关依法给予处罚；情节严重的，依照本法第三百一十三条的规定定罪处罚。

Artículo 37.1 «Prohibición de ejercer determinadas profesiones»: Cuando el delincuente sea condenado por un delito en el que para su comisión este se haya aprovechado de facilidades inherentes a su profesión o bien haya violado obligaciones concretas inherentes a las exigencias de su profesión, el Tribunal competente podrá, de acuerdo con las circunstancias en las que se cometió el delito y atendiendo a la necesidad de prevenir la reincidencia, prohibir que el condenado participe en profesiones o actividades relacionadas con dicho oficio hasta que finalice la ejecución de la pena o el período de la libertad condicional. Dicha medida tendrá una duración de entre 3 y 5 años.

Si el condenado violase las medidas establecidas por el Tribunal en aplicación del párrafo anterior será castigado por los órganos públicos de seguridad y, si las circunstancias fueran graves, será enjuiciado y condenado de acuerdo con el artículo 313 de este Código.

Si otras Leyes o disposiciones administrativas contemplasen otras prohibiciones o restricciones en relación con los hechos condenados, estas se aplicarán con preferencia.

SECCIÓN II: VIGILANCIA Y CONTROL PÚBLICO

第三十八条【管制的期限与执行机关】管制的期限，为三个月以上二年以下。判处管制，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在执行期间从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。对判处管制的犯罪分子，依法实行社区矫正。

违反第二款规定的禁止令的，由公安机关依照《中华人民共和国治安管理处罚法》的规定处罚。

Artículo 38 «Duración de la vigilancia y control públicos y órgano de ejecución»: La duración de la vigilancia pública no podrá ser inferior a 3 meses ni superior a 2 años.

La sentencia en la que se establezcan medidas de vigilancia pública podrá contemplar, asimismo, de acuerdo con las circunstancias en las que se cometió el delito, prohibiciones al condenado de llevar a cabo actividades concretas, acceder a zonas o lugares concretos o bien establecer contacto con personas concretas durante el periodo que dure la ejecución de la vigilancia pública.

El condenado a vigilancia pública estará sujeto a medidas comunitarias de corrección. Los que violen las prohibiciones establecidas en el párrafo segundo de este artículo serán castigados por el órgano de seguridad pública correspondiente de acuerdo con la «Ley de Administración de la Seguridad Pública de la República Popular China».

第三十九条【被管制罪犯的义务与权利】被判处管制的犯罪分子，在执行期间，应当遵守下列规定：

- (一) 遵守法律、行政法规，服从监督；
- (二) 未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；
- (三) 按照执行机关规定报告自己的活动情况；
- (四) 遵守执行机关关于会客的规定；

(五) 离开所居住的市、县或者迁居，应当报经执行机关批准。
对于被判处管制的犯罪分子，在劳动中应当同工同酬。

Artículo 39 «Obligaciones y derechos del condenado a vigilancia pública»: El condenado a la pena de vigilancia y control público deberán cumplir las siguientes previsiones:

1. Respetar la Ley, los reglamentos administrativos y obedecer la supervisión.
2. El condenado no podrá ejercer, sin la autorización favorable previa del órgano de control, los derechos de libertad de expresión, libertad de prensa, libertad de reunión, libertad de asociación y libertad de manifestación⁵.
3. Informar sobre las circunstancias de las actividades propias de acuerdo con la normativa del órgano de ejecución.
4. Respetar el «régimen de visitas» establecido por el órgano de ejecución.
5. Informar y obtener la autorización favorable del órgano de ejecución antes de cambiar la residencia, distrito o ciudad.

El condenado a la pena de vigilancia pública deberá percibir un salario idéntico al de un trabajador en situación de libertad.

第四十条 【管制期满解除】被判处管制的犯罪分子，管制期满，执行机关应即向本人和其所在单位或者居住地的群众宣布解除管制。

Artículo 40 «Finalización del periodo de vigilancia pública»: Cuando finalice el período de vigilancia pública el órgano de ejecución deberá anunciar inmediatamente el levantamiento de las medidas de vigilancia pública al condenado y a la «unidad» o a la comunidad del lugar donde resida.

第四十一条 【管制刑期的计算和折抵】管制的刑期，从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期二日。

Artículo 41 «Cómputo y acreditación de las sentencias de vigilancia pública»: El cómputo de duración de la vigilancia pública se iniciará en la fecha de ejecución de la sentencia. En el caso de que el condenado ya se encontrase detenido preventivamente⁶ antes de la ejecución de la sentencia, un día de detención preventiva equivaldrá a dos de prisión.

SECCIÓN III: LA DETENCIÓN⁷

第四十二条 【拘役的期限】拘役的期限，为一个月以上六个月以下。

Artículo 42 «Límite del periodo de detención»: El período de detención no será inferior a un mes ni superior a seis meses.

第四十三条 【拘役的执行】被判处拘役的犯罪分子，由公安机关就近执行。

⁵ Si bien nuestra idea de manifestación engloba tanto la marcha pacífica como la protesta, el texto original las distingue y prohíbe ambas.

⁶ En este supuesto, sí se trataría de una detención como medida cautelar. A modo ejemplificativo, las traducciones en inglés lo transcriben como «held in custody».

⁷ La detención en el sistema penal español es una medida cautelar que consiste en privación temporal de la libertad ambulatoria ordenada por una autoridad competente, por lo que no debe confundirse con el concepto de detención del sistema penal chino donde adquiere la naturaleza de una verdadera pena privativa de libertad.

在执行期间，被判处拘役的犯罪分子每月可以回家一天至两天；参加劳动的，可以酌量发给报酬。

Artículo 43 «Ejecución de la detención»: La ejecución de la condena de detención será llevada a cabo por el órgano de seguridad pública más cercano.

Durante el período de ejecución se le permitirá al condenado volver a casa 1 o 2 días al mes, y aquellos que desempeñen un trabajo podrán ser remunerados según corresponda.

第四十四条【拘役刑期的计算和折抵】拘役的刑期，从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。

Artículo 44 «Cómputo y acreditación de la detención»: El cómputo de la pena detención iniciará en la fecha de la ejecución de la sentencia. Si el condenado ya se hallare se encontrase detenido preventivamente antes de la ejecución de la sentencia, un día de detención preventiva equivaldrá a un día de detención.

SECCIÓN IV: PRISIÓN DE DURACIÓN DETERMINADA Y CADENA PERPETUA

第四十五条【有期徒刑的期限】有期徒刑的期限，除本法第五十条、第六十九条规定外，为六个月以上十五年以下。

Artículo 45 «Prisión de duración determinada y cadena perpetua»: El período de duración de la prisión de duración determinada, excepto en los supuestos previstos en los artículos 50 y 69 de este Código, no será inferior a 6 meses ni superior a 15 años.

第四十六条【有期徒刑与无期徒刑的执行】被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在监狱或者其他执行场所执行；凡有劳动能力的，都应当参加劳动，接受教育和改造。

Artículo 46 «Ejecución de la prisión de duración determinada y de la cadena perpetua»: El condenado a la pena de prisión de duración determinada o a cadena perpetua cumplirá condena en una prisión o en otros lugares de ejecución; aquellos que tengan capacidad para trabajar deberán participar en el trabajo y recibir educación y reforma.

第四十七条【有期徒刑刑期的计算与折抵】有期徒刑的刑期，从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。

Artículo 47 «Cómputo y acreditación de la prisión con duración determinada»: El cómputo de la pena de prisión de duración determinada se iniciará desde la fecha del inicio de la ejecución de la sentencia. Si el condenado ya se hallase detenido preventivamente antes de la ejecución de la sentencia, un día detenido preventivamente equivaldrá a un día del período de la pena.

SECCIÓN V: PENA DE MUERTE

第四十八条【死刑、死缓的适用对象及核准程序】死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。



死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。死刑缓期执行的，可以由高级人民法院判决或者核准。

Artículo 48 «Pena de muerte, sujetos aplicables y procedimiento de aprobación»: La pena de muerte sólo será aplicable a los delincuentes que cometan ofensas especialmente graves. Si la inmediata ejecución de la pena de muerte del condenado no fuera necesaria, se le podrá imponer simultáneamente la suspensión de la ejecución de la pena de muerte por un periodo de dos años.

Excepto las condenas de pena de muerte dictadas de acuerdo con la Ley por el Tribunal Supremo Popular, las demás deberán comunicarse al Tribunal Supremo Popular para su aprobación. La suspensión de la ejecución de la pena de muerte puede ser decidida o aprobada por el Tribunal Supremo Popular.

第四十九条【死刑适用对象的限制】犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。

审判的时候已满七十五周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外。

Artículo 49 «Limitación en la aplicación de la pena de muerte por razón del sujeto»: No procederá la pena de muerte cuando el condenado en el momento de la comisión del delito fuera menor de 18 años, o bien se encuentre embarazada durante el juicio.

No procederá la pena de muerte a la persona que haya cumplido 75 años en el momento del juicio, excepto cuando haya causado muerte por medios especialmente crueles.

第五十条【死缓变更】判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，二年期满以后，减为无期徒刑；如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为二十五年有期徒刑；如果故意犯罪，情节恶劣的，报请最高人民法院核准后执行死刑；对于故意犯罪未执行死刑的，死刑缓期执行的期间重新计算，并报最高人民法院备案。对被判处死刑缓期执行的累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处死刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定对其限制减刑。

Artículo 50 «Conmutación de la pena de la suspensión de la ejecución de la pena de muerte»: Si durante la suspensión de la ejecución de la pena de muerte el condenado no cometiese ningún delito doloso, una vez transcurrido el periodo de 2 años la pena de muerte le será conmutada por cadena perpetua. Si durante el período de suspensión de la ejecución de la pena de muerte el condenado hubiera realizado un desempeño realmente meritorio, una vez transcurrido el período de 2 años, la pena de muerte le será conmutada por 25 años de prisión. Si durante el periodo de suspensión de la ejecución de la pena de muerte el condenado cometiese un delito doloso y las circunstancias fueran graves, la pena de muerte podrá ser ejecutada tras ser comunicada y aprobada por el Tribunal Supremo Popular. Cuando se cometa un delito doloso, pero no proceda la ejecución de la pena de muerte, el cómputo del periodo de la suspensión de la ejecución de la pena de muerte se deberá recalcular y comunicar al Tribunal Supremo Popular para su debido registro.

Cuando se trate de reincidentes condenados a suspensión de la ejecución de la pena de muerte por delitos dolosos de homicidio, violación, robo, secuestro, ocasionamiento de incendios o explosiones, arrojamiento de sustancias peligrosas o cuando se trate de delincuentes pertenecientes a una organización de naturaleza violenta, el

Tribunal Popular correspondiente podrá acordar simultáneamente, de acuerdo con las circunstancias y la situación, limitar la conmutación de la pena.

第五十一条 【死缓期间及减为有期徒刑的刑期计算】死刑缓期执行的期间，从判决确定之日起计算。死刑缓期执行减为有期徒刑的刑期，从死刑缓期执行期满之日起计算。

Artículo 51 «Cómputo del período de suspensión de la ejecución de la pena de muerte y conmutación a prisión con duración determinada»: El cómputo de la suspensión de la ejecución de la pena de muerte se iniciará desde la fecha en que se dicte la sentencia. El cómputo de la prisión con duración determinada que resulte de la conmutación de la pena de suspensión de la ejecución de la pena de muerte, empezará a computarse a partir de la fecha en que expire la suspensión de la ejecución de la pena de muerte.

SECCIÓN VI: LA MULTA

第五十二条 【罚金数额的裁量】判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。

Artículo 52 «Determinación de la cuantía de la multa»: La cuantía de la multa deberá ser determinada de acuerdo con las circunstancias en las que se cometió el delito.

第五十三条 【罚金的缴纳】罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳。期满不缴纳的，强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在什么时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴。

Artículo 53 «Pago, reducción y exención de la multa»: La multa deberá ser abonada en su totalidad o a plazos de acuerdo con lo establecido en la sentencia. Vencido el plazo sin que la multa haya sido abonada, se procederá por vía de apremio. Si el condenado no pudiese afrontar el pago total de la multa, el Tribunal Popular podrá exigírselo en cualquier momento cuando tenga conocimiento de que la persona condenada haya venido a mejor fortuna.

En el caso de que la dificultad en el pago se deba a calamidades invencibles u otras razones, el pago podrá ser pospuesto, reducido o eximido según corresponda por decisión discrecional del Tribunal Popular.

SECCIÓN VII: PRIVACIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS

第五十四条 【剥夺政治权利的含义】剥夺政治权利是剥夺下列权利：

- (一) 选举权和被选举权；
- (二) 言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；
- (三) 担任国家机关职务的权利
- (四) 担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。

Artículo 54 «Definición de la pena de privación de los derechos políticos»: La privación de derechos políticos implica la de los siguientes derechos:

1. Derecho a sufragio activo y pasivo.
2. Derechos de libertad de expresión, prensa, reunión, asociación, marcha pacífica y manifestación.
3. Derecho a ocupar un cargo en un órgano estatal.

4. Derecho a ejercer cargos directivos en empresas propiedad del Estado, «negocios⁸», instituciones y organizaciones populares.

第五十五条 【剥夺政治权利的期限】剥夺政治权利的期限，除本法第五十七条规定外，为一年以上五年以下。

判处管制附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的期限与管制的期限相等，同时执行。

Artículo 55 «Periodo de privación de los derechos políticos»: La duración de la pena de privación de los derechos políticos, excepto lo dispuesto en el artículo 57 de este Código, no será inferior a 1 año ni superior a 5 años.

Cuando se imponga la pena de privación de los derechos políticos como accesoria a una pena de vigilancia pública, ambas penas deberán tener la misma duración y ser ejecutadas simultáneamente.

第五十六条 【剥夺政治权利的附加、独立适用】对于危害国家安全的犯罪分子应当附加剥夺政治权利；对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利。

独立适用剥夺政治权利的，依照本法分则的规定。

Artículo 56 «Imposición de la privación de derechos políticos como pena accesoria y como pena principal»: La privación de derechos políticos se aplicará accesoriamente a los delincuentes que pongan en peligro la seguridad nacional. La pena privativa de derechos políticos podrá aplicarse a delincuentes que perturben gravemente el orden público, hayan cometido un delito doloso de homicidio, violación, ocasionamiento de incendio o explosión, envenenamiento, robo, etc. [sic]

La privación de derechos políticos se aplicará como pena principal de acuerdo con las disposiciones de este Código.

第五十七条 【对死刑、无期徒刑罪犯剥夺政治权利的适用】对于被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，应当剥夺政治权利终身。

在死刑缓期执行减为有期徒刑或者无期徒刑减为有期徒刑的时候，应当把附加剥夺政治权利的期限改为三年以上十年以下。

Artículo 57 «Simultaneidad de la pena privativa de derechos políticos con la pena de muerte o la cadena perpetua»: El condenado a pena de muerte o a cadena perpetua será privado de sus derechos políticos de por vida.

Cuando la suspensión de la ejecución de la pena de muerte o la cadena perpetua sean conmutadas por prisión de duración determinada, el periodo de la pena accesoria de privación de los derechos políticos deberá transformar su plazo a uno no inferior a 3 años ni superior a 10 años.

第五十八条 【剥夺政治权利的刑期计算、效力与执行】附加剥夺政治权利的刑期，从徒刑、拘役执行完毕之日或者从假释之日起计算；剥夺政治权利的效力当然施用于主刑执行期间。

被剥夺政治权利的犯罪分子，在执行期间，应当遵守法律、行政法规和国务院公安部门有关监督管理的规定，服从监督；不得行使本法第五十四条规定的各项权利。

⁸ El concepto 企业 es amplio y abarca tanto compañía como firma, corporación, etc.

Artículo 58 «Cómputo, eficacia y ejecución de la privación de derechos políticos»: La pena accesoria de privación de los derechos políticos iniciará su ejecución a partir del día en que finalice la prisión o la detención o desde la fecha de la libertad condicional. La privación de los derechos políticos es obviamente efectiva durante la ejecución de la pena principal.

El condenado a privación de los derechos políticos deberá, durante la ejecución de la pena, respetar la Ley, las disposiciones administrativas y demás disposiciones de suspensión y gestión del departamento de Seguridad Pública del Consejo de Estado, y obedecer la supervisión. Tampoco podrá ejercer los derechos previstos en el artículo 54 de este Código.

SECCIÓN VIII: CONFISCACIÓN DE LA PROPIEDAD

第五十九条【没收财产的范围】 没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部。没收全部财产的，应当对犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。

在判处没收财产的时候，不得没收属于犯罪分子家属所有或者应有的财产。

Artículo 59 «Alcance de la confiscación de la propiedad»: La confiscación de la propiedad implica la afectación total o parcial de la propiedad del condenado.

Cuando se confisque la totalidad de la propiedad, deberá reservarse lo necesario para la manutención del condenado y de sus familiares dependientes.

Se excluirán de la confiscación los bienes que pertenezcan o deban pertenecer a los miembros de la familia del condenado.

第六十条【以没收的财产偿还债务】 没收财产以前犯罪分子所负的正当债务，需要以没收的财产偿还的，经债权人请求，应当偿还。

Artículos 60 «Pago de deudas con los bienes sujetos a confiscación»: Los bienes sujetos a confiscación deberán ser utilizados para abonar deudas anteriores debidamente contraídas por el condenado, si así lo solicitan los acreedores.

CAPÍTULO IV: DETERMINACIÓN DE LA PENA

SECCIÓN I: MEDIDA DE LA PENA

第六十一条【量刑的一般原则】 对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度，依照本法的有关规定判处。

Artículo 61 «Fundamento de hecho y Derecho de la sentencia»: La pena se determinará de acuerdo con los hechos, su naturaleza, circunstancias, la magnitud del daño causado a la sociedad y conforme con las disposiciones de este Código.

第六十二条【从重处罚与从轻处罚】 犯罪分子具有本法规定的从重处罚、从轻处罚情节的，应当在法定刑的限度以内判处刑罚。

Artículo 62 «Agravantes y atenuantes»: Cuando en el delincuente concurren circunstancias agravantes o atenuantes de la pena contempladas en las disposiciones de este Código, aquel será sentenciado en los márgenes del marco penal previsto legalmente.

第六十三条 【减轻处罚】 犯罪分子具有本法规定的减轻处罚情节的，应当在法定刑以下判处刑罚；本法规定有数个量刑幅度的，应当在法定量刑幅度的下一个量刑幅度内判处刑罚。

犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。

Artículo 63 «Atenuantes cualificadas»: Cuando en el delincuente concurren circunstancias atenuantes de la pena contempladas en este Código, se le aplicará una pena inferior a la del marco penal establecido, y cuando para la pena prevista se contemplen diferentes grados, se aplicará la prevista en su grado inferior.

Cuando en el condenado no concurren las circunstancias atenuantes cualificadas contempladas en las disposiciones de este Código, pero de acuerdo con las especiales circunstancias del caso, y si el Tribunal Supremo Popular lo aprobase, podrá, asimismo, aplicarse una pena inferior a la contemplada en el marco legal correspondiente.

第六十四条 【犯罪物品的处理】 犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔；对被害人的合法财产，应当及时返还；违禁品和供犯罪所用的本人财物，应当予以没收。没收的财物和罚金，一律上缴国库，不得挪用和自行处理。

Artículo 64 «Gestión y destino de los bienes obtenidos ilegalmente»: Todos los bienes obtenidos ilegalmente por el responsable deberán ser recuperados o devueltos. Los bienes que pertenecieran legítimamente a la víctima deberán serle restituidos con celeridad. Los bienes objeto de contrabando y los pertenecientes al responsable que hubieren sido utilizados como instrumento del delito, serán confiscados. Todos los bienes y dinero confiscado serán integrados en el erario público, y no podrán ser apropiados indebidamente ni ser dispuestos de manera privativa.

SECCIÓN II: REINCIDENCIA

第六十五条 【一般累犯】 被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯，应当从重处罚，但是过失犯罪和不满十八周岁的人犯罪的除外。

前款规定的期限，对于被假释的犯罪分子，从假释期满之日起计算。

Artículo 65 (Reincidencia ordinaria): El condenado a pena de prisión con duración determinada o a una pena más grave que n los 5 años siguientes de la finalización de la ejecución de la pena o de la concesión del indulto vuelva a cometer un delito por el que se le condene a pena de prisión u otra pena más grave, será considerado reincidente y deberá ser castigado con una pena agravada, excepto cuando se trate de delitos imprudentes o cometidos por menores de 18 años.

El plazo señalado en el párrafo anterior se computará a partir del vencimiento del período de libertad condicional para aquellos que estuvieren sujetos a esta.

第六十六条 【特别累犯】 危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的犯罪分子，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在任何时候再犯上述任一类罪的，都以累犯论处。

Artículo 66 «Reincidencia especial»: El condenado por delitos que atenten contra la seguridad nacional, que supongan participación en actividades terroristas o delitos cometidos en el seno de una organización criminal, que una vez finalizada la ejecución de la pena o de la concesión del indulto vuelvan a cometer en cualquier momento uno de los delitos mencionados, deberá ser castigado como reincidente.

SECCIÓN III: ENTREGA VOLUNTARIA Y DESEMPEÑO MERITORIO

第六十七条【自首】犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。

犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。

Artículo 67 «Entrega voluntaria»: Es entrega voluntaria el acto por el cual el responsable del delito, una vez cometido, se entregue a las autoridades y confiese sinceramente su implicación con este. Al delincuente que se entregue voluntariamente se le podrá aplicar una pena atenuada o reducida. Cuando se trate de la entrega por comisión de delitos leves, se podrá eximir de la pena.

Constituirá también entrega voluntaria los supuestos en los que un investigado⁹ sometido a medidas cautelares¹⁰ o condenado cumpliendo la pena, confiese sinceramente otros delitos que haya cometido y que el órgano judicial desconociese. Cuando el investigado no reúna las condiciones contempladas en los dos apartados anteriores, pero aun así confiese sinceramente un crimen que haya cometido, se le podrá imponer una pena más leve. Si con la confesión sincera del crimen el investigado evita la producción de consecuencias especialmente graves, se le podrá imponer una pena inferior.

第六十八条【立功】犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。

Artículo 68 «Desempeño meritorio»: Cuando alguien confiese delitos cometidos por terceros cuya verosimilitud haya sido comprobada, o bien suministre pruebas importantes que contribuyan a detectar otros casos, o exhiba otros comportamientos meritorios, se le podrá imponer una pena más leve o inferior. Cuando el desempeño sea especialmente meritorio, se le podrá imponer una pena inferior o eximirse de esta.

⁹ El término *sospechoso* se traduce literalmente como sospechoso, pero he optado por traducirlo como «investigado» en atención a la variedad de términos formales y específicos de lo que disponemos en nuestro Derecho procesal penal para determinar el estatus del sujeto a lo largo del procedimiento.

¹⁰ La traducción literal de *强制措施* es «medidas coercitivas, con uso de la fuerza (medidas forzosas)». Ahora bien, de acuerdo con el artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento de Asuntos Penales de la RPCh: «El tribunal, fiscal u órgano de orden público podrá, de acuerdo con las circunstancias, solicitar el arresto, puesta en libertad bajo fianza a la espera de juicio o bajo vigilancia domiciliaria de los investigados o acusados». Por consiguiente, se ha optado por traducir el término como «medidas cautelares».

SECCIÓN IV: CONCURSOS¹¹

第六十九条【数罪并罚的一般原则】判决宣告以前一人犯数罪的，除判处死刑和无期徒刑的以外，应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期，但是管制最高不能超过三年，拘役最高不能超过一年，有期徒刑总和刑期不满三十五年的，最高不能超过二十年，总和刑期在三十五年以上的，最高不能超过二十五年。

数罪中有判处有期徒刑和拘役的，执行有期徒刑。数罪中有判处有期徒刑和管制，或者拘役和管制的，有期徒刑、拘役执行完毕后，管制仍须执行。

数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行，其中附加刑种类相同的，合并执行，种类不同的，分别执行。

Artículo 69 «Pena del responsable por la comisión de múltiples delitos antes de pronunciarse la sentencia»: Quien antes de pronunciarse la sentencia hubiere cometido múltiples delitos, excepto cuando sea de aplicación pena de muerte o cadena perpetua, será condenado de manera discrecional a una pena inferior a la suma de las penas totales pero superior a la del delito que pudiera corresponderle la pena más grave.

No obstante, la pena de vigilancia pública no podrá ser superior a 3 años ni la detención podrá exceder de 1 año. La pena de prisión con duración determinada no podrá ser superior a 20 años si la pena total no excede los 35 años ni podrá ser superior a 25 años cuando exceda los 35 años.

Cuando en la sentencia se condene al responsable a prisión con duración determinada y a detención, se procederá a la ejecución de la prisión con duración determinada. Cuando en la sentencia se condene a prisión de duración determinada y a vigilancia pública o a detención y a vigilancia pública, se ejecutará la vigilancia pública una vez haya finalizado el periodo de prisión con duración determinada o de detención.

Las penas accesorias serán ejecutadas simultáneamente con la pena principal siempre y cuando la naturaleza de ambas sea compatible. En caso contrario se ejecutarán de manera separada.

第七十条【判决宣告后发现漏罪的并罚】判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两个判决所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。已经执行的刑期，应当计算在新判决决定的刑期以内

Artículo 70 «Pena del responsable por delitos cometidos pero descubiertos después de pronunciarse la sentencia»: Si una vez pronunciada la sentencia, pero antes de finalizar la ejecución de la pena, el órgano judicial tuviese conocimiento de que el culpable hubiere cometido otros delitos que debieron ser juzgados en el mismo procedimiento, se procederá al enjuiciamiento de los nuevos delitos descubiertos y la pena determinada en las dos sentencias deberá ser ejecutada de acuerdo con lo previsto el artículo 69 de este Código. El periodo de la pena que ya hubiese sido ejecutado deberá tenerse en consideración para fijar el cómputo de la pena en la nueva sentencia.

¹¹ La traducción literal es múltiples delitos y múltiples penas.

第七十一条 【判决宣告后又犯新罪的并罚】判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪分子又犯罪的，应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。

Artículo 71 «Pena del responsable por la comisión de nuevos delitos después de pronunciarse la sentencia»: Si tras pronunciarse la sentencia, pero antes de finalizar la ejecución de la pena, el condenado cometiese nuevos delitos, se deberá proceder al enjuiciamiento de los dichos delitos y la pena no completada de la primera sentencia y aquella determinada en la nueva deberán ser ejecutadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 69 de este Código.

SECCIÓN V: SUSPENSIÓN DE LA PENA

第七十二条 【适用条件】对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，同时符合下列条件的，可以宣告缓刑，对其中不满十八周岁的人、怀孕的妇女和已满七十五周岁的人，应当宣告缓刑。

- (一) 犯罪情节较轻
- (二) 有悔罪表现；
- (三) 没有再犯罪的危险；
- (四) 宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。

宣告缓刑，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。

被宣告缓刑的犯罪分子，如果被判处附加刑，附加刑仍须执行。

Artículo 72 «Condiciones de aplicación»: La suspensión de la pena podrá proceder en los supuestos en que el responsable haya sido condenado a una pena de detención o prisión no superior a 3 años y reúna las siguientes condiciones; en todo caso, la suspensión de la pena procederá cuando el responsable sea menor de 18 años, se trate de una mujer embarazada o se sea mayor de 75 años:

1. Se trate de un delito leve.
2. Muestre arrepentimiento.
3. No haya peligro de reincidencia.
4. La suspensión de la condena no tenga un impacto negativo en la comunidad donde resida el condenado.

La suspensión de la pena podrá, de acuerdo con las circunstancias en las que se cometió el delito, contener simultáneamente la prohibición del condenado a participar en determinadas actividades, acceder a determinadas áreas o lugares o contactar a determinadas personas.

Si al condenado al que se le suspende la pena hubiere sido también condenado a penas accesorias, éstas deberán ejecutadas.

第七十三条 【考验期限】拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上一年以下，但是不能少于二个月。

有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上五年以下，但是不能少于一年。

缓刑考验期限，从判决确定之日起计算。

Artículo 73 «Periodo de evaluación para decidir sobre la obtención de la suspensión de la pena»:

La duración del periodo de suspensión de la pena de detención no podrá ser inferior a la duración de la pena inicialmente impuesta ni superior a un año. En todo caso, no podrá ser inferior a los dos meses.

La duración del periodo de suspensión de la pena de prisión de duración determinada no podrá ser inferior a la duración de la pena inicialmente impuesta ni superior a cinco años. En todo caso, no podrá ser inferior a un año.

El cómputo del período de suspensión se iniciará a partir del día que se dicte la sentencia.

第七十四条 【累犯不适用缓刑】对于累犯和犯罪集团的首要分子，不适用缓刑。

Artículo 74 «Inaplicación de suspensión de la pena en supuestos de reincidencia»: La suspensión de la pena no será aplicable ni a los reincidentes ni a los líderes de organizaciones criminales.

第七十五条 【缓刑犯应遵守的规定】被宣告缓刑的犯罪分子，应当遵守下列规定：

- (一) 遵守法律、行政法规，服从监督；
- (二) 按照考察机关的规定报告自己的活动情况；
- (三) 遵守考察机关关于会客的规定；
- (四) 离开所居住的市、县或者迁居，应当报经考察机关批准。

Artículo 75 «Reglas aplicables a los sujetos beneficiarios de la suspensión de su pena»: El condenado cuya pena se encuentre suspendida deberá:

1. Respetar la Ley, las disposiciones administrativas y obedecer la supervisión.
2. Informar de las circunstancias de las actividades personales de acuerdo con lo dispuesto en la normativa del órgano de supervisión.
3. Respetar lo dispuesto en la normativa del órgano de supervisión en materia de visitas.
4. Informar y obtener la aprobación del órgano de supervisión previa mudanza o alejamiento de zona o ciudad de residencia.

第七十六条 【缓刑的考验及其积极后果】对宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，依法实行社区矫正，如果没有本法第七十七条规定的情形，缓刑考验期满，原判的刑罚就不再执行，并公开予以宣告

Artículo 76 «El período de evaluación para de la libertad condicional y su resultado positivo»: Durante el periodo de suspensión de la pena, el condenado que se beneficie de ella será sometido a medidas de corrección comunitarias de acuerdo con la Ley y, siempre que no cometa una de las conductas previstas en el artículo 77 de este Código, una vez finalizada suspensión, la pena de la sentencia original no seguirá ejecutándose, hecho que deberá ser anunciado públicamente.

第七十七条 【缓刑的撤销及其处理】被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销缓刑，对新犯的罪或者新发现的罪作出判决，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。

被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于缓刑的监督管理规定，或者违反人民法院判决中的禁止令，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚。

Artículo 77 «Revocación de la suspensión de la condena y su gestión»: Al condenado que durante la suspensión de la ejecución de la pena cometiese un nuevo delito, o bien el órgano judicial descubriese que antes de concedérsele la suspensión este hubiese cometido delitos por los que no hubiera sido juzgado, se le revocará la suspensión y se procederá a enjuiciar los delitos recién cometidos o descubiertos, según proceda. La ejecución de la nueva pena se determinará teniendo en consideración la pena a la que hubiere sentenciado por el delito anterior y la del delito posteriormente juzgado en los términos del artículo 69 de este Código.

Al condenado que durante el periodo de prueba infrinja la Ley, las disposiciones administrativas o las relativas a la suspensión y control acordadas por los departamentos correspondientes del Consejo de Estado o bien infrinja las prohibiciones impuestas en la sentencia por el órgano judicial, si las circunstancias son graves, se le revocará la suspensión y se reanudará la ejecución de la pena original.

SECCIÓN VI: CONMUTACIÓN DE LAS PENAS

第七十八条【减刑条件与限度】被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现的，或者有立功表现的，可以减刑；有下列重大立功表现之一的，应当减刑：

- (一) 阻止他人重大犯罪活动的；
- (二) 检举监狱内外重大犯罪活动，经查证属实的；
- (三) 有发明创造或者重大技术革新的；
- (四) 在日常生产、生活中舍己救人的；
- (五) 在抗御自然灾害或者排除重大事故中，有突出表现的；
- (六) 对国家和社会有其他重大贡献的

减刑以后实际执行的刑期不能少于下列期限：

- (一) 判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的二分之一；
- (二) 判处无期徒刑的，不能少于十三年；

(三) 人民法院依照本法第五十条第二款规定限制减刑的死刑缓期执行的犯罪分子，缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，不能少于二十五年，缓期执行期满后依法减为二十五年有期徒刑的，不能少于二十年。

Artículo 78 «Condiciones aplicables y límites»: Al condenado a pena de vigilancia pública, detención, prisión de duración determinada o cadena perpetua que, durante la ejecución de la pena, obedezca rigurosamente las medidas de supervisión, reciba medidas educativas de corrección, muestre arrepentimiento genuino o bien exhiba un desempeño meritorio, se le podrá reducir la pena.

La pena deberá rebajarse cuando el condenado exhiba uno de los siguientes comportamientos meritorios:

1. Prevenga la comisión de crímenes graves por terceros.
2. Informe sobre actividades delictivas graves dentro y fuera de prisión que puedan ser posteriormente verificadas como ciertas.
3. Aporte invenciones o importantes innovaciones tecnológicas.
4. Se sacrifique a sí mismo para salvar a otros en actividades diarias de producción y de vida cotidiana.
5. Demuestre un desempeño sobresaliente en la lucha contra los desastres naturales y grandes accidentes.

6. Contribuya de cualquier otra forma importante al país y a la sociedad.

Una vez rebajada la pena, el periodo de ejecución de la pena restante no podrá ser:

1. En el supuesto de la pena de vigilancia pública, detención o prisión con duración determinada, inferior a una mitad de la condena original.
2. En el caso de cadena perpetua, inferior a 13 años.
3. En el supuesto en que el órgano judicial popular, de acuerdo con el apartado segundo del artículo 50 de este Código, resuelva la suspensión de la pena de muerte, una vez finalizada la suspensión, si de acuerdo con la Ley la pena de muerte conmuta a prisión permanente, no podrá ser inferior a 25 años; mientras que si una vez finalizada la suspensión de la pena, de acuerdo con la Ley debiese conmutarse a prisión de duración determinada, no podrá ser inferior a 20 años.

第七十九条 【减刑程序】对于犯罪分子的减刑，由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书。人民法院应当组成合议庭进行审理，对确有悔改或者立功事实的，裁定予以减刑。非经法定程序不得减刑。

Artículo 79 «Procedimiento de reducción de la pena»: Para la reducción de la pena, el órgano de ejecución deberá presentar la propuesta de reducción a un órgano judicial de nivel intermedio o superior. El órgano judicial deberá constituir un tribunal colegiado para tramitar la propuesta y, en los supuestos en que el arrepentimiento o el desempeño meritorio se prueben como verdaderos, dictar sentencia que rebaje la pena.

Ningún procedimiento de reducción de la pena podrá llevarse a cabo sin la debida habilitación legal.

第八十条 【无期徒刑减刑的刑期计算】无期徒刑减为有期徒刑的刑期，从裁定减刑之日起计算。

Artículo 80 «Cómputo del periodo de prisión de duración determinada tras la reducción de la pena de cadena perpetua»: La pena de prisión de duración determinada resultado de la reducción de una pena de cadena perpetua, empezará a computar a partir de la fecha en que fue aprobada la reducción.

SECCIÓN VII: LA LIBERTAD CONDICIONAL

第八十一条 【假释的适用条件】被判处有期徒刑的犯罪分子，执行原判刑期二分之一以上，被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行十三年以上，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险的，可以假释。如果有特殊情况，经最高人民法院核准，可以不受上述执行刑期的限制。

对累犯以及因故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪被判处十年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，不得假释。

Artículo 81 «Condiciones de aplicación de la libertad condicional»: Al condenado a prisión de duración determinada cuya sentencia original haya sido ejecutada en más de la mitad y al condenado a cadena perpetua que haya efectivamente cumplido más de 30 años de la condena, si respeta conscientemente la supervisión, recibe las medidas educativas de corrección, muestra arrepentimiento verdadero y no hay peligro de reincidencia, se le podrá conceder la libertad condicional. En el caso de que concurriesen circunstancias extraordinarias, previa aprobación del Tribunal

Supremo Popular, la libertad condicional podrá ser concedida sin los requisitos temporales mencionados anteriormente.

No se concederá la libertad condicional a los condenados por delitos dolosos de homicidio, violación, robo, secuestro, ocasionamiento de incendios o explosión, vertido de sustancias peligrosas o crímenes cometidos en el seno de una organización criminal violenta que hayan sido castigados a más de 10 años de prisión o a cadena perpetua.

Previamente de la aplicación de la decisión de la libertad condicional, deberá considerarse el impacto de esta en la comunidad en la que resida el responsable.

第八十二条 【假释的程序】对于犯罪分子的假释，依照本法第七十九条规定的程序进行。非经法定程序不得假释。

Artículo 82 «Procedimiento de la libertad condicional»: La libertad condicional deberá ser aplicada de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 79 de este Código. Ningún procedimiento de libertad condicional podrá llevarse a cabo sin la debida habilitación legal.

第八十三条 【假释的考验期限】有期徒刑的假释考验期限，为没有执行完毕的刑期；无期徒刑的假释考验期限为十年。

假释考验期限，从假释之日起计算。

Artículo 83 (Período de examen de la libertad condicional): El período de examen de la libertad condicional en los supuestos de prisión de duración determinada será el periodo restante para finalizar la ejecución de la sentencia; el período de examen en los supuestos de cadena perpetua será de 10 años.

El período de examen de la libertad condicional empezará a computar a partir del día que se inicie la libertad condicional.

