



eunomia
Revista en Cultura de la Legalidad

Número 27

noviembre 2024 – abril 2025

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 VILLAVERDE, Universidad Complutense de Madrid, España

TOMÁS VIVES ANTÓN, Universitat de Valencia, España ⌘

Consejo de Edición

GERMAN J. ARENAS ARIAS (COORD.), Universidad de Alcalá de Henares, España
RODRIGO MERAYO FERNÁNDEZ (COORD.), Universidad Carlos III de Madrid,
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
RUBÉN GARCÍA 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
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

Programa en Cultura de la Legalidad
Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia
Universidad Carlos III de Madrid
Calle Madrid 126-128
28903 Getafe (Madrid)
eunomia@uc3m.es

ÍNDICE

Presentación

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

Estudios

<i>La crítica de Montaigne a la política maquiavélica</i> Catherine Zuckert	10
<i>El blanqueo del producto de la violación empresarial de derechos humanos. Prohibición y criminalización</i> Jacobo Dopico Gómez-Aller	32
<i>Corrupción, Estado y la clase capitalista global. Apuntes para un cambio de perspectiva</i> Clara Navarro Ruiz	55
<i>Una im-posibilidad legal. El Territorio-ser viviente, víctima del conflicto armado colombiano. Algunas reflexiones desde un diálogo colaborativo interdisciplinar</i> Belkis Florentina Izquierdo Torres y Lieselotte Viaene	72
<i>Nuevos retos para los derechos sexuales y reproductivos. La emergencia de los neoconservadurismos religiosos en la OEA</i> María Angélica Peñas Defago	102

Foro y ágora

<i>Perspectiva comparada del acceso ciudadano a los servicios digitales en América Latina. Entre el derecho fundamental, el servicio público y la cuestión de la eficacia</i> Alexandra Molina Dimitrijevič	120
<i>La inteligencia artificial y el fin del Estado Constitucional y la Democracia... ¿o no?</i> Eduardo Martín Acosta Yparraguirre	137
<i>Los problemas ciber vistos desde el Derecho internacional. Un gran reto a enfrentar</i> Florabel Quispe Remón	155
<i>Aplicación de la Inteligencia Artificial a la toma de decisiones judiciales</i> Marta Cabrera Fernández	183
<i>Repensando la privacidad en la Ética de la IA. Perspectivas desde el feminismo y de la teoría decolonial</i> Jonathan Piedra Alegría	201

Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Activismo judicial</i> Fabio Enrique Pulido-Ortiz	217
<i>Capacidad institucional</i> Ricardo García-Vegas	236
<i>Protocolo Adicional número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (el protocolo del diálogo)</i> Luis Antonio Corona Macías	260
<i>Control parlamentario</i> Yolanda Gómez Lugo	278
<i>Improbidad administrativa (Brasil)</i> Vanir Fridriczewski y Nicolás Rodríguez-García	297

Releyendo a...

<i>Catharine Macaulay Graham. Observaciones acerca de las reflexiones de Edmund Burke sobre la Revolución en Francia</i> Ricardo Hurtado Simó	324
<i>Observaciones acerca de las reflexiones de Edmund Burke sobre la revolución en Francia, en una carta al honorable Conde de Stanhope</i> Catharine Macaulay; traducción de Ricardo Hurtado Simó	336

Rincón de lecturas

DEBATIENDO

<i>Discutiendo con Juan Auz. Luchar contra el cambio climático en nombre de los derechos. ¿Qué lecciones desde el Sur Global?</i> Giacomo Palombino	364
<i>Discutiendo con Juan Auz. Desafíos del Litigio Climático con enfoque de Derechos Humanos</i> Digno José Montalván-Zambrano	375

BOOK FORUM

<i>Respuesta a las reseñas de Mark Coeckelbergh, Filosofía Política de la Inteligencia Artificial. Una Introducción</i> Mark Coeckelbergh	388
--	-----

LA TRIBU DEL JUNCO

<i>Ética jurídica y filosofía política. Homenaje Eusebio Fernández García</i> Jesús Ignacio Delgado Rojas	391
<i>Gustavo Zagrebelsky, La justicia como profesión</i> Fernando Babi Ruiz	400

Presentación

Foreword

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

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8997>

Hace ahora algo más de dos años trataba, en la presentación del número 22 de *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, el tema de la guerra. Estaba reciente la invasión rusa de Ucrania y sostenía, con diversos argumentos, la continuidad o vinculación esencial entre el fenómeno de la guerra y la temática de la corrupción. Efectivamente, la agenda oculta de la guerra encuentra muchas anotaciones apuntadas por distintas formas de corrupción y son legión los intereses ilegítimos e ilegales que empujan a que las bombas exploten y a que hagan lo que hacen las bombas: matar seres humanos. Ahora, quisiera volver a reparar en la guerra, pero ya no en su irremediable fangosa relación con la corrupción sino con un fenómeno más profundo y más perjudicial aún: la impunidad radical; la disolución de la legalidad.

En cada uno de los días en que escribo esta presentación, las noticias internacionales dan cuenta de la implacable masacre que se está perpetrando en Oriente Medio y las escandalosas cifras de muertos y heridos que impudicamente se arrojan, (me) producen esa inconfundible mezcla de congoja y repugnancia que genera la crueldad incontrolada. Confío en que el lector sufra emociones similares, pero, sin embargo, no es esa dimensión moral la que aquí quisiera destacar, sino la dimensión jurídica que le subyace. Se están desperdiciando los avances que la creación de una legalidad internacional había ido configurando durante décadas y se está haciendo, precisamente, por la indulgencia de los países que habían dicho defender los valores de la paz. Kant, en el archiconocido § 62 de la *Metafísica de las Costumbres* (p. 192), sostenía que «esta idea racional de una comunidad *pacífica* universal, aunque todavía no amistosa, formada por todos los pueblos de la tierra que pueden establecer relaciones efectivas entre sí, no es algo filantrópico (ético), sino un principio *jurídico*». Esta es la idea de una Comunidad Internacional regulada por leyes que garanticen la paz. Son legión los casos en que la paz ha sido violada en medio del desprecio de las sociedades no beligerantes y van a la par los casos en que el orden jurídico internacional ha exhibido una lamentable impotencia para evitar o controlar los conflictos armados.

Sin embargo, a pesar de todos ellos, es necesario reparar en que desde la Segunda Guerra Mundial se ha realizado un esfuerzo de institucionalización de la Comunidad Internacional que ha sido remarcable. Creo que, con cierta perspectiva, la reciente aparición de instituciones judiciales como la Corte Penal Internacional, o el sistema africano de protección de los derechos humanos, así como el reforzamiento del Tribunal Internacional de Justicia de la Haya y la hasta hace poco inimaginable



expansión del sistema europeo de protección de los derechos humanos, así como la del sistema interamericano, han supuesto avances significativos. Asimismo, el desarrollo de una enorme multiplicidad de pactos internacionales sobre Derechos Humanos y de agencias internacionales con competencia correlativa han propiciado un incremento de la influencia de los organismos de Naciones Unidas sobre estas materias. Otro tanto se puede señalar de instituciones regionales como el Consejo de Europa u otras organizaciones como la OSCE, la OCDE o la OIT. Todos estos ejemplos de institucionalización de la Comunidad Internacional no esconden, como decía, la impotencia que el Derecho internacional ha exhibido, lamentablemente, en muchas ocasiones para mantener la paz. Sin embargo, en estos momentos, esta impotencia es grosera e inaceptable. La dimensión de mayor gravedad radica en que, precisamente, los países democráticos se encuentran entre aquellos que están haciendo gala de un cinismo inmoral; aquellos que dicen defender el kantiano principio jurídico de una comunidad pacífica universal son quien dañan o dejan dañar irreparablemente a todo este entramado institucional. Sintetizo con un ejemplo. El pasado día 24 de septiembre, en la apertura del Debate General del 79º período de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, su secretario general, António Guterres, denunciaba que «el nivel de impunidad en el mundo es políticamente indefendible y moralmente intolerable. Hoy, un creciente número de gobiernos y similares sienten que disponen de carta blanca para hacer lo que quieran» (p. 2). La consecuencia es haber podido ser declarado persona *non grata* sin que ello haya suscitado una reacción masiva por parte de los estados democráticos contra ello. Este consentimiento de los miembros democráticos –de, como decía Kant, la comunidad pacífica universal– sobre la impunidad en la violación de la ley internacional más elemental supone la dilución de la institucionalidad más básica: quizá el más terrible fracaso del valor más primordial que debe defender una cultura de la legalidad.

Entregamos un nuevo número de la revista y mantenemos su estructura acostumbrada. La sección de **Estudios** publica cinco trabajos con los que pretendemos mantener la pluralidad de enfoques concurrentes en la Cultura de la Legalidad. El primero de ellos tiene como autora a la profesora estadounidense de ciencia política de la Universidad de Notre-Dame, Catherine Zuckert, y desarrolla un ensayo comparativo de la idea de integridad personal en Maquiavelo y Montaigne. El segundo reporta una aproximación jurídico penal sobre determinadas dimensiones del blanqueo de la mano del profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, Jacobo Dopico. El tercer estudio corresponde a la filósofa de la Universidad Complutense, Clara Navarro y elabora un ensayo sobre la corrupción en el desarrollo del capitalismo globalizado. La cuarta aportación corresponde a la vicepresidenta de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia, Belkis Florentina Izquierdo Torres y a la antropóloga flamenco belga Lieselotte Viaene y elabora la propuesta de configurar como víctima del conflicto armado al territorio. Finalmente, en el quinto trabajo, María Angélica Peñas analiza los neoconservadurismos religiosos sobre los derechos sexuales en el marco de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En definitiva, variedad metodológica, variedad ideológica, variedad temática y variedad de marcos de análisis: piezas diferentes para un puzzle compartido.

La sección de **Foro y ágora** presenta, por el contrario, un aire de familia monográfico aunque, nuevamente, se reitera la pluralidad de enfoques. El tema que subyace a todas las aportaciones es el de la Inteligencia Artificial y se aborda desde la perspectiva comparada del derecho de acceso a internet y a los servicios digitales por parte de Alexandra Molina; su relación con el estado constitucional, por parte de Eduardo Martín Acosta; su relación con el derecho internacional, por parte de Florabel

Quispe; su relación con la actividad judicial, por parte de Marta Cabrera y, finalmente, una mirada ética por parte de Jonathan Piedra.

La sección de **Voces de Cultura de la Legalidad** presenta un marcado carácter jurídico y recoge el trabajo de Pulido-Ortiz sobre la idea de *activismo judicial*. García-Vegas depura el concepto de *capacidad institucional* y el mexicano Luis Corona expone las peculiaridades que en el Sistema Europeo de Derechos Humanos habilita el nuevo Protocolo Adicional 16 para favorecer el dialogo institucional entre tribunales nacionales y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La constitucionalista Yolanda Gómez desarrolla el concepto de control parlamentario y los procesalistas salmantinos Vanir Fridriczewski y Nicolás Rodríguez-García exponen la idea de *Improbidad administrativa* con referencia fundamentalmente al sistema brasileño.

El **Releyendo a...** recoge las reflexiones de la historiadora y filósofa inglesa Catharine Macaulay en torno al más famoso trabajo de Edmund Burke sobre la Revolución francesa. El carácter heterodoxo y radical de la autora anuncia una clara colisión ideológica con la prudencia conservadora del irlandés. El profesor de la Universidad de Sevilla, Ricardo Hurtado Simó, además de una traducción impecable, contextualiza esta confrontación teórica y expone las características centrales de la autora.

Finalmente, el **Rincón de lecturas** mantiene su estructura tripartita. El **Debatiendo** suscita las observaciones críticas que merecen a Giacomo Palombino y a Digno Montalván el trabajo de Juan Auz que publicamos en el número anterior de la revista sobre el papel del litigio estratégico en el contexto del cambio climático. El **Book Forum** recoge la contestación que formula el hoy célebre profesor Mark Coeckelbergh a las críticas y comentarios de los profesores Manuel Arias Maldonado y J. Ignacio Criado que fueron publicados también en el número anterior sobre su libro relativo a la filosofía política y la Inteligencia Artificial. Finalmente, **La tribu del junco** recoge la relación que Jesús Ignacio Delgado hace del Homenaje que recibió el profesor Eusebio Fernández el pasado día 3 de julio en la Universidad Carlos III de Madrid con ocasión de su jubilación. Asimismo, incorpora la amplia nota crítica que Fernando Babi hace del reciente trabajo de Gustavo Zagrebelsky sobre el jurista.

En definitiva, entregamos al lector un nuevo número de la revista y lo hacemos, como advertimos en el último número, con la nueva periodicidad de noviembre a abril en el número de invierno. Agradezco, como siempre, el generoso trabajo de todos los que hacemos *Eunomía* de una forma desinteresada y espero que el resultado sea útil al investigador y ameno y enriquecedor al lector.

Bibliografía

Kant, I. (2008). *La metafísica de las costumbres*. Estudio preliminar de Adela Cortina Orts; traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. Tecnos, 4ª ed. reimp. 2008.

Guterres, A. (24/09/2024). *Declaración del Secretario General de las Naciones Unidas en el 79ª periodo de Sesiones de la Asamblea General*. Accesible en: https://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/79/unsg_fl.pdf



La crítica de Montaigne a la política maquiavélica*

Montaigne's Critique of Machiavellian Politics

Catherine Zuckert**

University of Notre Dame

Catherine.Zuckert.2@nd.edu

Cita recomendada:

Zuckert, C. (2024). La crítica de Montaigne a la política maquiavélica. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 10-31

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8998>

Recibido / received: 13/12/2023
Aceptado / accepted: 01/03/2024

Resumen

La crítica de Montaigne a la política maquiavélica no ha recibido la atención que merece, ya que no identifica explícitamente el objetivo de su crítica en muchos de los comentarios dispersos a lo largo de sus *Ensayos*, que abarcan mil páginas. En este artículo recopilo esos comentarios dispersos para demostrar que, a diferencia de la mayoría de los críticos de su tiempo y posteriores, Montaigne no critica la educación que Maquiavelo ofrece a los líderes políticos, principalmente por ser inmoral e irreligiosa. Montaigne sostiene que los líderes que siguen el consejo de Maquiavelo de mentir constantemente, entender la política esencialmente como una forma de lucha y buscar la gloria destruyendo las instituciones y leyes establecidas para fundar 'nuevos modos y órdenes' no están en condiciones de lograr ni sus objetivos políticos ni sus metas privadas e individuales.

Palabras clave

Montaigne, Maquiavelo, mentira en política, educación de los dirigentes políticos, consecuencias destructivas de las innovaciones políticas.

Abstract

Montaigne's critique of Machiavellian politics has not received the attention it deserves, because he does not label the target of his criticism in many comments scattered through his thousand-page Essays. In this article I collect those scattered comments to show that, unlike most other critics at his time and later, Montaigne does not fault the education Machiavelli offers political leaders primarily for being immoral and irreligious. He contends that leaders who follow Machiavelli's advice to lie constantly, understand politics essentially as a form of fighting, and

* Traducción de David García García.

** Catedrática Emérita Reeves Dreux de Ciencia Política.

attempt to win glory by destroying established institutions and laws in order to found “new modes and orders” are not apt to achieve either their political or their private, individual goals.

Keywords

Montaigne, Machiavelli, lying in politics, education of political leaders, destructive consequences of political innovations.

SUMARIO. 1. Introducción. 1.1. Contexto histórico. 2. Sobre la necesidad de mentir en política. 2.1. La crítica de Montaigne a la «nueva virtud de fingimiento y disimulo». 2.2. La verdad es un componente elemental de la virtud y el fundamento de la sociedad humana. 2.3. Algunas mentiras en política son necesarias. 2.4. Esa es una razón para no aspirar a un cargo político. 3. Cómo debe ser educado un líder político. 3.1. Los atractivos del poder. 3.2. Para Maquiavelo, un príncipe sólo necesita aprender el ‘arte de la guerra’. 3.3. Según Montaigne, un gran líder político debe ser algo más que un general conquistador. 3.4. Conseguir la gloria no es un objetivo razonable. 3.5. La necesidad de aprender a juzgar el carácter de otros. 3.6. La novedosa propuesta educativa de Montaigne. 3.7. Los seres humanos deberían aspirar a vivir de la forma más libre y fácil posible. 3.8. Evitar dañar a otros en lugar de intentar beneficiarlos positivamente. 3.9. Cómo educaría Montaigne a su príncipe. 4. Sobre las consecuencias destructivas de la innovación política. 4.1. Elogio de Maquiavelo a los fundadores de ‘nuevos modos y órdenes’. 4.2. El énfasis de Montaigne en la importancia de mantener hábitos respetuosos de la ley. 4.3. El fundador de ‘nuevos modos y órdenes’ maquiavélico utiliza necesariamente medios crueles. 4.4. Tanto Maquiavelo como Montaigne critican las ‘repúblicas y principados imaginarios’. 4.5. La maleabilidad de la naturaleza humana y el poder de la costumbre. 4.6. Lo que Maquiavelo pasó por alto. 5. Conclusión: Lo que podemos aprender hoy de Montaigne.

1. Introducción

En un ensayo que se ha convertido en un clásico moderno, Michael Walzer ha revivido la infame afirmación de Maquiavelo según la cual, para tener éxito, los actores políticos tienen que cometer actos inmorales (Walzer, 1973)¹. Walzer reprocha a Maquiavelo no haber tenido en cuenta el sufrimiento que padecen las personas buenas que entran en política para hacer el bien cuando descubren que tendrán que utilizar medios inmorales para alcanzar sus objetivos. Pero no considera que el relato de Max Weber sobre el carácter trágico de la acción política compense el sufrimiento que pueden padecer las numerosas víctimas de esa acción. Y concluye que existe una brecha irremediable entre la política y la moral. La mentira en política no tiene fin. Dado que la gloria y el poder son los mayores honores que los seres humanos pueden conceder a otros, la competencia por ellos siempre será feroz. Lo más que podemos

¹ Michael Walzer apela explícitamente a un sentido popular de la moralidad que considera mentir, traicionar y matar a otros como actos inmorales, así como a la comprensión común de la afirmación de Maquiavelo en *El Príncipe* (capítulo 15) de que un ‘príncipe’ (también conocido como actor político) necesita saber ser capaz de no ser bueno. Comentaristas recientes (e.g. Benner, 2016; McCormick, 2018; Zuckert, 2017, pp. 41-107) han matizado la interpretación simplemente inmoral del consejo de Maquiavelo enfatizando su intento de persuadir a los líderes políticos para que satisfagan su propio deseo de mantener su poder satisfaciendo los deseos de su pueblo.

[Nota del Traductor (NT)] Hay versión española del trabajo de Walzer, M. (2010). *Las manos sucias y la acción política*. *Claves de Razón Práctica*, 201, 38-48.

hacer es no alabar a los peores delincuentes, a menos que sus logros nos hagan olvidar sus crímenes. Sin embargo, eso es exactamente lo que Maquiavelo instaba a sus jóvenes lectores políticamente ambiciosos a conseguir siguiendo los ejemplos de «profetas armados» como Rómulo y Moisés.

En sus *Ensayos*, Michel de Montaigne plantea una crítica mucho más contundente a la interpretación popular 'realista' de los consejos de Maquiavelo. Su respuesta no es muy conocida, pues está enterrada en un enorme libro de ensayos actualmente reconocidos más por su mérito literario que filosófico o político². Sin embargo, en una época en la que los líderes políticos afirman abiertamente lo que saben que no es cierto para ganar apoyo público, sus argumentos merecen ser desenterrados y resucitados, ya que se refieren no solo a la moralidad, sino también a la eficacia de la mentira en la política.

1.1. Contexto histórico

Montaigne escribió y publicó sus *Ensayos* en una época en la que se creía que el pensamiento de Maquiavelo había tenido una gran influencia en Francia³. *El Príncipe* había circulado ampliamente por Europa en forma de manuscrito antes de ser publicado póstumamente con el permiso de la Iglesia en 1532; pero posteriormente había sido incluido en el *Index Librorum prohibitorum* en 1559. Este hecho no impidió que protestantes y católicos moderados pensaran que la Reina Madre, Catalina de Médici, había persuadido a su hijo, Carlos IX, para que, basándose en principios maquiavélicos⁴, ordenara la matanza de todos los protestantes durante la masacre del día de San Bartolomé en 1572.

² Descartes, Locke y Rousseau leyeron y respondieron a Montaigne. A partir de finales del siglo XIX, los escritos de Montaigne se consideraron literarios. Pero la importancia política y filosófica de los *Essais* está siendo reconocida de nuevo por estudiosos como Biancamaria Fontana, *Montaigne's Politics* (2008), Ann Hartle, *Michel de Montaigne: Accidental Philosopher* (2003) y *Montaigne and the Origins of Modern Political Philosophy* (2013), Alan Levine, *Sensual Philosophy: Toleration, Skepticism, and Montaigne's Politics of the Self* (2001), Alexander Nehemas, *The Art of Living* (1999), David Quaint, *Montaigne and the Quality of Mercy: Ethical and Political Themes in the Essais* (1998), Richard Rorty, *Contingency, Irony, Solidarity* (1989) [NT: existe traducción al español (1991) con el título *Contingencia, ironía y solidaridad*. Paidós], David Lewis Schaefer, *The Political Philosophy of Montaigne* (1990), Judith Shklar, *Ordinary Vices* (1984) [NT: existe traducción al español (1997) con el título *Vicios cotidianos*. Fondo de Cultura Económica], Michael Allen Gillespie, *Montaigne's Humanistic Liberalism* (1985), Benjamin Storey y Jenna Silber Storey, *Why We are Restless: On the Modern Quest for Contentment* (2021).

³ El índice de *The Complete Essays of Montaigne*, traducción a cargo de Donald M. Frame (1957, xix-xxiv), ofrece fechas aproximadas para la composición de los textos incluidos en los dos primeros libros de los *Ensayos*, entre 1572 y 1580, y publicados juntos por primera vez en 1580; y de los ensayos incluidos en un tercer libro añadido en la edición de 1588, entre 1585 y 1588.

[NT] Todas las referencias en el original de Zuckert corresponden a la traducción de Donald M. Frame (1957). En algunos casos, la autora ha revisado ligeramente la traducción de Frame basándose en la edición francesa de Michel Eyquem de Montaigne, *Les Essais*, realizada por Pierre Villey y Verdun Louis Saulnier [edición en línea de P. Desan disponible en <https://www.lib.uchicago.edu/efts/ARTFL/projects/montaigne/>]. Para esta traducción se ha utilizado la edición en tres volúmenes (I, II, III) de María Dolores Picazo y traducción de Almudena Montojo en editorial Cátedra (2022, 2002a, 2002b respectivamente), indicando allí donde hay diferencias relevantes y manteniendo a continuación y entre corchetes las referencias a las ediciones utilizadas por Zuckert, Frame primero y Villey-Verdun, después. Sobre la influencia de Maquiavelo en Francia en aquella época, véase Vickie B. Sullivan, *The Greatness of Machiavelli and the Despotism of His Politics-Both Princely and Republican* (2017, 23-49).

⁴ John Dalberg-Acton escribe: «Cuando el rey de Francia decidió matar a todos los protestantes, se vio obligado a hacerlo por sus propios agentes. En ninguna parte hubo en tal sentido un movimiento espontáneo de la población, y en muchas ciudades y en provincias enteras los magistrados se negaron a obedecer. Las motivaciones de la corte estaban tan lejos del puro fanatismo que la reina inmediatamente retó a Isabel a que hiciera lo mismo con los católicos ingleses» (1907, pp. 43-44).

[NT]: Existe traducción al español en *Ensayos sobre la libertad y el poder*. Unión Editorial, Presentación, traducción y edición al cuidado de Paloma de la Nuez (2011, p. 98).

En sus *Ensayos*, Montaigne sólo se refiere a Maquiavelo por su nombre en dos ocasiones (*II*, c. XVII, p. 388 [497]; [655]; *II*, c. XXXIV, p. 472 [556]; [736]). En ambos casos parece discrepar ligeramente y sólo de pasada, pero hay muchas más referencias implícitas a los argumentos de Maquiavelo y los desacuerdos de Montaigne con ellos resultan ser más profundos y extensos⁵. Si hubiera censurado explícitamente a Maquiavelo como un maestro diabólico de tiranos, de la manera en que lo hizo Innocent Gentillet en su *Anti-Machiavel* (ed. orig. 1576), se habría identificado más firmemente de lo que deseaba con los hugonotes⁶. Era amigo de su vecino, Enrique de Navarra, antes de que éste se convirtiera al catolicismo para poder ser rey de Francia, y algunos miembros cercanos de su familia eran protestantes; sin embargo, Montaigne culpaba a los protestantes de fomentar las guerras religiosas e insistía en que moriría tal como había nacido, católico. Al igual que Gentillet, Montaigne rechaza buena parte del consejo que Maquiavelo ofrece a los aspirantes a príncipes, pero no lo hace por las mismas razones. De hecho, Montaigne coincide en gran medida con Maquiavelo sobre las necesidades de la política, pero extrae conclusiones muy diferentes a partir de sus ideas compartidas. En particular, Montaigne rechaza los efectos disfuncionales del respaldo de Maquiavelo a la necesidad de mentir en política, su afirmación de que la única educación que un príncipe requiere es en el arte de la guerra, y su fomento de los intentos de fundar 'nuevos modos y órdenes'. En el fondo, Montaigne considera que Maquiavelo parece afirmar que los seres humanos pueden conocer y controlar los efectos de sus acciones más de lo que realmente es posible. Como resultado, su consejo a los príncipes ha demostrado ser disfuncional y destructivo para la política, privando tanto a los gobernantes como a sus pueblos de la paz y la tranquilidad que podrían haber disfrutado.

2. Sobre la necesidad de mentir en política

2.1. La crítica de Montaigne a la «nueva virtud de fingimiento y disimulo»

Montaigne declara odiar «esa nueva virtud de fingimiento y disimulo que está ahora tan acreditada». No conoce ningún vicio

que revele tanta cobardía y tan bajo corazón. Es cobarde y servil talante el ir a disfrazarse y a ocultarse tras una máscara, sin osar darse a conocer tal y como es. Así se adiestran muchos hombres en la perfidia: estando hechos a proferir falsas palabras, no les remuerde la conciencia si faltan a ellas. (*Ensayos II*, c. XVII, p. 379 [491]; [648])

Ignora

qué beneficio esperan conseguir fingiendo y disimulando sin cesar, a no ser el de no ser creídos cuando digan verdad; pueden así engañar a los hombres una o dos veces; mas preciándose de estar siempre encubiertos y jactándose, como hicieron algunos de nuestros príncipes [...] asegurando que quien no sabe fingir no sabe reinar, solo consiguen alertar a aquellos que con ellos han de tratar de que no dicen sino mentira y engaño. (*Ensayos II*, c. XVII, p. 380 [491]; [648])

⁵ Hugo Friedrich también sostiene que las referencias de Montaigne a Maquiavelo van más allá de las dos objeciones explícitas (1949, pp. 230-235). A diferencia de Maquiavelo, señala Friedrich, Montaigne no predica la política del poder ni la inmoralidad; pero con respecto a la práctica es lo bastante inteligente como para reconocer que «nuestra mísera condición nos empuja a menudo a esta necesidad de utilizar malos medios para un buen fin» (*Ensayos II*, c. XXIII, p. 418 [518] [684]).

⁶ Gentillet fue un predicador protestante que publicó *Anti-Machiavel* en 1576, después de haber dejado Francia para vivir en Ginebra.

Aunque no se refiera expresamente a Maquiavelo, Montaigne parece tener en mente al autor de *El Príncipe* cuando escribe que

Aquellos que en estos tiempos han considerado, al establecer los deberes de un príncipe, únicamente el bien de sus asuntos, anteponiéndolo al cuidado de su fe y de su conciencia, aportarían algo a un príncipe cuya fortuna hubiere llevado a sus asuntos a tal punto que pudiera resolverlos para siempre faltando una sola vez a su palabra⁷. (II, c. XVII, p. 381 [492]; [649])

Sin embargo, objeta, «no ocurre así». Un príncipe que se beneficia de un acto perverso –sacrilegio, asesinato, rebelión, traición o incumplimiento de su palabra– tiene tendencia a repetirlo en busca de ganancias adicionales. Y, si lo hace, será excluido «de todo acuerdo y de todo medio de negociar a causa del ejemplo de esa infidelidad» (II, c. XVII, p. 381 [492]; [649]).

Maquiavelo comprende la tendencia de los gobernantes que toman el poder reprimiendo violentamente a sus súbditos a continuar utilizando esos medios despreciables, lo que provoca el odio y la oposición de su pueblo; por ello, distingue entre el «buen uso» de la crueldad, cuando ésta se ejerce de una sola vez, y el «mal uso» de la crueldad, cuando es ejercida repetidamente (*El príncipe*, c. VIII, p. 30 [37-38])⁸. Sin embargo, al discutir «de qué modo deben los príncipes mantener su palabra» (c. XVIII), insiste en que un príncipe nunca carece de causas legítimas para justificar el incumplimiento de la palabra dada. Al distinguir entre el uso de la fuerza y de las palabras, Maquiavelo declara célebremente:

hay dos modalidades de combate: con las leyes, uno; con la fuerza, el otro. La primera es propia del hombre, la segunda, de las bestias; mas al no ser a menudo suficiente la primera, [...] un príncipe requiere, por tanto, saber usar bien de la bestia y del hombre;

y al usar la bestia, «secundar a la zorra y al león, porque el león no se defiende de las trampas, ni la zorra de los lobos» (*El príncipe*, c. XVIII, p. 58 [69]).

Maquiavelo no aconseja a los aspirantes a príncipes para quienes escribe que declaren abiertamente que mienten, por supuesto. Al contrario, insiste en la necesidad de que los príncipes parezcan misericordiosos, fieles, humanos, honestos y, ante todo, religiosos. Sin embargo, sostiene que «un príncipe, máxime si se trata de un príncipe nuevo, ... con frecuencia se requiere, para mantener el Estado, obrar contra la lealtad, contra la compasión, contra la humanidad, contra la religión» (*El príncipe*, c. XVIII, p. 59 [70]).

2.2. La verdad es un componente elemental de la virtud y el fundamento de la sociedad humana

En oposición a esta malvada doctrina, Montaigne declara que la verdad «es aspecto primero y fundamental de la virtud» (*Ensayos II*, c. XVII, p. 380 [491]; [648]). «Al realizarse nuestro entendimiento únicamente por medio de la palabra», explica,

⁷ En su edición, D. Frame añade una nota a pie de página explicando que «aquellos» hace referencia a Maquiavelo y sus discípulos (Montaigne, 1957, p. 492, n. 3).

⁸ [NT] En el original de Zuckert todas las referencias a *El príncipe* de Maquiavelo corresponden a la traducción de Harvey C. Mansfield (1998, 2nd ed.). Para esta traducción se ha utilizado la edición en Editorial Gredos (2011) con traducción de Antonio Hermosa Andújar y estudio introductorio de Juan Manuel Forte Monge, manteniendo a continuación y entre corchetes las referencias a la edición utilizada por Zuckert.

Aquel que falsea traiciona la relación pública. Es el único instrumento mediante el cual se comunican nuestras voluntades y nuestros pensamientos [...]. Si llega a faltarnos, dejamos de sostenernos, dejamos de conocernos entre nosotros» (*Ensayos II*, c. XVIII, p. 401 [505]; [666-7]).

2.3. Algunas mentiras en política son necesarias

Sin embargo, Montaigne reconoce repetidamente que es imposible que alguien que no está dispuesto a engañar a la otra parte participe eficazmente en negociaciones políticas. Aunque los primeros senadores romanos y en la temprana república florentina consideraban deshonoroso atacar a un enemigo sin advertirle previamente, da cuenta de que los dirigentes de Esparta y Roma comprendieron que no tenía sentido pensar que era permisible aprovecharse de la cobardía de sus enemigos, pero no de su estupidez. Y en su propio nombre declara: «tiene la guerra naturalmente muchos y lógicos privilegios en detrimento de la razón» (*Ensayos I*, c. VI, p. 67 [18]; [28-9]). «No quiero —explica Montaigne— quitarle al engaño su mérito, sería no entender el mundo; sé que a menudo ha servido provechosamente y que sostiene y alimenta la mayoría de las ocupaciones de los hombres» (*Ensayos III*, c. I, p. 16 [604]; [795-796]). Está justificado que un príncipe se desvíe de su palabra cuando alguna circunstancia urgente o un accidente repentino e inesperado de necesidad estatal lo requiera; sin embargo, Montaigne insiste en que un príncipe no puede mentir continuamente o por razones insignificantes. Mentir repetidamente no solo destruye la confianza que sus aliados y súbditos tienen en el cumplimiento de sus promesas, sino que también destruye la comprensión compartida que hace posible cualquier comunidad o comunicación. Ninguna utilidad privada, sostiene Montaigne, justifica que una persona traicione su propia palabra. Al romper nuestras promesas, no solo violamos nuestra propia conciencia, sino que también nos excluimos de la comprensión compartida que constituye la comunidad en la que nos encontramos⁹.

Al igual que Maquiavelo, Montaigne reconoce la necesidad de que un príncipe mienta; pero a diferencia de Maquiavelo, que sostiene que la necesidad y la posibilidad de que el príncipe mienta es constante, Montaigne enfatiza la necesidad de que esas mentiras sean pocas, raras y en beneficio público. Para los particulares,

⁹ La concepción que tiene Montaigne de la 'conciencia' es compleja. Al describir el poder de la costumbre en la vida humana y explicar la gran variedad de prácticas observadas en diferentes épocas y lugares, Montaigne afirma que «nada hay que no haga o pueda [...] Nacen de la costumbre las leyes de la conciencia que decimos nacer de la naturaleza; sintiendo íntima veneración por las ideas y costumbres recibidas y aprobadas en derredor, nadie puede desprenderse de ellas sin remordimientos, ni aplicarse a ellas sin aplauso» (*Ensayos I*, c. XXIII, p. 165 [83]; [115]). Montaigne trata la religión consistentemente como una cuestión de costumbre. Sin embargo, imagina una forma novedosa de educación para niños, en la cual tutores individuales los harían capaces de cuestionar la bondad de las opiniones y costumbres de su entorno al exponerlos a la mayor variedad posible de personas y obligarlos a comparar y juzgar los usos y méritos relativos de diversas formas de vida (*Ensayos I*, c. XXVI). Al argumentar que un hombre sabio, si puede —como lo hizo Montaigne—, elegirá una vida de soledad, señala que «lo más grande del mundo es saber pertenecerse, ... que se mime y halague y sobre todo se gobierne respetando y temiendo su razón y conciencia, de tal modo que no pueda tropezar ante ellas sin avergonzarse» (*Ensayos I*, c. XXXIX, p. 306 [178]; [242]). «Hemos de ir a la guerra porque es nuestro deber, y esperar de ello esta recompensa que no puede faltar a ninguna bella acción por oculta que esté, ni siquiera a los pensamientos virtuosos: la satisfacción que una conciencia bien ordenada obtiene al obrar bien. [...] Mucho más grande y digno de ser deseado y esperado es este provecho, que el honor y la gloria, que no es más que un juicio favorable que se hace sobre nosotros» (*Ensayos II*, c. XVI, p. 351-352 [472]; [623]). Al identificar a los tres hombres más excelentes que conoce, Montaigne elogia a Epaminondas más que a Alejandro y César, a pesar de que sus hazañas bélicas no fueron tan frecuentes ni tan grandiosas como las de estos últimos, porque en «en cuanto a sus costumbres y a su conciencia, superó en mucho a todos cuantos se ocuparon alguna vez de intervenir en asuntos públicos» (*Ensayos II*, c. XXXVI, p. 496 [573]; [756]). Montaigne afirma que su «conciencia se contenta consigo misma, no como la conciencia de un ángel o de un caballo, sino como la conciencia de un hombre» (*Ensayos III*, c. II, p. 27 [612]; [807]). No parece que estas ideas estén arraigadas en creencias cristianas, aunque Montaigne afirma repetida y consistentemente aceptar la autoridad de la Iglesia Católica Romana.

sin embargo, Montaigne considera que esta necesidad de mentir es una razón para no participar en negociaciones o tratos políticos.

2.4. Esa es una razón para no aspirar a un cargo político

En desacuerdo con la afirmación de Cicerón en *De Officiis* de que lo honorable es lo útil y lo útil, honorable, Montaigne reconoce que en toda sociedad política existen tareas deshonrosas que deben realizarse –como la del verdugo, por ejemplo–. Sin embargo, insiste en que la utilidad del trabajo no exige que ningún individuo en particular lo asuma: «No todo le está permitido a un hombre de bien por el servicio de su rey ni de la causa general y de las leyes» (*Ensayos III*, c. I, p. 24 [609]; [802]).

Montaigne admite que, en su juventud, estuvo tentado de dedicarse a la política; sin embargo, según cuenta, se desentendió a tiempo. Descubrió que no podía actuar según sus propios principios –tratando a todas las partes de manera franca, abierta y honesta– y, al mismo tiempo, complacer a quienes buscaban emplearlo. Por ello, dejó de buscar un empleo público y rara vez se le solicitó su servicio¹⁰. No quería sacrificar sus propios principios o propiedades con la esperanza de adquirir más reputación y riqueza sirviendo a otra persona. Aunque se felicita por haber dado la espalda a la ambición, sospecha que no fue tanto su resolución como su buena fortuna lo que le impidió seguir una carrera pública.

3. Cómo debe ser educado un líder político

3.1. Los atractivos del poder

Montaigne comprende los atractivos del liderazgo político. «El oficio más difícil y duro del mundo», escribe, «es hacer dignamente de rey». A la luz del terrible peso de la responsabilidad de un monarca, disculpa sus faltas más de lo que la gente suele hacer:

Es difícil tener moderación con poder tan desmesurado. De forma que, incluso para aquellos que son de naturaleza menos excelente, es singular incitación a la virtud el estar colocado en lugar en el que no hacéis ningún bien que no sea registrado y contado y en el que la mínima buena acción atañe a tantas gentes y en el que vuestra inteligencia [...] dirígete principalmente al pueblo, juez poco estricto, fácil de engañar y fácil de contentar. (*Ensayos III*, c. VII, p. 156-157 [700]; [917-8]).

¿Por qué, entonces, tan pocos gobernantes han satisfecho el deseo de su pueblo de que el príncipe demuestre su humanidad, veracidad, lealtad, templanza y, sobre todo, justicia, pues «solo la voluntad del pueblo podrá favorecer sus intereses»? (*Ensayos II*, c. XVII, p. 379 [490]: [646]). Maquiavelo también sostenía que un príncipe

¹⁰ Montaigne no buscó cargos públicos, pero cuando se lo pidieron, prestó sus servicios. Cuenta a sus lectores que: «Elegiéronme alcalde de su ciudad los señores de Burdeos, estando alejado de Francia y aún más de tal idea. Excuséme de ello, mas dijéronme que hacía mal pues mediaban también órdenes del rey. Es un cargo que ha de parecer tanto más bello cuanto que no tiene más salario ni ganancia que el honor de su ejecución. Dura dos años, mas puede verse prolongado por una segunda elección, cosa que acontece muy raramente. Acontecióme a mí». A su llegada a Burdeos, les informó de que estaba «sin memoria, sin vigilancia, sin experiencia y sin vigor; sin odio también, sin ambición, sin avaricia y sin violencia; para que estuvieren informados e instruidos de lo que podían esperar de mis servicios. Y como sólo el conocimiento de mi difunto padre habíalos empujado a aquello, y el honor de su memoria, añadí harto claramente que mucho lamentaría el que cosa alguna hiciese tanta impresión en mi voluntad como habían hecho antes en la de él sus asuntos y su ciudad [...]. Recordaba haberlo visto de viejo, en mi infancia, con el alma cruelmente agitada por aquella preocupación pública, olvidándose del dulce aire de su casa, [...] y despreciando ciertamente su vida, la cual creyó perder, comprometido por ellos en largos y penosos viajes. (*Ensayos III*, c. X, p. 255-256 [768-69]; [1005]).

necesita parecer virtuoso, especialmente ante su pueblo. Y, al igual que Maquiavelo, sugiere Montaigne, los príncipes no han comprendido la necesidad de parecer, y mucho menos de ser, virtuosos porque no han recibido el consejo o la educación necesarios para gobernar bien. Tanto Maquiavelo como Montaigne advierten a sus lectores príncipes que no presten atención a la adulación de sus seguidores; ambos les instan a consultar solo con unos pocos asesores de confianza y a deliberar con ellos únicamente en privado. Ambos coinciden en que ningún príncipe debería permitir que un subordinado lo critique o corrija en público. Sin embargo, la educación que Montaigne propone difiere significativamente de la que se expone en *El Príncipe*.

3.2. Para Maquiavelo, un príncipe sólo necesita aprender el ‘arte de la guerra’

En *El Príncipe*, Maquiavelo argumenta que:

Un príncipe no debe tener otro objetivo ni más pensamiento, ni tomar otro arte como propio, aparte de la guerra, sus modalidades y dirección [...] no sólo mantiene [este arte] a quienes han nacido príncipes, sino que con frecuencia promueve a particulares hasta ese rango (c. XIV, p. 48 [58]).

Tal como Maquiavelo lo presenta en *El Príncipe*, ese arte implica el entrenamiento del cuerpo, el propio y el de sus hombres, así como el de la mente (c. XIV, p. 48-50 [58-60])¹¹. Para entrenar su mente, sostiene Maquiavelo, el príncipe no debe limitarse a «leer historia, poniendo especial atención a las acciones de los hombres eminentes» –como Maquiavelo cuenta que él mismo hizo en su carta a su amigo Francesco Vettori del 13 de diciembre de 1513–. Como algunos de los hombres excelentes del pasado, un príncipe debe encontrar a alguien que haya sido alabado y glorificado para imitarlo, «como se dice que hicieron Alejandro de Aquiles, César de Alejandro, Escipión de Ciro» (c. XIV, p. 49 [60]).

3.3. Según Montaigne, un gran líder político debe ser algo más que un general conquistador

Montaigne describe

cómo cuentan de muchos jefes guerreros que ciertos libros tuvieron gran autoridad sobre ellos: como los de Homero sobre Alejandro; los de Jenofonte sobre Escipión el Africano; los de Polibio sobre Marco Bruto; los de Felipe de Commines sobre Carlos V; y dicen que en esta época aún está Maquiavelo muy acreditado por ahí; más el difunto mariscal Strozzi, que había elegido por su parte a César, escogió sin duda mejor [...], en cuanto *verdadero y soberano patrón* del arte militar, [...] no hay escritos en el mundo que puedan compararse con los suyos en este aspecto. (*Ensayos II*, c. XXXIV, p. 472-473 [556]; [736]. Énfasis añadido).

El relato de Montaigne sobre los líderes que buscan en ciertos libros modelos a seguir es paralelo al de Maquiavelo en las dos primeras referencias a Alejandro y Escipión, pero omite deliberadamente a César y su admiración por Alejandro. Al afirmar que Alejandro y Escipión admiraban los escritos de los autores que describían las hazañas de Aquiles y Ciro, en lugar de a los héroes mismos, Montaigne recuerda a sus lectores que los actos de estos antiguos guerreros fueron registrados en obras semi-poéticas, no estrictamente históricas. Y al omitir el tercer ejemplo de Maquiavelo, la admiración de César por Alejandro, incluyendo la profesada por Marco Bruto sobre Polibio, Montaigne señala lo problemático no solo de César, sino también del consejo

¹¹ Presenta esencialmente la misma concepción con mayor extensión en su *Art of War*, traducido por Christopher Lynch (2003). Hay traducción al español de Miguel Manuel Saralegui Benito con el título *El arte de la guerra*, Editorial Gredos. En *Maquiavelo* (2011, pp. 245-633).

de Maquiavelo sobre la educación de los príncipes en general. Esta educación fomenta las ambiciones imperiales que los llevan no solo a intentar conquistar otras naciones, sino también a oprimir a sus propios conciudadanos o súbditos¹².

Todos los personajes a los que Maquiavelo insta a su príncipe a seguir fueron generales de éxito, pero Montaigne coincide con Strozzi en considerar que César fue el mayor maestro del arte de la guerra. Sin embargo, el modo en que describe sus logros en el relato sobre la guerra de las Galias evidencia que para Montaigne, César no fue un gobernante modelo. Comenzó demostrando que no era un hombre de palabra cuando atacó a los suizos con los que había firmado un acuerdo de tregua temporal; y no exigía a sus soldados más virtud que el valor, sin castigar apenas más vicios que el amotinamiento y la desobediencia. En otras palabras, entrenó a sus hombres para ser esclavos valientes y leales. Llamaba camaradas a sus soldados cuando se dirigía a ellos, pero empleaba una gran severidad para mantenerlos a raya. «Solía decir que prefería la victoria conseguida mediante la inteligencia que mediante la fuerza» (*Ensayos II*, c. XXXIV, p. 476 [559]; [739])¹³. Sin embargo, observa Montaigne, confiaba demasiado en la fortuna al correr grandes riesgos con su propia vida y la de sus hombres.

En su propia selección de los tres hombres más excelentes, Montaigne comienza con Homero, como el primero de los poetas. A continuación, elige a Alejandro Magno, por «haber recorrido a la edad de treinta y tres años toda la tierra habitable y de haber alcanzado en media vida todo el esfuerzo de la naturaleza humana» (*Ensayos II*, c. XXXVI, p. 493 [571]; [754]). Reconociendo que algunas de las acciones individuales de Alejandro son difíciles de excusar y que las hazañas de César reflejan una madurez y virtud superiores, Montaigne elige, no obstante, a Alejandro en lugar de a César, porque la ambición de éste apuntaba a la ruina de su país.

Sin embargo, Montaigne considera a Epaminondas un hombre aún más sobresaliente que cualquiera de esos conquistadores del mundo. No obtuvo tanta gloria, «aunque sus hazañas guerreras no hayan sido ni tan frecuentes ni tan engrandecidas, no dejan de ser, sin embargo, considerándolas bien, de tanto peso, tan definitivas y tan reveladoras de osadía e inteligencia militar, como las de los otros». Fue educado filosóficamente por los pitagóricos y era un excelente orador. Pero, lo más importante de todo, su carácter y su conciencia superaron con creces a todos aquellos que alguna vez se han encargado de gestionar los asuntos, y eso es

¹² Bruto fue el más famoso de los opositores a César, al que asesinó en un intento por salvar la república romana (celebrada en las *Historias* de Polibio). Homero muestra que Aquiles se negó a luchar por sus aliados aqueos porque consideraba que no le habían mostrado el honor suficiente; Alejandro conquistó y destruyó las ciudades democráticas de Grecia junto con los gobiernos independientes del resto del mundo. Escipión pudo haber salvado a Roma de la conquista por parte de Cartago y fue mecenas de Polibio, pero Maquiavelo recuerda a sus lectores en sus *Discursos* que algunos de sus compatriotas romanos sospechaban que Escipión tenía ambiciones imperiales, y Ciro, según cuenta Jenofonte, comenzó corrompiendo a los republicanos persas entre los que nació, ofreciéndoles recompensas por unirse a él en la conquista de otros. Carlos V, el único gobernante moderno que Montaigne añade a la lista de Maquiavelo, intentó establecer el Imperio de los Habsburgo conquistando el resto de Europa y América, siguiendo el consejo de un historiador que, al igual que Maquiavelo, enfatizaba las ventajas de usar tanto el engaño como la fuerza bruta. Sin embargo, al igual que Alejandro, se vio obligado a dividir el imperio que había ganado por la fuerza entre sus sucesores.

¹³ En *Del arte de la guerra*, Maquiavelo hace que su portavoz mercenario, Fabrizio, recomiende el modelo de César, que exhortaba a sus soldados antes de las batallas, pero no les avisaba de un cambio en sus planes hasta el momento en que había que ejecutarlo, y no llevaba a su ejército a un lugar que no hubiera examinado antes. En *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* (L. III. c. XLIX, p. 632) también aplaude el uso romano de la 'diezma' como castigo, es decir, matar a uno de cada diez soldados elegidos al azar, cuando no se podía identificar a los individuos concretos responsables de una pérdida o un crimen.

lo que Montaigne estima que «ha de ser considerado fundamentalmente» a la hora de evaluar a un ser humano. (*Ensayos II*, c. XXXVI, p. 495-496 [573]; [756]).

Aunque Epaminondas liberó a Tebas entrenando a los esclavos para que lucharan por su propia libertad y gobernó bien mientras vivió, reconoce Montaigne, la prosperidad de su país murió con él. No recibió tanta gloria como Alejandro o César, porque ni él ni su hermano dejaron logros duraderos para que las generaciones posteriores los celebraran como los legendarios fundadores de grandes repúblicas y reinos a los que Maquiavelo insta a su príncipe a imitar: Teseo, Rómulo, Moisés y Ciro (*El príncipe*, c. VI, p. 19-21 [21-25])¹⁴.

3.4. Conseguir la gloria no es un objetivo razonable

Como muestra Maquiavelo en el caso de César, la gloria que recibe un político depende en realidad de las generaciones futuras, de las acciones de sus sucesores y de quienes escriben sobre él, sobre todo lo cual tiene poco control (*Discursos*, L. I, X). Tanto Maquiavelo como Montaigne reconocen que la política necesita ofrecer a los hombres ambiciosos la perspectiva de ganar gloria para sí mismos como incentivo para servir al interés público (*Discursos*, L. II, c. XXXII; *Ensayos II*, c. XVI, pp. 358-359 [477]; [629]). Ambos observan igualmente que a menudo la gente no reconoce, y quizá no pueda reconocer, la verdadera virtud en los demás o elogiar los actos que verdaderamente sirven al bien de la comunidad (*Discursos*, L. III, c. XXXIV; *Ensayos II*, c. XVI). Sin embargo, Maquiavelo apenas escribe sobre los limitados beneficios de la gloria, porque quiere persuadir a los jóvenes políticamente ambiciosos de que trabajen por el bien de su pueblo para satisfacer su propio deseo de obtener y mantener el gobierno. Por su parte, Montaigne afirma:

De todos los sueños del mundo, el más aceptado y universal es el cuidado de la reputación y de la gloria, por el cual llegamos a dejar riquezas, reposo, vida y salud, que son bienes efectivos y concretos [...]. No hay otra de la que más claramente acuse la razón a la vanidad, más tiene en nosotros raíces tan fuertes que no sé si alguien pudo jamás librarse de ella (*Ensayos I*, c. XLI, pp. 319-320 [187]; [255]).