第八十四条 【假释犯应遵守的规定】被宣告假释的犯罪分子，应当遵守下列规定：

- (一) 遵守法律、行政法规，服从监督；
- (二) 按照监督机关的规定报告自己的活动情况；
- (三) 遵守监督机关关于会客的规定；
- (四) 离开所居住的市、县或者迁居，应当报经监督机关批准。

Artículo 84 «Reglas a respetar por los sujetos sometidos a libertad condicional»: El condenado beneficiario de la libertad condicional deberá:

1. Respetar la Ley, las disposiciones administrativas y obedecer la supervisión.
2. Informar de las circunstancias de las actividades personales de acuerdo con lo dispuesto en la normativa del órgano de supervisión.
3. Respetar lo dispuesto en la normativa del órgano en materia de visitas.
4. Informar y obtener la aprobación del órgano de supervisión previa mudanza o alejamiento de la zona o ciudad de residencia.

第八十五条 【假释考验及其积极后果】对假释的犯罪分子，在假释考验期限内，依法实行社区矫正，如果没有本法第八十六条规定的情形，假释考验期满，就认为原判刑罚已经执行完毕，并公开予以宣告。

Artículo 85 «Resultado positivo del examen de la libertad condicional»: Durante el período de examen de la libertad condicional el condenado deberá observar medidas de corrección comunitarias de acuerdo con la Ley y, siempre que no cometa una de las conductas previstas en el artículo 86, una vez finalice el periodo de examen de la libertad condicional, la ejecución de la pena deberá considerarse como finalizada, hecho que deberá ser anunciado públicamente.

第八十六条 【假释的撤销及其处理】被假释的犯罪分子，在假释考验期限内犯新罪，应当撤销假释，依照本法第七十一条的规定实行数罪并罚。

在假释考验期限内，发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销假释，依照本法第七十条的规定实行数罪并罚。

被假释的犯罪分子，在假释考验期限内，有违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于假释的监督管理规定的行为，尚未构成新的犯罪的，应当依照法定程序撤销假释，收监执行未执行完毕的刑罚。

Artículo 86 «Revocación de la libertad condicional y su gestión»: Al condenado que durante el periodo de examen libertad condicional cometiese un nuevo delito, se le revocará la libertad condicional reanudándose la ejecución de la condena original además de aplicársele en concurso la pena correspondiente por el nuevo delito de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 71 de este Código.

Si durante el período de examen de la libertad condicional el órgano judicial descubriese que el condenado hubiese cometido delitos previos al pronunciamiento de la sentencia que debieren haber sido juzgados en esta, se revocará la libertad condicional y se aplicará en concurso la pena correspondiente por los delitos descubiertos de acuerdo con el artículo 70 de este Código.

El condenado que durante el periodo de prueba de la libertad condicional infrinja la Ley, las disposiciones administrativas o las relativas a la suspensión y control acordados por los departamentos correspondientes del Consejo de Estado o bien infrinja las prohibiciones impuestas en la sentencia por el órgano judicial, siempre que dicho hecho no sea constitutivo de un delito, se le revocará la libertad condicional y será enviado de nuevo a prisión para cumplir el restante de su condena.

SECCIÓN VIII: PRESCRIPCIÓN

第八十七条 【追诉时效期限】犯罪经过下列期限不再追诉:

- (一) 法定最高刑为不满五年有期徒刑的，经过五年；
- (二) 法定最高刑为五年以上不满十年有期徒刑的，经过十年；
- (三) 法定最高刑为十年以上有期徒刑的，经过十五年；
- (四) 法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过二十年。如果二十年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。

Artículo 87 «Plazos de prescripción» Los delitos no podrán ser perseguidos una vez hayan transcurrido los siguientes plazos:

1. Cuando la pena máxima legalmente establecida sea prisión de no más de 5 años, el plazo será de 5 años.
2. Cuando la pena máxima legalmente establecida sea prisión de no menos de 5 años, pero no más de 10 años, el plazo será de 10 años.

3. Cuando la pena máxima legalmente establecida sea prisión de más de 10 años, será de 15 años.
4. Cuando la pena máxima legalmente establecida sea cadena perpetua o pena de muerte, el plazo será de 20 años. Ahora bien, si transcurridos los 20 años se estima que un crimen debe ser perseguido, la cuestión se planteará ante la Fiscalía Popular para su aprobación.

第八十八条 【追诉期限的延长】在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后，逃避侦查或者审判的，不受追诉期限的限制。被害人在追诉期限内提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制。

Artículo 88 «Prórroga del plazo de persecución»: No habrá limitación en el período de persecución cuando una vez la investigación sea incoada por la Fiscalía Popular, un órgano de seguridad pública o de seguridad nacional o bien un Tribunal Popular haya aceptado el caso, y el investigado huya y evite la investigación o el juicio. No habrá limitación en el período de persecución cuando la víctima, dentro del período establecido de persecución, haya interpuesto la denuncia ante el órgano judicial, la Fiscalía Popular o el órgano de seguridad y estos, debiendo haber tramitado la denuncia, no lo hubiesen hecho.

第八十九条 【追诉期限的计算与中断】追诉期限从犯罪之日起计算；犯罪行为有连续或者继续状态的，从犯罪行为终了之日起计算。

在追诉期限以内又犯罪的，前罪追诉的期限从犯后罪之日起计算。

Artículo 89 «Cómputo e interrupción del periodo de persecución»: El período de persecución empezará a computar desde el día en que se cometió el delito. Cuando se trate de un delito continuado, el plazo empezará a computar desde el día en que el acto delictivo haya cesado.

Si durante el periodo de persecución se volviese a cometer un delito, el periodo de persecución del delito anterior será computado a partir de la fecha en que se cometió el delito posterior.

CAPÍTULO V: OTRAS DISPOSICIONES

第九十条 【民族自治地方刑法适用的变通】民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。

Artículo 90 «Aplicación y adaptación de las disposiciones del Código Penal en los Territorios étnicos autónomos de la República Popular China»: En los Territorios étnicos autónomos donde no sea compatible la aplicación total de las disposiciones de este Código, los Congresos Populares de los Territorios étnicos autónomos o de las Provincias afectadas deberán formular previsiones alternativas o suplementarias basadas en las características políticas, económicas y culturales de los grupos étnicos locales y en los principios básicos de este Código. Las disposiciones alternativas o suplementarias entraran en vigor una vez comunicadas y aprobadas por el Comité Permanente del Congreso Nacional Popular.

第九十一条【公共财产的范围】本法所称公共财产，是指下列财产：

- (一) 国有财产；
- (二) 劳动群众集体所有的财产；
- (三) 用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。

在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论

Artículo 91 «Definición de propiedad pública»: A efectos de este Código, será «propiedad pública»:

1. La propiedad del Estado.
2. La propiedad colectiva de la clase trabajadora.
3. Donaciones públicas o fondos especiales destinados a la eliminación de la pobreza o para otras obras de beneficencia pública.

La propiedad privada gestionada, usada o transportada por órganos estatales, empresas estatales, «negocios», cooperativas y organizaciones populares también tendrá consideración de propiedad pública.

第九十二条【公民私人所有财产的范围】本法所称公民私人所有的财产，是指下列财产：

- (一) 公民的合法收入、储蓄、房屋和其他生活资料；
- (二) 依法归个人、家庭所有的生产资料；
- (三) 个体户和私营企业的合法财产；
- (四) 依法归个人所有的股份、股票、债券和其他财产。

Artículo 92 «Definición de propiedad privada»: A efectos de este Código, será «propiedad privada» de los ciudadanos:

1. Los rendimientos, ahorros, casas y otras fuentes de subsistencia obtenidos legítimamente.
2. Los medios de producción bajo propiedad privada o familiar de acuerdo con la Ley.
3. La propiedad poseída legítimamente por trabajadores autónomos o empresas privadas.
4. Las participaciones, almacenamientos, bonos y otras propiedades privadas de acuerdo con la Ley.

第九十三条【国家工作人员的范围】本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。

国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。

Artículo 93 «Definición de funcionario»: A efectos de este Código, será «funcionario público» toda persona que ejerza funciones públicas en el seno de un órgano estatal.

También tendrá consideración de funcionario público quien por designación de un órgano estatal, empresas estatales, «negocios» o instituciones estatales, que aun no siendo propiedad del Estado o de pertenencia a una organización popular, ejerza funciones públicas; asimismo, todas aquellas personas que realicen un servicio público de acuerdo con la Ley.

第九十四条【司法工作人员的范围】本法所称司法工作人员，是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员。

Artículo 94 «Definición de funcionario judicial»: A efectos de este Código, será «funcionario judicial» toda persona que participe en la investigación, persecución, enjuiciamiento, supervisión y administración de la Ley.

第九十五条【重伤】本法所称重伤，是指有下列情形之一的伤害：

- (一) 使人肢体残废或者毁人容貌的；
- (二) 使人丧失听觉、视觉或者其他器官机能的；
- (三) 其他对于人身健康有重大伤害的。

Artículo 95 «Definición de lesión grave»: A efectos de este Código, serán «lesión grave»:

1. Las que produzcan la pérdida de algún miembro u originen alguna deformidad.
2. Las que provoquen la pérdida de audición, vista o de las funciones de otros órganos.
3. Cualquier otra que provoque un grave daño en la salud de las personas.

第九十六条【违反国家规定之含义】本法所称违反国家规定，是指违反全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律和决定，国务院制定的行政法规、规定的行政措施、发布的决定和命令。

Artículo 96 «Definición de actuaciones contrarias a las disposiciones del Estado»: A efectos de este Código, serán «actuaciones contrarias a las disposiciones del Estado» toda acción que viole las regulaciones promulgadas o decisiones adoptadas por el Congreso Nacional Popular o el Comité Permanente y las normas, reglamentos y medidas administrativas promulgadas y órdenes emitidas por el Consejo de Estado.

第九十七条【首要分子的范围】本法所称首要分子，是指在犯罪集团或者聚众犯罪中起组织、策划、指挥作用的犯罪分子。

Artículo 97 «Definición de líder criminal»: A efectos de este Código, será «líder criminal» la persona que en el seno de una organización o asociación criminal organice, planifique u ordene la comisión de delitos.

第九十八条【告诉才处理的含义】本法所称告诉才处理，是指被害人告诉才处理。如果被害人因受强制、威吓无法告诉的，人民检察院和被害人的近亲属也可以告诉。

Artículo 98 «Definición de incoación del procedimiento penal»: A efectos de este Código, el procedimiento penal se incoará una vez la víctima del delito interponga la respectiva denuncia. En el caso de que la víctima del delito estuviera coaccionada o intimidada para que no presentara la denuncia, podrán interponerla la Fiscalía Popular o los familiares cercanos de la víctima.

第九十九条【以上、以下、以内之界定】本法所称以上、以下、以内，包括本数。

Artículo 99 «Definición de las expresiones “superior a”, “inferior a” y “dentro de»: A efectos de este Código, las expresiones «superior a», «inferior a» y «dentro de» incluyen la unidad de medida a la que se refieren.

第一百条【前科报告制度】依法受过刑事处罚的人，在入伍、就业的时候，应当如实向有关单位报告自己曾受过刑事处罚，不得隐瞒。

犯罪的时候不满十八周岁被判处五年有期徒刑以下刑罚的人，免除前款规定的报告义务。

Artículo 100 «Deber de información de los antecedentes penales»: Toda persona que quiera formar parte del ejército o aplicar para un puesto de trabajo y haya recibido una sentencia penal condenatoria, deberá informar previamente a la unidad correspondiente de sus antecedentes penales. No deberá ocultarlo.

第一百零一条【总则的效力】本法总则适用于其他有刑罚规定的法律，但是其他法律有特别规定的除外。

Artículo 101 «Alcance de la Parte General»: Las previsiones de la Parte General de este Código serán aplicables a otras leyes que prevean sanciones penales, excepto cuando en dichas leyes se prevea otra cosa.

Litigio climático y derechos humanos en el Sur Global. Apuntes para el debate

Climate litigation and human rights in the Global South. Notes for discussion

Juan Auz Vaca
Tilburg University
ORCID ID 0000-0003-4280-9433
J.G.Auz@tilburguniversity.edu

Cita recomendada:

Auz Vaca, J. (2024). Litigio climático y derechos humanos en el Sur Global. Apuntes para el debate. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 416-433

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8519>

Recibido / received: 24/02/2024
Aceptado / accepted: 11/03/2024

Resumen

El presente artículo aborda la creciente práctica del litigio climático como herramienta vital para enfrentar la crisis climática global, especialmente enfocada en la justicia climática y la intersección con los derechos humanos. A pesar de los esfuerzos internacionales, las emisiones de gases de efecto invernadero continúan aumentando, poniendo en riesgo los objetivos del Acuerdo de París. Este contexto ha llevado a una movilización legal, denominada litigio climático, que busca presionar a gobiernos y corporaciones para que adopten medidas más ambiciosas contra el cambio climático. Los casos emblemáticos en diversas jurisdicciones han comenzado a marcar precedentes importantes, evidenciando el papel de los tribunales en la promoción de políticas climáticas justas y efectivas. Además, el artículo destaca cómo el litigio climático, enmarcado en los derechos humanos, representa una estrategia emergente en el Sur Global, donde la paradoja de sufrir desproporcionadamente las consecuencias del cambio climático sin ser los principales emisores de GEI subraya la necesidad de una justicia climática genuina. La conclusión resalta la importancia de un enfoque colaborativo y basado en los derechos en la lucha contra el cambio climático, subrayando la necesidad de políticas que reconozcan las disparidades en la contribución y vulnerabilidad al cambio climático entre las naciones.

Palabras clave

Litigio climático, justicia climática, Sur Global, derechos humanos, cooperación internacional

Abstract

This article examines the growing practice of climate litigation as a vital tool to address the global climate crisis, with a particular focus on climate justice and the intersection with human



rights. Despite international efforts, greenhouse gas emissions are still rising, putting the goals of the Paris Agreement at risk. This context has led to a legal mobilization, called climate litigation. This seeks to pressure governments and corporations to adopt more ambitious measures against climate change. Landmark cases in various jurisdictions have begun to set important precedents, evidencing the role of the courts in promoting fair and effective climate policies. Furthermore, the article highlights how climate litigation, framed by human rights, represents an emerging strategy in the Global South, where the paradox of suffering disproportionately from the consequences of climate change without being major GHG emitters underscores the need for genuine climate justice. The conclusion highlights the importance of a collaborative, rights-based approach to combating climate change, underscoring the need for policies that recognize disparities in contribution and vulnerability to climate change among nations.

Keywords

Climate litigation, climate justice, Global South, human rights, international cooperation

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Estado de la cuestión sobre la crisis climática y los organismos internacionales de derechos humanos. 3. América Latina como estudio de caso del Sur Global. 4. Retos y oportunidades para el litigio climático basado en DDHH en el Sur Global. 5. Conclusión.

1. Introducción

A pesar de los continuos esfuerzos de coordinación internacional para frenar las emisiones de gases de efecto invernadero (GEI) con el fin de evitar nuevos trastornos climáticos, el último informe del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por su siglas en inglés) de 2023 muestra que las emisiones y el correspondiente calentamiento global siguen aumentando¹. En conjunto, se prevé que los objetivos nacionales de reducción de emisiones superen el umbral de temperatura global de 1,5 °C y 2 °C establecido en el Acuerdo de París para 2100 (IPCC, 2023, p. 11). Esto sugiere que mantenerse dentro de un clima equilibrado requiere estrategias de descarbonización intersectoriales extremadamente ambiciosas en todos los niveles de gobernanza (IPCC, 2023, p. 23). No hacerlo, predice el IPCC, desencadenará impactos irreversibles y alarmantes inducidos por el clima que afectarán a los sistemas naturales y humanos en todo el mundo, especialmente en los segmentos de la población que ya son vulnerables (IPCC, 2018).

El régimen jurídico internacional especializado en la gobernanza de la crisis climática engloba la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de 1992 (CMNUCC) y los instrumentos jurídicos y documentos finales posteriores, entre los que destaca el Acuerdo de París de 2015. Sin embargo, este régimen jurídico internacional de gobernanza del clima ha sido criticado por no ofrecer resultados eficaces (Bodansky et al., 2017, p. 17). Las críticas a este régimen son múltiples e incluyen, entre otras, la desatención a los desplazados inducidos por el clima, la ausencia de normas sobre reubicación y reasentamiento de los habitantes de los pequeños Estados insulares y la protección marginal de las comunidades dependientes de los bosques (Adelman, 2018).

¹ Se puede consultar el contenido del informe en el siguiente enlace: <https://www.ipcc.ch/report/sixth-assessment-report-cycle/>

Además, como la mayoría de los regímenes multilaterales de elaboración de leyes, el régimen climático ofrece oportunidades limitadas de participación para actores distintos de los Estados

(Bodansky et al., 2017, p. 292), reduciendo así las posibilidades de influir en la sensación de emergencia que sienten los individuos en lugares vulnerables y propensos a las catástrofes. En consecuencia, los defensores de una acción climática más ambiciosa recurren a tácticas movilizadoras (Lehoucq y Taylor, 2020). Estas incluyen el uso de instituciones judiciales y cuasi judiciales para presionar a los gobiernos y a los actores corporativos intensivos en carbono para que regulen su conducta siguiendo diferentes nociones de lo que constituye un sistema climático seguro (Ghaleigh, 2010; Derman, 2019). El término que emplea la bibliografía para describir la movilización legal para la protección del clima es «litigio climático» (Maljean-Dubois, 2018), una forma de litigio estratégico que los estudiosos clasifican de múltiples maneras en función de la jurisdicción, el objetivo, el tipo de ley y los actores involucrados (Setzer y Vanhala, 2019).

Los litigios climáticos surgieron como una práctica jurídica especializada limitada a las jurisdicciones del Norte Global, como Estados Unidos y Australia. Ahora es un floreciente fenómeno sociojurídico mundial que evoluciona a un ritmo extraordinario a escala nacional e internacional (Osofsky, 2020). Las bases de datos de litigios climáticos registran en la actualidad miles de demandas climáticas presentadas en al menos 40 países fuera de EE.UU. y ante cortes y tribunales internacionales². La mayoría de estas intervenciones jurídicas pretenden convencer a los tribunales, sobre todo a los jueces nacionales e internacionales, de que los Estados y los agentes no estatales tienen la obligación legal de: 1) reducir sus emisiones de GEI para evitar un cambio climático peligroso; 2) proporcionar los medios para resistir los efectos del cambio climático, y 3) mitigar los fenómenos meteorológicos extremos y de evolución lenta presentes y futuros (Toussaint, 2020; Mayer, 2022a).

Para ilustrar la relevancia de los litigios climáticos para la gobernanza mundial, merece la pena detenerse en algunos casos emblemáticos que han transformado la forma en que el poder judicial aborda las cuestiones relativas a la crisis climática. Algunas de las repercusiones de estas sentencias en la gobernanza mundial del cambio climático son innegables. Uno de los casos más estudiados y conocidos es *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands* de 2015³. En este caso, la Fundación ecologista Urgenda, al amparo de lo establecido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el principio de «devida diligencia» contemplado en la legislación neerlandesa, alegó que las políticas actuales del Gobierno neerlandés no eran suficientes para cumplir con su obligación legal de proteger los derechos a la vida y a la vida familiar de sus ciudadanos. El Tribunal de Distrito de La Haya falló a favor de Urgenda en 2015, ordenando al gobierno reducir para el 2020 las emisiones de GEI en al menos un 25% con respecto de los niveles de 1990. En 2019, el Tribunal Supremo neerlandés confirmó la decisión del tribunal de distrito.

² Al respecto, se puede consultar la información disponible en la base de datos sobre litigio climático del Sabin Center for Climate Change Law. <https://climatecasechart.com/non-us-climate-change-litigation/>

³ The Hague District Court (Chamber for Commercial Affairs). *Urgenda Foundation v. The Netherlands*, C/09/456689 / HA ZA 13-1396, sentencia de 24 de junio de 2015.

El éxito de caso *Urgenda* ha inspirado y multiplicado el litigio climático en varias jurisdicciones, como México⁴, Alemania⁵, Corea del Sur⁶, República Checa⁷ y Colombia⁸. Estos casos, que denuncian el carácter insuficiente de las políticas y decisiones generales del Gobierno para reducir las emisiones de GEI, han sido etiquetados como «litigios marco» (*framework litigation*) o casos de «mitigación sistémica» (*systemic mitigation cases*) (Higham et al., 2022). Tienen el potencial de proporcionar urgencia normativa al esfuerzo de transición hacia una sociedad descarbonizada y evitar un cambio climático catastrófico.

Los litigios climáticos han empezado a figurar desde el 2022 en los informes del IPCC como una medida de respuesta climática, capaz de influir y mejorar el comportamiento de los actores estatales y no estatales en relación con la acción climática (IPCC, 2022, pp. 1375-1377). El IPCC, la rama científica del régimen climático internacional, introduce el contenido de sus informes en el proceso de negociación climática internacional bajo el paraguas de la CMNUCC (Sindico y McKenzie, 2018). Simultáneamente, en la mayoría de los casos climáticos, los litigantes utilizan los hallazgos y recomendaciones del IPCC como herramientas de persuasión para una gobernanza climática más ambiciosa (Rodríguez-Garavito, 2022). De forma complementaria, han integrado –cada vez con mayor frecuencia– el uso de las obligaciones de derechos humanos en sus estrategias de litigio climático (Savaresi y Auz, 2019). A esta nueva tendencia se la ha denominado el «giro de los derechos» en los litigios climáticos (Peel y Osofsky, 2018). De hecho, desde la adopción del Acuerdo de París en 2015, los litigios climáticos basados en derechos humanos han crecido exponencialmente en número y geografías. Esto ha aumentado el interés por la legislación e instituciones propias de los derechos humanos dentro de la gobernanza climática y ha fomentado su aplicación como una potencial vía para alcanzar la justicia climática (Savaresi y Setzer, 2021). Esta imbricación de diferentes actores, temas y estrategias ilustra la forma en la que el litigio climático sirve como un canal multinivel que amplía la policentricidad de la gobernanza climática (Okereke, 2018).

Las iniciativas de movilización legal en favor de una acción climática más profunda no se han limitado a jurisdicciones nacionales. Quienes tratan de ampliar los límites de la ley para avivar la justicia climática, también están recurriendo a tribunales internacionales para exigir a los Estados que cumplan con sus obligaciones de protección contra el calentamiento global o para solicitar aclaraciones respecto de cuáles son esas obligaciones (Luporini y Savaresi, 2023). En 2022, un grupo de pequeños Estados insulares, muy vulnerables y expuestos a los efectos del cambio climático, solicitaron al Tribunal Internacional del Derecho del Mar una opinión consultiva sobre las obligaciones derivadas de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar en relación con la crisis climática (McGarry y Chávez Arco, 2022). El mismo grupo de Estados abogó con éxito por la aprobación de una resolución en la Asamblea General de la ONU para solicitar una opinión consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre las obligaciones legales internacionales

⁴ Juzgado Segundo de Distrito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones (2020). *Greenpeace México vs Ministerio de Energía y otros (sobre las políticas del Sistema Eléctrico Nacional)*. Amparo No. 104/2020 (Juez: Juan Pablo Gómez Fierro).

⁵ Tribunal Constitucional Federal de Alemania. *Neubauer et al. v. Germany*, 1 BvR 2656/18, 1 BvR 78/20, 1 BvR 96/20, 1 BvR 288/20 (24 de marzo de 2021).

⁶ Corte Constitucional de la República de Corea. *Do-Hyun Kim and 18 teenagers. v. South Korea*, (13 de marzo de 2020).

⁷ Municipal Court in Prague. *Klimatická žaloba ČR v. Czech Republic*, No. 14A 101/2021 (15 de junio de 2022).

⁸ Corte Suprema de Justicia de Colombia. *25 niños, niñas, adolescentes y jóvenes adultos versus Colombia*, N° 11001-22-03-000-2018-00319-01 (4 de mayo de 2018).

relativas a la protección del clima (Mayer, 2023). En su solicitud a la CIJ, Vanuatu y otras pequeñas naciones insulares plantearon la cuestión de manera que incluyera, como fuentes de interpretación de las obligaciones legales, los instrumentos internacionales de derechos humanos junto con el Acuerdo de París y la CMNUCC (Auz y Viveros-Uehara, 2023). Esto demuestra la centralidad de las normas de derechos humanos y su utilización por los tribunales internacionales para la descentralización institucional de la producción de normas.

Los tribunales y organismos internacionales de derechos humanos, como subcategoría de las instituciones judiciales internacionales, también están ampliando activamente las interpretaciones previas de la legislación sobre derechos humanos para dar cabida y respuesta al desafío climático contemporáneo. Desde 2020, se han presentado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) diez casos sobre reducción de emisiones de GEI (Keller et al., 2022), incluido uno en el que unos jóvenes demandantes portugueses presentaron una demanda contra 33 Estados miembros del Consejo de Europa por políticas climáticas poco ambiciosas, un caso que el TEDH tramitó a través del procedimiento abreviado y acelerado (*fast-track procedure*)⁹. Las Salas a las que se habían asignado estos asuntos renunciaron a la competencia en favor de la Gran Sala porque el asunto planteaba cuestiones nuevas y graves que afectaban a la interpretación del Convenio Europeo en su conjunto.

Recientemente, los órganos creados en virtud de tratados de las Naciones Unidas han integrado las preocupaciones relativas a la crisis climática en sus observaciones generales, informes nacionales y comunicaciones individuales (McKernan et al., 2023). En particular, los demandantes afectados por el cambio climático han utilizado las comunicaciones individuales ante los órganos de tratados de la ONU como forma de movilización legal. El Comité de Derechos Humanos de la ONU y el Comité de los Derechos del Niño han sido los más receptivos a estas peticiones hasta la fecha. Ambos han admitido los efectos inequívocos del cambio climático sobre el disfrute de los derechos humanos mediante una interpretación progresiva de los derechos sustantivos y procesales consagrados en sus respectivos tratados.

En el caso *Sacchi et al. Vs. Argentina et al.*, presentado contra cinco países, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, a pesar de haber inadmitido la petición por falta de agotamiento de los recursos internos, se mostró de acuerdo con el argumento de los demandantes de que los Estados son legalmente responsables por los efectos nocivos que las emisiones de GEI en su territorio producen sobre los niños que viven fuera de sus fronteras¹⁰. El hecho de que todos los Estados contribuyan al cambio climático no exime a los Estados de su responsabilidad de reducir sus emisiones. El Comité también sostuvo que los jóvenes se enfrentan a amenazas previsibles a sus derechos a la vida, la salud y la cultura. En el caso Billy y otros contra Australia, el Comité de Derechos Humanos de la ONU determinó que el hecho de que Australia no protegiera adecuadamente a los indígenas isleños del Estrecho de Torres de los efectos adversos del cambio climático violaba su derecho a disfrutar de su cultura y a no sufrir injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia y su hogar¹¹. El Comité de Derechos Humanos consideró la conexión espiritual de los isleños con sus tierras tradicionales y la dependencia que existe entre su integridad cultural y la salud de sus ecosistemas. En consecuencia, concluyó que el hecho de que Australia

⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Case of Duarte Agostinho and Others v. Portugal and Others*, 39371/20 (13 de noviembre de 2020).

¹⁰ Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. *Sacchi et al. v. Argentina et al.*, CRC/C/88/D/104/2019 (8 de octubre de 2021).

¹¹ Comité de Derechos Humanos de la ONU. *Billy et al. v. Australia (Torres Strait Islanders Case)*, CCPR/C/135/D/3624/2019 (22 de septiembre de 2022).

no adoptara medidas oportunas y adecuadas para proteger a los isleños indígenas de los efectos adversos del cambio climático vulneraba sus derechos a disfrutar de su propia cultura y a no sufrir injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia y su hogar. Este giro internacional hacia los litigios climáticos basados en los derechos humanos no sólo es impulsado por los demandantes del Norte Global. También se produce en las regiones del Sur Global.

2. Estado de la cuestión sobre la crisis climática y los organismos internacionales de derechos humanos

La conexión entre el fenómeno biofísico del calentamiento global y el derecho en general comenzó como un subcampo de la interfaz entre la protección del medio ambiente y el derecho (Birnie et al., 2009). Con el paso del tiempo, y a medida que el régimen normativo transnacional de gestión de las causas y consecuencias del cambio climático comenzó a consolidarse como un ordenamiento jurídico cerrado en sí mismo, la doctrina le siguió y surgió un campo especializado de investigación multidisciplinar (Bodansky et al., 2017, pp. 36-37). Los estudiosos que investigan las dimensiones sociojurídicas de la gobernanza mundial del clima han examinado las dinámicas relacionadas de la elaboración de leyes y su aplicación, mediante la evaluación de las instituciones (Brunnée y Streck, 2013), actores (Scopelliti, 2021), normas (Kotzé y Kim, 2020) y discursos a escala nacional y transnacional (Jodoin et al., 2020). El nexo entre los derechos humanos y el cambio climático ha sido uno de los ámbitos de investigación sociojurídica que ha crecido exponencialmente tanto en número de publicaciones como en diversidad de enfoques.

La cuestión de cómo los derechos humanos filtran el marco jurídico en la gobernanza del cambio climático se ha abordado principalmente a través de un lente doctrinal (Setzer y Benjamin, 2019). Los debates en los que tienden a concentrarse los estudiosos del derecho podrían dividirse en tres grupos: el material, el conceptual y el institucional. El debate material, probablemente el menos controvertido, reúne trabajos académicos que describen la crisis climática y algunas de las respuestas para abordarla como una realidad material que amenaza el disfrute de la mayoría, sino de todos, los derechos humanos (Adelman, 2016; Andrea Rodríguez y María José Veramendi Villa, 2018). Los académicos, los órganos judiciales y los responsables políticos coinciden en que el calentamiento global intensifica o hace que el aumento del nivel del mar, la escasez de agua, las enfermedades transmitidas por vectores, las inundaciones, los huracanes, los incendios forestales y muchos otros desastres meteorológicos repentinos o de evolución lenta afecten con mayor frecuencia a los derechos humanos formalmente reconocidos (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2009; Duyck et al., 2018; Knox, 2019). Estos incluyen, entre otros derechos, el derecho a la vida, a la vida privada y familiar, a la vivienda, a la alimentación, a la cultura, a un ambiente sano y a la salud. La afectación de estos derechos puede ser producto no solo del cambio climático, sino, también, de las medidas implementadas para hacerle frente (Savaresi, 2013), de los proyectos de mitigación, las políticas de adaptación o los sistemas de compensación (Sven Harmeling, 2018).

Dentro del debate material, el punto más debatido es cómo el cambio climático amenaza a entidades cuyos derechos aún no se han reconocido formalmente, lo que muestra las limitaciones del marco de los derechos. Esto incluye los derechos de las generaciones futuras (Lewis, 2016; Humphreys, 2022) los no humanos (Mwesigwa y Mutesasira, 2021) y, en cierta medida, los derechos colectivos (Tigre, 2022). Otro ámbito de investigación se ha centrado en las repercusiones del cambio climático sobre los grupos vulnerables, en particular las mujeres, los niños, los pueblos

indígenas y otras comunidades marginadas (Ohdedar, 2022). Los estudios han demostrado que estos grupos se ven desproporcionadamente afectados por el cambio climático y que, como consecuencia, a menudo se violan sus derechos humanos. Por ejemplo, las mujeres de las zonas rurales pueden tener dificultades para acceder al agua y a los alimentos debido a las sequías (González y Atapattu, 2016). Al mismo tiempo, los pueblos indígenas pueden perder sus tierras y territorios tradicionales debido al aumento del nivel del mar o la deforestación (Jodoin et al., 2020). Los estudios han examinado las diversas implicaciones de estos impactos para los derechos humanos y han explorado formas de abordarlos a través de mecanismos jurídicos y políticos.

El debate conceptual, mucho más polémico que el material, explora los límites ontológicos de la legislación sobre derechos humanos cuando se aplica para abordar un problema polifacético, multicausal y multinivel como el cambio climático. En este sentido, los académicos han debatido los obstáculos y las oportunidades de utilizar los derechos humanos para evaluar cuestiones que desafían en gran medida algunos de sus principios fundacionales, como su enfoque individual, territorial y correctivo a posteriori de la protección (Posner, 2007; Voigt, 2016; Mayer, 2021). El cambio climático representa un desafío ontológico para los derechos humanos cuando se discute la extraterritorialidad, la atribución de la conducta, la prevención del riesgo inminente, la responsabilidad compartida, la reparación del daño, la delimitación de los titulares de obligaciones y los titulares de derechos (Boyle, 2018; Seck, 2019; Savaresi, 2021). Estas cuestiones ya han sido ampliamente debatidas en otros ámbitos, como la desigualdad y los derechos sociales (Rodríguez-Garavito, 2017). Sin embargo, cuando se sitúan en el contexto de la crisis climática, la complejidad de las cuestiones aumenta. Por ejemplo, uno de los debates es si, y en qué medida, los actores corporativos tienen obligaciones en materia de derechos humanos cuando sus operaciones intensivas en carbono contribuyen a los impactos del cambio climático fuera del territorio del Estado de origen (Macchi, 2021; Macchi y van Zeben, 2021). En este sentido, aunque el derecho clásico de los derechos humanos no hubiera podido abordar el papel de los actores empresariales en cuestiones ambientales debido a sus limitaciones ontológicas, la llegada de la legislación sobre diligencia debida, el derecho indicativo (o *soft law*) sobre empresas y derechos humanos y los comentarios autorizados de los órganos de derechos humanos han permitido ampliar el alcance ontológico del derecho de los derechos humanos (Savaresi y Hartmann, 2020).

El debate institucional abarca la evolución jurídica sustantiva y procesal de las instituciones normativas –como las del régimen climático internacional, en general, y los órganos de derechos humanos, en particular (Meron, 1982). En este sentido, los debates conllevan descripciones de cómo las normas relacionadas con el clima se infiltran en el ámbito de competencias de organismos nacionales, regionales e internacionales de derechos humanos (Tosun, 2018), con capacidad y legitimidad para proponer normas de conducta (Fleig et al., 2017; Novak, 2020), desde los defensores del pueblo nacionales hasta el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Ramcharan, 2015).

Dentro de la propuesta de gobernanza policéntrica (Cole, 2011), las instituciones judiciales y cuasi judiciales también han sido el centro de atención. Se ha dado cuenta de que los tribunales multinivel llenan el vacío normativo sobre la toma de decisiones relacionadas con el clima a través de la adjudicación de derechos humanos (Atapattu, 2018; Heiskanen, 2018; Vollmer, 2018). Al centrarse en los factores que afectan a la agencia de las partes interesadas, las estructuras de oportunidad jurídica que movilizan estos agentes y la argumentación que elaboran y despliegan, los estudiosos han trazado un mapa de cómo los tribunales son

instituciones de producción de normas para la gobernanza climática mundial (Lin y Peel, 2022; Vanhala, 2022). La curiosidad de los académicos por las instituciones judiciales como creadoras de normas de gobernanza climática se deriva de la tensión entre los tribunales como espacios conservadores de deliberación limitados por un mandato estrecho y su potencial para convertirse en lugares de innovación y clarificación jurídica (Batros y Khan, 2022). Los académicos estudian las diferentes estrategias de movilización de los usuarios judiciales pro clima y su interacción con diversas normas procesales, como la admisibilidad, la jurisdicción y la legitimación activa (Pfrommer et al., 2019; Ollino, 2020; Kelleher, 2022). Además, interrogan cómo estos actores enfocan el problema legal ante los tribunales, por ejemplo, sus teorías sobre la reducción de emisiones de GEI y la adaptación climática como obligaciones de derechos humanos (Peel y Lin, 2020; Khalfan, 2022; Marjanac y Jones, 2022). Asimismo, estudian las respuestas de los tribunales a la movilización de los litigantes (Mayer, 2022b), es decir, qué fuentes jurídicas utilizan los jueces para justificar sus razonamientos (Peel y Lin, 2019), cómo difieren los jueces de los precedentes jurídicos o cómo los mantienen (Buser, 2023), y cómo la interpretación de si hubo incumplimiento o no de una obligación jurídica determina las consecuencias jurídicas para los demandados (Wewerinke-Singh, 2019), incluido el alcance y la ambición de las reparaciones (Auz, 2024).

3. América Latina como estudio de caso del Sur Global

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) se ha ocupado tan solo recientemente de las cuestiones ambientales. Podría decirse que la razón principal de este retraso es la misma que la de todos los sistemas de derechos humanos: la ausencia de una perspectiva ecológica en el diseño de los tratados internacionales de derechos humanos (Pavoni, 2015). Esto explica por qué ni los pactos fundacionales de derechos humanos de la ONU ni la Convención Americana sobre Derechos Humanos incluyen un derecho a un ambiente sano o enfoques post-antropocéntricos de los derechos, como un reconocimiento autónomo de los derechos de la naturaleza, por ejemplo. El tratamiento de la protección del ambiente en el corpus iuris del SIDH se deriva principalmente del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador. El artículo 11 del Protocolo de San Salvador reconoce el derecho a vivir en un medio ambiente sano y ordena a los Estados miembros que lo preserven y protejan. Sin embargo, este derecho no era justiciable, pues, salvo el caso del derecho de los trabajadores a organizarse en sindicatos y el derecho a la educación, los derechos establecidos en el Protocolo no eran susceptibles de ser protegidos a través del sistema de peticiones individuales ante la CIDH y la Corte IDH.

Por lo anterior, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) inició un proceso de «ecologización» de los derechos humanos en casos relativos a contaminación y derechos de los pueblos indígenas. Con el tiempo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) emprendió este proceso en asuntos contenciosos y procedimientos consultivos (Abello-Galvis y Arévalo-Ramírez, 2019). Yendo más allá, la Corte IDH, en su Opinión Consultiva sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente de 2017 y en su sentencia del caso *Lhakha Honhat versus Argentina*, interpretó su jurisprudencia y el cuerpo jurídico interamericano para hacer directamente justiciable el derecho a un medio ambiente sano¹². Aun cuando

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos (Obligaciones estatales en relación con el medio ambiente en el contexto de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal - interpretación y alcance de los artículos

estas maniobras interpretativas han sido consideradas controvertidas (Estupiñán Silva, 2018), permitieron, sin duda, un giro ecológico en el SIDH, sumando así tanto a la CIDH como a la Corte IDH al ensamblaje de la gobernanza climática global. Esta incorporación del SIDH como nueva fuente normativa para la toma de decisiones sobre el clima podría ser beneficiosa debido a la reputación de sus órganos entre la comunidad de derechos humanos de las Américas. La CIDH, por ejemplo, ha acumulado una amplia experiencia desde sus inicios en los años sesenta, conociendo casos de violaciones sistémicas y graves de los derechos humanos en el contexto de dictaduras en toda la región (Engstrom, 2019). Con el tiempo, el SIDH ha adaptado su funcionamiento a los renovados panoramas democráticos y ha ampliado el alcance de su trabajo a las dimensiones interseccionales de los abusos contra los derechos humanos, incluidos el género, la raza, la etnia y la ecología (Ragone, 2017). Los órganos del SIDH, a saber, la CIDH y la Corte IDH, tienen jurisdicción sobre prácticamente los 35 Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos. Esto significa que su impacto normativo podría alcanzar a mil millones de personas. Estos órganos tienden a añadir una visión distinta y situada de la protección de los derechos humanos basada en su apertura para escuchar a los peticionarios durante las audiencias y su interacción con los expertos durante los procedimientos contenciosos y consultivos (Burgogue-Larsen, 2017).

A excepción de Cuba y Venezuela, el SIDH tiene jurisdicción sobre todos los países de América Latina y el Caribe (ALC). Estos países son altamente vulnerables y están expuestos al cambio climático (IPCC, 2022, p. 1691). El último informe del IPCC destaca que ALC se enfrentará a importantes disturbios sociales debido a los impactos climáticos (IPCC, 2022, p. 1692). El informe subraya que se espera que el cambio climático agrave retos existentes como la pobreza, la desigualdad y la degradación medioambiental debido a su vulnerabilidad (IPCC, 2022, p. 1746). Entre los impactos climáticos significativos se encuentran el aumento de la frecuencia e intensidad de fenómenos meteorológicos extremos como inundaciones, sequías y huracanes, que podrían provocar inseguridad alimentaria, desplazamientos y pérdidas económicas. La subida del nivel del mar y la acidificación de los océanos amenazan a las comunidades costeras, las infraestructuras y el turismo (IPCC, 2022, p. 1714). También se prevé que el cambio climático afecte significativamente a la salud, con una mayor incidencia de enfermedades transmitidas por vectores, enfermedades respiratorias y estrés térmico (IPCC, 2022, p. 1693). Se destaca, además, el potencial de conflicto social a medida que aumente la competencia por recursos como el agua y la tierra (IPCC, 2022, p. 1733). Por lo anterior, el informe hace hincapié en la necesidad de adoptar medidas de adaptación y mitigación que den prioridad a la justicia social, a los enfoques basados en los derechos y a la inclusión, ya que «conducirán a resultados más sostenibles, reducirán las compensaciones, apoyarán el cambio transformador y promoverán un desarrollo resistente al clima» (IPCC, 2023, p. 33).

El SIDH, con su reputación de larga data como guardián de los derechos humanos en la región de ALC, goza de legitimidad entre la comunidad de defensores de los derechos humanos (Antoniazzi y Krsticevic, 2021, p. 488). Puede utilizar su receptividad entre los Estados miembros para promover normas de derechos humanos relevantes en el contexto de la crisis climática. La valoración del SIDH como punto focal para desarrollar los derechos humanos en el contexto de la crisis climática queda bien ilustrada por la solicitud de Colombia y Chile de una opinión consultiva a la Corte IDH sobre emergencia climática y los derechos humanos (Auz y Viveros-Uehara, 2023). En su solicitud, los Estados se refieren a la importancia de las

4.1 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 2017; *Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina*, 2020.

conclusiones científicas del IPCC, la vulnerabilidad de ALC y la necesidad de enfoques de derechos humanos para hacer frente a la crisis climática. Esta petición se realiza después de cuatro años de que un grupo de ONG de toda la región solicitara a la CIDH que integrara la crisis climática en sus competencias, lo que hizo publicando una resolución de estándares de derechos humanos y cambio climático¹³.

4. Retos y oportunidades para el litigio climático basado en DDHH en el Sur Global

Aunque los tribunales del Sur Global parecen ofrecer soluciones adecuadas a los litigios climáticos, subyace una tensión entre la aspiración a la justicia climática y los resultados judiciales. El desafío principal radica en que, al ganar casos basados en derechos humanos y derecho constitucional contra los Estados, los demandantes del Sur Global enfrentan la paradoja de que estos Estados deben compensar daños de una crisis climática global de la cual no son los principales responsables (Mace y Verheyen, 2016, pp. 197 y 212) y siendo, además, desproporcionadamente afectados por ella (Althor et al., 2016). Estos países, con sistemas judiciales muchas veces sobrecargados, luchan por implementar soluciones climáticas de gran alcance debido a limitaciones estructurales (Benjamin y Bryner, 2019, p. 98). Este dilema de reparación podría extenderse a foros internacionales y regionales de derechos humanos al tratar caso climático¹⁴.

La jurisprudencia internacional está empezando a reflejar la relación entre daño ambiental, cambio climático y derechos humanos y, con ello, se ha alcanzado mayor claridad sobre la responsabilidad estatal por daños ambientales según el derecho internacional de los derechos humanos (Wewerinke-Singh, 2019, p. 88). Así, casos como *Teitiota Vs. Nueva Zelanda*¹⁵ y *Portillo Cáceres Vs. Paraguay*¹⁶ han comenzado a establecer las bases para futuras demandas climáticas, al subrayar la importancia de tratar la contaminación y el cambio climático como amenazas reales al derecho a la vida.

En resumen, aunque no se propone eximir a los países en desarrollo de sus obligaciones de derechos humanos frente al cambio climático, es crucial ponderar los argumentos de justicia climática en el contexto de las reparaciones por litigios climáticos. La creciente conciencia sobre el papel de las emisiones de GEI y el cambio climático exige un balance justo que reconozca las diferencias en contribución y vulnerabilidad entre los países (Coventry y Okereke, 2017, p. 363). Las decisiones de cortes nacionales e internacionales pueden beneficiarse de principios como la «responsabilidad común pero diferenciada» para abordar de manera más equitativa la crisis climática global.

Los órganos judiciales y cuasi judiciales, a nivel tanto nacional como internacional, se enfrentan al desafío de determinar la responsabilidad por violaciones de derechos, aplicando para ello métodos interpretativos que buscan la efectividad legal (Lixinski, 2010, pp. 585 y 589). Un enfoque significativo es la interpretación teleológica, que permite actualizar las obligaciones estatales vinculándolas con el contexto social y prácticas recientes, llenando así los vacíos normativos de manera

¹³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Emergencia Climática. Alcances y obligaciones interamericanas de derechos humanos. Resolución 3/2021* (31 de diciembre de 2021).

¹⁴ Por ejemplo, en *Billy vs. Australia*, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (CDH) ordenó a Australia tomar medidas de adaptación climática para los demandantes, los indígenas de las Islas del Estrecho de Torres, marcando un precedente importante para litigios transnacionales futuros.

¹⁵ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Teitiota v. New Zealand*, CCPR/C/127/D/2728/2016 (7 de enero de 2020).

¹⁶ Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. *Portillo Cáceres vs. Paraguay*, CCPR/C/126/D/2751/2016 (20 de septiembre de 2019).

prudente (Ammann, 2020). Este método fomenta la revitalización de las obligaciones internacionales de cooperación, esencial para evitar futuros daños (Shelton, 2015, p. 397), teniendo en cuenta especialmente las limitaciones de los países en desarrollo en términos de recursos y conocimientos técnicos.

Las cortes están definiendo obligaciones que instan a los Estados a maximizar la cooperación con otros Estados e instituciones para mitigar los efectos climáticos, enfatizando un enfoque proactivo hacia la justicia climática (Mayer, 2018a). Se destaca la importancia de la cooperación internacional como fundamento de las obligaciones estatales, basada en los principios establecidos tanto en la Carta de las Naciones Unidas como en el PIDESC, este último exhortando a la asistencia y cooperación internacional para efectivizar derechos reconocidos.

La «Observación general nº3» del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990, párr. 13) subraya la cooperación internacional como deber de todos los Estados, en línea con lo que establece la CMNUCC y el Acuerdo de París. Las cortes pueden utilizar estos documentos como bases persuasivas para guiar los remedios judiciales, promoviendo la búsqueda activa de cooperación para solucionar y prevenir violaciones de derechos humanos relacionadas con el clima. Ejemplos de esta estrategia se encuentran en la «Recomendación general nº 37» sobre género y cambio climático del CEDAW¹⁷ y las Observaciones Finales sobre los informes de las Islas Marshall y Palau, los cuales evidencian un espíritu de cooperación y asistencia internacional¹⁸.

Aunque la interpretación audaz de los deberes estatales por parte de las cortes no puede reemplazar completamente la gobernanza climática multinivel, impone un marco concreto para la cooperación, enfrentando limitaciones similares a las de las negociaciones climáticas (Bodansky, Brunnée y Rajamani, 2018, p. 101; Mayer, 2018b, p. 101). Este enfoque podría reducir el margen de maniobra diplomática, pero convertir la cooperación en una obligación tangible, aplicable incluso en litigios climáticos extraterritoriales.

Finalmente, aunque pueda argumentarse que las cortes exceden sus competencias al imponer estas obligaciones, la jurisprudencia, como en el caso *Urgenda v. Países Bajos*, muestra que pueden establecerse mínimas obligaciones sin infringir la separación de poderes. Esto ofrece un enfoque progresivo y optimista hacia la mitigación del cambio climático y la protección de los derechos humanos a través de la cooperación internacional y la adaptación a nuevas realidades climáticas.

5. Conclusión

El desafío global que representa el cambio climático exige una respuesta multifacética y coordinada que trascienda las fronteras nacionales y los sectores de la sociedad. La creciente ola de litigios climáticos en todo el mundo refleja un esfuerzo audaz por parte de individuos y comunidades para buscar justicia climática y hacer que los gobiernos y las corporaciones rindan cuentas por sus acciones o inacciones en la crisis climática. Estos casos no solo han iluminado las responsabilidades legales existentes relacionadas con el clima, sino que también han contribuido a la creación

¹⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2018). *General Recommendation No. 37 on Gender-related dimensions of disaster risk reduction in the context of climate change*, párr. 45

¹⁸ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2018). *Concluding observations on the combined initial to third periodic reports of the Marshall Islands* (Concluding Observations CEDAW/C/MHL/CO/1-3; p. 15), párr. 45.

de jurisprudencia innovadora que amplía el alcance de los derechos humanos en el contexto de una crisis ambiental sin precedentes.

La intersección entre los derechos humanos y el cambio climático destaca la importancia de un enfoque basado en los derechos para la gobernanza climática, subrayando que las acciones para mitigar y adaptarse al cambio climático deben priorizar la protección de los derechos fundamentales, especialmente para las comunidades más vulnerables y afectadas. La evolución del litigio climático refleja una expansión de los marcos legales y un giro hacia una mayor inclusión de las consideraciones de derechos humanos, permitiendo que los tribunales nacionales e internacionales jueguen un papel crucial en la configuración de políticas climáticas efectivas y justas.

Sin embargo, los retos persisten, especialmente en el Sur Global, donde la paradoja de enfrentar las consecuencias de una crisis a la que han contribuido mínimamente pone de manifiesto la necesidad de una justicia climática genuina. Es crucial que los esfuerzos de litigio y las políticas climáticas reconozcan y aborden las disparidades en la contribución y vulnerabilidad al cambio climático entre las naciones. Principios como la «responsabilidad común pero diferenciada» y la equidad deben guiar la acción climática global, asegurando que aquellos que menos han contribuido al problema no lleven una carga desproporcionada en sus soluciones.

La conclusión ineludible es que el litigio climático, enmarcado dentro de un robusto discurso de derechos humanos, se está consolidando como un instrumento vital para acelerar la acción climática y garantizar la justicia para las generaciones presentes y futuras. Este fenómeno refuerza la necesidad de un enfoque colaborativo y basado en los derechos en la lucha contra el cambio climático, promoviendo soluciones que sean tanto efectivas como equitativas. Mientras el mundo avanza hacia un futuro incierto, la solidaridad global, la acción colectiva y el respeto por los derechos humanos deben ser los pilares sobre los que se construyan todas las estrategias de mitigación y adaptación al cambio climático.

Bibliografía

- Abello-Galvis, R. y Arevalo-Ramirez, W. (2019). Inter-American Court of Human Rights Advisory Opinion OC-23/17: Jurisdictional, procedural and substantive implications of human rights duties in the context of environmental protection. *Review of European, Comparative y International Environmental Law*, 28 (2), pp. 217-222. <https://doi.org/10.1111/reel.12290>
- Adelman, S. (2016). Climate justice, loss and damage and compensation for small island developing states. *Journal of Human Rights and the Environment*, 7 (1), 32-53. <https://doi.org/10.4337/jhre.2016.01.02>
- Adelman, S. (2018). Human Rights in the Paris Agreement: Too Little, Too Late? *Transnational Environmental Law*, 7 (1), 17-36.
- Althor, G., Watson, J. E. M. y Fuller, R. A. (2016). Global mismatch between greenhouse gas emissions and the burden of climate change. *Scientific Reports*, 6 (1), 20281. <https://doi.org/10.1038/srep20281>
- Ammann, O. (2020). *Domestic courts and the interpretation of international law: Methods and reasoning based on the Swiss example*. Brill Nijhoff.
- Antoniazzi, M. M. y Krsticevic, V. (2021). NGOs: A critical link to understanding and strengthening compliance of international decisions. En R. Grote, M. Morales Antoniazzi y D. Paris (Eds.), *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law* (485-509). Edward Elgar Publishing.

- Atapattu, S. A. (2018). Climate change under regional human rights systems. En S. Duyck, S. Jodoin, y A. Johl (Eds.), *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance* (128-144). Routledge.
- Auz, J. y Viveros-Uehara, T. (2023, marzo 2). Another Advisory Opinion on the Climate Emergency? The Added Value of the Inter-American Court of Human Rights. *EJIL: Talk!* <https://www.ejiltalk.org/another-advisory-opinion-on-the-climate-emergency-the-added-value-of-the-inter-american-court-of-human-rights/>
- Auz, J. (2024). The Political Ecology of Climate Remedies in Latin America and the Caribbean: Comparing Compliance between National and Inter-American Litigation. *Journal of Human Rights Practice*, 1-26. <https://doi.org/10.1093/jhuman/huad057>
- Batros, B. y Khan, T. (2022). Thinking Strategically about Climate Litigation. En C. Rodríguez-Garavito (Ed.), *Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action* (97-116). Cambridge University Press.
- Birnie, P. W., Boyle, A. E. y Redgwell, C. (2009). *International Law and the Environment (3rd ed)*. Oxford University Press.
- Bodansky, D., Brunnée, J. y Rajamani, L. (2017). *International Climate Change Law (First edition)*. Oxford University Press.
- Boyle, A. (2018). Climate Change, the Paris Agreement and Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, 67 (04), 759-777. <https://doi.org/10.1017/S0020589318000222>
- Brunnée, J. y Streck, C. (2013). The UNFCCC as a negotiation forum: Towards common but more differentiated responsibilities. *Climate Policy*, 13 (5), pp. 589-607. <https://doi.org/10.1080/14693062.2013.822661>
- Burgogue-Larsen, L. (2017). The Added Value of the Inter-American Human Rights System: Comparative Thoughts. En A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales Antoniazzi, F. Piovesan, y X. Soley (Eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (377-408). Oxford University Press.
- Buser, A. (2023). National climate litigation and the international rule of law. *Leiden Journal of International Law*, 1-23. <https://doi.org/10.1017/S0922156522000772>
- Cole, D. H. (2011). From global to polycentric climate governance. *Climate Law*, 3, 395-413. <https://doi.org/10.3233/CL-2011-042>
- Coventry, P. y Okereke, C. (2017). Climate change and environmental justice. En R. Holifield, J. Chakraborty, y G. Walker (Eds.), *The Routledge Handbook of Environmental Justice* (362-373). Routledge.
- Derman, B. (2019). Revisiting limits to legal mobilization for global climate justice: Complexity, territoriality, and responsibility. *Oñati Socio-legal Series*, 9 (3), 333-360. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1062>
- Duyck, S., Lennon, E., Obergassel, W., Savaresi, A., Duyck, S., Lennon, E., Obergassel, W. y Savaresi, A. (2018). Human Rights and the Paris Agreement's Implementation Guidelines: Opportunities to Develop a Rights-based Approach. *Carbon y Climate Law Review*, 12 (3), 191-202. <https://doi.org/10.21552/cclr/2018/3/5>
- Engstrom, P. (2019). Introduction: Rethinking the Impact of the Inter-American Human Rights System. En P. Engstrom (Ed.), *The Inter-American Human Rights System* (1-22). Springer International Publishing.
- Estupiñan Silva, R. (2018). Primera opinión interamericana sobre medio ambiente: ¿derecho exigible o decisión ultra vires? En H. J. Jiménez Guanipa, E. Viedma y F. Huber (Eds.), *Energía, Cambio Climático y Desarrollo Sostenible: Impacto sobre los Derechos* (295-314). Fundación Heinrich Böll.
- Fleig, A., Schmidt, N. M. y Tosun, J. (2017). Legislative Dynamics of Mitigation and Adaptation Framework Policies in the EU. *European Policy Analysis*, 3 (1), 101-124. <https://doi.org/10.1002/epa2.1002>

- Ghaleigh, N. S. (2010). "Six honest serving-men": Climate change litigation as legal mobilization and the utility of typologies. *Climate Law*, 1 (1), 31-61. <https://doi.org/10.1163/CL-2010-003>
- Gonzalez, C. G. y Atapattu, S. (2016). International Environmental Law, Environmental Justice, and the Global South. *Transnational Law and Contemporary Problems*, 26 (2), pp. 229-242.
- Harmeling, S. (2018). *Climate Change Impacts*. En Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance. Routledge.
- Heiskanen, H. (2018). Climate change and the European Court of Human Rights. En S. Duyck, S. Jodoin y A. Johl (Eds.), *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance* (319-324). Routledge.
- Higham, C., Setzer, J. y Bradeen, E. (2022). *Challenging government responses to climate change through framework litigation*. Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment and Centre for Climate Change Economics and Policy, London School of Economics and Political Science.
- Humphreys, S. (2022). Against Future Generations. *European Journal of International Law*, 33 (4), 1061-1092. <https://doi.org/10.1093/ejil/chac068>
- IPCC. (2018). *Global Warming of 1.5 °C: Summary for Policymakers*. Intergovernmental Panel on Climate Change.
- IPCC. (2022). *Climate Change 2022: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change (AR6)*. Intergovernmental Panel on Climate Change.
- IPCC. (2023). *Climate Change 2023: Synthesis Report. Contribution of Working Groups I, II and III to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. IPCC.
- Jodoin, S., Snow, S. y Corobow, A. (2020). Realizing the Right to Be Cold? Framing Processes and Outcomes Associated with the Inuit Petition on Human Rights and Global Warming. *Law y Society Review*, 54 (1), 168-200. <https://doi.org/10.1111/lasr.12458>
- Kelleher, O. (2022). Systemic Climate Change Litigation, Standing Rules and the Aarhus Convention: A Purposive Approach. *Journal of Environmental Law*, 34 (1), 107-134. <https://doi.org/10.1093/jel/eqab037>
- Keller, H., Heri Corina, C. y Piskóty, R. (2022). Something Ventured, Nothing Gained?—Remedies before the ECtHR and Their Potential for Climate Change Cases. *Human Rights Law Review*, 22 (1), 1-26.
- Khalfan, A. (2022). Litmus Tests as Tools for Tribunals to Assess State Human Rights Obligations to Reduce Greenhouse Gas Emissions. En C. Rodríguez-Garavito (Ed.), *Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action* (177-186). Cambridge University Press.
- Knox, J. H. (2019). Bringing Human Rights to Bear on Climate Change. *Climate Law*, 9 (3), 165-179. <https://doi.org/10.1163/18786561-00903002>
- Kotzé, L. J. y Kim, R. E. (2020). Exploring the Analytical, Normative and Transformative Dimensions of Earth System Law. *Environmental Policy and Law*, 50 (6), pp. 457-470. <https://doi.org/10.3233/EPL-201055>
- Lehoucq, E. y Taylor, W. K. (2020). Conceptualizing Legal Mobilization: How Should We Understand the Deployment of Legal Strategies? *Law y Social Inquiry*, 45 (1), pp. 166-193. <https://doi.org/10.1017/lsi.2019.59>
- Lewis, B. (2016). Human Rights Duties towards Future Generations and the Potential for Achieving Climate Justice. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 34 (3), 206-226. <https://doi.org/10.1177/016934411603400303>
- Lin, J. y Peel, J. (2022). The Farmer or the Hero Litigator?: Modes of Climate Litigation in the Global South. En C. Rodríguez-Garavito (Ed.), *Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action* (187-205). Cambridge University Press.

- Lixinski, L. (2010). Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law. *European Journal of International Law*, 21 (3), 585-604. <https://doi.org/10.1093/ejil/chq047>
- Luporini, R. y Savaresi, A. (2023). International human rights bodies and climate litigation: Don't look up? *Review of European, Comparative y International Environmental Law*. <https://doi.org/10.1111/reel.12491>
- Macchi, C. (2021). The Climate Change Dimension of Business and Human Rights: The Gradual Consolidation of a Concept of 'Climate Due Diligence'. *Business and Human Rights Journal*, 6 (1), 93-119. <https://doi.org/10.1017/bhj.2020.25>
- Macchi, C. y van Zeven, J. (2021). Business and human rights implications of climate change litigation: Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell. *Review of European, Comparative y International Environmental Law*, 30 (3), pp. 409-415. <https://doi.org/10.1111/reel.12416>
- Mace, M. J. y Verheyen, R. (2016). Loss, Damage and Responsibility after COP21: All Options Open for the Paris Agreement. *Review of European, Comparative y International Environmental Law*, 25 (2), pp. 197-214. <https://doi.org/10.1111/reel.12172>
- Maljean-Dubois, S. (2018). Climate Change Litigation. En *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*. Oxford Public International Law.
- Marjanac, S. y Jones, S. H. (2022). Staying within Atmospheric and Judicial Limits: Core Principles for Assessing Whether State Action on Climate Change Complies with Human Rights. En C. Rodríguez-Garavito (Ed.), *Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action* (157-176). Cambridge University Press.
- Mayer, B. (2018a). International Law Obligations Arising in relation to Nationally Determined Contributions. *Transnational Environmental Law*, 7 (2), 251-275. <https://doi.org/10.1017/S2047102518000110>
- Mayer, B. (2018b). *The international law on climate change*. Cambridge University Press.
- Mayer, B. (2021). Climate Change Mitigation as an Obligation Under Human Rights Treaties? *American Journal of International Law*, 115 (3), 409-451. <https://doi.org/10.1017/ajil.2021.9>
- Mayer, B. (2022a). Prompting Climate Change Mitigation Through Litigation. *International and Comparative Law Quarterly*, 1-18. <https://doi.org/10.1017/S0020589322000458>
- Mayer, B. (2022b). The Contribution of Urgenda to the Mitigation of Climate Change. *Journal of Environmental Law*. <https://doi.org/10.1093/jel/eqac016>
- Mayer, B. (2023). International Advisory Proceedings on Climate Change. *Michigan Journal of International Law*, 44 (1), 41-116. <https://doi.org/10.36642/mjil.44.1.international>
- McGarry, B. y Chávez Arco, F. (2022). The Competence of the International Tribunal for the Law of the Sea in its New Advisory Proceedings on Climate Change. *EJIL: Talk!* <https://www.ejiltalk.org/the-competence-of-the-international-tribunal-for-the-law-of-the-sea-in-its-new-advisory-proceedings-on-climate-change/>
- McKernan, L., Wyss, J., Duyck, S. y Mingrone, F. (2023). *States' Human Rights Obligations in the Context of Climate Change: 2022 Update [Synthesis Note]*. Center for International Environmental Law and the Global Initiative for Economic, Social and Cultural Rights.
- Meron, T. (1982). Norm Making and Supervision in International Human Rights: Reflections on Institutional Order. *American Journal of International Law*, 76 (4), 754-778. <https://doi.org/10.2307/2201552>
- Mwesigwa, S. A. K. y Mutesasira, P. D. (2021). Climate Litigation as a Tool for Enforcing Rights of Nature and Environmental Rights by NGOs: Security for Costs and Costs Limitations in Uganda. *Carbon y Climate Law Review*, 15 (2), pp. 139-149. <https://doi.org/10.21552/cclr/2021/2/5>

- Novak, A. (2020). Transnational Legal Citation as Method of Norm Diffusion. En A. Novak (Ed.), *Transnational Human Rights Litigation* (37-64). Springer International Publishing.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2009). *Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the relationship between climate change and human rights (Annual Report of the OHCHR A/HRC/10/61; 10th Session of the HRC, p. 32)*. United Nations Human Rights Council.
- Ohdedar, B. (2022). Climate adaptation, vulnerability and rights-based litigation: Broadening the scope of climate litigation using political ecology. *Journal of Human Rights and the Environment*, 13 (1). <https://doi.org/10.4337/jhre.2022.01.06>
- Okereke, C. (2018). Equity and Justice in Polycentric Climate Governance. En A. Jordan, D. Huitema, H. van Asselt y J. Forster (Eds.), *Governing Climate Change* (320-337). Cambridge University Press.
- Ollino, A. (2020). Reflections on the Advisory Opinion on Human Rights and the Environment and the Notion of Extraterritorial Jurisdiction. *Die Friedens-Warte*, 93 (1-2), 56-69. <https://doi.org/10.35998/fw-2020-0004>
- Osofsky, H. M. (2020). The Geography of Emerging Global South Climate Change Litigation. *AJIL Unbound*, 114, 61-66. <https://doi.org/10.1017/aju.2020.3>
- Pavoni, R. (2015). Environmental Jurisprudence of the European and Inter-American Courts of Human Rights. En B. Boer (Ed.), *Environmental Law Dimensions of Human Rights* (69-106). Oxford University Press.
- Peel, J. y Osofsky, H. M. (2018). A Rights Turn in Climate Change Litigation? *Transnational Environmental Law*, 7 (1), pp. 37-67. <https://doi.org/10.1017/S2047102517000292>
- Peel, J. y Lin, J. (2019). Transnational Climate Litigation: The Contribution of the Global South. *American Journal of International Law*, 113 (4), pp. 679-726. <https://doi.org/10.1017/ajil.2019.48>
- Peel, J. y Lin, J. (2020). Climate Change Adaptation Litigation: A View from Southeast Asia. En J. Lin y D. A. Kysar (Eds.), *Climate Change Litigation in the Asia Pacific* (pp. 294-328). Cambridge University Press.
- Pfrommer, T., Goeschl, T., Proelss, A., Carrier, M., Lenhard, J., Martin, H., Niemeier, U. y Schmidt, H. (2019). Establishing causation in climate litigation: Admissibility and reliability. *Climatic Change*, 152 (1), 67-84. <https://doi.org/10.1007/s10584-018-2362-4>
- Posner, E. A. (2007). Climate Change and International Human Rights Litigation: A Critical Appraisal. *University of Pennsylvania Law Review*, 155, 1925-1946.
- Ragone, S. (2017). The Inter-American System of Human Rights: Essential Features. En A. von Bogdandy, E. Ferrer Mac-Gregor, M. Morales, y F. Piovesan (Eds.), *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune* (279-300). Oxford University Press.
- Ramcharan, B. G. (2015). *The law, policy and politics of the UN Human Rights Council*. Brill Nijhoff.
- Rodríguez, R. y Veramendi Villa, M. J. (2018). Integrating a human rights-based approach to address climate change impacts in Latin America. En S. Duyck, S. Jodoin y A. Johl (Eds.), *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance*. Routledge.
- Rodríguez-Garavito, C. (2017). Beyond Enforcement: Assessing and Enhancing Judicial Impact. En M. Langford, C. Rodríguez-Garavito y J. Rossi (Eds.), *Social Rights Judgments and the Politics of Compliance* (75-108). Cambridge University Press.

- Rodríguez-Garavito, C. (2022). Litigating the Climate Emergency: The Global Rise of Human Rights–Based Litigation for Climate Action. En C. Rodríguez-Garavito (Ed.), *Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action* (9-83). Cambridge University Press.
- Savaresi, A. (2013). REDD+ and Human Rights: Addressing Synergies between International Regimes. *Ecology and Society*, 18 (3). <https://doi.org/10.5751/ES-05549-180305>
- Savaresi, A. y Auz, J. (2019). Climate Change Litigation and Human Rights: Pushing the Boundaries. *Climate Law*, 9 (3), pp. 244-262. <https://doi.org/10.1163/18786561-00903006>
- Savaresi, A. y Hartmann, J. (2020). Using Human Rights Law to Address the Impacts of Climate Change: Early Reflections on the Carbon Majors Inquiry. En D. A. Kysar y J. Lin (Eds.), *Climate Change Litigation in the Asia Pacific* (73-93). Cambridge University Press.
- Savaresi, A. (2021). Inter-State Climate Change Litigation: 'Neither a Chimera nor a Panacea'. En I. Alogna, C. Bakker y J.-P. Gauci (Eds.), *Climate Change Litigation: Global Perspectives* (366-392). Brill Nijhoff. https://doi.org/10.1163/9789004447615_017
- Savaresi, A. y Setzer, J. (2021). Mapping the Whole of the Moon: An Analysis of the Role of Human Rights in Climate Litigation. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3787963>
- Scopelliti, M. (2021). *Non-Governmental Actors in International Climate Change Law: The Case of Arctic Indigenous Peoples*. Routledge.
- Seck, S. L. (2019). Moving beyond the e-word in the Anthropocene. En D. S. Margolies, U. Özsu, M. Pal y N. Tzouvala (Eds.), *The Extraterritoriality of Law: History, Theory, Politics* (49-66). Routledge.
- Setzer, J. y Benjamin, L. (2019). Climate Litigation in the Global South: Constraints and Innovations. *Transnational Environmental Law*, pp. 1-25. <https://doi.org/10.1017/S2047102519000268>
- Setzer, J. y Vanhala, L. C. (2019). Climate change litigation: A review of research on courts and litigants in climate governance. *Wiley Interdisciplinary Reviews: Climate Change*, 10 (3). <https://doi.org/10.1002/wcc.580>
- Sindico, F. y McKenzie, K. (2018). *Human Rights Thresholds in the Context of Climate Change: A Litigation Perspective in the Wake of the IPCC Special Report on 1.5°C or the Week in which Everything Changed*. University of Strathclyde Center for Environmental Law and Governance.
- Shelton, D. (2015). *Remedies in International Human Rights Law* (Third edition). Oxford University Press.
- Tigre, M. (2022). Climate Change and Indigenous Groups: The Rise of Indigenous Voices in Climate Litigation. *E-Publica*, 9 (3).
- Tosun, J. (2018). Diffusion: An Outcome of and an Opportunity for Polycentric Activity? En A. Jordan, D. Huitema, H. van Asselt, y J. Forster (Eds.), *Governing Climate Change* (152-168). Cambridge University Press.
- Toussaint, P. (2020). Loss and damage and climate litigation: The case for greater interlinkage. *Review of European, Comparative y International Environmental Law*, 30 (1), 16-33. <https://doi.org/10.1111/reel.12335>
- Vanhala, L. (2022). The Social and Political Life of Climate Change Litigation: Mobilizing the Law to Address the Climate Crisis. En C. Rodríguez-Garavito (Ed.), *Litigating the Climate Emergency: How Human Rights, Courts, and Legal Mobilization Can Bolster Climate Action* (84-94). Cambridge University Press.
- Voigt, C. (2016). Climate Change and Damages. En K. R. Gray, R. Tarasofsky y C. Carlarne (Eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law* (465-491). Oxford University Press.

- Vollmer, A. R. (2018). Mobilizing human rights to combat climate change through litigation. En S. Duyck, S. Jodoin y A. Johl (Eds.), *Routledge Handbook of Human Rights and Climate Governance* (359-371). Routledge.
- Wewerinke-Singh, M. (2019). Remedies for Human Rights Violations Caused by Climate Change. *Climate Law*, 9 (3), 224-243. <https://doi.org/10.1163/18786561-00903005>

Filosofía política e inteligencia artificial. Primeras noticias. Comentario a Mark Coeckelbergh, Filosofía política de la inteligencia artificial

(2023) Cátedra
Madrid, 224 pp.

Manuel Arias Maldonado
Universidad de Málaga
ORCID ID 0000-0003-1448-4379
marias@uma.es

Cita recomendada:

Arias Maldonado, M. (2024). Filosofía política e inteligencia artificial. Primeras noticias. Comentario a Mark Coeckelbergh, Filosofía Política de la Inteligencia Artificial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 434-439
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8520>

Recibido / received: 20/02/2024
Aceptado / accepted: 07/03/2024

Aunque el desarrollo de lo que quizá impropiaemente ha venido en llamarse Inteligencia Artificial (en adelante, IA) no es ninguna novedad, la irrupción pública del ChatGPT parece haber despertado a las sociedades contemporáneas a una realidad de contornos aún desconocidos y quizá por eso percibidos como amenazantes. Tampoco esta sensación de alarma tiene nada de original; la disrupción tecnológica provoca forzosamente una sacudida en las sociedades que la experimentan. De un lado, se cuentan los temores que las nuevas tecnologías suscitan en el plano cultural y psicológico, donde a menudo se tiene la sensación de que la «autenticidad» de lo «humano» se ve comprometida cuando la máquina gana terreno en la organización económica o las relaciones sociales: la escritora Virginia Woolf llegó a decir que el carácter humano había cambiado con la invención del cinematógrafo. Del otro, descartada ya la premisa decimonónica según la cual el progreso tecnológico produce beneficios universales, hay colectivos que se preocupan legítimamente por el daño que una innovación particular puede infligirles; los luditas solo fueron la vanguardia de los perjudicados por ese cambio tecnológico constante que define a la modernidad capitalista.

En los últimos años, la inquietud se ha centrado principalmente en las tecnologías relacionadas con la producción y transmisión de conocimiento e información que se benefician de la conexión en red facilitada por Internet, así como por sus aplicaciones en las distintas esferas sociales. Se teme por el futuro de la democracia a la vista del impacto de las redes sociales en la conversación pública; se



alega que el poder político y las propias empresas tienen ahora más capacidad que nunca para vigilar y controlar la vida privada de los ciudadanos; se teme por el futuro del empleo en una sociedad automatizada. Y, desde luego, no faltan quienes juzgan que la robotización y la digitalización van de la mano a la hora de «deshumanizar» unas sociedades que cada vez se alejan más del propósito emancipador introducido en la historia por el pensamiento ilustrado, dificultando la realización del ideal que representa el sujeto autónomo capaz de decidir cómo quiere vivir sin sufrir interferencias por parte del poder público o sujetarse al dominio de los demás.

Así ha sucedido también, como no podía ser menos, con la IA. Que una máquina pueda ayudarnos a traducir un texto a otro idioma, crear imágenes a nuestra medida o responder a cualquier pregunta imaginable ha sido considerado como el anticipo de un cambio civilizatorio. ¿De qué no será capaz esa «inteligencia artificial» que se perfecciona a sí misma y cuánto tardará en volverse contra sus creadores? ¿Quién ha decidido introducir a esta criatura en el mundo y por qué no se pregunta a los ciudadanos si quieren vivir con ella o preferirían no hacerlo? ¿Cómo podemos asegurarnos de que sus efectos serán benéficos, si ni siquiera sabemos todavía cuáles llegarán a ser? ¿Y qué tienen que decir sobre ello los teóricos de las disciplinas académicas que se dedican a analizar fenómenos sociales? Porque algo tendrán que decir, si es que queremos comprender mejor en qué consisten y cuáles son sus implicaciones en los distintos órdenes, incluyendo ese orden normativo en el que se plantean preguntas acerca de lo deseable e indeseable.

Hay que agradecer al belga Mark Coeckelbergh, filósofo de la tecnología de larga trayectoria radicado en la Universidad de Viena, que se haya preguntado qué diría una «filosofía política de la IA»; aunque sería más exacto decir que su libro es una suerte de cartografía de la IA a la luz de la tradición filosófico-política. Su método consiste en identificar aquellos temas clásicos de esta última cuya formulación teórica y aplicación práctica puede verse influida por el desarrollo de la IA, si no lo está siendo ya, a fin de discutir a continuación cómo debe responderse a ese impacto en el plano normativo. De ahí que el libro –después de un capítulo introductorio– esté organizado alrededor de los grandes problemas de la filosofía política: la libertad; la igualdad y la justicia; la democracia y el totalitarismo; el poder y la vigilancia. A ellos se añaden el medio ambiente y los animales no humanos; una conclusión relativa a la cualidad política de la tecnología cierra el trabajo. El resultado es una guía de indudable utilidad para la reflexión filosófico-política sobre la IA; el autor ha desbrozado el sendero tras penetrar hacha en mano en el bosque y, si bien el libro no destaca por la originalidad de sus tesis ni ofrece planteamientos propios acerca de lo que *deba* hacerse con la IA, sienta las bases para que esa reflexión pueda llevarse a cabo. Digamos que en este notable libro es todo lo que está, pero no está todo lo que es.

A juicio del autor, es necesario traer a primer plano las implicaciones *políticas* de la IA, mucho menos atendidas que las consideraciones *éticas* de las que él mismo se ha ocupado con fruición. Pero no estoy seguro de que tenga razón cuando sostiene que tanto la IA como la robótica suelen ser contempladas como un asunto técnico raramente vinculado a la política y cuyos efectos indeseados permanecen fuera de foco; que los filósofos de la tecnología cultivan la ética más que la política, en cambio, está fuera de duda. En cuanto a los teóricos políticos, no cabe duda de que algunas tecnologías han sido objeto de mayor atención que otras y de que la producción de novedades tecnológicas se considera a menudo una circunstancia sobrevenida con la que deben aprender a lidiar las sociedades humanas. No obstante, basta asomarse a la literatura producida por los teóricos políticos medioambientales para dar con una animada discusión acerca del papel de la tecnología en la conformación de esas mismas sociedades.