No obstante, Montaigne intenta disuadir a sus lectores de buscar la gloria recordándoles que ésta es otorgada por los muchos, que no son capaces de percibir la verdadera virtud. La verdadera virtud es una cualidad del carácter de un hombre, deducible tal vez de sus actos, pero no el resultado de los bienes y apariencias externas de las que suele depender la reputación de una persona. El valor militar ha sido la virtud más generalmente reconocida y glorificada, sin embargo, para Montaigne, en las guerras religiosas de su época, los campesinos y los obreros han demostrado tanto valor ante la muerte como cualquier príncipe. Su valor no es observado ni difundido, pero la verdadera virtud no debería depender de ser observada, eso es solo cuestión de suerte. Por lo tanto, sostiene que los príncipes no pueden lograr el verdadero prestigio en el campo de batalla; sino que necesitan mostrar esas otras virtudes mucho más raras de humanidad, veracidad, lealtad, moderación y justicia que su pueblo desea ver en ellos.

¹⁴ Como Maquiavelo afirma más abiertamente en sus *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* con respecto a Rómulo (L. I, c. XIX., pp. 285-287) y Moisés (L. III, c. XXX, 595), fue necesario que estos fundadores utilizaran tanto la fuerza como el fraude para derrocar el orden existente y establecer uno nuevo en su lugar. Elogia a Epaminondas y a su hermano Pelópidas por formar a los esclavos tebanos como soldados capaces de conquistar su propia libertad (L. I, c. XXI., p. 319), pero no los cuenta entre los grandes «profetas armados», porque no ganaron una gloria duradera estableciendo un régimen que perdurara más allá de sus vidas.

3.5. La necesidad de aprender a juzgar el carácter de otros

En la introducción a un ensayo sobre la educación de los niños que dirige a una condesa embarazada, Montaigne señala:

Señora, es la ciencia gran ornamento e instrumento de maravillosa utilidad, sobre todo para las personas elevadas a vuestro nivel de fortuna. En verdad que manos viles y bajas no hacen uso auténtico de ella. Harto más se enorgullece de prestar sus servicios para dirigir una guerra, gobernar a un pueblo, conseguir la amistad de un príncipe o de una nación extranjera, que para inventar un argumento dialéctico, defender una demanda o recetar un montón de píldoras. (*Ensayos I*, c. XXVI, p. 203 [109-10]; [149].

Montaigne sostiene que la educación que va a proponer será adecuada para un futuro príncipe o embajador, pero a diferencia de sus contemporáneos (y de su propio padre), no insta a la condesa a tratar que su hijo sea culto para obtener y exhibir su valía en un cargo público. Como hijo mayor de una familia noble, su hijo no tendrá que buscar la erudición para mantenerse a sí mismo y a su familia ejerciendo una profesión¹⁵. En lugar de fomentar su ambición y avaricia animándole a aprender el arte de la guerra para adquirir y mantener el poder, como hace Maquiavelo, Montaigne argumenta que se debe animar a un joven noble a desarrollar su mente, muy especialmente su capacidad para juzgar el carácter de otros seres humanos, con el fin de elegir a los mejores para imitarlos. Podría parecer que Montaigne aboga por un modo bastante tradicional de educar a un joven noble, sin embargo, defiende que tanto el contenido como el modo en que se lleva a cabo su propuesta educativa son novedosos.

3.6. La novedosa propuesta educativa de Montaigne

En lugar de enviar a su hijo a la escuela para asistir a clases con otros, donde se le requerirá que repita de memoria lo que ha aprendido y será castigado físicamente cuando no pueda hacerlo, Montaigne insta a la condesa a que ella y su esposo encuentren un tutor que instruya a su hijo de manera individual, de acuerdo con su capacidad en cada etapa de su desarrollo. De hecho, Montaigne declara que el éxito de la educación de su hijo dependerá enteramente de la selección del tutor (*Ensayos I*, c. XXVI, p. 203 [110]; [150])¹⁶. El tutor no dará lecciones a su alumno, sino que conversará con él sobre lo que ha aprendido, pidiendo al joven que demuestre su comprensión de lo que ha visto o leído aplicándolo a sus propias circunstancias¹⁷. El tutor pondrá ante su pupilo una variedad de ideas, le dejará elegir si es capaz o, si no, permitirá que permanezca en la duda –«solo los locos están seguros y resolutos» (c. XXVI, p. 205 [111]; [151]), afirma Montaigne—. Llevándole a países extranjeros, el tutor ampliará el conocimiento del joven sobre la gran variedad de formas en que viven los seres humanos. Le advertirá que no deje que nada escape a su atención. Tratando

¹⁵ Montaigne siguió explícitamente la idea tradicional de que una mujer de espíritu 'noble' tendrá un hijo, y que, como primogénito de una familia noble, será responsable no sólo del mantenimiento de su propio hogar, sino que también tomará parte activa en los asuntos públicos (*Ensayos I*, c. XXVI, p. 203 [109]; [148]).

¹⁶ Montaigne no explica cómo el tutor aprende y adopta el novedoso modo de enseñanza que Montaigne afirma que sólo ha imaginado. No obstante, a medida que procede a describir la enseñanza, Montaigne se identifica explícitamente con el tutor (op. cit., pp. 208 y ss. [114, 116]; [155-56]). Al contrastar la educación bien intencionada que le dio su padre con la que él ha descrito, Montaigne sugiere además que él mismo es el modelo del estudiante y que sus ensayos son un testimonio de cómo aprendió por sí mismo, un camino que sus lectores pueden seguir.

¹⁷ Este modo de educar a un niño podría parecer 'socrático', ya que se basa en preguntas y respuestas. Sin embargo, nadie ha retratado a Sócrates conversando con un niño, adaptándose a su edad. Además, las preguntas que el tutor de Montaigne plantea al niño se centran en su comprensión de las opiniones y prácticas de otros, no en las suyas propias, que aún están en proceso de formación.

de descubrir la capacidad de cada hombre con el que se encuentra, el joven aprenderá «que los sitios preferentes están ocupados de costumbre por los hombres menos capaces y que las grandes fortunas no van unidas a la inteligencia» (c. XXVI, p. 210 [114]; [155]). Hablando con comerciantes, vaqueros, albañiles o simples transeúntes, aprenderá a tomar prestado de cada uno, porque «todo sirve para la formación; incluso la necesidad y la debilidad ajena le servirán de enseñanza» (c. XXVI, p. 210 [114-15]; [155-6]). Los encuentros del joven con otros hombres deberán complementarse, además, con la lectura de libros; al leer historias podrá relacionarse con las grandes almas de las mejores épocas: «Sopesando las gracias y maneras de los demás, se engendrará en él el deseo de imitar las buenas y despreciar las malas» (c. XXVI, p. 210 [115]; [156])¹⁸.

A diferencia de Maquiavelo, Montaigne añade explícitamente a los ejemplos que deben extraerse de las historias, «las razones más provechosas de la filosofía, a la cual deben pegarse las obras humanas como a regla propia»:

lo que es saber e ignorar, cuál ha de ser la meta del estudio; lo que es el valor, la templanza, la justicia; la diferencia entre ambición y avaricia, servidumbre y vasallaje, libertinaje y libertad; por qué signos se conoce la verdadera y sólida satisfacción; hasta dónde se ha de temer la muerte, el dolor y la vergüenza; qué resortes nos mueven y el origen de tantas agitaciones en nosotros (c. XXVI, p. 214 [117]; [161]).

En marcado contraste con el autor florentino, la educación que Montaigne defiende es explícitamente moral y filosófica. Pero también es enfáticamente autónoma. Nada debe imponerse simplemente sobre la base de la autoridad o la confianza. En cualquier caso, esta educación será rigurosa, incluyendo ejercicios físicos y mentales, para endurecer tanto el cuerpo como el alma del joven. No solo son inseparables el cuerpo y el alma en un ser humano; un hombre debe aprender a soportar la dislocación, el cólico, la cauterización, la mazmorra e incluso la tortura, si es necesario. Los padres no deberían intentar educar a sus propios hijos, ya que su afecto natural tiende a hacerlos demasiado indulgentes. Y el tutor que seleccionen debe aceptar la tarea únicamente por un sentido del deber público. Cualquiera que sea contratado o empleado como un favor no podrá cuestionar y criticar a su pupilo como es necesario para lograr que aprenda.

Dado que Montaigne incluye abiertamente la indagación filosófica sobre la naturaleza de la verdadera virtud humana, su propuesta educativa podría parecer más tradicional que la de Maquiavelo. Sin embargo, afirma que sus alumnos aprenderán «esta *nueva lección*, que el premio y la altura de la verdadera virtud está en la facilidad, utilidad y placer de su ejercicio, tan alejado de la dificultad que los niños pueden alcanzarla tanto como los hombres» (c. XXVI, p. 218 [120]; [162]). Énfasis añadido). La moderación¹⁹ que defiende como «instrumento» de la virtud no se aplica, como en la descripción de la virtud que hace Aristóteles, sólo a los placeres y dolores corporales; se extiende a las nociones tradicionales de virtud, que también pueden ser «excesivas», y se aplica a la ambición y la avaricia de los seres humanos incluso

¹⁸ La descripción que Montaigne hace de este aspecto de la educación de su alumno recuerda a la manera en que Maquiavelo pasó sus días durante su exilio de Florencia, como relata en su famosa carta a su amigo Francesco Vettori del 13 de diciembre de 1513. A diferencia de cualquier joven noble, Maquiavelo tenía que dedicar la primera parte de la mañana a adquirir bienes económicos para mantenerse; pero luego se tomaba un descanso leyendo poesía, después de lo cual buscaba aprender sobre otros hombres interrogando a viajeros en el camino, peleando con 'alimañas' en la posada, y finalmente arrojándose para leer historias en su biblioteca. Allí, preguntaba a los autores y personajes las razones por las que hicieron lo que hicieron y dijeron lo que dijeron, y afirmaba que ellos le respondían amablemente.

¹⁹ [NT]: El término *moderation* utilizado por Zuckert, en el original *règlement*, se traduce en la versión española como «orden» (218).

más que a sus placeres y dolores sensoriales. A diferencia de nuestros deseos corporales, observa Montaigne, los vicios puramente intelectuales de la ambición y la avaricia no pueden saciarse ni siquiera temporalmente (*Ensayos II*, c. XXXIII, p. 465 [551]; [729]).

3.7. Los seres humanos deberían aspirar a vivir de la forma más libre y fácil posible

Como reconoce Maquiavelo, los seres humanos, motivados principalmente por su ambición y avaricia, nunca estarán satisfechos ni felices²⁰. Siempre buscan más para conservar lo que tienen y, por ello, entran en conflicto con los demás. A diferencia de Maquiavelo, Montaigne no aboga por aprender ‘el arte de la guerra’ o ‘aprender a morir’, como los filósofos clásicos. El persigue una vida de máxima facilidad, paz y tranquilidad.

Es exquisita –afirma– la vida que se mantiene ordenada incluso en privado. Todos podemos participar en el teatro y representar a un noble personaje en la escena; mas la cuestión es estar en orden interiormente (*Ensayos III*, c. II, p. 30 [613]; [807]).

Reconoce que este «orden» es:

virtud aburrida y oscura. Conquistar un desfiladero, llevar una embajada, dirigir un pueblo, son actos brillantes. Discutir, reír, vender, pagar, querer, odiar y conversar con los nuestros y con nosotros mismos dulce y justamente, no aflojar, no desdecirse, es cosa más rara, más difícil y menos notable.

Por tanto, concluye, «las vidas retiradas, digan lo que digan, comportan deberes tanto o más arduos y tensos que las otras vidas» (*Ensayos III*, c. II, p. 31 [614]; [809]).

3.8. Evitar dañar a otros en lugar de intentar beneficiarlos positivamente

Montaigne afirma tener la conciencia tranquila. No se complace tanto en lo que ha logrado –admite que nunca ha estado satisfecho con los progresos alcanzados en sus propios estudios– como en lo que no ha hecho (*Ensayos II*, c. VI).

Aquel que viera en el fondo de mi alma –escribe– ni aun así me hallaría culpable, ni de la aflicción ni de la ruina de nadie, ni de venganza o envidia, ni de ofensa pública a las leyes, ni de novedad o agitación, ni de faltar a mi palabra; [...] no he puesto mis manos ni en los bienes ni en la bolsa de ningún francés, [...] ni me he servido del trabajo de nadie sin salario (*Ensayos III*, c. II, p. 28 [612]; [807]).

A lectores posteriores podrían parecerles virtudes ‘burguesas’ o mediocres. Montaigne únicamente afirma, en efecto, haber preservado una inocencia o bondad natural, no poseer la virtud. Al igual que Maquiavelo, puede decirse que ‘rebajó las expectativas’, al intentar que los objetivos del esfuerzo humano resulten menos nobles, pero más alcanzables. Por tanto, puede también decirse que ambos autores

²⁰ En sus *Discursos*, Machiavelo escribe: «En efecto; cuando los hombres no combaten por necesidad, combaten por ambición, la cual es tan poderosa en el alma humana, que jamás la abandona, cualquiera que sea el rango a que el ambicioso llegue. Causa de esto es haber creado la naturaleza al hombre de tal suerte, que todo lo puede desear y no todo conseguir; de modo que, siendo mayor siempre el deseo que los medios de lograrlo, lo poseído ni satisface el ánimo, ni detiene las aspiraciones» (L. I, c. XXXVII, p. 350)

se mueven en una dirección democratizadora²¹, aunque es evidente que no tenían los mismos objetivos ni pretendían alcanzarlos de la misma manera²².

3.9. Cómo educaría Montaigne a su príncipe

Aunque atribuye su capacidad para mantenerse al margen de la política más a su buena fortuna que a su razón, al final de sus *Ensayos* Montaigne admite que hay un cargo que desearía que le hubieran pedido desempeñar. Le habría gustado servir como consejero anónimo de su príncipe, poder decirle en secreto lo que su pueblo piensa y desea realmente de él. Obviamente, servir de forma anónima no habría supuesto ninguna gloria, pero cree que tal cargo habría beneficiado enormemente tanto a su príncipe como a su pueblo (*Ensayos III*, c. XIII, pp. 338-339 [825-26]; [1077-8]). Contrariamente a Maquiavelo, Montaigne piensa que los príncipes de su época saben muy bien cómo reunir ejércitos y mentir. Lo que no entienden es cómo obtener el respeto, cuando no el amor de sus súbditos, porque estos príncipes están rodeados de cortesanos que, al depender del favor de su noble señor para mantener su posición, no se atreven a señalar los límites en el conocimiento o en la capacidad de su gobernante. Así, los príncipes, al no tener quién les señale sus defectos, no aprenden a reconocerlos ni a corregirlos (*Ensayos III*, c. VII). Al escribir y publicar sus *Ensayos*, Montaigne intentaba desempeñar esta útil función educativa para otros posibles príncipes y pueblos futuros a los que no conocía personalmente.

4. Sobre las consecuencias destructivas de la innovación política

Montaigne coincide con Maquiavelo en que mentir resulta en ocasiones necesario en política, pero sugiere que esto es una razón para que los individuos no se involucren en negociaciones políticas. Ambos admiten que los príncipes están rodeados de demasiados aduladores como para recibir buenos consejos, que sólo se pueden obtener de unos pocos y en privado. Montaigne está de acuerdo en que los príncipes necesitan recibir una nueva y mejor educación, aunque discrepa con Maquiavelo sobre cuál debe ser la forma y el contenido de la misma. Sin embargo, Montaigne muestra su desacuerdo más fundamental y completo con Maquiavelo en relación con los beneficios de las innovaciones o reformas políticas.

4.1. Elogio de Maquiavelo a los fundadores de ‘nuevos modos y órdenes’

Maquiavelo alaba a los innovadores políticos, a quienes podríamos llamar revolucionarios. En *El Príncipe* podemos leer: «Que nadie se llene de estupor si yo, al hablar ahora de principados nuevos del todo por lo que hace a su príncipe y a su ordenamiento, aduzco ejemplos notabilísimos» (c. VI, p. 19). Elogia a los legendarios fundadores de Atenas y Roma, Israel y Persia por encima de todos los demás como ejemplos de la virtud que se requiere para fundar un nuevo régimen que perdure. Dada únicamente la oportunidad que representa una población oprimida, estos fundadores no sólo tuvieron que imaginar formas completamente nuevas de organizar y gobernar a su pueblo; también tuvieron que ser capaces de reunir la fuerza necesaria para desbancar a quienes estaban en el poder y reforzar la resistencia de sus partidarios cuando empezaron a flaquear ante una oposición enérgica. Estos

²¹ Montaigne expresa gratitud hacia su padre por haberle enviado «desde la cuna a educarme a un pobre pueblo de los suyos, [...] acostumbrándome al modo de vida más bajo y común [...]. [Aspiraba a] unirme con el pueblo y con los hombres de condición tal que necesitan de nuestra ayuda [...]. No resultaron mal sus propósitos: entré de buen grado a los pequeños, ya sea porque hay en ello mayor gloria, ya sea por compasión natural, la cual tiene sobre mí poder infinito» (*Ensayos III*, c. XIII, p. 366 [844]; [1100]).

²² También Schaefer (1990) observa las similitudes entre Montaigne y Maquiavelo, pero argumenta que las diferencias son sólo aparentes. Discrepo claramente.

fundadores enfrentaron grandes peligros en el camino, pero después de eliminar a quienes les envidiaban y se oponían a ellos, tanto ellos como los órdenes por los que lucharon comenzaron a ser venerados.

Asimismo, al comienzo de sus *Discursos*, Maquiavelo afirma que es tan peligroso encontrar «nuevos modos y órdenes»²³ como descubrir aguas y tierras desconocidas. Afirma haber entrado por una vía «no seguida por nadie hasta ahora», que cree proporcionará «común beneficio»; y si se muestra incapaz, «al menos enseñaré el camino a alguno que con más talento, instrucción y juicio realice lo que ahora intento» (*Discursos*, Prólogo, p. 249). Hacia el final de sus *Discursos*, vuelve a insistir en «los peligros que corre el jefe de una empresa nueva que interesa a muchos y las dificultades de dirigirla, realizarla y mantenerla en sus efectos» (aunque el lector podría objetar que, de hecho, ha estado tratando precisamente sobre eso en todos los capítulos precedentes). Dado que ésta es una «larga y ardua materia», promete escribir

únicamente del riesgo a que se exponen los ciudadanos que aconsejan a un príncipe una determinación grave e importante, de manera que toda la responsabilidad de la misma se atribuya a quien da el consejo; porque juzgando los hombres las cosas por sus efectos, todo el mal que resulta impútase al autor del consejo, como si el éxito es bueno se le elogia; pero el premio no es ni con mucho equivalente al daño. (*Discursos*, L. III, c. XXXV, p. 608).

Esa es, por supuesto, la peligrosa posición en la que se colocó el propio Maquiavelo. Sufrió y fue castigado por los consejos que ofreció al jefe de la república florentina mientras ésta duró. Después de su caída, nunca consiguió el empleo que buscaba de los Medici, pues no confiaban en él como antiguo partidario de sus oponentes; ni tampoco los republicanos, cuando recuperaron brevemente el control de Florencia. Y si su consejo incluido en los *Discursos* a los posibles 'príncipes' que querían fundar un nuevo tipo de república fue escuchado por algunos en el futuro, no vivió para oír los elogios ni recibir los beneficios.

Aunque Maquiavelo reconoce lo difícil y peligroso que es fundar un nuevo régimen, sostiene en todo caso que es necesario que una república vuelva a sus comienzos cada diez años. Para seguir convencidos de la obligación de obedecer al gobierno y sus leyes, hay que recordar al pueblo la necesidad de la defensa de sus personas, familias y propiedades que originalmente lo unieron, así como la necesidad de un hombre u hombres sobresalientes que lo organicen y dirijan (*Discursos*, L. III, c. 1).

4.2. El énfasis de Montaigne en la importancia de mantener hábitos respetuosos de la ley

Montaigne adopta una postura mucho más claramente conservadora. Puesto que la obediencia a las leyes depende sobre todo de la costumbre, duda de que

se pueda sacar provecho tan evidente del cambio de una ley recibida [...] como el perjuicio al removerla, porque es la sociedad como un edificio de distintas piezas unidas juntas con tal ligazón que es imposible destruir una sin que todo el cuerpo se resienta (*Ensayos I*, c. XXIII, p. 170 [86]; [119]).

²³ [NT]: «nuevos y originales procedimientos» en la traducción española utilizada (*Discursos*, Prólogo, p. 249)

Ciertamente, no cree que sea una buena idea arrasar con toda la estructura existente para comenzar de nuevo desde el principio.

Antaño, habiendo de hacer valer alguna observancia nuestra [...] y no queriendo establecerla únicamente por la fuerza de las leyes y de los ejemplos, como se hace normalmente, sino remontándome siempre hasta sus orígenes, hallé el fundamento tan débil, que faltó poco para que me disuadiera. (*Ensayos I*, c. XXIII, p. 167 [84]; [116-7])

Ser testigo de los efectos de la Reforma le hizo sentir disgusto por «la innovación, cualquiera que sea la apariencia que presente» (*Ensayos I*, c. XXIII, p. 170 [87]; [120])²⁴. «Hay mucho de amor a sí mismo y de presunción», afirma Montaigne, «en estimar tanto las propias opiniones como para desbaratar la paz pública e introducir tantos males inevitables» (*Ensayos I*, c. XXIII, p. 171 [87]; [120]). Concede que

el destino, que conserva siempre su autoridad por encima de nuestros razonamientos, nos presenta alguna vez tan urgente necesidad que es preciso que las leyes le hagan algo de sitio. Y cuando uno se resiste al crecimiento de una innovación que viene a introducirse con violencia, es peligroso y desigual compromiso mantenerse siempre firme y dentro de las reglas en todo [...] contra esos [...] para los que todo está permitido. (*Ensayos I*, c. XXIII, p. 174 [89]; [122])

No obstante, advierte, «quien se mete a elegir y a cambiar [en el orden existente] usurpa la autoridad de juzgar, y ha de estar seguro de las faltas de lo que deshecha y del bien de lo que aporta» (*Ensayos I*, c. XXIII, p. 172 [88]; [121]).

4. 3. El fundador de ‘nuevos modos y órdenes’ maquiavélico utiliza necesariamente medios crueles

Maquiavelo reconoce que cualquiera que pretenda establecer un nuevo orden político debe utilizar medios no sólo duros, sino crueles y malvados. El mejor medio de quien se apodera de una ciudad o de un Estado para conservarlo consiste en:

reformarlo todo para que la organización sea nueva, como lo es el príncipe, nuevo el gobierno, con nuevo nombre, con nueva autoridad, con nuevos hombres que la ejerzan, y convertir a los pobres en ricos [...] edificar nuevos pueblos, destruyendo los antiguos; trasladar los habitantes de un sitio a otro; no dejar, en fin, nada como estaba, y que no haya rango, cargo, honor o riqueza que no reconozca el agraciado debérselo al nuevo príncipe. (*Discursos*, L. I, c. XXVI, p. 327)

Reconoce que estos son «medios crudelísimos, no solo anticristianos, sino inhumanos; todos deben evitarlos, prefiriendo la vida de ciudadano a ser rey a costa de tanta destrucción de hombres» (ibid.).

²⁴ Él y sus contemporáneos han experimentado «lo que Tucídides dice de las guerras civiles de su época, que para favorecer los vicios públicos bautizábanlos con palabras nuevas y más suaves, para justificarlos [...]. Es por tanto para transformar nuestras conciencias y nuestras creencias» (*Ensayos I*, c. XXIII, p. 171 [88] [120]). Tanto los protestantes como los defensores de la Iglesia romana afirman luchar por una verdadera comprensión del cristianismo. Sin embargo, sugiere Montaigne, ninguno de los dos bandos puede luchar realmente sobre la base de los principios cristianos, porque la religión cristiana ordena obedecer a la autoridad y poner la otra mejilla (*Ensayos I*, c. XXIII, p. 172 [87-88] [120]). Su celo se despierta menos por sus creencias piadosas que por sus pasiones: odio, crueldad, ambición, avaricia, denigración o rebelión (*Ensayos II*, c. XII, p. 133 [324] [444]). Afirma no conocer "cualidad alguna tan fácil de imitar como la devoción, si no se adaptan a ella las costumbres y la vida" (*Ensayos III*, c. II, p. 35 [617] [813]).

Maquiavelo parece coincidir con Montaigne acerca de la superioridad de la vida privada sobre la pública. Sin embargo, más adelante en los *Discursos* recomienda a

cuantos viven descontentos de un príncipe, [...] medir y pesar sus fuerzas; y si son bastante poderosos para mostrarse enemigos declarados y hacerle abiertamente la guerra, deben tomar este camino como el menos peligroso y más noble. Pero si las condiciones en que se encuentran les impiden luchar ostensiblemente contra él, deberán captarse su amistad». (*Discursos*, L. III, c. II, p. 514)

Aparentando ser amigo del príncipe y viviendo en estrecha asociación con él, un hombre que desee usurpar los poderes del príncipe se coloca en la mejor posición para aprovechar cualquier oportunidad de derrocar al gobernante actual, como hizo Lucio Junio Bruto con Tarquino.

Las guerras civiles en medio de las cuales Montaigne luchó por preservarse a sí mismo y a su familia le convencieron de que las asociaciones políticas no son tanto producto de la intención, la invención o la destreza humana como de la casualidad.

En cualquier asiento que se les ponga [a los hombres], –observa– se apilan y colocan moviéndose y amontonándose, como los cuerpos mal unidos que se meten sin orden en una bolsa hallan por sí mismo la manera de unirse y acomodarse unos entre otros, a menudo mejor que si se los hubiera dispuesto artificialmente.

Como Maquiavelo, Montaigne piensa que

la necesidad guía a los hombres y los une. Esta sutura fortuita se transforma luego en leyes; pues las ha habido tan feroces que ninguna inteligencia humana habría podido concebirlas, y sin embargo conservaron el cuerpo con tanta salud y longevidad como podrían hacer las de Platón y Aristóteles. (*Ensayos III*, c. IX, pp. 197-198 [730]; [956])

4.4. Tanto Maquiavelo como Montaigne critican las ‘repúblicas y principados imaginarios’

Del mismo modo que Maquiavelo, Montaigne considera que todas esas «sociedades descritas, imaginadas artificialmente» por los filósofos anteriores, «resultan ridículas e ineptas para ser puestas en práctica». Sus propuestas «podrían aplicarse en un mundo nuevo». Sin embargo, señala, «encontramos nosotros a los hombres obligados ya y habituados a ciertas costumbres». En consecuencia, «no podemos torcer su inclinación acostumbrada sin romper todo» (*Ensayos III*, c. IX, p. 198 [730]; [956]).

De este modo, las razones por las que Montaigne piensa que las propuestas de los filósofos sobre el mejor orden político han demostrado ser inviables difieren en aspectos importantes de las lecciones que extrajo Maquiavelo. Debido a que la inmensa mayoría de los hombres no son buenos, concluye Maquiavelo, si un príncipe desea mantener su Estado debe aprender a no ser bueno y a utilizar ese conocimiento según la necesidad. Debe saber cómo hacer «buen uso» de la crueldad para hacerse con el control y mantenerlo, pero no debe usar la crueldad de forma tan repetida o insensata que despierte el odio de su pueblo. Tanto en los principados como en las repúblicas, es posible diseñar y mantener instituciones que utilicen el miedo, la avaricia y las ambiciones del pueblo para vigilar a sus líderes y los deseos de estos por mantener el control para controlar al pueblo (*El Príncipe*, c. VIII, p. 30; c. XIX, pp. 64-65; *Discursos*, L. I, cc. I, III, V, VII, XI, XV). Como los pueblos, sus líderes y las circunstancias cambian constantemente, concede también Maquiavelo, las leyes y quienes las ejecutan también deben cambiar. Ningún Estado debe creer «tomar

decisiones con total seguridad [...] pues forma parte del orden de las cosas que siempre que se busque evitar un inconveniente acabe cayéndose en otro». Los resultados de cualquier acción política son siempre dudosos, «mas la prudencia consiste en saber reconocer la índole de los inconvenientes, y adoptar el menos malo como bueno» (*El Príncipe*, c. 21, p. 75).

Montaigne no confía demasiado en su propia prudencia ni en la de nadie. Casi siempre hay dos o más respuestas plausibles a cualquier cuestión de política pública. En este sentido, señala:

Las razones de Maquiavelo [...] eran bastante sólidas para el tema; sin embargo, fue muy fácil rebatirlas y aquellos que lo hicieron no dejaron menor facilidad para que otros rebatieran las suyas. Siempre se hallará, para cualquier argumento, con qué suministrar respuestas, súplicas, réplicas [...] al no tener las razones apenas otro fundamento que la experiencia, y al ofrecernos la diversidad de los acontecimientos humanos infinitos ejemplos de todas clases.

Y concluye:

en los asuntos públicos no hay postura tan mala que no valga más que el cambio y la agitación, con tal de que tenga cierta edad y constancia [...] Harto fácil es acusar de imperfección a una sociedad, pues todas las cosas mortales están llenas de ella; harto fácil es engendrar en un pueblo el desprecio por sus antiguas observancias [...] mas en establecer un estado mejor que sustituya al que se ha destruido, en esto, muchos de los que lo intentaron fracasaron. (*Ensayos II*, XVII, pp. 388-390 [497]; [655])

4.5. La maleabilidad de la naturaleza humana y el poder de la costumbre

Si bien Montaigne coincide con Maquiavelo en que los seres humanos se mueven principalmente por sus pasiones, especialmente por el miedo, la avaricia y la ambición, le impresiona la extrema variedad de metas u objetos de aversión a los que la imaginación humana ha conseguido ligar estas pasiones. La naturaleza no proporciona a los seres humanos el mismo tipo de orientación instintiva respecto a lo que es bueno o malo que a los animales (*Ensayos I*, c. XIV). No hay crimen o sentimiento 'antinatural' que las costumbres de alguna cultura no hayan aprobado (*Ensayos I*, c. XXIII, pp. 160 y ss. [79-83]; [111-5]). Y una vez que el carácter de un individuo o de un pueblo ha sido moldeado por la costumbre, es casi imposible cambiarlo sin destruir a ese individuo y a su comunidad.

Maquiavelo destaca hasta qué punto el carácter humano, tanto individual como nacional, no es natural ni hereditario, sino que se transmite tanto en las familias como en los pueblos a través de las costumbres. Sin embargo, señala que un líder político que lea sus tratados podrá usar este conocimiento para formar a su pueblo (*Discursos*, L. III, c. XXXVI, XLIII, XLVI). Para contrarrestar los efectos desalentadores de la creencia en que las cosas mundanas están gobernadas por la fortuna y por Dios, de tal forma que los hombres no pueden corregirlas con su prudencia, insta a sus lectores a tomar medidas preventivas diseñando instituciones que canalicen las pasiones de las personas de manera productiva en lugar de destructiva. «A fin de preservar nuestro libre albedrío», les invita a creer que «quizá sea cierto que la fortuna sea arbitro de la mitad de nuestro obrar, pero que el gobierno de la otra mitad, o casi, lo deja para nosotros» (*El príncipe*, c. XXV, p. 83).

Tras observar que las guerras religiosas en Francia tuvieron en ambos bandos los mismos efectos deshumanizantes que Tucídides había descrito en Córira, Montaigne llegó a la conclusión de que los resultados destructivos de los intentos de reforma política son demasiado grandes. Maquiavelo había sobrevalorado el poder

de la razón humana para superar la contingencia esencial de toda vida humana. Había intentado persuadir a individuos ambiciosos para que emprendieran acciones políticas que preservaran no sólo las vidas, las familias y las propiedades de la mayoría, sino también, en el mejor de los casos, su libertad (*Discursos*, L. II, c. II, p. 413). Había sugerido que la religión podía utilizarse para apoyar al gobierno y subestimado la capacidad de quienes deseaban derrocarlo y utilizar el fervor religioso para justificar y alimentar sus ambiciones egoístas, la envidia y el odio.

4.6. Lo que Maquiavelo pasó por alto

Montaigne reconocía que los argumentos de Maquiavelo eran «bastante sólidos»; de hecho, estaba de acuerdo con muchos de ellos, al menos en parte. Sin embargo, consideraba que Maquiavelo no había identificado el verdadero lugar de la libertad humana. Esta no reside tanto en la acción política como en promover y preservar la libertad y el poder de los individuos para juzgar las cosas por sí mismos²⁵.

Dado que los pensamientos y las acciones humanas están tan moldeadas por las costumbres y las opiniones que adquirimos de la gente que nos rodea cuando somos jóvenes, además de no entender que está sucediendo así, los seres humanos tienden generalmente a identificar lo que piensan y ven a su alrededor con lo natural. De este modo, los reformadores políticos encuentran la oposición de muchas de las personas a las que pretenden beneficiar y tienen que utilizar los medios tan duros y destructivos que prescribe Maquiavelo. La innovadora forma de educación del joven por un tutor individual propuesta por Montaigne está explícitamente diseñada para superar esta tendencia y permitir que el alumno adquiriera la capacidad de juzgar las cosas por sí mismo. No obstante, Montaigne reconoce que tal educación nunca estará al alcance de la gente en general (como tampoco lo estará la educación de los príncipes actuales o potenciales que propone Maquiavelo).

Aunque la naturaleza no proporciona a los seres humanos una comprensión instintiva de lo que es bueno o virtuoso, Montaigne apunta que la compasión natural sí nos proporciona una comprensión del peor vicio. Se trata de la crueldad, de infligir sufrimiento innecesario a los demás. Por desgracia, observa también, «temo que la misma naturaleza humana haya puesto en el hombre cierto instinto inhumano» (*Ensayos II*, c. XI, p. 123 [316]; [433]) que no pueda contrarrestar por sí sola la razón. El desarrollo de las artes y las ciencias en Europa ha permitido a los hombres idear formas siempre nuevas de satisfacer el placer malicioso que siente el ser humano al ver el sufrimiento ajeno (*Ensayos II*, c. XI, p. 123 [316]; [433]; *Ensayos III*, c. I, p. 10 [599]; [790-791]). Si el propósito es el castigo o la venganza, la muerte es el peor daño que puede infligirse de forma útil o racional. Sin embargo, la gente sigue torturando a otros alegando que intentan que revelen la verdad, cuando lo único que logran es dar a su víctima un incentivo para decir cualquier cosa que haga que su sufrimiento cese. Montaigne no acepta la propuesta de Maquiavelo de que pueda hacerse «buen uso» de la crueldad. Ni está de acuerdo en que un nuevo príncipe tenga justificación para destruir a todos y todo en el lugar que ha llegado a gobernar para rehacerlo. Incluso las reformas menores y graduales corren el riesgo de desestabilizar el orden

²⁵ Montaigne sugiere que no debe apartarse «un hombre de juicio del estilo común [...] el hombre juicioso ha de separar interiormente su alma del vulgo y mantenerla libre y capaz de juzgar con libertad sobre las cosas; mas de puertas afuera, ha de seguir fielmente las maneras y formas recibidas. Nada se le da a la ciudad de nuestras opiniones; mas el resto, nuestras obras, nuestro trabajo, nuestras fortunas y nuestra propia vida, hemos de prestarlo a su servicio y a las ideas comunes [...] Pues es norma por excelencia y ley general de las leyes, que cada cual observe la del lugar en el que esté» (*Ensayos I*, c. 23, p. 169 [86] [119]).

existente, pues incluso un solo cambio en la ley socava la aceptación habitual de su legitimidad que hace que los seres humanos la obedezcan.

Debido a que los gobiernos concretos se desarrollan espontáneamente – accidentalmente, sin intención ni planificación– para adaptarse a las circunstancias particulares, Montaigne concluye:

Verdaderamente, no teóricamente, la sociedad excelente y mejor es para cada nación aquella con la cual se ha mantenido. Su forma y cualidad esencial dependen de la costumbre. Nos desagradan a menudo la condición presente. Mas sostengo sin embargo que el desear el mando de unos pocos en un Estado democrático, o en la monarquía otra especie de gobierno, es vicio y locura (*Ensayos III*, c. VIII, p. 199 [731]; [957])²⁶.

5. Conclusión: Lo que podemos aprender hoy de Montaigne

Tras las revoluciones totalitarias del siglo XX, deberían resultar evidentes los peligros de intentar reformar completamente a las personas. Las reformas graduales e incrementales basadas en la experiencia son típicas de la política democrática, pero la lentitud en la era de la tecnología ha impacientado a la gente. Hay muchos líderes ambiciosos, cuando no avariciosos, dispuestos a prometer bienes y servicios que, en realidad, no pueden proporcionar. Además, los desarrollos tecnológicos modernos han ampliado la capacidad de los políticos no sólo para engañar, también para manipular al público.

Maquiavelo escribió en un momento en que Italia se había convertido en objeto de invasiones devastadoras por parte de los ejércitos organizados por los líderes de las naciones emergentes del norte de Europa. Consideró urgente persuadir a los líderes italianos de que se unieran y armaran a su pueblo para defenderse, y les advirtió de la necesidad de utilizar medios que generalmente no se consideraban morales. Como nos recuerda Walzer, vivimos una época en la que prácticamente todas las naciones están armadas, y la mayoría de las personas cree, con ‘convicción’, no sólo que la mayoría de los políticos mienten, sino que hay poco o nada que podamos hacer al respecto.

En estas circunstancias, Montaigne parece ofrecer un consejo más sobrio y realista. Reconociendo que la mentira es en ocasiones necesaria en política, argumenta que debería limitarse a los principales responsables del bienestar de su pueblo bajo condiciones extremas. De otra forma, la mentira generalizada destruye todo sentido de comunidad y confianza, como vemos que ocurre ahora en la política cada vez más partidista, divisiva y hostil, cuando no violenta, de nuestro tiempo. En este contexto, no parece prudente instar a los jóvenes con ambiciones políticas a cometer crímenes si ello fuera necesario para fundar ‘nuevos modos y órdenes’.

Montaigne reconoce lo difícil, si no imposible, que es convencer a individuos avaros y ambiciosos de que no busquen el poder, la riqueza y la reputación (aunque él lo intentara). No intenta apelar a estos deseos para despertarlos y fortalecerlos, con el fin de redirigirlos para que produzcan beneficios públicos, como hace Maquiavelo. Reconoce que puede no haber recursos legales efectivos contra los líderes políticos que mienten, roban y matan mientras están en el cargo. Dado que todas las leyes son hechas por seres humanos imperfectamente sabios y constituyen generalizaciones que no tienen ni pueden tener en cuenta las diferencias individuales, ninguna ley es perfectamente justa. Pero afirma, a diferencia de Walzer, que si bien no somos

²⁶ NT: Se ha mantenido el término «Estado democrático» utilizado por la profesora Zuckert. En la edición española se utiliza la traducción literal del original «État populaire»: «Estado popular».

capaces de frenar o castigar eficazmente a los políticos que mienten, roban y matan mientras están en el cargo, sí podemos privarles de la gloria que buscan dando publicidad a sus fechorías después de que dejen el cargo o mueran. No tenemos por qué encogernos de hombros y aceptar pasivamente «el orden del mundo».

La gente se vuelve cínica respecto a la política y a los políticos, sugiere Montaigne, porque esperamos demasiado. Es extremadamente difícil juzgar el carácter de quienes son elegidos o designados para ocupar altos cargos. Así como es difícil determinar qué sería realmente lo mejor en circunstancias cambiantes. Como señala Maquiavelo, en política no hay «seguridad» (*El príncipe*, c. XXI, p. 75 [91]). Hay ocasiones en las que es necesario cambiar las leyes, pero quienes buscan reformas deben estar seguros de que los cambios propuestos conseguirán más que el coste de socavar la confianza en el gobierno existente y la obediencia al mismo. La mayoría de los seres humanos adquieren sus opiniones y comportamientos habituales cuando son jóvenes, de la gente que les rodea; y esas creencias son extremadamente difíciles de cambiar y mucho menos de erradicar, como demuestran los recientes fracasos estadounidenses para lograr un ‘cambio de régimen’ en Oriente Medio. Puede resultar difícil educar a los futuros líderes para que desarrollen la independencia de juicio mediante el estudio de la filosofía moral, la historia y la antropología junto con la ‘ciencia’ de la política, pero esa parece ser una respuesta más factible a los problemas persistentes que intentar transformar por completo a los seres humanos, incluso si solo se trata de sus gobiernos y leyes.

Montaigne persuadiría a los individuos políticamente ambiciosos, si fuera posible, de que la búsqueda de la gloria es vana. Sin embargo, al igual que Maquiavelo, anticipa que muchos individuos seguirán siendo ambiciosos, además de avaros, y estarán dispuestos a utilizar medios despreciables para intentar satisfacer sus deseos. Considera que es mejor buscar mejoras en la educación de los individuos, especialmente de los líderes. Esa educación debería centrarse en permitirles desarrollar su capacidad para juzgar a las personas y los problemas de manera independiente, exponiéndoles a una gran variedad de culturas, costumbres y opiniones humanas. El objetivo de la política es garantizar unas condiciones en las que los individuos puedan convivir en paz. No cree que debamos ignorar nuestras obligaciones con la sociedad, principalmente en forma de obediencia a las leyes. Sin embargo, insiste, el primer deber de cada individuo es consigo mismo. Nadie puede ni debe tratar de pensar por otro, ni determinar lo que le hará feliz y satisfecho.

Bibliografía

- Benner, E. (2016). *Machiavelli's Prince: A New Reading*. Oxford University Press.
- Dalberg-Acton, J. (1907). *The History of Freedom and Other Essays*. MacMillan.
- Fontana, B. (2008). *Montaigne's Politics*. Princeton University Press.
- Friedrich, H. (1949). *Montaigne*. A. Francke Verlag.
- Gillespie, M. A. (1985). Montaigne's Humanistic Liberalism. *Journal of Politics*, 47 (1), 140-159.
- Hartle, A. (2003). *Michel de Montaigne: Accidental Philosopher*. Cambridge University Press.
- Hartle, A. (2013). *Montaigne and the Origins of Modern Political Philosophy*. Northwestern University Press.
- Quaint, D. (1998). *Montaigne and the Quality of Mercy: Ethical and Political Themes in the Essais*. Princeton University Press.
- Levine, A. (2001). *Sensual Philosophy: Toleration, Skepticism, and Montaigne's Politics of the Self*. Lexington Books.
- McCormick, J. (2018). *Reading Machiavelli*. Princeton University Press.
- Maquiavelo, N. (1998). *The Prince*. University of Chicago Press.

- Maquiavelo, N. (2003). *Art of War*. University of Chicago Press.
- Maquiavelo, N. (2011). *El príncipe*. En *Maquiavelo* (1-89). Editorial Gredos.
- Maquiavelo, N. (2011). *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. En *Maquiavelo* (245-633). Editorial Gredos.
- Montaigne, M. (1957). *The Complete Essays of Montaigne*. Stanford University Press.
- Montaigne, M. *Les essais*. Edición online disponible en : <https://www.lib.uchicago.edu/efts/ARTFL/projects/montaigne/>
- Montaigne, M. (2002a). *Ensayos II*. Cátedra.
- Montaigne, M. (2002b). *Ensayos III*. Cátedra.
- Montaigne, M. (2022). *Ensayos I*. Cátedra.
- Nehemas, A. (1999). *The Art of Living*. University of California Press.
- Rorty, R. (1989). *Contingency, Irony, Solidarity*. Cambridge University Press.
- Schaefer, D. L. (1990). *The Political Philosophy of Montaigne*. Cornell University Press.
- Shklar, J. (1984). *Ordinary Vices*. Belknap Press.
- Storey, B. and Storey, J. S. (2021). *Why We are Restless: On the Modern Quest for Contentment*. Princeton University Press.
- Sullivan, V. B. (2017). *Montesquieu and the Despotism Ideas of Europe*. University of Chicago Press.
- Walzer, M. (1973). Political Action: The Problem of Dirty Hands. *Philosophy & Public Affairs*, 2 (2), 160-180.
- Zuckert, C. (2017). *Machiavelli's Politics*. University of Chicago Press.

El blanqueo del producto de la violación empresarial de derechos humanos. Prohibición y criminalización

Laundering the proceeds of corporate human rights abuses. Prohibition and criminalisation

Jacobo Dopico Gómez-Aller*
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID 0000-0003-0757-494X
jdopico@der-pu.uc3m.es

Cita recomendada:

Dopico Gómez-Aller, J. (2024). El blanqueo del producto de la violación empresarial de derechos humanos. Prohibición y criminalización. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 32-54
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8999>

Recibido / received: 15/01/2024
Aceptado / accepted: 25/06/2024

Resumen

Violaciones de derechos humanos como el trabajo forzoso o esclavo se perpetúan en la medida en que los Estados permitan que el producto de estos crímenes sea comercializado y entre en sus mercados. En este trabajo se analizan los avances en la prohibición y criminalización de la comercialización del producto de la violación de derechos humanos, las vías para su represión penal bajo el derecho vigente y diversas propuestas legislativas para mejorar su persecución y homogeneizarla en el plano internacional.

Palabras clave

Violaciones de derechos humanos, trabajo forzoso, modernas formas de esclavitud, blanqueo de capitales, delincuencia empresarial.

Abstract

Human rights violations such as forced or slave labor are perpetuated to the extent that States allow the product of these crimes to be commercialized and enter their markets. This paper analyses the progress made in the prohibition and criminalization of the commercialization of the proceeds of human rights violations, the ways in which it can be criminally repressed under

* Catedrático de Derecho Penal. Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación “La responsabilidad penal de empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos...” (REPMULT), referencia DER2017-85144-C2-2-P (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades).



current law, and various legislative proposals to improve its prosecution and homogenize it at the international level.

Keywords

Human rights violations, forced labor, modern slavery, money laundering, corporate criminality.

SUMARIO. 1. Introducción: planteamiento de la cuestión. 2. Una rápida evolución en las estrategias preventivas. «Deberes de reporte» y «obligaciones de diligencia debida». 2.1. Deberes de reporte y estados no financieros. 2.2. Deberes de diligencia debida. 3. La abierta introducción en el derecho europeo de una prohibición de productos obtenidos con violación de derechos humanos en el mercado de la Unión. 4. Legitimación: ¿nuevo deber cuasipolicial para las empresas, o la simple prohibición de no favorecer la violación de derechos humanos? El paralelismo con la receptación. 4.1. ¿Deberes negativos o deberes positivos? 4.2. La incorporación de materiales o productos a la propia cadena de suministro a sabiendas de que proceden de la violación de derechos humanos. El paralelismo con la receptación de bienes de origen delictivo. 4.3. La incorporación de materiales o productos a la propia cadena de suministro con infracción de la diligencia debida. Deberes de cuidado y diligencia debida. 5. Relevancia penal de la incorporación a la cadena de suministro de insumos procedentes de la violación de derechos humanos. 5.1. Planteamiento. 5.2. *De lege lata*. 5.2.1. ¿Participación punible en un delito consistente en la violación de derechos humanos? (explotación extrema, servidumbre, trabajo forzado o esclavo, etc.). 5.2.2. Blanqueo de capitales. 5.3. *De lege ferenda*. 5.3.1. Un antecedente: la criminalización del uso de los servicios de las víctimas de trata de seres humanos. 5.3.2. Tipificar la incorporación a la cadena de suministro del producto de la violación de derechos humanos.

1. Introducción: planteamiento de la cuestión

«Los operadores económicos no introducirán ni comercializarán en el mercado de la Unión productos fabricados con trabajo forzoso, ni exportarán dichos productos». Así reza el artículo 3 del borrador de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prohibición en el mercado de la Unión de los productos fabricados con trabajo forzado¹. Así, previsiblemente, la prohibición de traficar con productos obtenidos mediante violaciones de derechos humanos será reconocida como parte del derecho europeo.

Pero vayamos un paso más allá, desde el campo de la prohibición al de la sanción. En las próximas páginas nos preguntaremos: ¿puede ser delictiva la infracción de esa prohibición? ¿Es delictiva la actuación empresarial que incorpora a la propia cadena de suministro materiales o productos a sabiendas que han sido obtenidos mediante uso de trabajo forzoso o esclavo, explotación de víctimas de trata (o, en general, mediante cualesquiera otras violaciones de derechos humanos)? ¿Lo

¹ Tras una accidentada tramitación, el 5 de marzo de 2024 el Consejo y el Parlamento Europeo alcanzaron un acuerdo sobre el texto del Reglamento, introduciendo en la versión inicial numerosos cambios procesales y materiales. En el momento de escribir estas líneas, el texto de esa posición ha sido aprobado por el Parlamento Europeo y ha sido remitido al Consejo, a la Comisión y a los Parlamentos nacionales. Véase: *Posición del Parlamento Europeo aprobada en primera lectura el 23 de abril de 2024 con vistas a la adopción del Reglamento (UE) 2024/... del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso y se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, P9_TC1-COD(2022)0269*.

es solo bajo ciertas circunstancias? Y, si bajo el derecho vigente no lo fuera, ¿debería promoverse su criminalización?

Esta pregunta nos asoma a un ámbito difícil para el derecho penal: el de la deslocalización empresarial. La globalización de la producción y del comercio ha supuesto un extraordinario reto para los Estados en numerosos ámbitos: entre ellos, la prevención de cierto tipo de actuaciones empresariales violadoras de los derechos humanos, particularmente centradas en la explotación laboral extrema y en prácticas próximas a la esclavitud. Cuando la cadena de suministro de una empresa se encontraba principalmente en un solo Estado, este podía más fácilmente investigar y prevenir la existencia de graves delitos como estos. Sin embargo, los procesos de deslocalización han propiciado una fragmentación de las cadenas de suministro que, repartidas por distintos países (habitualmente, países con niveles de protección de los derechos laborales más bajos), escapan de la acción inspectora y preventiva de los Estados².

La realidad de las violaciones de derechos humanos en el contexto de los procesos de deslocalización industrial ha sido objeto de atención de distintas instancias internacionales, que en los últimos años han ido impulsando una agenda internacional que aspira a su prevención. En menos de dos décadas ha ido arraigando y creciendo a sorprendente velocidad un programa internacional relativo a la prevención de impactos negativos de la actuación empresarial sobre derechos humanos que busca que las empresas se responsabilicen de la evitación de violaciones de derechos humanos en su cadena de suministro.

Ante la mirada de ilusionados y escépticos, a veces de modo coordinado y a veces no tanto, este programa ha ido «quemando fases» en distintas vertientes (iniciativas en organizaciones internacionales, leyes nacionales en distintos países, normativa europea, etc.) a gran velocidad (Durán Ayago, 2022, s/p): a ritmos distintos, pero con un impulso aparentemente constante. Un impulso que en ocasiones es juzgado como frustrante o insatisfactorio por los sectores políticos y activistas más comprometidos con la causa de la protección de los derechos humanos frente a las violaciones de origen empresarial, que han ido señalando con razón lo limitado de su alcance³; pero que –no debe perderse de vista– ha ido experimentando un *crescendo* constante desde sus recientes orígenes.

La más reciente de estas frustraciones e insatisfacciones ha sido la reformulación a la baja que ha experimentado la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad. El texto de la propuesta (COM/2022/71 final) acordado en diciembre de 2023 por el Consejo y el Parlamento era notablemente más ambicioso; sin embargo, en febrero de 2024 en el Comité de Representantes Permanentes de la Unión Europea (COREPER) no se alcanzó la necesaria mayoría cualificada debido a que varios de los Estados miembros deseaban reducir el ámbito de aplicación de la norma, ralentizar o espaciar en el tiempo su avance y eliminar algunos de los puntos más incisivos, en lo que ha sido denominado un «sabotaje en la hora undécima» (Ciacchi, 2024, p. 6).

Finalmente, este bloqueo solo fue superado mediante una drástica reducción del alcance de la norma (que se limita ahora a empresas de más de 1000 empleados y más de 450 millones de facturación anual, cuando inicialmente se proyectaba sobre

² Un análisis tan lúcido como detallado en Mongillo (2019, p. 659). En la misma línea, Nieto Martín (2020, p. 161).

³ Por muchos, ver, Greer (2018, s/p); Guamán Hernández (2021, pp. 92-94 y 2022, p. 17 y ss.).

empresas de más de 500 empleados y más de 150 millones de facturación anual; y que se ha visto desactivada en alguno de sus puntos más importantes)⁴. En todo caso, esta versión (criticada por haber quedado «aguada» o «descafeinada»), ha salido adelante.

En las próximas líneas se sostendrá que a medio plazo el próximo objetivo europeo en este *crescendo* ha de ser el impulso de la criminalización de la incorporación del producto de violaciones de derechos humanos a la cadena de producción. Es así como se resolverán las posibles dudas que puedan surgir en la variedad normativa de los ordenamientos penales de los Estados miembros.

Se expondrán a continuación, en primer lugar, una breve referencia al camino que nos ha traído hasta aquí; posteriormente, las posibilidades que ofrece el Derecho penal hoy vigente para responder a esta necesidad; y, finalmente, se mostrarán los motivos político-criminales por los cuales debe avanzarse hacia una decisión legislativa a nivel europeo, haciendo hincapié en por qué se trata del paso más natural en el momento evolutivo en el que nos encontramos.

2. Una rápida evolución en las estrategias preventivas. «Deberes de reporte» y «obligaciones de diligencia debida»

La prohibición de incorporar el producto de violaciones de derechos humanos a la cadena de suministro tiene dos antecedentes legislativos principales⁵: por una parte, las estrategias legislativas relacionadas con los «deberes de reporte» empresariales y los estados no financieros; por otra, la introducción de obligaciones de diligencia debida en la prevención de dichas violaciones⁶.

2.1. Deberes de reporte y estados no financieros

La primera de las estrategias dirigidas a prevenir este fenómeno la hallamos de forma paradigmática hace más de una década en leyes como la *California Transparency in Supply Chains Act* de 2010⁷. Esta ley exigía que las empresas medianas y grandes⁸ informasen al mercado de forma clara y comprensible, a través de su página web, qué esfuerzos estaban realizando para prevenir el trabajo esclavo y el tráfico de personas en sus cadenas de suministro, tanto en territorio nacional estadounidense como en el extranjero. El objetivo declarado de la ley era facilitar a los consumidores⁹ una elección informada, de modo que fuese el juego de la oferta y la «demanda suficientemente informada» el que operase el efecto preventivo: los consumidores supuestamente no demandarían los productos de empresas que no proporcionasen esta información.

Se trataba aquí, pues, del umbral mínimo de intervención estatal para la prevención del trabajo esclavo y otras formas de moderna esclavitud: el Estado no obligaba a adoptar ninguna concreta medida material para asegurar que en la propia

⁴ Al respecto, por todos, ver la aproximación crítica de Carretero García (2024, p. 174 y ss.). Subrayan los compromisos políticos que están en la base de esta modificación Bueno *et al.* (2024, pp. 1-2); más en detalle, Janssen (2024) presta atención a la influencia de la política empresarial y exterior alemana en esta negociación «a la baja».

⁵ Sobre antecedentes más lejanos, ver, Martín Hernández (2021, s/p).

⁶ Sobre esta evolución, con referencias a ordenamientos de distintos países europeos, ver Mongillo (2019, pp. 661-664); Muñoz de Morales (2020, p. 972 y ss.).

⁷ Ver, por muchos, Harris (2015); Greer y Purvis (2016); Koekkoek, Marx y Wouters (2021).

⁸ A partir de unos ingresos brutos de 100 millones de dólares.

⁹ La § 1714.43 del *California Civil Code*, en su apartado (b), subraya que si la empresa no dispone de página web, debe proporcionar esa información a los consumidores que se lo soliciten en un plazo de 30 días.

cadena de suministro no entraban suministros procedentes del trabajo esclavo, el tráfico de personas, etc.: solo obliga a que se informe al mercado de cuánto esfuerzo (ya sea mucho, poco o ninguno) realiza la empresa para prevenirlo (Harris, 2015, p. i); y será eventualmente la decisión de los consumidores –que supuestamente dejarían de adquirir bienes de las empresas que no mostrasen una suficiente responsabilidad en este campo– la que haría que las empresas incrementasen sus esfuerzos para evitar que en su cadena de suministro entrase el producto de la violación de los derechos humanos¹⁰.

En esa misma línea (obligación de informar sobre las tareas realizadas sin declarar obligatorias esas tareas) está el modelo que fue en su día introducido en la Directiva de 2014 sobre información no financiera¹¹: obligar a las empresas con un número medio de empleados superior a 500 a incluir en su informe anual un estado no financiero que incluya información sobre «la evolución, los resultados y la situación de la empresa, y el impacto de su actividad, relativa, como mínimo, a cuestiones medioambientales y sociales, así como relativas al personal, al respeto de los derechos humanos y a la lucha contra la corrupción y el soborno». Esta regulación fue traspuesta al ordenamiento español en el kilométrico artículo 49.6 del Código de Comercio. Así, en ese informe deben incluirse, entre otras cosas, una descripción de las políticas y los procedimientos de diligencia debida aplicados por la empresa en relación con estos extremos (Nieto Martín, 2020, pp. 157-159).

2.2. Deberes de diligencia debida

Esta primera estrategia era una aproximación enormemente tímida y muy poco incisiva (Gutiérrez, 2017, pp. 72 y ss., 81 y ss.; y Muñoz de Morales, 2020, p. 978 y ss.). Su principal mérito debe hallarse en que preparó el camino para la consolidación de una idea posterior: que las empresas deben ser destinatarias de obligaciones materiales de prevención de violaciones de derechos humanos como el trabajo esclavo: obligaciones a las que se denomina con el término «diligencia debida», y que son «medidas que una empresa debe tomar para tener conocimiento, prevenir y responder de los efectos negativos de sus actuaciones sobre los derechos humanos»¹². Y es que, lógicamente, solo tenía sentido un deber de explicar y justificar los esfuerzos realizados cuando el derecho proyecta una pretensión sobre esos esfuerzos¹³: cuando desea que sean realizados o los contempla como debidos. En ese sentido, el tránsito de las obligaciones de información a los deberes de diligencia¹⁴ debida era un simple paso natural.

¹⁰ En la misma línea de mínimos se movía la Modern Slavery Act británica de 2015, cuya parte 6ª (titulada «Transparency in supply chains etc.») contenía un § 54 que obligaba a empresas a partir de cierto volumen a emitir una declaración sobre esclavitud y tráfico de personas por cada año financiero. En esa declaración o *statement* la empresa podría incluir información sobre la estructura organizativa de su negocio y su cadena de suministro; sus políticas en relación con el trabajo esclavo y el tráfico de personas; los procedimientos de diligencia debida dirigidos a erradicarlos de sus negocios y de sus cadenas de suministro; las áreas de su negocio o de su cadena de suministro donde podría haber un riesgo de este tipo de actividades; la efectividad de todas estas actuaciones, y la formación recibida por su personal sobre ello. Al respecto, por todos, ver Haynes (2016) y Turner (2016, p. 190 y ss.).

¹¹ La Directiva 2014/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 introducía un nuevo artículo 19 bis en la previa Directiva 2013/34/UE, en relación con «la divulgación de información no financiera e información sobre diversidad por parte de determinadas grandes empresas y determinados grupos». Ver, por todos, Nieto Martín (2020, p. 157 y ss.); Durán Ayago (2022, s/p).

¹² Durán Ayago (2022, s/p), citando un informe de John Ruggie.

¹³ De modo similar, Gutiérrez (2017, p. 80), se pregunta por la lógica de un deber de información sobre las circunstancias de la cadena de suministro en ausencia de un deber de diligencia debida que obligue a conocer dichas circunstancias.

¹⁴ Esa pretensión halla sus raíces internacionales en los llamados principios Ruggie o Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 2011 (PRNU). En el principio

El avance de este enfoque ha sido imparable, como se ha señalado¹⁵. En 2017 la Unión Europea adoptaba este enfoque para un concreto sector del mercado, en el coloquialmente llamado «3TG Regulation»¹⁶ o Reglamento sobre la importación de minerales procedentes de zonas de conflicto¹⁷. La creciente demanda industrial de cierto tipo de minerales (por ejemplo, de coltán para la industria de los teléfonos móviles) estaba produciendo un flujo inmenso de financiación que ayudaba a perpetuar terribles conflictos armados. Siguiendo la estela de iniciativas como la Ley Dodd-Frank norteamericana, el Reglamento obliga a que las empresas importadoras a partir de cierto tamaño adopten pautas de diligencia debida para identificar si sus suministros proceden de zonas de conflicto o alto riesgo¹⁸.

En ese «avance imparable» es la recientísima Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad la que generaliza este enfoque (Guamán Hernández, 2024) e impone a las empresas más grandes¹⁹ la obligación de aplicar la diligencia debida en materia de derechos humanos y medio ambiente. Ese haz de obligaciones materiales implica, entre otras cosas, un deber de *integrar* dicha diligencia debida en sus políticas corporativas; de *identificar* los impactos negativos reales o potenciales derivadas de sus operaciones (incluyendo las de sus filiales) o de sus relaciones comerciales vinculadas a su cadena de valor; y de adoptar medidas para *prevenir* dichos impactos adversos (o, cuando no sea posible, mitigar sus efectos).

El impulso político para este tránsito desde las simples obligaciones de información a las obligaciones de diligencia debida lo recibieron las instituciones europeas de diversos Estados miembros que ya habían avanzado más rápidamente por ese camino (Lantarón Barquín, 2021, s/p), como significativamente hizo Francia en 2017 con la Ley de vigilancia de grandes empresas (*Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*)²⁰, los Países Bajos con su Ley de Diligencia Debida en materia de Trabajo Infantil de 2019 (*Wet Zorgplicht Kinderarbeid*)²¹, etc. Más recientemente, Alemania ha promulgado su Ley

15 ya se establece que las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, incluyendo «un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos». Asimismo, el principio 13 extiende el ámbito de estas obligaciones a los impactos negativos sobre los derechos humanos relacionados con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales (lo cual abarca, entre otras cosas, «las relaciones con socios comerciales, entidades de su cadena de valor», etc.).

¹⁵ Un análisis sobre los motivos de ese avance en el trabajo de Sanguinetti Raymond y Vivero Serrano (2021), precisamente titulado «El imparable avance de la diligencia debida en materia de derechos humanos».

¹⁶ El acrónimo «3TG» hace referencia a los tres minerales cuyo nombre en inglés comienza por T (Tin, Tantalium, Tungsten) y al oro (Gold).

¹⁷ Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo.

¹⁸ Por todos, ver: Diago (2017); y, Nieto Martín (2020, p. 158).

¹⁹ Como ya hemos señalado, en la última fase de su tramitación el alcance de la directiva experimentó una drástica reducción, ya que comenzará por afectar únicamente a empresas que superen un muy elevado umbral: tener una media de más de 1000 empleados y un volumen de negocios mundial neto superior a 450 000 000 EUR o ser la matriz de un grupo que supere dichos umbrales (o bien haber celebrado acuerdos de franquicia o de licencia en la Unión con empresas terceras independientes, cuando tales acuerdos supongan una identidad común, un concepto empresarial común y la aplicación de métodos empresariales uniformes y los correspondientes cánones hayan ascendido a más de 22,5 millones de euros, y siempre que la empresa haya generado, o sea la empresa matriz última de un grupo que haya generado, un volumen de negocios mundial neto superior a 80 millones de euros).

²⁰ Por muchos, recientemente, ver: Álvarez Vizcaya (2024) y Guamán Hernández (2018, pp. 237-245).

²¹ Por muchos, ver: Mongillo (2019, p. 664 y ss.).

de diligencia debida en la cadena de suministro (*Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*)²².

3. La abierta introducción en el derecho europeo de una prohibición de productos obtenidos con violación de derechos humanos en el mercado de la Unión

Todos estos pasos conducen de modo evidente al siguiente: el reconocimiento europeo de la prohibición de importar productos obtenidos con violación de derechos humanos o incorporarlos a la propia cadena de suministro. De hecho, cabe afirmar que la estrategia legislativa de deberes de diligencia debida presuponía de modo tácito la existencia de esta prohibición: es difícil explicar por qué se puede imponer una diligencia debida dirigida a prevenir algo que no esté prohibido²³. La diligencia es el conjunto de cautelas y cuidados a las que obliga una prohibición principal.

La Unión Europea ya ha promovido en los últimos años distintas prohibiciones de este tipo, vinculadas a concretos sectores donde existen amplios acuerdos de política internacional para impedir que las empresas financien y, con ello, perpetúen focos masivos de violación de derechos humanos. Un ejemplo claro lo hallamos en la normativa relativa a la prohibición de importar diamantes en bruto de zonas de conflicto²⁴.

Pero el establecimiento a nivel europeo de una prohibición general de incorporar a la propia cadena de suministro el producto de la violación de derechos humanos en el mercado de la Unión aparece con el mencionado borrador de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la prohibición en el mercado de la Unión de los productos fabricados con trabajo forzado que, como señalábamos en un inicio, se encuentra actualmente en la fase final de su tramitación²⁵.

El declarado objetivo del borrador de Reglamento es «que el trabajo forzoso no encuentre lugar en las cadenas de suministro de las empresas establecidas en la Unión». Su artículo 3 no deja lugar a duda alguna: «Los operadores económicos no introducirán ni comercializarán en el mercado de la Unión productos fabricados con trabajo forzoso, ni exportarán dichos productos»²⁶.

²² Ver, por ejemplo, Grabosch (2021, p. 21 y ss.) y Rühl (2022).

²³ El habitual discurso que señala que aquellas obligaciones de detección e investigación son de medios y no de resultado, mientras que la prohibición de importar o comerciar con estos productos sí sería una obligación de resultado, no obsta a lo aquí señalado. Una cosa es el alcance de la diligencia debida y de las consecuencias derivadas de su incumplimiento (obligación de medios o de resultado; deberes de diligencia debida, no de indemnización, etc.). Otra cosa es el hecho que aquí se señala: en este contexto solo tiene sentido obligar a desarrollar diligencia para detectar algo cuando existe una obligación principal de evitar o prevenir ese algo.

²⁴ Véanse Reglamento (CE) N° 303/2002 del Consejo, de 18 de febrero de 2002; y el art. 3 del Reglamento (CE) N° 2368/2002 del Consejo, de 20 de diciembre de 2002. Sobre este último, ver: Diago (2014). Una prohibición de estructura similar, aunque en el plano de la protección contra la destrucción ambiental (prohibición de introducir en el mercado de la UE materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal), se contiene en el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos derivados asociados a la deforestación y la degradación forestal y por el que se deroga el Reglamento (UE) N° 995/2010.

²⁵ Cito siempre por la versión del texto correspondiente a la posición en primera lectura aprobada por el Parlamento Europeo el 23 de abril de 2024, P9_TA (2024)0309, disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0309_ES.pdf (última consulta 5 de agosto de 2024).

²⁶ En Jacob *et al.* (2022) se analizan las implicaciones de una medida como este en el mercado, así como los distintos modelos para su implementación (prohibición de importación frente a prohibición de tráfico).

No nos encontramos ya, pues, con «estrategias oblicuas», sino con una prohibición directa y frontal. No obstante, debe señalarse que las consecuencias jurídicas que se derivan para quien infrinja esta prohibición son bastante más limitadas de lo que la formulación inicial podría dar a entender. La infracción de esa prohibición nuclear puede dar lugar a una «decisión» de las autoridades competentes (art. 20) que contenga estos pronunciamientos:

1. «La prohibición de introducir o comercializar los productos afectados en el mercado de la Unión y de exportarlos» (lo que, en puridad, no es sino la *declaración* de que se ha cometido la infracción y de que, por ello, esos productos no pueden ser objeto de tráfico lícito); y

2. Dos posibles consecuencias jurídicas (apartados b y c del art. 20.4), que no son sino dos modalidades de restitución al *statu quo ante*:

- una orden de retirada del mercado de la Unión de dichos productos o su eliminación del interfaz *online* donde se estén ofreciendo; y
- una orden de eliminación de los productos afectados²⁷.

Como ya hemos señalado, las valoraciones políticas se dividen entre la bienvenida y la crítica por no haber alcanzado objetivos más altos²⁸. En todo caso, el reconocimiento a nivel europeo de esta prohibición implica, en primer lugar, que la adquisición de productos a sabiendas de su origen en explotación de trabajo esclavo o forzado, al ser una conducta prohibida, no puede pretender ampararse sin más en el argumento de la conducta neutra o acto normal de comercio²⁹. Desaparecido ese argumento, la conducta aparece como un comportamiento ilegal que, a sabiendas, permite que quien viola derechos humanos se lucre con ello y, así, puede favorecer la continuidad o perpetuación de este tipo de violaciones. Ello sin duda tiene influencia sobre las consecuencias penales de su infracción.

4. Legitimación: ¿nuevo deber cuasipolicial para las empresas, o la simple prohibición de no favorecer la violación de derechos humanos? El paralelismo con la receptación

4.1. ¿Deberes negativos o deberes positivos?

Pero antes de estudiar estas consecuencias penales nos ocuparemos de una cuestión de fundamentos: desde un punto de vista teórico-político se plantea la cuestión de la naturaleza jurídica de la prohibición de incorporar a la propia cadena de suministro insumos obtenidos mediante la violación de derechos humanos (y, con ello, la pregunta por la legitimidad de esta prohibición). En términos muy sintéticos, podría plantearse así:

a) Para cierta perspectiva, esta prohibición no es más que una emanación o consecuencia de la prohibición general de dañar (*neminem laedere*), que afecta a todas las personas. La vigencia *erga omnes* de los derechos humanos como límite negativo a la libertad de acción (y también a la libertad económica) implicaría así no

²⁷ El art. 25 establece las pautas para la eliminación de estos productos. En el caso de que lo elaborado con trabajo forzoso fuese no todo el producto sino únicamente una pieza sustituible, la orden de eliminación afectará tan solo a esa pieza (art. 20.4.c). En el caso de que estas órdenes pudiesen perturbar una cadena de suministro de importancia estratégica o crítica para la unión, la orden de eliminación puede suspenderse, de modo que se dé un plazo a los operadores económicos para eliminar el trabajo forzoso de la cadena de suministro antes de adoptar la decisión definitiva. Durante ese plazo, los productos serán retenidos (art. 20.5).

²⁸ Matizadamente habla Eustace (2024, p. 164) de «*a welcome start*».

²⁹ Por ejemplo, ver Ambos (2018, p. 114 y ss.).

solo la prohibición de lesionarlos directamente, sino también la de colaborar en su lesión o de otro modo fomentarla o favorecerla. En este sentido, la legitimidad de la prohibición de incorporar el producto de la violación de derechos humanos a la propia cadena de suministro sería clara: las empresas, como cualquier otro sujeto, hallan un límite a su libertad en la prohibición de causar daños o colaborar en su producción (y, de modo cualificado, cuando esos daños afectan a derechos humanos). Colaborar en la rentabilidad de las violaciones de derechos sería, pues, una conducta que incrementa el riesgo de nuevas violaciones y, por ello, una emanación de la prohibición de dañar.

b) Para la perspectiva opuesta, esta prohibición constituiría una especie de deber «cuasipolicial», un deber de proteger los derechos humanos de otras personas frente a violaciones cometidas por otros sujetos (lo que doctrinalmente llamaríamos deberes positivos³⁰). Prohibiciones como las contenidas en el futuro Reglamento estarían imponiendo a las empresas tareas propias de los Estados, con la intención de evitar hechos negativos (violaciones de derechos humanos cometidos por otros sujetos) en cuya producción aquellas no tuvieron nada que ver. Para esta segunda perspectiva, pues, nos hallaríamos ante una obligación de hacerse cargo de asuntos ajenos en pro del bien común: una especie de sobrecarga con deberes de colaboración con tareas policiales, como si fuese un nuevo impuesto que exige que las empresas, en vez de pagar, realicen directamente tareas que corresponden al Estado. Por ello, desde esta posición se muestra reticencia ante la prohibición de incorporar el producto de la violación de derechos humanos a la propia cadena de suministro.

Pues bien: desde los Principios *Ruggie* hasta los documentos prelegislativos más recientes, las distintas estrategias legislativas parecen inscribirse cada vez con más claridad en la primera de las perspectivas³¹. Se trata de evitar los «impactos negativos» o «efectos adversos» sobre los derechos humanos que la propia actuación empresarial favorece (en especial, en países con menos capacidad para investigarlos o perseguirlos)³² al colaborar con quienes producen esas violaciones de derechos humanos³³: la prohibición de favorecer este tipo de impactos negativos sería, así, una derivada de la prohibición de dañar a terceros o de colaborar con actos dañinos.

³⁰ Deberes que no obligan únicamente a no dañar intereses ajenos, sino también a mejorarlos, a protegerlos frente a amenazas que no tienen que ver con nosotros, a fomentarlos (ver, por todos, Jakobs, 1997, núm. marg. 28/15).

³¹ Expresamente dice Ruggie (2013) que los deberes de las empresas se limitan a un «deber de respetar» los derechos humanos (p. 90 y ss.), y no un deber de «ayudar» o «colaborar con el Estado»; y que ese deber se extiende más allá de los estrictos límites de la empresa, llegando hasta toda la cadena de valor (pp. 97-98).

³² El Memorandum explicativo de la propuesta de Directiva de diligencia debida (punto 1) señala también que este tipo de impactos negativos sobre los derechos humanos son externalidades negativas (es decir: costes de la producción que la empresa no asume y que repercute sobre terceros).

³³ Este aspecto de colaboración con el sujeto que produce la violación de derechos fundamentales (participando en su delito o ayudándole a que lo rentabilice) es una clave importante. En relación con el delito de blanqueo de capitales, Ana Carolina Carlos de Oliveira (2022, en especial puntos 3, 4.2 y 5) sostiene que los deberes preventivos asignados a las empresas son positivos, ya que se trata de una excepcional atribución de algún tipo de responsabilidad a una empresa por las violaciones cometidas por otros sujetos autónomos e independientes.

Es importante señalar que esta posición parte del campo del blanqueo de capitales, donde no solo existen prohibiciones de blanquear, sino también deberes de denuncia (que ciertamente muestran caracteres de deberes positivos, como señala Carlos de Oliveira; sobre ambos tipos de deberes, ver Bermejo, 2015, p. 246 y ss.). Sin embargo, la prohibición de blanquear debe considerarse un deber negativo. El hecho de que un sujeto A pueda tener algún tipo de responsabilidad en relación con los delitos del sujeto B no es algo excepcional que nos traslade al campo de deberes cuasipoliciales: es tan usual como la prohibición de participar en delitos ajenos y la prohibición de ayudar a que los delitos ajenos sean rentables (como la que está en la base del delito de receptación). Tanto en la participación

Es cierto, no obstante, que la empresa que adquiere productos que traen causa de una violación previa de derechos humanos no es quien ha causado esa violación. Pero ello no obsta a la consideración de estas obligaciones como deberes negativos: en ese sentido, esta prohibición busca responsabilizar a las empresas por las posibles violaciones de derechos humanos que pueden estar favoreciendo, facilitando o fomentando debido a su participación en dichas cadenas. No adquirir bienes de origen delictivo no es un «deber policial de prevenir delitos ajenos»: es una prohibición de generar estados de cosas dañosos o peligrosos para los derechos de las personas o cooperar en su generación.

Y es que, como se ha señalado³⁴, el fraccionamiento e internacionalización de las cadenas de suministro es una de las circunstancias que favorece la impunidad de este tipo de actuaciones ilícitas³⁵. La tolerancia a adquirir bienes producidos en otros países mediante la violación de derechos humanos, apelando a que quien los ha violado es otro sujeto que ha actuado en otra jurisdicción, es tanto como permitir que se financie la violación de derechos humanos. Esa financiación es lesiva para los bienes jurídicos más importantes, y puede ser por ello prohibida.

4.2. La incorporación de materiales o productos a la propia cadena de suministro a sabiendas de que proceden de la violación de derechos humanos. El paralelismo con la receptación de bienes de origen delictivo

Un paralelismo con delitos tan clásicos como la receptación o tráfico de bienes procedentes de un delito puede ilustrar la idea³⁶. La prohibición de adquisición y tráfico de objetos robados no es un «deber policial» o una «imposición a los particulares de tareas estatales». La prohibición de adquirir estos bienes se legitima por los efectos negativos que puede producir el receptor al ayudar a que los ladrones rentabilicen su acción y se aprovechen de los efectos de su delito³⁷. Ciertamente, quien compra bienes robados no es considerado en el ordenamiento español ni en los de su entorno como un partícipe en ese concreto robo, ya que su intervención tiene lugar cuando el delito ya se había consumado: con otras palabras, no ha colaborado en la lesión del patrimonio de la concreta víctima de ese robo. Sin embargo, prohibimos la receptación porque fomenta la ulterior comisión de delitos contra el patrimonio: sin receptación habría menos robos.

criminal como en la receptación de bienes robados hablamos de responsabilidad penal en relación con un delito cometido por otro sujeto autónomo e independiente (y el cómplice o el receptor infringen deberes negativos, no positivos). No nos encontramos aquí, pues, con un deber positivo de denunciar o controlar a otro, sino con un deber negativo de no participar en sus delitos ni ayudar a que los rentabilice.

³⁴ «Es necesario cambiar los mecanismos actuales de externalización ilimitada y de ruptura y dispersión incontrolada de la cadena de producción, con la consiguiente multiplicación de los actores implicados. De hecho, estos modelos económicos pulverizan las posiciones de responsabilidad en cuanto al respeto de las normas laborales, dificultan la vigilancia a lo largo de la cadena de suministro o de valor e impiden, en la práctica, la reconstrucción e imputación de responsabilidades a posteriori. Se ha demostrado empíricamente que cuantos más estratos tiene una cadena de suministro, más aumenta la cantidad de trabajo forzoso o explotado, tendiendo a engrosar los niveles más lejanos e intermedios de la cadena de distribución, especialmente en las fases relativas a la adquisición de materias primas y a la producción de materiales, situadas en países en desarrollo con menores costes laborales» (Mongillo, 2019, p. 660).

³⁵ El punto 1º del Memorandum explicativo de la propuesta de Directiva de diligencia debida hacía constante hincapié en esta perspectiva; un enfoque similar, aunque menos detallado, hace el Reglamento sobre prohibición en el mercado UE de productos fabricados con trabajo forzado (versión aprobada por el Parlamento el 23.4.2024).

³⁶ Acuden a paralelismos con la figura de la receptación Mongillo (2019, pp. 670-671), Nieto (2020, p. 161 y ss.) y García Sedano (2022, pp. 44-45).

³⁷ En este sentido, Lascuráin Sánchez (2023), citando a Molina Fernández (Memento Penal, 2021, Cap. 35, número marginal 12341).

En este sentido, el receptor es sancionado por la incidencia que su propia acción tiene en el patrimonio de las personas de modo general: una incidencia distinta de la que tiene el robo –que directa y dolosamente lesiona los derechos de un concreto sujeto pasivo–, pero también lesiva para el bien jurídico patrimonio a un nivel más colectivo.

Sin esfuerzo se comprende que lo mismo puede predicarse de la incorporación a la propia cadena de suministro de bienes producidos mediante el uso de trabajo forzado o esclavo (Lascuráin Sánchez, 2023). La prohibición de este tipo de actuaciones se explica como una prohibición de generar condiciones que favorezcan este tipo de violaciones de derechos humanos, y no como una suerte de deberes positivos que impliquen a las empresas en las tareas policiales de persecución de la explotación. Lo mismo, *servata distantia*, puede decirse de figuras como el delito doloso de blanqueo de capitales, en las que el sujeto activo interviene una vez ya se ha producido la actividad delictiva que da lugar al producto del delito.

4.3. La incorporación de materiales o productos a la propia cadena de suministro con infracción de la diligencia debida. Deberes de cuidado y diligencia debida

El debate puede parecer parcialmente distinto cuando hablamos de los deberes de diligencia debida: aquí no se trata de impedir que alguien trafique con bienes a sabiendas de su origen criminal, sino de impedir que lo haga negligentemente o sin querer. ¿Qué valoración merecen los deberes de cuidado, los deberes de investigar si en pasos previos de la cadena de suministro están teniendo lugar ese tipo de violaciones de los derechos humanos³⁸? ¿Se trata aquí de deberes positivos o negativos?

Nos encontramos aquí con una estrategia legislativa bien conocida en los últimos años, particularmente en ámbitos como la prevención del blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo: la limitación del principio de confianza. Esa limitación en ocasiones exige que, para poder confiar en el *partner*, debemos recabar de él cierto tipo de indicios más o menos estandarizados de la corrección de su actuación: solo ante esos indicios podemos confiar en él e interactuar sin incurrir en responsabilidad por participar en sus eventuales conductas ilícitas. Si somos agentes económicos particularmente fuertes y con poder de influencia en su cadena de suministro³⁹ –como vemos en la evolución de la normativa sobre diligencia debida y derechos humanos–, se nos exigirá un nivel de comprobación mayor.

Esto, en efecto, supone que para evitar financiar, favorecer o facilitar las violaciones de derechos humanos no solo se exige una mera abstención de realizar conductas dolosas, sino que implica un mayor grado de exigencia en forma de deber de cuidado o diligencia: cerciorarse de que no se está favoreciendo la comisión de un delito⁴⁰ o ayudando a que este resulte rentable. Ahora bien: si atendemos a esta «diligencia debida», ¿se ve alterada la naturaleza de la prohibición de traficar con bienes producidos mediante violación de derechos humanos? ¿Nos encontramos

³⁸ Nótese que, en su versión aprobada por el Parlamento el 23 de abril de 2024, el art. 1.3 del borrador de Reglamento sobre productos realizados con trabajo forzoso dice: «El presente Reglamento no crea obligaciones de diligencia debida adicionales para los operadores económicos además de las ya previstas en el Derecho de la Unión o nacional».

³⁹ Sobre la relevancia de este factor, Nieto Martín (2020, pp. 153-154).

⁴⁰ Íntimamente relacionada con este tema se encuentra la cuestión de si una conducta es un acto de tráfico «neutra» o si es una participación en un acto delictivo ajeno. Un análisis sobre esta distinción en el plano de las relaciones comerciales internacionales puede hallarse en Ambos (2018, pp. 108-132).

entonces aquí con deberes positivos que obligan a las empresas a asumir tareas que en principio corresponderían a las instituciones policiales?

La respuesta parece negativa. Un ejemplo básico puede ayudarnos: tanto el homicidio doloso como el homicidio imprudente son conductas que violan un deber negativo que está en la base de la prohibición de matar. Que esa prohibición pueda exigir realizar comprobaciones y desarrollar deberes de cuidado para no cometer un delito imprudente (detenerse ante una señal de *stop*, comprobar si vienen peatones en un paso de cebra, confirmar el estado de las ruedas o los frenos cada cierto tiempo) no convierte a esas comprobaciones o deberes de cuidado en «tareas estatales de tipo policial asignadas a los particulares». Que se trate de un mayor nivel de exigencia no altera la realidad de que hablamos de una misma prohibición: que la propia actividad de la empresa no facilite o favorezca la continuidad de violaciones de derechos humanos⁴¹.

5. Relevancia penal de la incorporación a la cadena de suministro de insumos procedentes de la violación de derechos humanos

5.1. Planteamiento

Hemos visto el camino recorrido hasta el reconocimiento en el derecho europeo de una prohibición de incorporar a la propia cadena de suministro el producto de la violación de derechos humanos. También hemos visto que el Reglamento sobre productos de trabajo forzoso, cuando entre en vigor, no preverá sanciones para la violación de dicha prohibición, sino solo para la desobediencia a las órdenes de retirada o eliminación de productos (art. 37 en relación con el art. 20.4).

Sin embargo, esa misma conducta –siempre o bajo ciertas circunstancias– revista relevancia bajo la perspectiva del derecho penal nacional, porque pueda realizar determinados tipos penales. Procede, pues, realizar dos preguntas:

- ¿Tiene *de lege lata* la infracción de esta prohibición alguna consecuencia en el plano penal bajo el derecho vigente? La pregunta es pertinente, puesto que hablamos de conductas que tienen una conexión con violaciones de derechos humanos que revisten relevancia penal (trabajo esclavo, trabajo forzoso, explotación extrema, etc.).
- ¿Sería aconsejable la creación de alguna nueva figura penal que recogiese específicamente la incorporación a la propia cadena de suministro de insumos procedentes de la violación de derechos humanos?

5.2. *De lege lata*

Distintas organizaciones no gubernamentales han instado la apertura de causas penales contra empresas que importan materias primas o productos obtenidos mediante trabajo esclavo, forzoso o infantil, en lo que se ha dado en llamar «litigio estratégico»: causas penales que, además de buscar una solución legal a un caso

⁴¹ Si analizamos la cuestión desde una perspectiva distinta (el punto de vista del cumplimiento regulatorio), sin duda ello implica requerir a la empresa un mayor esfuerzo en forma de deberes de comprobación que, en el caso de empresas de gran tamaño y capacidad de influencia en la cadena de suministro, pueden llegar incluso a consistir en inspecciones de las instalaciones de un proveedor *on site* para constatar que en ellas no tiene lugar trabajo esclavo, forzado o infantil. Cuando se llega a este extremo, hallamos en efecto obligaciones novedosas de *third party compliance* que revolucionan los estándares hasta ahora conocidos (todo ello, una vez más, independientemente de si hablamos de deberes positivos o negativos).

concreto, intentan impulsar o promover cambios legislativos o políticos (Duffy, 2018, p. 3). La pregunta que se nos plantea es: ¿qué margen existe para este tipo de acciones legales en relación con los casos que nos ocupan?

El legislador español no ha adoptado la decisión de criminalizar específicamente esta conducta. Sin embargo, bajo ciertas circunstancias, varias de sus manifestaciones pueden considerarse abarcadas por distintas figuras penales ya existentes.

5.2.1. ¿Participación punible en un delito consistente en la violación de derechos humanos? (explotación extrema, servidumbre, trabajo forzado o esclavo, etc.)

Como ya se ha expuesto, la mera adquisición de suministros producidos mediante la violación de derechos humanos, de modo general y sin más requisitos, no puede ser considerada penalmente como una participación en dicha violación. Aunque en efecto esa violación fuese constitutiva de delito en el lugar en el que se realizó (por ejemplo, actividad productiva que emplea trabajo esclavo o forzoso), adquirir el producto de esa explotación sería una conducta que tiene lugar una vez concluido el delito y, por ello, no ha incidido en su comisión.

Bajo determinadas circunstancias, no obstante, distinta debe ser la calificación en los supuestos en que se establece con la empresa explotadora una relación comercial continuada a sabiendas de que el suministro se obtiene sistemáticamente mediante trabajo forzoso o esclavo, explotación extrema, etc. en el extranjero. En esos casos se podría plantear si los encargos y pagos continuados a la empresa podrían constituir una participación (complicidad o cooperación necesaria) en el delito cometido en territorio de otro Estado⁴²: la empresa contrata la adquisición de productos a sabiendas de que ello implica requerir una producción esclavista (y, por ello, criminal), y que con ello incita y financia la continuidad de esa actividad violadora de derechos humanos. Esto resulta particularmente más claro si la empresa importadora es el principal cliente y, por ello, la principal vía de financiación de la actividad empresarial delictiva, o si tiene capacidad de intervención en las decisiones de gestión de la empresa explotadora o esclavista. Nótese que, en la medida en que importar o comercializar el producto del trabajo esclavo estarán prohibidos en virtud del reglamento, no cabría aquí acudir al argumento de la «conducta neutra» o «neutral» para impedir la calificación como participación delictiva⁴³.

Por supuesto, con mayor claridad cabe hablar de una intervención punible en el delito cometido en el extranjero cuando la empresa que produce el suministro mediante violación de derechos humanos es materialmente una filial o sucursal de la empresa importadora, una auténtica *longa manu* (pensemos en casos en los que la fragmentación de la cadena es fingida, con interposición de «empresas-testaferro» para ayudar a eludir responsabilidades). Así ocurre con las «fábricas pantalla» que trabajan bajo pedido de grandes marcas textiles: en muchos de esos casos, en realidad, nos hallamos con supuestos en que la proveedora realiza una cesión del

⁴² Así lo plantea Lascurain Sánchez (2023) en relación con «la promesa previa expresa de comercialización del producto fruto de la vulneración de derechos humanos».

⁴³ Cabe anticiparse a otro posible argumento de defensa: el que sostendría que el hecho de que el futuro reglamento europeo prevea sanciones de corte administrativo implica que esta conducta nunca podría tener relevancia penal. El argumento sería erróneo, pues como hemos visto (art. 37 del texto aprobado por el Parlamento el 23 de abril de 2024), las sanciones se prevén únicamente para los casos de incumplimiento de las órdenes de retirada o eliminación de los productos elaborados con trabajo forzoso: se trataría de la sanción de una específica desobediencia a una orden de cesación o corrección (algo similar a lo que el art. 327.b contempla como fundamento de agravación en el tipo cualificado de delito medioambiental), pero que no prejuzga en modo alguno la relevancia de la conducta de introducir en la propia cadena de suministro productos de la violación de derechos humanos.

establecimiento donde se violan los derechos a la gran empresa adquirente que, por ello, es en todo momento la garante de los derechos de los trabajadores⁴⁴.

Todo ello plantea un cauce de litigio estratégico para organizaciones de defensa de los derechos humanos. No obstante, suscita con frecuencia numerosos problemas prácticos, ya que en muchos casos la conducta no es formalmente constitutiva de delito en el Estado donde se ha realizado; o bien, pese a estar prevista como delito, sin embargo, las autoridades del lugar (que es en principio el *forum delicti commissi*) son con frecuencia tolerantes con su comisión y remisas a la hora de perseguirlo (Mongillo, 2019, p. 657).

5.2.2. Blanqueo de capitales

a. Planteamiento general

Aunque podría pensarse que la adquisición de suministros procedentes de trabajo esclavo o forzado no se parece a la imagen paradigmática del blanqueo de capitales (no hallamos aquí los clásicos maquillajes contables, las ficciones de operaciones financieras, etc. con la intención de crear una historia «legal» para bienes de origen «ilegal»), lo cierto es que la adquisición y conversión de bienes a sabiendas de que proceden de una actividad delictiva cometida total o parcialmente en el extranjero puede encajar en el tenor literal del delito de blanqueo de capitales (art. 301 CP).

Una mirada en detalle al supuesto que nos ocupa revela que nos encontramos ante una conducta que, incorporando el producto de un delito a la cadena de suministro de la empresa, lo transforma e introduce en el mercado como parte de un producto lícito (nótese que, a tenor del reglamento sobre bienes obtenidos mediante trabajo forzado, hablaremos de un producto de prohibido comercio en el mercado de la Unión Europea). Frente a posibles objeciones que cabría imaginar, se pueden anticipar las siguientes respuestas:

- A efectos del blanqueo, el trabajo esclavo y la explotación extrema son delitos productivos, no menos que la corrupción o los fraudes. Por ello, pueden ser la actividad delictiva previa a la que se refiere el delito de blanqueo. Esto ha sido reconocido, por ejemplo, por el High Court británico en su resolución del caso *R. (on the application of World Uyghur Congress) v Secretary of State for the Home Department & Others*⁴⁵, relativo a la importación de un algodón que, según los denunciantes, había sido producido en China mediante trabajo forzoso.

⁴⁴ Muy interesante a este respecto es el estudio de Gallo (2021), que analiza los casos de grandes marcas textiles argentinas que realizan pedidos sumamente concretos a «fábricas pantalla», con plazos y especificaciones técnicas determinadas. En estos casos, la autora sostiene que desde la perspectiva del derecho del trabajo el comitente es garante, pues nos hallamos ante una relación de tercerización, i.e. un vínculo productivo a efectos laborales: la empresa-taller realiza una «cesión de establecimiento o explotación» a la gran marca textil, que pasa a ser responsable solidaria de la cobertura de riesgos laborales y, por ello, garante. Gallo refiere una resolución de la justicia argentina que, basándose en estos fundamentos procesó a los administradores de la gran marca textil y ahonda en las bases teóricas de dichos fundamentos.

⁴⁵ Disponible en <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2023/01/World-Uyghur-Congress-v-HMRC-judgment-200123.pdf> (última consulta 5 de enero de 2024). En esta resolución se recoge cómo la National Crime Agency había advertido a un importador de algodón que los delitos relacionados con modernas formas de esclavitud y los crímenes contra la humanidad pueden constituir el «delito antecedente» a los efectos del blanqueo de capitales. No obstante, a causa de otros motivos la resolución termina por concluir que el acto de importación de algodón no debía considerarse un acto de blanqueo. Al respecto, ver infra, en el texto.

- Por otra parte, no supone un obstáculo para la condena por blanqueo el hecho de que se haya cometido en territorio de otro Estado (art. 301.4 CP), siempre que la conducta allí no fuese penalmente atípica.
- El hecho de que el Código Penal desde 2003 no exija que los bienes tengan origen en un «delito» sino en una «actividad delictiva» ha dado pie a flexibilizar algunos requisitos adicionales (Abel Souto, 2011), de modo que no se exige que haya habido una condena judicial previa por la actividad delictiva precedente (siempre que el juez sentenciador pueda considerar probada dicha actividad en el mismo procedimiento en el que se juzga el blanqueo) (Morillas Cueva, 2013, p. 92 y ss.; y González Uriel, 2021, p. 252 y ss.), y tampoco es necesario demostrar el específico acto delictivo que dio lugar a la producción de cada concreto bien⁴⁶.

Así, no parece que el objeto del delito plantee particulares objeciones en el plano jurídico. Por supuesto, sí podrán surgir problemas probatorios respecto de si el bien o producto importado tiene en efecto origen en una actividad delictiva; o si el importador lo sabía⁴⁷.

Sin embargo, los aspectos más problemáticos no tienen que ver con el objeto del blanqueo (el producto de la actividad violadora de los derechos humanos) sino con la conducta de blanqueo. ¿Puede considerarse que importar bienes de origen criminal sea una forma de blanqueo? Es aquí donde se suscita más debate; y, por cierto, un debate que no se plantea del mismo modo en todos los ordenamientos, ya que el tipo penal de blanqueo no se configura del mismo modo en todos ellos.

b. Particularidades que plantea la conducta típica de blanqueo. El caso español

Tomemos el ejemplo español. Como es sabido, el delito de blanqueo ha experimentado una expansión extraordinaria en los últimos años, de modo que no solo abarca la clásica conducta de blanquear como inventar un origen legal para un activo de origen criminal, sino también un amplio rango de conductas, desde las más nucleares a las más auxiliares o secundarias, que intervienen en las distintas fases del blanqueo. Se ha generado así un delito muy amplio e indeterminado, cuyos perfiles son discutidos por doctrina y jurisprudencia.

Uno de estos debates es el relativo al alcance de la conducta típica de adquirir bienes a sabiendas de su origen delictivo. La jurisprudencia dominante y buena parte de la doctrina entienden que esas conductas solo son delictivas cuando se realizan «para ocultar o encubrir su origen ilícito»⁴⁸. Sin embargo, otro sector de la doctrina entiende que con esa interpretación restrictiva se desarticula la lógica del precepto, y que los instrumentos internacionales recogen como delito la adquisición de bienes de origen delictivo también cuando se realiza sin intención de colaborar en su ocultación o encubrimiento⁴⁹.

⁴⁶ También en este mismo sentido se manifestó el High Court británico en la mencionada causa *R. (on the application of World Uyghur Congress) v Secretary of State for the Home Department & Ors.*

⁴⁷ Asimismo, y en relación con el tipo imprudente, también podrán surgir dudas respecto de la existencia y la infracción de un deber de cuidado por parte del importador: sobre ese tema volveremos brevemente al final de este trabajo.

⁴⁸ Por todos, ver Blanco Cordero (2002, pp. 398-400) y Lascurain Sánchez (2018, p. 504).

⁴⁹ Esta línea sostiene que en el art. 301.1, donde dice «El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito», el elemento típico «para ocultar o encubrir su origen ilícito» se refiere únicamente a la conducta de «cualquier otro acto», y no a los verbos típicos iniciales «adquirir», «poseer», etc. Por todos, ver Abel Souto (2005, pp. 94-102, con extensas referencias); Martínez Buján (2023, pp. 718-719, donde explica que inicialmente sostenía una tesis distinta, y los argumentos por los cuales cambió de opinión).

Confrontemos el caso que nos ocupa con estas dos corrientes interpretativas. Mientras que para la segunda la importación de bienes a sabiendas de que proceden del trabajo esclavo (o con imprudencia grave al respecto) podría realizar el tipo de blanqueo, la primera solo lo admitirá en los casos en que esa importación sea un modo de ocultar o encubrir su origen ilícito.

Así, para esta corriente dominante en la jurisprudencia española el importador podría aducir que no ha ocultado ni encubierto nada, sino que se ha limitado a comerciar con esos activos para obtener un rendimiento económico (y que el hecho de que con ello beneficiase a quien los ha producido mediante trabajo forzoso, esclavo, etc. no es de por sí delictivo). Siendo así, las acusaciones deberían demostrar que el importador ha realizado algún tipo de actividad ocultadora o encubridora del origen criminal de los productos.

Esta concepción restrictiva de la jurisprudencia española plantea más dificultades a las organizaciones que intentan impulsar acusaciones populares en estrategias de litigio estratégico. La calificación como blanqueo será más viable cuando la importadora haya intervenido a sabiendas en actividades como transmisiones intermedias realizadas a través de empresas pantalla o haya proporcionado información falsa sobre el origen de los materiales en documentos como los estados no financieros, pero habrá supuestos en los que resultará difícil o imposible. No obstante, lo cierto es que la creciente introducción de obligaciones de información y diligencia debida en materia de derechos humanos y de prohibiciones de comerciar con bienes procedentes de trabajo forzoso o esclavo puede llevar a que las empresas que introduzcan este tipo de bienes en su cadena de suministro hayan tenido que realizar algún tipo de actividades de ocultación.

Por todo ello, dadas las circunstancias descritas (y en la medida en que la conducta no sea atípica en el país de comisión), para la línea jurisprudencial dominante en España la conducta de adquirir a sabiendas suministros obtenidos mediante actividad delictiva cometida en el extranjero para incorporarlos a la propia cadena y elaborar así productos que entren en el tráfico lícito tendrá encaje en los modernos tipos dolosos de blanqueo⁵⁰, únicamente en los casos en que, como hemos visto, se cumpla con el requisito de ocultación de su origen criminal.

c. La regulación inglesa y el caso del Congreso Mundial Uigur

Veamos ahora un interesante ejemplo procedente del ordenamiento británico. La *Proceedings of Crime Act* de 2002 distingue con claridad las conductas de adquisición de bienes a sabiendas de su origen delictivo y las de ocultación o encubrimiento de dichos bienes. Así, la sección 327 (*Concealing*) recoge las conductas de ocultación, transformación, encubrimiento, transferencia, etc.; y, la sección 329 (*Acquisition, use and possession*) tipifica las conductas de adquisición, uso y posesión de bienes de origen criminal sin someterlos a un requisito adicional de «intención de ocultar o encubrir su origen ilícito».

Por ello, aquí no sería necesario demostrar que el importador o adquirente había participado en actividades de ocultación. Sin embargo, la regulación británica también plantea alguna objeción. Para su ilustración resulta interesante el ya mencionado caso del Congreso Mundial Uigur (*World Uyghur Congress* o WUC) ante el High Court británico.

⁵⁰ Cuestiones adicionales plantea el tipo imprudente de blanqueo: a este respecto, *vid. infra*, en el subapartado 3.b), *in fine*.

El caso se inició porque el WUC tuvo conocimiento de que distintas empresas estaban importando algodón producido en la Región Autónoma Uigur de Xinjiang (*Xinjiang Uyghur Autonomous Region* o XUAR) que, según aducían, estaba siendo producido mediante el uso de trabajo forzoso de miembros de la etnia Uigur. Reuniendo los elementos probatorios de los que disponía, el WUC lo denunció a distintas agencias públicas británicas en 2020, solicitando entre otras cosas que se instase una investigación por el delito de adquisición de productos de previos delitos. Dado que las agencias declinaron su solicitud, el WUC recurrió esa negativa ante los tribunales. Es ante ese recurso que el High Court emitió la resolución que ahora nos interesa.

Tal como se recoge en la resolución, en efecto las autoridades británicas admitían que los delitos de la *Modern Slavery Act* de 2015 (entre ellos, trabajo forzoso, tráfico de personas, esclavitud o servidumbre) pueden constituir el delito antecedente a efectos del delito de blanqueo. En ese punto, como ya hemos avanzado, no había problemas jurídicos. No obstante, el High Court desestimó el recurso del WUC con base en dos grupos de argumentos: por una parte, argumentos relativos a la prueba, que en este punto nos interesan menos⁵¹; pero por otro, argumentos jurídicos propios del tipo penal británico.