En cualquier caso, es indudable que irrupción de la IA exige una reflexión suplementaria en la que el papel de filósofos y teóricos políticos está llamado a ser protagonista; al menos, debería serlo. Y ello porque, como señala Coecklbergh desde el principio, la IA es «política» de cabo a rabo; no es una tecnología «neutral» cuyos efectos dependan del uso que los seres humanos decidan darle. Ninguna lo es: todas vienen definidas por eso que han venido a llamarse «*affordances*» o «posibilidades», cuya materialización produce un impacto variable —en forma e intensidad— sobre la sociedad y la subjetividad. Dicho esto, una escoba tiene menos potencia disruptora que la IA, pese ser ambas innovaciones tecnológicas en sentido propio. De hecho, si algo caracteriza a la IA es una *polivalencia* que dificulta realizar juicios tajantes acerca de su moralidad: no es lo mismo preguntar al ChatGPT por la receta para fabricar un cóctel Molotov que hacerlo por la vida de Santa Teresa de Jesús. De manera análoga, sería incongruente lamentar que el proceso de robotización disminuya de manera drástica el número de trabajadores industriales obligados a hacer el tipo de tareas repetitivas que denunciaba con humor Charles Chaplin en *Tiempos modernos*; incluso si con ello se pone fin a una subcultura comunitaria en la que han germinado sentimientos de solidaridad colectiva y formas de identidad vinculadas al trabajo manual.

Resulta desconcertante, en ese sentido, que la breve introducción del libro no contenga una descripción de la IA que permita al lector comprender el tipo de tecnología a la que el título ya se refiere. Hay que entender que Coecklbergh se ocupa —así se trasluce de los ejemplos que emplea— de las distintas aplicaciones conocidas de la IA, entre ellas la IA generativa (que se alimenta de los datos que se le proporcionan para hacer su propio aprendizaje imitativo); su reflexión se limita así a los confines de la llamada «IA débil», que es la que conocemos y que se diferencia de una futurible «IA general» cuyas capacidades excederían las de los seres humanos que las diseñan. Asistentes virtuales, vehículos autónomos, traductores automáticos, sistemas de recomendación y chatbots, instrumentos de reconocimiento facial e *tutti quanti* conforman el presente cotidiano de la IA; lo que pueda venir o cómo puedan desarrollarse estas aplicaciones, todavía no lo sabemos. En cuanto a la robótica, podemos encuadrar dentro de la misma aquellos artefactos capaces de realizar las tareas para las que han sido programados. Salta a la vista que la *fusión* de la IA y la robótica ofrece posibilidades inéditas.

La vocación didáctica e introductoria del libro lleva a Coecklbergh a comenzar cada sección con un desbrozamiento conceptual destinado a aclarar el sentido de los términos que emplea. Así sucede con la libertad, noción demasiado amplia para resultar operativa. Para el autor, es la libertad negativa —libre disposición personal de una esfera de no interferencia— la que está en riesgo con el despliegue de la IA que se dedica a la vigilancia: «La cámara o el robot están siempre ahí». Coecklbergh tira de Foucault y de la proverbial imagen del *Panopticon*: la monitorización a distancia sería ya suficiente para «disciplinar» a los individuos sin necesidad de coerción física directa. La vigilancia digital está a menudo escondida, advierte el autor, pudiendo incluso ser horizontal: «los usuarios de las redes sociales se vigilan unos a otros con la mediación de los algoritmos».

Sin embargo, la figura del *Panopticon* no puede aplicarse tan alegremente al tipo de «observación» que llevan a cabo esos algoritmos que rastrean las interacciones digitales en busca de patrones o términos que delaten un tipo particular de actividad. Nadie nos está mirando; son nuestras huellas las que se convierten *ex post* en indicios detectables por el algoritmo. Y lo mismo vale para la presunta vigilancia horizontal entre usuarios, atenuada de entrada por el hecho de que usamos nuestros teléfonos de manera voluntaria e incluso disfrutamos interactuando en las redes sociales. Afirmar de manera rotunda que se está interfiriendo con nuestra

libertad negativa en estos casos parece requerir matices por lo general ausentes en la filosofía política que lidia con esta nueva realidad.

En todo caso, el filósofo belga es el primero en admitir que la libertad negativa no es el único valor a considerar; la justicia o la seguridad reclaman también su lugar y eso genera conflictos entre bienes para cuya resolución carecemos de criterios incontestables. Algo parecido sucede con la libertad positiva, que él entiende como la posibilidad de decidir de manera autónoma cómo queremos vivir. Coeckelbergh recurre a la idea del *nudging* popularizada por Cass Sunstein y Richard Thaler, que como es sabido consiste en «empujar» al individuo hacia un uso más responsable de su autonomía sin por ello mermar su libertad para decidir. Para Coeckelbergh, es legítimo que el Estado obligue a las tabaquerías a incluir en las cajetillas a la venta una advertencia explícita sobre los riesgos que fumar tiene para la salud, pues uno podría comprar tabaco y conservar su libertad de decisión; en cambio, el *nudging* que se realiza mediante IA constituiría –tanto si lo hacen las empresas como si lo hace el poder público– una amenaza para la libertad positiva. Bien, pero ¿por qué? Leemos que «operando sobre la psicología subconsciente de las personas, [la IA] las manipula sin respetarlas como personas racionales». Por desgracia, Coeckelbergh no proporciona ningún ejemplo de esta manipulación y, en consecuencia, resulta difícil estar de acuerdo con él: no se ve por qué esta clase de influencia sería más eficaz o cualitativamente diferente de la que llevan a cabo muchos otros agentes persuasivos: de los medios de comunicación a las empresas que hacen publicidad, pasando por el gobierno que vende sus logros y el amigo que quiere convencernos de que invertamos dinero en su negocio. Se echa de menos la referencia a análisis empíricos capaces de probar –en la medida en que eso sea posible– que la IA nos empuja a hacer cosas que otras instancias no logran forzarnos a hacer. Este problema metodológico reaparece cuando el autor se ocupa de la automatización del trabajo y sostiene que el problema está en que una sociedad injusta no resuelve nada reemplazando a los trabajadores industriales por robots.

La tendencia a la hipérbole se aprecia también allí donde Coeckelbergh habla del empleo que las grandes empresas de telecomunicaciones hacen de nuestros datos. A su juicio, compartido por autoras como Carissa Véliz o Shoshana Zuboff, el capitalismo de la vigilancia se basa en el trabajo que los usuarios de las redes sociales hacen para esas empresas: somos nosotros quienes producimos una mercancía (los datos) que se vende a los clientes (anunciantes). Sentencia Coeckelbergh: «Esto es una forma de explotación». Pero no está nada claro que lo sea, porque el usuario ha aceptado un contrato y disfruta de los servicios que les proporcionan tales empresas a cambio de regalarles sus datos; es una transacción que, sea cual sea el juicio moral que nos merezca la actividad subsiguiente, no parece atormentarnos. Hablar de «explotación laboral» es, en consecuencia, inadecuado; necesitamos un vocabulario distinto y adaptado a los fenómenos emergentes de los que este libro trata se ocupa. En ese sentido, aplicar el viejo vocabulario marxista a la relación que mantenemos con las empresas tecnológicas no parece ayudarnos a comprenderla: igual que un trabajador industrial allá por 1834 hubiera dejado sin dudar la fábrica para retirarse con una pensión, pocos de nosotros renunciaríamos a seguir usando nuestro teléfono. En una sección posterior, Coeckelbergh llegará a invocar a Hannah Arendt para sugerir la posibilidad de un «totalitarismo digital»; sus contornos, empero, no son dibujados con la precisión exigible a tan fenomenal aseveración.

No tengo aquí espacio para discutir todos los temas que aborda el autor; deteniéndome en su tratamiento de la libertad, he querido dar una impresión de las fortalezas y debilidades del libro. Coeckelbergh es exhaustivo a la hora de presentar los distintos enfoques que, dentro de la filosofía política, pueden aplicarse a un problema clásico de la disciplina –como la justicia o la democracia o el poder– y

explora la manera en que la IA puede afectarle. Su posición personal no es clara; suele limitarse a presentar posiciones contrapuestas y a formular preguntas sin llegar a responderlas. Es comprensible: aquí se transita un territorio virgen. Por ejemplo, ¿quién sabría decir si la IA fortalecerá o debilitará la democracia? Dado que Coeckelbergh tampoco lo sabe, empieza por señalar que la IA tiene un marcado carácter tecnocrático y nos recuerda que la tecnocracia posee serios problemas de déficit democrático; eso conduce a la pregunta sobre cuál debe entonces ser el papel de los expertos y la tecnología en una democracia. De ahí transita a una distinción entre formas representativas y formas deliberativas de democracia, a las que añade la democracia agonista; todas ellas son presentadas con detalle y con el auxilio de la literatura pertinente. Surgen nuevas preguntas: ¿pueden la ciencia y la tecnología ayudarnos a superar la ignorancia de la mayoría? Si la democracia ha de ser más deliberativa y participativa, ¿cuál es el rol de la IA en ella? Y volvemos al principio: ¿nos lleva la IA hacia la tecnocracia, o una democracia de tintes habermasianos se hace viable de su mano? El autor no da respuesta. Para colmo, avala la discutible idea de las «cámaras de eco» creadas por las redes sociales, saca a colación a Cambridge Analytica como causa mayor del *Brexit* y llega a la conclusión de que «la IA no es solo una herramienta para la política, sino que cambia la política misma». Se nos advierte también de que si la IA es empleada para la toma de decisiones sin la transparencia debida, nos encontraremos con un problema de rendición de cuentas; y se concluye que las políticas públicas relativas a la IA «tendrán que equilibrar valores políticos diferentes que potencialmente entran en conflicto entre sí». Es difícil mostrarse en desacuerdo con afirmaciones tan genéricas.

Algo parecido sucede cuando Coeckelbergh vuelve su atención sobre los problemas medioambientales y su relación con la IA. De un lado, nos dice, esta tecnología podría ayudarnos a analizar datos climáticos y a conservar ecosistemas, pero también es posible que contribuya a la explotación industrial de los animales y, bueno, no deja de ser cierto que la computación a gran escala consume enormes cantidades de energía... A estas alturas, se ha constatado ya que la IA y sus aplicaciones se caracterizan por una *ambivalencia* inerradicable. Pese a la insistencia del autor en la idea de que la tecnología en sentido genérico nunca es neutral, porque cada tecnología hace posible unos usos particulares que definen su carácter, hay que preguntarse si una tecnología tan diversa y versátil como la IA no acredita esa neutralidad en mayor medida que otras; si, como se deduce de su propio trabajo, lo determinante no será que definamos cuáles serán los usos legítimos de la IA por contraste con aquellos otros que nos parecen indeseables. Asunto distinto, que el libro no aborda, es que eso sea factible; aunque la tecnología es siempre política, parece difícil someter la innovación a control democrático.

Así es como llegamos a la breve conclusión con la que se cierra el trabajo, donde el filósofo belga recuerda su propósito: mostrar cómo los conceptos procedentes de la filosofía política y la teoría social pueden ayudarnos a enmarcar y comprender los desafíos normativos que trae consigo la IA. Pese a que el libro tiene vocación introductoria, ofrece una base sólida sobre la que construir un marco normativo que haga posible pensar sobre los aspectos políticos de la IA; así lo piensa su autor. No seré yo quien diga que no hace tal cosa: este libro cumple con su cometido de manera admirable, especialmente si consideramos las dificultades que comporta elaborar una filosofía política de nuevo cuño para un fenómeno emergente. Pero eso es lo que no encontrará el lector en estas páginas: aquí no hay conceptos originales ni tesis novedosas acerca de las implicaciones políticas de la IA, sino un esforzado trabajo de aplicación conceptual —por momentos lastrado por una excesiva complacencia hacia las tesis más apocalípticas sobre la naturaleza y el destino del capitalismo liberal— que nos permite ver más claro el horizonte que se dibuja delante

de nosotros y nos recuerda la importancia de formular las preguntas correctas, rehusando sin embargo a responderlas.



Sospecho que el ordenador se equivocó. Comentario a Mark Coeckelbergh, Filosofía política de la inteligencia artificial*

(2023) Cátedra
Madrid, 224 pp.

J. Ignacio Criado Grande
Universidad Autónoma de Madrid
ORCID ID 0000-0002-9184-9696
ignacio.criado@uam.es

Cita recomendada:

Criado Grande, J. I. (2024). Sospecho que el ordenador se equivocó. Comentario a Mark Coeckelbergh, Filosofía política de la inteligencia artificial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 440-447
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8521>

Recibido / received: 25/02/2024
Aceptado / accepted: 09/03/2024

Algunos temas han centrado la agenda política, social, cultural, filosófica, etc., en este inicio de milenio, pero quizá ninguno de ellos haya captado la atención como lo ha hecho la Inteligencia Artificial (IA), al menos, en los últimos años. Si bien no es una cuestión nueva, no es menos cierto que el reciente interés por todas las aristas de la IA es revelador de las muchas incógnitas, preocupaciones y oportunidades, y por qué no decirlo también, fantasías, que genera un concepto que ha alcanzado el nivel de fenómeno social. Todo ello, en un contexto mucho más digitalizado respecto del momento en que las ideas originales sobre la IA acertaron sólo a vislumbrar las primeras utopías/distopías en los años sesenta del siglo pasado. Dicho lo anterior, pocos libros recientes como el de Mark Coeckelbergh, *La Filosofía Política de la Inteligencia Artificial. Una Introducción*, desentrañan con tanto alcance algunos de los debates y conceptos filosóficos, pero también políticos o jurídicos, más destacados que están presentes en torno a la IA, a través del diálogo con una nutrida variedad de autores de la historia filosófica y política.

Comienza el libro con una introducción en la que se rememora *El Proceso* de Kafka a partir de una historia que termina con la frase de un miembro de un cuerpo

* Este documento se ha realizado con el apoyo del Proyecto PID2022-136283OB-I00, MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y el FSE+.



policial (y que inspira el título de este mismo documento): «sospecho que el ordenador se equivocó». En dicha situación real, una persona negra es detenida gracias al uso de un sistema de reconocimiento facial basado en algoritmos e IA, sin que nadie del cuerpo policial de Detroit supiera realmente el motivo, provocando que el presunto «malhechor» (un ciudadano cualquiera sin la menor sombra de sospecha) fuera excarcelado sólo mucho tiempo después (eso sí, afortunadamente, sin acabar como el protagonista accidental de la novela kafkiana un siglo atrás). Este caso reciente condensa algunos de los miedos más íntimos en torno a la IA: un conjunto de herramientas tecnológicas basadas en la utilización masiva de datos, acerca de las personas y sus contextos de actividad, que integrados con sistemas algorítmicos y grandes capacidades de computación, permitirían aumentar exponencialmente las capacidades humanas (razonamiento, predicción, etc.), en diferentes áreas, como la vigilancia (Zuboff, 2019) y, eventualmente, abrir el camino a una inteligencia superior (momento de singularidad). Sin embargo, no todo es tan evidente como parece, y la multiplicidad de ramificaciones derivadas de la aplicación de la IA en la robótica o la automatización requieren, a juicio del autor, una atención desde una perspectiva filosófica-política, que apenas se ha desarrollado más que embrionariamente.

Resulta fundamental identificar el punto de partida del libro, que nada tiene que ver con muchas de las aproximaciones a la IA al uso, ancladas en un notorio, cuando no espurio, determinismo tecnológico (tanto utópico como pesimista). El autor belga, uno de los más originales de su generación en la escena filosófica presente a la hora de adentrarse en los debates sociales y políticos más complejos, se posiciona ante la necesidad de un enfoque «no instrumental de la tecnología: la tecnología no es solamente un medio para alcanzar un fin, sino que también moldea ese fin». (Y este posicionamiento sobre la IA, que el autor sintetiza en la frase «La IA es política de cabo a rabo», denota su alcance más allá de lo técnico y su ausencia de neutralidad en términos de política y poder. De hecho, esta posición entronca con científicos sociales que han construido el corpus teórico sociotécnico a la hora de entender de forma no determinista la relación entre tecnologías y sociedad, economía o política (Pinch y Bijker, 1984; Castells, 1997). En todo caso, esta aproximación suena mucho más original en el plano filosófico, donde no abundan este tipo de propuestas.

Lo anterior también conforma el contexto a partir del cual se atisba el propósito del libro, a saber: crear un diálogo entre la reflexión sobre política y la reflexión sobre tecnología. Y esto, con el objetivo de servir de cauce para abordar algunos de los problemas clave de nuestro tiempo (tales como el cambio climático, las desigualdades, el envejecimiento, las migraciones, la guerra, el autoritarismo o las pandemias), debatiendo conceptos filosófico-políticos concretos, incluyendo libertad, igualdad y justicia, democracia, poder o cambio climático y poshumanismo/transhumanismo. Como se puede observar, la lógica interna de funcionamiento del libro se sostiene en esa recreación de la IA como una realidad que desafía algunas de las construcciones conceptuales más significativas del campo filosófico-político. Y esas nociones filosófico-políticas se desarrollan en cada uno de los capítulos que componen el libro, lo que nos permite sugerir algunos de sus hallazgos clave en los siguientes párrafos.

«Libertad: manipulación por parte de la IA y esclavitud robótica» es el sugerente título del segundo capítulo del libro. Dentro del mismo el autor hace referencia a varias preguntas clave: «¿Qué significa la libertad cuando la IA ofrece nuevas formas de tomar, manipular e influir en nuestras decisiones? ¿Cuán de libres somos cuando realizamos trabajos digitales para grandes y poderosas empresas? Y, ¿conlleva la sustitución de trabajadores por robots la continuación del pensamiento esclavista?» Cada una de esas preguntas y otras se van destilando en el capítulo a

partir de diferentes concepciones de libertad, que llevan aparejadas cuestiones sobre la IA, algo que sucede cuando se habla de libertad negativa o libertad positiva. A modo de ejemplo, en el caso de la libertad negativa se aborda el impacto de sistemas de IA para el reconocimiento facial o biométrico en ámbitos básicos de privacidad o la propia privación de libertad (como en el supuesto señalado previamente). También se ofrece el caso de la *policía predictiva* para comprender potenciales sesgos en las decisiones o incluso momentos *kafkianos* con decisiones no justificadas o no comprensibles. De hecho, se lleva el argumento al extremo, cada vez más plausible, apuntando los peligros de la proliferación de regímenes autoritarios o totalitarios, lo que algunos ya han llamado *datacracias*, basados en la extirpación de libertades fundamentales como resultado de un control exhaustivo de los datos sobre cada vez más espacios de la vida de las personas.

No es menos interesante la aproximación a conceptos novedosos como el *nudging* (empujoncitos) o los derechos morfológicos y su relación con la IA. En el caso de la libertad positiva, el autor apunta cómo la pretensión de alterar el comportamiento de las personas a través de la explotación de las oportunidades que brinda la combinación de los conocimientos de la psicología cognitiva con la IA resulta todo un desafío. Los sistemas de recomendación de las grandes plataformas tecnológicas del momento nos dan empujoncitos hacia determinadas elecciones (sobre música, libros, películas, comida, relaciones sociales, etc.), ¿por qué no también hacia otro tipo de comportamientos sociales como una dirección más amistosa respecto del medioambiente o una visión más positiva sobre los servicios públicos? Imaginemos las implicaciones éticas que se abren ante tales elecciones. También se apunta el debate sobre los límites de la libertad de expresión en plataformas sociales digitales ante la proliferación de noticias falsas, *deepkafes* o desinformación como arma política. Finalmente, el debate sobre la libertad a modificar el propio cuerpo y nuestras limitaciones biológicas controlando nuestra morfología (transhumanismo) o nuestra mente (neurotecnologías) es objeto de atención. Tal libertad se entiende que estaría «muy cercana a la noción liberal clásica de libertad como autonomía (libertad positiva) y, especialmente de la no interferencia (libertad negativa)» (Coeckelbergh, 2023, p. 50).

Continúa el autor, en el tercer capítulo, «Igualdad y justicia: sesgo y discriminación por la IA», con otras preguntas clave. En concreto, aquí trata de dar respuesta a ¿cuáles son los efectos políticos de la IA y de la robótica (normalmente no intencionados) en términos de igualdad y justicia? ¿Incrementa la automatización y la digitalización ligadas a la robótica las desigualdades en la sociedad? ¿La toma de decisiones automatizada por parte de la IA conduce a una discriminación injusta, sexismo y racismo, y si es así, por qué? ¿Cuál es el significado de justicia y equidad utilizado en estas discusiones? Esta parte del libro se concentra en los sesgos discriminatorios (género, raza, orientación sexual, estatus socioeconómico, etc.) ligados a los algoritmos y cómo tienen un impacto directo e indirecto en la justicia e igualdad. Los sesgos se pueden encontrar en diferentes momentos del ciclo de vida de los algoritmos, desde los datos de entrenamiento, el diseño del algoritmo por el equipo de desarrollo, los datos en los que se aplica el algoritmo o los resultados derivados de la interacción con los seres humanos. Desde un plano teórico, se aborda el debate de la IA y las desigualdades desde la perspectiva liberal clásica (igualdad de oportunidades), la justicia distributiva, la justicia como equidad o redistributiva, así como los enfoques posmarxistas o posmodernos de la identidad.

Aquí se sostiene que hay quienes consideran la posible perpetuación de los sesgos y desigualdades sociales una vez implementada la IA, no sólo por los aspectos señalados, sino también por quienes están detrás de la propiedad de estas tecnologías y sus características intrínsecas. Este proceso puede ser desencadenado

tanto por gobiernos y administraciones públicas, por ejemplo, en la determinación de ayudas sociales o el acceso a determinados diagnósticos o tratamientos médicos, como por otros actores económicos como los bancos (créditos) o aseguradoras (seguros de vida, coche, etc.), empresas repartidoras de comida a domicilio, taxis o buscadores de contenidos en la web. La implementación de la sociedad calificada (*scored society*) y los sistemas de clasificación de personas en función de su comportamiento, estatus socioeconómico o características personales (que recientemente han sido prohibidos por la regulación europea de IA), activa todas las alarmas en relación con los sesgos desigualitarios, sobre todo, en países sin regulaciones o una visión regulatoria demasiado laxa. También lo hace un sistema de propiedad de las grandes corporaciones ligadas a la IA, que se sitúan en sociedades occidentales acomodadas, así como el hecho de que «teniendo presente el trasfondo del colonialismo histórico, se puede mirar críticamente a la IA actual y a otras prácticas técnicas refiriéndose al peligro (¿o realidad?) del neocolonialismo» (Coeckelbergh, 2023, p. 73). Un neocolonialismo de los datos y de la explotación de materias primas necesarias para su desarrollo que, junto al proceso de neofeudalismo digital entre bloques regionales, son dos de las macrotendencias más inquietantes desde el plano de las desigualdades a escala internacional.

Por su parte, en el capítulo cuatro del libro se abordan los nuevos desafíos de la IA para la «Democracia: cámaras de eco y totalitarismo de las máquinas». En particular, las preguntas que se presentan en esta sección son algunas como ¿Destruye la democracia la vigilancia mediante IA? ¿Nos encontramos de camino hacia un tipo de fascismo y colonialismo de datos? Lo anterior parte de la premisa según la cual la IA puede ser utilizada, no sólo para la vigilancia total, sino también para la manipulación masiva de votantes y procesos electorales, tal y como se habría demostrado empíricamente con la empresa *Cambridge Analytica* durante las elecciones presidenciales de EE. UU. o el referéndum del Brexit, ambos en 2016. Todo ello sirve para discutir las diferentes concepciones sobre la democracia y sus tensiones respecto al uso de la IA, desde las concepciones platónico-tecnocráticas, los ideales de democracia participativa y deliberativa o las más recientes aproximaciones agonistas. Sea cual sea la aproximación, el autor propone, no sin razones, que «se teme que las tecnologías de IA conduzcan a un nuevo tipo de ágora político» (Coeckelbergh, 2023, p. 81) que, siguiendo uno de los libros más recientes e influyentes sobre el tema (Zuboff, 2019), hace que nos encontremos dentro de un «capitalismo de vigilancia», que representa una amenaza individual y para la propia democracia, rememorando la jaula de hierro weberiana. Se trata de una evolución del capitalismo que expropia el conocimiento humano a través de la captura de acciones, comportamientos, e incluso, deseos y emociones, e impone un control basado en la concentración de conocimiento en grandes corporaciones (EE. UU.) o gobiernos (China). Esta última cuestión seguramente traspasará esta primera parte del siglo, si no es que no lo hace en su conjunto.

Lo anterior abre la puerta a un debate de calado sobre las diferentes aproximaciones a través de las cuales se puede abordar la tensa relación entre IA y democracia. Por un lado, se encuentra el debate sobre las cámaras de eco, el populismo y la polarización (que no se menciona, pero es parte y resultado de todo lo anterior). De hecho, los procesos democráticos se encuentran cada vez más enfrentados por la transmisión de bulos y desinformación, así como discursos de odio o, directamente, acciones en redes sociales digitales que se orientan a construir realidades inventadas, que son consumidas por una parte de la población y tienden a visibilizar discursos cada vez más extremos. Más grave todavía resulta enfrentarse a las lecciones sobre totalitarismo de Arendt (2017) y sus derivadas en relación con la IA (banalidad del mal). Aquí se sugiere que «la IA facilita que dispongamos de una versión digital del Gran Hermano en la que cada ciudadano se encuentra bajo

vigilancia constante mediante telepantallas» (Coeckelbergh, 2023, p. 106). El sistema de crédito social en China representaría la materialización de un escenario potencialmente totalitario, que incluso podría llegar más lejos, dadas las capacidades de control y manipulación masiva a través de las burbujas epistémicas. En definitiva, y este tema puede que sea el más trascendente del libro, en el mundo actual se estarían generando las condiciones psicosociales y socioepistémicas subyacentes para el surgimiento del totalitarismo, tal y como las mencionara Arendt respecto al nazismo. Véliz (2020, p. 114) asume que la «recopilación de datos puede matar» y compara la captura de datos personales actual, que anula nuestra privacidad y transparenta hasta lo más profundo de nuestro ser, tal y como ya asumiera Han (2013), con el uso de registros por los nazis para perpetrar el genocidio judío. Quizá no estemos lejos de experimentar una versión distópica totalitaria que contenga los anticuerpos que requieren las democracias para resistir ante unas amenazas crecientes y más serias.

A partir de aquí, el autor se adentra en una dimensión, todavía más si cabe, política en su capítulo «*El poder: la vigilancia y la (auto)disciplina por medio de los datos*». Las preguntas que guían este capítulo son algunas como las siguientes: ¿Cómo se puede usar la IA para sancionar la observancia de las leyes y autodisciplinarse? ¿Cómo afecta al conocimiento, cambia y moldea las relaciones de poder existentes entre humanos y máquinas, pero también entre los propios humanos e, incluso, dentro de los humanos? ¿Quién se beneficia de ello? Este capítulo contiene una referencia explícita a la obra de Foucault, también Butler y otros, si bien entronca con clásicos de la reflexión filosófica sobre la tecnología como Winner (1980) o el más reciente Sattarov (2019). Aquí se insiste en cómo la IA ya estaría influyendo en la construcción de la subjetividad humana, es decir, qué tipo de sujetos somos o a qué comunidades pertenecemos. Ahí aparece el carácter performativo de las tecnologías basadas en IA, ya que «como seres vivientes, móviles y situados, realizamos (*perform*) el yo y el poder, y la IA desempeña un papel en estas realizaciones (*performances*), por ejemplo, codirigiéndolas» (Coeckelbergh, 2023, p. 126). En realidad, todo ello es un prelude de la afirmación de que el poder se realiza (*is performed*) mediante las tecnologías.

Efectivamente, el autor desarrolla su propuesta y plantea algunos hallazgos teóricos y conceptuales recientes de interés sobre IA y poder. Por ejemplo, cuando se compara la IA con el poder nuclear, que justificaría la nueva carrera internacional por el poder, mencionando a Bartolletti (2020). O también cuando se cita a Dyer-Witthof Kløsen y Steinhoff (2019), quienes observan al capitalismo actual, bajo el prisma marxista, «poseído» por la cuestión de la IA, que es «un instrumento de poder del capital y de la explotación». Asimismo, también se vuelve a mencionar el «colonialismo de datos» (en palabras de Couldry y Mejías, 2019) como expresión actual de la explotación y el poder que, igual que el colonialismo histórico se apropió de territorio y recursos para obtener beneficios, ahora explota seres humanos a través de la apropiación de datos. También asocia la sociedad disciplinaria de Foucault (1977), que funciona como el panóptico de Bentham, pero dentro de todos los aspectos de la vida humana, a aplicaciones para el cuidado de la salud, la meditación, la búsqueda de relaciones sociales, etc., de manera que se podría afirmar que «la IA y la ciencia de datos producen un yo cuantificado, a través de una práctica de autorrastreo» (Coeckelbergh, 2023, p. 140). En definitiva, nos encontramos ante «tecnologías del yo», que implican no solo un ejercicio de dominación y castigo de otros, sino también de poder (autovigilancia, autorrastreo, autocuidado y autocastigo) sobre uno mismo. Pero el autor, haciendo referencia a otras obras propias (Coeckelbergh, 2019a y 2019b), abre la puerta a otras posibles realizaciones (*performatividades*), que permiten elaborar una visión crítica de la IA orientadora de estrategias políticas emancipadoras del ser humano. Sin embargo, no queda del todo

clara la posible materialización de dicha perspectiva en el proceso político y social actual.

El capítulo sexto se pregunta ¿Qué sucede con los no humanos? Política medioambiental y poshumanismo. En este caso, las preguntas a desarrollar son algunas como: ¿cuentan políticamente solo los humanos? ¿Es la IA una amenaza o una oportunidad para lidiar con el cambio climático? ¿Pueden tener los sistemas de IA y los propios robots un estatus político de, por ejemplo, ciudadanía? ¿Cuáles son las implicaciones políticas si un ser superinteligente se pone al mando? ¿Es el fin de la libertad humana, la justicia y la democracia? En esta parte final del libro se abre la reflexión a debates más recientes de la teoría filosófica y política, con un despliegue de referencias a autores que excede las posibilidades de este texto. Sin embargo, algunas ideas son especialmente sugerentes, como la necesidad de cuestionarse la visión tradicional antropocéntrica de la política o las implicaciones de incluir en el *demos* a no humanos. Así, conviene conocer las diferencias entre poshumanismo y transhumanismo (tratando este último de las «mejoras de las capacidades humanas y que (al menos en una variante) considera la IA como reemplazo de los humanos o que toma el control del poder de los humanos» (Coeckelbergh, 2023, p. 159). Mientras el poshumanismo supone una suerte de «deconstrucción de lo humano» y las perspectivas dualistas y jerárquicas.

Lo anterior abre el debate acerca de la política y su relación con los animales y la naturaleza no humana, así como la posibilidad de un estatus político para la propia IA. Por un lado, se mantiene la creencia en que la IA puede facilitar el combate contra el cambio climático o ayudar en la mejor gestión y conservación de los hábitats naturales de los animales. Pero al mismo tiempo, el impacto de la IA sobre el medioambiente puede ser devastador, como lo confirman los ingentes recursos que son necesarios para el procesamiento de datos o la energía requerida para el entrenamiento de algoritmos, que generan una huella de carbono insoportable incluso a corto plazo. Con todo, se afirma que «un giro no antropocéntrico hacia la política de la IA no significaría contemplar a los animales, al medioambiente y al clima como una consideración adicional en un marco ya existente, sino que constituiría un cambio fundamental sobre la idea misma de lo político, que se ha expandido hasta incluir a los no humanos» (Coeckelbergh, 2023, p. 168). Una posición igualmente original se refiere al hecho de asumir que algunos sistemas de IA obtengan estatus político, dejando abierta la pregunta sobre si incluir potencialmente a los no humanos tecnológicos. Dónde situamos entonces los derechos de los robots y qué implicaciones tiene este asunto para lo político son aspectos que completan este bloque del libro, apuntando algunas ideas acerca, por ejemplo, del debate en torno al papel de la IA como agente político y de gobierno. Con todo, el mensaje final queda para el poder real de la IA, que consiste en lo que hacemos a nivel individual en nuestra vida cotidiana con los dispositivos a través de los que los algoritmos median nuestra relación con este tipo de sistemas. Quizá esta visión centrada en la necesidad de educar y formar a las personas sobre las oportunidades y desafíos de la IA queda inexplorada, y podría ser una de las líneas de acción más directas, y provechosas, para embridar algunos de los efectos no deseados de la IA.

El capítulo final, «Conclusión: tecnologías políticas», completa el libro con un resumen de sus ideas y hallazgos principales, permitiendo aquí debatir con el autor algunos de los aspectos clave contenidos en el mismo, así como quizá algunas de sus oportunidades de desarrollo en el futuro. La contribución del libro de Coeckelbergh es multifacética. Primero, el libro es una aproximación exhaustiva a diferentes ideas y conceptos clave de la filosofía y la política que se revisitan no sólo para conocer su encaje en la IA, sino también para identificar cómo la IA puede alterar su propia naturaleza. Así, la apelación a los términos libertad, igualdad y justicia, democracia o

poder, no es un mero ejercicio retórico, sino que trata de profundizar en sus desafíos actuales bajo la nueva luz que ofrece la IA. Evidentemente, no se ofrecen soluciones cerradas sobre cómo enfrentar las versiones actuales de los grandes retos sociales (desigualdades, hambre, envejecimiento, migraciones, guerra, autoritarismo o pandemias), pero sí se reflexiona de manera directa sobre algunas de sus derivadas contemporáneas.

En segundo lugar, la conexión entre la reflexión filosófica política y análisis político aplicado se desarrolla con éxito en muchos de los temas que se abordan. En realidad, las cuestiones que se analizan en el texto pueden ayudar no sólo a personas que se desempeñan en círculos académicos, sino que también pueden colaborar para que responsables y decisores públicos puedan construir soluciones informadas acerca de cuestiones prácticas, por ejemplo, cómo orientar y priorizar valores enfrentados en una nueva regulación o estrategia sobre IA, desde qué puntos de vista es posible acometer el debate sobre las nuevas maneras de control de los trabajadores mediante IA o cómo entender las contradicciones entre las políticas ambientales sostenibles y el desarrollo económico que puede generar el despliegue de la IA en determinados sectores de actividad y ámbitos geográficos.

En tercer lugar, este libro ofrece una guía para quienes desean analizar las implicaciones de las tecnologías, en general, y la IA, en particular, desde aproximaciones no deterministas. Si bien lo anterior se encuentra más o menos aceptado en otras disciplinas, quizá queda mucho más camino en determinados debates ámbitos filosóficos, pero también aplicados, en torno a la IA en las humanidades, así como en las ciencias sociales, económicas o jurídicas. Ya se mencionó que ese punto de partida que insiste en el carácter no instrumental de la tecnología es esencial para entender qué sucede, y qué sucederá en el futuro, ante nuevos impulsos tecnológicos por venir. A modo de ejemplo, la computación cuántica seguramente supondrá un salto cualitativo para el que necesitamos contar desde ya con el suficientemente aparatado teórico y conceptual con el que entender sus implicaciones.

El futuro estudio de las tecnologías en nuestras sociedades seguirá requiriendo de *La Filosofía Política de la Inteligencia Artificial*. Pronto será necesario acercarse también a la dimensión empírica de la implementación de este tipo de tecnologías en diferentes ámbitos, poniendo especial énfasis en el papel de los poderes públicos para acometer una regulación y puesta en práctica de nuevas aplicaciones basadas en IA, lo que requeriría situar siempre a los derechos humanos (y quizá también de los no humanos) en el centro. Aunque es evidente que se están desarrollando diferentes aproximaciones sobre la IA en diferentes partes del mundo, no es menos cierto que la supervivencia de la especie humana es posible que dependa de que se establezcan unas reglas mínimas que sean comunes en todos los contextos geográficos del planeta. Por consiguiente, en qué medida la IA también pueda ser un facilitador de instituciones políticas transnacionales, que lleguen incluso más allá de la Tierra, sería otro de los ámbitos a explorar en los próximos años. En suma, en un mundo donde se habla de una política posdemocrática y muchos agoreros adelantan su superación, quizá vale la pena imaginar nuevas formas de política democrática que puedan nutrirse de sistemas de IA, siempre que también tengan integrados esos valores comunes y cívicos desde su ideación y diseño.

Bibliografía

- Arendt, H. (2017 [1951]). *Los orígenes del totalitarismo*. Alianza.
Castells, M. (1997). *La era de la información: economía, sociedad y cultura*. Alianza.



- Coeckelbergh, M. (2023). *La Filosofía Política de la Inteligencia Artificial. Una Introducción*. Cátedra.
- Couldry, N. y Mejías, U. (2019). *The costs of connection. How data is colonizing human life and appropriating it for capitalism*. Stanford University Press.
- Han, B. C. (2013). *La sociedad de la transparencia*. Herder.
- Pinch, T. y Bijker, W. (1984). The Social Construction of Facts and Artefacts: or How the Sociology of Science and the Sociology of Technology might Benefit Each Other. *Social Studies of Science*, 14 (3), 399-441.
- Sattarov, F. (2019). *Power and Technology: A Philosophical and Ethical Analysis*. Rowman & Littlefield.
- Véliz, C. (2020). *Privacy is Power. Why and How You Should Take Back Control of Your Data*. Bantam Press.
- Winner, L. (1980). Do Artifacts Have Politics? *Daedalus*, 109 (1), 121-136.
- Zuboff, S. (2019). *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. Profile Books.