Y es que, aunque el tipo penal de *acquisition, use and possession* recogido en la *Proceedments of Crime Act 2002* no exija el elemento intencional «para ocultar o encubrir su origen», sin embargo, sí está sometido a otros elementos restrictivos. Así, según la sección 329.2.c de la *Proceeds of Crime Act*, no comete el delito de adquisición, uso o posesión de bienes de origen criminal quien adquiere los bienes a cambio de su valor de mercado (cláusula «*for adequate consideration*»). Este argumento es de gran interés para el tema que nos ocupa, puesto que supone que, a falta de otras consideraciones, bajo el derecho británico quien adquiere a sabiendas el producto del trabajo esclavo a cambio de su valor de mercado no cometería esta modalidad de blanqueo. En tal caso, la posible responsabilidad penal por blanqueo solo podría provenir de otras modalidades de blanqueo si se diesen sus requisitos (la ocultación o encubrimiento del origen criminal, sección 327; o los acuerdos para facilitar a otras personas la adquisición, retención, utilización o control de bienes de origen criminal, sección 328).

5.3. *De lege ferenda*

Todo lo expuesto deja claro que, para disipar dudas y uniformizar el tratamiento de esta materia en el ámbito europeo, se hace necesario un paso más en la evolución de las estrategias político-legislativas en esta materia: una regulación coordinada que permita la sanción de estas conductas en los propios Estados miembros⁵², sin depender de la colaboración de los Estados extranjeros en los que se puedan cometer estas violaciones empresariales de derechos humanos⁵³. Como se ha señalado, el

⁵¹ El Tribunal consideró que el WUC no había aportado pruebas de que las partidas de algodón importado procediesen de trabajo forzado; y que la prueba de que «podrían proceder» de trabajo forzado no equivale a la prueba de que en efecto tenían tal procedencia (en especial, párrafos 48-56 y 80). El argumento parece cuestionable, ya que no se está hablando del nivel probatorio requerido para condenar, sino para abrir una investigación.

⁵² Ya en 2010 planteaba Stoitchkova (2010, pp. 156-159) que la carencia de una normativa sancionadora produciría una perturbadora impunidad y que supondría un incentivo a que las empresas se implicasen en relaciones contractuales puntuales con repercusiones negativas sobre los derechos humanos, pero de gran valor económico.

⁵³ En el contexto del proyecto de investigación «La responsabilidad penal de empresas transnacionales por violaciones a los Derechos Humanos y al medio ambiente – REPMULT (DER 2017-85144-C2)», distintos investigadores hemos abonado esta propuesta, tanto en los seminarios y congresos organizados como en distintos trabajos. Ver, por todos, Mongillo (2019, pp. 670-671), quien muestra sus

avance de estas iniciativas ha de ser necesariamente supranacional: de no ser así, solo algunos Estados sancionarían estas conductas, lo cual producirá desequilibrios en el mercado europeo e internacional (Mongillo, 2019, p. 669).

5.3.1. Un antecedente: la criminalización del uso de los servicios de las víctimas de trata de seres humanos

Cierto antecedente de un precepto como este lo hallamos en las propuestas de criminalizar el uso de los servicios de las víctimas de trata de seres humanos, en tanto que prohibición de beneficiarse de una prestación obtenida mediante una violación de derechos humanos (Mongillo, 2019, p. 675; García Sedano, 2022, pp. 46-47). Propuestas como la contenida en el art. 19 del Convenio de Varsovia de 2005 sobre la lucha contra la trata de seres humanos, en el que las partes se comprometen a estudiar la posibilidad de criminalizar el uso de servicios de las víctimas de trata (servicios como la prostitución u otras formas de explotación sexual, el trabajo o servicios forzados, esclavitud, servidumbre o extirpación de órganos). La Directiva 2011/36/UE, en su art. 18.4, concretó algo más este compromiso, al referirse al uso de estos servicios a sabiendas de que la persona es víctima de trata.

Siguiendo estas pautas, el Anteproyecto de Ley Orgánica integral contra la trata y la explotación de seres humanos propone introducir un art. 177 *quáter* en el código penal que plasme legislativamente este compromiso. El precepto sigue en lo esencial las líneas del Convenio de Varsovia y la Directiva europea, si bien avanza un paso más, al prever incluso un tipo imprudente⁵⁴.

dudas sobre el modelo de *receptación* y sobre un posible tipo imprudente; dudas que le llevan a preferir un sistema de sanción administrativa; Nieto Martín (2020, p.151); García Sedano (2022, pp. 44-45); y Lascuráin Sánchez (2023), todos ellos apoyando un modelo que tomase como inspiración el tipo de receptación. En el congreso del Proyecto REPMULT en 2019 todos estos investigadores reflexionaron sobre ese «modelo receptación»; personalmente, en ese y otros seminarios he abonado la vía de un tipo derivado del blanqueo de capitales. Debido a la armonización que ha experimentado el delito de blanqueo de capitales en el ámbito internacional, el «modelo del blanqueo» parece más apropiado para elaborar propuestas regulatorias destinadas a varios Estados. Asimismo, las obligaciones de diligencia debida para la prevención de trabajo esclavo pueden integrarse en el *compliance* empresarial, de modo similar los deberes de comprobación propios de la normativa antiblanqueo. Nieto Martín también planteó la posibilidad de emplear a estos efectos modalidades figuras propias del «derecho penal del comercio exterior» (sobre este concepto, ver Tiedemann (2010, §3)), cuya estructura también se adaptaría a los deberes empresariales de diligencia.

⁵⁴ El texto del proyectado artículo 177 *quáter*, en la versión expuesta para audiencia pública en el mes de abril de 2024 (<https://www.igualdad.gob.es/wp-content/uploads/APLO-TRATA-para-audiencia-publica-vf.pdf>), es el siguiente:

- «1. Quien, sin haber intervenido como autor o partícipe, haga uso de los servicios, prestaciones o actividades de la víctima de cualquiera de las conductas previstas en el artículo 177 ter, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por un tiempo superior entre tres y seis años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código.
2. En los casos en que el autor de las conductas descritas en el apartado anterior haya actuado con imprudencia grave se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años y seis meses.
3. Quedará exento de pena quien, habiendo utilizado ocasionalmente los servicios, actividades o prestaciones de una víctima de los delitos previstos en el artículo 177 ter, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento o de las correspondientes diligencias policiales o judiciales».

5.3.2. Tipificar la incorporación a la cadena de suministro del producto de la violación de derechos humanos

Hay, no obstante, diferencias muy importantes entre la figura del «uso de los *servicios* de la víctima de trata» y un futuro tipo penal de «incorporación a la cadena de suministro de bienes obtenidos mediante la violación de derechos humanos».

En efecto, en el primero de los casos el sujeto activo por lo general tiene un contacto con la víctima de la trata y realiza una participación directa en la violación de sus derechos humanos, al esclavizarla, explotarla, participar en su prostitución⁵⁵, etc. Sin embargo, el caso de la adquisición de bienes producidos mediante trabajo esclavo, servidumbre, etc. es distinto: la adquisición de esos suministros no supone una intervención en la violación de derechos humanos, que ya se había producido previamente⁵⁶. Asimismo, al haber una distancia espacial y temporal con el foco de la actuación delictiva, puede resultar más difícil detectar que un bien por lo general *intra commercium*⁵⁷ ha sido producido mediante la violación de derechos humanos.

Un futuro tipo penal debe atender a estas particularidades y acotar suficientemente el rango de comportamientos que se pretenden perseguir, sin incurrir en las vaguedades e indefiniciones que hemos hallado, por ejemplo, en la tipificación del blanqueo de capitales. En este sentido, debe prestarse atención a elementos como los siguientes:

- Centrar la atención en las conductas cuantitativa y cualitativamente relevantes, evitando la criminalización de las conductas de menor entidad.
- Excluir del ámbito típico las actuaciones de consumidores⁵⁸, algo que puede lograrse estableciendo como requisito de autoría la condición de dedicación profesional al comercio de bienes o servicios.

Esta conducta puede hallar su encaje como subtipo del delito de blanqueo de capitales pues, como hemos visto, buena parte del núcleo fundamental de este grupo de conductas es calificable como blanqueo. Una posible redacción para el tipo doloso, coherente con el texto del vigente art. 301 CP, podría ser adquirir, utilizar, convertir o transmitir bienes a sabiendas que han sido obtenidos o elaborados mediante actividades de trabajo forzoso o explotación de víctimas de la trata de personas (como se ha dicho, con una previsión concursal del tipo «siempre que la conducta no estuviese ya sancionada con una pena más alta»); y contemplando expresamente que el culpable será igualmente castigado aunque las actividades empresariales de trabajo forzoso o explotación hubiesen sido realizadas total o parcialmente en el extranjero; y sin necesidad de una actividad de ocultación o transformación.

Ciertamente, como ha propuesto Lascurain Sánchez (2023), podría también tipificarse como una particular modalidad de receptación que, en vez de limitarse (como hace el vigente art. 298 CP) a los bienes procedentes de delitos contra el patrimonio, se ampliase a los bienes producidos mediante violación de derechos

⁵⁵ Ello implica en ocasiones un atentado directo, violento o intimidatorio, contra los derechos de la víctima. Sobre estos supuestos en el ámbito de la prostitución, ver Pozuelo Pérez (2022).

⁵⁶ Salvo en los casos ya citados de relación continuada (en los que el demandante sabe que cada nueva solicitud de suministros implica solicitar que se siga realizando producción esclavista, por ejemplo).

⁵⁷ Nótese, no obstante, que el proyecto de art. 177 *quáter* (siguiendo las pautas del Convenio de Varsovia y de la Directiva 2011/36/UE) incluyen como servicio la «extirpación de órganos», a pesar de que el «uso» de ese servicio sería en realidad la adquisición de un bien *extra commercium* (el órgano).

⁵⁸ «*Consumption remains legal*» (Jacob *et al.*, 2022, p. 38). Este es un elemento más que determina la diferencia entre prohibiciones de contratar servicios (como las que se criminalizan en el proyecto de art. 177 *quáter* CP) y las de importar y comerciar con bienes. Nótese cómo el texto del Reglamento tampoco afecta a los bienes que hayan llegado ya a manos de los consumidores (Eustace, 2024, p. 150).

humanos (modernas formas de esclavitud, explotación extrema, por trabajadores víctimas de trata, etc.).

No obstante, su sede más natural parece ser la del blanqueo: no solo por lo expuesto anteriormente, sino, además, porque se trata de un delito propio del derecho penal empresarial y está en íntima conexión con deberes de diligencia debida, de naturaleza similar a los deberes en materia de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Asimismo, si se desea contemplar una modalidad de imprudencia grave o una infracción consistente en la mera infracción de los deberes de diligencia debida⁵⁹, la estructura de los delitos de blanqueo es más adaptable a estas necesidades⁶⁰.

A esta propuesta se han formulado algunas objeciones. Por su parte, Mongillo ha planteado dudas sobre la utilidad de un tipo penal que requiriese la prueba del dolo del importador, por lo difícil de su prueba. Debe concederse que se trata de un elemento que puede en ocasiones requerir un mayor esfuerzo probatorio, pero ello no impide la existencia y aplicación hoy de tipos penales como el blanqueo doloso (Mongillo, 2019, p. 671)⁶¹. Por su parte, Nieto Martín ha entendido que un delito que adoptase la forma de la receptación no podría imponerse de modo general, sino solo en sectores específicos (y pone como ejemplo el Reglamento sobre minerales en zona de conflicto), donde ya exista un grado de concreción suficiente de los deberes de *due diligence*⁶². En mi opinión, debe compartirse esta objeción únicamente en relación con tipos imprudentes o eventuales delitos de peligro consistentes en la simple infracción de la diligencia debida en materia de derechos humanos; pero no en relación con un tipo doloso, en el que el sujeto activo ya conoce el origen criminal del suministro que adquiere, y por eso no necesita desarrollar diligencia debida en el sentido de emprender «medidas... para tener conocimiento, prevenir y responder de los efectos negativos de sus actuaciones sobre los Derechos humanos»⁶³.

Lo expuesto se refiere a un delito doloso. Por su parte, la decisión de tipificar una modalidad imprudente requiere una particular atención. El delito imprudente incluye un momento de infracción de un deber de cuidado, y en este punto surgen diversas preguntas: ¿cuáles son los deberes de cuidado hoy vigentes, específicamente establecidos para la detección de las violaciones delictivas de

⁵⁹ En este último sentido, Nieto Martín (2020, pp. 162-164).

⁶⁰ En todo caso, una posible regulación penal de estos futuros delitos debe prever un régimen concursal que los coordine con las figuras preexistentes, de modo que no operase un efecto perverso (por ejemplo, que no se convirtiese en un tipo privilegiado que, como *lex specialis*, fuese de aplicación preferente ante tipos penales que contemplan delitos más graves).

⁶¹ Probablemente en la posición de este autor influya una concepción del dolo particularmente estricta, contrario a incluir en el dolo eventual supuestos en los que el sujeto tiene conocimiento de indicios particularmente notorios pero rechaza investigarlos (*wilful blindness*). En todo caso, el dolo obviamente no planteará problemas en casos extremos: allá donde su origen sea notorio, debido a una investigación o una decisión de las autoridades competentes en ejecución del reglamento de prohibición de productos elaborados con trabajo forzado, y pese a ello el sujeto activo decide continuar la actividad importadora. Asimismo, el informe elaborado para la Comisión de Comercio Internacional señala que si los poderes públicos ofrecen pautas orientativas (por ejemplo, programas de certificados de productores cumplidores o productos «libres de abuso»), con ello proporcionarán espacios de seguridad (Jacob *et al.*, 2022, p. 22).

⁶² Nieto Martín (2020) refiere que: «Un tipo penal que castigase de manera general este comportamiento no sería conforme al mandato de determinación penal, por esta razón debe irse formulando de manera paulatina en sectores específicos, donde exista un grado de concreción suficiente de las medidas de *due diligence* en la cadena de suministro. La sanción penal del incumplimiento de los deberes de *due diligence* debiera servir para que las empresas redujeran en la medida de lo posible sus cadenas de suministro. Es un hecho comprobado que los riesgos de violaciones aumentan a medida que la cadena aumenta» (p. 161).

⁶³ Durán Ayago (2022, s/p), citando un informe de John Ruggie.

derechos humanos en la cadena de suministro?⁶⁴ ¿Dónde existe un deber de investigar y dónde rige un principio de confianza en el comercio internacional? ¿Cuándo esa infracción podría calificarse de grave, para poder dar lugar a una criminalización? Estos deberes –que varían según la capacidad de la empresa para influir en la cadena– se encuentran en una fase aún inicial, que requerirá un desarrollo más extenso y uniforme en los distintos Estados miembros de la UE: desarrollo que, si prestamos atención a la evolución que en esta materia hemos experimentado en poco más de una década, cabe pronosticar que no se hará esperar.

Bibliografía

- Abel Souto, M. (2005). *El delito de blanqueo en el Código Penal español*. Bosch.
- Abel Souto, M. (2011). La expansión penal del blanqueo de dinero operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. *La ley penal. Revista de Derecho penal, procesal y penitenciario*, 79.
- Álvarez Vizcaya, M. (2024). *El deber de vigilancia de las empresas matrices: a propósito de la ley francesa de 27 de marzo de 2017*. BOE (en prensa).
- Ambos, K. (2018). *Derecho Penal Económico. Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Civitas.
- Blanco Cordero, I. (2002). *El delito de blanqueo de capitales*. (2ª ed). Aranzadi.
- Bueno, N.; Bernaz, N.; Holly, G.; Martín-Ortega, O. (2024). The EU Directive on Corporate Sustainability Due Diligence (CSDDD): The Final Political Compromise. *Business and Human Rights Journal*, 9, 1-7.
- Carlos de Oliveira, A. C. (2022). La cooperación público-privada para la prevención del blanqueo de capitales. La inclusión activa del sector privado en las tareas de prevención de los delitos financieros. *La Ley Compliance Penal*, 8.
- Carretero García, A. (2024). Protección de derechos humanos y medio ambiente: teoría vs. realidad en el ámbito de la «devida diligencia empresarial». *Revista CESCO de Derecho de consumo*, 49, 148-185.
- Ciacchi, S. (2024). The newly-adopted Corporate Sustainability Due Diligence Directive: an overview of the lawmaking process and analysis of the final text. *ERA Forum* 25, 29-48.
- Diago Diago, M. P. (28 de julio de 2014). Los diamantes de conflicto y el comercio internacional: necesaria evolución del sistema de certificación del proceso Kimberley (PK). *Diario La Ley*, 8364.
- Diago Diago, M. P. (14 de diciembre de 2017). El control del comercio internacional de los minerales de conflicto: Reglamento (UE) 2017/821 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro. *Diario La Ley*, 9099.
- Duffy, H. (2018). *Strategic Human Rights Litigation. Understanding and Maximizing Impact*. Hart Publishing.
- Durán Ayago, A. (2022). Desde la Propuesta de Directiva de Diligencia debida en materia de sostenibilidad empresarial hasta su concreción en el espacio judicial europeo. *Trabajo y Derecho*, 91-92.
- Eustace, A. (2024). The European Union's forced labour regulation: Putting the 'Brussels effect' to work for international labour standards. *European Labour Law Journal*, 15 (1), 144-165. <https://doi.org/10.1177/20319525231221097>
- Gallo, P. (2024). *La responsabilidad penal de las «grandes marcas» por la explotación laboral en los talleres textiles clandestinos de Argentina*. BOE (en prensa).
- García Sedano, T. (2022). El derecho penal económico como garante de los derechos humanos. Especialmente ante las peores formas de trabajo infantil y otras formas

⁶⁴ Recuérdese que, como hemos visto, el art. 1.3 del futuro reglamento reza: «El presente Reglamento no crea obligaciones de diligencia debida adicionales para los operadores económicos además de las ya previstas en el Derecho de la Unión o nacional».

- contemporáneas de esclavitud. En M. G., Quintero Lima (coord.), *Trabajo infantil y su erradicación en el marco de la meta 8.7 de la agenda 2030. Cuestiones plurales* (33-56). Dykinson.
- González Uriel, D. (2021). *Aspectos básicos del delito de blanqueo de dinero*. Comares.
- Grabosch, R. (2021). Grundlagen, Prinzipien und Begriffe. En Grabosch (ed.), *Das neue Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz* (21-66). Nomos.
- Greer, B. T.; Purvis; Jeffrey G. (2016) Corporate supply chain transparency: California's seminal attempt to discourage forced labor. *The International Journal of Human Rights*, 20 (1), 55-77.
- Greer, B. T. (2018). Opaque Transparency: Why California's Supply Chain Transparency Act is Unenforceable. *Oñati Socio-legal Series*, 8 (1), 32-49. <http://ssrn.com/abstract=3082186>.
- Guamán Hernández, A. (2018). Diligencia debida en derechos humanos y empresas transnacionales: de la ley francesa a un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre empresas y derechos humanos. *Lex Social*, 8 (2), 216-250. https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/3492
- Guamán Hernández, A. (2021). Diligencia debida en derechos humanos: ¿un instrumento idóneo para regular la relación entre derechos humanos y empresas transnacionales? *Revista de Derecho Social*, 95, 65-94.
- Guamán Hernández, A. (2022). Diligencia debida en derechos humanos: análisis crítico de los principales marcos normativos estatales. *Trabajo y Derecho*, 87.
- Guamán Hernández, A. (2024). Del Reglamento de Minerales a la Directiva de diligencia debida: el nuevo modelo de responsabilidad empresarial impulsado por la Unión Europea. *Revista de Derecho Social*, 105, 95-117.
- Gutierrez, J. A. (2017). Less than Transparent: How California's Effort to Shine Light on Modern Slavery May Ultimately Keep Consumers in the Dark. *Loyola Journal of Public Interest Law*, 19, 57-82.
- Harris, K. D. (2015). *The California Transparency in Supply Chains Act. A Resource Guide*. California Department of Justice.
- Haynes, J. (2016). The Modern Slavery Act (2015): A Legislative Commentary. *Statute Law Review*, 37 (1), 33-56.
- Koekkoek, M.; Marx, A.; y, Wouters, J. (2017). Monitoring Forced Labour and Slavery in Global Supply Chains: The Case of the California Act on Transparency in Supply Chains. *Global Policy*, 8 (4), 522-529.
- Jacob, C.; Hausemer, P.; Friesenbichler, K.; y, Meyer, B. (2022). Trade-related policy options of a ban on forced labour products. Comisión de Comercio Internacional (INTA Committee). European Parliament.
- Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. (2ª ed). (Trad. J. Cuello Contreras y J. Serrano González de Murillo). Marcial Pons.
- Janssen, J. (12 de marzo de 2024). The Corporate Sustainability Due Diligence Directive would ensure a level playing field and enhance necessary corporate sustainability. *European Law Blog*. Disponible en: <https://europeanlawblog.eu/2024/03/12/the-corporate-sustainability-due-diligence-directive-would-ensure-a-level-playing-field-and-enhance-necessary-corporate-sustainability/>.
- Lantarón Barquín, D. (2021). La tutela de los derechos humanos en las cadenas de suministro: conclusiones a partir de una lectura comparada de legislaciones estatales anglosajonas y continentales. *Trabajo y Derecho*, 87.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (27 de marzo de 2023). ¿Cómo combatimos al proveedor inmoral? *Almacén de Derecho*. Disponible en: <https://almacenederecho.org/como-combatimos-al-proveedor-inmoral/>.

- Martín Hernández, M. L. (2021). El tránsito hacia la debida diligencia obligatoria de las empresas multinacionales: la perspectiva de la Unión Europea. *Trabajo y Derecho*, 87.
- Martínez-Buján Pérez, C. (2023). *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*. (7ª ed.). Tirant lo Blanch.
- Mongillo, V. (2019). Forced labour e sfruttamento lavorativo nella catena di fornitura delle imprese: Strategie globali di prevenzione e repressione. *Rivista trimestrale di Diritto penale dell'economia*, 3-4, 630-675.
- Morillas Cueva, L. (2013). Aspectos dogmáticos y político-criminales del delito de blanqueo de capitales. *Foro FICP*, 2, pp. 51-107.
- Muñoz de Morales, M. (2020). Vías para la responsabilidad de las multinacionales por violaciones graves de Derechos humanos. *Política Criminal*, 15 (30), 948-992.
- Nieto Martín, A. (2020). Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos humanos. *Indret*, 3, 137-172.
- Pozuelo Pérez, L. (2022). La agresión sexual en autoría mediata. Proxenetas, clientes y violación de personas prostituidas. *Indret*, 1, 206-229.
- Ruggie, J. G. (2013) *Just Business. Multinational Corporations and Human Rights*. W.W. Norton & Co.
- Rühl, G. (2022). Cross-border Protection of Human Rights: The 2021 German Supply Chain Due Diligence Act. En Borg-Barthet, Živković et al (eds.), *Essays in honor of Jonathan Fitchen* (163-179). Hart.
- Sanguinetti Raymond, W.; Vivero Serrano, J. B. (2021). El imparable avance de la diligencia debida en materia de derechos humanos. *Trabajo y Derecho*, extra 14.
- Stoitchkova, D. (2010). *Towards Corporate Liability in International Criminal Law*. Oxford University Press.
- Tiedemann, K. (2010). *Manual de Derecho Penal Económico. Parte general y especial*. Tirant lo Blanch.
- Turner, R. J. (2016). Transnational Supply Chain Regulation: Extraterritorial Regulation as Corporate Law's New Frontier. *Melbourne Journal of International Law*, 17, 188-209.

Corrupción, Estado y la clase capitalista global. Apuntes para un cambio de perspectiva*

Corruption, Nation-State and the Global Capitalist Class. Notes towards a new approach

Clara Navarro Ruiz
 Universidad Complutense de Madrid
 ORCID ID 0000-0003-4597-3634
claranavarro@ucm.es

Cita recomendada:

Navarro Ruiz, C. (2024). Corrupción, Estado y la clase capitalista global. Apuntes para un cambio de perspectiva. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 55-71

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9000>

Recibido / received: 08/02/2023
 Aceptado / accepted: 15/09/2024

Resumen

La corrupción es una preocupación central de las sociedades contemporáneas. En el presente trabajo abordamos su manifestación en el caso de las empresas transnacionales y mostramos que los instrumentos de análisis de los que disponen sus críticos no son adecuados para captar la correlación de fuerzas presente en el capitalismo globalizado. Las observaciones de la teoría jurídica de carácter crítico (Cutler, Estévez Araújo) se usan para poner de relieve la complejidad de constructos como el Estado nación y sus presupuestos. Se concluye que todo diagnóstico crítico del capitalismo globalizado debe operar con nociones adecuadas a su realidad (Robinson).

* Profesora Ayudante Doctora en el Departamento de Filosofía y Sociedad de la UCM. Artículo redactado en el marco de una estancia en el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC), así como con el apoyo de los siguientes proyectos: *Precariedad laboral, cuerpo y vida dañada. Una investigación de filosofía social* (PID2019-105803GB-I0/AEI/10.13039/501100011033), *On Trust-CM* (H2019/HUM-5699), Cost Action CA20134-*Traces as Research Agenda for Climate Change*, Technology Studies, and Social Justice (TRACTS), así como los PIMCD UCM 2022 y 2023 n.º 52 y n.º 5, *Precariedad, exclusión social y marcos epistémicos del daño: lógicas y efectos subjetivos del sufrimiento social contemporáneo* (V y VI). Quisiera agradecer el trabajo de las personas que han sometido a evaluación este escrito, cuyas aportaciones lo han mejorado sustancialmente.

Palabras clave

Corrupción, empresas transnacionales, Estado nación, capitalismo, globalización.

Abstract

Corruption is a central issue in contemporary societies. Here we tackle its specific materialization in transnational corporations. We also show how our critical tools are unable to grasp their particular mise en place in globalized capitalism. The insights from critical juridical studies (Cutler, Estévez Araújo) are used to show the complexity of notions such as «Nation-State» and its presuppositions. We conclude by pointing to the fact that a critical diagnosis of globalized capitalist must operate with notions specifically suited to the reality it seeks to understand (Robinson).

Keywords

Corruption, transnational corporations, Nation-State, capitalism, globalization.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Lo privado, lo público y lo legítimo. 3. Empresas transnacionales y *lex mercatoria*. 4. Globalización, la clase capitalista global y los mitos liberales del discurso jurídico. 5. Conclusión: Ley y dinámica del capital en el siglo XXI.

1. Introducción

Es un triste fenómeno de nuestros días la creciente preocupación por el deterioro de las democracias, cuestión que se materializa en el auge de la polarización y las posiciones de carácter autoritario. Ambos hechos tienen su origen en diversos factores estructurales socioeconómicos que se erigen, además, sobre la inevitable incertidumbre –cuando no temor– generada por el patente socavamiento de las bases materiales de lo que constituye la forma de vida hegemónica. Dado este marco, es lógico que las poblaciones exijan de sus legítimos representantes una ejecución honesta y rigurosa del contenido de su mandato, lo que hace interesante abordar, igualmente, la máxima expresión del incumplimiento de dicho encargo: la corrupción.

En las siguientes líneas nos acercamos, más concretamente, a la denuncia de la corrupción ligada a las empresas transnacionales, es decir, a la clase capitalista global protegida por la arquitectura jurídica de la *lex mercatoria* (Cutler, 2003; Hernández Zubizarreta, 2008; Ramiro y Hernández Zubizarreta, 2015; Robinson, 2017). Comenzaremos mostrando brevemente los motivos por los que es relevante acometer esta tarea, para lo que realizaremos una brevísima descripción de los elementos fundamentales de la corrupción, así como una explicación de los acontecimientos y causas que dan cuenta de en qué sentido la clase capitalista global está llevando a cabo prácticas cuestionables. Tras ello, mostraremos que los esquemas conceptuales tradicionales para el análisis del capitalismo globalizado resultan no obstante poco útiles para un análisis fructífero, dadas algunas de sus asunciones teóricas. Así, veremos que la práctica del capitalismo contemporáneo y el papel del Estado nación (así como otros organismos de carácter internacional) conforman una estructura difícilmente subsumible bajo las distinciones precisas y dicotómicas de tradición liberal que han acompañado a gran parte de la tradición académica. Esperamos hacer ver que dicho ejercicio de carácter teórico trasciende los límites de la sola discusión exegética, en tanto cualquier solución efectiva de carácter práctico tiene como presupuesto (en ningún caso único) un diagnóstico preciso y certero.

2. Lo privado, lo público y lo legítimo

La corrupción puede ser definida, de manera muy sencilla, como el aprovechamiento de los recursos públicos en beneficio propio o privado. Así lo atestiguan algunas de las definiciones clásicas (Luque González, 2018, p. 125) y es ese acto de aprovechamiento de la posición propia como servidor público en beneficio privado el que se cataloga como hecho punible en la Convención de la OCDE dedicada a estas cuestiones (Alija Fernández, 2020, p. 11). Una mirada un poco más amplia nos presenta la corrupción como un fenómeno de carácter antropológico y social que, partiendo de un orden social desigual, impide el compromiso con el bienestar colectivo y, por otro lado, genera una enorme división social (Carassale, 2014, p. 173 y ss.). Sea como sea, su persistencia hace más difícil garantizar la salud de los servicios públicos y, más en general, afecta a la efectiva pervivencia de los derechos de la ciudadanía (Transparency International, 2022, p. 8).

Sobre tal trasfondo, hace ya tiempo que se está dejando hacer sonar un creciente malestar acerca del comportamiento de carácter corrupto o poco legítimo de algunas empresas transnacionales. Si bien estamos frente a agentes privados a los que, presumiblemente, no habría que pedir cuentas de la misma forma que a los servidores públicos, ciertos acontecimientos están sacando a la luz que algunas de nuestras estructuras político-jurídicas parecen hechas para favorecer su aprovechamiento y beneficio, lo que está poniendo en peligro la salud y las vidas de quienes se encuentran en su ámbito de influencia –como trabajadores o como ciudadanos–. Aun siendo dos acontecimientos muy diferentes, tanto la tragedia de Rana Plaza en Bangladesh como la exorbitante compensación económica que recibió la empresa promotora de la plataforma Castor en España¹ ponen de manifiesto que nuestras estructuras de control y fiscalización públicas no reposan sobre un sistema de valores suficientemente ponderado.

El malestar ya se ha convertido oficialmente en un asunto político por medio de la declaración del 10 de marzo del 2021 del Parlamento Europeo (2021/C474/02), dedicada precisamente a la diligencia debida y la responsabilidad de las empresas. En ella se constata que «las normas voluntarias en materia de diligencia debida» sobre las que se han basado hasta ahora la Unión Europea no han sido suficientes para la protección de los derechos humanos y el medio ambiente. Por ello, exige de la Comisión que adopte medidas de carácter vinculante para que las empresas acometan con mayor firmeza los «impactos adversos potencial o efectivos» de la actividad empresarial sobre la realidad (Parlamento Europeo, 2021). Se trata de un gesto loable que se une a las manifestaciones críticas que algunos teóricos llevan realizando desde hace ya algún tiempo en foros de menor predicamento. Autores como Hernández Zubizarreta y Pedro Ramiro (2015) han demostrado en sus escritos que las cuestionables prácticas de algunas corporaciones empresariales están fuertemente ligadas a una estructura de carácter político, económico e institucional que favorece los intereses de las empresas transnacionales, un conjunto que agrupan bajo el término *lex mercatoria*, en el cual merece la pena detenerse.

3. Empresas transnacionales y *lex mercatoria*

Para comprender de qué modo la *lex mercatoria* ampara el comportamiento de las empresas transnacionales debe partirse de que dicha noción está ligada a los usos

¹ Sobre el desastre de Rana Plaza puede consultarse la siguiente información de la Organización Internacional del Trabajo <https://www.ilo.org/global/topics/geip/WCMS_614394/lang-en/index.htm>, mientras que sobre la plataforma Castor puede consultarse la web de la plataforma de afectados por el proyecto en el siguiente link <<http://afectadoscastor.com/>>.

habituales en el comercio internacional. Según Santos (1998, p. 104), la noción de *lex mercatoria* hace referencia a la serie de principios y prácticas consuetudinarias que rigen el comercio internacional y su utilización se remonta a los orígenes del comercio internacional europeo en el siglo XI. El actual renacimiento de su vigencia está relacionado con el auge y establecimiento del capitalismo globalizado y por tanto, con la pérdida de preeminencia del Estado nación como espacio fundamental de la política y economía. La internacionalización y segmentación del proceso productivo desde mediados del siglo XX ha hecho imposible que la estructura jurisdiccional siga reposando de manera preeminente en el Estado nación (Capella, 1997, pp. 318-320). Este, si bien todavía retiene su capacidad de coerción, ahora tiene que compartir su poder con otros agentes como organismos internacionales de carácter multilateral (OMC; IMF, BM) y jugar, de manera general, en un terreno donde las corporaciones transnacionales y los conglomerados financieros han adquirido un importante peso (Capella, 1997, 311 y ss.). Por todo esto, la *lex mercatoria* hace referencia a un marco de regulación contractual de carácter desestatalizado, privatizado.

Pues bien, algunos autores (Ramiro y González 2019, p. 15) afirman que este horizonte es el que establece las condiciones para la generación de una «arquitectura de la impunidad» (Hernández Zubizarreta y Ramiro, 2015, p. 19) que favorece el florecimiento de la mala praxis en materia comercial internacional. Dicha estructura está conformada por varios elementos entre los que destacan, en primer lugar, una nueva pirámide normativa en la que las normas del ámbito privado se sitúan en la cúspide, constituyendo una preeminencia jurídica que se materializa *de facto* en una constitución económica cuyos preceptos resultan de obligado cumplimiento. Esta es una cuestión que se mostró, según estos autores, en la intempestiva reforma del artículo 135 de la CE o en los intentos por realizar *sotto voce* la firma de tratados comerciales –recuérdese el paralizado TTIP– (Ramiro y González, 2019, p. 16 y ss.; De Ville y Siles-Brügge, 2017). Esta prevalencia de las normas privadas se ve a su vez apoyada por una nueva estructura institucional que permitió la expansión del modelo socioeconómico de carácter neoliberal (González y Ramiro, 2021, p. 48-49). En Europa, la Unión Europea ha sido su gran valedora, mediante las aprobaciones del Tratado de Maastrich y Lisboa en 1992 y 2007 respectivamente, así como a través de las diversas estrategias de comercio. En términos generales, su estrategia se rige por unos principios perfectamente alineados con las líneas hegemónicas de la política comercial del siglo XXI (Zelikovich, 2016, p. 89), centrada en aspectos como movimientos de capital, la legislación laboral, competencia, legislación laboral, etc. A nivel mundial, la creación de la OMC en 1994 también supuso un cambio de escenario respecto al comercio internacional. En asuntos como la propiedad intelectual, su regulación comenzó a llevarse a cabo por organismos de fines comerciales (Wong y Toledano, 2021, p. 198). La materialización de esta nueva realidad institucional se da fundamentalmente bajo la forma de contratos de explotación y comercialización, tratados comerciales bilaterales y regionales, acuerdos de protección de inversiones, así como políticas de ajuste y diferentes disposiciones multilaterales (Zubizarreta y Ramiro, 2015, p. 21).

En tercer lugar, esta estructura se ve también apoyada por un nuevo mecanismo de solución de diferencias entre Estados-nación y empresas privadas, el arbitraje. Este es un mecanismo de resolución de conflictos heterocompositivo de carácter privado que se ha impuesto como la vía preferente para la resolución de conflictos en el ámbito del comercio internacional (Estévez Araújo, 2021, pp. 81-83). El origen de la predominancia de su uso se encuentra en el siglo XVIII y XIX, en la época de la expansión globalizadora capitalista de raíces coloniales. El arbitraje se comenzó a usar en aquel entonces como un medio para evitar convertir conflictos comerciales en disputas de carácter político (Bonnitcha, Skovgaard Poulsen y Waibel, 2017, pp. 22-31). Si bien su uso pudo estar entonces justificado como una forma de

mal menor, la actual incapacidad del estado para regular libremente los contratos y sus conflictos resulta cuestionable en tanto implica una fáctica subordinación de los estados al derecho producido privadamente (Estévez Araujo, 2021 p. 82). Gracias al arbitraje las empresas pueden recurrir a estos tribunales cuando consideren que las legislaciones nacionales van en contra de sus intereses, hecho que deja traslucir cuanto menos una sospecha de la existencia de asimetrías de poder (Ramiro y González, 2019, pp. 49-50).

Por último y como contraparte del instrumento jurídico del arbitraje, debe tenerse presente la expansión del uso de las estrategias de *soft law* o mecanismos de autorregulación, ejemplificadas de manera sobresaliente por el discurso de la Responsabilidad Social Corporativa (SCR por sus siglas en inglés). La UNIDO (2022) la define como un concepto del ámbito del comercio por el que las empresas «integran las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones de negocio y sus interacciones con otros sujetos afectados [*stakeholders*]». Según sigue comentando el organismo, esta noción expresa la preocupación de las compañías por generar un equilibrio entre los imperativos sociales, económicos y medioambientales al tiempo que cumple con sus obligaciones con sus inversores y afectados por sus operaciones.

Lo fundamental en esta definición (y en general en estos instrumentos) es reparar en el carácter de voluntariedad inherente a este tipo de principios. Efectivamente, el discurso de la SCR se presenta como un extra a las obligaciones legales. Sin embargo, la aparente complementariedad de estos compromisos no encuentra contraparte en una efectiva legislación de los diferentes estados, de los que se esperarían normas impositivas para evitar la infracción de los derechos fundamentales de la ciudadanía (Hernández Zubizarreta y Ramiro, 2008). El discurso de la SCR, además, está igualmente vinculado a la lógica de la voluntariedad y la unilateralidad, lo que redundaría en una ausencia de mecanismos de fiscalización: la comprobación de los compromisos se suele realizar por medio de instrumentos como auditorías privadas, que son incapaces de garantizar un cumplimiento estricto de lo que certifican al depender económicamente de quien deben vigilar (Hernández Zubizarreta y Ramiro, 2015; Hernández Zubizarreta, 2008; Hernández, González y Ramiro, 2021). La respetabilidad que emana del anuncio de estos compromisos de carácter ético, sin introducir empero a un tiempo los instrumentos que permiten comprobar su cumplimiento, lleva a pensar que estamos, antes bien, ante una mera expresión desiderativa sin fuerza coercitiva. Los códigos de conducta ligados a la SCR aparecen más bien así como parte de una estrategia dirigida a ofrecer una pátina de responsabilidad y legitimidad de las prácticas empresariales de una cierta compañía que, en el mismo movimiento, evite la implementación de regulaciones impositivas más estrictas por parte de los estados (Estévez Araújo, 2021, p. 108).

Volveremos sobre todo esto más abajo. No obstante, tal como se puede inferir desde el razonamiento más simple, estos cambios hacen que hayamos de asumir que el nuevo escenario económico va mucho más allá de la clásica oposición Estado/Capital (Zubizarreta y Ramiro, 2015, p. 24). Lo esencial de este conjunto de disposiciones estructurales es, asimismo, que su pervivencia garantiza la actuación sin límites de los agentes con mayor fuerza del mercado transnacional, dada la ausencia de contrapesos a la preponderancia de los derechos privados (Ramiro y González, 2021, p. 57). Esta situación, empero, no debe contemplarse como algo obvio. Sin perjuicio de que se nos pueda acusar de cierta ingenuidad respecto de la *Realpolitik* en el marco de una sociedad capitalista, debe recordarse que las convenciones internacionales de derechos humanos (fundamentalmente, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Carta de las Naciones Unidas) tienen todos ellos carácter de norma imperativa y de Derecho Internacional General

(Hernández Zubizarreta y Ramiro, 2016, p. 237). Por ello, en virtud de la Convención de Viena de 1969 –que establece la nulidad de «todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional» (art. 53)– resulta exigible la nulidad de los tratados y acuerdos bilaterales lesivos para con dichas disposiciones de *ius cogens* o, cuanto menos, la subordinación de los principios jurídicos del comercio internacional privado a las normas internacionales de derechos humanos (Hernández Zubizarreta y Ramiro, 2016, p. 237). Es decir: la exigencia de un comportamiento de las transnacionales ajustado a derecho es una reivindicación legítima y necesaria.

Sea como sea y sin obviar los matices teóricos que posee cada abordaje, lo establecido hasta el momento explica los recelos existentes en torno al comportamiento de las grandes corporaciones en el marco del capitalismo globalizado. No obstante, nos parece que este tipo de diagnóstico, que reposa predominantemente sobre el eje del debilitamiento de la estructura del Estado nación, no resulta todo lo útil que pudiera a efectos de solventar los problemas de legitimidad y desconfianza generados por las prácticas del comercio internacional en la sociedad civil (De Ville y Siles-Brügge, 2017). Por ello sostenemos que el análisis teórico debe revisar sus premisas a la luz de las transformaciones acaecidas en la correlación de fuerzas entre los actores del capitalismo globalizado, tal como establecen autores como Cutler (2003, 2008, 2017) o Robinson (2017). De este modo estaríamos en condiciones de llevar a cabo un análisis más preciso, lo que garantizaría, al menos en principio, un abordaje más certero y por tanto más capaz de solventar los problemas de corrupción asociados a la realidad comercial. Además, una intervención sobre los fundamentos de la estructura social, económica y política tiene más visos de resultar eficaz a largo plazo. Aquellas sociedades que han acometido cambios estructurales en sus modelos de gobernanza para imponer límites claros al poder ejecutivo y evitar así las lógicas clientelares son los que más éxito han tenido en el combate en la corrupción (Jiménez Sánchez, 2020, p. 228). Lo más efectivo no es combatir «la corrupción en sí» sino desenterrar «la lógica particularista» (Jiménez Sánchez, 2020, p. 222), para lo cual resulta esencial tener muy presente la composición fundamental de la estructura íntima del capitalismo contemporáneo.

De esta forma, nuestra tarea pretende ser un complemento desde el área de la filosofía social a los esfuerzos ya realizados por juristas a este respecto, que han propuesto, entre otras cosas, incidir en la pluriofensividad del delito de corrupción para evitar una comprensión limitada del problema como una mera vulneración de la competencia leal (Otero, 2022, p. 83); recurrir a los tratados internacionales para que estos mismos regulen el régimen penal por el delito de corrupción (Alija Fernández, 2020, p. 26) o establecer medidas de protección y fiscalización de los derechos laborales y humanos de carácter internacional (Luque, 2018, p. 162 y ss.). La diferente perspectiva de cada intervención solo puede resultar complementaria, pues todas ellos se encaminan a un mismo objetivo: la realización y consecución de una realidad socioeconómica a la altura de los principios democráticos que la sustentan.

4. Globalización, la clase capitalista global y los mitos liberales del discurso jurídico

Se ha hablado con mucha profusión acerca de la globalización y las transformaciones que ha generado, tanto como de su importancia en la comprensión de nuestro sistema económico (Kurz, 2005). Ya hemos indicado más arriba que desde el surgimiento de un proceso productivo que tiene lugar en diferentes partes del globo es imposible que el Estado nación conserve su antiguo papel de centro neurálgico de la actividad económica. Desde un punto de vista más técnico, el proceso de globalización está

ligado al auge de las tecnologías de la información (TIC) y a las estrategias de optimización de los procesos productivos como fórmula para el éxito en las relaciones de competencia (Navarro Ruiz, 2022, pp. 80-91). Esto ha dado lugar a diferentes fases en las que se han sucedido diversas políticas empresariales: la externalización y deslocalización de los núcleos empresariales ligadas a la *lean production* de los años 80 y 90 –con el instrumento del *outsourcing* como medida estrella– parece que están dando paso a tácticas mixtas en las que el uso del *big data* de los clientes y las mejoras logísticas permitirán trabajar *on demand* (Butollo, 2019, pp. 213-215). A estos acontecimientos le ha acompañado la conformación de un proceso productivo fragmentado y localizado en diversas partes del planeta que ha generado grandes cadenas de valor global (CGV). Su implementación y funcionamiento depende fuertemente de un funcionamiento óptimo de las redes logísticas de transporte, una protección férrea de los derechos de propiedad transnacionales y una circulación irrestricta y eficaz de las mercancías (Estévez Araujo, 2021, pp. 70-73; Navarro Ruiz, 2022, pp. 169-173).

Los efectos de estas transformaciones sobre la legislación laboral, los trabajadores y las nuevas formas de empleo están siendo ampliamente debatidas (López Calle, 2020), lo que hace aún más perentorio examinar qué cambios está provocando esta situación en el otro polo de la eterna dicotomía trabajo/capital, es decir, qué ha ocurrido con la clase de los capitalistas. Los escritos de los teóricos de raigambre marxista dedicados a estas cuestiones (Robinson, 2017; Robinson y Sprague-Silgado, 2018) comentan que el análisis marxista tradicional sigue interpretando el presente bajo la lente del Estado nación y la competencia y alianza entre estados, todos los cuales actúan en un sistema más amplio, el sistema-mundo o ámbito internacional (Robinson, 2017, p. 174-175). Sin embargo, este habitual punto de vista ya no es útil: la realidad de la globalización ha propiciado la emergencia de una clase capitalista transnacional (CCT) que lidera el frente de poder dominante y que ha sido capaz ya prácticamente de desvincularse de las ataduras geográficas. Veámoslo más detalladamente.

La clase dirigente contemporánea es especialmente heterogénea y plural, como ya indicamos con anterioridad. Efectivamente, las fuerzas líderes forman un bloque de naturaleza compleja compuesto por una diversidad de «fuerzas de carácter económico y político lideradas por la CCT» (Robinson, 2004, pp. 75-76, en Robinson, 2017, p. 173), todas las cuales alinean sus políticas de acuerdo con la nueva dinámica de acumulación de capital. Entre ellas se encuentran diferentes actores en varios niveles de influencia, tanto a nivel nacional (en los partidos mayoritarios, administraciones, fuerzas mediáticas dominantes), como a nivel internacional (organismos multilaterales) que ejercen diversos roles de legitimación a nivel técnico, teórico, social y político.

Como puede imaginarse, esta CCT es consecuencia directa de la creciente concentración de capitales, que ha alcanzado cotas que no pueden sino sorprendernos. Un ejemplo palmario se encuentra dos estudios, hoy antiguos, mencionados por Robinson (Vitali, Glattfelder y Battinson, 2011; Cohglan y MacKenzie, 2011 en Robinson, 2017, pp. 177-178). En estos se examinó la propiedad compartida en 43.000 corporaciones transnacionales y se siguió el rastro de los efectivos propietarios tras las diversas compañías. El examen arrojó que tras ese número de 43.000 empresas había en realidad un núcleo de 1318 con diferentes propiedades interconectadas, pues cada una de las empresas de este pequeño grupo tenía vinculaciones con dos o más compañías: de hecho, de media, cada una de estas empresas estaba conectada a otras 20. De esta forma, aunque estas empresas representaban por sí solas únicamente el 20% de los beneficios efectivos globales, gracias a sus participaciones eran en realidad poseedoras de la mayoría de los réditos

de otras de las principales empresas. Más concretamente, sus participaciones las hacían propietarias del 60% de los beneficios globales, lo que significa que, *de facto*, este pequeño número de empresas eran poseedoras de un 80% de los beneficios globales totales. Un estudio ulterior pudo seguir el rastro de las conexiones y redujo ese número de empresas a un número incluso más pequeño (147), que eran de manera mayoritaria nombres de grandes instituciones financieras (Goldman Sachs, JP Morgan).

La extrema concentración de riqueza en unas pocas manos revela el acierto de examinar la nueva composición de agentes relevantes en el capitalismo global en estos términos, lo que no exime a esta línea de haber recibido críticas por exagerar en torno a la desaparición del Estado nación o por difuminar las diferencias entre el Norte y el Sur global. Su respuesta ha matizado ambas críticas, argumentando que defienden una transformación del papel del Estado nación, no su desaparición y afirmando que, a pesar de la persistencia de las diferencias entre el Norte y el Sur globales, la emergencia de conglomerados de poder transnacional se lee mejor en términos de grupos sociales con vinculaciones internacionales que bajo la dicotomía centro/periferia (Robinson y Sprague-Silgado, 2018, p. 323).

Las transformaciones provocadas por la internacionalización del proceso productivo no se limitan al área de sus sujetos relevantes, pues afecta asimismo a las disciplinas los que abordan. A tal respecto, Cutler (2008, p. 203) afirma que los estudios sobre derecho comercial internacional son incapaces de comprender correctamente el rol que juega el derecho en la actualidad porque han asumido los presupuestos liberales del análisis de la economía política clásica, en una forma que afecta tanto a la comprensión de la estructura económica como a la jurídica. En lo referente a la economía, los análisis habituales asumen que la liberalización del comercio es el mejor camino para el aumento de la riqueza global. Para demostrarlo, se apoyan en doctrinas neoclásicas ortodoxas, como las teorías de la elección racional o teoría de juegos y con ello, buscan presentar la globalización expansiva del régimen comercial como una evidencia palmaria. Por su parte, las teorías dominantes en el ámbito del derecho y la teoría política –el positivismo jurídico y el realismo político– tampoco logran posicionar al derecho dentro del conjunto de relaciones de fuerzas en funcionamiento. Desde la teoría política se tiende a observar la ley como una manifestación ahistórica de una estructura más profunda conformada por relaciones de interés y poder, obliterando su influencia en dichas relaciones; mientras que los juristas obturan la comprensión del derecho como un elemento enraizado en un determinado contexto sociohistórico, por la rigidez de la distinción entre economía y derecho y predominancia del formalismo jurídico, marco en el que se hace difícil encontrar análisis interdisciplinarios (Cutler, 2008, p. 215; Serra Giménez, 2011).

Estas presuposiciones tienen su fundamento en la asunción de una serie de axiomas de la doctrina liberal que siguen en gran parte vigentes en los análisis contemporáneos. El primero de ellos es la aceptación acrítica de la diferencia entre la esfera pública y la esfera privada, cuya genealogía ha sido ampliamente estudiada (Cutler, 2003, p. 44-54). Sabemos que su origen reposa en ciertos hechos como el surgimiento del estado absoluto y centralizado, las teorías de la soberanía de los siglos XVI y XVII, una cierta recepción del derecho romano (Santos, 2000, pp. 133-144) o, por último, la paulatina emergencia de una esfera mercantil desarraigada de sus fundamentos sociales –tal como sostiene el argumento clásico de Polanyi (Cutler, 2003, p. 43-44)–. En el ámbito jurídico este último acontecimiento se vincula a la imposición del capitalismo liberal del siglo XVII, momento en que se comenzó a introducir la imagen del mercado como una institución apolítica. La aparente neutralidad de la esfera mercantil, muy característica del liberalismo, fue una idea que moldeó decisivamente la separación por áreas (público/privado) del derecho

internacional: mientras que el ámbito público del derecho internacional se entendía como algo «político», el privado, en tanto mercantil, se entendía como un área «neutral», «meramente económica» del derecho. Incluso aunque la distinción público/privado fuera siempre objeto de discusión, dicha representación del derecho se impuso al final de la Segunda Guerra Mundial, logrando alcanzar al presente (Cutler, 2003, p. 49). Independientemente de la discusión teórica, nuestro presente es heredero de aquella concepción, motivo por el que las normas del comercio privado internacional poseen también una pátina apolítica. Se trata este de un fenómeno que debe vigilarse con atención, porque dada la incontestada legitimidad del discurso jurídico, cualquier asunción teórica adoptada por el mismo tenderá a «constreñir la imaginación política» (Cutler, 2003, p. 53) y, por tanto, a diluir la mutua coimplicación de los asuntos políticos y económicos y la naturaleza (asimismo política) de las relaciones comerciales (Cutler, 2003, p. 53).