Dussel, la política y la crítica de las categorías

Enrique Téllez Fabiani
Universidad Iberoamericana (UIA)
ORCID ID 0000-0002-8498-1322
tellezfabiani@yahoo.com

Cita recomendada:

Téllez Fabiani, E. (2024). Dussel, la política y la crítica de las categorías. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 448-466

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8522>

Recibido / received: 28/02/2024
Aceptado / accepted: 09/03/2024

Resumen

Dussel es uno de los filósofos más importantes de la historia contemporánea no sólo de Latinoamérica, sino del mundo. Su obra es ampliamente leída y profundamente discutida. En el presente texto, se hace énfasis en la arquitectónica, sin agotarla debido a la extensión y detalle. En la primera parte, se hace un registro panorámico de las obras más importantes de Dussel. No se agotan las decenas de publicaciones; es solo una muestra representativa de su pensamiento. En las partes 2, 3 y 4, nos concentramos en la primera redacción de la política, luego la ética y finalmente, la política definitiva; respectivamente. Se presentan juntas porque tienen la intención de mostrar la evolución desde las primeras interpretaciones hasta las últimas. En la parte 5, se estudia las determinaciones del poder, la potencia, la potestas y la hiperpotencia; junto con la analogía del capital, valor y trabajo vivo, desde la economía.

Palabras clave

Liberación, potencia, potestas, hiperpotencia, pueblo.

Abstract

Enrique Dussel is one of the most important philosophers in the contemporary history not only of Latin America, but of the world. His work is widely read and deeply discussed. In this text, emphasis is placed on architecture, without exhausting it due to the extension and detail. In the first part, a panoramic record of Dussel's most important works is made. The dozens of publications are not exhausted; It is just a representative sample of his thinking. In parts 2, 3 and 4, we focus on the first drafting of the politics, then the ethics and finally the final politics; respectively. They are presented together because they are intended to show the evolution from the first interpretations to the latest. In part 5, the determinations of power, potencia, potestas and hyperpotencia are studied; along with the analogy of capital, value and living labor, from economics.

Keywords

Liberation, potencia, potestas, hyperpotencia, people.



SUMARIO. 1. A manera de homenaje. Panorama de la obra. 2. La primera redacción de la Política. 3. La ética definitiva. 4. La política definitiva. 5. La afirmación creadora de la política. 5.1. Primera distinción: *potentia* y *potestas*. 5.2. Segunda distinción: *hiperpotentia*. 5.3. Tercera distinción: fuente y fundamento. 6. Comentarios finales.

1. A manera de homenaje. Panorama de la obra

La obra del filósofo Enrique Dussel está diferenciada por diversas etapas que se van entretejiendo hasta lograr la precisión temática y el ajuste metodológico deseados. Así, desde muy temprana edad, sus primeros libros se definen en dos grandes conjuntos, por un lado, el histórico-teológico; y, por otro, el antropológico. En ambos, hay un impulso decisivo de ir al origen, lo que traducía él mismo como buscar el fundamento del aquí y el ahora. En otras palabras, se trata de actualizar nuestra interpretación del mundo contemporáneo.

Con esta consigna, el registro meticuloso de nombres, datos, fechas, lugares, etc. de los episcopados en América Latina representan parte de esta búsqueda desde lo que es hoy el subcontinente considerando los dos grandes troncos culturales, tanto el americano como el europeo. Y son troncos porque se componen de una variedad incuantificable de ramificaciones culturales de ambas partes. Mientras que, con la trilogía antropológica manda el mensaje del rumbo que irán tomando sus inquietudes filosóficas.

En efecto, la *Historia general de la Iglesia en América Latina* y *El episcopado hispanoamericano* son obras monumentales que llenan un vacío de interpretaciones en un momento en que se pierden vocaciones en las familias religiosas; además, el resquicio que todavía queda de religiosidad en las sociedades del continente se vincula a las luchas sociales y políticas asociadas, aunque no necesariamente articuladas, a las luchas armadas clandestinas que operaban tanto en las ciudades como en la vida rural. Por eso, estas obras –en varios tomos– cobran un sentido histórico específico, a saber, el de dotar la justificación teológica más actualizada posible. Representa, para las décadas de los sesenta y setenta, una estrategia de inserción que intenta azuzar las perennes luchas en las comunidades humanas más vulnerabilizadas desde tiempos inmemoriales. Estratégico, porque en algún lugar remoto es más fácilmente reconocido Moisés que Homero o Cicerón; de manera que, el conocimiento de las instituciones eclesiales había dejado ya un cúmulo de imaginarios, personajes y vocabularios de más fácil acceso para la interacción entre los distintos sectores sociales.

Y todo esto generaba fricciones en la academia secularizada. A pesar de ser una aportación estrictamente teórica era rechazada como no filosófica, esta aportación de Dussel se tradujo en la teología de la liberación que ya se iba fraguando desde varias fuentes, como la *Black Theology* de los protestantes norteamericanos; o, autores de la Escuela de Frankfurt como Marcuse ya hablada del tema en su *Ensayo sobre la Liberación*, trabajo que se articuló a los movimientos del 68 en EUA y Europa. En Latinoamérica, la pedagogía de la liberación propuesta por Freire ya había adquirido carta de naturalización en diversos escenarios, tanto como la sociología propuesta por Fals Borda. Además, las teorías de la dependencia abonaron en esta línea; en buena medida, se colocaba un andamio teórico al poner las bases para explicar la pobreza y la desigualdad en la región. Personajes como Boff, Ellacuría, Scannone, Segundo, Gutiérrez, etc. lograron articular inquietudes teóricas para proveer un solo corpus teórico revitalizado gracias al ímpetu creciente de los más marginados de las sociedades latinoamericanas, pero no únicamente. A

finales de los años sesenta la teología de la liberación era un hecho consumado, aunque algunos estudiosos ponen el inicio en la publicación de Gutiérrez, *Teología de la liberación, perspectivas*, de 1971, obra en la que se muestra la base epistemológica de la teoría de la dependencia como soporte teórico para la praxis teológica.

Por otra parte, la trilogía antropológica la componen *El humanismo semita*, *El humanismo helénico* y *El dualismo de la antropología de la cristiandad*. La redacción estuvo preparada desde los años sesenta y la publicación se fue dando desde 1969 hasta 1975. A nivel intelectual, Dussel sienta las bases de su pensamiento propio al dejar claro el diálogo Atenas-Jerusalén y al distinguir los pilares en los que se sustenta la cultura floreciente en el occidente europeo. Es decir, se trata del vínculo entre dos realidades culturales –la semita y la helénica– pero con la distinción de sus presupuestos éticos a través de la consideración antropológica; tan imbricados después de dos milenios atrás y por lo mismo confundidos en el pensamiento filosófico europeo actual. Se trata de una síntesis de la cristiandad que recorre toda la escolástica hasta prácticamente los años previos a 1492. Y aún más importante, podemos argumentar que la filosofía de la liberación es una filosofía semita en sus presupuestos antropológicos más básicos; lo que supondría, a su vez, una subsunción de la filosofía del occidente europeo y la norteamericana. Ambas tradiciones culturales son encubridoras de la realidad mundial. Desde entonces, el pensamiento dusseliano hará frente al eurocentrismo de ellas.

Trazadas las condiciones antropológicas e históricas del pensar filosófico, Dussel tiene clara conciencia de no volverse un simple repetidor de los grandes pensadores europeos; así que en el exilio mexicano escribe una declaratoria de principios, más a manera de proyecto o programa futuro de acción: *Filosofía de la Liberación* en 1975. En este libro describe aquello que heredó como formación y punto de partida que abandonará después, la fenomenología, la política, la naturaleza y la ciencia; y, lo que creará adoptando como suyo: liberación, antifetichismo, económica y la filosofía de la liberación. Cada uno de estos rubros es respuesta al anterior. La primera categoría de la filosofía dusseliana, por ejemplo, es la proximidad –relación interhumana– *versus* la proxemia –relación humano-naturaleza–; ésta como base de la filosofía griega que está imposibilitada a pensar los temas que inquietan a las mayorías pauperizadas; aquélla como un pensamiento que da prioridad al cara-a-cara, a la sensibilidad en un monismo antropológico y recupera la alteridad como pilar fundamental de su filosofía.

La lectura y recuperación de Marx en el pensamiento dusseliano, debe verse como una etapa larga y de meditación constante, articulando categorías anteriores e inventando otras nuevas. Además, le ofrece un paso definitivo a la comprensión de los aspectos materiales de la vida. La raíz semita de Marx le da la clave de interpretar la economía política desde la Exterioridad de Levinas, algo novedoso en sus circunstancias particulares cuando los estudios sobre el marxismo estándar eran hegemónicos en la academia y en la praxis de los movimientos sociales. A la crítica sobre la distorsión de los argumentos de Marx para ser adaptados a la filosofía de la liberación, Dussel respondía que no había un Marx hecho a la medida, sólo había que leerlo a la luz de la crítica de las categorías de la economía política, justo como el pensador alemán de raigambre judía, lo había hecho. Desde entonces, la filosofía dusseliana se promueve como crítica de las categorías. Es así que a finales de los años setenta, Dussel comienza la lectura y publica, primeramente, una compilación de ensayos, cursos, ponencias y traducciones en la filosofía de la producción de 1977; pero ya a principios de los ochenta, hay una decidida recuperación sistemática decantada en las cuatro redacciones del capital en *La producción teórica de Marx*, *Hacia un Marx desconocido* y *El último Marx*; añadiría todavía, *Las metáforas*

teológicas de Marx y una década después, *16 tesis de economía política*. Así que no se puede hablar sólo de la trilogía, sino de un compendio pormenorizado de la obra de Marx. Con este escenario de fondo, Dussel ha propuesto una segunda crítica de la economía política que todavía está por escribirse, si tomamos en cuenta que la primera tuvo su debate a lo largo del siglo XX.

Los diez años que van desde 1989 hasta 1997 sostuvo un diálogo con Karl-Otto Apel. No fue el único con pensadores europeos importantes, pero sí al que finalmente le debía no sólo el compromiso intelectual, sino la reiterada necesidad de proponer más determinaciones para pensar la ética completa que vería la luz en 1998; es decir: *Ética de la liberación* de la que hablaremos después. Al formalismo de la fundamentación de la *Ética de Discurso* de Apel, Dussel contrastaba el materialismo recuperado de Marx. Pero no era la materia cósmica, sino lo «material de contenido», como finalidad en la satisfacción de una necesidad, como pervivencia en la siempre menesterosa vida en comunidad. De ahí que proponga una nueva arquitectónica donde al binomio Totalidad-Exterioridad se le adhiere tres aspectos, materialidad, formalidad y factibilidad a cada uno de ellos. La ética de la liberación se proponía ser una ética sin criterios unilaterales y reduccionistas, además de pretender la universalidad de sus preceptos al enmarcar el panorama categorial completo con la actualización metódica. La pequeña obra *14 tesis de ética. Hacia la esencia del pensamiento crítico*, de 2016, será una especie de *postfacio* de la ética de la liberación de 1998.

Pasarían algunos años antes de ver publicada su pequeña obra *20 tesis sobre política*, de 2006, donde ofrece a grandes pinceladas el panorama aproximado de lo que será posteriormente su política definitiva, publicada desde 2007 hasta 2022. Obra que además es producto de un curso impartido a políticos profesionales en México en los años previos a la redacción. En esta obra hay un detalle metodológico que se advierte implícitamente; a saber, que la parte crítica contiene una subparte negativa y otra positiva. Esto será de la mayor importancia en su arquitectónica posterior para la política definitiva. En torno a estos años, también verá la luz *Hacia una política de la liberación*, de 2001, colección de ensayos que traducen la política de manera muy próxima a la arquitectónica de la ética; además, de incorporar estudios históricos asociados al globalización, modernidad y el sistema-mundo, que representan una síntesis de debates en los años anteriores donde se pone a prueba la universalidad de la visión histórica mundial, junto con la perspectiva marxista como punto de apoyo material a las reflexiones geopolíticas. Otra obra significativa es *Materiales para una política de la liberación*, de 2007; se trata también de una compilación que incorpora debates personales con varios intelectuales, estudios históricos de recuperación de clásicos de la región, ética y política. Otras obras, abonarán al debate del populismo, como en *Filosofías del Sur*, de 2016, tema controvertido y que despierta suspicacias por parte de pensadores europeos por ser asociado al nazismo y a otras corrientes aledañas de los movimientos sociales y políticos actuales.

Toda esta pléyade de textos, y algunos otros más, converge en una misma dirección: la *Política de la liberación* de 2007, cuyo subtítulo es: *historia mundial y crítica*. El recuento es pretencioso, ciertamente, pero ya es un libro que puede ser usado en debates históricos de gran calado, como las clásicas obras de historia de la filosofía que abundan en los estudios universitarios. Destaca el énfasis de los relatos encubridores del eurocentrismo de la filosofía occidental y la crítica puntual desde Latinoamérica. Un par de años después, el segundo tomo, la arquitectónica cumple con la descripción más detallada posible sobre la totalidad del orden vigente, con un innumerable registro de definiciones, precisiones terminológicas, articulaciones metodológicas e imbricaciones conceptuales. Desde entonces hasta el 2022, justo después de la pandemia, pasaron largos años de meditación sobre la parte crítica de

la política, hasta que, finalmente y de manera muy generosa, invitó a varios de sus alumnos a ser parte de este tomo. En efecto, la tercera parte de la política, *la crítica creadora*, pretende ofrecer un panorama de lo que implica la ruptura crítica y las condiciones actuales de la superación futura, donde arroja ideas de lo que puede pensarse como un proyecto político, tema no del todo bien discernido en las plataformas concretas de la política que se practica hoy en día.

Los últimos años estuvo concentrado más en la estética. Desde 2017 ofreció varias conferencias y escribió su primer ensayo intitolado, *Siete hipótesis para una estética de la liberación*¹ y finalmente en 2023 terminó la redacción de su estética definitiva que verá la luz póstumamente. Son seis décadas de trabajo comprometido.

2. La primera redacción de la Política

El primer texto explícito sobre política se encuentra en la obra *Para una ética de la liberación latinoamericana*, publicada en 1975 y concebida originalmente como un curso que impartiría a principios de los años setenta en Argentina. Dadas las circunstancias políticas en Latinoamérica y la peculiar sensibilidad del joven Dussel, su curso no podía ser una repetición de lo establecido en Europa, ni en la academia norteamericana; a pesar de la redacción original, propuesta como una recuperación de Heidegger y Hegel. El trabajo de Levinas, *Totalidad e Infinito*, regalo de su amigo y colega Juan Carlos Scannone, le obligó a pensar más allá de la Totalidad hegeliana para desbordarse hacia la Exterioridad levinasiana, superando las posiciones propias y marcando la agenda futura. Con Levinas debía ser claro que se trataba de algo nuevo: «Pasar a lo otro del ser, otra manera que ser. No es ser de otra manera, sino de otra manera que ser. Ni no es no-ser» (Levinas, 1990, p.13). Esto cambió la orientación general de su propuesta ética, tanto como la de su obra en conjunto. De ser un comentario exquisito en precisiones terminológicas, el manuscrito adquirió una reconfiguración metodológica significativa, detonante de reflexiones imprevistas para la fundamentación más sólida de la Filosofía de la Liberación de los próximos años. La significativa recuperación del sentido de la alteridad absoluta del filósofo de origen lituano provocó en Dussel un desmontaje total de su propio pensamiento: «Cuando leí por primera vez el libro de Levinas “Totalidad e Infinito” se produjo en mi espíritu como un subversivo desquiciamiento de todo lo hasta entonces aprendido...» (Dussel-Guillot, 1975, p. 7). Esto lo demuestran los cientos de citas esparcidas por toda su obra hasta el final. Porque ya no era la posición «cómoda» del profesor eurocéntrico, repetidor del pensamiento europeo, de una postura (en el mejor de los casos) desde la contradicción interior de la Totalidad, sino la profunda adopción desde lo absolutamente otro que la Totalidad. No sólo era decirlo –como en un problema de filosofía del lenguaje–, sino de caminar junto a los indignados, los vulnerados, los excluidos, los marginados de esta «Patria grande»; y sólo a través de esa experiencia, hacer la teoría necesaria para transformar la realidad. En una entrevista a Levinas, dijo: «Conocí a Dussel, que en otro momento me citaba mucho, y que ahora está más cercano al pensamiento político, y aún geopolítico. Por otra parte, conocí un grupo sudamericano muy agradable que elabora la “filosofía de la liberación”, -Scannone en particular» (Levinas, 1991, p. 129)². El pensamiento levinasiano parecía entonces más significativo para la filosofía elaborada en Latinoamérica que en Europa misma; y, desde entonces, fundamental para entender la Filosofía de la Liberación, quizá sin sospechar los futuros frutos de esta relación.

¹ Dado que hay varias versiones de su manuscrito, puede consultarse como primer capítulo en la compilación en la que él mismo participó activamente, en Téllez (2020).

² La entrevista se llevó a cabo los días 3 y 8 de octubre de 1982. La realizó Raúl Forner y A. Gómez.

La propuesta fundamental se halla en los dos primeros tomos, los siguientes tratan los campos prácticos: la erótica, pedagógica y la política. La política es considerada como el «cara a cara» cuyo sujeto concretamente se manifiesta en el pueblo, categoría que será ampliamente discutida desde entonces hasta sus últimas obras. Cada campo debuta con la simbólica³, como lo propone Ricoeur cuyo núcleo ético mítico intenta ver el fondo de la situación desde la perspectiva antropológica. Desde la perspectiva histórica, la obra de *Las Casas* es el inicio de la crítica política desde el amerindio; relato que no intenta ser objetivo de los hechos sino indicador del sentido de la injusticia y su posible liberación popular. Sin embargo, lo más significativo para la arquitectónica que comentaremos aquí es el sentido positivo de la política (como servicio) y no sólo el negativo – como dominación–. Dice Dussel:

La liberación no es primera ni esencialmente un odio o una lucha. La liberación primera y esencialmente es un movimiento de amor al bien común futuro, una esperanza en el bien-estar, una voluntad de libertad, un sentido de realidad (que es exterior al ser del sistema opresor) (Dussel, 1979, p. 77).

La cuestión del sentido positivo –como «amor al bien común...» –de la política será fundamental para recuperar su obra desde la perspectiva de la continuidad de sus preceptos más significativos; y, en parte, para ahondar en las precisiones de la filosofía política de la liberación. Con esto, se inicia el comienzo metodológicamente correcto de la interpretación completa de la política.

La obra en el campo práctico de la política se centra en el pueblo marginado y en el pobre de la economía política. Se nota también que el cambio desde la tácita aceptación de la Exterioridad hasta las últimas redacciones de los últimos textos⁴ se ha trabajado ya con la lenta, pero decidida, recuperación de Marx al menos en sus líneas más generales. Lo importante es que la configuración de las categorías, la arquitectónica, está bien asumida en la explicación del binomio Totalidad-Exterioridad, no obstante, los ajustes que hará después a raíz de la publicación de la ética del 98.

Desde aquella redacción del campo práctico de la política, como subconjunto contenido en la antropológica, de una obra todavía mayor, la *Ética Filosófica* del 71, los siguientes diez años serán de búsqueda minuciosa de la manera de pensar más estricta posible. Se trata de que la fundamentación de la filosofía de la liberación sea estrictamente científica, pero, a su vez, de contenido y orientación crítica. No sólo es lo pensado –la realidad–, sino también y simultáneamente, la mejor manera de pensarlo (el método) en aras de su posible transformación –la praxis de liberación–.

3. La ética definitiva

En ese sentido, la *Ética de la liberación en la Edad de la Globalización y de la Exclusión*, de 1998, marca un punto de inflexión en la propuesta teórica dusseliana. Y no solamente para la política, sino para todo el quehacer metodológico de sus obras posteriores. No se trata de una simple actualización de los temas ya trabajados, sino de una nueva configuración categorial que radicaliza su postura y la remonta a una pretendida universalidad difícil de fundamentar. Se trata de una nueva arquitectónica. Es culminación de múltiples debates y llega después de decenas de libros aledaños, a manera de intentos bien logrados, pero todavía conscientemente parciales. En efecto, de aquel texto de los años setenta a la ética definitiva adhiere tres aspectos a cada una de sus categorías principales. Con la lectura y recuperación de Marx, desde

³ Para una revisión de la relación entre Dussel y su maestro Ricoeur, quien se asume como crítico de Levinas, ver: Téllez (2022).

⁴ Con anotaciones adicionales al original en 1978 y algunos de los títulos cambiados.

principios de los años ochenta, descubre el aspecto material de las actividades humanas, distinto al materialismo hegemónico en aquel momento bajo el nombre de materialismo histórico y que dejará muy aislado al marxismo anidado en la práctica profesional de la política; no así, en movimientos sociales de muy amplia gama de variación ideológica.

Dussel percibía años atrás que la filosofía europea después de ser teo-logía se convirtió en logo-logía, en tanto filosofía del lenguaje; en otras palabras, la filosofía actual era incapaz de interpretar el mundo en la medida de no considerar más que el lenguaje como la totalidad de lo que debía pensarse. Por eso, desde entonces, hay un especial énfasis en concentrar los esfuerzos en recuperar lo material desde la obra primeramente de Zubiri y después de Marx, a pesar de que aquel nunca realizó una recuperación de éste, pero Dussel los articuló en función de la consideración de la verdad relativa a la realidad material. Esto conduce a la idea de distinguir verdad y validez, con sus respectivos criterios entre lo material y lo formal.

La ética definitiva recupera esta idea del aspecto material para comenzar la obra: esta ética, nos dice Dussel, es una ética de la vida, sugiriendo la emergencia material desde ella misma; es decir, la ética es consecuencia de la vida, como *a posteriori* antropológico, no como *a priori* de la razón. Por eso es material, y no exclusivamente formal como la mayoría de las propuestas con las que sostuvo diálogo. Justo la ética discursiva de Apel es importantísima para Dussel, porque provee de distinciones que le eran necesarias para completar el marco categorial mínimo y necesario de su ética. Además, la distinción fundamental es concebir lo material no al nivel de la física inanimada, sino a nivel de los fines completamente humanos: no es lo mismo comer –en tanto acto físico de masticar el alimento– que alimentarse –como gozo y satisfacción de una necesidad vital–, aunque éste se encuentre supuesto en aquel. Lo mismo el hambre, cuya sensación en la mucosa del estómago no es una ficción teórica, ni es un juego del lenguaje, sino la viva sensación de arrojarse por alimento, que sirve de soporte material de los seres vivos.

Esta ética, nos repite Dussel, es una ética de la vida, consecuente con mediaciones para la consecución de la vida. De ahí surge la necesidad de los aspectos formales de la relación entre los humanos. Pero no se encontrarían aislados, sino articulados a los aspectos materiales. No sería posible la vida sin la comunicación para llegar a acuerdos. Se trata de un aspecto siempre intersubjetivo en la convivencia; en esta unilateralidad se concentran las éticas formales. Ciertamente, sin la normatividad en los actos humanos sería imposible la organización que permite la vida. En ética, la validez de los actos se justifica con argumentaciones que se ponen a disposición de interlocutores que, eventualmente, permiten la aceptación o el rechazo.

Este ámbito formal es el lugar teórico de la ley. Sin embargo, el cumplimiento de la ley no necesariamente lleva a la justicia. En esta confusión residen los argumentos leguleyos de casi todos los legislativos porque llevan a la ley al máximo tribunal de lo impoluto para decidir desde ahí la totalidad de la política, la ética, la jurisprudencia, o cualesquiera otras disciplinas o profesiones. Aún cuestiones eminentemente materiales como el cambio climático se les suele reducir a tratados, pactos y el seguimiento de las normas para su solución; esto es importante pero no es lo único, ni la última instancia de decisión. La conducción de la justicia sólo sería posible si la ley es justa, pero al ser propuesta por humanos y éstos al no ser perfectos, proponen leyes imperfectas; luego, toda ley es equívoca y, aún más, puede ser explícitamente injusta como la permisión de la esclavitud y otras atrocidades. Entonces es empíricamente imposible identificar ley y justicia, debido a su inconsistencia teórica y a la falta de articulación desde otros criterios éticos.

Esta es una ética de la vida, nos reitera Dussel, una ética de lo posible que necesita de la reflexión teórica en términos de las posibilidades empíricas. Sólo lo posible puede ser pretendidamente bueno. Para saber qué es posible, o no, es necesario atravesar una reflexión suficientemente precisa de la realidad. Se trata del problema de la factibilidad. Este aspecto de la vida estuvo marginado de las reflexiones políticas hasta que Hinkelammert lo puso en el centro mismo de su propuesta ética. Bajo la consigna de que no se puede exigir lo imposible, dice: «El deber sigue al poder; [...] la ética no está abolida sino mediada -y relativizada- por las condiciones de la posibilidad de la reproducción de la vida humana concreta. [...]. El deber sigue a la posibilidad, no le precede» (Hinkelammert, 2002, p. 370). Solo que, a diferencia de Dussel, este latinoamericano por adopción accede a la cuestión de la factibilidad por la vía larga de los mitos, como advierte Ricoeur. De manera que los mitos no trabajan con conceptos, sino con imágenes, metáforas, fábulas, parábolas, etc. Así que, pensar en los «experimentos mentales», como en física, es significativamente fructífero en filosofía dado que el saber absoluto conduciría al poder absoluto; como se piensan, por ejemplo, las máquinas perfectas, a través de cuya reflexión se construyen empíricamente máquinas reales. En otras palabras, se puede pensar ese ser perfecto para pensar lo humano desde la antropología, o mejor: la imperfectibilidad humana obliga a encontrar los límites de las acciones. Pero la única manera de saberlo de antemano es mediante la reflexión teórica de lo imposible. Por eso es importantísimo para la ética, porque no se pueden saber los efectos negativos de las acciones en el futuro lejano, dado que son imprevisibles. Es el caso del posible colapso ecológico en un futuro mediato, imprevisible hace décadas de progresos materiales; y, francamente impensable en el siglo XIX cuando se pone en marcha la era industrial como la conocemos hoy.

El establecimiento de las condiciones para alcanzar la bondad es el fin último de la ética; sin embargo, la pretensión de bondad hace referencia al hecho de saber de antemano que no se alcanzará plenamente dicha bondad, debido a la imperfección humana. Así que solo se puede aspirar a la tendencia asintótica que se va posibilitando en el ejercicio mismo de las actividades. Y sólo es relativamente posible si se toman en cuenta los tres aspectos, materialidad, formalidad y factibilidad, puestos en marcha juntos y simultáneamente. De otra manera, volvería a ser unilateral una ética que sólo se concentre en uno de ellos.

La crítica, para Dussel, es poner en cuestión al sistema vigente; pero no desde el mismo sistema, sino del afuera, la Exterioridad. No existe el sistema empírico perfecto; luego, tendrá efectos positivos tanto como negativos. Una ética desde el criterio de los efectos positivos no tiene sentido como ética; pero desde los efectos negativos cobra un sentido de ser plenamente crítica del sistema. Estos efectos negativos son imprevisibles, porque de antemano no sería posible conocer lo que no se ha producido, e indeseables –una vez aparecidos, nadie desearía su existencia–; además son no-intencionales; es decir, nadie los desea previamente a la puesta en marcha del sistema. Dichos efectos negativos son las víctimas. Por eso la víctima es muestra de que la autoafirmación del sistema no es perfecta. Justo debido a su no-perfección es que se interroga por la existencia de la víctima, en tanto efecto negativo del sistema. Y esto representa que puede ya no ser válido el sistema y la existencia de la víctima exige que debe ser cambiado. La víctima es una irrupción inevitable que pone en cuestionamiento la finitud, los límites, de cualquier sistema que se autoproclame como único, culminación, fin de la historia, irremplazable, etc., como la mayor parte de los sistemas que sobreviven en la etapa final y tratan de perpetuarse. No se trata de una simple percepción errada de la realidad, dado que existe el incumplimiento empírico cristalizado en pobreza, exclusión, marginación, opresión, etc. Todas estas facetas históricas de los sistemas empíricos ponen en crisis al sistema de donde surgen. A los tres principios que enuncia Dussel en su ética del 98,

si el principio material propone el acrecentamiento de la vida en comunidad, el incumplimiento material es tal que la víctima lo es debido a la privación de bienes que le permitirían vivir dignamente.

Se parte de un “hecho empírico”, de “contenido”, material, de la corporalidad, de la negatividad en el nivel de la producción y reproducción de la vida del sujeto humano, como dimensión de una ética material [...]. Sólo aquí se puede vislumbrar la especificidad de la Ética de la Liberación. Antes hubiera sido difícil entender su propuesta. Espero que quizá ahora se podrá comprender que el “hecho” de ser víctima enjuiciado ética-críticamente, [...], no es un “hecho inmediato” o primero. Necesitábamos antes afirmar la verdad, la validez, la factibilidad del “bien” del sistema de eticidad (Dussel, 1998, p. 310).

Sólo después se contradice empíricamente el orden vigente dado que la mayoría de los participantes son sólo «efectos negativos» que no podrán sumarse. Es desde la positividad de la totalidad que la negatividad experimentada como muerte, exclusión en las decisiones, como imposibilidad del proyecto propuesto, puede tener un sentido pleno el sentido ético. De manera que la víctima descubre como no-verdad, como in-válido y no factible el sistema que debe revertir si quiere permanecer en la trama de la vida.

Si el aspecto formal propone el involucramiento en las decisiones, su incumplimiento trata la invalidez del sistema normativo, dado que no estuvo considerado en la toma de decisiones que le perjudica. Si el aspecto de factibilidad es proponerse lo posible del acto ético, el incumplimiento es la imposibilidad empírica del proyecto, o de la política pública. Las múltiples facetas de la negatividad es un estado de cosas que exige ser revertida porque producen sistemáticamente víctimas. Esta exigencia obliga a elaborar una destrucción del orden vigente. Es decir, la crítica es un desmantelamiento del sistema absolutizado –autorreferencial– en términos de la transformación posible.

4. La política definitiva

Inmediatamente después de la publicación de la ética definitiva, Dussel siguió pensando en el mismo esquema categorial, el binomio Totalidad-Exterioridad. Ya tenía dos grandes categorías divididas en tres aspectos diferenciados y articulados; así que, restaba proponer la explicación de la realidad política. Se le decía, y él mismo aceptaba, que la segunda parte de la ética era ya la política. Sin embargo, otro conjunto de críticas apuntaba al carácter deontológico de los seis principios; es decir, la política no se podía reducir a principios éticos, si bien debe contenerlos, al menos desde la posición adoptada. Con esto en mente, no era difícil cambiar la «pretensión de bondad» por la «pretensión de justicia», pero tampoco era suficiente. Lo de menos era relacionar puntualmente cada principio de la ética con un principio de la política, pero no era claro si a nivel histórico y, concretamente la praxis política de liberación responde a esta misma arquitectónica. La política debería estar compuesta de otras determinaciones igualmente importantes que era necesario encontrar. Además, el cambio de siglo trajo consigo una serie de cambios políticos en la región que no podían pasar desapercibidos por Dussel. Se trata del llamado «ciclo progresista» que lleva ya más de veinte años y puede ser interpretado en un lapso más largo como una emancipación cuyo referente más próximo es la revolución cubana y el más alejado son las guerras de independencia de dos siglos atrás.

Los primeros intentos guardan relación estrecha con la misma arquitectónica de la ética⁵, contrastado con la realidad vigente y su crítica. Sabía con claridad que, como en muchas otras ocasiones, estaba planteando algo nuevo: «Esta *Política de la Liberación* tiene clara conciencia metodológica [...] hacia la constitución futura de una filosofía política global, verdaderamente planetaria -hasta este momento inexistente» (Dussel, 2009, p. 521). Pero conforme iba avanzando, se dio cuenta que el conjunto de preceptos éticos debía transformarse en un subconjunto contenido dentro de otra arquitectónica. Y aún más, la moral y la ética jugaban un papel central en esta discusión, porque la ética se proponía como crítica de la moral; pero ambas deben estar contenidas en la política, a manera de andamios que soportan una subestructura. La política sin ética es guerra; y queda reducida al nivel exclusivamente estratégico. De la misma manera, en la guerra no tiene sentido la ética. Así que, hay *principios* éticos contenidos en la política; pero también, *estrategias*.

Para Dussel, el primer principio de la política puede ser ilustrado con el mito de Caín y Abel; no se *debe* matar al hermano, de donde el cara-a-cara concreto es la proximidad, como primera categoría de la filosofía de la liberación. Si se mata a alguien ya no tiene sentido la relación entre ambos como política, sino como guerra. Se trata de la muerte material del hermano, no obstante, la posible supervivencia lleva a la convivencia en tanto conducta formal. Y para hacer posible la convivencia entre grupos humanos cada vez más grandes en lo cuantitativo y más complejos en la imbricación cualitativa, se requiere de una estrategia política. Casi todos los autores que interpretan la política en el ámbito filosófico se concentran en el aspecto estratégico únicamente; y quizá una buena parte, niega la existencia de principios para reducirla a los movimientos estratégicos como si todo se tratase de una guerra. Pero no todo en política es estrategia y principio, también es *institución*. En otras palabras, las instituciones son el lugar empírico donde se cristalizan tanto los principios como las estrategias; y representan, en última instancia, relaciones entre personas. Las instituciones son mediaciones a través de las cuales es posible ejercer el poder político. Una política sin instituciones es anarquía, es vitalismo ingenuo, es un mundo de seres indiferenciados, es homogeneidad sin sentido. Una política de la liberación que tenga pretensión de justicia debe articular los principios, las estrategias y las instituciones, tanto para explicar el orden vigente como su crítica y superación.

En la ética, los distintos aspectos son el material, el formal y de factibilidad, como hemos visto ya; sin embargo, la transformación hacia la política cambia no sólo de léxico sino de profundidad semántica y de articulación. Esta situación la convierte en una lectura de mucha exigencia para el lector; Dussel está consciente de las cuestiones metódicas:

Nuestra *Política de la liberación* deberá como el artista de circo (en equilibrio sobre una fina cuerda) o el andinista en el filo de las montañas (sin caer en ninguna de las dos laderas) mantenerse en la articulación dialéctica de los opuestos para alcanzar una rica diversidad que supera los falsos dilemas reductivistas (Dussel, 2022, p. 41).

Justo lo que se busca al robustecer la arquitectónica es evitar dichos reduccionismos y tener una fundamentación completa de la política. Los actos políticos se vuelven unilaterales cuando se explicitan en las mediaciones que solo toman en cuenta un aspecto de varios que pueden ser considerados.

⁵ En principio, se trata de los *10 momentos* que describe en la ética. El esquema era muy importante para la exposición en clase; con él, se comprende muy bien toda la dinámica desde la Totalidad (sistema I) hasta la Exterioridad (sistema II). *vid.* Esquema 4.3, Dussel (1998, p. 304).

Ya no se trata de la *verdad válida posible* de la comunidad ética en sus tres aspectos, sino de la *voluntad consensual factible* de la comunidad política que concretamente se manifiesta como pueblo. Se tiene, entonces, tres niveles: el nivel (A) trata de la acción estratégica-política; luego, el nivel (B) las instituciones políticas, es decir, las mediaciones sistemático-funcionales de la acción; y, finalmente, (C) el nivel de los principios implícitos normativos de la política. Estos niveles se entretrejen con las esferas –antes aspectos– para transformarse en: esfera material, esfera de legitimidad formal y esfera de factibilidad estratégica. La recuperación de los niveles viene del diálogo que sostuvo Dussel con Apel, pero invirtiendo los niveles cuando recupera a Rawls⁶. Es un nivel inimaginado por ambos autores, pero necesario en la arquitectónica dusseliana para «animar» a la acción estratégica experimentando sus fronteras y sus marcos de discernimiento. Se trata del pleno ejercicio del «poder obediencial», como lo propuso Evo Morales, o de la variante del «mandar obedeciendo» de los zapatistas en el sureste mexicano; de manera que en un primer momento la voluntad «mueve» a la acción política para crearse instituciones –que pueden fetichizarse– y cuya exigencia queda supeditada por los principios. Son estos dos niveles, las instituciones y los principios, los que juegan esta triple división en la arquitectónica. Además, los principios políticos obligan desde dentro de la esencia misma del poder a acrecentar su voluntad desde el consenso factible. El saber moverse conscientemente entre los tres niveles y las tres esferas hace asequible, teóricamente hablando, el discernimiento entre la interpretación teórica y la posible transformación empírica de la política. Este periplo teórico ciertamente es largo y aumenta en mucho la complejidad de pensar la política como concepto y ejercicio. La arquitectónica hasta este punto, crece en imbricaciones de esferas y niveles⁷ en cada «constelación», como veremos. Y no será su última novedad.

Justo frente a la complejidad creciente de las subcategorías dentro de las categorías originales, resultó necesario renombrar al conjunto más grande como «constelación». En este momento de las reflexiones teóricas, Dussel cuenta con una variedad importante de determinaciones al grado que el tercer tomo de su política definitiva aclara desde el inicio las «tres constelaciones diacrónicas de la política». Se trata de la «Totalidad vigente» que supone el «principio conservador creador» que cuando domina se vuelve «poder como dominación». En la segunda, la «ruptura mesiánica» supuesto en el «principio anárquico», surge entonces el poder liberador, como crítica negativa cuya confrontación se dirige al poder como dominación. De manera que, en la tercera constelación, la «creación del nuevo orden» le presupone el «principio de la imaginación» dado que no hay nada escrito y se tiene que hacer camino caminando; surge entonces el «poder obediencial» positivo. Se tiene así, un momento dialéctico que parte de la totalidad vigente cuyos efectos negativos apelan a confrontarse desde la exterioridad; y, simultáneamente, el momento ana-dialéctico⁸ piensa desde la exterioridad misma, pero de manera positiva, de hecho, como pasaje desde la exterioridad a una nueva totalidad diferente. En el argot político se dice que, lo nuevo no acaba de nacer y lo viejo no termina de morir. La Totalidad representa lo «viejo» cuya matriz puede continuar ahí mientras sea funcional; pero, lo nuevo es más difícil que llegue a su plenitud, dado que se mueve en el camino que todavía no existe y que se persigue, en tanto concebido como deseado. Eso «nuevo» es una Exterioridad que se manifiesta como una afrenta a la Totalidad y como otra que se propone un futuro como proyecto que se mueve en la plena contingencia.

⁶ En Rawls, su *Teoría de la justicia*, comienza con los principios, luego las instituciones y los fines. En Dussel, la inversión es empírica porque se piensa desde la realidad comenzando con el acontecimiento del acto político. En el caso de Apel, en su *Ética del Discurso* solo interesa la fundamentación de la ética.

⁷ Ver el esquema 13.01 (Dussel, 2009, p. 43).

⁸ La cuestión de la analéctica, ana-dialéctica, fue tratada en *Método para una filosofía de la liberación*, inicialmente propuesta como un comentario conmemorativo de Hegel. Scannone también propuso y promovió el término.

Este es uno de los mayores problemas al que se enfrentan las izquierdas. Al no contar con experiencia –no han gobernado– no conocen del manejo administrativo del bien común, en estricto sentido, de la república. El siglo XX latinoamericano ha sido de mucho aprendizaje en el territorio, en las calles, en la protesta social, pero muy poco del escritorio. La medianía no es cuantitativa, sino con el criterio político de que el liderazgo no se desvincule de aquello que le da sentido: el pueblo; justo porque la *potestas* –las instituciones– se subvierten rápidamente cayendo en un desprestigio aún más profundo que antes de iniciada la transformación. Era necesario que una teoría –como se propone esta *política de la liberación*– se pronunciara al respecto y, en su consistencia lógica, articulara estos temas. En otras palabras, la «eficiencia administrativa» en términos de la factibilidad política es un aspecto significativo en la «pretensión política de justicia». No es algo menor; sobre todo porque el argumento del político conservador siempre apuntó hacia la inexperiencia de los grupos de izquierda. Con el pretexto de la super-especialización en la técnica administrativa del tecnócrata, los gobiernos de derecha cometieron fraudes burdos para desesperanzar a las opciones políticas distintas. La ascensión al poder de algunos gobiernos contrarios a la etapa llamada neoliberal, o que pretenden un cambio de rumbo político, se han topado justo con dicha inexperiencia al quedar desacreditados por los mismos problemas que señalaban antes de tomar el mando, como ocurre con el fenómeno Milei, en Argentina. Así que grandes sectores sociales evalúan la «creación de lo nuevo» con gran escepticismo. Y sólo en muy pocos casos se pueden percibir la aceptabilidad cuantitativa de los gobiernos, como los casos de Brasil –desde el segundo periodo de Lula da Silva– y México –desde el 2018–. Esto deberá cambiar con los gobiernos que se digan «progresistas», o críticos del neoliberalismo, aunque en la mayoría de los casos su toma de mando ha representado un aprendizaje lento, contradictorio y torpe. Así que la construcción creativa de alternativas, con instituciones renovadas y gobiernos volcados al servicio político en todos sus niveles para el pueblo, es de las tareas más difíciles de lograr.

5. La afirmación creadora de la política

El concepto de lo político está en relación directa con el poder político. Una serie de distinciones mínimas de sus categorías se vuelve necesaria, toda vez que su primera distinción teórica, la Totalidad y la Exterioridad, se fue desarrollando con la búsqueda de mayor precisión y profundidad. Es un concepto de difícil discernimiento en la medida en que no es algo sustancial, aunque se manifieste de muchas maneras materiales; pero tampoco es sólo relación, aunque se exprese como reacciones con ciertas causas, o modos de convivir. Tomando en cuenta la tríada de aspectos, material, formal y de factibilidad, el poder tiene otras determinaciones y otros niveles.

5.1. Primera distinción: *potentia* y *potestas*

Argumenta Dussel que lo político es el despliegue del concepto del poder político. Esto significa metodológicamente el ascender de lo abstracto –del mundo cotidiano, de la totalidad vigente– a lo concreto –una primera manera de articular los elementos inconexos de aquella realidad– en un primer trayecto de explicación; en un segundo trayecto se trata de descender de lo concreto –definiciones mínimas que sirven de preceptos para comenzar a comprender la realidad– hacia lo concreto explicado –uso de categorías de comprensión y su posible transformación a varios niveles–. En el primer ascenso, se trata de la construcción de todo el edificio de fundamentación, de todo el sistema de categorías de la filosofía política moderna supuesto en el ego dominante –*ego dominans*– y que, concretamente, se manifiesta el sujeto burgués –en tanto individuo posesivo–, dominante –autorreferencial–.

La larga lista de concepciones del poder cruza la perspectiva de Weber en términos de la obediencia; es decir, el sujeto que domina una situación y manda mientras que su contraparte es otro sujeto que tajantemente obedece. Dicho obediente queda invalidado como interlocutor posible. Sucede lo mismo con conceptos de lo político en términos del binomio amigo-enemigo, y otras versiones que lo reducen a lo procedimental, por ejemplo, entre muchas otras. Dice Dussel:

Si debiéramos anticipar en un solo enunciado lo que sea lo político, diríamos simplemente que es el *despliegue del poder político* [...] en todas sus dimensiones, niveles, sistemas, esferas, fundamentalmente como *potentia* (el poder de la *comunidad* política, o críticamente del *pueblo*), expresada como *potestas* (como la determinación institucional de la primera), *disyunción* [...] necesaria, inevitable y ambigua por excelencia de toda la política (Dussel, 2022, p. 13).

Así como Parménides toma su punto de partida en cuanto al ser y no-ser, lo uno y su contrario, la categoría fundamental de lo político es el *poder político* que se escinde por la «diferencia ontológica originaria» entre *potentia* y *potestas* –ver distinción 1, del esquema 1–. Pero esta escisión no es necesariamente contradictoria; es codeterminante, de manera que uno determina al otro. La *potentia* es indeterminación que se objetiva en la *potestas*, como mediación que regresa a aquella.

Dussel comienza por desentrañar que la fuerza es capacidad; es decir, la voluntad (material) con capacidad de mover, es potencia. De manera que la voluntad es primeramente *potentia*. Cuando esta *potentia* es capaz de ponerse sobre la voluntad de Otro, es dominación. En concreto, se ejerce la *potentia* de esta manera cuando es interpretada como reductivo, o defectivo. Sin voluntad, en la vida no podría darse mediaciones para la pervivencia, se inmoviliza; además, sin poder, la voluntad no podría ejercerse para obrar, no tendría orientación en la dispersión de voluntades. Las mediaciones son, concretamente, las instituciones en las que se ofrece la *potentia* misma para pervivir; de manera que, si la voluntad, en tanto *potentia*, quiere vivir, la *potestas* puede poner las mediaciones para su ejercicio; en concreto, el ejercicio del poder obediencial. Así que el poder político se escinde necesariamente en *potentia* y *potestas*. Se trata de determinaciones, como momentos de la comunidad política que organizan la suma de voluntades. «El poder político como *potentia* no es dominación; no es determinación negativa, sino que es positiva: es afirmación de la vida de la comunidad para vivir» (Dussel, 2009, p. 60). Como se comentó anteriormente con la cita de la primera redacción de la política, no sólo tiene relevancia de contenido político el hecho de pensar el ejercicio del poder como servicio, sino también reviste un significado distinto debido a la importancia metodológica que tiene relación con el «arranque» conceptual de un punto de partida positivo, a manera de Totalidad del sistema vigente. En otras palabras, no se estudia el poder desde su apariencia fenoménica, sino desde su esencia. Y sólo hasta después, en su mera defección, es como se lanza la crítica –negativa–, como efecto negativo justamente, desde el pueblo que no tiene posibilidad de pervivir, o de tomar decisiones que le conciernen, o de idear proyectos factibles para su propio futuro, y no como una imposición.

De ser contradictoria, se entiende que la *potestas* puede llegar a ser autorreferencial donde se afirma sin referencia exterior a sí misma. En concreto, serían las instituciones que pierden su referencia al pueblo de donde surgieron. Pero al perder esa referencia se re-crean en una serie de formalismos propios de la gestión organizativa, donde es posible perder el sentido tanto de su estructura como el de los contenidos de la justicia, bienestar, etc. En última instancia se termina separando hasta que la *potestas* se fetichiza; es decir, se trata de una afirmación autorreferencial sin referencia a la *potentia*. Esta fetichización es una separación donde una de las partes entra a una dinámica de ensimismamiento, de operaciones clausas, que ocupa

toda su energía en sí misma. Esta desvinculación de su origen es la fetichización del poder político; en otras palabras, y más en concreto, es la corrupción. «El fetichismo parte de la negación, y por ello del ocultamiento de uno de los términos de una relación, lo que produce la absolutización del otro término» (Dussel, 2022, p. 89). Si se corrompen las mediaciones, las instituciones que se da la propia *potentia*, corre el peligro de corromperse todo; en el fondo se traslada la soberanía a la *potestas* y se pierde en la *potentia*, porque se encubre al pueblo.

En Latinoamérica se tiene la experiencia lamentable de haber tenido un siglo XX con golpes de estado en casi toda la región; y, a partir de este siglo, se descubre al poder judicial por encima del legislativo y el ejecutivo. En otras palabras, ya no son los golpes militares que irrumpen con la fuerza de las armas, sino los magistrados que declaran ilegal a los presidentes elegidos democráticamente, como el caso de Pedro Castillo en Perú o Dilma Rousseff y Lula da Silva en Brasil, los intentos en Guatemala en meses recientes en la nueva ascensión presidencial, o las amenazas explícitas en México –con ayuda de los sectores gubernamentales y medios, de sesgo conservador, norteamericanos y europeos– en pleno periodo electoral, entre otros casos más. Se trata de la «guerra jurídica», o, *lawfare*, muy presente estos últimos años, donde la *potestas*, expresada concretamente en el poder judicial, se autoproclamó soberana en detrimento de la *potentia*, ejerciendo delegadamente el poder como dominación.

De hecho, es una inversión porque la *potestas* de manera autorreferencial se auto adjudica la soberanía del poder político. En concreto, la autoafirmación del ejercicio de la política es creerse –subjektivamente– sede de la soberanía; es decir, el lugar de donde emana el poder. Con esto, surge la posibilidad de disolver toda relación en el ejercicio del poder. En principio todo el ejercicio del poder para sí mismo es fetichización absoluta en el extremo. Esta escisión explica la Totalidad, lo ya dado en el mundo, definición de elementos mínimos que explican el todo, vigencia del orden dado; además, punto de partida indispensable y comienzo de toda categoría posible ulterior.

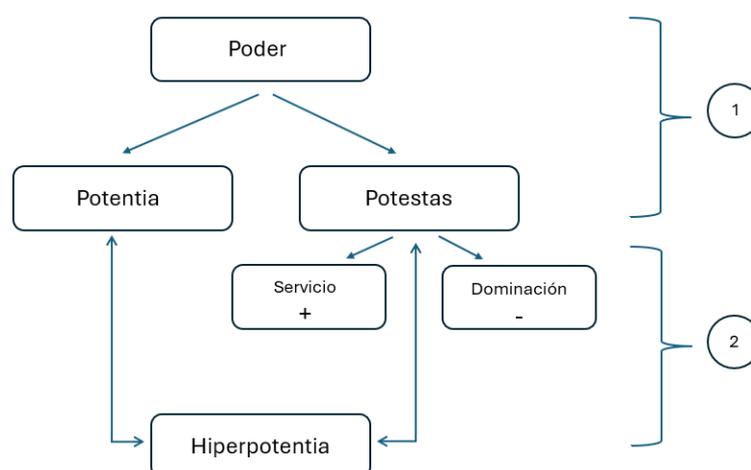
5.2. Segunda distinción: *hiperpotentia*

La *potestas* y la *potentia* explican el orden vigente; el lugar lógico de ambos es la Totalidad. En cambio, el lugar lógico de la *hiperpotentia* en la Filosofía de la Liberación es la categoría de Exterioridad (ver distinción 2 del esquema 1). Dice: «Ya no es *potentia* que origina el sistema vigente; es la *hiperpotentia* que lo pone todo en cuestión y es la fuente creadora innovadora» (Dussel, 2022, p. 357). La distinción es significativa en la medida en que hay un momento originario donde la *potentia* es generadora de una totalidad que, paulatinamente, se va cerrando hasta que se fetichiza y se olvida de su origen. Los pasos lógicos corresponden aproximadamente como sigue: (a) la Exterioridad como resultado que aparece concretamente en un sistema, por ejemplo, en el sistema político aparece el pueblo como Exterioridad, en el sistema económico aparece el pobre como Exterioridad, etc. (b) Esta Exterioridad es subsumida en la Totalidad; es decir, como un momento negativo que se pone en relación de subordinación con ella, como oprimido o marginalizado. (c) Finalmente, dicha Exterioridad se expone a la irrupción de la potencia liberadora, concretamente como «movimiento social» confrontado al sistema político, como «feminismo» frente al machismo y muchas más determinaciones. Es el tránsito de la comunidad política, que explica la Totalidad del orden vigente, hacia el pueblo indeterminado como una Exterioridad de difícil discernimiento. En suma, se trata de un momento crítico – primeramente «negativo» de afrenta, luego de «positivo» de proposición– de puesta en cuestión de la Totalidad desde la *hiperpotentia*. Se trata del tránsito a la actualidad

imprevisible en la medida en que se suspende toda certeza del orden vigente para internarse a la contingencia de lo inédito.

Mientras que la comunidad es un hecho histórico, el individuo es una deducción lógica de la idea de contrato que pretende ser el origen de la socialidad.

La modernidad fetichizada tiene como punto de partida este individuo que pone en marcha toda explicación posible de su funcionamiento; de manera que, se



Esquema 1. Distinciones categoriales del Poder: *potentia*, *potestas* e *hiperpotentia* (elaboración propia)

vuelve necesario des-en-cubrir –en el doble movimiento de remover aquello cubierto previamente– al Otro olvidado en el momento mismo del fetichismo. Fetichismo significa separación de lo fundado con el fundamento y trata justo este encubrimiento, porque para el liberalismo, por ejemplo, el fundamento es la contractualidad, o el Estado; esto es, la apariencia institucional –*potestas*– y ya no el pueblo que le dio origen a la Totalidad que, concretamente representa el campo de la política. Es ahí donde la criticidad de una política debe poner énfasis para des-en-cubrir lo que el fetichismo encubre. En este ocultamiento se encuentra la *hiperpotentia*. Dice:

La pretensión de esta Política de la Liberación es mostrar que más allá del fundamento fetichizado moderno existe una realidad invisibilizada, que es la fuente creadora de toda posible praxis e institución -en nuestro caso praxis liberadora e institución transformada parcial o radicalmente, es decir, revolucionariamente (Dussel, 2022, p. 360).

El campo político en el liberalismo se asumió como una sola estructura homogénea donde la desigualdad era una «pequeña», casi insignificante distorsión que, en tanto regla, podría ser «reparada» sin modificar el núcleo central. En otras palabras, no había necesidad de hacer transformaciones profundas dado que, además, su origen violento, histórico y concreto, quedó oculto mediante un contrato consensuado abstracto, sin sustento histórico. Las llamadas «minorías» tienen sentido en esta interpretación; a pesar de que las minorías sumadas pueden ser más numerosas que las «mayorías» artificiales, sin sustento en la realidad. En países como Bolivia, o Guatemala, las supuestas «minorías» como los indígenas, son simplemente mayorías. En la homogeneidad de lo político, la heterogeneidad se adiciona a una trama de lo político que son las instituciones, el estado de derecho, etc. Todo esto representa un artificio ideológico de legitimidad unilateral para incorporar a todas las naciones en la misma normatividad.

La adopción involuntaria del liberalismo en los países latinoamericanos obliga a respetar las reglas de los derechos humanos, aún en detrimento de su dinámica propia donde la «sociedad civil» también se autoproclama como soberana, en tanto representante de la sociedad en su conjunto; y, a menudo, va en contra del bien común, o de la sociedad misma, dado su carácter injerencista debido a que los financiamientos vienen de sectores específicos de los EUA, o Europa occidental. Y también es aséptica del pueblo: aquella tiene «intereses», éste tiene «necesidades»; inclusive se percibe una especie de rechazo a las clases bajas, profundamente vinculadas a los pueblos indígenas. En el mejor de los casos, se tiene un vínculo paternalista, donde la sociedad civil ejerce algo como un protectorado de las clases más vulnerabilizadas de la sociedad. Las argumentaciones a favor de estas maneras de ejercer el poder deben ser desmanteladas para transitar a una nueva Totalidad que mantenga un núcleo funcional de lo existente –sin el colonialismo interno– y desde la *hiperpotentia* –en tanto, «realidad invisibilizada» –para que pueda crear las novedades institucionales, normativas, o estratégicas, superando las desigualdades que se viene arrastrando, literalmente, desde siglos atrás.

5.3. Tercera distinción: fuente y fundamento

La idea de hacer una crítica de las categorías de parte de Dussel en el campo político tiene vínculo en la crítica de Marx en el campo económico. Si el capital es el «valor que se valoriza», el ser se pone a sí mismo como fundamento de lo que aparece. Es decir, la mercancía, en tanto fenómeno económico, aparece desde su fundamento que es el capital; pero en otro nivel de explicación, el capital tiene, a su vez, como fundamento el valor. No obstante, cabe la pregunta sobre la fuente del valor. Marx comenta que las dos únicas fuentes de riqueza son la naturaleza y el ser humano. Así que, el trabajo sería la categoría que describe la relación entre ambas entidades. Luego, el valor es un atributo dado por lo humano, de manera que el ser humano en tanto trabajador «pone» ese atributo a las cosas. En suma, es el «trabajo vivo» –categoría de Marx para describir el ser humano en tanto trabajador– quien es fuente de valor. Tanto Marx como Dussel disciernen la ubicación del trabajo vivo como fuente del valor, desde la nada; mientras que el valor es fundamento del capital en su circularidad, pero no como fuente. Es decir, primeramente,

El “trabajo vivo”, en cuanto trabajo humano, actualidad de la persona y manifestación de su dignidad, se sitúa en cuanto tal *fuera, más allá, trascendiendo* o, como lo hemos llamado en otras obras, en la exterioridad del capital. [...]. De esa manera, la crítica del capital (como realidad cósmica) se efectuará desde la *exterioridad* del “trabajo vivo”. (Dussel, 1988, p. 293)⁹.

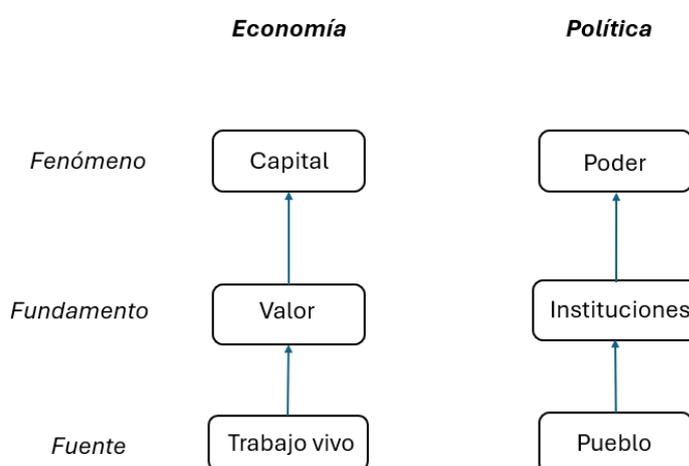
Opino que el momento más importante de esta reflexión no sólo es el des-encubrimiento de ser humano detrás de toda institución, normatividad, producción, distribución, etc. en términos políticos y económicos, respectivamente, sino el salto político que recuperará hasta muchos años después al calor de la política definitiva. Anotará con más precisión cuando comente la tercera y cuarta redacción del capital y al articular creativamente sus estudios con la filosofía de la liberación tal y como él mismo la propone, dice:

La creación de la nada adquiere en Marx un claro sentido científico-crítico en economía (y revolucionario en política): el “trabajo vivo” es la fuente creadora del plusvalor, del valor que se valoriza como esencia del capital, desde la nada -es decir, desde el mismo trabajo vivo como “Potencia”, *dynamis*, más allá del fundamento del

⁹ Se trata del capítulo 14, *Los manuscritos del 61-63 y la filosofía de la liberación*.

mero trabajo objetivado. El “trabajo vivo” es el principio “meta-físico” real y crítico del capital como “totalidad”. (Dussel, 1990, p. 379)¹⁰.

Advertía con sus palabras que, en la política, y no sólo en la economía, era posible pensar el encubrimiento del «trabajo vivo» y del «pueblo», como fuente de posibilidades concretas; ambos representan una unidad, solo separada por su interpretación analítica. Dice Dussel: «La *fuente* del plusvalor (que siendo valor valoriza o aumenta el valor original; es así la esencia del capital) es el ‘trabajo vivo’ (*lebendige Arbeit*) que ‘*crea valor*’ desde la nada del capital en el plust tiempo del plustrabajo por el que pone valor como *plus-valor*» (Dussel, 2022, p. 360). La esencia última de la Totalidad, del capital, sería el fundamento, en tanto la valorización del valor. Es el fundamento ontológico –el valor– de lo que fenomenológicamente aparece –el capital–; pero la fuente es el trabajo vivo.



Esquema 2. Analogía entre economía y política en su fuente, fundamento y fenómeno (elaboración propia)

En el esquema 2 se muestra el «despliegue» completo y la analogía en lo político y en lo económico. El fundamento del poder son las instituciones, o mediaciones, que permiten la pervivencia de la vida en comunidad política; y se recrean constantemente en el tiempo para volver a sí. De manera que el sistema político institucional también aparece como si fuera el fundamento de todas las acciones posibles en el ejercicio del poder. Pero no es así, porque la fuente de las mediaciones o instituciones es el pueblo oculto a través del sistema político. Luego, las instituciones son pueblo objetivado.

El sistema político institucional (la potestas) se comporta con respecto a todos sus momentos (las acciones que lo originan y las instituciones que lo componen) como si fuera el fundamento, como si los hubiera fundado. Las acciones debidas y las acciones vigentes (desde el contrato originario, la Constitución, las leyes, las acciones materiales del Estado, etc.) ya no aparece puestas por su relación simple e inmediata con el poder político del pueblo, de la comunidad política escindida (potentia). El sistema político institucional (en última instancia el Estado) se comporta con respecto a las acciones y las instituciones como puestas y fundadas por él; se vincula con ellas

¹⁰ Se refiere al capítulo 9, *Marx contra Hegel. El “núcleo racional” y la “matriz generativa”*. Tanto el capítulo de la nota anterior y la presente, son un rico debate de confrontación desde los autores clásicos hasta la tradición filosófica latinoamericana; temas descubiertos por Dussel en la segunda redacción del capital.

como el ser (Sein) que las genera desde sí mismo. La fuente creadora (el poder instituyente del pueblo) ha quedado oculto (Dussel, 2022, p. 363).

De lo que se trata es de poner las mediaciones científicamente adecuadas para explicar que en el fondo de toda apariencia se encuentra el «pueblo» en términos políticos y el «trabajo vivo» en términos económicos. Ambas categorías son análogas; y, ciertamente, contienen algo de ambigüedad. Y lo son tanto el proceso de ocultamiento como el de des-en-cubrimiento. Precisamente, la tarea filosófica de revelar las categorías que median entre el fenómeno y la fuente que lo produce, tiene el carácter científico de otras disciplinas concentradas en las ciencias naturales. Si el «trabajo vivo» se objetiva para la producción, usando las categorías a la manera de Marx en estricto sentido, el pueblo se objetiva en las instituciones políticas que deberían servirle para el acrecentamiento de la vida en comunidad, para lograr lo que algunos gobiernos concretamente nombran bienestar, felicidad, o lo que se propongan como fin último del sistema político institucional.

6. Comentarios finales

En el des-en-cubrimiento la afirmación del pueblo se vuelve la fuente transformadora de toda «voluntad legítima factible»; y es fuente también de toda institución que se recrea culturalmente desde y para el pueblo mismo; de manera que las mediaciones institucionales son el fundamento del poder político, pero no son sede de la soberanía; el soberano ha sido, sigue siendo y será, el pueblo. La mayoría de las historias políticas de los países latinoamericanos, desde las independencias en torno al año 1800 hasta nuestros días, tienen el carácter soberanista de afirmación popular. Por eso, los gobiernos que pretenden ser independientes al control externo revisten de significado muy especial en la consideración filosófica. Por eso, algunos de los líderes de las generaciones más añejas que hoy gobiernan viene de luchas asociadas a las guerrillas de la segunda mitad del siglo XX o de movimientos sociales de la izquierda política. Las generaciones más jóvenes vienen de la indignación de ver cancelado un futuro mejor que el de los padres.

Dussel fue sumamente sensible a la praxis política que se fue gestando al calor de esas y otras luchas. Su obra no solo toma ejemplos de los acontecimientos más significativos, sino son recuperados como parte sustancial de las determinaciones que fue construyendo a lo largo de las seis décadas de trabajo intelectual, siempre como discípulo atento, articulado orgánicamente con los liderazgos latinoamericanos. En sus últimos años, estuvo comprometido en la formación de cuadros políticos, especialmente en México, y se le recuerda como promotor de esta larga y amplia lucha de la afirmación del pueblo.

Bibliografía

- Dussel, E. y Guillot, D. (1975). *Liberación latinoamericana y Emmanuel Levinas*. Bonum.
- Dussel, E. (1979). *Filosofía Ética Latinoamericana IV. La política latinoamericana*. Publicaciones de la Universidad de Santo Tomás.
- Dussel, E. (1988). *Hacia un Marx desconocido. Un comentario de los Manuscritos del 61-63*. Siglo XXI-Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa.
- Dussel, E. (1990). *El último Marx (1863-1882) y la Liberación Latinoamericana*. Siglo XXI- Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa.
- Dussel, E. (1998). *Ética de la Liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*. Trotta.
- Dussel, E. (2009). *Política de la liberación. Volumen II. Arquitectónica*. Trotta.



- Dussel, E. (2022). *Política de la liberación. Volumen III. Crítica creadora*. Trotta.
- Hinkelammert, F. (2002). *Crítica de la razón utópica*. Desclée de Brouwer.
- Levinas, E. (1978), *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence*. Kluwer Academic.
- Levinas, E. (1991). *Entre nous. Essais sur le penser-à-l'autre*. Grasset.
- Téllez, E. (2020). *Para una estética de la liberación decolonial*. Lirio.
- Téllez, E. (2022). Ricoeur y Dussel. Simbólica y crítica a la ética ontología. *Inter-American Journal of Philosophy*. <https://ijp.tamu.edu>

Los derechos en broma. Análisis, comentarios y críticas*

(2023) Deusto Ediciones
Barcelona, 253 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. (2024). Los derechos en broma. Análisis, comentarios y críticas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 26, pp. 467-489

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8523>

Recibido / received: 23/02/2024
Aceptado / accepted: 08/03/2024

Resumen

Los derechos en broma es un libro provocador, audaz, combativo e innovador por las cuestiones que se plantea y los temas que aborda. Por esta razón, en este libro, Pablo de Lora rescata una perspectiva «tradicional» o «clásica» de los derechos y la legislación que, defiende, debiera de inspirar los sistemas jurídicos democráticos contemporáneos frente a lo que considera una «moralización» de la política (y, por ende, del derecho) en el contexto de las democracias liberales. A través de cinco capítulos y un epílogo, se ponen encima de la mesa algunos asuntos de especial trascendencia, así como dignos de debate en y para la calidad y efectividad de nuestras democracias. En este examen y comentario sobre *Los derechos en broma* se intenta dar cuenta de los puntos que se han considerado más relevantes para la discusión y diálogo filosófico, político y jurídico, así como se esbozan algunas críticas sobre algunos de estos y los fundamentos o argumentos que los acompañan.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de «Teorías de la Justicia y Derecho Global de los Derechos Humanos [JUSGLOBAL]», dirigido por las profesoras Dña. María Isabel Wences Simon y Dña. Carmen Pérez González, y financiado por la Agencia Estatal de Investigación, número de expediente PID2019 107172RB-I00/AEI /10.13039/501100011033 del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia de la Universidad Carlos III de Madrid; y en el Grupo de Ética política y cuidado de lo público de la Red en Cultura de la Legalidad y de lucha contra la corrupción que cuenta con la Ayuda RED2022-134265-T financiada por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

** Contratado predoctoral FPI en la Universidad Carlos III de Madrid. Quiero agradecer las sugerencias, los comentarios y las críticas a José María Saucá Cano, Paloma de la Nuez, Jesús Ignacio Delgado Rojas y Pedro Abellán Artacho.

Palabras clave

Derechos humanos, legislación santimonia, constitucionalismo, democracia, moral.

Abstract

Los derechos en broma is a provocative, audacious, combative and innovative book in terms of the questions and the issues which it addresses. For this reason, in this book, Pablo de Lora rescues a "traditional" or "classical" perspective of rights and legislation that, he argues, should inspire contemporary democratic legal systems in the face of what he considers a "moralisation" of politics (and, therefore, of law) in the context of liberal democracies. Through five chapters and an epilogue, some issues of particular significance and worthy of debate in and for the quality and effectiveness of our democracies are brought to the discussion. In this analysis and commentary on Los derechos en broma, an attempt is made to give an account of the points that have been considered most relevant for philosophical, political and legal discussion and dialogue, as well as outlining some criticisms of some of these and the foundations or arguments that accompany them.

Keywords

Human rights, santimony legislation, constitutionalism, democracy, moral.

SUMARIO. Introducción. 1. Las razones de la ley. 2. Anatomía de un Estado parvulario: la burocracia del consuelo. 3. El derecho y los derechos: un universo inflacionario. 4. El peso de los derechos: ponderando la ponderación. 5. Constitución, populismo y democracia. 6. Epílogo y comentario final.

Introducción

El último libro del profesor y catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Pablo de Lora, que lleva por título *Los derechos en broma. La moralización de la política en las democracias liberales* (2023), tiene como objetivo nodal dar cuenta de la perversión moral a la que conduce la comprensión de los (nuevos) retos teóricos, sociales, políticos, económicos, culturales y medioambientales, principalmente, en términos de derechos humanos más que como asuntos que debieran de abordarse desde un plano estrictamente político, esto es, desde el terreno de la deliberación política. Este proceder, según De Lora, deteriora, precisamente, los propios derechos humanos como horizonte de salvaguarda, protección, garantía y promoción de la dignidad humana, a la ley como instrumento nuclear de regulación social y a la democracia como sistema de organización política de la convivencia (De Lora, 2023, p. 26).

Para dar cuenta de este error, el autor explica las razones que motivan el estudio y examen de dicha cuestión a través de la detección de diferentes «anomalías» contemporáneas, las cuales, al mismo tiempo, dan lugar a la división por capítulos del libro¹.

Es por ello por lo que señala, en primer lugar, la «desgracia» que atraviesa a las exposiciones de motivos de las leyes o normas, las cuales, según el autor, han pasado a ser, más que preámbulos explicativos y coherentes con los hechos o las razones que motivan dicha legislación, derivas ideológicas y pretensiones normativas ajenas a lo que debería de ser la esencia del preludio.

¹ Aquí agrupo la esencia de los cinco capítulos y el epílogo en tres grandes ramas que condensan, a mi entender, el grueso del contenido del libro. He creído que así sería más accesible para el lector, aunque luego abordo capítulo a capítulo.

En segundo lugar, defiende De Lora que la ley en sí se ha visto y se ve en una encerrona similar, lo que supone, podríamos decir, una infección moralizadora de la «voluntad general» en la discusión sobre los asuntos humanos. En este punto, presta especial atención a lo que denomina «legislación antilegalista», extremo que queda representado por las «leyes santimonia», que serían la representación de una legislación paternalista infantilizada, lo que acarrea que el legislador (poder político) trate a los ciudadanos más como un rebaño al que conviene enseñar cuál es (o debería de ser) el camino correcto que como sujetos adultos autónomos de una comunidad política que, en sus relaciones con las instituciones, debieran ser tratados, siempre y cuando encuentre justificación alguna, como mucho, bajo un grado de «paternalismo formal» lo menos perjudicial posible para la autonomía moral.

En tercer y último lugar, también fruto de esta moralización que acarrea un «Estado parvulario» o una «política parvularia» (De Lora, 2023, pp. 23-24), el autor se refiere a la tendencia contemporánea a articular todas las demandas sociales en clave de derechos humanos, lo que supone, en palabras del autor, una «tumorción del ideal de los derechos humanos» (De Lora, 2023, p. 24)². La máxima expresión de esta orientación es el «neoconstitucionalismo» como nueva teoría del derecho (De Lora, 2023, p. 25).

Por tanto, una vez conocidas las razones, el objetivo principal y la distribución temática del libro, no cabe más tarea que la de ir analizando el contenido de cada capítulo de la obra del filósofo del derecho español para, en la medida de lo posible, dar cuenta de sus razonamientos, ideas y sugerencias. Ello nos servirá para conocer el grueso de su pensamiento acerca de las cuestiones que plantea, así como analizar críticamente su postura y, siempre que consideremos buenas razones para ello debatir e, incluso, sugerir alguna alternativa.

1. Las razones de la ley

En este primer capítulo De Lora lleva a cabo un análisis que avala la defensa de una concepción liberal-moderna de la ley frente a, como se verá más adelante, la esencia de la ley «santimonia», que sería una perversión de dicha noción moderna. Para que no haya lugar a dudas, voy a seguir un esquema paralelo al texto, lo que supone, en primer lugar, examinar las razones que el autor encuentra esenciales para defender su «adecuada» o «verdadera» concepción de la ley. Posteriormente, y, en segundo lugar, su trabajo implica una referencia detallada a través del estudio de la legislación española de aquellas dimensiones que erosionan la legalidad o, lo que es lo mismo, ejemplifica por medio de dicha legislación la presencia y el funcionamiento de la ley pervertida, es decir, de la ley «santimonia». En último lugar, De Lora vuelve sobre su concepción de la ley echando mano de dos autores fundamentales y contemporáneos como son Isaiah Berlin y John Rawls para dotar de fuerza y consistencia al fin que protege y persigue la ley, que no es otro que la autonomía moral. Sobre este último punto, intentaré explicar por qué De Lora no resulta del todo acertado y coherente,

² Esta idea es parte de un fenómeno más complejo al que De Lora alude en el tercer capítulo a través de la obra de Samuel Moyn, autor que ha puesto de manifiesto la popularidad que, desde los años sesenta en adelante, han ido ganando los derechos humanos como discurso político-jurídico. La obra de Moyn ha tenido una buena acogida en el mundo académico y creo que resulta acertado en lo que respecta a su diagnóstico histórico sobre el avance de los derechos humanos, aunque, al mismo tiempo, y por razones que aquí no vienen al caso, defiende que obvia (o desconoce) prácticas políticas de reivindicación de los derechos humanos, sobre todo en América Latina, previas al período de auge de los derechos que él identifica. En cualquier caso, para más información sobre su obra, véase: Moyn (2019).

especialmente en lo que se refiere al esquema rawlsiano, lo que podría conllevar algunas inconsistencias.

Entre los atributos señala el autor sobre la idea moderna de ley destacan su vinculación con la «voluntad popular», su carácter de fuente del derecho fundada en el poder del soberano para la regulación de la vida social de los ciudadanos, su fundamentación y legitimación debido al carácter deliberativo del que emana y, por último, el revestimiento o la forma y el carácter o sentido material que la recubren. No nos equivocáramos si sintetizamos el grueso de estas razones como un alegato en defensa de la primacía de la libertad donde, precisamente, la ley tiene como objetivo primordial (¿y único?) la protección, el aseguramiento, la limitación y la promoción de dicha libertad ciudadana.

Esta idea de la protección de la primacía de la libertad trae causa en la ruptura que supuso la Revolución Francesa respecto al Antiguo Régimen en el siglo XVIII, inaugurando una nueva forma de comprender la regulación social y la convivencia política en la que el individuo se convirtió en el centro de atención, por lo que su libertad comenzó a entenderse como limitada solamente por el ejercicio de la libertad del resto de ciudadanos, y la ley solo debería prohibir aquello que sea perjudicial para la sociedad. Igualmente, la idea de «voluntad popular», asociada a la obra de Jean-Jacques Rousseau, expresa la idea de que la ciudadanía es la fuente de la que emanan las leyes, ya sea de forma directa o indirecta³. De Lora, como cabría esperar, se muestra precavido a la hora de considerar las posibilidades más radicales a las que podrían dar lugar estas dos ideas (primacía de la ley y voluntad popular), simpatizando con unas versiones «limitadas», al menos en algún sentido, de aquellas, lo que, de alguna manera, le conecta con la obra de Benjamin Constant, tal y como él mismo refiere en la parte final del capítulo (De Lora, 2023, p. 59)⁴.

Por si hubiera alguna duda al respecto, todo esto queda claro en el propio libro a través de una cita del autor tomada del jurista Francisco Laporta, el cual sostiene que la ley «es una fuente de derecho creada deliberadamente por el poder representativo soberano que pone en vigor normas generales y abstractas sobre la protección y [los] límites a la libertad y la propiedad de los ciudadanos» (De Lora, 2023, p. 31). Podemos apreciar, claramente, la operatividad de las ideas mencionadas: la legalidad se sitúa como el fruto de la defensa del gobierno representativo (deliberación) y como defensa de la primacía de la ley, que no encuentra más límite de la libertad individual que la propia libertad del resto de la ciudadanía o de las personas.

Antes de llegar a los dos últimos atributos de la ley que señalamos líneas arriba (forma y sentido material), me gustaría detenerme en la primera aproximación que el autor lleva a cabo acerca de las áreas de erosión de la legalidad arriba defendida.