El segundo de los presupuestos a tener en cuenta es la concepción westfaliana del poder en el ámbito del derecho (Cutler, 2003, p. 241 y ss.). Según esta, el estado es centro y árbitro de la actividad económica, así como el único sujeto del derecho internacional (Cutler, 2001, p. 135). Junto a ello, las fuentes de derecho internacional son, exclusivamente, los tratados y el derecho consuetudinario internacional. De nuevo, estas asunciones implican problemas que van más allá de lo doctrinal, pues la falta de teorización sobre los sujetos *de facto* del derecho internacional económico oculta el papel que están jugando en la creación de derecho. Efectivamente, la prevalencia de esta teoría implica que los sujetos efectivos del derecho económico internacional sean invisibilizados, pues bajo esta doctrina son exclusivamente «objetos» de la ley y por ende poseedores de obligaciones y/o derechos únicamente en la medida en que les sean impuestas por el Estado (Cutler, 2001, p. 136). Es esta una situación absolutamente alejada de la realidad en el marco de una globalización en la que la clase capitalista transnacional lidera y promueve muchas de las transformaciones, si bien ha de reconocerse que el carácter fundamentalmente práctico de su influencia puede coadyuvar a una invisibilización aún más profunda (Cutler, 2001, p. 147). Efectivamente, el influjo de los nuevos actores transnacionales se da, entre otros medios, a través de la reiteración de ciertas relaciones contractuales, el establecimiento de usos comerciales y su mera presencia en las diversas negociaciones. Una autoridad por tanto que, si bien aparentemente informal, se ha elevado ya a posición de voz autorizada en organismos como la OCDE o la OIT, donde las empresas participan de manera independiente a los Estados nación (Cutler, 2003, pp. 196-197).

Por último, se debe tener presente que las dos distinciones explicadas reposan además sobre cuatro axiomas teóricos del liberalismo que han ayudado a ofrecer una imagen de las relaciones de intercambio privadas como algo natural, neutral y puramente consensual (Cutler, 2003, p. 54). El primero de ellos es la asunción de que los asuntos económicos son asuntos naturalmente privados. Según este primer axioma, la economía «normal» (Cutler, 2003, p. 54) consiste en las interacciones en el mercado por medio de las diversas formas de propiedad y los contratos entre particulares, en las que las medidas de intervención pública (subsidios, regulación de precios) son acciones de carácter externo que han de suplementar el supuesto orden natural de las relaciones económicas (Cutler, 2003, p. 54). El segundo de los mitos establece que la esfera privada es apolítica y neutral, en contraposición a una esfera de relaciones públicas perteneciente al ámbito político. Apoyándose en esta distinción, las doctrinas jurídicas de raigambre liberal han generado una teoría contractual de apariencia objetiva y apolítica que ha retirado su consideración de la discusión pública (Cutler, 2003, p. 56). Como consecuencia, ha tenido lugar una falta de escrutinio de los asuntos contractuales –en apariencia únicamente privados– que han oscurecido las coerciones y relaciones de poder que los acompañan: su

presentación como libres y justos es, precisamente, el tercero de los mitos liberales. En efecto, no en vano su desenmascaramiento como fuente de miseria es en cierto modo la tarea de la tradición de raigambre marxista y el objetivo último de Marx en *El Capital*². El cuarto y último de los mitos liberales se desprende del conjunto de los anteriores. Es aquel que establece que la regulación privada de las relaciones económicas posee una eficiencia inherente que, si salvaguardada, dará lugar a una economía productiva (Cutler 2003, p. 56).

Sin duda, esta serie de presuposiciones del discurso jurídico liberal no son nuevas y han sido contestadas fuertemente desde hace tiempo (Chimni, 2008; Santos, 1998; Smart, 1989). Aun así, resulta útil resaltarlas dado que todas ellas siguen operando como dispositivos de legitimación de la praxis jurídica y la realidad política. La proliferación de la firma de tratados de comercio e inversión a lo largo de los últimos años, por ejemplo, reposa sobre estos mismos principios: su firma se ha legitimado sobre la base de la creencia de que la protección de los derechos de propiedad aumentaría los flujos de inversión, los cuales son garantías de prosperidad económica (Bonnitcha, Skovgaard Poulsen y Waibel, 2017, p. 8). Esta es una argumentación de claras raíces liberales.

No obstante, lo más preocupante de lo descrito es que esta imagen teórica se aleja cada vez más de la realidad de la economía y política global, hasta el punto de que puede afirmarse que la distinción público/privado ha colapsado por la propia fuerza de las transformaciones (Cutler 2003, p. 49). Las alianzas en la conformación del bloque de poder transnacional y la propagación de instrumentos de gobierno que inmiscuyen a actores públicos y privados, como ocurre con el fenómeno de la gobernanza y los mecanismos de *soft law* (Estévez Araújo, 2018) son señales claras –ya lo indicamos anteriormente– de que debemos desarrollar perspectivas teóricas más adecuadas a la realidad del siglo XXI. El análisis liberal clásico debe ser sustituido (cuando menos, confrontado) por un análisis crítico consciente de la mutua influencia de economía, política y sociedad y sus correspondientes correlaciones de fuerza e influencia. Este espíritu es el impulso del análisis materialista que, según Cutler, es hoy la mejor opción para el análisis del ámbito del derecho económico internacional. Los motivos se encuentran en la propia naturaleza del derecho económico transnacional. Según sus propias palabras:

La ley económica transnacional liga la economía política local y global y sus sociedades a través de redes cada vez más densas y complejas de regímenes globales, regionales y nacionales que sobreponen y entrecruzan, los cuales regulan el comercio, la inversión, las finanzas, la resolución de problemas y las relaciones sociales que se asocian a los mismos. El orden económico transnacional constitucionaliza la disciplina económica neoliberal, prácticas y concepciones fetichistas de la ley, así como instituciones privadas y excluyentes que marginalizan y alienan a extensas poblaciones del mundo. Da lugar a una dialéctica de afirmación y negación que trabaja para legitimizar la subjetividad legal de facto de algunas entidades no estatales, como las corporaciones transnacionales y poderosas asociaciones privadas de negocios, mientras que simultáneamente marginaliza a poblaciones enteras y a sus gentes, negando personalidad legal internacional a otras entidades no estatales, como individuos o pueblos indígenas. Es por tanto el momento perfecto para desarrollar una crítica radical de la economía política del orden económico transnacional bajo la forma del análisis del materialismo económico. (Cutler, 2008, pp. 201-202).

² Esto se encuentra especialmente presente al final del capítulo IV del primer tomo de *El Capital*, donde Marx sobre el pobre cumplimiento de los derechos liberales (igualdad, libertad, propiedad) en el contexto de las relaciones capitalistas. V. Marx, MEW 23, pp. 189-191 (214).

La observación de las deficiencias argumentativas presentes en los discursos críticos con la corrupción ha desembocado en la necesidad de desarrollar una crítica radical del panorama económico transnacional. La realidad ha trascendido el contenido eidético de los conceptos con los que hasta ahora habíamos entendido la dinámica y transformaciones de la realidad económico-política global, haciendo inservibles oposiciones clásicas como la distinción entre lo público y lo privado. Es aquí donde incide el núcleo fundamental de nuestra intervención teórica: si la corrupción, comprendida en su forma clásica, tiene que ser comprendida como el aprovechamiento privado de los recursos públicos y, como se ha visto, la propia realidad fáctica de la economía ha hecho colapsar, por su propio funcionamiento, lo que significaba dicha distinción, se han de examinar, necesariamente, las dinámicas y factores del panorama contemporáneo, con la finalidad de comprender de qué modo debemos analizar hoy dichos fenómenos.

Lo comentado no significa que fenómenos como la corrupción puedan quedar impunes a partir de ahora. Implica únicamente que debemos poner las bases de una mejor comprensión del presente para desarrollar instrumentos de fiscalización y control de comportamientos que puedan ir en contra de los intereses públicos y analizar, igualmente, qué instrumentos teóricos pueden ser los más adecuados para comprender el nuevo panorama. Así, de forma adicional a lo estudiado por Cutler, el último texto de Menke (2020) ha analizado las raíces de la concepción jurídica moderna, encontrando que, tras la tradicional constatación de que la Modernidad reemplazó la noción clásica de «bien» con la de «derecho» (Domènech, 1989, pp. 179-181) se encuentra también la legitimación jurídica de la autonomía de la voluntad individual. Clara señal de esta transformación moderna es el impulso de la teoría del contrato, que es el instrumento jurídico que otorga capacidad creadora a la voluntad individual (Menke, 2020, pp. 136-137; p. 159) así como el desarrollo del derecho real, que funda la legitimidad del querer individual de la voluntad a través de su exteriorización en la propiedad (Menke, 2020, p. 154-155)³. Esta serie de elementos teóricos son fundamentales para comprender las tensiones inherentes a nociones como «público» y «privado», tanto como su mutua interrelación, mediada siempre políticamente. Por todo ello, no podemos concluir estas líneas de otro modo que apuntando algunas de las formas en que se debe comprender los elementos de la realidad económica transnacional contemporánea a través del prisma de los analistas de la globalización económica y jurídica.

5. Conclusión: Ley y dinámica del capital en el siglo XXI

Las transformaciones políticas y económicas que hemos venido relatando inciden en numerosos aspectos del trinomio economía-política-sociedad. La extraordinaria capacidad de las tecnologías de tratamiento de la información, el vertiginoso aumento de la velocidad de las transacciones económicas y la aniquilación del espacio a través de la aceleración han llevado a un cambio civilizatorio de gran envergadura cuyas consecuencias seguimos buscando comprender (Faria, 2001, pp. 50-51). Resumidamente, la constitución de un orden económico global ha generado unos marcados por un proceso de creciente i) juridificación de procesos sociopolíticos, ii) pluralización de los sujetos del derecho y sus fuentes, así como iii) privatización de los mecanismos e instrumentos de creación, fiscalización e implementación del derecho (Cutler, 2003, p. 17 y ss.). De esta manera, el derecho económico neoliberal puede ser reducido en lo fundamental a tres cambios esenciales: la creación de un exoesqueleto jurídico que ha impuesto y garantizado la libertad de la circulación de mercancías, la privatización del derecho de los contratos internacionales –enfazando

³ Las raíces de la comprensión moderna del derecho y su conexión con la propiedad se analizan más ampliamente en Navarro Ruiz, 2024.

la supuesta autonomía de las partes— y la conversión del Estado nación desde el modelo del Estado de Bienestar al Estado competitivo (Estévez Araújo, 2021, p. 92; Cutler, 2003, p. 218 y ss.).

Por lo que respecta al primer punto, la constitución de la matriz económico-jurídica necesaria para permitir la circulación de mercancías, cabe decir que se ha materializado, entre otros aspectos, en la constitución de acuerdos y organismos internacionales para favorecer la eliminación de aranceles y promover la liberalización económica (Estévez Araújo, 2021, p. 72). Es un objetivo cuyos hitos se encuentran en el Acuerdo General sobre Aranceles de Aduanas y Comercio (GATT por sus siglas en inglés), de cuyo seno saldría el acuerdo para el libre comercio de servicios (AGCS) y la protección de la propiedad intelectual (ADPIC), amén de la constitución de la institución comercial por excelencia: la Organización Mundial del Comercio (OMC), fundada en 1994. El clima político y seguridad jurídica generado por estos acuerdos explica el crecimiento exponencial de los Tratados de Comercio e Inversión de carácter bi- o multilateral en los últimos años, que funcionan como el instrumento predominante para la liberalización comercial y la imposición de los principios económico-políticos neoliberales (Navarro Ruiz, 2021, pp. 315-316; Manero, 2018).

Precisamente, la forma contractual, propia de este tipo de tratados, se ha establecido como un dispositivo de gobierno cada vez más extendido en el ámbito económico, institucional y regulatorio (Cutler y Dietz, 2017). Es un fenómeno relacionado con la flexibilidad y adaptabilidad que exige el modelo postfordista, así como con el interés de los actores globales en conservar el máximo grado de autonomía posible en sus prácticas y solventar los posibles vacíos en materia de regulación estatal (Cutler y Dietz, 2017). En dicho marco se puede observar una creciente burocratización por efecto del uso del derecho como instrumento de gestión macroeconómica. También se hace patente la creciente dificultad del Estado para ejercer su anterior rol de fungir como único centro normativo, dada la complejidad de las interrelaciones entre las esferas política, económica y social del mercado global, hecho que ha favorecido la autorregulación de los actores en liza (Faria, 2001, p. 115-116; 2012). Entre otras, esta serie de cuestiones son las que hacen que la diferencia clara y distinta entre la contratación pública y el intercambio comercial privado existente en el ámbito doméstico se torne muy imprecisa en el ámbito global de la economía. En este último prevalece la creación de normas a través de procesos de oferta y demanda descentralizados y la imposición de prácticas y usos posteriormente cristalizados como reglas de gobierno (Cutler y Dietz, 2017). Por último, cabría mencionar en este punto la creciente tendencia del derecho a la fragmentación y especialización por sectores industriales, así como el favorecimiento de «jurisdicciones funcionales» y extensión de la hegemonía de los modelos jurídicos anglosajones (Faria, 2012, p. 30). A medida que se extiende la globalización económica, los límites nacionales pierden importancia en favor de la diferenciación funcional. Es un hecho que posee beneficios como un mayor cumplimiento por parte de los obligados o una mayor eficiencia. No obstante, la fragmentación y especialización convierte a la creación de derecho en un proceso más opaco y potencialmente reservado a expertos, lo que dificulta el necesario diálogo entre diferentes áreas de realidad. Esto, en última instancia, pone en peligro la igualdad ante el derecho, pues podrían llegar a tratarse de manera diferente casos iguales (Karton, 2017).

La privatización del derecho de los contratos internacionales tiene por su parte su expresión más nítida en la preponderancia del uso del arbitraje como método de resolución de diferencias, que ya abordamos en la primera sección de este escrito. La enorme autonomía a las partes que ofrece este método de resolución de diferencias—pues permite a las partes elegir el foro y la ley por la que habrá de regirse el arbitraje—

dota a este mecanismo resolutorio de una adaptabilidad que puede ayudar a entender que se impusiera su uso como la estrategia más óptima para regular las prácticas estatales en el marco del capital global (Cohen, 2017). En la actualidad, no hay sin embargo acuerdo acerca de los beneficios de su uso, a pesar de la apariencia de neutralidad que ostenta este instrumento para la concepción liberal. Los años 90 y principios de los 2000 fueron testigos de una jurisprudencia arbitral intensamente inclinada a favorecer y proteger los beneficios y derechos de propiedad de los inversores individuales que ya ha entrado en conflicto con algunos Estados⁴; laudos en los que, en definitiva, se ha visto la influencia de expertos y consejeros de ideas afines a tal interpretación (Cohen, 2017).

La privatización del derecho internacional también se hace presente en la proliferación de los mecanismos de certificación, auditorías y otros mecanismos de control de *soft law* que están incorporados en la estructura de las corporaciones transnacionales. Lo específico en ellos es que minimizan los costes de la negociación y permiten a los actores económicos «tomar el control sobre la regulación de aspectos de la producción que forman parte de su relación con la sociedad de una forma en la que no sean sino aspectos de la mercancía misma» (Cutler, 2017). La asunción de los compromisos y obligaciones que en un marco de regulación de derecho público vendrían impuestos por las administraciones de distinto tipo también se da por medio de este tipo de mecanismos, pero estos se encuentran ahora orientados económicamente a producir una ventaja competitiva sobre los rivales y a la obtención de una mayor cuota de mercado (Cutler, 2017). El débil compromiso que exigen dichos instrumentos explica la creciente preocupación por encontrar mecanismos de fiscalización más robustos para enjuiciar las conductas que atenten contra los derechos de las personas afectadas por la acción de agentes transnacionales (Bonet Pérez, 2021, p. 274)⁵, si bien se sigue insistiendo en los peligros inherentes a herramientas de control privadas como los procesos de auditoría, que están fundamentados en las asunciones neoliberales sobre la eficiencia innata de los mecanismos de mercado y en la lógica y jerarquía corporativa (Le Baron, Lister y Dauvergne, 2017).

Por último, es evidente que estos cambios han hecho emerger un modelo de Estado competitivo, cuyo éxito depende de establecer las condiciones para favorecer el nuevo modelo de regulación comercial de la forma más adecuada posible (Cutler, 2003, p. 29). El Leviatán deja así atrás su antiguo *imperium* westfaliano para convertirse en un negociador facultado para «tratar con las instituciones y en los lugares (supranacionales y nacionales) donde hoy se determina lo que en el pasado era competencia del Estado» (Barcellona, 2021, p. 297). Su posicionamiento dentro de una lógica de la negociación implica que el vector intrínseco a toda búsqueda de consensos –la correlación de fuerzas– deba tenerse más presente que nunca (Barcellona, 2021, pp. 297-298). Esto no debe conducirnos al anhelo de un mundo en el que impere nuevamente una fuerte soberanía territorial, sino antes bien, a desarrollar instrumentos de regulación, fiscalización y protección adecuados al contexto actual, enfatizando la transparencia sobre los procesos de creación de

⁴ El caso de la empresa sueca Vatenfall y el conflicto generado en la ciudad de Hamburgo es célebre al respecto. V. Bonnitza, Skovgaard Poulsen y Waibel, 2017, pp. v-vi.

⁵ Entre los que Bonet Pérez nombra la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 15 de noviembre de 2000, así como la apertura en el Consejo de DD. HH. de la ONU (resolución 26/9, 26 de junio de 2014), de un proceso regulatorio para «elaborar un instrumento jurídicamente vinculante para regular las actividades de las empresas transnacionales y otras empresas en el Derecho internacional de los derechos humanos» (Bonet Pérez, 2021, p. 274).

normas y la participación de agentes con intereses ajenos al *corpus* de las doctrinas imperantes y efectivas en derecho internacional privado (Gélinas, 2017).

Con estos apresurados apuntes sobre la situación actual del estado y el derecho en el ámbito comercial global hemos querido únicamente mostrar el escenario contemporáneo en el que debe ser tratado el fenómeno de la corrupción, el cual nos ha ocupado al comienzo. La magnitud de los cambios nos obliga sin duda a desarrollar nuevos instrumentos de control, que habrán de complementar a los esfuerzos ya existentes y en última instancia, a superar los paradigmas teóricos que nos impiden acometer de manera adecuada los desafíos presentes. La solución no se encuentra inmediatamente dada, pero una cosa es clara: la antigua distinción público/privado en la que emerge el fenómeno de la corrupción depende de una correlación de fuerzas políticas, jurídicas y sociales que ya no existe. Forma parte del pasado aquel escenario en que el Estado era soberano (no libre de tensiones) en su jurisdicción territorial y exclusivo centro de una comunidad nacional de destino (Faria, 2001, p. 148) cuyo objetivo era conjugar el dinamismo de las relaciones económicas con la infraestructura política y las necesidades sociales en cada configuración histórica dada. El nuevo horizonte transnacional, en el que impera la descarnada competencia entre fuerzas privadas, parece exigir una reconceptualización que debe hacer posible la efectiva ponderación de los intereses económicos con la satisfacción de las necesidades y la protección de los derechos de las poblaciones. Una tarea desafiante a la que –ojalá– podamos haber contribuido con estas líneas.

Bibliografía

- Alija Fernández, R. A. (2020). Los tratados internacionales en materia de corrupción: una vía potencial para la persecución extraterritorial de violaciones graves de derechos humanos cometidas por empresas transnacionales. *Revista electrónica de estudios internacionales*, 39, 1-27. DOI: 10.17103/reei.39.15
- Barcellona, M. (2021). El derecho privado de la economía y la sociedad líquida. En José A. Estévez Araújo (Ed.), *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal* (277-304). Trotta.
- Bonet Pérez, J. (2021). Transformaciones contemporáneas del Derecho internacional público. En José A. Estévez Araújo (Ed.), *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*. (245-276). Trotta.
- Bonnitcha, J, Skovgaard Poulsen, L.N., y Waibel, M. (2017). *The Political Economy of the Investment Regime*. Oxford University Press.
- Butollo, Florian (2019). Vernetzungstechnologie und Produktionnetzwerke. Digitalisierung und die Reorganisation globaler Wertschöpfung. En F. Butollo y S. Nuss (Eds.), *Marx und die Roboter. Vernetzte Produktion, Künstliche Intelligenz und lebendige Arbeit* (198-215). Dietz.
- Capella, Juan Ramón (1997). *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*. Trotta.
- Carassale, S. (2014). Corrupción. *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, 4, 172-178. Recuperado a partir de <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2102>
- Chimni, B.S. (2008). An Outline of a Marxist Course on Public International Law. En S. Marks (Ed.). *International Law on the Left. Re-examining Marxist Legacies* (53-91). Cambridge University Press.
- Cohen, E. (2017). Private Arbitration as a Mechanism for the Construction of Contractual Norms in Private-Public Relationships: The Case of Investor-State Arbitration. En A.C. Cutler y T. Dietz (eds). *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*. (Ebook). Routledge.

- Coghlan A. y MacKenzie, D. (2011). Revealed—the Capitalist Network that Runs the World. *New Scientist*, 19 de octubre Disponible en <http://www.newscientist.com/article/mg21228354.500-revealed--the-capitalist-network-that-runs-the-world.html>. (Cita en Robinson, 2017).
- Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados. Documento NNUU A/CONF. 39/27 (1969), 1155 U. N. T. S. 331. BOE 142, de 13 de junio de 1980, pp. 13099-13110. Disponible en [https://www.boe.es/eli/es/ai/1969/05/23/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/ai/1969/05/23/(1))
- Cutler, A.C. (2001). Critical Reflections on the Westphalian Assumptions of International Law and Organization: A Crisis of Legitimacy. *Review of International Studies*, Vol. 27 (2), 133-150. Recuperado de <http://www.jstor.org/stable/20097724>
- Cutler, A. C. (2003) *Private Power and Global Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy*. Cambridge University Press.
- Cutler, A. C. (2008). Toward a Radical Political Economy Critique of Transnational Economic Law. En S. Marks (Ed.). *Op. Cit.* (199-219). Cambridge University Press.
- Cutler, A. C. (2017) Private Transnational Governance in Global Value Chains: Contract as a Neglected Dimension. En A.C. Cutler y T. Dietz (eds). *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*. (Ebook). Routledge.
- Cutler, A. C. y Dietz, T. (2017). The politics of private transnational governance by contract: Introduction and analytical framework. En A.C Cutler y T. Dietz (eds). *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*. (Ebook). Routledge.
- De Ville, F. y Siles-Brügge, G. (2017). Why TTIP is a game-changer and its critics have a point. *Journal of European Public Policy*, 24(10), 1491-1505, DOI: 10.1080/13501763.2016.1254273
- Domènech, A. (1989). *De la ética a la política: de la razón erótica a la razón inerte*. Crítica.
- Estévez Araújo, J. A. (2018). La legitimidad de la gobernanza. In N. Bilbeny, (coord.). *Legitimidad y acción política* (177-200). Publicaciones de la Universidad de Barcelona.
- Estévez Araújo, J.A. (2021). Las transformaciones jurídicas de la globalización neoliberal. En José A. Estévez Araújo (Ed.), *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal* (69-122). Trotta.
- Faria, J. E. (2001). *El derecho en la economía globalizada*. Trotta.
- Faria, J. E. (2012). La globalización económica y sus consecuencias jurídicas: diez tendencias del Derecho contemporáneo. En E. J. Pérez Alonso, E. Arana García, J.L. Serrano Moreno y P. Pacheco Mercado. *Derecho, globalización, riesgo y medioambiente* (17-40). Aranzadi.
- Gélinas, F. (2017). Arbitration as Transnational Governance: Legitimacy Beyond Contract. En A.C Cutler y T. Dietz (eds). *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*. (Ebook). Routledge.
- González Briz, E. y Ramiro, P. (2021). El poder corporativo en la Europa del capital. *Dossier EsF*, nº43, 48-52.
- Hernández Zubizarreta, J. (2008). La responsabilidad social corporativa y las empresas transnacionales: de la ética de empresa a las relaciones de poder. *Lan Harremanak*, 19(II), 17-49.
- Hernández Zubizarreta, J. y González E. y Ramiro, P. (2021). Las empresas transnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad: responsabilidad social corporativa, lex mercatoria y derechos humanos. *Revista de Economía Crítica*, 28, 41-54. Recuperado de <https://revistaeconomicacritica.org/index.php/rec/article/view/234>
- Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro, P. (2008). La responsabilidad social corporativa y las empresas transnacionales. Centro de documentación HEGO, nº 15.

- Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro, P. (2015). *Contra la lex mercatoria. Propuestas y alternativas para dismantelar el poder de las empresas transnacionales*. Icaria-OMAL.
- Hernández Zubizarreta, J. y Ramiro, P. (2016). Lex mercatoria vs. derechos humanos. Las empresas transnacionales y la arquitectura jurídica de la impunidad. *Gaceta sindical. Reflexión y debate*, 26, 223-240.
- Jiménez Sánchez, F. (2020). El antídoto de la corrupción: la calidad de la gobernanza. *Revista Administración & Ciudadanía, EGAP*, 15 (1), 219-240.
- Karton, J. (2017). Contractual Governance and Sectoral Fragmentation of Transnational Contract Law. En A.C Cutler y T. Dietz (eds). *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*. (Ebook). Routledge.
- Kurz, R. (2005). *Das Weltkapital. Globalisierung und innere Schranken des modernen warenproduzierendes Systems*. Tiamat.
- Lebaron, Lister, J., y Dauvergne P. (2017). The new gatekeeper: Ethical Audits as a Mechanism of Global Value Chain Governance. En A.C Cutler y T. Dietz (eds). *The Politics of Private Transnational Governance by Contract*. (Ebook). Routledge.
- López Calle, P. (2020). La judicialización de las relaciones laborales como dispositivo de organización del trabajo: tres fases del proceso de producción logístico en Europa. En A. Riesco-Sanz (Ed.) *Fronteras del trabajo asalariado*. (75-101). La Catarata.
- Luque González, A. (2018). Exploración de la corrupción textil transnacional: ¿Excepcional o norma sistémica? *Revista Empresa y Humanismo*, XXI (2), 123-184. DOI: 10.15581/015.XXI.2.123-184
- Manero Salvador, A. (2018). *Los tratados de libre comercio de Estados Unidos y la Unión Europea*. Bosch Editor.
- Marx, K. (1973 [1890]). *Das Kapital. Kritik der Politischen Ökonomie*. En Karl Marx-Friedrich Engels Werke [MEW] B. 23. Dietz. Traducción al castellano: (2008) [1974]. *El Capital. Crítica de la economía política*, Primer tomo. Traducción de Pedro Scaron. Siglo XXI Editores.
- Menke, C. (2020). *Critique of Rights*. Polity.
- Navarro Ruiz, C. (2021). Tratados de libre comercio (aspectos políticos). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. 21, 313-329. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.635>
- Navarro Ruiz, C. (2022). Señales de futuro, fantasmas del pasado. Sobre automatización y transformación tecnológica en el capitalismo tardío. *Revista De Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, 61 (161), 167-178. Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/filosofia/article/view/52579>
- Navarro Ruiz, C. (2024). Propiedad, vulnerabilidad y derecho a la existencia: una reflexión iusfilosófica de las nociones de propiedad y el trabajo desde la tradición republicana. *Metodo*, 12 (2) (en prensa).
- Otero González, P. (2022). Corrupción de empresas multinacionales, ineficacia del tipo y buena gobernanza. (¿Por qué no hay sentencias condenatorias en España por este delito?). *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, 23, 65-92. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7109>
- Parlamento Europeo (2021). Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2021, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre diligencia debida de las empresas y responsabilidad corporativa (2020/2129(INL)). Recuperado de https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_ES.html#title2
- Ramiro, P. y González, E. (2019). Una constitución económica global hecha a medida de las transnacionales. *Dossieres EsF*, 34, 14-17.
- Ramiro, P. y González, E. (2021). La insostenible reconstrucción del *business as usual*: Recuperación vs confrontación. En *Viento Sur*, Crisis sistémica y estrategias ecosociales, 51-59.

- Robinson, W. I. (2004). *A Theory of Global Capitalism: Production, Class, and State in a Transnational World*. Johns Hopkins University Press. (Cita en Robinson, 2017).
- Robinson, W. I. (2017). Debate on the New Global Capitalism: Transnational Capitalist Class, Transnational State Apparatuses, and Global Crisis. *International Critical Thought*, 7 (2), 171-189, DOI: [10.1080/21598282.2017.1316512](https://doi.org/10.1080/21598282.2017.1316512)
- Robinson, W. I. y Sprague-Silgado, J. (2018). The Transnational Capitalist Class. En M. Juergensmeyer et al. (eds), *The Oxford Handbook of Global Studies*, Oxford Handbooks. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190630577.013.35>
- Santos, B. de S. (1998). *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Universidad de Colombia-Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales-Instituto de Servicios Legales Alternativos (ILSA).
- Santos, B. de S. (2000) *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia*. Desclée de Brouwer.
- Serra Giménez, F. (2011). Las transformaciones del Derecho en el capitalismo actual. En J. Aparicio Tovar y B. Valdés de la Vega (Dirs.) *La responsabilidad social de las empresas* (63-82). Bomarzo.
- Smart, C. (1989). *Feminism and the Power of Law*. Routledge.
- Transparency International (2022). *Índice de percepción de la corrupción 2021*. Transparency International. Disponible en https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2022/01/CPI2021_Report_ES-web.pdf
- UNIDO (2022). *What is CSR?* Información disponible en <https://www.unido.org/our-focus/advancing-economic-competitiveness/competitive-trade-capacities-and-corporate-responsibility/corporate-social-responsibility-market-integration/what-csr>
- Vitali, Glattfelder y Battinson, (2011). The Network of Global Corporate Control. *PLoS ONE*, 6(10): e25995. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0025995> (Cita en Robinson, 2017).
- Wong, S. y Toledano, J. R. (2021). La expansión de la propiedad. En José A. Estévez Araújo (Ed.), *El derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*. (195-216). Trotta.
- Zelikovich, J. (2016). El régimen multilateral de comercio en los tiempos del «regionalismo del siglo XXI»: cinco escenarios para la agenda emergente. *Confines*, 12, 23, agosto-diciembre, 85-103.

Una im-posibilidad legal. El Territorio-ser viviente, víctima del conflicto armado colombiano. Algunas reflexiones desde un diálogo colaborativo interdisciplinar*

A legal im-possibility. Territory – a living being, a victim of the Colombian armed conflict. Some reflections from a collaborative and interdisciplinary dialogue

Belkis Florentina Izquierdo Torres**

Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)

ORCID ID 0009-0007-3711-0480

belkis.izquierdo@jep.gov.co

Lieselotte Viaene***

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 0000-0001-8507-4006

lviaene@clio.uc3m.es

*Renuncia de responsabilidad: las opiniones expresadas en este artículo pertenecen a las autoras y no reflejan necesariamente la posición de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) de Colombia.

Esta escritura contó con el apoyo del proyecto ERC RIVERS [Water/human rights beyond the human? Indigenous water ontologies, plurilegal encounters and interlegal translation](#), financiado por el Consejo Europeo de Investigación (ERC) en el marco del programa de investigación e innovación 'Horizon' 2020 de la Unión Europea, acuerdo de subvención N ° 804003. Más info: www.rivers-ercproject.eu

**Belkis Florentina Izquierdo Torres. Aty Seikuinduwa. Mujer del Pueblo Indígena *Ikø* /Wintukwa. Abogada de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Administración y Políticas Públicas de la Escuela de Administración Pública de Colombia. Desde el 2018 Magistrada de la Sala de Reconocimiento de Verdad y de Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz (Colombia). Actualmente es Vicepresidenta de este mismo Tribunal (2022-2024) y también ha sido la coordinadora de la comisión Étnico-Racial (2020-2022) de la JEP. Anteriormente fue magistrada auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura colombiano a cargo de la coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena.

***Lieselotte Viaene. Antropóloga jurídica belga-flamenca, con un doctorado en Derecho obtenido en 2011 en la Universidad de Gante. Es una investigadora de primera generación que, desde el año 2002, ha desarrollado diversos proyectos de investigación colaborativa etnográfica jurídica y ha sido *human rights practitioner* relacionada con los derechos humanos de los pueblos indígenas en Guatemala, Perú, Ecuador, Colombia y Nepal. Actualmente, es profesora en el Departamento de Ciencias Sociales de la Universidad Carlos III de Madrid (España). Anteriormente, entre ellos, fue investigadora post-doctoral Marie Skłodowska-Curie en el Centro de Estudios Sociales de la Universidad de Coimbra (Portugal) entre 2016 y 2018, y Oficial de Derechos Humanos en la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas (OHCHR) en Quito, Ecuador, entre 2010 y 2013.



Cita recomendada:

Izquierdo Torres, B. F., y Viaene, L. (2024). Una im-posibilidad legal. El Territorio-ser viviente, víctima del conflicto armado colombiano. Algunas reflexiones desde un diálogo colaborativo interdisciplinar. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 72-101

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9001>

Recibido / received: 31/05/2023

Aceptado / accepted: 26/02/2024

Resumen

El presente artículo estudia el reconocimiento del Territorio como víctima del conflicto armado por la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) de Colombia. Este reconocimiento otorga a los territorios indígenas los mismos derechos –incluyendo verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición– que a humanos –individuos y grupos afectados por el conflicto armado–. Este artículo, escrito a cuatro manos, no es un artículo académico convencional. Por un lado, porque está co-escrito por una magistrada indígena –abogada relatora del macrocaso– y una investigadora académica –antropóloga jurídica–. Por otro lado, porque es producto de una larga relación dialógica de reflexión crítica, intercambio de experiencias, co-construcción de pensamientos y conocimientos entre las dos autoras. Abordamos el desafío teórico-práctico en la intersección de la justicia transicional, los derechos humanos y el derecho ambiental, destacando la importancia de transformar el pensamiento hegemónico, para una praxis más reflexiva y crítica. Proponemos nuevos conceptos de análisis: Territorio con mayúscula, múltiples sistemas de vida y resistencia jurídica indígena. Además, buscamos analizar los desafíos de permitir que un Territorio-sujeto de derecho y víctima del conflicto, con sus múltiples sistemas de vida, sea escuchado en la arena jurídica, abordando aspectos como el colonialismo en la justicia transicional y la participación de los Pueblos Indígenas. Se concluye con reflexiones hacia un nuevo horizonte jurídico donde lo imposible se transforma en posibilidad jurídica.

Palabras clave

Territorio-ser viviente, Colombia, justicia transicional transformador, pluralismo jurídico, Pueblos Indígenas, decolonización conocimiento jurídico, derechos humanos más allá de lo humano

Abstract

This article examines the recognition of Territory as a victim of armed conflict by Colombia's Special Jurisdiction for Peace (JEP). This recognition grants Indigenous territories the same rights –including truth, justice, reparation, and guarantees of non-repetition– as humans, both individuals and groups affected by the armed conflict. This article, written collaboratively with four hands, is not a conventional academic article. On the one hand, it is co-authored by an Indigenous judge –lawyer and rapporteur of the case– and an academic –researcher-legal anthropologist–. On the other hand, it is the product of a long dialogical relationship of critical reflection, exchange of experiences, and co-construction of thoughts and knowledge between the two authors. We address the theoretical-practical challenge at the intersection of transitional justice, human rights, and environmental law, highlighting the importance of transforming hegemonic thinking for a more reflective and critical praxis. We propose new analytical concepts such as Territory with a capital T, multiple life systems and Indigenous legal resistance. Additionally, we seek to analyze the challenges of allowing a Territory-subject to rights and a victim of the conflict, with its multiple life systems-to be heard in the legal arena, addressing aspects such as colonialism in transitional justice and the participation of Indigenous Peoples. We conclude with reflections towards a new legal horizon where the impossible becomes a legal possibility.

Keywords

Territory-living being, transformative transitional justice, Colombia, legal pluralism, Indigenous Peoples, decolonization legal knowledge, human rights beyond the human



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Caminando juntas proponiendo nuevos conceptos de análisis: Territorio con mayúscula, múltiples sistemas de vida y resistencia jurídica indígena. 3. Rompiendo con la colonialidad jurídica pasado-presente en el campo de la justicia transicional. 3.1. La necesidad de una justicia transicional transformadora y restauradora. 3.2. La necesidad de descolonizar la justicia transicional. 4. Hacia un diálogo horizontal, intercultural e interjurisdiccional entre la JEP y Pueblos Indígenas en Colombia. 5. La necesidad de creatividad jurídica y diálogo «interlegal» en el Auto SRVRBIT-079 de noviembre 2019. 6. Conflictos armados y daños al medio ambiente y la naturaleza: ¿dónde está el Territorio indígena con sus múltiples sistemas de vida? 7. ¿Cómo puede hablar el Territorio-ser viviente, sujeto de derecho y víctima del conflicto armado?: la evidencia jurídica en clave indígena. 8. Conclusiones: hacia un nuevo horizonte conceptual y de praxis de justicia transicional.

1. Introducción

En 2019, en el marco de dos casos territoriales la Sala de Reconocimiento de Verdad de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas¹ (SRVR), de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP)² acreditó y reconoció el *Katsa Su* y el *Cxhab Wala Kiwe*, los territorios de los Pueblos Indígenas Awá y Nasa respectivamente, como víctimas del conflicto armado colombiano (Jurisdicción Especial para la Paz, 2019, 2023b). En ambas decisiones judiciales se reconoce que estos territorios son víctimas porque son seres vivientes, sintientes e integrales que han sido dañados, violados y destruidos por varias acciones de parte de los actores armados. A partir de ese momento, ambos territorios indígenas gozan de los mismos derechos que los demás sujetos individuales y colectivos acreditados, reconociéndoles su derecho a la verdad, la justicia, la reparación y a la garantía de no-repetición, así como a participar e intervenir en todas las etapas de este proceso judicial.

Este reconocimiento jurídico constituye un hito histórico, no solamente en Colombia, sino también a nivel internacional, en la medida que estas decisiones innovadoras invitan a la comunidad de justicia transicional y de derechos humanos a repensar profundamente la conceptualización de la vida de todos los seres. Es decir, se reconoce que no sólo los seres humanos tienen la posibilidad de existir, siendo dañados, violados y siendo sujetos de reparación en el contexto del proceso de justicia transicional, sino también la naturaleza, los sitios sagrados, los seres espirituales y sus múltiples interrelaciones.

Estas providencias judiciales materializaron por primera vez el artículo 45 del Decreto-Ley 4633 del 2011, conocido como el decreto Ley de Víctimas para las Comunidades Indígenas, el cual incorporó la noción del territorio como víctima del

¹ Esta Sala tiene entre sus funciones principales priorizar los Macro casos de investigación; recibir informes, contrastar y cotejar los informes sobre hechos más graves y representativos relacionados con el conflicto que presenten tanto las víctimas, las organizaciones sociales y los órganos estatales como la Fiscalía General de la Nación. A su vez recibe las versiones voluntarias individuales y colectivas, convoca a audiencias de esclarecimiento de la verdad y reconocimiento de responsabilidad y presenta las resoluciones de conclusiones de estos macro casos ante el Tribunal para la Paz.

² La JEP es uno de los tres mecanismos del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición (SIVJRN), creado por el Acuerdo de Paz entre el Gobierno Nacional de Colombia y las FARC, siendo el mecanismo por medio del cual se investiga juzga y sanciona a los integrantes de las extintas guerrillas de la FARC-EP, miembros o exmiembros de la Fuerza Pública y terceros civiles que se acojan voluntariamente, y que hayan participado en el conflicto armado colombiano antes del 1 de diciembre de 2016. La JEP inició su funcionamiento en marzo 2018.

conflicto armado³. Esta norma plantea que los Pueblos Indígenas tienen «vínculos especiales y colectivos» con «la madre tierra» (art. 3) y tienen derecho a la «convivencia armónica en los territorios» (art. 29). Además, reconoce que el territorio es una «integridad viviente y sustento de la identidad y armonía» y «sufre un daño cuando es violado o profanado por el conflicto armado interno» (art. 45). A pesar de que esta norma fue y es una clara reivindicación política para las organizaciones de Pueblos Indígenas, se había quedado en una declaración normativa, en un discurso más, hasta que la JEP emitió el Auto SRVBIT-079 en noviembre 2019, por medio del cual acreditó el *Katsa Su* como víctima del conflicto armado, otorgándole la calidad de interviniente especial dentro del Macro caso 02⁴ que investiga los crímenes cometidos en los territorios de Tumaco, Ricaurte y Barbacoas.

Hasta el momento de la publicación de este artículo, la JEP ha avanzado en siete decisiones judiciales que plantean ese reconocimiento del territorio: el *Katsa Su*, la *Cxhab Wala Kiwe*, y el *Eperera Euja*, territorios ancestrales de los Pueblos Indígenas Nasa, Awá y Sia, así como los territorios ancestrales y colectivos de los consejos comunitarios de Tumaco y Barbacoas, integrados por habitantes del Pueblo Negro Afrocolombiano.

En el Macro caso 02, los territorios ancestrales y colectivos acreditados suman un entorno natural de aproximadamente 705,543 hectáreas, caracterizados por su riqueza natural, su amplia diversidad biológica, lingüística, social y cultural.⁵ Estos territorios están ubicados en la ecorregión del Chocó biogeográfico⁶ y hacen parte del litoral Pacífico y piedemonte costero de Nariño en la cordillera occidental. Los cuales están habitados en una relación inescindible e interdependiente por 100.105 personas asentados en 54 resguardos indígenas y 30 consejos comunitarios del Pueblo Negro Afrocolombiano, todos ellos acreditados como víctimas colectivas. Esta primera providencia de 2019 y su desarrollo en las siguientes etapas de proceso judicial en la JEP ha generado muchas preguntas y desafíos teórico-prácticos en la intersección de la justicia transicional, los derechos humanos y colectivos de los Pueblos Indígenas y el derecho ambiental.

Tal como lo han manifestado los editores de la revista internacional *International Journal of Transitional Justice*, es necesario fomentar una «praxis de justicia transicional críticamente reflexiva» (Lykes & van der Merwe, 2019, pp. 411-416). En esta línea, a través de este artículo buscamos, por un lado, contribuir a la transformación profunda del pensamiento, prácticas y visiones hegemónicas en el campo de la justicia transicional, y por otro, aportar argumentos pedagógicos que contribuyan a comprender otras visiones y prácticas de justicia desde el sentir-pensar-hacer, partiendo de la preocupación común sobre «quién enmarca los debates y quién posee y presenta el conocimiento» (Lykes & van der Merwe, 2019, p. 415) en el campo de los derechos humanos en general y en el de la justicia transicional en particular.

³ Decreto por el cual se establece medidas específicas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de derechos territoriales para las comunidades y grupos indígenas.

⁴ La JEP trabaja en 11 Macro casos en los que investiga, esclarece y sanciona a los máximos responsables de los hechos más graves del conflicto armado colombiano. En estos Macro casos las víctimas participan activamente en el proceso y los comparecientes son llamados a rendir cuentas. Más información: <https://www.jep.gov.co/Paginas/casos.aspx>

⁵ Más información sobre el Macro caso 02: <https://www.jep.gov.co/macrocasos/caso02.html#container>

⁶ La diversidad de biomas y socio-ecosistemas terrestres y acuáticos que se encuentran en la región y los complejos procesos evolutivos y de autoorganización de formas de vida orgánicas y no orgánicas recrearon altos niveles de endemismo y diversidad biológica.

Este artículo, escrito a cuatro manos, no es un artículo académico convencional. Por un lado, porque Belkis Izquierdo, la primera autora, es magistrada de la JEP y además relatora del caso 02, investigación que actualmente se encuentra en curso. Lieselotte Viaene, la segunda autora es investigadora académica. Por otro lado, porque es producto de una larga relación dialógica de reflexión crítica, intercambio de experiencias, co-construcción de pensamientos y conocimientos entre las dos autoras. El objetivo principal de este trabajo colaborativo es analizar los múltiples nudos críticos de distintos niveles y ámbitos relacionados a la im-posibilidad jurídica de que un Territorio-ser vivo-ser sintiente, sujeto de derecho y, además, víctima del conflicto armado, pueda realmente hablar y ser escuchado en la arena jurídica de la justicia transicional.

La presente meta de análisis crítico teórico-práctico empieza por compartir los múltiples orígenes de este artículo académico no-convencional. En segundo lugar, se planteará la necesidad de romper la colonialidad jurídica pasado-presente que permea el campo de la justicia transicional y el derecho internacional, mediante la materialización de una justicia transicional transformadora y prospectiva de enfoque decolonial. En la tercera sección, se exponen los avances y desafíos de la SRVR y de la JEP en relación con el diálogo horizontal, intercultural e inter-jurisdiccional como mecanismos de participación de los Pueblos Indígenas. En la cuarta y quinta parte, se reflexiona sobre la necesidad de incorporar el Territorio con T mayúscula⁷, con sus múltiples sistemas de vida, en los debates sobre los impactos de los conflictos armados y los obstáculos de la evidencia jurídica, en clave indígena para que el Territorio pueda hablar ante las cortes. Finalmente, este artículo incorpora sus últimas reflexiones hacia un nuevo horizonte jurídico donde lo imposible se transforma en una posibilidad jurídica.

2. Caminando juntas proponiendo nuevos conceptos de análisis: Territorio con mayúscula, múltiples sistemas de vida y resistencia jurídica indígena

El presente escrito nace de una relación dialógica de reflexión crítica, intercambio de experiencias, co-construcción de pensamientos y conocimientos entre las dos autoras, cada una desde su recorrido profesional y personal con Pueblos Indígenas en América Latina. Esta relación dialógica nació en 2017, en Colombia, durante un seminario sobre «justicia transicional y pluralismo jurídico» organizado por el Consejo Superior de la Judicatura –Escuela Judicial «Rodrigo Lara Bonilla»–. Belkis Izquierdo, organizadora de este seminario, era en ese momento magistrada auxiliar del Consejo Superior de la Judicatura a cargo de la coordinación entre el Sistema Judicial Nacional y la Jurisdicción Especial Indígena (Jurisdicción Especial para la Paz, 2012), mientras Lieselotte Viaene, en ese momento investigadora post-doctoral Marie Skłodowska-Curie⁸, compartió las experiencias desde Guatemala, basada en su trabajo etnográfico, de larga duración, entre sobrevivientes maya q'eqchi' del genocidio (Viaene, 2013 y 2019). Nuestro primer trabajo colectivo fue un texto publicado –tanto en español como en inglés– en 2018, haciendo un llamado a la descolonización de la justicia transicional desde los territorios indígenas; en el que se resalta un apartado que expresa «ni los derechos humanos ni la justicia transicional aún se ha enfrentado a los retos teóricos y prácticos apremiantes que provocan visiones y prácticas indígenas que cuestionan las divisiones de la ontología moderna dominante entre

⁷ En el apartado 1 y 5 desarrollamos las razones del porque estamos planteando de hablar del Territorio, con «T» mayúscula.

⁸ Lieselotte Viaene fue investigadora post-doctoral Marie Skłodowska-Curie con su proyecto *GROUNDHR- Challenges of Grounding Universal Human Rights. Indigenous epistemologies of human rights and intercultural dialogue in consultation processes on natural resource exploitation* en la Universidad de Coimbra, Portugal (2016-2018).

cultura/naturaleza, mente/cuerpo, humanos/no humanos, creencia/realidad» (Izquierdo y Viaene, 2018). Aunque en aquella publicación se plantearon desafíos y retos de la justicia transicional, es importante resaltar que este nuevo artículo continúa profundizando en los desafíos y preguntas que han venido surgiendo en el proceso del diálogo permanente. Resultado de esto es un cambio conceptual analítico que en este nuevo artículo planteamos Territorio con T mayúscula en vez de territorio, como explicamos más adelante.

Así, este nuevo artículo es una expresión más de nuestra labor de tejer pensamientos, de crear un diálogo genuino y una colaboración intercultural en torno a tensiones irresueltas que genera la compleja pregunta: ¿cómo la judicatura, ya sea nacional o internacional, puede «tomar al otro en serio»? (Ingold, 2018), las visiones indígenas en torno a la justicia, la verdad, el daño y la reparación, que no son susceptibles de ser vistos o comprendidos por los abogados y jueces transicionales formados en el positivismo legal con raíces eurocéntricas y coloniales. Esta construcción del conocimiento colectivo parte de comprender que todos y todas tenemos diferentes experiencias, conocimientos, emociones, expectativas y sueños; que todos y todas nos necesitamos y complementamos; que hacer cambios y transformaciones requiere tejer en unidad, en función de propósitos colectivos y de intereses superiores, tanto en el mundo académico como en el mundo judicial. Para este análisis teórico-práctico retomamos la pregunta que hiciera hace más de treinta años la filósofa india Gayatri Spivak (1988), en su ensayo crítico titulado «¿Puede hablar el subalterno?» en el que planteó que el subalterno sí habla físicamente, pero que su hablar no adquiere un verdadero estatus dialógico desde donde no puede hablar, responder, ni goza de ser escuchado. Las acreditaciones del Territorio como víctima, sentimos, representan una respuesta a dicha pregunta. Así, defendamos la idea de que la JEP se posiciona en la vanguardia jurisprudencial internacional, desafiando las concepciones legales hegemónicas enraizadas en un sistema de conocimiento moderno marcado por «la superioridad posicional del conocimiento occidental», tal como lo ha indicado la investigadora Maorí Nueva Zelanda Tuhiwai (Smith, 1999, p. 92).

En el campo de la justicia transicional, las preguntas ¿quién es víctima?, ¿quién decide quién es víctima?, ¿cómo participa la víctima en procesos de justicia transicional? y ¿qué medidas de reparación se deben diseñar para los diversos daños/violaciones de los derechos humanos? han sido objeto de un acalorado debate internacional. Normalmente, estas cuestiones surgen durante la etapa de diseño de los planes, políticas y programas administrativos de reparación y de desarme, desmovilización y reintegración (DDR), pues, dependiendo de las respuestas sobre quién es la víctima y quién es el perpetrador, se pueden derivar unas u otras medidas de reparación y restauración (o no).

De lo anterior dan cuenta los casos estudiados en este trabajo. Al ampliar la comprensión de la categoría de víctima para incluir a espíritus tutelares de la vida, la identidad y la protección de los Pueblos Indígenas como entes no-humanos, sitios sagrados y espacios de especial protección cultural se abren nuevas preguntas en el campo de la justicia transicional, tales como: ¿Quién representa al territorio o a la víctima no humana? Es decir, ¿Quién representa mejor la voz del territorio indígena?; una vez acreditado el Territorio como víctima, ¿Qué rol deben desempeñar las autoridades políticas, jurisdiccionales, culturales y espirituales indígenas en las siguientes etapas del proceso judicial? Del mismo modo, respecto del daño, la JEP debe enfrentar preguntas como: ¿cómo reparar o restaurar el daño al río donde los diferentes actores armados lanzaban cuerpos de personas asesinadas, o donde se vertieron múltiples barriles de petróleo?, ¿cómo reparar un sitio sagrado destruido por la instalación de minas antipersonales y municiones sin explotar (MUSE) o por la

profanación de ecosistemas frágiles por causa de la minería criminal desarrollada en el marco del conflicto armado? Finalmente, surge la pregunta de si es correcto avanzar hacia la reparación y restauración de seres no-humanos, como los espíritus tutelares de los espacios sagrados, sabiendo que la implementación de los estándares de derechos humanos aún sigue pendiente.

Estas preguntas apremiantes están en pleno debate no solamente en Colombia, sino también a nivel internacional. Fue en el marco de la publicación del Auto del Macro caso 02 que, en febrero de 2020, Belkis fue entrevistada en el periódico nacional colombiano «El Espectador», con respecto al emblemático auto de acreditación del *Katsa Su* como víctima del conflicto armado. A pesar de que Belkis explicó la cosmovisión, los principios, lógicas y racionalidades del pueblo *Awá* sobre su territorio y su razonamiento para solicitar dicha acreditación, el artículo anunció que «La JEP reconoce que la naturaleza es víctima del conflicto armado» (El Espectador, 2020). En la entrevista se plantearon dos preguntas apremiantes, tanto para Colombia como para el campo de la justicia transicional en general; «¿cómo se va a aplicar esto [el territorio como víctima] a la justicia ambiental?» y «¿cómo se va a aplicar esto [el territorio como víctima] a la verdad del conflicto armado?».

Al leer este título ‘ambiguo’, nuestras primeras impresiones fueron que la periodista estaba más influenciada por algunas sentencias emblemáticas emitidas por las Altas Cortes de Colombia durante los últimos años las cuales reconocen a varios ríos y páramos como sujetos de derechos⁹. Estas sentencias forman parte de una emergente jurisprudencia ecológica que se considera parte de los derechos de la naturaleza, como se analizará más adelante. Así que en el contexto específico de estos Macro casos investigado por la JEP surge otra pregunta apremiante, ¿la acreditación y reconocimiento que hace la JEP al Territorio Indígena como víctima del conflicto armado también comprende la naturaleza y/o ecosistemas?

El título y abordaje del tema en el periódico nos hizo reflexionar sobre las tensiones conceptuales y fronteras difusas entre conceptos jurídicos como «territorio», «naturaleza» y «daño socio-ambiental» en el contexto de la justicia transicional en Colombia. Así, se dio origen a una primera versión de este artículo que co-pensamos y co-escribimos durante los confinamientos por la pandemia mundial COVID-19 que inició en marzo 2020. Los siguientes dos años continuamos con el intercambio dialógico colaborativo –en lo personal, profesional y espiritual–, tomando estas cuestiones como lo haría una cocinera pelando una cebolla, quitando capa por capa y sin quedar prisioneras de los esquemas conceptuales ni teóricos.

Con este intercambio dialógico colaborativo se quiere también dar eco a la propuesta metodológica conceptual de las antropólogas jurídicas europeas Veters y Foblets por una etnografía colaborativa con autoridades judiciales, como jueces y magistrados, con el objetivo de crear «un espacio común para explorar el alcance tanto de la reflexión crítica como la resolución aplicada de problemas» (Veters y Foblets, 2016), que le apueste a la construcción de conocimiento colectivo, yendo más allá de la función tradicional del antropólogo en el ámbito judicial como peritos

⁹ La Corte Constitucional ha reconocido la necesidad de proteger el medio ambiente por sí mismo en varias Sentencias (como por ejemplo, la Sentencia C - 595 de 2010, Sentencia C - 632 de 2011, la Sentencia T - _080 de 2015 y más recientemente ha señalado que éste puede ser sujeto de derechos en las Sentencia T - 622 de 2016, lo cual ha sido acogido por la Corte Suprema de Justicia en sentencias del cinco (5) de abril de dos mil dieciocho (2018) y por la jurisdicción ordinaria reconociendo como sujetos de derechos: el Río Magdalena, el Páramo de Pisba, el Río La Plata, los Ríos Coello, Combeima y Cocora, el Río Otún, el Río Pance y el Río Cauca.

culturales/antropológicos o etnográficos (González-Serrano y Viaene, 2022; Viaene y González-Serrano, 2024)¹⁰.

A lo largo de este intercambio dialógico colaborativo sugieren reflexiones que nos motivaron a proponer nuevos conceptos de análisis como: Territorio con T mayúscula, múltiples sistemas de vida (en vez de hablar de lo no-humano) y la resistencia jurídica enraizada en práctica espiritual indígena¹¹.

Empezamos a hablar del Territorio con mayúscula por primera vez en «Círculo de la palabra: reparación del Territorio y la Naturaleza como víctima»¹² de agosto 2020 que se organizó entre la Comisión Étnico-Racial de la JEP¹³ y el proyecto de investigación ERC RIVERS en el marco del Día Internacional de los Pueblos Indígenas. Belkis resaltó en este evento internacional en línea que los territorios indígenas son sujetos de derecho con identidad, dignidad propia; que sienten, piensan, se expresan, que se regocijan en la paz y sufren con la guerra como nosotros los humanos.

Mientras territorio con minúscula se refiere a los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas, es decir que estos derechos territoriales están en función de los derechos del Pueblo Indígenas, mientras que el Territorio con T mayúscula es en sí mismo Territorio, el que está vivo, el ser sintiente ahora sujeto de derecho, el que guarda el conocimiento, y el que debe dialogar con el pueblo y a su vez el pueblo con el Territorio. Durante este evento las abogadas indígenas Jovita Tzul Tzul (Guatemala) y Cecilia Baltazar (Ecuador), así como el líder Mauricio Ye'kwana (Brasil), compartieron sus conocimientos y experiencias respecto de temas como la importancia del Territorio y la Naturaleza para sus pueblos; las dinámicas de violencia y principales daños a los que se enfrentan, y sus recomendaciones para materializar la reparación de los Territorios y la Naturaleza.

Se cerró este Círculo de Palabras virtual con una Ofrenda de Pagamento iniciada por el Mamo Arhuaco Meijabin de la Sierra Nevada de Santa Marta (Colombia), quien invitó a todos los participantes a reflexionar sobre las preguntas ¿Quién de nosotros le ha pagado en algún momento la energía al sol? Pues en las ciudades pagan mensualmente la energía que reciben, pero ¿quién está pagando la energía al sol, el

¹⁰ Dentro del marco del proyecto RIVERS se elaboró en 2021-2022 una investigación cualitativa interdisciplinaria en colaboración con abogados indígenas, expertos y activistas legales que están involucrados en la defensa legal de los derechos de los Pueblos Indígenas en Guatemala donde destacamos un complejo paisaje etnográfico legal con respecto a su batalla legal-política intergeneracional en una sociedad que se enfrenta a la transición de la reciente violencia de masas y la imposición de las economías extractivas.

¹¹ En noviembre 2019, pocas semanas antes de emitir el SRVBIT-079, Belkis participó en un seminario internacional llamado «Pueblos Indígenas y justicia transicional en América Latina: logros y desafíos» organizado por el proyecto ERC RIVERS (2019-2025), coordinado por Lieselotte y desarrollado dentro de la Universidad Carlos III de Madrid, donde compartió su experiencia en la relatoría de los casos de la SRVR, que llaman al diálogo intercultural y a la materialización del pluralismo jurídico, es decir, implica tomarse la diversidad cultural en serio. En este evento participó también Guillermo Fernández-Maldonado, en ese momento, representante adjunto de OHCHR-Colombia, quien expuso su experiencia con los sistemas de justicia transicional de Guatemala y Colombia, señalando los logros y desafíos más importantes para alcanzar verdad, justicia, reparación y no repetición en contextos transicionales latinoamericanos. Por otro lado, Alejandro Quiceno, como funcionario de la de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición de Colombia (CEV), expuso el trabajo en la construcción de una paz estable y duradera. Finalmente, Lieselotte evaluó críticamente el eurocentrismo que ha sustentado las reflexiones en torno a la justicia transicional y propuso herramientas metodológicas para descolonizar su aparato epistemológico. Grabación disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=_S2HIGbuCPY&feature=youtu.be

¹² Véase: <https://rivers-ercproject.eu/circulo-de-la-palabra-reparacion-del-territorio-y-la-naturaleza-como-victima/> La grabación está disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=IApjX_Ulvys&t=39s

¹³ En este momento, Belkis era la coordinadora de la comisión Étnico-Racial (2020-2022) de la JEP.



ARMONÍA DE LA MADRE TIERRA:
REPARACIÓN DEL TERRITORIO Y
LA NATURALEZA COMO VÍCTIMA

14 DE AGOSTO
10:00h - 12:00h
Círculo de la Palabra

PARTICIPANTES:

Jovita Tsul Tsul (Guatemala)
Abogada y notaria maya K'iche', Instituto Ameq

Cecilia Baltazar (Ecuador)
Abogada indígena Kichwa, Corte Constitucional

Maurício Ye'kwana (Brasil)
Representante del pueblo Ye'kwana y Yanomam
en Brasil y Venezuela, Associação Hutukara

Lieselotte Viaene (Bélgica-España)
Antropóloga jurídica, Universidad Carlos III de Madrid

MODERADORA:

Belkis Izquierdo Torres (Colombia)
Magistrada Arhuaca de la Sala de Reconocimiento de Verdad y de
Responsabilidad y Determinación de Hechos y Conductas de la
Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y Coordinadora de la
Comisión Étnico-Racial

Ceremonia de cierre por el Mamo Mejabin
desde el Centro de Investigaciones Busintana, Colombia
(Tam, Colombia)

CONECTARSE VIA

ZOOM: <https://us02web.zoom.us/j/8946126318>

Facebook live: RIVERS ERC PROJECT

Organizado por la Comisión Étnico-Racial de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y el proyecto
ERC RIVERS (UC3M)

En el marco de la Semana de los pueblos indígenas en el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación
y no Repetición (SIVJRNK - Colombia)

RIVERS **uc3m** **Universidad Carlos III de Madrid** **Ministerio de Justicia**

espíritu de la lluvia que da tanto beneficio a la tierra misma? El Mamo explicó: «Cuando nosotros hablamos de pagamentos, es una forma de agradecer, y más allá de agradecer, de equilibrar, de reconciliar, de restaurar la armonía, de crear un balance, una reciprocidad por todo lo que recibimos. Es hacer entender que no es la naturaleza, somos nosotros, es parte de nuestra esencia... La persona que no ama a la Madre Tierra no se ama a sí misma»¹⁴.

Nuestro tejido de pensamientos alrededor de Territorio como víctima se fue profundizando cuando planteamos y discutimos el concepto de «múltiples sistemas de vida», que vamos a desarrollar con más detalle en la sección 6 del presente trabajo, durante el Seminario online «Justicia Transicional y Pueblos Indígenas: justicia y reparación de múltiples sistemas de vida», en febrero 2021,

organizado por *The Boston College Centre for Human Rights and International Justice*, donde fuimos las ponentes centrales¹⁵.

Nuestra preocupación compartida sobre cómo la judicatura puede tomarse en serio las visiones y prácticas indígenas en torno a los objetivos de la justicia transicional que por general no son comprensibles por los juristas formados en el positivismo legal, nos llevó a embarcar un proyecto audiovisual con una narrativa cinematográfica donde el Territorio como víctima del conflicto armado colombiano, Belkis y su resistencia jurídica dentro del sistema jurídico hegemónico son las protagonistas¹⁶. En junio 2023 se llevó a cabo una filmación piloto, tanto en Bogotá como en la Sierra Nevada de Gonawinduaque es el territorio colectivo del Pueblo *Ikú*, *Arhuaco* o *Wintukwa* del cual hace parte Belkis. La elaboración de la narrativa y filmación fue realizada por el equipo audiovisual dirigido por Rosaura Villanueva y Olowaili Green Santa Cruz, con el apoyo de Mariona Guia, la directora artística del proyecto ERC RIVERS.¹⁷ En agosto 2023 se publicó el [tráiler del documental donde Belkis nos muestra su resistencia legal en la defensa del Territorio dañado por el conflicto armado a partir de un trabajo cultural y jurídico sostenido](#)¹⁸. El documental se llama «*Aty* Seikuinduwa. Jueza entre mundos», actualmente en postproducción, forma parte de la serie documental «Derechos humanos más allá de lo humano» de

¹⁴ Véase también: <https://rivers-ercproject.eu/circulo-de-la-palabra-reparacion-del-territorio-y-la-naturaleza-como-victima/> La grabación está disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=IApjX_Ulvys&t=39s.

¹⁵ La grabación de este seminario es disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=YcCOTJ0yaM>

¹⁶ Más info sobre las razones y en los métodos del proyecto audiovisual ERC RIVERS véase: Viaene, L. (2024), Conectando la «burbuja académica» con la «burbuja de políticas» a través de medios audiovisuales: experiencias de RIVERS, Blog RIVERS. Disponible en: <https://rivers-ercproject.eu/es/audiovisual-rivers/>

¹⁷ Véase: <https://rivers-ercproject.eu/es/rivers-filmacion-piloto-en-la-sierra-nevada-colombia/>

¹⁸ El tráiler está disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=q0EaUXzUUSc>

dos partes, uno sobre Colombia y otro sobre Nepal¹⁹. Esperamos que esta serie de documental sea estrenado en la primavera de 2025.



Foto: Rodaje en la Kenkurwa, Sierra Nevada de Santa Marta, julio 2023 /ERC RIVERS

Para cerrar esta sección donde queríamos contextualizar los orígenes de las reflexiones presentadas en este artículo, hacemos referencia a lo que nos enseña el *Popol Vuj*, la sagrada crónica antigua maya, que el diálogo no es solamente un valor moral, sino también «un acto creador y fundador» y a su vez «la señal de nuestra existencia» (Ochoa, 2014). Nosotras también percibimos nuestra relación dialógica de tanto años como una gran oportunidad de aprender, desaprender y generar nuevas relaciones de confianza y de respeto que nos permitan honrar que somos –los humanos– uno más de los sistemas de vida interdependientes del Universo.

3. Rompiendo con la colonialidad jurídica pasado-presente en el campo de la justicia transicional

Otra de las fuentes de nuestras reflexiones es la complementariedad teórica-práctica sobre Pueblos Indígenas víctimas y sobrevivientes de graves violaciones de derechos humanos y los procesos post-conflictos. Cuando Belkis asumió el cargo de Magistrada de la SRVR ya poseía una larga trayectoria en el diálogo intercultural, la coordinación inter-jurisdiccional y la necesidad de materializar el pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural. Haber sido la primera mujer indígena, magistrada auxiliar en el Consejo Superior de la Judicatura del Sistema Judicial Colombiano le permitió tener una base fuerte de diálogo interlegal, para ahora incursionar en la justicia transicional y el derecho internacional. Lieselotte, por el contrario, desconocía las realidades colombianas indígenas del conflicto armado, los procesos de paz y justicia transicional local, pero ya venía con toda la experiencia de trabajar en materia de justicia transicional en Guatemala cuando se estaba formando este campo académico-practico a inicios de los años 2000. Además, durante sus estudios de criminología a finales de los años 90 fue formada en el emergente paradigma de justicia restaurativa donde varios de sus profesores de la Universidad de Leuven, Bélgica, jugaron un rol clave en su consolidación de la teórica-practica internacional.

¹⁹ El tráiler del documental de Nepal está disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=IfSJ-2DJWMU&t=9s>

3.1. La necesidad de una justicia transicional transformadora y restauradora

Antes de describir cómo la JEP se está relacionado con los Pueblos Indígenas, se quiere resaltar desde experiencias profesionales y académicas la necesidad teórica práctica de una justicia transicional transformadora en sociedades marcadas por legados de colonialismo histórico, discriminación, racismo y opresión de los Pueblos Indígenas.

El campo de la justicia transicional, que nació en los años 90, ha sido criticado ampliamente por su rigidez legalista, su enfoque desde arriba hacia abajo (*top-down*), la falta de participación efectiva de las víctimas y la ignorancia de las causas estructurales de la violencia. Por lo tanto, emergieron corrientes académicas aclamando por la necesidad de una «justicia transicional desde abajo» (McEvoy y McGregor, 2008; Shaw, *et al.*, 2010), «justicia transicional inclusiva» (Viaene y Brems, 2010), justicia transicional desde los márgenes» (Gready, 2010) y «una justicia transicional transformadora» (Gready y Robins, 2019). Sin embargo, a pesar de estos llamados a giros culturales y locales de justicia transicional, varios autores indican que rara vez se han articulado pasos prácticos en dicha dirección (Viaene, 2019; Robins, 2019; Lykes y van der Merwe, 2019).

A su vez, recientemente, académicos en este campo están cuestionando la eficacia, a largo plazo de las diversas intervenciones de justicia transicional, llamando a una reforma radical de la política, el locus y sus prioridades (Gready y Robins, 2019). Los académicos Gready y Robins plantean que esta justicia transformativa en un contexto de transición de violencia masiva y violaciones de derechos humanos se define como «un cambio transformador que hace hincapié en la agencia y recursos locales, la priorización del proceso en lugar de resultados preconcebidos y desafiando las relaciones de poder desiguales e interrelacionadas y estructuras de exclusión tanto a nivel local como global» (Gready y Robins, 2014, p. 340). Es decir, esta propuesta critica las concepciones y prácticas contemporáneas de la justicia transicional, a pesar de que se denota ahora como una justicia transicional holística, porque omiten transformar las inequidades estructurales socio-económicas, inequidades de género, discriminación por motivos étnicos, culturales y políticos, secuelas de la esclavitud y la colonización que muchas veces están en las raíces de los conflictos armados.

Estas críticas toman sentido en muchos de los países latinoamericanos con supuestas sociedades «post» conflicto, como Guatemala, Perú y Colombia. En estos países, los Pueblos Indígenas se enfrentan a una continuación de la violencia colonial radicalizada en sus territorios y comunidades, producto de un modelo neoliberal de desarrollo basado en el extractivismo de los recursos naturales. A su vez, en muchos países supuestamente «post» conflictos como Guatemala, Colombia, Perú, Congo y Camboya, las poblaciones indígenas, afrodescendientes y campesinos, que ya fueron afectados de manera diferenciada y desproporcionada por las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario durante el conflicto armado, ahora están criminalizadas y asesinadas por defender sus tierras y la naturaleza contra proyectos extractivos de recursos naturales, industria maderera, la agroindustria (Global Witness, 2019).

En Colombia, por ejemplo, según la Defensoría del Pueblo (s.f.) entre el 2016, año en que se firmó el Acuerdo Final de Paz, hasta el 2019, fueron asesinados 555

líderes sociales y defensores de derechos humanos²⁰. El Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz indica que en el 2020 fueron asesinados 310 líderes sociales y defensores y 64 excombatientes de las FARC firmantes del acuerdo, mientras que en el 2021 fueron 22 líderes sociales y defensores de derechos humanos y 7 excombatientes de las FARC firmantes del acuerdo (Defensoría del Pueblo 2020 y 2021). Ante esta realidad de continuas violaciones de derechos humanos que enfrentan los Pueblos Indígenas, el modelo de justicia transformadora y restauradora ofrece importantes pautas para la construcción de una agenda de políticas públicas de justicia transicional diseñada desde los propios Pueblos Indígenas.

3.2. La necesidad de descolonizar la justicia transicional

Recientemente han surgido más voces críticas en torno a las relaciones de poder entre el «Norte Global» y el «Sur Global» y cómo las secuelas del colonialismo afectan tanto al trabajo de investigación como al diseño de las políticas públicas en los procesos de justicia transicional (Fletcher y Weinstein, 2018; Lykes y van der Merwe, 2019). La teoría crítica del derecho, a través de autores como Rajagopal (2003), Anghie (2004) o Fukurai (2019), ha dado cuenta de que el derecho internacional –instituciones internacionales y los derechos humanos–, son también un producto del encuentro colonial. Bajo las premisas del proyecto de la Ilustración, el inherente motor del derecho internacional –el brazo jurídico del imperialismo europeo colonial– fue la ideología y el discurso del desarrollo y la supuesta «civilización» de las poblaciones nativas de Asia, África y América Latina (Geisinger, 1999; Anghie, 2004). La colonización implicaba, como indica la académica maorí (Nueva Zelanda) Tuiwai Smith (1999), la exclusión, la marginalización y la negación de los saberes y las lenguas de conocimientos de los Pueblos Indígenas, entre ellos en torno a las concepciones indígenas acerca de la tierra y su relación especial, y la imposición de la propiedad y la titulación individual.

El derecho internacional ha avanzado de forma gradual en el reconocimiento de los Pueblos Indígenas como sujetos no solamente de derechos individuales, sino también de derechos colectivos. Hoy en día se puede hablar de un «paquete global de derechos humanos de los Pueblos Indígenas»²¹, el cual les otorga derechos para garantizar, preservarse y desarrollarse como culturas singulares, con libre determinación a la tierra, el territorio y los recursos naturales, así como administrar justicia, y desarrollar las propias formas de organización social, política y jurídica. Sin embargo, hay que reconocer que, a pesar de estos avances progresistas en materia de derechos humanos, los estudios sobre derecho y colonialidad han demostrado que el colonialismo jurídico sigue vigente, dada la continuidad de principios, conceptos y categorías jurídico-políticas arraigadas en conceptos jurídicos euro-occidentales (Darlan-Smith y Fitzpatrick, 1999; Anghie, 2004; Benton, 2002; Mawani, 2015). Ejemplo claro de ello ha sido, por un lado, la positivización del derecho a la tierra, el subsuelo, los minerales y el agua como objetos explotables y, por otro, la jerarquización y subordinación entre comunidades humanas y no humanas (Saito, 2014; Garzón, 2019; González-Serrano, *et al.*, 2022). Además, en materia de

²⁰ En 2016 ocurrieron 133 casos (117 hombres y 33 mujeres); en 2017 fueron 126 asesinatos (108 hombres y 18 mujeres); en 2018 fueron 178 casos (166 hombres y 12 mujeres) y en 2019 fueron 118 (99 hombres y 19 mujeres).

²¹ Esto comprende la Convención 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales (1989), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (UNDRIP) (2007), las recomendaciones del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (MEDPI), el mecanismo de supervisión de la OIT, la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

derechos de los Pueblos Indígenas, el investigador indígena chinanteco (México) Pedro Garzón (2019), indica que en la práctica sigue dominante el pensamiento eurocéntrico, el individualismo liberal y la cultura jurídica occidental en la interpretación y aplicación de estos derechos de los Pueblos Indígenas, lo cual dificulta materializar su autodeterminación sustancial. Es decir, la idea de la superioridad del conocimiento eurocéntrico aún permea la concepción sobre el derecho, produciendo una forma de colonialidad jurídica que marginaliza conocimientos indígenas transformándolos simplemente en «usos y costumbres», «derecho consuetudinario» o «fenómenos infra-jurídicos» (Garzón, 2019, p. 215). Por lo tanto, no es sorprendente que también en la estructura del pensamiento, la práctica cotidiana y la cultura legal de los operadores del derecho estatal e internacional, los sistemas de conocimiento indígenas, conforme lo establece la académica Maoria Tuiwai Smith, sean difíciles de aceptar y sigan siendo rechazados (Smith, 1999).

4. Hacia un diálogo horizontal, intercultural e interjurisdiccional entre la JEP y Pueblos Indígenas en Colombia

El Vicefiscal de la Corte Penal Internacional reconoció que «el diseño de la JEP es pionero en el mundo» (Jurisdicción Especial para la Paz, 2020)²². Ante las múltiples críticas y desafíos prácticos de la justicia transicional, el modelo de la justicia transicional colombiano, creado en el marco de los Acuerdos de Paz de 2016, ofrece nuevos e importantes horizontes transformadores para los sobrevivientes de graves violaciones de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Este modelo considera como un objetivo primordial la centralidad de las víctimas y su participación en las diferentes etapas del proceso judicial. Por otra parte, aunque este artículo no desarrollará los componentes ni las funciones del Sistema Integral, si es necesario resaltar que SIVJNR²³ sometió a un proceso de consulta previa todas sus normas, procedimientos e instrumentos con los pueblos étnicos; indígenas, negros, afrocolombianos, raizales, palenqueros y rom, entre finales de 2018 y el primer trimestre de 2019. Se desarrollaron 120 espacios de consulta en zonas rurales, en 32 departamentos y 98 municipios de Colombia, con la participación de 8.275 personas étnicas que participaron de forma directa. Un resultado concreto fue la publicación, en agosto 2019, de la compilación titulada «Diversidad étnica y cultural, pluralismo jurídico y consulta previa»²⁴, la primera de su tipo desde la promulgación de la Constitución de 1991, que sentó las bases de las formas de coordinación y articulación de la Jurisdicción Especial Indígena²⁵ y las justicias de los pueblos negros y afrocolombianos con el Sistema Integral. A partir de estos documentos se desarrollaron otros protocolos de relacionamiento con cada uno de los pueblos étnicos. En el acto oficial de presentación y entrega de los resultados de la consulta previa, la expresidenta de la JEP magistrada Patricia Linares, manifestó «es un primer resultado de un proceso de diálogo horizontal que reafirma las obligaciones con los Pueblos Indígenas y que busca materializar las nociones y

²² El comunicado 153 de la JEP, indicando que «El diseño de la JEP es pionero en el mundo».

²³ El Sistema Integral está compuesto por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición (CEV), la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) y la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el Contexto y en Razón del Conflicto Armado (UBPD).

²⁴ Disponible en: <https://www.jep.gov.co/Documentos/JEPWP/protocolo.pdf>

²⁵ En Colombia, la Jurisdicción Especial Indígena constituye un derecho fundamental, autónomo y colectivo de los Pueblos Indígenas, que es ejercido en los términos del artículo 246 de la Constitución Política. La JEI goza de una institucionalidad propia, compuesta por sus autoridades tradicionales, normas y procedimientos, y un territorio en el cual se ejerce la función jurisdiccional. Además, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, la función jurisdiccional se ejerce como propia, habitual y de manera permanente por la JEI a través de personas dotadas de investidura constitucional para hacerlo, en este caso, las autoridades tradicionales.

acciones que, desde la experiencia vital de estos pueblos, contribuyen al entendimiento y práctica de la paz»²⁶.

La JEP sometió a consulta previa tres herramientas: el Reglamento Interno de la JEP, la Ley de Procedimientos, el Reglamento Interno de la JEP y el Protocolo 01 de 2019 para la coordinación y articulación interjurisdiccional, y diálogo intercultural entre la Jurisdicción Especial Indígena y la JEP. Se debe destacar que es la primera vez en Colombia, y hasta que sepamos en América Latina, que un Alto Tribunal de Justicia somete su normativa interna a un proceso de consulta previa con los pueblos étnicos. Normativa que fue traducida por la comisión Étnico-Racial de la JEP, en herramientas concretas de diálogo intercultural y coordinación inter-jurisdiccional, para lo cual se diseñó una ruta sobre cómo lo jueces deben relacionarse con las autoridades indígenas involucradas en los distintos macrocasos.

La comisión Étnico-Racial de la JEP, a través de la adopción de los protocolos de relacionamiento, ha creado espacios de diálogo horizontal entre los jueces y las autoridades indígenas, diferenciado cuando se dialoga en calidad de víctima, en calidad de autoridad étnica y cuando como autoridad indígena ejerciendo sus funciones jurisdiccionales. En la práctica significa que la JEP debe respetar la autonomía de los sistemas jurídicos propios de los Pueblos Indígenas, conocidos en Colombia como Leyes de Origen y Natural, la Palabra de Vida, el Derecho mayor o Derecho Propio. La materialización de lo anterior se ha dado mediante la notificación con pertinencia étnica y cultural, las diligencias de coordinación interjurisdiccional e interjusticias, la participación de intérpretes y traductores, la defensa étnicamente diferenciada, las medidas cautelares y de protección con enfoque cultural y la participación de las autoridades indígenas en el proceso judicial, entre otras.

A pesar de estos importantes avances, la JEP enfrenta múltiples desafíos para materializar sus principios y normas en materia de Pueblos Indígenas. Primero, ante la realidad de la vigencia de causas estructurales de las violencias y la persistencia del conflicto en los territorios ancestrales y colectivos de los Pueblos Indígenas, a la JEP le ha correspondido esforzarse en generar múltiples espacios de pedagogía, divulgación y comunicación que le permita ir ganando confianza y legitimidad. Segundo, se requiere una gestión presupuestal diferenciada que le permita la mayor presencia en los territorios y la realización de diligencias judiciales. Por ejemplo, una notificación con pertinencia étnica y cultural implica el traslado a grandes distancias vía fluvial, terrestre o aéreo para llegar a comunidades asentadas en la ruralidad dispersa. Todos estos avances y desafíos han sido esenciales para la comprensión y materialización de los enfoques étnico racial y territorial.

5. La necesidad de creatividad jurídica y diálogo «interlegal» en el Auto SRVBIT-079 de noviembre 2019

Durante el proceso de elaboración del proyecto del Auto SRVBIT-079 en 2019, se acudió a la creatividad jurídica, al diálogo intercultural y de saberes, tomando como base el pluralismo jurídico, la diversidad étnica y cultural, la igualdad entre las culturas, los múltiples desarrollos normativos ambientales y los derechos colectivos e individuales de los Pueblos Indígenas. A partir de ello, surgieron preguntas y reflexiones acerca de la mejor forma de incorporar las nociones, visiones y ontologías del pueblo Awá en los conceptos jurídicos que harían parte de esta primera providencia judicial.

²⁶ Para profundizar, se recomienda consultar: <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/La-JEP-publica-compilacion-de-las-normas-e-instrumentos-concertados-con-los-pueblos-indigenas.aspx>

Desde el despacho de Belkis, la Magistrada relatora del caso 02, se profundizó sobre la forma como los Awá comprenden y se relacionan con el territorio, mediante un diálogo de saberes con las autoridades espirituales, es decir, aproximándose a lo que ellos describen o comprenden como la «indivisibilidad» del Pueblo Awá. Para ello, fue imprescindible recurrir a su propio idioma. Dado que la Sala de Reconocimiento venía implementando rutas de participación para las víctimas, teniendo en cuenta las diferencias culturales, sociales y geográficas por cada tipo poblacional, fue posible tener un análisis real, desde la voz propia de los pueblos y comunidades, sobre lo que es para ellos lo más grave, representativo y significativo del conflicto armado²⁷.

En la implementación de la ruta del diálogo intercultural y de coordinación interjurisdiccional con las autoridades Awá, se logró fundamentar lo que significa en sí mismo el Territorio y su relación inescindible e interdependiente para la pervivencia física, cultural y espiritual del sujeto colectivo Awá. Según los Awá, ellos pertenecen el *Katsa Su* que está vivo, es la fuente del buen vivir y la casa del pueblo Awá y de los seres que habitan allí. En el *Katsa Su* los Awá desarrollan toda la vivencia de la espiritualidad, se armonizan con sus espíritus y ancestros, y realizan sus ritualidades de acuerdo con su Ley de Origen.

En el proceso de elaboración del auto de acreditación del territorio, discutimos ampliamente la imposibilidad jurídica a la cual su despacho se estaba enfrentando. Una primera idea fue emitir dos Autos, uno que acredite a las personas del pueblo Awá como colectivo y otra a su territorio. A su vez, se quería materializar el derecho del Territorio como víctima, en el sentido como se encuentra contemplado en el Decreto-Ley 4633 de 2011, aplicándolo al significado e importancia que tiene el territorio para cada Pueblo Indígena, y en el caso de los Awá, el *Katsa Su*. Para evidenciar esta relación inescindible fue necesario proferir un solo auto de acreditación de víctimas –Pueblo y Territorio–, que marcara una ruptura conceptual con el pensamiento eurocéntrico positivista y con el objetivo de traducir jurídicamente la interrelación y unidad no-humano/humano/seres espirituales planteada por los Awá. Sin embargo, persistía la preocupación de generar un mensaje equivocado, por lo que se discutió la formulación del nombre completo del Auto y el orden de los diferentes sujetos a acreditar. La conclusión a la que se llegó fue que lo más coherente era colocar en primer lugar *Katsa Su* gran Territorio Awá y de forma seguida los 32 cabildos indígenas Awá.

El título del Auto que salió del despacho no tenía comas entre *Katsa Su* gran territorio Awá, para resaltar que se trataba de un mismo sujeto que tenían una relación indivisible e interdependiente con el Pueblo *Inkal Awá*, es decir se estaba acreditando el *Inkal Awá* y al *Katsa Su*, pero a la hora de comunicar la decisión judicial, la dirección de comunicaciones -siguiendo reglas gramaticales, insertó la coma entre el *Katsa su*, gran territorio Awá y los 32 cabildos indígenas Awá. Así en noviembre 2019, se publicó el Auto con el siguiente título: «acreditar como víctimas en calidad de sujetos colectivos de derechos al “*Katsa Su*”, gran territorio Awá, y a los treinta y dos (32) cabildos indígenas Awá²⁸, asociados y representados en la Unidad Indígena del Pueblo Awá –Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Awá– UNIPA en el marco del Caso 02».

²⁷ La información recaudada en este proceso hace parte del expediente judicial del caso, no es publica al momento de escribir este artículo académico.

²⁸ El cabildo indígena es una entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad.

Una vez comprendida la profundidad de la visión del Territorio y a partir de la acreditación del Territorio como víctima, sujeto de derecho, ser vivo, ser sintiente, madre, sagrada, interviniente especial ya comenzamos a hablar del Territorio, con «T» mayúscula. La acreditación del territorio como víctima del conflicto armado, se comprendió y expresó desde el sistema de conocimiento y la cosmovisión del Pueblo Indígena, desde la ontología relacional que logra comprender la múltiples visiones y relaciones entre diversos sistemas de vida, como el río que atraviesa mucho Territorios, comunidades y llega al mar. Como discutiremos más adelante con más detalle, se apela a todos los fundamentos para mostrar que la víctima Territorio ha sido dañada, destruida, violada y esto afecta a múltiples sistemas de vida de forma grave, desproporcionada y diferenciada. La acreditación del Territorio como víctima se comprende en principio bajo un concepto de la cosmovisión del pueblo indígena, pero va más allá y con base en la ontología relacional incluye la visión de otras comunidades, como el río que atraviesa muchos Territorios, comunidades y llega al mar. Se apela a todos los fundamentos para mostrar que la víctima Territorio ha sido dañada, destruida, violada y esto afecta a múltiples comunidades de forma grave y diferenciada.

6. Conflictos armados y daños al medio ambiente y la naturaleza: ¿dónde está el Territorio indígena con sus múltiples sistemas de vida?

Continuando con nuestra reflexión respecto a la entrevista realizada a Belkis de febrero 2020 que se titulaba «La JEP reconoce que la naturaleza es víctima del conflicto armado». Este fue el titular con el cual una nota periodística presentó el Macro caso 02 que acreditó el *Katsa Su* gran territorio Awá. A pesar de las especificaciones sobre el significado del Territorio dadas por su entrevistada, la magistrada Belkis Izquierdo, el titular parece haber enmarcado la noticia dentro de la corriente emergente de los «derechos de la naturaleza».

Los derechos de la naturaleza se han convertido en una palabra de moda en el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho ambiental (Viaene 2024). Hoy en día es difícil seguir la pista a los innumerables seminarios, conferencias, o cualquier foro que se nos ocurra en el mundo académico de habla inglesa e hispano hablante. Juristas ambientales reconocidos internacionalmente, como el canadiense David Boyd, el anterior Relator Especial de la ONU sobre Derechos Humanos y Medio Ambiente, han calificado esta nueva tendencia jurídica de «revolución legal» en el ámbito del derecho internacional (Boyd, 2017). Actualmente, Colombia ocupa el tercer lugar en el mundo en el número de decisiones judiciales que conceden derechos a entidades naturales y ecosistemas específicos como ríos y páramos (Richardson y McNeish, 2021). Paralelamente, en 2022 la Asamblea General de la ONU reconoció el acceso a un medio ambiente limpio, sano y sostenible como un derecho humano universal²⁹. Al nivel internacional, este nuevo derecho humano ha sido celebrado como otro hito legal para combatir la crisis ambiental que estamos enfrentando al nivel mundial.

Ante estas nuevas tendencias eco-legales internacionales, es importante resaltar que los movimientos internacionales de los Pueblos Indígenas llevan décadas expresando formas radicalmente distintas de conocer y estar en el mundo en las Cumbres internacionales sobre cambio climático y desarrollo, en contraste con la mercantilización capitalista neoliberal de la naturaleza (May, Viaene y Montalván, 2023). Por ejemplo, la Declaración de Kari-Oca y la Carta de la Tierra de los Pueblos Indígenas (1992), de más de 30 años de antigüedad, surgida de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (CNUMAD), también

²⁹ Al respecto, véase: <https://news.un.org/es/story/2022/07/1512242>

conocida como Cumbre de la Tierra, que tuvo lugar en Brasil, afirma en su artículo 32:

Nuestros territorios son entes vivos en una relación vital permanente con los seres humanos y la naturaleza. La posesión de estos territorios produjo el desarrollo de nuestra cultura. La posesión de nuestro territorio debe ser inalienable, inconquistable e imposible de negar en títulos. Se requiere apoyo jurídico, económico y técnico para garantizar este derecho.

A su vez, establece (artículo 35):

Aquellos lugares donde los territorios indígenas han sido degradados, deberán tener disponibles recursos para restaurarlos. La recuperación de estos territorios afectados es un deber prioritario de la respectiva jurisdicción de la nación estado. La indemnización de la deuda ecológica histórica deberá incluirse en este proceso de recuperación. Las naciones estados deberán revisar a fondo las políticas agrarias, mineras y forestales.

En el artículo 77, los Pueblos Indígenas reclaman que:

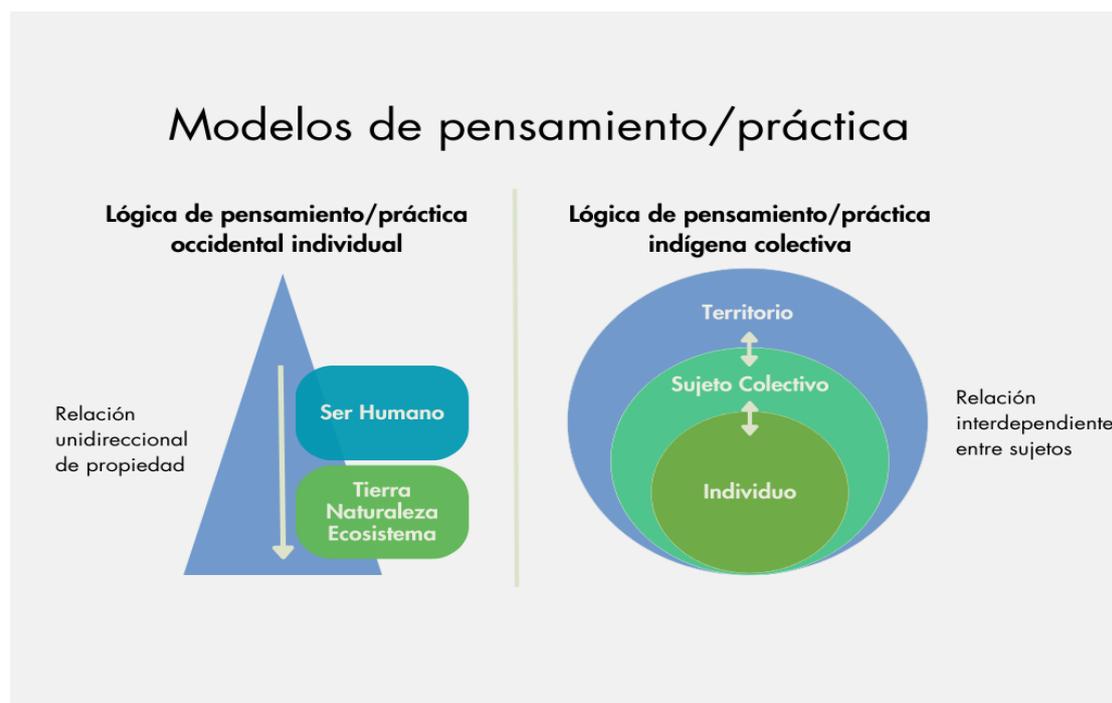
La noción eurocéntrica de propiedad está destruyendo a nuestros pueblos. Debemos volver a nuestra propia visión del mundo, de la tierra y del desarrollo. Esta cuestión no puede separarse de los derechos de los Pueblos Indígenas.

En una entrevista personal realizada en 2019 a la anterior Relatora Especial de la ONU de los Derechos de los Pueblos Indígenas, Vicky Tauli-Corpuz, esta advierte que, desde el punto de vista de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas, este emergente marco jurídico de derechos de la naturaleza podría implicar también riesgos para su garantía y protección efectiva, igual como ha sido el caso de las medidas de conservación, que a menudo han violado los derechos de los Pueblos Indígenas (Entrevista realizada por Viaene, 2019; Asamblea General de la ONU, 2016)³⁰. Ella se pregunta:

¿Cómo estas personas que están presionando para este nuevo marco legal respetarán y protegerán los derechos de los Pueblos Indígenas para seguir desarrollándose, y usando sus propias filosofías y cosmologías y visiones del mundo? (...) Tienen sus derechos a la autodeterminación de sus territorios, tierras y recursos, porque su efectividad en la protección de los ríos reside en gran medida en el régimen que también protegerá su derecho a ser los administradores, a ser el guardián o a ser los parientes de estas aguas, ríos, bosques. (...) ¿Se igualarán los derechos de la naturaleza con los derechos de los Pueblos Indígenas?.

Se reconoce que este debate académico sobre el giro ecocéntrico en el derecho internacional es un gran avance para que se superen los límites antropocéntricos del paradigma de los derechos humanos y afrontar la crisis ambiental mundial. Sin embargo, en línea con las preocupaciones de la anterior Relatora, opinamos que los derechos de la naturaleza no representan suficientemente las visiones y prácticas indígenas de la defensa de los múltiples sistemas de vida que se encuentran en lo que se denomina jurídicamente «el Territorio». También en la academia hay crecientes voces críticas ante esta moda legal de los derechos de la naturaleza, porque, aunque implica un giro ecocéntrico, muchos defensores de este movimiento legal no rompen las cuestiones de los orígenes y prácticas coloniales legales, sino que tienden a romantizar las prácticas indígenas (Tanasescu, 2022, May, Viaene y Montalván; 2023 Viaene, 2024).

³⁰ La Relatora dedicó su informe anual de 2016 para la Asamblea General de la ONU al tema de medidas de conservación y derechos de los Pueblos Indígenas.



Fuente: Elaboración Belkis Izquierdo y Lieselotte Viaene. Presentado por Belkis Izquierdo en Seminario «Transitional Justice & indigenous peoples: justice and reparation for multiple life systems with Izquierdo and Viaene», 17 de febrero 2021 organizado por Boston College, Centre for Human Rights and International Justice.

Es también importante indicar que, en el caso de Colombia, la Corte Constitucional, a partir de los años 90, ha desarrollado una línea jurisprudencial que ha reconocido la importancia del territorio en el desarrollo y subsistencia de las comunidades indígenas como sujeto cultural diferenciado³¹. Todas ellas resaltando lo importante que resulta la comprensión del territorio como un elemento esencial de su cultura y espiritualidad, así como, la trascendencia que tienen las medidas legislativas o administrativas que lo afectan.

La SRVR de la JEP, al fundamentar la acreditación del Territorio como víctima, revisó múltiples decisiones. Una de ellas fue el caso de una tutela interpuesta por el Pueblo Indígena *Ikø*, *Arhuaco* o *Wintukwa*, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la consulta previa y los conexos en el marco de la protección de la integridad cultural, social y económica, vulnerados por las entidades demandadas al instalar una base militar y varias antenas de comunicación, en el cerro *El Alguacil/Inarwa Tama*, un cerro sagrado donde se realizan los pagos a la producción y los alimentos. En la sentencia T-005 del 2016, la Corte Constitucional ya señaló en la providencia, que los cuatro Pueblos de la Sierra: *Kogui*, *Wiwas*, *Arhuacos* y *Kankuamos*, «desde tiempos inmemorables han hecho presencia en ese Territorio sagrado, cumpliendo la misión que les fue encargada: cuidar la naturaleza». Igualmente, indicó que para el Pueblo:

el territorio es la Madre Tierra y contiene la vida. El territorio es permanencia de la identidad cultural, [que] permite el desarrollo entre lo material y lo espiritual. Lo espiritual es un tejido de relaciones vitales de todos los seres con el territorio y con él se sostiene el equilibrio de dichas relaciones y es por ello que deben hacer los pagos y saneamientos tradicionales para compensar el beneficio que reciben de la madre naturaleza.

³¹ Para profundizar en la lectura, se recomienda consultar las sentencias SU-039 de 1997, la SU-383 de 2003, la T-208 de 2007 y la T-129 de 2011 de la Corte Constitucional de Colombia.

El Auto SRVTBIT-079, y también los siguientes, amplían esta visión de la Corte Constitucional del concepto jurídico del territorio. Con estas decisiones judiciales innovadoras de la JEP, el territorio indígena se ha transformado de un objeto de derecho a un sujeto de derecho colectivo. Ahora es una entidad con derechos y, por lo tanto, a la vez se generan múltiples preguntas sobre el alcance jurídico de esta nueva figura.

En el marco del diálogo intercultural y la coordinación interjurisdiccional en el caso territorial 02, las autoridades del Pueblo Awá solicitaron a la JEP, la acreditación del pueblo como víctima del conflicto armado, pero también del *Katsa Su* gran Territorio Awá. Uno de los documentos claves para ampliar dicha solicitud fue el Plan de Salvaguarda de los Awá, donde se explica que el *Katsa Su*:

está vivo, es la madre tierra, es la fuente del buen vivir y la casa del Pueblo Awá y de los seres que allí habitan (...)» y «[...] el reconocimiento y la acreditación del territorio como víctima considerando las afectaciones ocasionadas en el marco del conflicto armado de manera grave, sistemática, desproporcionada, diferenciada y directa, que el mismo tiene una identidad y dignidad que lo constituye como sujeto de derechos. (Jurisdicción Especial para la Paz, 2019, par. 10, p. 5).

La comprensión del Territorio dentro de la cosmovisión del Pueblo Awá refleja desde la cosmovisión una concepción integral del mundo como lo manifiesta uno de sus líderes:

lo que la cultura occidental llama “propiedad privada” y “recursos naturales”, no existen así para nosotros; bajo nuestra cultura Awá, todos los seres y partes de la naturaleza están constituidos por lo mismo y pertenecen a todos. La presencia en el territorio de habitantes humanos, animales y plantas, así como de espíritus que nos protegen mediante normas y castigos, pone las condiciones a los humanos para decidir sobre la explotación de lo que los occidentales o mestizos llaman ‘recursos’. (Bisbicus, 2012).

Como hemos dispuesto en otro trabajo, desde una comprensión indígena no solamente los humanos, sino también las montañas, los espíritus, los ríos, las piedras, el maíz sagrado, entre otros, son seres vivos, por cual pueden sufrir daño y ser víctimas de violaciones de derechos humanos (Izquierdo y Viaene, 2018). A pesar de que desde varias décadas activistas e intelectuales indígenas de varias partes del mundo han (de)escrito que la madre tierra es sagrada, viva y todo es uno, interrelacionado e interdependiente con los seres humanos (Jewett y Garavan, 2019; McGregor, 2021; Todd, 2016), los protagonistas de este giro ecocéntrico y los derechos de la naturaleza siguen dividiendo jurídicamente esta interrelación ser humano-tierra-múltiples sistemas de vida por otorgar personalidad jurídica a los distintos elementos como ríos, montañas, páramos, lagunas, mares entre otras. Lo cual revela en nuestra opinión tensiones ontológicas jurídicas más profundas enclavadas en una realidad jurídica eurocéntrica, colonial y racializada dominante que tanto desde la academia como desde el mundo judicial no se atreven enfrentar suficientemente.

Ante esto, y retomando las preocupaciones de la Relatora Especial, el reconocimiento del Territorio indígena como víctima se sustenta principalmente en estas ontologías indígenas ancestrales que se logró traducir parcialmente en el derecho colectivo de los Pueblos Indígenas al territorio, tierra y recursos naturales

reconocido por el derecho internacional y ampliamente desarrollado en la jurisprudencia colombiana³².

Consideramos que en el proceso judicial ordinario y transicional se debe realizar un proceso pedagógico con los operadores de justicia, para que conozcan y comprendan en profundidad los sistemas de justicia indígena sus principios, lógicas, racionalidades, normas, procedimientos y prácticas. De tal manera que se logre una articulación de ellas con las justicias transicionales de corte tradicional (eurocéntricas y antropocéntricas), para que se responda a las necesidades y a la satisfacción de los derechos de las víctimas a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición de los Pueblos Indígenas, lo cual contribuiría a la autodeterminación y gobierno propio de los pueblos en sus Territorios.

A su vez, consideramos que es necesario y urgente ir más allá del desarrollo conceptual jurídico del territorio que existe hasta ahora en la jurisprudencia constitucional colombiana y de la Corte Interamericana, en el sentido de romper con el dualismo antropocéntrico inherente en el derecho internacional y las interpretaciones coloniales de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas reconociendo el Territorio con mayúscula. Esto implica navegar en aguas jurídicas desconocidas, ir más allá de lo que la ley/derecho permite y ser creativos para poder romper registros jurídicos coloniales, como describimos anteriormente. Es decir, implica desarrollar el pluralismo jurídico en consonancia con la diversidad étnica y cultural, para lograr un verdadero diálogo interlegal que permita por fin, tomar en serio los sistemas jurídicos indígenas.