³ Sobre «el ideal rousseauiano de ser la ley expresión de la voluntad general, de la composición de los intereses de los ciudadanos» que menciona De Lora (2023, p. 60) habría mucho que discutir y las interpretaciones sobre este asunto son variadas. Especialmente, en relación con este texto, creo que podría tener importancia la relación entre principios generales del derecho y lo bueno moralmente para cada individuo y, por ende, para la comunidad en sí. Rousseau está repleto de contradicciones y tensiones entre su rigor filosófico y su propia voluntad política. Para una lectura de Rousseau bastante completa, véase: Abellán Artacho (2019). Agradezco, enormemente, a Pedro Abellán Artacho las aclaraciones y los intercambios de ideas que tuvimos acerca de este asunto.

⁴ Como sabemos, la obra del pensador de origen suizo ha pasado como un clásico de obligada lectura debido a su distinción entre la libertad de los antiguos y la libertad de los modernos, así como a su advertencia sobre los riesgos de la absolutización de la soberanía entendida únicamente como la soberanía en «manos del pueblo». Su aportación filosófica fue fundamental para el estudio de la libertad contemporánea según I. Berlin, que es sumamente interesante para el libro aquí examinado. Para más información, véase: Constant (2019).

Esta perversión de la «verdadera» legalidad encuentra, como ya advertimos, su máxima expresión en las «leyes santimonia», que son aquellas

[...] normas cuyo contenido prescriptivo es escaso, y flota, un tanto indecorosamente, en un mar de proclamas ideológicas variopintas; de buenos propósitos; de descripciones necesariamente sumarias, y muchas veces falseadas, de los estados de la ciencia; de supuestas exigencias del «derecho internacional» y de los «organismos internacionales de derechos humanos»; y de repasos históricos innecesariamente prolijos e inmensamente superficiales [...]. De las normas que componen la «legislación santimonia», más que decir que «establecen», «disponen» o «prescriben», se debe decir que «rezan» [...] (De Lora, 2023, p. 39).

Básicamente, lo que esta «legislación errada» supone es una moralización exagerada y partidista de una pretendida legalidad y que, en la gran mayoría de las ocasiones, atenta contra el debido carácter deliberativo de las normas jurídicas. Al tratar a la ley como un elemento más en favor de una cierta moral, lo que se consigue es la imposición de un determinado discurso que, al parecer, no está de acuerdo ni con las exigencias democráticas deliberativas ni resulta ajustado a los cánones de racionalidad y razonabilidad sobre los que debiera de pivotar. Con el objetivo de ilustrar este tipo de legislación, el autor acude a numerosas prácticas y ejemplos de regulación legislativa a nivel de España.

En lo que se refiere a las prácticas, concuerdo con De Lora en la inquietante tendencia hacia el exceso de legislación, la sospechosa calidad de esta, el abuso y mal uso de instrumentos regulatorios como el decreto-ley, las largas y extensas exposiciones de motivos, etc., entre otros males. Asimismo, creo que acierta cuando advierte sobre esta propensión hacia una postura contraria al espíritu deliberativo y hacia la posibilidad de alcanzar consensos, sobre todo cuando están por medio asuntos que podemos catalogar como altamente relevantes. El uso inadecuado del decreto-ley, que debiera ser tomando en consideración en casos de «extraordinaria y urgente necesidad», es la máxima manifestación de dicha tendencia.

Ahora bien, creo que algunas de las reflexiones del autor que se acompañan de algunos ejemplos que usa para expresar la operatividad de las «leyes santimonia» son engañosas y otras, a mi modo de ver, carecen de fundamento⁵. Así, llama la atención la crítica que hace al principio de igualdad y no discriminación que prescribe, dentro de su núcleo más general, diferentes principios que deberían de ser tomados en cuenta a la hora de orientar la actividad regulada⁶. Por ejemplo, no queda muy claro cuál es el motivo que insta a De Lora a cargar contra el principio de igualdad entre hombres y mujeres presente en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio Climático y Transición Energética, cuando es de sobra conocido el impacto diferenciado de la crisis climática respecto de diferentes grupos poblacionales como, en este caso, el de las mujeres⁷ (Gimeno Presa, 2022, p. 32).

⁵ No voy a analizar en el cuerpo del texto, por motivos de extensión, las que así considero, pero sostengo que las referencias a la Ley 16/2012, de 28 de junio, del País Vasco y la Ley 22/2021, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2022, suponen una exageración (negativa) del contenido (perverso) de las normas que no alcanzo a vislumbrar su posible repercusión para la discusión sobre la moralización de la legislación.

⁶ Concretamente me refiero a la mención que hace sobre la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, donde se recogen una serie de principios que son los siguientes: «calidad, coordinación, cooperación, eficacia, eficiencia, competencia, transparencia, internacionalización, apertura de la investigación científica, evaluación de resultados, igualdad de trato y oportunidades, inclusión y rendición de cuentas» (De Lora, 2023, p. 41).

⁷ Igualmente, encontramos otras buenas razones que avalan la promoción de dicho principio como, por ejemplo, el 13º informe de la *European Anti Poverty Network* (2023) sobre el *Estado de la Pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda de la UE 2030*, donde se registra la mayor tasa de riesgo

Igualmente, con respecto al Proyecto de la Ley de prevención de las pérdidas y el desperdicio alimentario, creo que De Lora exagera en la crítica y hace una reflexión engañosa respecto a una normativa que es más amplia y sólida de lo que él señala. Como bien indica el autor, esta normativa prescribe una jerarquización de prioridades respecto de los alimentos, la cual variará, principalmente, conforme al estado del producto específico. Por lo tanto, es cierto que siempre se prioriza la donación para consumo humano, pero únicamente siempre y cuando ello sea posible, lo que no ocurre en todas las ocasiones. En este sentido, aunque de forma paralela, De Lora omite dos puntos que considero que merecen atención.

En primer lugar, que el proyecto de ley no prohíba no donar, creo, no ha de llevarnos a proclamar un sinsentido de la norma, sino que hay que tener presente que resulta del todo complicado un control completo de este tipo de actuaciones. En este punto, cabe preguntarse: ¿es mejor desechar la regulación por la falta de imperativo legal o es más conveniente contar con una guía de deberes para, al menos, intentar desperdiciar lo menos posible y que, además, prescribe obligaciones concretas para ciertos sujetos?⁸

En segundo lugar, resulta llamativo la ausencia del énfasis inicial del autor a favor de que los ciudadanos seamos «persuadidos, interpelados o incluso molestados» más que «educados, guiados, concienciados» sobre esta cuestión (De Lora, 2023, p. 24). A mi modo de ver, teniendo presentes los límites de la actuación estatal y el volumen de desperdicios tanto de la cadena de distribución como de los propios hogares, no debería ser rechazada la posible influencia de estas prácticas más allá del estricto ámbito sobre el que se pretende influir (cadena de distribución) hacia, por ejemplo, el consumo por hogar, donde resulta imposible (¿e indeseable?) «controlar» este tipo de conductas. A veces olvidamos con demasiada rapidez que la efectividad de los objetivos que consideramos loables pasa por el necesario estímulo y desarrollo de la responsabilidad social individual y colectiva (*ethos*)⁹.

De todas formas, y pese a lo anterior, el autor pretende incidir, a través de todos estos ejemplos, la ausencia de prescripción, ordenación y regulación que debiera recubrir el contenido de la ley, que es lo que le interesa que el lector retenga. En este sentido, y retomando los dos últimos atributos, la forma y el carácter material de la ley implican, en esencia, una arquitectura jurídica en la que la arbitrariedad no tiene cabida, donde el contenido de esta viene determinado por su relevancia e implicación para la convivencia e, igualmente, por disciplinar el comportamiento ciudadano.

La parte final del capítulo vuelve, de nuevo, sobre «el ideal de la ley o la norma jurídica» (De Lora, 2023, p. 59), donde, tras una referencia a la concepción bidimensional de la libertad berliniana en favor de la autonomía moral que parece quedarse escasa, De Lora sostiene que una verdadera y adecuada defensa de dicha

de pobreza femenina frente a la de los varones, lo que supone, en última instancia, una menor capacidad de afrontar los riesgos vinculados a la crisis climática. Igualmente, uno de los mayores reputados economistas y premio Nobel como es Amartya Sen, ha sido muy constante a la hora de mostrar este impacto diferenciado en diferentes áreas vitales, así como en mostrar la multidimensionalidad de ciertas cuestiones sociales como la pobreza o la desigualdad, que resulta atacada a través del adjetivo «integral» en el ámbito jurídico por De Lora. Para más información, véase: Sen (2021, capítulo 8).

⁸ Otra opción posible sería la de la persuasión a través de la publicidad institucional, lo cual, por otro lado, ya se hace, y que, según los datos de desperdicio humano por hogar, parece no haber resultado demasiado efectiva.

⁹ Desde mi punto de vista, algunos autores como G. A. Cohen e Iris Marion Young han expuesto con claridad la posible repercusión de algunas conductas y acciones individuales o colectivas más allá de los límites de la acción institucional o pública. Para más información sobre la obra de estos autores, véase: Cohen (2001) y Young (2012).

autonomía implica, en consonancia con la versión kantiana de Rawls, que «[...] todo individuo debe tener el mismo derecho a las más extensas libertades básicas compatibles con las similares libertades ajenas» (De Lora, 2023, p. 62).

Esta reflexión es, a mi modo de ver, toda una declaración de intenciones del autor. Hasta este momento, había tenido la sospecha de que De Lora se comprometía con una concepción puramente liberal y clásica del Estado¹⁰, pero la alusión directa a la formulación expresa del primer principio rawlsiano expuesto en *A Theory of Justice* (1971) confirma, desde luego, este extremo. Sin embargo, sostengo que la apelación al modelo rawlsiano como argumento a favor de una concepción de la libertad lo más extensa posible, es complicada.

Considero que ello se debe a dos motivos: por un lado, es de sobra conocida la reformulación de los principios (que no sufrieron modificación posterior) que el propio Rawls llevó a cabo en *El Liberalismo Político*, donde el primer principio pasó a formularse como sigue

Todas las personas son iguales en punto a exigir un esquema adecuado de derechos y libertades básicos iguales, esquema que es compatible con el mismo esquema para todos; y en ese esquema se garantiza su valor equitativo a las libertades políticas iguales, y sólo a esas libertades (Rawls, 2016, p. 35).

Rawls se muestra más consistente cuando, en *Justicia como equidad. Una reformulación*, razona sobre que

Un defecto serio de *Teoría* es que propone dos criterios diferentes y contrapuestos, ambos insatisfactorios, para definir las libertades básicas. Uno es que esas libertades deben especificarse de tal modo que se consiga el esquema de libertades más extenso [...]; el otro nos dice que adoptemos el punto de vista del ciudadano igual representativo, que es racional, y que a continuación definamos el esquema de libertades a la luz de los intereses racionales de ese ciudadano, tal como se manifiestan en la etapa relevante de la secuencia de cuatro etapas [...]. Pero (como sostuvo Hart) la idea de la extensión de una libertad básica sólo es útil en los casos menos importantes y los intereses racionales de los ciudadanos no quedan lo suficientemente explicados en *Teoría* como para que cumplan la función que se les pide. [...] (Rawls, 2012, p. 156).

Pero, por otro lado, llama la atención la insistencia en el primer principio, omitiendo la importancia del segundo principio, pero, sobre todo, de aquello que Rawls denominó el «principio lexicográfico previo de satisfacción de las necesidades básicas» (Rawls, 2016, p. 38), sin el cual resulta del todo imposible la comprensión y el ejercicio del tipo de derechos y libertades en los que tanto insiste el propio De Lora. Por todo ello, más allá de que considere equivocado tanto el uso como la interpretación del pensamiento de Rawls, adelanto que el compromiso de De Lora, en caso de que así sea, es con un tipo de liberalismo diferente al rawlsiano o al

¹⁰ Estas referencias las encuentro en sus razonamientos sobre el sentido perjudicial que le da a la «mutación» del Estado liberal en relación con las funciones de la ley como elemento nuclear (De Lora, 2023, p. 23), así como en la vinculación concreta y conexas que hace entre «el uso bastardo de la ley, el abuso y fraude de ese instrumento normativo» y el tipo de funciones exigidas a los Estados modernos, entre las que recoge la prestacional, la de distribuidor y la social, etc. (De Lora, 2023, p. 38). En esta línea, también llama la atención la ligereza con la que el autor despacha la cuestión del *soft law*, lo que refleja una posición «formalista» y que conecta con las supuestas exigencias del «derecho internacional» y de los «organismos internacionales de derechos humanos» referidas en la definición de la «legalidad santimonía», dejando de lado los posibles efectos que la labor de los organismos internacionales de derechos humanos pueden tener sobre el ordenamiento jurídico español, tal y como muestra la STS 1263/2018, de 17 de julio de 2018 o la reciente STS 5520/2023, de 29 de noviembre de 2023, por no hablar de la vinculación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

liberalismo igualitario en términos generales, compromiso que puede abarcar desde una interpretación clásica hasta versiones más conservadoras o libertarias del liberalismo, con todo lo que ello implica¹¹.

2. Anatomía de un Estado parvulario: la burocracia del consuelo

En el capítulo segundo del libro, De Lora aborda la causa y la consecuencia de lo que denomina «Estado parvulario», el cual, pese a que no cuenta con una definición explícita, podemos deducir que es una solución de continuidad de una potente actuación moralizadora a la que ya aludimos anteriormente y en la que los ciudadanos han de ser, por encima de todo, «educados, guiados, concienciados» (De Lora, 2023, p. 24). La causa que da lugar a este tipo de Estado es la no aceptación o el repudio del «principio de realidad», que es un principio latente en la idea del «pensamiento Alicia» esgrimida por el filósofo español Gustavo Bueno, y que consiste, básicamente, en una racionalidad simplista que más que analizar la complejidad de la realidad se dedica a enmascarar la verdadera realidad.

Sobre este punto ya nos asalta una duda, y es que, ¿cómo es posible que ahora se apele a la complejidad y a lo intrincado de algunos asuntos o cuestiones sociales para atacar a los abanderados de ese tipo de racionalismo y, en el capítulo primero, se cargue contra la integralidad que, como bien refiere el autor, consiste en abordar el carácter multifactorial del fenómeno que se trata? ¿No es algo complejo y enrevesado, precisamente, por esa multidimensionalidad? En lo que respecta a la consecuencia, sostiene el filósofo del derecho que esta consiste en una «burocracia del consuelo» caracterizada por la compensación o ayuda al «agraviado»¹², la cual se intensifica para aquellos ciudadanos catalogados como merecedores de «protección especial»¹³. Básicamente, según el autor, habríamos transitado desde un Estado social y democrático de derecho hasta un «[...] Estado social, democrático, dramático y dramatizado de derecho» (De Lora, 2023, p. 89).

Para dar cuenta de este modelo de Estado, y como ha venido haciendo hasta ahora, De Lora selecciona diferentes áreas temáticas y algunos ejemplos conectados con estas. Principalmente, el relato se organiza en torno al examen de la cuestión de la discapacidad (física y mental), que ocupa algunas páginas, por medio de la contraposición entre el modelo social de intervención y el modelo médico biologicista. A este respecto, se abordan asuntos como la educación inclusiva o la eutanasia. Igualmente, y de manera secundaria, se discute sobre la violencia sexual (con especial hincapié en la «ley del solo sí es sí» recientemente aprobada en España), el suicidio y la asistencia sexual. Debido a la insistencia del autor y a la relevancia

¹¹ A lo largo del texto me seguiré refiriendo a esta cuestión debido a que la considero central respecto de la aportación teórica de De Lora.

¹² Según De Lora, «agraviados» seríamos todos los ciudadanos ya que, en este modelo de Estado, todos resultamos desvalidos y consolados (De Lora, 2023, p. 89).

¹³ Me permito reproducir la reflexión completa de De Lora sobre este asunto, ya que merece la pena: «El derecho público ha dispuesto de técnicas diversas y bien conocidas para que el poder público satisfaga, compense, repare o ayude al ciudadano agraviado que ha visto frustrados sus intereses o necesidades atendibles: beneficios económicos de toda laya, indemnizaciones, concesiones, licencias, desgravaciones, bonificaciones, descuentos, etcétera. A ese elenco se añaden ahora nuevas formas de “consuelo” para ciudadanos descritos o identificables como “vulnerables”, “odiados” o de algún otro modo “víctimas”» (De Lora, 2023, p. 89). Más allá de las importantes diferencias existentes entre necesidades e intereses tanto en el plano moral como en la praxis jurídica (fundamentación, derechos, deberes y obligaciones), sostengo que esto es otra manifestación de apoyo a un modelo teórico-político diferente al liberalismo rawlsiano o igualitarista.

actual de ciertos temas (así como a la limitación de extensión), me gustaría hacer algunos comentarios concretamente acerca de la discapacidad y la violencia sexual¹⁴.

Respecto de lo primero, De Lora ataca directamente al «modelo social de la discapacidad» frente al «modelo médico», que hemos considerado que ha sido (y continúa siendo en muchos ámbitos) el paradigma predominante. Con buenas razones, el autor refleja el posible delirio al que puede conducir un modelo como el social en el que la discapacidad, a riesgo de ser simplista, supone, casi exclusivamente, un constructo social, con claros tintes de antibiologicismo. Tiene razón De Lora cuando señala esa especie de «romantización» de la «diversidad funcional» que en ocasiones se lleva a cabo (al menos en los casos más graves y extremos de necesidad) y las tensiones y contradicciones a las que conduce cuando, por unanimidad, celebramos la innovación y el avance médico en materia de prevención o tratamiento de enfermedades generadoras de situaciones de discapacidad. Es por ello por lo que concuerdo con él en que las muy buenas intenciones y las explicaciones unidimensionales de algunas cuestiones como la aquí tratada corren el riesgo de acabar resultando, en algunas ocasiones, más perjudiciales que cualquier otra. Por el contrario, aunque no se explica exhaustivamente en el libro¹⁵, el «modelo médico», como se habrá podido intuir, entiende que la discapacidad es un asunto exclusivo de los agentes de la salud y de los servicios sociales, el cual se basa en el diagnóstico clínico, por lo que serían estos profesionales de la salud los encargados de reparar el cuerpo defectuoso, el impedimento o la deficiencia con la que se cuenta (Pérez Dalmeda y Chhabra, 2019, pp. 10 y ss).

Ahora bien, el aluvión de críticas que De Lora arroja sobre el modelo social resulta, a mi parecer, del todo injusto. La discapacidad, como bien señalan Pérez Dalmeda y Chhabra (2019, p. 22), puede ser comprendida tanto como una experiencia socio-vital como una característica de la condición humana. Precisamente el «modelo social» se ha encargado de enfatizar el conjunto de barreras, obstáculos y límites sociales (e incluso jurídicos) que afectan a la vida de las personas con discapacidad. Como ha señalado Nussbaum, «[...] las personas ciegas pueden trabajar más o menos en cualquier lugar en nuestros días gracias a las diversas tecnologías auditivas y firmas táctiles; solo hace falta que el lugar de trabajo incluya dichas tecnologías»¹⁶

¹⁴ Pese a que, al igual que el autor, voy a usar el término discapacidad para referirme de una manera general a diferentes y diversas situaciones de deficiencia física o mental considero oportuno tener en cuenta que, siguiendo a Martha Nussbaum, existen algunas diferencias en la literatura sobre la discapacidad, la cual diferencia entre «deficiencia», «discapacidad» y «minusvalía». Especialmente relevante es la «minusvalía» ya que supone una desventaja comparativa. Para más información, véase: Nussbaum (2007, p. 109, nota al pie de página 5).

¹⁵ De Lora hace referencia a los tres pilares de lo que denomina «intervención tradicional» de una forma muy sucinta (De Lora, 2023, p. 80). Desde mi punto de vista, debería de haber entrado en mayor detalle para ilustrar al lector, ya que tal y como describe al modelo social, resultaría, siendo ajeno al debate, complicado no posicionarse en contra.

¹⁶ Podría haber escogido otro ejemplo de los que usa Nussbaum, pero quería usar una situación de ceguera ya que De Lora también recurre a ella para criticar al «modelo social» llevando el argumento de dicho modelo hasta el extremo cuando señala que, si tomamos por bueno este esquema, «un ciego no puede conducir porque la circulación viaria en vehículo de motor no está adaptada a las personas como él» (De Lora, 2023, p. 72). Por supuesto, la labor no consiste en hacer que el ciego deje de ser ciego porque es algo irreversible, pero sí en poder promocionar y aumentar su calidad de vida hasta donde sea posible. Y si ese posible resulta en la oportunidad de poder conducir de una forma segura gracias a algún avance tecnológico, ¿Tendríamos que oponernos? Sobre algunos de estos ensayos y posibilidades prácticas acerca de la conducción para personas ciegas, véase: <https://www.laverdad.es/murcia/201610/02/conducir-ojos-otro->. Interesa remarcar, sobre todo, una cita referente al primer párrafo de la noticia, que dice así: «Decir que las personas ciegas podrían estar al mando de un volante suena muy descabellado. Sin embargo, las tecnologías avanzan cada vez más y no se descarta el lanzamiento de un coche autónomo». Las posibles formas y adaptaciones de esto son objeto de un debate que aquí no se puede atender. Agradezco a Paloma de la Nuez las críticas a

(Nussbaum, 2007, p. 125). Una cosa es hacer una apología de la discapacidad al estilo de un *coach* emocional como seguramente hacen algunas versiones más extremistas del «modelo social», y otra, bastante diferente, es, como hace De Lora, desatender rotundamente el diseño social en la vivencia de la discapacidad y proveer únicamente de un estatuto moral semejante al del resto de los seres humanos a las personas con discapacidad en lo referente a los derechos más básicos.

Aquí podríamos preguntarnos, ¿sería, siguiendo a Nussbaum, un derecho catalogado por el autor como «más básico», por ejemplo, el trabajo, con las consecuencias vitales que el acceso al goce y disfrute del mismo suponen? Todo parece indicar que un «estatuto moral semejante» no debiera de tener que incluir tal cosa, extremo que el propio De Lora parece diferenciar de la «consideración igualitaria en dignidad», principio y valor sobre el que han pivotado la mayoría de las interpretaciones *pro persona* y que, no olvidemos, ha hecho de nexo entre lo moral y lo jurídico en la versión contemporánea de los derechos humanos (Habermas, 2010).

Por lo anterior, no debe de extrañarnos la elección de los ejemplos de Ashley (una niña con una edad mental de un bebé) y de Sonsoles (una mujer con una discapacidad del 90% que no habla ni puede relacionarse) que hace el autor, pues, a través de ellos, pretende avalar un «paternalismo justificado»¹⁷ (De Lora, 2023, p. 80). Tomemos el ejemplo de Sonsoles.

Es evidente que el caso de Sonsoles representa una situación severa de dependencia y que su discapacidad intelectual le limita en muchos aspectos de su vida, pero ello no implica que, hasta allá donde sea posible, esta joven no deba recibir de la sociedad un impulso, en términos de bienes sociales, que le permitan ser o hacer aquello que pueda (y quiera), incluso si cabe respecto de la participación política.

Sonsoles fue seleccionada, debido a la reciente modificación de la legislación española que permite a las personas con discapacidad intelectual votar y ser parte del proceso político, como vocal de mesa. Por razones obvias, sus padres estaban intimidados por la posibilidad de que su hija fuese sancionada al haber solicitado la exención de dicha labor, pues conforme a la legislación son muy pocas las excusas que sirven para desprenderse de este quehacer. De Lora muestra este caso como un ejemplo de consuelo burocrático y de reforma santimonia, pero no repara, a mi modo de ver, en una pregunta cardinal: ¿Podría Sonsoles haber cumplido el rol de vocal de mesa de una forma efectiva distinta a la fijada como «estándar» con ayuda de, pensemos, algún instrumento o innovación tecnológica que le dotara de la autonomía

sugerencias que me hizo respecto a este punto, así como su insistencia en dar más argumentos a mi reflexión.

¹⁷ Paradójicamente, al referir esta idea que toma de Macario Alemany, De Lora, siguiendo a este autor, y en referencia a lo que considera el giro hacia la «unidad de la discapacidad» entre deficiencia física y mental, pretende restar legitimidad a la Observación General No. 1 del Comité de Personas con Discapacidad de Naciones Unidas al contar con un conjunto de miembros entre los que no se encuentra ninguna persona con una deficiencia psíquica. Sin embargo, cuando aborda la «ley trans» muestra que el Consejo de Participación de las personas trans (compuesto por personas del colectivo) como mecanismo representativo y participativo es ejemplo del consuelo de la burocracia del Estado parvulario (De Lora, 2023, p. 100). En esencia, el asunto del «paternalismo justificado» es la cuestión de la «pendiente resbaladiza», esto es, si bien se acepta que hay algunas áreas en las que el Estado debe de estar más presente de lo habitual debido a la importancia de estas para el propio desarrollo de cada persona y la sociedad en sí (por ejemplo, educación o salud), al mismo tiempo, por el contrario, existe un cierto temor entre algunos sectores del liberalismo (principalmente) sobre la posibilidad de que la extensión de las competencias del Estado acaben siendo demasiado amplias e, incluso, interminables (prohibiciones). En este punto, cabría preguntarse el motivo por el que avalamos algunas de estas intervenciones sin ningún tipo de objeción y otras plantean más dudas, como las referentes a políticas sociales o culturales, por ejemplo. Agradezco la crítica, las aclaraciones y las sugerencias en este punto a Jesús Ignacio Delgado Rojas, que incidió sobre este asunto.

requerida? En cualquier caso, responder negativamente no afecta al meollo de la cuestión, que no es otro que la adecuada promoción de la (potencial) capacidad y, por ende, la mayor inclusión posible.

La postura de De Lora, a mi juicio, se inserta, en buena medida, en la lógica de un modelo contractualista en el que la sociedad ha de estar categorizada y diseñada en favor de unos «miembros plenamente cooperantes de la sociedad a lo largo de una vida completa» o «miembros normales y plenamente cooperantes de la sociedad a lo largo de una vida completa»¹⁸ (Nussbaum, 2007, p. 120).

Finalmente, y para cerrar con este segundo capítulo, en lo que respecta a la violencia sexual, estoy de acuerdo con el autor en que la «ley del solo sí es sí» ha generado, posiblemente, unas expectativas en las víctimas de este tipo de delitos que, posteriormente, no se han visto, casi con total seguridad, satisfechas tras su entrada en vigor. Indudablemente, los vaivenes políticos parecen apuntar en esta dirección. Sin embargo, llama la atención que De Lora intente pasar por «perversión» algunos de los mecanismos que pretende dotar y reforzar la ley para afrontar la violencia sexual y la violencia de género.

Particularmente, creo que se equivoca cuando pretende deslegitimar este tipo de actuaciones recurriendo a sembrar la sospecha sobre el número de denuncias falsas por violencia de género. Mientras, sostiene De Lora, entidades vinculadas al Ministerio de Igualdad se encargan de llevar a cabo encuestas sobre sensibilización y prevención sobre este tipo de violencias, no existen tales mecanismos en favor de los hombres víctimas (o potencialmente víctimas) de denuncias falsas, ni *ex ante* ni *ex post*. Además, añade, los datos con los que se cuentan refieren, únicamente, a sentencias condenatorias por denuncia falsa. Ello, desliza el autor, podría no estar de acuerdo con la realidad de los hombres como posibles víctimas.

A mi modo de ver, cabe una doble objeción: en primer lugar, la afirmación de De Lora no resulta del todo cierta, pues si uno acude a los datos que brinda la Fiscalía General del Estado, el conteo sobre este tipo de denuncias falsas implica, sí, las sentencias recaídas, pero también las causas en tramitación. Desde 2009 hasta 2020, de cada 12.747 denuncias, una es falsa, o de cada 8.990 si tenemos en cuenta los procesos en trámite; en segundo lugar, en el año 2020 el número de mujeres asesinadas por violencia de género fue de 47, de las cuales solamente 7 habían denunciado y las otras 40 no lo hicieron. Tomando todos estos datos, que no varían demasiado hasta el día de hoy, parece ser coherente la apuesta por este tipo de mecanismos de prevención, educación y sensibilización a favor de las mujeres, a diferencia de lo que parece sostener De Lora¹⁹.

¹⁸ A ello se suma, además, la nula consideración en el libro de la cierta dependencia intrapersonal e interpersonal a las que las personas nos vemos avocadas en diferentes etapas de la vida y por diferentes motivos, así como una referencia a las nociones de «deficiencia temporal» y «deficiencia permanente» (y su posible solución de continuidad), que resaltarían la vulnerabilidad del ser humano y pondrían en entredicho ese carácter «normativo» pretendido. Una profundización sobre este punto puede verse en Nussbaum (2007, especialmente cap. 2). Un ejemplo de la interconexión entre situaciones de «deficiencia temporal» y conformación–funcionamiento social es la que nos indica el aumento de bajas laborales por trastornos y del comportamiento, lo que, claramente, demuestra la existencia de un problema social más que «biológico» y que, a mi modo de ver, claramente resta fuerza a los argumentos del autor. Para más información, véase: <https://www.leonoticias.com/antropia/salud-mental-espana-profesiones-acumulan-bajas-medicas-20240304000703-ntrc.html>

¹⁹ Acerca de esta información y alguna otra que resulte de interés con el tema, véase: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/capitulo_III/cap_III_1_5.html

3. El derecho y los derechos: un universo inflacionario

Encadenado con lo anterior, este tercer capítulo del libro aborda el enfoque de los derechos, concretamente la perspectiva y el discurso de los derechos humanos como paradigma tridimensional: filosófico, político y jurídico. Por lo tanto, en este apartado, siguiendo el contenido del libro, se examinará lo que De Lora apoda como el «ideal de los derechos» (De Lora, 2023, p. 138). Para comprender adecuadamente este ideal, resulta imperativo examinar los tres atributos del que el autor le dota.

El primero de ellos responde al «individualismo moral», es decir, a la idea de que los seres humanos, debido a la consideración de su dignidad, han de ser tratados como fines y no como medios. Esta posición, de raigambre kantiana, ha inspirado las principales declaraciones de derechos humanos a nivel internacional, en las cuales se ha entendido, tradicionalmente, que los sujetos de los derechos han de ser solamente los seres humanos a título individual. Digamos que, frente a (o de una forma complementaria) esta percepción del tipo de sujeto de derechos humanos, han aparecido algunas corrientes defensoras de una ampliación de dicha titularidad o personalidad hacia otro tipo de sujetos con el objetivo de reconocerles y dotarles de derechos. Dentro de este movimiento expansivo sobresalen los derechos de la naturaleza o los derechos de los animales no humanos, a los que el autor dedica algunas páginas.

Para De Lora la cuestión resulta bastante clara con respecto a los derechos de la naturaleza, aunque no tanto respecto de los animales, a los que muestra una mayor consideración. La naturaleza en su conjunto, para él, ya venga representada por el Mar menor o el río Atrato, no puede ser titular de derechos por ciertas razones:

En primer lugar, porque considera altamente improbable la determinación del sujeto de derechos, es decir, la «individuación» de la titularidad de este tipo de derechos, al igual que su ejercicio. En segundo lugar, y dando por bueno que se haya conseguido esclarecer quién sería el sujeto de derechos, De Lora se pregunta sobre cuáles serían los intereses que legitiman que este ente natural fuese titular de derechos, lo que le lleva a concluir que, en base a la idea de «poner la vida en el centro», tales intereses solamente pueden ser los de los seres humanos, tal y como muestran las cuestiones de la propia reproducción como especie y de la protección de las generaciones futuras. En tercer lugar, arguye el caso de la «sintiencia», esto es, la naturaleza, a diferencia de los animales no humanos, carece de la capacidad de sentir dolor, bienestar, emociones, etc. Por estas razones, sostiene que más que asignar derechos a la naturaleza o, mejor dicho, hacer a la naturaleza titular de derechos, lo que habría que hacer es proteger a la naturaleza y a sus intereses a través de simples obligaciones jurídicas que nos comprometan con su conservación y disfrute (De Lora, 2023, p. 113).

Estas reflexiones revelan una postura antropocéntrica con una fuerte inclinación hacia la vertiente «excluyente» en lo que respecta a la naturaleza en su conjunto, es decir, muestra que su valor es instrumental y que dimana del interés humano; y hacia una vertiente «moderada» en lo que respecta a la cuestión de los animales no humanos, donde la compasión y la reducción del sufrimiento de estos seres parece tener cabida²⁰. Es por ello por lo que, respecto de esta última cuestión, De Lora parece querer alinearse con un biocentrismo fuerte al criticar el motivo por el

²⁰ Estas posturas quedan puestas de manifiesto cuando señala que: «[...] si debemos respetar la integridad física de la catedral de Sevilla no es *en atención a ella*, sino al género humano que quiere seguir disfrutando de su grandeza arquitectónica. Así lo estimó Kant precisamente en relación a nuestro deber de no ser crueles con los animales, y así cabría estimarlo también si de la naturaleza en su conjunto, o de entes naturales no «sintientes», hablamos» (De Lora, 2023, p. 113).

que la legislación española considera moralmente más relevantes a algunos animales que a otros. Aún apuntado lo anterior, resulta coherente la solución de continuidad del autor con base en el modelo filosófico kantiano, pues este adopta, como ha indicado Montalván Zambrano (2020, pp. 181-188), las dos vertientes en las que hemos incluido la postura de De Lora. En esencia, ambas dotan únicamente de un valor instrumental, que no intrínseco, tanto a la naturaleza como a los animales no humanos, aunque con el entramado de valores y acciones apuntadas respecto de los animales no humanos.

Siguiendo a algunos académicos españoles como Manuel Atienza o Alfonso García Figueroa, De Lora señala que las buenas intenciones de los defensores de los derechos de la naturaleza o de los animales no humanos son muy legítimas y perfectamente entendibles, aunque considera que sus (posibles y potenciales) consecuencias podrían resultar incluso más perjudiciales que el no reconocimiento de derechos específicos²¹. Paralelamente, una forma distinta de afrontar y comprender estos asuntos son las ideas o reflexiones provenientes de algunas corrientes biocéntricas y ecocéntricas, las cuales, a mi parecer, resultan, más que enfrentadas a, complementarias y en diálogo con esos «intereses humanos». Creo que estas aportaciones resaltan algunas cuestiones que no debiéramos apresurarnos en tachar de buenistas, populistas o cualquier otra connotación negativa, pues parecen ser conscientes de la realidad y de las limitaciones que le acompañan. Así, de una forma sintética, siguiendo a Montalván Zambrano, estas perspectivas rotulan que

La traducción normativa de la justicia ecológica son los derechos de la Naturaleza. Estos exigen la recuperación de los ecosistemas dañados y no simplemente el cobro de multas. Tal como ejemplifica Gudynas, los seres vivos como las plantas o los animales no necesariamente vivirán mejor si algunos humanos reciben dinero por el daño en los ecosistemas en que habitan [...]. Así, la justicia ecológica es una consecuencia inevitable y necesaria de la secuencia que comienza con el reconocimiento de valores intrínsecos y sigue con los derechos de la Naturaleza [...], sin olvidar que las dinámicas ecológicas implican relaciones que también son de competencia y depredación. En palabras de Aldo Leopold, una ética de la tierra, por supuesto, no puede impedir la alteración, la gestión y el uso de esos recursos; pero afirma su derecho a continuar existiendo y, al menos en algunos puntos, a continuar existiendo en estado natural. De ahí que no se postule mantener una Naturaleza intocada, por el contrario, como afirma el profesor Gudynas, se reconoce y defiende la necesidad de intervenir en el entorno para aprovechar los recursos necesarios para satisfacer las «necesidades vitales», pues los valores propios son uno más en un amplio conjunto de valoraciones a considerar [...]. Su aporte claro es abrir las puertas para otro tipo de discusión en la política y la gestión, donde «ya no es necesario demostrar que preservar montañas o selvas es útil para el ser humano, o es rentable para las empresas, sino que las fundamentaciones por su valoración intrínseca serán tan importantes como los análisis costo beneficio de los economistas» [...] (Montalván Zambrano, 2020, p. 194)²².

El segundo y el tercer atributo de este ideal de los derechos se corresponden con la propiedad y la prioridad de la libertad. Con respecto a la propiedad, De Lora interactúa y discute con Ferrajoli acerca de la universalidad y la indisponibilidad de dicho derecho, terreno en el que el autor se muestra favorable a una argumentación

²¹ Estoy de acuerdo con De Lora en la máxima weberiana de que no siempre las buenas intenciones se convierten en acciones positivas, y ello puede pasar respecto de los derechos de la naturaleza y de los animales. Igualmente, creo que una buena parte de las reflexiones que hace acerca de la categorización de los animales no humanos y el distinto tratamiento que les damos con base en dicha categorización es una realidad difícil de negar.

²² Para una redefinición de la categoría de lo humano o de lo humano «a secas» en el sentido teórico apuntado a través de la experiencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), véase: Montalván Zambrano (2023, pp. 259-284).

pro derecho de la propiedad. En este punto, la discusión sigue abierta entre clasificar a la propiedad como derecho fundamental o como derecho de propiedad y, a mi modo de ver, las explicaciones de De Lora no alcanzan el propósito que se plantean²³. En relación con la libertad, se repite el mismo esquema que hasta ahora hemos venido señalando, esto es, la prioridad de la libertad y su comprensión como «dique de contención frente al intervencionismo del poder público» (De Lora, 2023, p. 140). Esta concepción de la prioridad de la libertad olvida las razones sociales e históricas por las que Rawls formuló el «principio de la diferencia», el cual, no olvidemos, fue su principal innovación respecto del modelo liberal clásico. Robert Castel resume muy acertadamente esa intuición rawlsiana cuando afirma que

[...] la libertad y el individualismo triunfantes llevaban consigo un rostro de sombra, la *individualidad negativa* de quienes se encontraban sin vínculos y sin apoyo, privados de toda protección y de todo reconocimiento. El Estado social se construyó como respuesta a esta situación. [...] (Castel, 1997, p. 27).