Una manera en la que se ha visto materializado este pluralismo jurídico y diálogo interlegal, ha sido el Auto 03 de 2023 de la SRVR de la JEP, que dentro del sistema de fuentes de derecho de la JEP, también comprendió el sistema jurídico de los Pueblos Étnicos. Esta decisión judicial marcó un hito, pues valoró desde los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas y del Pueblo Negro Afrocolombiano, y de acuerdo con sus propias lógicas, principios y racionalidades, las desarmonías y daños graves causados por los actores armados³³. En este sentido, el Auto 03 de 2023 ratificó que los Pueblos Étnicos tienen lugares sagrados que deben ser protegidos de manera especial de acuerdo con su cosmovisión, espiritualidad y cultura y que fueron dañados gravemente en el marco del conflicto armado.

Además, al realizar este reconocimiento, y al calificar jurídicamente como crimen de guerra la destrucción de bienes culturales y lugares de culto, la JEP visibilizó la existencia de estos lugares naturales sagrados, y de la necesidad de otorgarles tutela jurídica y protección especial (Jurisdicción Especial para la Paz, 2023b).

De igual forma, y en el contexto Auto 03 de 2023, se realizó la calificación jurídica por el crimen de guerra de destrucción del medio ambiente natural. Esta calificación muestra que la SRVR adoptó una perspectiva ontológica relacional que trasciende visiones antropocéntricas y ecocéntricas, al visibilizar daños socioambientales desde perspectivas culturales. Se analizaron conductas como el vertimiento de petróleo, la minería criminal con mercurio y la instalación de minas

³² Organización Internacional del Trabajo – OIT, 1989; Naciones Unidas, 2007; Corte Constitucional, Sentencia T-188 (1993), Sentencia T-652 (1998), Sentencia C-175 (2009), Sentencia T-025 (2004), Sentencia T-235 y Sentencia T-433 (2011), Sentencia T-009 (2013).

³³ Sobre la participación de los Pueblos Indígenas en la Jurisdicción Especial para la Paz. Véase Izquierdo Torres, B. (2023) Universidad Externado de Colombia, Cátedra UNESCO derechos humanos y violencia: Gobierno y gobernanza, participación restaurativa en escenarios transicionales: más allá de las mediaciones, los círculos y las conferencias (p. 29).

antipersona, y se valoró el daño con base en información cualitativa y cuantitativa, considerando la visión intercultural de los Pueblos Étnicos, que se vieron afectados de manera desproporcionada por estos hechos (Jurisdicción Especial para la Paz, 2023b).

En suma, los reconocimientos por parte de la SRVR al hacer calificaciones jurídicas propias demuestran que sí es posible ir más allá de las interpretaciones exegéticas y coloniales; con base en el pluralismo jurídico, el diálogo interlegal y la diversidad étnica y cultural, interpretó los elementos del Crímenes de Lesa Humanidad y de Guerra del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, con enfoque y perspectiva étnico racial (Jurisdicción Especial para la Paz, 2023b).



Fuente: Elaboración Belkis Izquierdo y Lieselotte Viaene. Presentado por Belkis Izquierdo en Seminario «Transitional Justice & indigenous peoples: justice and reparation for multiple life systems with Belkis Izquierdo and Lieselotte Viaene», 17 de febrero 2021 organizado por Boston College, Centre for Human Rights and International Justice.

7. ¿Cómo puede hablar el Territorio-ser viviente, sujeto de derecho y víctima del conflicto armado?: la evidencia jurídica en clave indígena

En esta última sección regresamos nuevamente a la entrevista realizada a Belkis, donde la periodista planteó en su artículo una segunda pregunta: «¿cómo se va a aplicar esto [el territorio como víctima] a la verdad del conflicto armado?». Esta pregunta llama la atención no sólo sobre la cuestión ¿quién es víctima?, sino también sobre el concepto de «verdad» y el alcance que pueda tener en el debate de la justicia transicional. Recientemente se ha reconocido en el campo de la justicia transicional que «la verdad no está fijada ni es probable que sea totalmente conocible» (Burt, 2020), así como se está produciendo cada vez más entendimientos complejos de la verdad sobre el pasado de un conflicto armado. Es así, como en contextos judiciales

conceptos como la verdad judicial, la verdad histórica, los hechos, la evidencia jurídica y las pruebas van de la mano.

Siguiendo al académico indígena maorí Tuwai Smith, el campo del derecho internacional también debería reconocerse como «un importante lugar de lucha entre los intereses y las formas de conocer de Occidente y los intereses y las formas de resistir del Otro» (Smith, 1999, p. 2), siendo los «Otros» los pueblos indígenas. Además, por lo general, las normas y prácticas indígenas se codifican «sólo cuando corresponden a los códigos y lenguajes político-jurídicos dominantes» (Sieder y Barrera Vivero, 2017) y las hace suscribirse a un sistema externo que, para empezar, las hizo marginales e invisibles. Como ha expuesto Lieselotte con sus colegas Peter Doran y Jonathan Leljiblad:

la doctrina jurídica eurooccidental dominante, la tierra y el reino de lo más-que-humano se hacen visibles y accesibles a la intervención jurídica, en su mayor parte, sólo cuando estos fenómenos se han traducido al lenguaje de los recursos naturales o de una mercancía con sistemas de valor asociados integrados en mercados y sistemas de fijación de precios. (Viaene, *et al.*, 2023, p. 1)

Uno de los grandes desafíos jurídicos que tiene la SRVR de la JEP es justamente la cuestión sobre la recolección de las evidencias jurídicas para calificar crímenes ambientales, y documentar los daños graves, extensos y duraderos. Por ejemplo, para imputar la destrucción al Territorio y a la Naturaleza, será necesario comprender y dialogar con los sistemas de conocimientos y de justicia de los Pueblos Indígenas, su comprensión de los daños y desarmonías, y el lugar que ocupan en la decisión judicial, y finalmente si en adelante los sistemas de justicia propia hacen parte de los sistemas de fuentes de la justicia transicional colombiana.

Preguntamos, haciendo nuevamente eco a la reflexión de Spivak, ¿hasta qué punto el conocimiento sobre los daños graves, desarmonías y violaciones al Territorio que son sentidos, consultados e investigados mediante sueños, ceremonias de fuego, canto-palabra de pájaros o rituales de ayahuasca, mambe, *ayu* (hoja de coca) u otras plantas maestras del conocimiento, puede realmente ser comprendido y tenidos en cuenta en los tribunales de justicia transicional, como la JEP?

Por ejemplo, para el Pueblo *Ikɨ*, *Arhuaco* o *Wintukwa*, el conocimiento o */Kunsamɨ* no solo viene de la razón humana, el conocimiento está en el territorio/ *Niwi Umuke*, en los sitios sagrados/*U'mɨnɨnkɨnɨ* y *Seykutukunumaku* que es la línea negra los sitios sagrados alrededor de la Sierra Nevada de Gonawindua y todo ello lo regula la Ley de Origen/*Seyn zare zanu*, principio y fin del ordenamiento ancestral, su cumplimiento es lo que garantiza el equilibrio y armonía entre todos los seres; animales, vegetales, minerales, humanos, agua, aire tierra y fuego.³⁴ Es desde el respeto y la comunicación íntima con el *Kunsamɨ* de cada una de estos seres visibles e invisibles, que se logra la calidad para interpretar y orientar la misión del ser y hacer en lo individual y colectivo. Esta comunicación y relación inescindible la realiza el sabio espiritual/*Mamɨ*, desde ciertos lugares y espacios sagrados, con objetos con

³⁴ Sobre el derecho y la cosmovisión del pueblo *Ikɨ*, *Arhuaco* o *Wintukua* véase: Álvarez Izquierdo, U. A. (2023). *El ayu como sujeto de derecho en la cosmovisión del pueblo ikɨ*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

intención y simbologías sagradas; los *Ka'dukwu*³⁵, los *murunsama*³⁶, los *murəndwa*³⁷, las *Kənkurwas*³⁸ entre otros sitios sagrados, que le permiten al pueblo su relación con el cosmos y la práctica del mandato de la ley de origen.

En este contexto, nos parece importante mencionar el informe de la Relatora Especial de la ONU de los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2019 ante el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, dedicado a la justicia y pluralismo jurídico, donde recomendó la inclusión de un entendimiento intercultural del contexto concreto de los Pueblos Indígenas, sus instituciones y sistemas jurídicos, a la hora de tomar decisiones justas e imparciales por parte de los Tribunales, para lo cual, resalta la necesidad que en los procesos judiciales participen los ancianos indígenas, las autoridades tradicionales y antropólogos (Asamblea Nacional ONU, 2019, párr. 114). No obstante, ya se mencionó que, para las ciencias, como también en el derecho, los conocimientos indígenas son etiquetados como creencias, tradiciones, mitologías y superstición, por lo que no son consideradas «racionalidad objetiva» o «prueba científica». En nuestras propias experiencias profesionales, en contextos de formación y seminarios sobre pluralismo jurídico en Colombia, Guatemala y Ecuador, hemos tenido intensos debates tanto con académicos jurídicos como con operadores de justicia (europeos y latinoamericanos) respecto a la información y conocimientos provenientes de consultas culturales desde los sitios sagrados, en los sueños, en las ceremonias con las plantas maestras del conocimiento, en las diferentes maneras de comunicarse con los animales, con el espíritu del agua, del río, del mar, del viento del fuego y en esa diversidad de formas de conocer, interpretar y verificar que tienen los pueblos en el territorio, así como del hecho que para muchas autoridades de los Pueblos Indígenas la información y conocimiento que surge de su análisis, desde sus principios, lógica colectiva y racionalidad debería ser tenido en cuenta a la hora del recaudo probatorio en los procesos judiciales transicionales donde está involucrado integrantes o territorios de los Pueblos Indígenas.

Ante esta realidad, es importante aclarar que el sistema de fuentes del derecho en la JEP es: el Código Penal Colombiano, las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos, Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Penal Internacional y la Constitución Política de Colombia. Por lo tanto, algunas preguntas clave que nos planteamos son: ¿cómo estas normas nacionales e internacionales comprenden los daños y afectaciones al Territorio, la Naturaleza y sitios sagrados de los pueblos étnicos en el marco del conflicto?, ¿cuál es su consecuencia jurídica?, ¿cómo dialoga el derecho propio de los Pueblos Indígenas con estas normas en la justicia transicional?

Opinamos que los Pueblos Indígenas, a través de sus autoridades en este caso las *Awá*, aportan los elementos, argumentos, narrativas para explicar los daños e impactos de los crímenes contra el Territorio y los integrantes del Pueblo, de tal manera que se pueda analizar y comprender desde la dimensión colectiva e individual, así como desde el nivel espiritual, cultural y físico. Desde nuestro punto de vista, todos estos insumos son fundamentales para que el juez transicional a la hora

³⁵ Son los lugares de conexión con la Madre Tierra y son fuente de sabiduría. Espacio definido por los padres espirituales como instancia para para el ejercicio de cumplimiento de la ley de origen.

³⁶ Son los elementos de interlocución entre el mundo material y espiritual. Es la representación física que poseen los sabios y sabias, para poder ejercer la autoridad. Ser intérpretes de los mensajes de los padres y madres espirituales.

³⁷ Árbol antiguo, con memoria ancestral, preparado y dispuesto para recibir el alimento espiritual para hacer pagar deudas espirituales.

³⁸ Espacios exclusivos para la realización de ceremonias. Casas que representan los cerros, donde viven a su vez padres espirituales. Existe una *Kankurua* para hombre, otra para mujeres y una mixta. Acá solo bien los manos y los aprendices.

de calificar jurídicamente y establecer responsabilidad lo tome en cuenta. Esta comprensión de los daños graves, diferenciados y desproporcionados de la macrovictimización contra los Pueblos y Territorios, se pudo ampliar en las diligencias de coordinación interjurisdiccional, a partir de un los principios, lógicas y racionalidades de sus sistemas de justicias.

Pero, la pregunta central de todo este proceso y esfuerzo es ¿cuál sería el mejor lugar de estos insumos, elementos, medios de prueba y comprensiones en la decisión judicial enclave a la justicia restaurativa y prospectiva? Para esclarecer verdad, comprender los daños graves, la calificar jurídicamente, imputar los responsables, en el reconocimiento de responsabilidad restaurativa, en los proyectos restaurativos o trabajos obras y actividades con contenido reparador, sentimos que aún no están claras las respuestas. El proceso judicial en sí mismo debe ser dignificador para las víctimas, comunidades y territorios, para lograr el empoderamiento de sus autoridades en el ejercicio de los derechos colectivos de los Pueblos.

En el contexto de la JEP, la representación del Territorio ancestral y colectivo como interviniente especial ante sus diferentes instancias y procesos, lo define en su autonomía las autoridades del Pueblo Indígena. A la fecha quienes desempeñan este rol son las autoridades tradicionales espirituales, porque ellos son los depositarios y concedores de la Ley de Origen, Ley Natural, Derecho Mayor y derecho propio del pueblo, son ellos los que son guardianes y orientadores del cumplimiento del ordenamiento territorial, del gobierno propio de la autonomía, leyes, normas y códigos que están en el Territorio. Por tal razón, consideramos que, dentro de la cosmovisión de un Pueblo Indígena, la sabiduría, consulta y consejo de estas autoridades espirituales tiene una importancia central en la decisión de una autoridad política, administrativa y jurídica.

8. Conclusiones: hacia un nuevo horizonte conceptual y de praxis de justicia transicional

Nos encontramos en un momento clave para impulsar una reconceptualización teórico-práctica del derecho internacional de los derechos humanos y el campo de la justicia transicional en relación con las diferentes formas de concebir el mundo y dimensionar la gravedad de sus daños. Consideramos imperativo ampliar la comprensión del marco conceptual jurídico actual del derecho colectivo de los Pueblos Indígenas y sus territorios, contenido en la jurisprudencia constitucional colombiana y en la Corte Interamericana. De tal manera que logremos hacer una interpretación sistemática a la luz del pluralismo jurídico y la diversidad étnica y cultural. Dicho avance propone superar el dualismo antropocéntrico inherente en el derecho internacional y las interpretaciones coloniales de los derechos humanos de los Pueblos Indígenas.

En este artículo damos cuenta de que aquello sí es posible. Acreditar al Territorio con T mayúscula como víctima del conflicto armado interno en la justicia transicional de Colombia ha permitido reconocer jurídicamente que el Territorio es un sujeto de derechos en una relación inescindible e interdependiente con los Pueblos Indígenas, que en sí mismo el Territorio está vivo, siente, se expresa, sufre, contiene al pueblo y a los otros múltiples sistemas de vida, todas estas interrelaciones y comunicaciones fueron dañadas en el marco del conflicto armado. Esta decisión judicial de acreditación demostró una apertura a otras visiones, a exponer la memoria ambiental del conflicto armado en clave indígena, a identificar los daños graves y las necesidades de reparación, sanación y armonización para el Territorio, a adoptar medidas de protección de carácter territorial que permitan proteger los múltiples

sistemas de vida y a descolonizar la aplicación de los tipos penales. En el efecto práctico, la acreditación del Territorio supone tener una voz más en el proceso judicial que cuenta con todos los derechos de una víctima humana, pero con las particularidades de su naturaleza. Consideramos que la voz del Territorio es expresada por una autoridad tradicional espiritual del Pueblo, en el marco del proceso organizativo que interviene ante la JEP.

En este sentido, nuestro texto intenta contribuir a estos debates mediante un análisis teórico-práctico desde nuestro intercambio colaborativo que empezó en 2017 sobre algunos de los múltiples nudos críticos que surgen desde los encuentros en la arena jurídica que visibiliza significados conflictivos hasta opuestos: lo que existe para los sobrevivientes, víctimas y autoridades de los Pueblos Indígenas muchas veces no existe o no es importante para los administradores de justicia y viceversa. Un ejemplo de ello es el análisis de la gravedad de los daños a los sitios sagrados que pudimos evidenciar en la sección 6. Las decisiones legales de la JEP de acreditar Territorios indígenas como víctima del conflicto armado colombiano, de hacer la calificación jurídica propia y de materializar la participación en todas las etapas e instancias del proceso judicial en la JEP, generan muchos desafíos, reflexiones y retos, por un lado, entre la brecha de la teoría y la práctica; y, por el otro, en la forma cómo se comprendan, incorporen las lógicas y racionalidades de los sistemas de conocimiento, de los sistemas jurídicos de los sobrevivientes o víctimas de los Pueblos Indígenas, sobre todo en el campo de la justicia transicional, pero lo más esperanzador es que a su vez ofrece un nuevo horizonte de transformación, de restauración profunda de sus raíces y llegadas coloniales y raciales.

Por lo tanto, el campo de la justicia transicional debe ser un escenario jurídico-político con disposición de auto-reflexión, aprendizajes y apertura mental para generar transformaciones profundas, que se demostraron posibles, por ejemplo, a través del Auto 03 del 2023 de la SRVR. Una justicia transicional en clave indígena deber ir orientada al fortalecimiento de la autonomía, el gobierno propio, los procesos organizativos y los sistemas jurídicos de los Pueblos Indígenas que han existido y persisten a pesar del conflicto a lo largo y ancho de estos países en «post» conflictos.

La JEP ha sentado las bases en la materialización del pluralismo jurídico (Jurisdicción Especial para la Paz, 2023a, 2023b), dignificando los sistemas de justicia de los Pueblos Indígenas, generando una transformación real en la relación con las autoridades de los Pueblos en sus territorios. Desde la participación de las autoridades tradicionales en el proceso judicial, con mecanismos de coordinación interjurisdiccional, se ha mantenido el respeto y el diálogo horizontal, buscando sumar argumentos a propósitos comunes como la verdad, la paz, la convivencia, la reconciliación y la construcción de una sociedad multiétnica y pluricultural. Así, la coordinación interjurisdiccional en la JEP ha permitido ampliar comprensiones frente a un mismo fenómeno de la violencia, resolver dudas y diferencias sin necesidad de trabar conflictos de competencias entre la JEP y la JEI. Para esto fue determinante el proceso de consulta previa de las normas, procedimientos y reglamentos de la justicia transicional, lo que redundó en legitimidad y una gran oportunidad para ampliar visiones, conceptos y comprensiones del daño, de la gravedad, de sanar, de reconciliar, de armonizar, más allá de la retórica, dar respuesta a un país diverso que demanda verdad y justicia.

Así que la justicia transicional en países diversos y multiculturales debe dirigirse por un diálogo intercultural e interlegal que incorpore un proceso pedagógico y comunicativo en doble vía por parte de los operadores de justicia para que logren ampliar la comprensión frente a la gravedad de los daños desde los propios esquemas de principios, valores, racionalidades y prácticas de los diversos Pueblos

Indígenas, y buscar las formas de reparación y sanación que van más allá de los límites conceptuales del paradigma jurídico hegemónico.

Bibliografía

- Anghie, A. (2004). *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*. Cambridge University Press.
- Álvarez Izquierdo, U. A. (2023). *El ayw como sujeto de derecho en la cosmovisión del pueblo ikw*. Universidad Externado de Colombia.
- Benton, L. (2002). *Law and Colonial Cultures: Legal Regimes in World History, 1400-1900*. Cambridge University Press.
- Bisbicus, G.T. (2012) citado por UNIPA. (2006). En UNIPA, CAMAWARI & ACIPAP. Plan de Salvaguarda.
- Boyd, D. (2017). *The Rights of Nature. A legal revolution that could save the world*. ECW Press.
- Burt, J.-M. (2020). Truth, Justice, and Memory in Latin America: Pushing the Boundaries of Knowledge through Research and Activist Scholarship. *LASA FORUM*, 51 (5), 5.
- Darian-Smith, E., & Fitzpatrick, P. (Eds.). (1999). *Laws of the postcolonial*. The University of Michigan Press.
- El Espectador. (2020). La JEP reconoce que la naturaleza es víctima del conflicto. Recuperado de <https://www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/la-jep-reconoce-que-la-naturaleza-es-victima-del-conflicto-articulo-903153>
- Fletcher, L., & Weinstein, H. (2018). «How power dynamics influence the 'North South' Gap in Transitional Justice». *Berkeley Journal of International Law*, 36 (2), 190-217.
- Fukurai, H. (2019). Original Nation Approaches to Inter-National Law (ONAIL): Decoupling of the Nation and the State and the Search for new Orders. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 26, 199-262.
- Garzón, P. (2019). Pluralismo jurídico, derecho indígena y colonialidad jurídica: repensando el derecho desde la colonialidad del poder. *Ius Inkarri. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, 8, 215–26.
- Geisinger, A. (1999). Sustainable Development and the Domination of Nature: Spreading the Seed of the Western Ideology of Nature. *Boston College Environmental Affairs Law Review*, 27, 52–8.
- Global Witness (2019). *Enemies of the State? How governments and business silence land and environmental defenders*. Global Witness.
- González-Serrano, M. X., & Viaene, L. (2022). La acción jurídica indígena en Guatemala. Voces de resistencia y conexión de mundos ante las Cortes. En L. Viaene & M. J. Xon (Eds.), *Aguas Turbias: Extractivismo neoliberal, acción jurídica indígena y transformación del Estado en Guatemala* (97-116). RIVERS ERC Project-Universidad Carlos III de Madrid.
- González-Serrano, M. X., Montalván-Zambrano, D., & Viaene, L. (2022). Hacia la descolonización del régimen extractivo: patrones y límites de la judicialización de conflictos mineros. *Iconos -Revista de Ciencias Sociales*, 72, 97-116.
- Gready, P., & Robins, S. (2014). From Transitional to Transformative Justice: a new agenda for practice. *International Journal of Transitional Justice*, 8, 340.
- Gready, P., & Robins, S. (2019). *From Transitional to Transformative Justice*. Cambridge University Press.
- Ingold, T. (2018). *Anthropology: Why it matters*. Polite Press.
- Izquierdo Torres, B., & Viaene, L. (2018). Descolonizar justicia transicional desde los territorios indígenas. *Peace in Progress, Instituto Catalán Internacional para la Paz (ICIP)*, 34. Disponible en:

<https://www.icip.cat/perlapau/es/articulo/descolonizar-la-justicia-transicional-desde-los-territorios-indigenas/>

- Izquierdo Torres, B. (2023) La participación de los Pueblos Indígenas en la Jurisdicción Especial para la Paz. En A.M. Olarte Delgado y M. Gutiérrez Quevedo (eds.), *Cátedra UNESCO derechos humanos y violencia: Gobierno y gobernanza, participación restaurativa en escenarios transicionales: más allá de las mediaciones, los círculos y las conferencias* (11 - 34). Universidad Externado de Colombia.
- Jewett, C., & Garavan, M. (2019). Water Is Life—An Indigenous Perspective from a Standing Rock Water Protector. *Community Development Journal*, 54 (1), 42–58.
- Laban Hilton, A. (Ed.). (2010). *Transitional Justice. Global Mechanisms and Local Realities after Genocide and Mass Violence*. Rutgers University Press.
- Lykes, B., Brinton, L., & van der Merwe, H. (2019). Critical reflexivity and transitional justice praxis: solidarity, accompaniment and intermediary. *International Journal of Transitional Justice*, 13, 411-416.
- May, M., Viaene, L. y Montalván, D., (2023). [Historical Indigenous diplomacy for taking care of Mother Earth and the Rights of Nature](https://rivers-ercproject.eu/es/green-diplomacy/). *Green Diplomacy*. Traducción disponible: «Una mirada histórica a la diplomacia indígena para el cuidado de la Madre Tierra y los derechos de la naturaleza». Recuperado de <https://rivers-ercproject.eu/es/green-diplomacy/>
- Mawani, R. (2015). Law and colonialism: Legacies and lineages. En A. Sarat & P. Ewick (Eds.), *The handbook of law and society* (418-432). John Wiley & Sons.
- McEvoy, K., & McGregor, L. (Eds.). (2008). *Transitional Justice from Below. Grassroots Activism and the Struggle for Change*. Hart Publishing.
- McGregor, D. (2021). Indigenous environmental justice: Towards an ethical and sustainable future. En B. Hokowhitu, A. Moreton-Robinson, L. Tuhiwai-Smith, C. Andersen, & S. Larkin (Eds.), *Handbook of Critical Indigenous Studies*. Routledge.
- Ochoa, C. F. (2014). *Diálogo: señal de nuestra existencia. Retal Qatzij. Concepción, uso y manejo del diálogo por las autoridades indígenas*. Asociación de Investigación Estudios Sociales.
- Rajagopal, B. (2003). *International Law from Below. Development, Social Movements, and Third World Resistance*. Cambridge University Press.
- Richardson, W., & McNeish, J.-A. (2021). Granting Rights to Rivers in Colombia. Significance for ExtrACTIVISM and Governance. En J. Shapiro & J.-A. McNeish (Eds.), *Our Extractive Age: Expressions of Violence and Resistance* (155–175). Routledge.
- Robins, S. (2019). Conclusion. Towards Transformative Justice. En Gready, P. & Robins, S., *From Transitional to Transformative Justice* (297-313) Cambridge University Press.
- Saito, N. T. (2014). Tales of color and colonialism: Racial realism and settler colonial theory. *Florida: A&M University Law Review*, 10. Recuperado de <https://commons.law.famu.edu/famulawreview/vol10/iss1/3>.
- Shaw, R., Waldorf, L., & Hazan, P. (Eds.). (2010). *Localizing Transitional Justice. Interventions and Priorities after Mass Violence*. Stanford University Press.
- Sieder, R., & Barrera Vivero, A. (2017). Legalizing Indigenous Self-Determination: Autonomy and Buen Vivir in Latin America. *Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, 22, 9–26.
- Smith, L. T. (1999). *Decolonizing Methodologies: Research and Indigenous Peoples*. Zed Books, University of Otago Press.
- Spivak, G. (1988). Can the subaltern speak? En Nelson, C. & Grossberg, L. (Eds.), *Marxism and the interpretation of culture* (271-313). Macmillan Education.
- Tanasescu, M. (2022). *Understanding the Rights of Nature. A Critical Introduction*. Transcript.

- Todd, Z. (2016). An Indigenous Feminist's Take On The Ontological Turn: «Ontology» Is Just Another Word For Colonialism. *Journal of Historical Sociology*, 29 (1), 4–22.
- United Nations News. (2022, julio). Recuperado de: <https://news.un.org/es/story/2022/07/1512242>
- Vetters, L., & Foblets, M.-C. (2016). Culture all around? Contextualising anthropological expertise in European courtroom settings. *International Journal of Law in Context*, 12 (3), 272-292.
- Viaene, L. (2013). La relevancia local de procesos de justicia transicional. Voces de sobrevivientes indígenas sobre justicia y reconciliación de Guatemala posconflicto, *Antípoda, Revista de Antropología y Arqueología*, 16, 85-112.
- Viaene, L. (2019). *Nimla Rahilal. Pueblos Indígenas y justicia transicional: reflexiones antropológicas*. Universidad de Deusto
- Viaene, L. (2022). Can Rights of Nature Save us from the Anthropocene Catastrophe? Critical Reflections from the Field. *Asian Journal of Law and Society*, 9, 187-206.
- Viaene, L. (2024). La moda de los derechos de la naturaleza: consideraciones críticas, *Revista de Estudios Políticos*, 204, 299-326. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.204.10>
- Viaene, L. (2024). Conectando la «burbuja académica» con la «burbuja de políticas» a través de medios audiovisuales: experiencias de RIVERS, *Blog RIVERS*. Disponible en: <https://rivers-ercproject.eu/es/audiovisual-rivers/>
- Viaene, L., & Brems, E. (2010). «Transitional Justice and Cultural Context: Learning from the Universality Debate». *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 28 (2), 199-224.
- Viaene, L., Doran, P., & Liljeblad, J. (2023). Editorial Special Section: 'Transitional Justice and Nature: A Curious Silence', *International Journal of Transitional Justice*, 17 (1), 1–14, <https://doi.org/10.1093/ijtj/ijad007>.
- Viaene, L., & González-Serrano, M.X. (2024). The right to be, to feel and to exist: Indigenous lawyers and strategic litigation over Indigenous territories in Guatemala, *The International Journal of Human Rights*, 28 (4), 555-577. <https://doi.org/10.1080/13642987.2023.2279165>

Instrumentos Internacionales

- Asamblea General de la ONU. (2016, 2 de agosto). Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas, Victoria Tauli-Corpuz, ONU Doc. A/71/229.
- Asamblea General de la ONU. (2019, 2 de agosto). Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, ONU Doc. A/HRC/42/37.
- Naciones Unidas. (2007). Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Recuperado de https://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_es.pdf
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. (1989) Convención 169 de la Organización sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales.
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. (2007). Convenio 169 de la OIT, Declaración de la ONU de los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Decisiones Judiciales

Corte Constitucional de Colombia

- Corte Constitucional. (1993) Sentencia T-188 de 1993. M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1993/T-188-93.htm>

- Corte Constitucional. (1998) Sentencia T-652 de 10 de noviembre de 1998. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-652-98.htm>
- Corte Constitucional. (1997) Sentencia SU-039 de 3 de febrero de 1997. M.P.: Antonio Barrera Carbonell. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU039-97.htm>
- Corte Constitucional. (2003) Sentencia SU-383 de 13 de mayo de 2003. M.P.: Alvaro Tafur Galvis. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/su383-03.htm>
- Corte Constitucional. (2004) Sentencia T-025 de 22 de enero de 2004. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm>
- Corte Constitucional. (2007) Sentencia T-208 de 21 de marzo de 2007. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/C-208-07.htm>
- Corte Constitucional. (2009) Sentencia C-175 de 18 de marzo de 2009. M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2009/C-175-09.htm>
- Corte Constitucional. (2010) Sentencia C - 595 del 27 de julio de 2010. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-595-10.htm>
- Corte Constitucional. (2011) Sentencia T-433 del 23 de mayo 2011. M.P.: Mauricio González Cuervo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-433-11.htm>
- Corte Constitucional. (2011) Sentencia T-129 del 3 de marzo de 2011. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-129-11.htm>
- Corte Constitucional. (2011) Sentencia C - 632 del 24 de agosto de 2011. M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2011/C-632-11.htm>
- Corte Constitucional. (2013) Sentencia T-009 del 21 de enero de 2013. M.P.: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-009-13.htm>
- Corte Constitucional. (2013) Sentencia T-235 del 19 de abril de 2013. M.P.: Nilson Pinilla Pinilla. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/T-235-13.htm>
- Corte Constitucional. (2015) Sentencia T – 080 del 20 de febrero de 2015. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-080-15.htm>
- Corte Constitucional. (2016) Sentencia T - 622 de 10 de noviembre de 2016. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

Jurisdicción Especial para la Paz

Jurisdicción Especial para la Paz. (2019, 12 de noviembre). Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas. Caso No. 2 de 2018. Auto SRVBIT 079, «Acreditar como víctimas en calidad de sujetos colectivos de derechos al 'Katsa Su', gran territorio Awá y a los 32 Cabildos indígenas Awá, asociados y representados en la Unidad Indígena del Pueblo Awá - Asociación de Autoridades Tradicionales Indígenas Awá – UNIPA en el marco del Caso 02».

Jurisdicción Especial para la Paz. (2023a, 1 de febrero). Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 01 de 2023 SRVR. Auto de Determinación de Hechos y Conductas dentro del



Caso No. 05 «Situación Territorial en la región del Norte del Cauca y del Sur del Valle del Cauca». Disponible en: <https://relatoria.jep.gov.co/caso005>
Jurisdicción Especial para la Paz. (2023b, 5 de julio). Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y Determinación de los Hechos y Conductas, Auto 03 de 2023 SRVR. Auto de Determinación de Hechos y Conductas sobre la extinta guerrilla de las FARC-EP del Caso 02. Disponible en: <https://relatoria.jep.gov.co/caso002>



Nuevos retos para los derechos sexuales y reproductivos. La emergencia de los neoconservadurismos religiosos en la OEA

New challenges to sexual and reproductive rights. The emergence of religious neo-conservatism in the OAS

María Angélica Peñas Defago*

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina

ORCID ID 0000-0001-8190-907X

angelicapdefago@unc.edu.ar

Cita recomendada:

Peñas Defago, M. A. (2024). Nuevos retos para los derechos sexuales y reproductivos. La emergencia de los neoconservadurismos religiosos en la OEA. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 102-119

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9002>

Recibido / received: 15/12/2023
Aceptado / accepted: 01/03/2024

Resumen

Como muchas otras regiones del mundo, América Latina está experimentando un aumento de la movilización política neoconservadora. Los derechos sexuales y reproductivos son uno de los principales ejes a través de los cuales se expresa este neoconservadurismo. En las últimas décadas, una de las arenas clave de impacto de estos sectores en oposición a estos derechos remite a los foros internacionales de derechos humanos. Las Naciones Unidas y, más recientemente, la Organización de Estados Americanos son territorios clave de disputa. Considerando este fenómeno el presente trabajo propone un análisis de en torno a la emergencia de estos actores en la arena regional de derechos humanos, así como una caracterización de sus principales redes y alianzas.

* Investigadora del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de Argentina (CONICET). Vicedirectora del Instituto de Estudios sobre Derecho, Justicia y Sociedad (IDEJUS/CONICET)



Palabras clave

Derechos sexuales y reproductivos, neoconservadurismos religiosos, OEA, activismo legal transnacional, América Latina.

Abstract

Like many other regions of the world, Latin America is experiencing a rise in neo-conservative political mobilisation. Sexual and reproductive rights are one of the main axes through which this neoconservatism is expressed. In recent decades, one of the key arenas of impact of these sectors in opposition to these rights has been in international human rights forums. The United Nations and, more recently, the Organisation of American States are key areas of dispute. Considering this phenomenon, this paper proposes an analysis of the emergence of these actors in the regional human rights arena, as well as a characterization of their main networks and alliances.

Keywords

Sexual and reproductive rights, religious neo-conservatism, OAS, transnational legal activism, Latin America

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La sociedad civil en la OEA. 3. Los movimientos feministas y LGBTIQ+: Estrategias y aprendizajes en arenas internacionales para avanzar en el reconocimiento de los DDSSRR. 4. Claves para entender la reacción neoconservadora. 5. Estrategia transregional. 5.1. Las ONG neoconservadoras en un contexto globalizado. 5.2. Las incidencias que llegan a los Estados. 6. Reflexiones finales.

1. Introducción

Como en otras regiones, América Latina está experimentando un aumento en la movilización política neoconservadora¹, siendo los derechos sexuales y reproductivos (DDSSRR) una de las principales agendas donde esta movilización converge (Machado, Peñas Defago y Gianella, 2022).

Si analizamos los patrones de esta movilización neoconservadora frente al avance de los DDSSRR, se hace evidente un fenómeno de «politización reactiva» de la religión y la moral (Vaggione, 2005, p. 3). En términos generales, los activismos que se oponen a los DDSSRR están atravesados por cosmovisiones y creencias basadas en la fe. Sin embargo, los activismos neoconservadores no pueden reducirse a las acciones de líderes y/o jerarquías religiosas. Al contrario, diversos actores forman parte de ese activismo donde confluyen referentes de la jerarquía católica, pastores evangélicos, junto con actores de la sociedad civil, la academia, parlamentarios/as², entre otros/as (Morán Faúndes y Peñas Defago, 2016; Peñas Defago, *et.al.*, 2018; Yamin, Data y Andion, 2018).

¹ Sin desconocer los múltiples debates en torno a cómo denominar a estos sectores, en este trabajo se usará la noción de neoconservadurismo, dado que este término permite captar mejor cómo ciertos actores tradicionales de la política local e internacional continúan operando en defensa de la moral sexual, formando nuevas alianzas y adaptando sus estrategias y esferas de incidencia política y sociocultural (Vaggione y Campos Machado, 2020, p. 154).

² Nota aclaratoria de la autora respecto del uso del lenguaje inclusivo: No es mi intención en este escrito utilizar categorías binarias preestablecidas de identificación de las personas, no obstante, en general, he prescindido del uso de la x, @ y/o de otra simbología en aras de intentar garantizar la accesibilidad del texto a los lectores de pantallas.

En las últimas tres décadas, uno de los escenarios clave a la hora de plantear su oposición a los DDSSRR remite a los foros de derechos humanos. Las Naciones Unidas (ONU), el Consejo de Europa y, más recientemente, la Organización de Estados Americanos (OEA) son territorios de disputa. En este sentido, es posible observar cómo en América Latina desde 2013 se han intensificado las acciones de los sectores neoconservadores ante la OEA, especialmente en la Asamblea General. La Asamblea General es el órgano supremo de la OEA y está compuesta por las delegaciones de todos los Estados miembros. Los mecanismos, políticas, acciones y mandatos de la Organización son determinados por este organismo.

A pesar de esta creciente presencia neoconservadora en la OEA, salvo contadas excepciones, la literatura no ha prestado atención a este fenómeno (Moragas, 2020; Panotto, 2020a; Panotto, 2020b; Panotto, 2023; Morgan, 2021). Este escaso abordaje académico contrasta con la extensa literatura que existe desde hace décadas sobre el accionar de los neoconservadurismos en la ONU (Chamberlain, 2006; Gus, 2013; Haynes, 2014; Yamin; Datta y Andion, 2018).

Considerando este vacío, y la trascendencia que el fenómeno está adquiriendo en la región, el objetivo de este trabajo es presentar un análisis en torno al surgimiento y fortalecimiento del neoconservadurismo religioso en el ámbito de la OEA durante los últimos diez años, prestando especial atención a las lógicas de transnacionalización que operan en este espacio en tanto modo de disputar y resistir, desde lógicas y redes transnacionales norte/sur, los avances de los DDSSRR en esa arena.

2. La sociedad civil en la OEA

Como otros organismos multilaterales de derechos humanos, y en el marco de favorecer procesos de *accountability*, desde los años 90' la OEA promulgó diversos documentos para favorecer y fortalecer la participación de la sociedad civil en las Asambleas Generales, así como en las Cumbres de las Américas (Bianculli, 2003, p. 76).

En 1999, a través del documento 'Directrices para la participación de las organizaciones de la sociedad civil en las actividades de la OEA', el Consejo Permanente de la OEA, otorgó estatus oficial a las organizaciones registradas en el organismo, permitiéndoles además participar en todas las reuniones de sus órganos políticos, distribuir documentos, hacer presentaciones previas a la aprobación del comité o consejo, así como hacer declaraciones en grupos de trabajo y/o grupos de expertos/as (Leão, 2010, p. 8).

Como sostienen Renato Leão (2010, p. 265) la participación de las ONG en la OEA es histórica. Estas instituciones han sido actoras claves en visibilizar las violaciones a la Convención Interamericana ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH, en adelante) y ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH) (Leão, 2010, p. 272).

En 2001, en una sesión especial de la Asamblea General en Lima, Perú, los Estados miembros adoptaron la Carta Democrática Interamericana donde se fortalece la participación de la sociedad civil. El inicio del nuevo milenio fue de hecho un período histórico de apertura para la sociedad civil en este organismo.

Fue durante esta época, donde parte de los movimientos feministas y LGBTIQ+(lesbiana, gay, bisexual, transgénero, transexual, travesti, intersexual, que er y más)³ de la región comenzaron a interactuar con mayor fuerza en el espacio de la OEA, en tanto modo de conseguir acuerdos que luego le permitiesen avanzar en las normativas locales. En un primer momento, la agenda de estos movimientos estaba enfocada centralmente en las legislaciones relacionadas con la prevención y erradicación de las violencias contra las mujeres (Chen, 2004, p. 289). Sus experiencias en el *advocacy* internacional se remontan a décadas atrás, siendo las movilizaciones en el ámbito de la ONU antecedentes fundamentales.

En el año 2017 se establece una nueva modalidad de participación de las organizaciones de la sociedad civil en las Asambleas Generales, aspecto que cambia de manera significativa su participación en el organismo. Desde esa fecha, las organizaciones civiles deben organizarse en coaliciones temáticas hemisféricas auto-gestionadas, ello con el fin de facilitar su participación en las asambleas generales (Asamblea General OEA, 2017, p. 3). El propio documento determina qué se entiende por coalición:

Para efectos de la Asamblea General, se entenderá por «coalición temática» a un grupo de al menos 10 organizaciones inscritas para asistir a la Asamblea General, con posiciones compartidas en al menos uno de los tres segmentos del Diálogo (Asamblea General OEA, 2017, p. 3).

Esta nueva metodología inaugurada en 2017 ha sido uno de los modos de participación colectiva más interesantes e innovadores desde dónde los neoconservadurismos se han venido articulando regional e internacionalmente a la hora de intervenir en las Asambleas Generales.

3. Los movimientos feministas y LGBTIQ+: Estrategias y aprendizajes en arenas internacionales para avanzar en el reconocimiento de los DDSSRR

Concebir la reacción neoconservadora ante la OEA implica diferentes miradas históricas y contextuales. Una de ellas, remite a entender por qué y ante qué reaccionan estos actores. En este sentido, es al menos necesario hacer una mención de cómo los movimientos feministas y LGBTIQ+ fueron logrando posicionar la agenda de los DDSSRR en las arenas internacionales y regionales de derechos humanos, los que luego se vuelven escenarios de creciente tensión y disputa.

Desde los años 70' los movimientos feministas venían fortaleciendo su accionar en las arenas internacionales de derechos humanos, en particular en el ámbito de la ONU (Canavate, 2012). Espacios clave resultaron las conferencias Internacionales de la Mujer que se celebran desde 1975 en el ámbito de la ONU, siendo su primera sede la Ciudad de México. Según reseña Elizabet Jelin (1994, p. 98), esta conferencia marcó un antes y un después en la movilización feministas en las Conferencias internacionales, dado que desde ese momento se constituyeron las conferencias paralelas de parte de la sociedad civil, donde la demanda radicaba,

³ Sin desconocer las diferencias genealógicas, de agendas, y en algunos casos las tensiones que existen entre estos movimientos en América Latina, incluso al interior de cada uno de ellos, en este escrito los presento de manera mancomunada dado que los neoconservadurismos objeto de este estudio, se oponen y resisten las agendas y avances de estos movimientos en la OEA, en gran medida, desconociendo estas tensiones y diferencias. Ver más ejemplos en este sentido en: Bárcenas Barajas, 2021, Morán Faúndes y Peñas Defago, 2020.

centralmente, en que se incluyeran las voces y perspectivas de los movimientos sociales reunidos en los foros paralelos a las agendas oficiales.

Años más tarde, en los 90', los movimientos feministas logran hitos claves en el reconocimiento de los DDSSRR en la arena internacional de los derechos humanos, como fue lo acontecido en 1993 en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos (Viena), la Conferencia sobre Población y Desarrollo de 1994 (Cairo) y la Conferencia de la Mujer de 1995 (Beijing) (Romero Cristancho y Muro Polo, 2015, p. 274-276).

A este fenómeno de interrelación entre los movimientos feministas y defensores/as del sistema de derechos humanos lo podemos concebir en lo que Margaret Keck y Kathryn Sikkink (1999, p. 89) denominaron como redes transnacionales de defensa, esto es, un conjunto de actores no/estatales, movimientos sociales y organismos de derechos humanos que confluyen en ideas y valores.

Como señala Sonia Montañó (1996, p. 10) los debates internacionales camino a estas Conferencias, así como los organizados regionalmente, fueron claves para enmarcar el acuerdo de que en la Conferencia del Cairo se adoptará un nuevo plan de acción sobre población, el cual debía estar fuertemente basado en el respeto de los derechos humanos de las mujeres. El capítulo sobre derechos reproductivos y salud reproductiva fue uno de los más complejos para llegar a acuerdos, ya desde las reuniones preparatorias previas a la Conferencia (Galdos Silva, 2013, p.456). Un actor clave en la articulación internacional para resistir el avance de estos debates en la ONU era el Vaticano (Vaggione, 2012, p. 62; Berro Pizzarossa, 2018, p. 7).

Retomando el trabajo y las discusiones del Cairo, en 1995 se reunieron en Beijing nuevamente un amplio espectro de Estados y organizaciones de la sociedad civil para debatir en el marco de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (CMM). En este espacio, se retoman algunos de los temas de más candente debate de la Conferencia del Cairo, lográndose incluir aquí, por ejemplo, un párrafo donde se hacía un llamado a los Estados a revisar sus legislaciones punitivas en materia de aborto (CMM-ONU, Párr.106 punto K). Otro punto retomado, y de algún modo ampliado en Beijing respecto de Cairo, fue el relativo a la salud sexual, donde si bien nuevamente se la enmarca como parte de la salud reproductiva, se explicita que su reconocimiento va más allá de las acciones encaminadas al asesoramiento y atención en materia de enfermedades de transmisión sexual, vinculándola además, con el derecho al desarrollo de la vida y de las relaciones personales, así como con las relaciones igualitarias y de consentimiento mutuo de los comportamientos sexuales entre hombres y mujeres (CMM-ONU, Párr. 94 y 96).

Hasta nuestros días, estas plataformas de acción internacionales, y sus posteriores revisiones, constituyen para los movimientos feministas y LGBTIQ+ elementos esenciales a la hora de impulsar y respaldar su trabajo en post de avanzar en el reconocimiento de los DDSSRR, en especial, en Estados reticentes a abordar estas agendas. Estos documentos y sus plataformas de acción también fueron fundamentales para avanzar en el reconocimiento de los DDSSRR en el ámbito de la OEA, proporcionando un marco legal-conceptual fundamental desde dónde promover agendas de trabajo para los movimientos sociales, como para los organismos de derechos humanos.

Como señala Cecilia Medina (2003, p. 915) el accionar de los feminismos en ONU en la década de los 90' logró «despertar» la OEA acerca de la situación de los

derechos humanos de las mujeres en la región. En esta línea, en 1994 la OEA adopta la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (conocida como Convención de Belém do Pará). En esta época también se destaca el rol de la Asamblea General en impulsar la perspectiva de género en el sistema interamericano (Medina, 2003, p. 908).

La incorporación activa de las temáticas de género por parte de la Corte IDH se da varios años después. Esta reticencia inicial a considerar las temáticas relacionadas con las agendas de género, a pesar de las denuncias que llegaban ante la Corte IDH, durante años fue objeto de críticas de parte de diversos sectores feministas (Medina, 2003, p.910). No obstante ello, el nuevo marco legal en materia de violencia contra las mujeres, junto con la acumulación de aprendizajes en términos de profesionalización y transnacionalización de los movimientos feministas, trajeron avances para el sistema interamericano.

Uno de los primeros y más importantes hitos en este sentido es el caso *María da Penha vs. Brasil* sobre violencia doméstica, resuelto por la Comisión IDH (Alves Maciel y Britos Prata, 2011). Este caso, y otros que vendrán luego en el sistema interamericano, como el caso *Castro Castro vs. Perú*, fueron usados por los movimientos sociales como testimonios clave para avanzar en las políticas públicas locales, ampliando primero la mirada sobre las violencias contra las mujeres, más allá de lógicas reducidas a lo privado/doméstico, para avanzar luego hacia concepciones que no sólo se centran en «la mujer» sino sobre la idea de violencia de género, donde se incluye el tema de los DDSSRR (Alves Maciel y Britos Prata, 2011; Bandeira y Campos De Almeida, 2015).

En este último sentido se pronunció, por ejemplo, el Primer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará (MESECVI, 2008, p. 21) donde se condena la violación a los DDSSRR en tanto una forma de violencia de género de parte de diversos estados.

Con el transcurrir de los años, la agenda tanto de la Comisión IDH como de la Corte IDH amplió la mirada avanzando en el reconocimiento de los DDSSRR. Así, en el año 2008 la Asamblea General por medio de la Resolución AG/RES. 2435: «Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género» encargó a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos que incluya en su agenda el tema: «Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género». Al año siguiente, la Asamblea General solicitó a los Estados miembros mediante la Resolución AG/RES. 2504 que adopten las medidas necesarias para responsabilizar internamente a quienes perpetúen actos de violencia contra individuos, a causa de su orientación sexual e identidad de género.

Por esa época también, en 2011, la Comisión Interamericana creó una unidad especializada en derechos de las personas lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersex, la cual en 2014 se transformó en la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex.

De este modo, los debates y agendas fueron ampliándose a otros temas. No obstante, esta apertura de la OEA a la agenda vinculada a los DDSSRR, como veremos a continuación, causó la reacción de diferentes actores que comenzaron a disputar la agenda en el espacio interamericano.

Como sucedió en la ONU desde los años 90' (Bob, 2013; Haynes, 2014), en la OEA desde 2012, y ante el avance en el reconocimiento de los DDSSRR, diversos actores y organizaciones religiosas reaccionaron y se activaron en esta arena, al entender que la misma deviene en un foro clave de intervención desde donde sentar e impulsar sus plataformas morales y políticas.

4. Claves para entender la reacción neoconservadora

Como lo adelantamos en la sección anterior, desde iniciado el siglo XXI los DDSSRR comienzan a ingresar paulatinamente a la agenda de la OEA, centralmente de la mano de los movimientos feministas y LGBTIQ+. Iniciada la primera década de este siglo, se dieron tres hitos en esta materia, destacándose en este período el rol de la Corte IDH en el reconocimiento de los DDSSRR.

En 2012 la Corte IDH emite dos fallos que resuenan claves en el reconocimiento de estos derechos, como fueron los casos Karen Atala e hijas vs. Chile y Artavia Murillo vs. Costa Rica (Romero Cristancho y Muro Polo, 2015).

En el caso Atala la Corte IDH fijó la responsabilidad internacional de Chile por el trato discriminatorio, e injerencia arbitraria, en la vida privada y familiar sufrida por la señora Atala debido a su orientación sexual. En este caso, además, la Corte IDH determinó la igualdad de protección de los padres LGBTIQ+ en su derecho a la custodia de sus hijos/as (Corte IDH, 24 de febrero de 2012).

En tanto, en el caso Artavia Murillo (sobre fertilización in vitro), la Corte IDH determinó que un «embrión» antes de su implantación no podía ser considerado persona en los términos del artículo 4.1 de la Convención Americana⁴. En este caso, la Corte IDH recuperó la plataforma de Acción del Cairo para determinar que la salud sexual y reproductiva abarca una serie de derechos humanos ya reconocidos en leyes nacionales, como en instrumentos internacionales (Corte IDH 28 de noviembre de 2012, p. 47). Además, citó la plataforma de acción de Beijing para definir la salud reproductiva como: «(...) la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia (...)» (Corte IDH 28 de noviembre de 2012, p. 48).