En definitiva, todo lo anterior le sirve a De Lora para declarar la existencia de «un universo inflacionario» de los derechos humanos caracterizado por la permanente y abusiva retórica de los derechos humanos a la hora de esbozar y canalizar cualquier demanda política. Pese a que concuerdo con el autor en que existe una tendencia (desmesurada en ocasiones) encaminada a hacer permear el lenguaje de los derechos humanos en todos los foros y respecto de todas las demandas, creo que De Lora en la última parte del capítulo falla al intentar señalar los riesgos de dicha tendencia al incluir en la misma ecuación a los deseos, los intereses y las necesidades.

Siguiendo a Liborio Hierro, De Lora toma por buena la siguiente afirmación: «[...] al calificar ese deseo, ese interés o esa necesidad como un “derecho” uno queda[se] automáticamente exento de tener que demostrar su exigibilidad. Se produce una especie de ecuación semántica: es mi “derecho”, luego debe ser respetado o satisfecho» (Hierro, 2002, pp. 35-36, citado en De Lora, 2023, p. 149). Y considero que el autor yerra al (intentar) hacernos creer que el deseo de una persona de tener un Ferrari es lo mismo que la necesidad de una persona o un grupo de personas al acceso al agua potable o al saneamiento, por ejemplo. Aunque es cierto que en el último párrafo del capítulo sostiene la obligatoriedad de distinguir entre deseos e intereses a la hora de proteger los derechos, el daño ya está hecho previamente, y no consigue captar la relevante dinámica de las necesidades. Claro que un interés de la comunidad política puede (y debe de) ser que todos sus ciudadanos tengan garantizado el derecho de acceso al agua potable o al

²³ De Lora establece dos analogías entre, por un lado, la libertad de expresión y el derecho de propiedad para argumentar en favor de la «universalidad» del derecho de propiedad y, por otro lado, entre el derecho a la propia imagen y el derecho de propiedad para alegar en favor de la disponibilidad de este último. En líneas generales, diría que categorizar al derecho de propiedad como un derecho no fundamental no traería las mismas consecuencias que si lo hiciésemos respecto de los otros dos con los que los contrapone. Pensemos, por ejemplo, en dos manifestaciones del derecho de libertad de expresión; por un lado, una negativa, es decir, una en la que la libertad de expresión esté ausente o ciertamente restringida, como ocurría u ocurre en los regímenes antidemocráticos. No gozar de dicha libertad inferioriza claramente al sujeto, aunque pueda disfrutar de una posición socioeconómica holgada; por otro lado, pensemos en una positiva, esto es, en un escenario con altos índices de pobreza y desigualdad, pero donde la libertad de expresión resulte operativa. Disponer y gozar de ese derecho podría hacer mejorar la situación de los que están peor y acortar la distancia de la desigualdad, tal y como ha mostrado Sen al estudiar la hambruna de la India (Sen, 1990). En cualquier caso, el debate está abierto y hay autores que defienden la relevancia histórica de la propiedad como instrumento del desarrollo y avance socioeconómico de los países como, por ejemplo, Daron Acemoglu y James A. Robinson (2014)

saneamiento, pero la diferencia es que ese derecho «derivado»²⁴ es fundamental, precisamente, porque protege, garantiza y satisface una necesidad considerada elemental. Esto es, su respeto, protección y garantía es más intrínsecamente importante que su instrumentalidad²⁵.

4. El peso de los derechos: ponderando la ponderación

El penúltimo capítulo versa sobre la ponderación (o no) entre derechos. Básicamente, la ponderación, como señala el autor, consiste en la determinación de la prioridad de un derecho sobre otro con base en las circunstancias y el contexto en el que se enmarca el conflicto o «colisión». Para resolver esta situación, el operador jurídico debe de encontrar y dar razones morales (y de argumentación jurídica) que doten de sentido, fuerza y coherencia a su decisión. Este asunto, como expone De Lora, ha dado lugar a un espacio constante de discusión entre los filósofos del derecho en general y los teóricos de la argumentación jurídica en sí.

Operativamente, la ponderación tiene lugar cuando entran en juego en un mismo caso derechos catalogados como fundamentales, es decir, derechos subjetivos que se han considerado particularmente relevantes de respetar, proteger y garantizar debido a su importancia para la autonomía y el desarrollo de las personas. Qué derechos tienen rango de fundamentalidad no es una cuestión pacífica ni mucho menos, especialmente en lo que se refiere a los derechos sociales, económicos y culturales (o garantías socioeconómicas²⁶), los cuales, en algunos ordenamientos jurídicos, sí gozan de este rango y, en otros, como en el español, no resultan así considerados. En el libro no se examinan casos en los que la ponderación resultase entre derechos de primera y segunda generación y que ostentasen, todos ellos, el mismo rango de fundamentalidad. Por el contrario, se analizan, casi en exclusiva, hechos vinculados con el derecho penal (tortura, prisión provisional, presunción de inocencia...), es decir, aquellos conexos con el principio de la libertad.

Los asuntos de la tortura o de la prisión provisional resultan del todo interesantes por las posibles implicaciones a las que pueden dar lugar en la realidad jurídica, social y democrática. Poca (o ninguna) objeción cabe hacer a la consideración del autor sobre la necesaria reparación del daño causado a aquellas personas que se han visto privadas de libertad debido a la prisión provisional y que, posteriormente, han resultado absueltos de los delitos por los que fueron encarcelados. Creo que, como sociedad, (debemos estar) estamos de acuerdo en que este hecho supone un deficiente y poco garantista funcionamiento de la Administración de justicia, aunque, cabe señalar, en ocasiones, algunos casos

²⁴ Y digo «derivado» porque este ha sido reconocido a través de la interpretación de otros derechos humanos. Por ejemplo, en el ámbito del sistema interamericano, la Corte IDH lo ha reconocido como un derecho autónomo derivado del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) (véase, *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*). En el caso del sistema europeo de derechos humanos, aunque no ha llegado a ser reconocido como un derecho autónomo en sí, se ha discutido su operatividad por medio de la interpretación del contenido del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) e, incluso, algún juez ha sugerido su posible cabida bajo lo dispuesto en el artículo 3 de dicho Convenio (véase, *Hudorovič y otros contra Eslovenia*). Desafortunadamente, hasta el momento, el TEDH no ha seguido los pasos de la Corte IDH.

²⁵ Así lo ha considerado, por ejemplo, la Corte IDH en la sentencia del caso *Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina*.

²⁶ El TEDH así lo ha considerado en algunas ocasiones al definir a estas «garantías» como el espacio intermedio entre los derechos convencionales y los derechos sociales. Para más información sobre este asunto, véase: Merayo Fernández (2024).

resulten del todo complejos. En cualquier caso, estoy de acuerdo con De Lora en que la privación de la libertad es algo demasiado serio como para andar con vacilaciones.

Respecto de la tortura, la solución por la que apuesta, que no es otra que la esbozada por Juan Antonio García Amado basada en «excusar» ciertas conductas en base a una justificación moral, plantea una discusión que merece la pena tener como sociedad, sobre todo para casos tan graves como los (posibles) delitos de terrorismo o secuestro, pero sobre los que no tengo una opinión sólida. Ello sin dejar de remarcar que, desde mi punto de vista, «excusar» este tipo de conductas debiera de ser el último de los recursos, lo que conlleva que este tipo de casos, casi con total seguridad, sean más minoritarios²⁷.

A mi modo de ver, De Lora juega sobre «seguro» al centrarse únicamente en este tipo de cuestiones antes que en abordar posibles situaciones de ponderación entre derechos fundamentales más allá de los cubiertos solamente por el marco de la prioridad de la libertad. Salvando las distancias, y entiéndase la analogía irónica, el tratamiento de la ponderación por el autor recuerda a las películas de Woody Allen, aquellas en las que solamente parece haber cabida para los pesares, los lamentos y los conflictos de una clase acomodada o elitista, invisibilizando cuestiones sociales que afectan a una buena proporción de la población o a aquellos que, como diría Adela Cortina, se encuentran «peor situados» (Cortina, 2017). Hubiese sido muy interesante que De Lora hubiese dado un paso adelante, sobre todo por las constantes referencias que hace a las «necesidades humanas» y los «intereses subjetivos» como contenido y motivación para salvaguardar derechos subjetivos (De Lora, 2023, p. 154, entre otras). Ello, sin embargo, no desmerece lo relevante de su análisis sobre la ponderación, ni mucho menos.

Finalmente, resulta de interés anotar que De Lora parece encontrar un límite más amplio al hacer referencia al debate sobre la obligatoriedad de vacunarse o no en situaciones como la que vivimos con motivo de la Covid-19. Concretamente, el autor, al inmiscuirse en el debate sobre si la libertad ha de entenderse en términos «conflictivistas» (mi libertad acaba donde empieza la tuya) o en un lenguaje «aconflictivista» (mi libertad comienza donde comienza la tuya), señala que, para un caso como el de un tratamiento médico, el derecho o la libertad «tiene como límite la afectación de la libertad, la salud, el bienestar o incluso la vida ajena» (De Lora, 2023, p. 173), lo que redundará en un ensanchamiento de la intervención del poder estatal en base a algunos «bienes» como la salud o el bienestar. Eso sí, si tal ensanchamiento u obligatoriedad conductual resulta en un daño o perjuicio subjetivo, el individuo lastimado debiera de ser indemnizado por ello (así lo hace al equiparar la vacunación con la prisión provisional).

Qué situaciones o qué criterios han de analizarse y seguirse para determinar cuándo se activa ese daño o perjuicio es algo sobre lo que no encontramos respuesta en el libro. Cabría pensar, en este sentido, si, por ejemplo, el posible daño o perjuicio resultante de la aplicación de un tratamiento médico obligatorio (en caso de que tal cosa fuera posible) a un fumador debiera de ser indemnizado o no, pues su conducta al fumar también puede ser contraria a la salud o el bienestar del resto.

5. Constitución, populismo y democracia

²⁷ Aunque es cierto que no tengo una opinión fija al respecto debido a mi falta de conocimiento y lecturas acerca del tema, me inclino a posicionarme del lado de aquellos que lo consideran inasumible en cualesquiera circunstancias. Ha sido José María Saucá Cano el que me ha hecho reflexionar, desde mi «desconocimiento», en favor de esta solución.

El último capítulo del libro examina, principalmente, dos cuestiones: en primer lugar, la aparición del «constitucionalismo» como fenómeno político-jurídico contemporáneo frente al clásico ejercicio del poder político-jurídico bajo las coordenadas del «legalismo propio del Estado liberal» (De Lora, 2023, p. 186). Ello implicó que los jueces comenzaran a jugar un papel altamente relevante y paralelo al legislador que, hasta ese momento, no se había visto «sujeto» y «fiscalizado» de tal manera por otro órgano del Estado; en segundo lugar, como «superación», «ampliación» o «complementación» de este tipo de «constitucionalismo democrático», el cual había visto la luz debido a las experiencias traumáticas de los regímenes totalitarios del siglo pasado, emerge el «nuevo constitucionalismo latinoamericano» (NCL), caracterizado como una corriente político-jurídica bastante específica de un entorno regional y democrático muy concreto. Como bien señala el autor, este NCL no es uniforme, sino, más bien, heterogéneo, aunque, es cierto, pueden identificarse y trazarse algunos patrones comunes y compartidos. Para De Lora, ese patrón común se resume en «un afán jacobino», esto es, la exaltación del poder del pueblo, del poder popular o del poder constituyente (De Lora, 2023, p. 192).

Tras un repaso por algunas de las características (negativas) que el autor identifica como propias de este NCL (tales como la extensión de los textos constitucionales o la inclusión en este tipo de textos de conceptos vagos e indeterminados), hay un elemento que caracteriza, define y simboliza la intención de este tipo de constitucionalismo: la profundización del carácter representativo. Y este ahondamiento representativo implica tanto mecanismos de «integración» como mecanismos de «inclusión» en entornos democráticos. Esto implica, por un lado, que el sistema democrático vaya más allá del proceso político regulado y de la formalidad que lo acompaña, es decir, que implique una extensión de la participación de los ciudadanos a las fases de debate, discusión y elección de decisiones (integración); por otro lado, se requiere que los ciudadanos o las personas estén *capacitados hasta donde sea posible y con base a sus propias características o especificidades* por medio de la satisfacción y el aseguramiento de un conjunto de bienes, recursos, necesidades o capacidades que resultan determinantes para el adecuado desarrollo y ejercicio de la autonomía moral. Es por ello por lo que, como refiere De Lora, Ana Micaela Alterio sostiene que, a través de este NCL, «se viene a rescatar a los “sin derecho todavía”, a los excluidos»²⁸ (De Lora, 2023, p. 207).

Pese a que estoy de acuerdo con el grueso de los propósitos anteriores, creo que De Lora no va desencaminado al alertar sobre los (posibles) peligros a los que puede conducir una apología y una exaltación desmesurada del «soberano popular» que, en este caso, sería el pueblo o el poder constituyente. Actualmente, su expresión más radical se encuentra en lo que se ha apodado como «constitucionalismo popular», perspectiva que implica una cierta «destecnificación» del derecho en favor de una construcción jurídica «desde abajo» frente a una refinada técnica emanada de operadores jurídicos especialistas (élite). En medio de todo este entramado, y tal vez sea lo que convendría rescatar, existen alternativas intermedias, entre las que se encuentra la del «constitucionalismo transformador» o «*ius constitutionale commune*» (von Bogdandy, 2015; von Bogdandy y Urueña, 2020, entre otros), la cual parece querer agrupar lo mejor del constitucionalismo clásico y del NCL, pero que no está exenta de críticas y limitaciones. A mi modo de ver, hay que ser conscientes y realistas de que los mecanismos de representación democráticos varían dependiendo de los diferentes contextos y situaciones, lo que conlleva que, en ocasiones, la

²⁸ Y los sujetos que quedan dentro de estas categorías son, principalmente y siguiendo a Pisarello, «movimientos campesinos, indígenas, organizaciones de mujeres y feministas, sindicatos nuevos y antiguos, movimientos de desocupados, pobres urbanos y afrodescendientes, organismos de derechos humanos» (Pisarello, 2009, citado en De Lora, 2023, p. 198), a los que cabría añadir la cuestión de los animales y de la naturaleza en su conjunto.

representación indirecta sea más accesible, factible y efectiva que la directa, y, en otras ocasiones, lo sea la directa²⁹.

Igualmente, subrayo que el debate entre si precisamos de más legislador y menos poder judicial o lo contrario resulta, una buena parte de las ocasiones, embarrado y tramposo, pues considero que no existe ninguna solución mágica o perfecta que tomar, aunque sí sostengo que es posible establecer algún(os) criterio(s) que ayude(n) a situar la centralidad político-jurídica sobre algunas cuestiones que resultan determinantes, tanto para los seres humanos como para el resto de los entes con los que convivimos³⁰. Creo que con ese «criterio» podríamos estar ampliamente de acuerdo sobre algunos asuntos relevantes y, puede, tal vez, que eso ayude a rebajar las tensiones entre los diferentes poderes del Estado, aunque, por supuesto, no anularía (ni pretendería hacerlo) el enfrentamiento político.

De entre todas las aportaciones emanadas del «constitucionalismo latinoamericano», De Lora dedica un buen número de páginas a la de Roberto Gargarella, jurista argentino que defiende un «constitucionalismo dialógico» o, en otras palabras, una «conversación entre iguales» en la que la ciudadanía jugaría un rol fundamental y determinante tanto en el sistema político en su conjunto como respecto del arquetipo jurídico («sala de máquinas»). En palabras de Gargarella, «[...] se torna necesario no insistir con el reajuste del entramado institucional, sino, en la medida de lo posible, trabajar para desarmarlo y reemplazarlo con otro [...] necesitamos sentar las bases institucionales para una vida democrática, decente» (Gargarella, 2022, p. 320, citado en De Lora, 2023, pp. 211-212). Frente a esta postura, me atrevería a decir que caben, al menos, dos interpretaciones posibles.

Por un lado, la que esboza De Lora en el libro, el cual, hábilmente y con razón, señala algunas de las contradicciones de la teoría de Gargarella, tales como el (posible) desprecio por el ideal democrático o la poca atención que parece prestar al pluralismo moral de las sociedades democráticas, lo que acaba resumiendo en que pareciera que «[...] con “otra sala de máquinas”, tales expectativas (*se refiere a la justicia social en general*) sí podían haberse satisfecho» (De Lora, 2023, p. 215)³¹.

Por el otro lado, creo que existen buenas razones para avalar que la postura de Gargarella se adhiere o simpatiza con la idea de «criterio(s)» a la que me he

²⁹ Sobre si han funcionado o no las Constituciones vinculadas al NCL, asunto que resulta altamente interesante, remito a Martínez Dalmau (2018), autor citado por De Lora como uno de los pensadores de este tipo de constitucionalismo y que esgrime algunas razones y datos en defensa de un cierto éxito de dichas Constituciones. Igualmente, los datos sobre desigualdad insertos en el portal de la CEPAL (Cepalstat) indican, al menos para esta cuestión, algunas mejores por países (Interesan, principalmente, Bolivia, Venezuela y Ecuador, que son los señalados por De Lora como principales focos del NCL). De todas formas, aunque pueda existir alguna relación de causalidad, creo que los asuntos de la desigualdad y de la pobreza son más complejos e intervienen más factores que el simple marco constitucional. En cualquier caso, para acceder a estos datos, véase: <https://statistics.cepal.org/portal/inequalities/incomes.html?lang=es&indicator=3289>

³⁰ La lista de las capacidades de Nussbaum podría ser de ayuda en este sentido. En general, creo que De Lora no compartiría este criterio, pero sí parece que podría hacerlo con respecto a la satisfacción y aseguramiento de unas «condiciones mínimas» en favor del ejercicio de la autonomía moral (De Lora, 2023, p. 208). Cómo y quién satisface y asegura dichas condiciones es un enigma sobre el que el autor no se posiciona, pero que sí tiene cierta conexión, al menos intuitiva, con el principio rawlsiano previo de satisfacción de necesidades básicas. Ahora bien, si se apuesta por unas «condiciones mínimas», entonces habría de situarse más en el campo de la «adecuación» que en el de la «máxima extensión» de los derechos y libertades básicos.

³¹ Las cursivas son mías. De Lora señala estas contradicciones en un comentario general a los derechos emergentes y a las propuestas provenientes del NCL con las que Gargarella se ha mostrado muy crítico. Particularmente, De Lora también utiliza esa reflexión crítica contra la postura de Gargarella respecto del aborto, pues el constitucionalista argentino ha defendido como ejemplo de su modelo la «marea verde» argentina en favor del derecho al aborto.

referido anteriormente, lo que implicaría orientar la acción política y la jurídica hacia ese contenido central que resulta elemental. Y sostengo que ello es así por dos motivos: 1) por su insistencia en la necesidad de tomar medidas activas en favor de la promoción de la salud y de la dignidad en la vida, extremo que queda acreditado por sus referencias al aborto o el cambio climático, las cuales ocuparían un núcleo central del «criterio»³² (De Lora, 2023, p. 218); 2) por su preocupación acerca del respeto, la garantía y la promoción que de los derechos humanos (fundamentales) deberían de llevar a cabo los tribunales en caso de que el poder político, como sucede en muchas ocasiones en América Latina (y en otras partes del mundo), no lo haga, ya sea por acción u omisión³³ (De Lora, 2023, p. 255). Por ello, defiendo que la «conversación entre iguales» no tendría que acarrear que «unos fuesen más iguales que otros», sino que podría sostenerse que la propia conversación conlleva alcanzar un «óptimo adecuado» que permita, en la medida de lo posible, salvaguardar y garantizar los derechos que hemos resuelto como centrales³⁴.

Finalmente, y para terminar con este apartado, me gustaría hacer referencia a dos puntos que considero interesantes del capítulo.

En primer lugar, como ya se habrá podido intuir, fruto de la discusión con Gargarella, De Lora presta mucha atención al tema del aborto, lo cual tiene sentido ya que, como avanzamos, es el propio Gargarella el que identifica como ejemplo de su apuesta teórica la «marea verde» argentina en favor de su despenalización. Pese a ello, y como ya ocurrió, De Lora despacha la cuestión de algunos asuntos vinculados con la justicia social, tales como la universalización de la asistencia sanitaria, la vivienda digna o la sostenibilidad, en base a que el aborto, según refiere, «no implica [...] un *expertise* particular o el control presupuestario para alcanzar objetivos [...]» (De Lora, 2023, p. 217). Si ello es así, ¿cómo explica que el principal o, mejor dicho, uno de los principales meollos del asunto respecto del aborto sea la determinación experta o científica de si nos encontramos ante una vida humana o no? Igualmente, cabría preguntarse ¿no implica una considerable partida presupuestaria el despliegue de medios y de agentes institucionales para prevenir y evitar que se produzcan situaciones de tortura o tratos degradantes, es decir, para asegurar y conservar la seguridad ciudadana y que no se llegue a tales extremos? O, también, ¿no acredita el dedicar un capítulo casi completo al asunto de la tortura (que, no olvidemos, acaba acordando una prohibición generalizada de esta) que, incluso, un asunto sobre el que existe una unanimidad acuciante requiere de *expertise*? ¿Por qué relegar la cuestión de los derechos sociales en base a razones presupuestarias o técnicas? Disponer y consagrar derechos, en mayor o menor medida, precisan de todos estos requisitos y criterios.

³² Concretamente, Gargarella dice: «Así, cuando el Estado no toma medidas activas en materia de aborto, en los hechos permite que muchas personas mueran a raíz de las malas condiciones en que se realizan abortos ilegales, que muchas personas no reciban la asistencia médica que merecen, que no encuentren el amparo y reconocimiento que necesitan. De modo similar, cuando el Estado no interviene en materia de cambio climático, deja que los grandes empresarios sigan dañando el planeta con la polución generada por sus empresas» (Gargarella, 2022, p. 268, citado en De Lora, 2023, p. 218).

³³ Las palabras textuales de Gargarella, tal y como se reproducen en el libro, son las siguientes: «Corresponde a los tribunales un papel central en la conversación colectiva sobre los derechos, su interpretación, y los modos de protegerlos, frente a las violaciones que pueden sufrir, a partir de las acciones y omisiones de los órganos políticos».

³⁴ Creo que la despenalización del aborto y la fijación de un umbral determinado en el que se pueda abortar dan cuenta de lo que pretendo expresar, extremo en el que resultarían satisfechos tanto los derechos sexuales y reproductivos como los del *nasciturus*. Igualmente, otro ejemplo al que podríamos acudir para dar cuenta de este «criterio» y del «óptimo adecuado» es la cuestión del derecho al voto en Estados Unidos, donde la comunidad de los *amish* es reacia al ejercicio de dicho derecho, pero, sin embargo, acepta que el mismo se consagre jurídicamente y que el resto de los ciudadanos puedan hacer uso del mismo sin que ello altere las bases de la convivencia.

En segundo lugar, De Lora parece abogar, pues es su sugerencia, por «aplicar una regla de “presunción de constitucionalidad de la ley”» para intentar resolver la tensión entre legislador y poder judicial. Esta regla implicaría, en esencia, mayorías reforzadas en los tribunales para sobreponerse a una decisión del legislador (De Lora, 2023, p. 233). Me parece una propuesta interesante y que podría tener su quehacer, pero me pregunto si estaríamos dispuestos a que los jueces, por ejemplo, empleasen esta regla de una «mayoría reforzada» para sobreponerse a una ley en la que se diese luz verde a ciertas formas de sacrificio animal por razones culturales que agudicen su sufrimiento o si se dictase que las reservas o parques naturales dejaran de ser espacios protegidos por su biodiversidad y pasasen a ser industrializables. ¿Prescribiríamos tal receta?³⁵

6. Epílogo y comentario final

De Lora acaba el libro con un breve epílogo en el que remarca las relaciones entre la política, la moral y el derecho, donde enfrenta, según él, realidad con idealismo. En este sentido, de acuerdo con el autor

En un mundo ideal no habría fronteras, ni tortura ponderable, ni presunción de inocencia negociable, y los animales no humanos serían mucho mejor tratados, las prisiones preventivas serían escasas y los presos que fueran finalmente absueltos serían sustancialmente indemnizados; en un mundo ideal toda desigualdad obedecería sólo a la irresponsabilidad, al ejercicio de la libertad individual una vez depuradas las tiranías, todas, relativas al origen (De Lora, 2023, p. 240).

Aunque podrían objetarse algunos matices, resulta, en esencia, bastante complicado no suscribir las palabras de De Lora³⁶. Por el contrario, y frente a este ideal político, moral y jurídico que sería el escenario perfecto para el autor, señala lo que, para él, sucede en la realidad de nuestras sociedades liberales y democráticas. En sus propias palabras,

La moralización que infecta nuestras democracias liberales es [...] la derivada de creer, infantilmente, que en sociedades razonablemente plurales como las nuestras, cupo y cabe «asaltar los cielos» mediante el instrumento del derecho, o bien de la justicia constitucional, y que aquél, una vez «constitucionalizado», tiende una escalera de acceso directo al mundo ideal; que para tal cosa basta con insertar las palabras

³⁵ Reflexiono sobre los asuntos del sacrificio animal y de los parques naturales porque son algunos de los temas que De Lora trata en su libro. Por tal razón, he querido seguir sus ejemplos, aunque lo mismo podríamos preguntarnos respecto a otras cuestiones como, por ejemplo, la política penitenciaria o la legislación urbanística.

³⁶ La expresión «en un mundo ideal toda desigualdad obedecería sólo a la irresponsabilidad, al ejercicio de la libertad individual una vez depuradas las tiranías, todas, relativas al origen» es la representación del pensamiento del «liberalismo de la suerte» encabezado, entre otros, por Ronald Dworkin (2003) o Elizabeth Anderson (1999). Estos pensadores, al igual que hace De Lora, defienden que, ya sea desde una «igualdad de recursos» o desde un «igualitarismo relacional», la posición social de cada cual habría de ser, *grosso modo*, la expresión de sus decisiones individuales. Esta perspectiva les ha valido la crítica de algunos autores, entre los que destacan Cohen o Young, especialmente el primero de ellos, el cual ha mantenido un acalorado debate con Dworkin acerca de cómo tratar los gustos caros y extravagantes y las discapacidades. En cualquier caso, quisiera señalar que la carga de la responsabilidad de decidir respecto de la posición social de cada persona, en ocasiones, puede resultar problemática. Pensemos en el caso de una persona que haya dedicado una buena parte de su vida y de sus recursos a una labor de investigación sobre la prevención y el tratamiento de algunas discapacidades (tarea que, demos por bueno, no haya recibido toda la atención institucional que requeriría) de una forma privada y que, fruto de ello, haya ayudado a avanzar en dicho campo. O lo mismo podría pensarse de una persona que decide dedicar buena parte de sus recursos al mejoramiento de las condiciones de vida de sus vecinos a través de, por ejemplo, el activismo social. Entonces, podríamos preguntarnos, ¿son estas decisiones irresponsabilidades? ¿cómo deberíamos afrontar este tipo de situaciones frente a, por ejemplo, los que deciden gastar en lujos o gustos caros? O, más directamente, ¿son lo mismo? Cómo respondamos a estas cuestiones será fundamental tanto en un plano normativo como en uno práctico (políticas públicas).

correctas en el BOE, desconociendo así el principio de realidad que impone la política. Pero, además, es precisamente porque tal cosa no sucede, porque el derecho no agota la moralidad ni la justicia, por lo que cabe seguir señalando la injusticia del derecho en los ámbitos que antes he señalado y en otros tantos (De Lora, 2023, p. 242).

Entonces, entre ese mundo ideal, el principio de realidad de la política y la perversión moral latente en estas democracias liberales, De Lora acude a la idea de «razón pública» de Rawls que prescribe su concepción política de la justicia como planteamiento político de referencia. A través de esta idea, la convivencia se organiza por medio del acuerdo en los «valores políticos» para conformar la «estructura institucional», lo que supondría sentar las bases de los «términos equitativos de la cooperación» en contextos de «pluralismo razonable». Y es que este acuerdo solamente sería posible respecto del entramado institucional debido a que es en este y no en otro tipo de espacio donde «lo justo» debe de estar operativo. Que esta «estructura institucional» perdure y sea estable en el tiempo (y por ende una sociedad ordenada en su conjunto) depende, sustancialmente, de que el acuerdo sobre valores políticos razonables triunfe, lo que resultaría de una mezcla entre los intereses compartidos de los ciudadanos y los intereses personales de cada cual. Como es conocido, esos «valores políticos» vienen representados en el esquema rawlsiano por sus tres principios (principio lexicográfico de satisfacción de necesidades básicas, primer principio o de la libertad y segundo principio o de la diferencia), los cuales inspiran y determinan el conjunto de toda su teoría.

Coincido con De Lora en que la propuesta rawlsiana resulta muy sugerente como modelo o guía en sociedades democráticas liberales debido a que supone una visión proclive y una defensa del consenso y del acuerdo político (al menos en algún grado mínimo), por lo que sigue siendo un marco perfectamente legítimo sobre el que pretender organizar nuestras sociedades. Ahora bien, por todas las razones que he intentado ir exponiendo y remarcando a lo largo de este texto, considero que De Lora hace una interpretación (y uso) equivocada e inestable del pensamiento rawlsiano. El principal problema, como ya referí, aparece respecto de la consideración de los principios rawlsianos y, por ende, de su marco en general. Aunque diésemos por bueno, como así podría ser, el esquema rawlsiano de sus principios defendido en *El Liberalismo Político*, sostengo, siguiendo a Nussbaum, que habría dos ejes principales que debieran de reformularse y que, precisamente, han sido objeto de examen (aunque sea indirectamente) en el libro de De Lora.

En primer lugar, el tipo de sujeto o persona moral rawlsiana presente en la «posición original», esto es, en el marco de su contractualismo de raíz kantiana genera, a mi modo de ver, exclusiones inaceptables e indeseadas, tales como las de las mujeres, personas con discapacidad, los animales o la propia naturaleza³⁷; en segundo lugar, fruto de lo anterior, los «términos equitativos de la cooperación» resultan más centrados en el «beneficio mutuo», es decir, en la posibilidad de ser ciudadano (o un ente revelante [animales y naturaleza])³⁸ por aquello que se pudiese

³⁷ Esto no agota la lista de sujetos o entes que podrían sumarse a este momento contractualista. En este punto, como señalo, acudo al pensamiento de Nussbaum ya que ha sido ella la que ha «ampliado» el concepto de dignidad humana bajo un presupuesto estoico-marxista con el objetivo de poder incorporar a otros sujetos que, debido a los presupuestos kantianos basados en la valoración de la «simple capacidad de juicio moral» para asignar derechos, habían resultado excluidos a la hora de pensar y conformar el esquema de los derechos y de la «estructura institucional» en su conjunto. Sobre este punto, véase: Delgado Rojas (2021, pp. 158-161).

³⁸ Quisiera señalar que esta (posible) ampliación del catálogo de sujetos titulares de derechos no busca romper ni desvincularse de la tradicional «individuación» que le acompaña, sino, más bien, y como se recogió líneas arriba, abro la puerta a la consideración de un marco ampliado y complementario tanto de los derechos como de su esencia (lo humano, la dignidad humana, etc) con el objetivo de plantear un(

«ofrecer» a la sociedad que por el propio valor intrínseco (dignidad, compasión, solidaridad) de estos sujetos o entes (Nussbaum, 2007).

A mi modo de ver, el respeto, la garantía y la promoción del «pluralismo razonable» o del «pluralismo moral» se conservaría mejor si incorporásemos las visiones de aquellas personas o colectivos que han sido históricamente marginados y excluidos del ejercicio político y democrático en general³⁹, lo que resultaría en asumir, en primer lugar, la garantía de un núcleo central de bienes, recursos, necesidades, capacidades, intereses o valores como base para la salvaguarda de la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad y de (posibles) acuerdos democráticos. Para ello, definiendo, precisamos de un enfoque centrado más en la solidaridad y la compasión que en el simple beneficio mutuo. Una «moral crítica», indudablemente, se vería reforzada bajo estos presupuestos.

Bibliografía

- Anderson, E. (1999). *What is the Point of Equality?*. *Ethics*, 109 (2), 287-337. <https://doi.org/10.1086/233897>
- Abellán Artacho, P. (2019). Rousseau, democracy, and his ideological intentions: conceptual arrangements as political devices. *Revista de Estudios Políticos*, 186, 45-71. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.186.02>
- Acemoglu, D. y Robinson, J. A. (2014). *Por qué fracasan los países. Los orígenes del poder, la prosperidad y la pobreza*. Booket.
- Castel, R. (1997). *La metamorfosis de la cuestión social*. Paidós.
- Cohen, G. A. (2001). *Si eres igualitarista, ¿cómo es que eres tan rico?* Paidós.
- Constant, B. (2019). *La libertad de los modernos*. Alianza editorial.
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre. Un desafío para la democracia*. Paidós.

posible) esquema en el que entes como la naturaleza o los animales no humanos pudieran tener derechos. Autores como Montalván Zambrano han dado algunas razones para que ello se produzca, tanto por razones estratégicas como sustantivas. Entre las primeras, apunta lo siguiente: «[...] la concesión de derechos a la Naturaleza requiere que un ser humano, un colectivo humano o una entidad humana ejerza su representación en los tribunales. La cuestión sobre quién debe representar a la Naturaleza en estos escenarios nos permite discutir la exclusividad atribuida al Estado en esta materia. [...] pensar los derechos de la Naturaleza como un imperativo de los derechos humanos, es pensar en un modelo de gobernanza ecológica, local y adaptativa»; y «[...] el concentrar en un único sistema los derechos de la Naturaleza y los derechos de los seres humanos permite evitar conflictos habituales entre jurisdicciones internacionales. [...] Así, enfrentarlos dentro de un mismo tribunal permite un diálogo más fructífero y una mirada más holística respecto de los bienes jurídicos en juego». Entre las segundas, anota que: «Bajo el ecocentrismo la Naturaleza tiene una visión dialéctica, esto es, [...] 1) no discute la existencia de intereses antropocéntricos, es más, los incorpora como parte de las relaciones que se dan en el mundo natural y, de la mano con lo anterior, 2) forma parte de su esencia la tensión entre el ser humano y el resto de la Naturaleza. [...] el ecocentrismo, sin desconocer al antropocentrismo, permite abrir las puertas a otro tipo de discusión en el Derecho, la política y la gestión, donde, en espacios de colisión entre intereses humanos y derechos de la Naturaleza, ya no sea necesario «demostrar que preservar montañas o selvas es útil para el ser humano, o es rentable para las empresas, sino que las fundamentaciones por su valoración intrínseca serán tan importantes como los análisis costo-beneficio de los economistas. [...] En suma, se propone redefinir aquello que entendemos por lo «humano». [...] Dentro de esta nueva posible fundamentación de los derechos humanos, la Naturaleza es un bien en sí mismo porque es un «otro» con el cual me defino. No es ajena a mí, me constituye y construye desde su otredad. Respetar sus intereses, sus fines, es, por tanto, respetar aquella parte de lo humano que se construye en el viaje conjunto con esos otros seres sintientes o no, que posibilitan las redes de vida en las que nos encontramos insertos». Por todo ello, véase: Montalván Zambrano (2023, pp. 263-266). De nuevo, agradezco a Jesús Ignacio Delgado Rojas por advertirme de los posibles riesgos, los peligros y las dudas acerca del reconocimiento de derechos a estos entes, lo que me ha llevado a intentar ahondar un poco más en tal posibilidad.

³⁹ Al estilo de como lo ha hecho, por ejemplo, Villoro (2000).

- De Lora, P. (2023). *Los derechos en broma. La moralización de la política en las democracias liberales*. Deusto.
- Delgado Rojas, J. I. (2021). *Ciudadanía liberal y moralismo legal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dworkin, R. (2003). *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*. Paidós.
- Gimeno Presa, M. C. (2022). *Derecho y Medio Ambiente en el Antropoceno*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Dianoia: anuario de Filosofía*, 55 (64), 3-25.
- Martínez Dalmau, R. (2018). ¿Han funcionado las Constituciones del nuevo constitucionalismo latinoamericano?. *Derecho y Sociedad*, (51), 191-205. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/20868>
- Merayo Fernández, R. (2024). A Study of the Case Law of the European Court of Human Rights on poverty. Conceptualization, the Human Rights Approach, and Case Analysis. *MPIL Research Paper Series*, No. 2024-07. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4740913
- Montalván Zambrano, D. J. (2020). Justicia ecológica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, 179-198. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5272>
- Montalván Zambrano, D. J. (2023). Redefiniendo lo Humano: la protección de la naturaleza en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En D. J. Montalván Zambrano e I. Wences (Eds.), *La justicia detrás de la justicia. Ideas y valores políticos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (259-284). Marcial Pons.
- Moyn, S. (2019). *No Bastan. Los Derechos Humanos en un Mundo Desigual*. Tirant Lo Blanch.
- Nussbaum, M. (2007). *Las Fronteras de la Justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Paidós.
- Pérez Dalmeda, M. E. y Chhabra, G. (2019). Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas. *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, 7 (1), pp. 7-27. <https://doi.org/10.5569/2340-5104.07.01.01>
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice. A revised edition*. Harvard University Press.
- Rawls, J. (2012). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Paidós.
- Rawls, J. (2016). *El Liberalismo Político*. Booket.
- Sen, A. (1990). *Poverty and Famines. An Essay on Entitlement and Deprivation*. Oxford University Press.
- Sen, A. (2021). *Nuevo examen de la desigualdad*. Alianza editorial.
- Villoro, L. (2000). Sobre el principio de la injusticia: la exclusión (VIII Conferencias Aranguren, 1999). *Isegoría*, (22), 103-142. Disponible en: <https://doi.org/10.3989/isegoria.2000.i22.524>
- von Bogdandy, A. (2015). Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, (34), 3-50. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337640285001>
- von Bogdandy, A. y Urueña, R. (2020). Comunidad de práctica en derechos humanos y constitucionalismo transformador en América Latina. *Anuario de Derechos Humanos*, N° especial, pp. 15-34.
- Young, I. M. (2012). *Responsabilidad por la justicia*. Morata.