El tercer hito por esta época lo constituye el debate, y finalmente la aprobación en 2013, de la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, documento que contiene una expresa referencia a la prohibición de la discriminación por orientación sexual, identidad y expresión de género como opciones vedadas de discriminación (Figueiredo Terezo, 2014, p.381).

Esta jurisprudencia, como la convención, avanzan en puntos claves que durante años fueron reivindicados por los movimientos feministas y LGBTIQ+ en términos de dismantelar regímenes sexuales y de autodeterminación procreativa, anclados a matrices heteropatriarcales y de sexualidad, sólo concebidas en términos de conyugalidad reproductiva. Además, la trascendencia de esta jurisprudencia remite a que fueron los primeros dos casos resueltos por la Corte IDH que transitaron todo el proceso de jurisdicción interna previa y luego culminaron con fallos condenatorios

⁴ Respecto de la Fertilización in vitro, la Corte IDH sostuvo que la prohibición de esta práctica en Costa Rica violó el derecho a la privacidad, la vida familiar, la libertad personal y la integridad de los/as peticionarios/as.

a los estados por haber violado los DDSSRR de las personas peticionarias (Lemaitre y Sieder, 2017, p. 2).

Pero ni la jurisprudencia de la Corte IDH, ni el debate por la nueva convención pasaron desapercibidos para los sectores que se oponen al avance de los DDSSRR.

Así, durante el trámite de ambos casos ante la Corte IDH se registró una fuerte presencia de sectores neoconservadores que acercaron su posición en forma de *amicus curiae*, desde dónde defendían el derecho a la vida de manera irrestricta desde la concepción y una idea de familia y roles de género basado en principios heterosexuales y monogámicos (Corte IDH, 24 de febrero de 2012, p.6-8; Corte IDH, 28 de noviembre de 2012, p.6-8).

En tanto, el debate, ratificación y aprobación de la convención se dio en el marco de intensas disputas por parte de los neoconservadurismos. Respecto de la convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia, denunciaban que la misma hacía parte de una agenda colonizadora, que atentaba contra la libertad de expresión y la libertad religiosa, en clara conexión con lo allí establecido respecto de la prohibición de discriminación por orientación sexual y/o identidad de género (Moragas, 2020, p.12).

En todos estos procesos se observan continuidades de las voces de oposición. En ambos casos decididos por la Corte IDH dos organizaciones estadounidenses, y con subsedes en América Latina, presentaron escritos de *amicus curiae*, se trata de Alliance Defending Freedom (ADF en adelante), quien en esa época se llamaba Alliance Defend Fund y el capítulo latinoamericano de la organización Human Life International, Vida Humana Internacional (Corte IDH, 24 de febrero de 2012, p. 6.; Corte IDH, 28 de noviembre de 2012, p. 8).

Luego de los dos fallos antes comentados estas organizaciones incrementaron su participación en las Asambleas Generales de la OEA, siendo la Asamblea de Guatemala un punto de inflexión al respecto (Moragas, 2020, p.12). Fue así, como en esa Asamblea General de 2013 ADF desplegó diferentes acciones tendientes a presionar a los Estados para que no ratifiquen la convención a la que catalogaban como «Pro-gay» y a la que tachaban por atacar la libertad religiosa y de expresión (ACIPRENSA, 2013, p.1). Por su parte, Vida Humana Internacional reportó que al evento de Guatemala participaron más de 30 miembros de su organización con el objetivo de sentar agenda (Moragas, 2020, p.12).

En paralelo, y en el marco de esta Asamblea General, la Conferencia Episcopal de Guatemala emitió un comunicado público donde, además de condenar los fallos de la Corte IDH antes mencionados, solicitaba rechazar el Proyecto de Convención Interamericana contra todas las formas de discriminación e intolerancia (Moragas, 2020).

También desde 2013, se observa como organizaciones neoconservadoras del Norte y Sur global comenzaron a intensificar sus solicitudes ante la OEA a fines de que se les reconozca estatus consultivo como miembros acreditados de la sociedad civil en el espacio. Así, por ejemplo, ADF presentó su solicitud formal ante la OEA en 2012⁵, en tanto organizaciones como Si a la Vida y la Asociación La Familia Importa (AFI), filiales de Vida Humana Internacional en El Salvador y Guatemala, lo hicieron

⁵ Sección de Relaciones con Sociedad Civil de la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad de la OEA, p. 28. Disponible: https://www.oas.org/en/sare/civil-society/docs/Organizations/DCMM_Pais2022.pdf

a principios de 2015⁶. Desde aquí, se incrementó además las solicitudes de otras organizaciones estadounidenses católicas, como son los casos de International Human Rights Group, Priests for Life, C-FAM, y Human Life International⁷.

Si bien la presencia de la jerarquía católica no es algo novedoso en la OEA, dado que el Vaticano tiene estatuto de miembro Observador Permanente desde 1978, su accionar en este espacio ha mutado con el tiempo, a la vez que se ha reforzado la participación de la sociedad civil vinculada con esta jerarquía. En esta línea, es que en 2019 el Papa Francisco nombró a Monseñor Mark Gerard Miles a cargo de la misión en la OEA, a la vez que estableció de manera permanente una oficina dedicada exclusivamente a los asuntos de la Organización (Asamblea General OEA, 2019). Dentro de los documentos que figuran en el perfil de la Santa Sede en la OEA, consta su compromiso por promover el inicio de la vida desde la concepción hasta la muerte natural⁸.

Con el devenir de los años, los perfiles y estrategias de los actores neoconservadores también han mutado en el espacio de las Asambleas Generales de la OEA. Como señalan Moragas y Kane (2021, p.173) en un principio las organizaciones que estaban más vinculadas con la jerarquía católica se presentaban en esta arena como actrices y desde discursos seculares, lo que se vio modificado cuando ingresan a los debates de las Asambleas Generales organizaciones neoconservadoras del campo evangélico.

En relación con ello, vemos como desde 2017 se incrementaron también las solicitudes de parte de organizaciones evangélicas neoconservadoras de la región, como son los casos de la Associação Nacional de Juristas Evangélicos de Brasil, la Fundación Iglesia Cristiana Evangélica Cita con la Vida, de Córdoba, Argentina y la Asociación Cristiana Uruguay de Profesionales de la Salud (ACUPS)⁹. Como también lo señalaran Moragas y Kane (2021, p. 173) esta avanzada evangélica en la OEA comenzó a ser más patente durante las Asambleas Generales realizadas en Washington D.C. (2018) y en Medellín (2019).

La creciente presencia de sectores evangélicos¹⁰ en las Asambleas Generales de la OEA se conecta con los profundos cambios demográficos que en términos de religiosidad está viviendo la región. Si bien Latinoamérica continúa siendo la región con mayor población católica del mundo, en las últimas décadas se ha observado un rápido aumento en la membresía de las iglesias evangélicas (Latinobarómetro, 2018). A su vez, y según reseñan diversos trabajos, las personas evangélicas en América Latina son significativamente más conservadoras que las católicas en temas de sexualidad, por lo que es más probable que se opongan al derecho al aborto, al matrimonio entre personas del mismo sexo y a las políticas con perspectiva de género en general (Pew Research Center, 2014, p.10).

⁶ Ibid, p. 26 y 36.

⁷ Ibid, p. 28, 30, 31 y 35.

⁸ Ver perfil de la Santa Sede en: https://www.oas.org/en/ser/dia/perm_observers/Countries.asp

⁹ Sección de Relaciones con Sociedad Civil de la Secretaría de Acceso a Derechos y Equidad de la OEA, p.10,15 y 49. Disponible: https://www.oas.org/en/sare/civil-society/docs/Organizations/DCMM_Pais2022.pdf

¹⁰ Vale en este punto aclarar que en este trabajo cuando nos referimos a sectores evangélicos, lo hacemos, en general, en relación a corrientes genealógicas pentecostales quienes, generalmente, sostienen agendas contrarias a los DDSSRR. Este abordaje no implica desconocer la diversidad y pluralidad que existe al interior del campo evangélico, pluralidad que incluso da lugar a iglesias y movimientos religiosos que promueven y defienden los DDSSRR (Para más reflexiones sobre este tema ver: Panotto, 2020b).

Junto con ello, y como lo denotan las articulaciones que operan en las Asambleas Generales de la OEA, se han fortalecido los intercambios de líderes regionales cristianos con grupos transnacionales, principalmente de EEUU y Europa, autodenominados «pro-vida».

Parte de estas dinámicas se replican en la OEA a través de la reciente intensificación de agendas valóricas religiosas vinculadas a sectores evangélicos neopentecostales Latinoamericanos como de Estados Unidos (Moragas, 2020; Moragas, 2022; Morán Fúndes y Peñas Defago, 2020; Panotto, 2020a).

La trascendencia del espacio de las Asambleas Generales, en tanto arena de disputa del campo neoconservador evangélico, tiene como hito clave al Congreso Iberoamericano por la Vida y la Familia (Congreso Iberoamericano) realizado por primera vez en 2017 en la Ciudad de México (Panotto, 2020a, p.110)¹¹. Desde esta plataforma se decidió crear una serie de coaliciones temáticas para intervenir en las Asambleas Generales de la OEA, donde la identidad cristiana y la promoción de una agenda valórica religiosa configuran un aspecto central de participación y disputa del espacio regional de derechos humanos.

Estos procesos dan cuenta, por un lado, de cómo la religión continúa siendo una variable fundamental para entender la arquitectura social, política y cultural de la región. Por el otro, estas disputas en la que se despliegan las agendas vinculadas a los DDSSRR en la OEA en la última década responden fuertemente a la activación de la Corte IDH en estos temas, siendo los casos antes mencionados disparadores centrales para entender estos procesos.

5. Estrategia transregional

5.1. Las ONG neoconservadoras en un contexto globalizado

Los actores neoconservadores que actúan ante la OEA comprenden una variedad, no sólo de iglesias y organizaciones civiles, sino que también implican a fundaciones jurídicas, así como a gobiernos, legisladores/as autodenominados «pro-vida» de América Latina, Europa y Estados Unidos. Así, no es extraño observar cómo en ciertos debates que se dan en la OEA se conectan organizaciones latinoamericanas de diversos signos religiosos, con organizaciones transnacionales que, más allá de cualquier denominación religiosa, inciden conjuntamente en las Asambleas Generales de la OEA, como en los debates locales.

Un ejemplo paradigmático en este sentido es la ONG evangélica ADF la cual trabaja ampliamente en la región de manera aislada, así como en cooperación con organizaciones nacionales neoconservadoras, no necesariamente evangélicas, para incidir en debates locales, como en el espacio de la OEA (Ramírez, 2019). ADF fue fundada en Estados Unidos en 1994 por un grupo de líderes cristianos evangélicos conservadores, en parte, como una estrategia para desafiar las acciones de la American Civil Liberties Union –ACLU– (Shameem, 2021, p. 96). Entre los objetivos de esta organización, se encuentra el uso estratégico del derecho inspirado en valores cristianos, en pos de la defensa y promoción de la libertad religiosa, la santidad de la vida humana desde la concepción hasta la muerte natural, el matrimonio y la familia heterosexual, reproductiva y monogamia (Shameem, 2021, p. 96).

¹¹ El principal promotor del Congreso fue de la organización Iniciativa Ciudadana por la Vida y la familia de México.

Otra organización que trabaja de manera cercana a ADF, y otras organizaciones nacionales, es el Global Center for Human Rights. Creada en 2021 y con sede en Washington, su objetivo central es influir en la OEA y ONU, generando instancias de incidencia política en estos espacios, así como investigaciones y capacitaciones para líderes que promuevan los valores cristianos. Para el Global Center for Human Rights el problema al que vienen a atender radica en que:

Las organizaciones internacionales se han utilizado como herramienta de colonización ideológica al dirigirse a países arraigados en valores cristianos. Esto ocurre porque los responsables de la toma de decisiones no conocen bien cómo funcionan la OEA y la ONU. Principalmente, no saben cómo estas organizaciones eluden el papel del poder legislativo, socavando la ley nacional y la democracia (Global Center for Human Rights, 2023)¹².

Su presidente es el abogado argentino Sebastian Schuff, miembro fundador de la ONG Frente Joven. Frente Joven es una organización que nació en Argentina en 2010 para oponerse al matrimonio entre personas del mismo sexo. En la actualidad, Frente Joven ha logrado expandirse a Perú, Paraguay y Ecuador (Leonard, 2022) siendo una de las ONG regionales más activas en las Asambleas Generales de la OEA en contra de los DDSSRR.

Otra organización que tiene como ejes de su incidencia a la OEA y ONU es la Red Política por los Valores (Political Network for Values), la cual reúne a parlamentarios/as, partidos políticos y otros/as tomadores de decisión de Estados Unidos, América Latina, África y Europa. Esta organización fue fundada por el exministro del interior español, Jaime Mayor Oreja en 2014, y desde su plataforma sostiene la defensa de valores cristianos.

En 2022 se designó como presidente del Political Network for Values al excandidato a presidente de Chile, José Antonio Kast. Kast es uno de los miembros fundadores en 2017 del Congreso Hemisférico de Parlamentarios, red cuyo eje también radica en incidir en los debates de la OEA desde matrices religiosas (El Constitucional.cl, 2017 p.1; Morán Faúndes y Peñas Defago, 2020, p. 256). A su vez, la conformación de Congreso Hemisférico de Parlamentarios hace parte de las iniciativas donde participan ADF, el Population Research Institute (PRI) y del Political Networks for Values (Ramírez, 2019, p. 4).

Desde su creación, el Political Network for Values ha organizado cinco cumbres, Nueva York (2014), Washington, D.C. (2015), Colombia (2019), Budapest (2022), Nueva York (2023). En la realización de estas cumbres se destacan los apoyos económicos y patrocinios de ONG norteamericanas y europeas como ADF, la National Organization for Marriage (NOM), CitizenGo USA, World Congress of Families (WFC) y el Center for the Family and Human Rights (C-Fam) (Velarde, 2017, p. 3; Newton, 2023, p.1). Por otro lado, desde 2020 diversos informes han documentado cómo el gobierno húngaro, en cabeza del primer ministro Viktor Orbán, viene realizando aportes económicos a esta red (Newton, 2023, p. 3).

La selección de las sedes de Washington, D.C. en 2015 y Colombia en 2019 estaban relacionadas directamente con una estrategia de impacto en las Asambleas Generales de la OEA, que se iban a realizar en esos países en los siguientes meses

¹² La traducción es propia realizada en base a la información publicitada en el sitio web de Global Center for Human Rights: <https://globalcenterforhumanrights.org/>

(Political Network for Values, 2019a, p. 1; Political Network for Values 2019b, p.1). En ambos casos, producto de esos encuentros, se publicaron y difundieron comunicados destinados a gobernantes y legisladores/as donde les solicitaban que no apoyen iniciativas vinculadas con la legalización del aborto, a la vez que denunciaban supuestas presiones de parte de los organismos internacionales, como ONU y OEA, por atacar y socavar los valores cristianos (Political Network for Values, 2019b, p. 2).

Es de destacar, que tanto ADF, Political Network for Values, Global Center for Human Rights, Frente Joven y Congreso Iberoamericano tienen líneas específicas de capacitaciones destinadas a jóvenes que aspiran a ejercer un liderazgo social y político desde una mirada anclada en valores cristianos, en defensa de la vida desde la concepción y la familia tradicional.

5.2. Las incidencias que llegan a los Estados

Estas redes que se forman y/o fortalecen desde su accionar en las Asambleas Generales de la OEA, también sirven para avanzar en consolidar agendas neoconservadoras directamente en los Estados nacionales, y/o bien para articular instancias de resistencia. Como sucede con otras redes transnacionales de activismo internacional (Bob, 2013), diferentes asociaciones que activan en la OEA trabajan estrechamente con los gobiernos nacionales cuando esto sirve a sus intereses.

La lectura del juego de lo internacional/nacional es dual. Por un lado, critican fuertemente a la OEA por crear derecho por fuera de su jurisdicción¹³ y se proponen entre sus objetivos evitar la creación de *soft law*¹⁴. Por otro lado, emergen como actoras claves en promover instrumentos multilaterales de este tipo, desde donde defienden una agenda conservadora en temas de sexualidad y familia. Este fue el caso, por ejemplo, de la Declaración del Consenso de Ginebra. Esta Declaración fue introducida en la ONU por la administración Trump/Pence (2020) y firmada inicialmente por treinta y dos países (Morgan, 2023, p. 185)¹⁵. Entre las organizaciones que promovieron este documento figuran ADF, el Global Center for Human Rights, entre otras, poniendo en primer plano la política antiaborto y creando una causa común entre los gobiernos que se oponen a los DDSSRR (Morgan, 2023, p.186). Este consenso si bien no tiene efectos vinculantes, ejerce efectos simbólicos en temas de política internacional, donde la OEA resulta ser un espacio trascendental.

Así, por ejemplo, el ex procurador de Colombia, y en 2022 embajador de ese país ante la OEA, Alejandro Ordoñez, anunció durante la sesión del Consejo Permanente de la OEA de ese año la adhesión de su país al Consenso de Ginebra. Esta adhesión de Colombia se dio a instancias de una iniciativa promovida por quien era ministra de la Mujer, la Familia y los Derechos Humanos de Brasil, Cristiane Britto. La iniciativa promovida por Britto declaraba que la adhesión al consenso implicaba redoblar los esfuerzos en la defensa de «la salud integral de la mujer, el fortalecimiento de la familia y la soberanía de los países para legislar sobre el aborto» (INFOBAE, 2022, p. 1).

¹³ Ver en este sentido el discurso de la Coalición Democracia y Derechos Humanos presentada en la Asamblea General de 2017. Disponible en: <https://www.oas.org/es/47ag/docs/presentaciones-coaliciones/PonenciaDemocraciayDerechosHumanos%20ESP-ENG.docx>

¹⁴ En este sentido el Global Center for Human Rights tiene entre sus objetivos: «Evitamos la creación de *soft law* y la imposición de nuevas obligaciones a los Estados-nación, garantizando que las organizaciones internacionales respeten los tratados» (Global Center for Human Rights, 2023).

¹⁵ En los últimos años diferentes países, como Colombia y Brasil, luego del cambio de gobierno retiraron su apoyo a la declaración por no respetar los consensos previos en materia de DDSSRR, en particular en lo vinculado al aborto (Bazán, 2022, Agencia Brasil, 2023).

También en marzo de 2022 el Congreso Nacional de Guatemala declaró al país como la Capital Provida de Iberoamérica. La ceremonia estuvo presidida por el Presidente de Guatemala, Alejandro Eduardo Giammattei, y el orador principal fue Aarón Lara, Presidente del Congreso Iberoamericanos por la Vida y la Familia. Como antecedente de esta declaración, Lara consideró central la adhesión a la Declaración de Ginebra (AGN, 2022).

Las lógicas globales norte/sur cambian a medida que cambian las condiciones de posibilidades locales de las organizaciones y las estructuras de oportunidades, como puede ser el cambio de signo político de un gobierno de turno, marcado por posiciones más favorables a los DDSSRR. Este fue un aspecto enfatizado por Andrew Brunson, pastor del Family Research Council, en el marco de la 53 Asamblea General de la OEA en 2023.

Tenemos que prepararnos para estas dificultades (el gobierno de Joe Biden y su postura favorable a los DDSSRR) porque la gente nos verá mal, nos considerará peligrosos. (...) lo que ocurra en Estados Unidos influirá en toda América Latina (...) La Iglesia hispana es la que más crece en la Unión Americana. La salvación de los Estados Unidos será a través de los migrantes cristianos latinoamericanos, por eso queremos caminar junto con ellos en América Latina, porque así podremos soportar estos tiempos que se avecinan (Brunson, 2023, p. 7).

Por otro lado, para las organizaciones e iglesias neoconservadoras latinoamericanas que participaron en esta Asamblea General de 2023, el Family Research Council fue un aliado fundamental (Brunson, 2023). La articulación con el Family Research Council potenció la participación latinoamericana, aspecto destacable dado que, como comentaron algunos representantes latinoamericanos, en Washington no contaron con el apoyo esperado de las bases, ello dadas las características de la población evangélica latina en esa ciudad.

Un factor adicional es que no hemos encontrado el apoyo que pensábamos que podríamos tener de la iglesia local. En la ciudad de Washington hay muy pocas congregaciones, más bien las iglesias están en la periferia y están conformadas por creyentes migrantes que trabajan o son recién convertidos y sus pastores no ven cómo o por qué la iglesia deba insertarse en estas batallas. El año pasado en Lima, Perú, las iglesias lograron reunir a casi 50 mil creyentes marchando contra la OEA. Este año no tendremos ningún apoyo de la iglesia local (ACIERA, 2023).

6. Reflexiones finales

El ingreso de los DDSSRR como parte de la agenda de la OEA implicó para los movimientos feministas y LGBTIQ+ décadas de denuncias y activismos transnacionales. Los aprendizajes y logros obtenidos en la ONU en la década del 90', fueron claves en tanto caja de resonancia para despertar al organismo regional y avanzar en la agenda en los años 2000.

No obstante la trascendencia de este logro, dos décadas después, es necesario reflexionar respecto de cómo ha cambiado el escenario regional de derechos humanos, lo que lleva a repensar acerca las relaciones de fuerza que están operando en la región, lectura clave para entender las amenazas a las que se enfrentan los DDSSRR en la actualidad.

La creciente presencia de actores neoconservadores religiosos en las Asambleas Generales de la OEA, es uno de los reflejos de los múltiples impactos de las religiones en la política contemporánea en América Latina. En particular, el creciente lugar que ocupan las iglesias evangélicas en la OEA da cuenta no sólo de los cambios demográficos en la región, en términos de religiosidad, sino además de los cambios en las relaciones de fuerza en términos religiosos. Si en los 90', en el ámbito de las conferencias de la ONU, la Jerarquía católica fue una actora clave para liderar lo que se conoció como la «*unholy Alliance*» para oponerse al avance de los DDSSRR (Berro Pizarrosa, 2018, p.7), hoy en el ámbito de la OEA ese rol lo están desempeñando diversos actores evangélicos.

A su vez, como también viene sucediendo en la ONU en las últimas tres décadas, las intervenciones de los neoconservadurismos en la OEA les posibilitan a estos actores mancomunar y amplificar sus agendas y plataformas de acción. Como en los 90', los actores religiosos que accionan transnacionalmente tienen, en muchos casos, la capacidad de presionar a los Estados para que avalen sus agendas neoconservadoras.

Parte de estos fenómenos puede explicarse desde el carácter transnacional que tienen los movimientos envueltos en estas disputas, lo que implica un alto grado de involucramiento y conocimiento de las lógicas de los sistemas de derechos humanos (Lemaitre y Sieder, 2017, p 9). Así, vemos como en la arena regional de derechos humanos se replican lógicas de actuación que ya eran conocidas en el ámbito de la ONU, tanto para los movimientos feministas y LGBTIQ+, como para gran parte de los sectores neoconservadores, quienes también cuentan con experiencias de incidencia y articulación en la esfera universal de derechos humanos, en especial cuando se trata de oponerse al avance de los DDSSRR.

Bibliografía

- ACIERA (21 de junio, 2023). ACIERA a través de la AEL estará presente en la 53 edición de la Asamblea General de la OEA. *ACIERA*. <https://www.aciera.org/aciera-a-traves-de-la-ael-estara-presente-en-la-53-edicion-de-la-asamblea-general-de-la-oea/>
- Agencia Brasil (18 de enero, 2023). Brasil anuncia su retirada del Consenso de Ginebra. *Agencia Brasil*. <https://agenciabrasil.ebc.com.br/es/direitos-humanos/noticia/2023-01/brasil-anuncia-su-retirada-del-consenso-de-ginebra>
- AGN (2022, 9 de marzo). Aarón Lara: «Guatemala ha tomado la vanguardia en la lucha por la vida y por la familia». *AGN*. <https://agn.gt/aaron-lara-guatemala-ha-tomado-la-vanguardia-en-la-lucha-por-la-vida-y-por-la-familia/>
- Alves Maciel, D. y Brito Prata, P. (2011). Movilización por nuevos derechos y cambio legal: la Campaña por la Ley Maria da Penha. *Política. Revista De Ciencia Política*, 49 (1), 139-170. <https://doi.org/10.5354/0719-5338.2011.16743>
- Bandeira, L. y Campos de Almeida, T. (2015). Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. *Estudos Feministas*, 23 (2), 501–517. <https://doi.org/10.1590/0104-026X2015v23n2p501>
- Bárceñas Barajas, K. (2021). La violencia simbólica en el discurso sobre la 'ideología de género': una perspectiva desde la dominación simbólica a través del pánico moral y la posverdad. *Intersticios sociales*, (21), 125-150.
- Bazán, C. (22 de agosto, 2022) Colombia se retira del Consenso de Ginebra, declaración que niega el derecho al aborto. *Efeminista*. <https://efeminista.com/colombia-consenso-de-ginebra-aborto/>

- Berro Pizzarossa, L. (2018). Here to Stay: The Evolution of Sexual and Reproductive Health and Rights in International Human Rights Law. *Laws*, 7 (3). <https://doi.org/10.3390/laws7030029>
- Bianculli, A. (2003). *Seguridad, sociedad civil y cumbres hemisféricas*. [Tesis doctoral, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Argentina]. E-Archivo. http://legacy.flacso.org.ar/uploaded_files/Publicaciones/serie.rrii.doc1_bianculli_soccivil.oea.pdf
- Bob, C. (2013). The Global Right Wing and Theories of Transnational Advocacy. *International Spectator*, 48:4, 71-85. 10.1080/03932729.2013.847685
- Brunson, A. (2023, 9 de julio). América. Ante una ola oscura que está por pegarnos. *Comunica*. https://issuu.com/centrocristianocalacoaya/docs/comunica_julio2023
- Canavate, D. (2012). La Agenda Global de las Naciones Unidas para «la Mujer». *Polis*, 20, 1-20. <http://journals.openedition.org/polis/3538>
- Chamberlain, P. (2006). UNdoing Reproductive Freedom: Christian Right NGOs Target the United Nations. *Political Research Associates Christensen*. https://politicalresearch.org/sites/default/files/2018-10/UNdoing-Repro-Freedom_0.pdf
- Chen, Y. Z. (2004). De los encuentros feministas a las campañas transnacionales: surgimiento y desarrollo de los movimientos transnacionales de mujeres en América Latina. *La Ventana*, 20, 267-292. <https://www.redalyc.org/pdf/884/88402012.pdf>
- Congreso de la República (9 de marzo, 2022). Declaran a Guatemala capital pro vida de Iberoamérica. *Congreso de la República*. https://www.congreso.gob.gt/noticias_congreso/8046/2022/1#gsc.tab=0
- Coporación Latinobarómetro (2018). *El Papa Francisco y la religión en Chile y América Latina 1995 - 2017*. https://www.latinobarometro.org/latdocs/INFORME_2018_LATINOBAROMETR_0.pdf
- El constitucional.cl (11 de octubre, 2017). Congreso Hemisférico de Parlamentarios denuncia que la OEA realiza activismo ideológico en favor de la agenda de género con la colaboración del gobierno de Costa Rica. *El constitucional.cl*. <https://www.diarioconstitucional.cl/2017/10/11/congreso-hemisferico-de-parlamentarios-denuncia-que-la-oea-realiza-activismo-ideologico-en-favor-de-la-agenda-de-genero-con-la-colaboracion-del-gobierno-de-costa-rica/>
- Figueiredo Terezo, C. (2014). Derechos humanos y diversidad sexual en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En Beltrão, J. F. (coords.). *Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables. Manual*. Red de Derechos Humanos y Educación Superior.
- Galdos Silva, S. (2013). La conferencia de El Cairo y la afirmación de los derechos sexuales y reproductivos, como base para la salud sexual y reproductiva. *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública*, 30 (3), 455-460. http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342013000300014&lng=es&tlng=es.
- Global Center for Human Rights (2023). *The problem*. <https://globalcenterforhumanrights.org/>
- Haynes, J. (2014). *Faith-Based Organizations at the United Nation*. Palgrave Macmillan.
- INFOBAE (14 de mayo, 2022). Gobierno colombiano se suma países de la OEA que legislan sobre el aborto. *INFOBAE*. <https://www.infobae.com/america/colombia/2022/05/14/gobierno-colombiano-se-suma-paises-de-la-oea-que-legislan-sobre-el-aborto/>
- Jelin, E. (1994). ¿Ciudadanía emergente o exclusión? Movimientos sociales y ONGs en los años noventa. *Revista Mexicana de Sociología*, 56 (1): 91-108.

- Keck, M. y Sikkink, K. (1999). Transnational advocacy networks in international and regional politics. *International Social Science Journal*, 51 (159), 89-101.
- Leão, R. (2010) El rol de la sociedad civil organizada para el fortalecimiento de la protección de los derechos humanos en el siglo XXI: un enfoque especial sobre los DESC. *Revista IIDH*. 51, 249-271. <https://corteidh.or.cr/tablas/r25561.pdf>
- Lemaitre, J. y Sieder, R. (2017) The Moderating Influence of International Courts on Social Movements: Evidence from the IVF Case against Costa Rica. *Health and Human Rights Journal*, 19 (1), 149-160.
- Leonard, C. (2022). Nuevas derechas anti-género: el caso del Frente Joven en Argentina. *Perspectivas Revista De Ciencias Sociales*, 7 (13), 509–527. <https://doi.org/10.35305/prcs.v7i13.611>.
- Machado, M.; Peñas Defago, M. A.; Gianella Malca, C. (2022). Anti-Abortion Mobilization in Latin America: Signs of a Field in Transformation. *Direito GV*, Sao Paulo, 18 (3) 1-41. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202234>.
- MESECVI (2008). Primer Informe Hemisférico sobre la Implementación de la Convención de Belém do Pará. <https://www.oas.org/es/mesecevi/docs/InformeHemisferico2008-SP.pdf>
- Medina, C. (2003). Human Rights of Women: Where are we now in the Americas?«, En A. Manganas (ed.), *Essays in Honour of Alice Yotopoulos Marangopoulos (907-930)*. Nomiki Bibliothiki Group, Panteion University.
- Montaño, S. (1996). Los derechos reproductivos de la mujer. *Estudios básicos de derechos humanos*, 4. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/a11999.pdf>
- Moragas, M. (2020). *Políticas antigénero en América Latina: el caso de la Organización de los Estados Americanos (OEA)*. Observatorio de Sexualidad y Política. <https://sxpolitics.org/GPAL/uploads/Ebook-Ofensivas-Antigenero%2020200203.pdf>
- Moragas, M. y Kane, G. (2021). *Grupos anti-derechos en América Latina: la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA) y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. En n. Shameem, Naureen (Ed.) *Derechos en Riesgo*. AWID: <https://www.awid.org/sites/default/files/2022-03/Derechos%20en%20Riesgo%20-%20OURS%202021.pdf>
- Moragas, M. (2022). *Políticas antigénero en América Latina: el caso de la Organización de los Estados Americanos (OEA)-Actualización*. Observatorio de Sexualidad y Política.
- Morán Faúndes, J. M., y Peñas Defago, M. A. (2016). Strategies of Self-Proclaimed Pro-Life Groups in Argentina: Effect of New Religious Actors on Sexual Policies. *Latin American Perspectives*, 43 (3), 144-162. <https://doi.org/10.1177/0094582X15628022>
- Morán Faúndes, J. M. y Peñas Defago, M. A. (2020). Una mirada regional de las articulaciones neoconservadoras. En A. Torres, *Derechos en riesgo en América Latina 11 estudios sobre grupos neoconservadores* (241-270). Fundación Rosa Luxemburg
- Morgan, L. M. (2021). Costa Rica's Oversized Role in Latin American Sexual and Reproductive Rights Lawfare. *Revista Direito GV*, 17 (3), 21-37. <https://doi.org/10.1590/2317-6172202137>
- Morgan, L. (2023) Anti-abortion Strategizing and the Afterlife of the Geneva Consensus Declaration. *Developing World Bioethics*, 23, 185-195. <https://doi.org/10.1111/dewb.12374>
- Newton, C. (8 de noviembre, 2023). Hungarian-funded ngo to host hate groups, international politicians at new york Summit. *Southern Poverty Law Cente*. <https://www.splcenter.org/hatewatch/2023/11/08/hungarian-funded-ngo-host-hate-groups-international-politicians-new-york-summit>

- Panotto, N. (2020a). Incidencia religiosa en clave multilateral: La Presencia de redes políticas evangélicas en las Asambleas de la OEA. *Cultura y religión*, 14 (1) 100-120. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-47272020000100100>
- Panotto, N. (2020b). Lo evangélico como fuerza agonista: disputas hegemónicas frente a la transición política latinoamericana. *Encartes*, 3 (6): 36-51. doi: <https://doi.org/10.29340/en.v3n6.180>
- Panotto, N. (2023). Nuevas cartografías de la incidencia regional evangélica: política local-multilateral desde y dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Ejemplos del caso chileno. *Religião & Sociedade*, 43 (1), 125-150. doi:<https://doi.org/10.1590/0100-85872023v43n1cap05>.
- Peñas Defago, M. A., Moran Faundes, J. y Vaggione, J. M. (2018). *Conservadurismos religiosos en el escenario global: amenazas y desafíos para los derechos LGBTI*. <https://sxpolitics.org/es/conservadurismos-religiosos-en-el-escenario-global-amenazas-y-desafios-para-los-derechos-lgbti/4167>
- Pew Research Center (2014). *Religion in Latin America: Widespread Change in a Historically Catholic Region*. <https://www.pewresearch.org/religion/2014/11/13/religion-in-latin-america/>
- Political Network for Values (5 de abril, 2019a). Legisladores de toda américa piden a la OEA que no se promueva el aborto con dinero de sus países. *Political Network for Values*. <https://politicsnetworkforvalues.com/2019/04/congreso-hemisferico-parlamentarios-aborto-oea/>
- Political Network for Values (8 de abril, 2019b). Líderes políticos de 30 países denuncian la ofensiva generalizada contra la familia, la vida y la libertad. *Political Network for Values*. <https://politicalnetworkforvalues.org/2019/04/lideres-politicos-de-30-paises-denuncian-la-ofensiva-generalizada-contr-la-familia-la-vida-y-la-libertad/>
- Ramírez, P. (22 de julio, 2019). Radiografía a la red que impulsa la arremetida política de los evangélicos en Chile. *CIPER*. <https://www.ciperchile.cl/2019/07/22/radiografia-a-la-red-que-impulsa-la-arremetida-politica-de-los-evangelicos-en-chile/>
- Romero Cristancho, C. y Muro Polo, A. (2015). Derechos Sexuales y Reproductivos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (9), 273-288. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2827>
- Shameem, N. (2021). Actores antiderechos. En N. Shameem (Comp.) *Derechos en Riesgo* (79-126). Awid. <https://www.awid.org/sites/default/files/2022-03/Derechos%20en%20Riesgo%20-%20OURS%202021.pdf>
- Vaggione, J. M. (2005). Reactive politicization and religious dissidence: the political mutations of the religious. *Social Theory and Practice*, 31, 165–188.
- Vaggione, J. M. (2012). La «cultura de la vida»: desplazamientos estratégicos del activismo católico conservador frente a los derechos sexuales y reproductivos. *Religião & Sociedade*, 32, 57-80.
- Vaggione, J. M. y Campos Machado, M.D. (2020). Religious Patterns of Neoconservatism in Latin America. *Politics & Gender*, 16 (1),6-10. <https://doi.org/10.1017/S1743923X20000082>
- Velarde, L. (2017). *Political Network for Values*. Fundación Valores y Sociedad. <https://www.valoresysociedad.org/political-network-for-values/>
- Yamin, A., Datta, N. y Andion, X. (2018). Behind the Drama: The Roles of Transnational Actors in Legal Mobilization over Sexual and Reproductive Rights, *Georgetown Journal of Gender and the Law*, 19, 533-570. <https://ssrn.com/abstract=3795531>

Jurisprudencia y legislación consultada



- Asamblea General de la OEA. Diálogo de los Jefes de Delegación, el Secretario General, el Secretario General Adjunto y los Representantes de la Sociedad Civil, los Trabajadores, el Sector Privado y otros Actores Sociales (26 de junio de 2019). Asamblea General de la OEA
- Asamblea General de la OEA. Presentation of the activities with civil society and other social actors in the framework of the 47th regular session of the general assembly of the Organization of American States (1 de junio, 2017). 47AGOEA-Formato-y-Metodologia-del-Trabajo-en-Coaliciones-de-OSC-ENG.pdf
- Fallo Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de febrero, 2012. Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf
- Fallo Corte Interamericana de Derechos Humanos 28 de noviembre, 2012. Caso *Artavia Murillo y Otros («Fecundación In Vitro»)* vs. *Costa Rica*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Resolución Asamblea General de la OEA AG/RES. 2435 Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género (3 de junio de 2008) https://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2435_xxxviii-o-08.pdf
- Resolución Asamblea General de la OEA AG/RES. 2504 Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género. (4 de junio de 2009) https://www.oas.org/dil/esp/ag-res_2504_xxxix-o-09.pdf

Perspectiva comparada del acceso ciudadano a los servicios digitales en América Latina. Entre el derecho fundamental, el servicio público y la cuestión de la eficacia

Comparative approach on citizen access to digital services in Latin America. On fundamental rights, public service and the question of effectiveness

Alexandra Molina Dimitrijevič*
Universidad Científica del Sur
ORCID ID 0000-0003-4237-9584
mmolinad@cientifica.edu.pe

Cita recomendada:

Molina Dimitrijevič, A. (2024). Perspectiva comparada del acceso ciudadano a los servicios digitales en América Latina. Entre el derecho fundamental, el servicio público y la cuestión de la eficacia. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 120-136.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9003>

Recibido / received: 25/04/2023
Aceptado / accepted: 02/08/2023

* Docente-investigadora de la Universidad Científica del Sur (Lima, Perú). Doctoranda en Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid. Abogada por la Universidad de Lima. Máster en Administración Pública por la Universidad Libre de Bruselas. Diploma de Estudios Políticos y Constitucionales del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (CEPC). Máster en Estudios Hispánicos por la Universidad de Cádiz. El presente artículo es el resultado de una profundización teórica y progresiva de las ideas inicialmente esbozadas en la ponencia que brindé en el marco del I Congreso Internacional ATITLAN-CEPC: «Transformación Digital, Desafíos para el Derecho Público y la Ciencia Política», desarrollado en octubre de 2021. Quiero expresar mi agradecimiento a quienes ejercieron la labor de revisión del presente artículo, por sus interesantes comentarios y útiles recomendaciones

Resumen:

El presente artículo tiene como propósito el análisis del acceso ciudadano a Internet tomando en consideración el caso de América Latina bajo el prisma de dos conceptos esenciales del Derecho Público (en concreto, me refiero al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo, respectivamente): los derechos fundamentales y el servicio público. Estos dos conceptos esenciales de las citadas áreas de Derecho Público ciertamente interactúan, a modo de consideraciones dogmáticas que, en la práctica, han de dar instrumentos, mimbres o marcos sólidos para conseguir la efectividad del acceso a Internet por parte de la ciudadanía en un mundo inmensamente digitalizado.

Palabras clave:

Acceso a Internet, derechos fundamentales, servicio público, digitalización, eficacia, derecho comparado.

Abstract:

This article aims to analyze the citizen's Access to internet in the light of two essential concepts in Public Law (concretely speaking, concerning Constitutional and Administrative Law): fundamental rights and public service. Both clearly interact as dogmatic considerations which, in practice, are able to provide with a solid framework and instruments aiming to bring effectiveness to citizen's Internet Access, within an immensely digitalized world.

Keywords:

Internet Access, fundamental rights, public service, digitalization, effectiveness, comparative law.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Internet como derecho fundamental. 2.1. Sobre la necesidad e importancia de considerar Internet como un derecho fundamental. 2.2. Aspectos de la teoría de los derechos fundamentales en vinculación con la consideración de Internet como derecho fundamental. 2.3. Sobre la definición de Internet. 2.4. Sobre la factibilidad y conveniencia de considerar Internet como Derecho Fundamental. 3. Internet como servicio público. 3.1. Sobre la necesidad de considerar Internet como un Servicio Público. 3.2. Sobre la definición de Servicio Público. 3.3. Aspectos de la teoría del Servicio Público, notas esenciales e Internet. ¿Es finalmente Internet un Servicio Público? 4. Algunas experiencias comparadas en América Latina/Iberoamérica: entre el servicio público y el derecho fundamental. 4.1. Internet como Derecho Fundamental: propuestas en América Latina. 4.2. La Carta de Derechos Digitales en España. 4.3. El caso colombiano: Internet como Servicio Público. 5. Infraestructura digital, brecha digital y principio-derecho a la igualdad: datos de la realidad frente a lo ideal. 6. Reflexiones finales, a modo de conclusión.

1. Introducción

Como punto de partida y a modo de introducción, es importante empezar resaltando la importancia de hacernos las preguntas correctas. La primera pregunta que creo pertinente, de cara a analizar el tema propuesto, es el ¿para qué? Es decir, desarrollando más la pregunta, ¿para qué es importante el acceso a Internet? ¿Qué nos permite Internet?

En el artículo titulado *5G, nuevas tecnologías y derechos fundamentales en tiempos de Covid-19*¹, planteo algunas ideas en relación con esta ineludible cuestión. En efecto, se sostiene allí que, en los tiempos que corren –y más aún, con la pandemia de Covid-19, que no termina de erradicarse–, este acceso tiene una clara vinculación con la concreción de una serie de derechos fundamentales, tales como la libertad de empresa, la libertad de expresión, el libre desarrollo de la personalidad, e inclusive una alimentación adecuada –especialmente en aquellos momentos de confinamiento total– o el derecho a la educación –al haberse virtualizado, en su oportunidad, las clases universitarias–, así como también posibilita la eficacia de la Administración Pública a través de un Gobierno Digital².

Al calor de esta reflexión, y de manera más concreta, debemos destacar que, en el «Informe anual del Índice de desarrollo de la Banda Ancha» un trabajo del Banco Interamericano de Desarrollo-BID, se resalta, como «beneficio socioeconómico de la banda ancha» (García Zaballos, Iglesias Rodríguez y Puig Babarro, 2022): el mejoramiento de la productividad, la calidad en sanidad, la eficiencia de los servicios públicos, la posibilidad de compartir el conocimiento, la calidad educativa, la inclusión social y la igualdad de oportunidades, entre otros importantes aspectos.

Podemos hacernos además una segunda pregunta pertinente: la pregunta sobre el ¿cómo? Es decir, ¿qué herramientas jurídicas –y de gestión y política pública– son necesarias para hacer efectivo este acceso a Internet? ¿Cuáles son los medios? Aquí, claramente, surge la cuestión no menor del reconocimiento, la implementación, pero también la eficacia de los derechos de acceso, considerando el acceso como un medio para concretar, como ya se dijo, otros derechos.

Además, es relevante reflexionar sobre 2 aristas: ¿Internet debería ser considerado como derecho fundamental o como servicio público? Esta pregunta es relevante teniendo en cuenta la naturaleza jurídica particular de cada uno de estos conceptos, pertenecientes al ámbito del Derecho Público. En todo caso, tanto la eventual consideración de Internet como derecho fundamental como su consideración en tanto servicio público, requieren de vectores de eficacia, de concretización y, por tanto, de igualdad material³. Un tema sin duda álgido en América Latina.

En efecto: ¿de qué nos sirve un derecho fundamental, conceptualizado como derecho subjetivo⁴ por un vasto sector de la doctrina, si este no se concretiza, o si a

¹ Publicado en 2020 en el portal «Enfoque Derecho» de la revista Themis (Pontificia Universidad Católica del Perú – PUCP), se puede consultar en este enlace: <https://www.enfoquederecho.com/2020/07/30/5g-nuevas-tecnologias-y-derechos-fundamentales-en-tiempos-de-covid-19/>

² Para Rojas Montes, «la transformación digital es entendida como el proceso a través del cual se incorporan tecnologías al funcionamiento de las diversas actividades empresariales, gubernamentales y de toda índole en la vida humana, así como el cambio cultural que implica» (2021, p. 784). La autora hace especial referencia a la Inteligencia Artificial (IA), entendiéndola «como una manera mediante la cual los humanos realizamos tareas de manera más eficiente (...) con ayuda de las máquinas, dotándolas, a través de algoritmos, de un sistema de toma de decisiones, de procesamiento de datos y de razonamiento con cierta autonomía manejando ingentes cantidades de datos» (Rojas Montes, 2021, p. 784), siendo importante para Rojas Montes un «uso estratégico de la tecnología en el gobierno» (2021, p. 788) dicho de otra manera, un «gobierno digital» que, según entiende, fluye de la Ley de Gobierno Digital peruana los siguientes caracteres: «digitalización (cambio de herramientas y procesos), formación (...) y cultura (cambiar la forma de trabajar)» (Rojas Montes, 2021, p. 788). A pesar de lo mencionado, creo que a todo esto le faltaría total sentido sin un acceso digital pleno de todos y todas las ciudadanas.

³ Sobre igualdad material, Baño León (1987) afirma que se refiere: «a la igualdad real o efectiva, igualdad superadora de las diferencias reales que existen en la sociedad (...)». Y, en el caso de la igualdad material, se refiere Baño León al rol que tiene en su concreción el Estado Social de Derecho (p. 189).

⁴ Para Peces Barba, es precisamente la calidad de «derecho subjetivo fundamental», dentro del modelo dualista al cual se adscribe, la nota característica de los derechos fundamentales. Dicho dualismo implica que la razón de ser de los derechos fundamentales es iusfilosófica, pero su adecuada protección requiere

este accede solo un grupo limitado de ciudadanos o ciudadanas⁵? ¿De qué sirve que sea considerado jurídicamente como servicio público si, a fin de cuentas, este servicio público no es efectivo –o si no se cumplen en la práctica sus notas esenciales, una de las cuales es la igualdad en el acceso a los mismos–? ¿Qué es lo que hace que el acceso a Internet sea efectivo? ¿Es imprescindible la acción estatal en la concreción del derecho de acceso a Internet? Intentaré abordar estas importantes inquietudes a lo largo del presente artículo.

2. Internet como Derecho Fundamental

2.1. Sobre la necesidad e importancia de considerar a Internet como un derecho fundamental

Si hablamos de constitucionalismo digital⁶ es lógico que este comprenda el acceso a Internet como derecho fundamental. En efecto, un constitucionalismo digital⁷ no puede explicarse prescindiendo de la necesidad de estudiar el reconocimiento de este derecho de acceso. Ahora bien, surge la necesidad de preguntarnos también ¿de qué nos sirve un derecho fundamental si este no se concretiza? Sobre este último punto es importante destacar que el constitucionalista Richard Albert, quien comparte valiosa información divulgativa sobre Derecho Constitucional en el mundo, ha elaborado un «*ranking*» de aquellos países con más derechos consagrados en sus textos constitucionales, pero, como vemos en el cuadro que ha elaborado el autor, el hecho de tener consagrados «más» derechos fundamentales no necesariamente se condice con una mayor fortaleza democrática⁸. Institucionalidad que, al hilo de lo que fluye del artículo 16º de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del

una positación para «poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción» (Peces Barba, 1983, p. 66). Precisa Peces Barba (1983) los tres criterios que son exigencias necesarias para que «la filosofía de los Derechos Humanos se convierta en derecho positivo vigente en un país determinado: 1. Que una norma jurídica positiva los reconozca, 2. Que de dicha norma derive la posibilidad para los sujetos de derecho subjetivo de atribuirse como facultad, como derecho, ese derecho fundamental, 3. Que las infracciones de esas normas y por lo tanto el desconocimiento de los derechos subjetivos que derivan de ellas legitime a los titulares ofendidos para pretender de los tribunales de justicia el restablecimiento de la situación y la protección del derecho subjetivo, utilizando si fuese necesario el aparato coactivo del Estado» (pp. 63-66). Ahora bien, otro vector de efectividad, de concreción es la actividad prestacional pero también la denominada «eficacia horizontal».

⁵ Por ejemplo, señala Díez Picazo (2021) que Ferrajoli define a los derechos fundamentales como «aquellos derechos que, en un ordenamiento dado, se reconocen a todas las personas –o en su caso solo a todos los ciudadanos– por el mero hecho de serlo» (p. 30) Es decir, bajo una concepción material, señala Díez Picazo (2021), autores como Ferrajoli aluden a un reconocimiento de carácter universal, en el sentido que abarca a todos los ciudadanos (p. 30)

⁶ Sobre constitucionalismo digital, en fecha más reciente –al tiempo de redactarse la versión escrita de esta ponencia–, la Unión Europea ha aprobado la «Declaración sobre los derechos y principios digitales», lo cual para De Gregorio (2022) constituye «una parte de una mirada constitucional más amplia, consagrando el constitucionalismo digital, sobre la base de los valores europeos, enfatizando su engarce con la Carta Europea de Derechos Fundamentales y su rol en la era digital». Traducción propia de fragmento extraído de: De Gregorio (2022).

⁷ Define De Gregorio al Constitucionalismo Digital como: «un marco temporal específico al hilo de la difusión de la web en los años 90. Más aún, desde una perspectiva material, el adjetivo nos lleva a enfocarnos en cómo las tecnologías digitales y el constitucionalismo se afectan o inciden entre sí. Por tanto, la fusión de las expresiones "digital" y "constitucionalismo" nos lleva a un campo teórico y práctico nuevo basado en una dialéctica dinámica entre cómo las tecnologías digitales afectan la evolución del constitucionalismo y la reacción del Derecho Constitucional frente al poder de las tecnologías digitales implementadas por actores públicos y privados (...). Esta fase constitucional nueva se caracteriza en primer término por la codificación de los esfuerzos para proteger los derechos fundamentales en la sociedad de la información» (2021, p. 58).

⁸ Albert (2020) se pregunta: *Do more rights mean better democracy?*, y la respuesta es «no», graficándola en el cuadro que puede visualizarse aquí: <https://twitter.com/richardalbert/status/1289555908024885249>

Ciudadano de 1789, es imprescindible para asegurar un fin: la protección y efectividad de los derechos fundamentales⁹.

De otra parte, en el importante estudio del Banco Interamericano de Desarrollo (BID) denominado «*El fin del trámite eterno*» se identifica que: «las brechas de conectividad, alfabetización digital e inclusión financiera harán que la carrera hacia la sociedad digital sea larga» (Banco Interamericano de Desarrollo, 2018), al tiempo de señalar, en dicho informe, las enormes ventajas de la digitalización, precisamente para evitar que el trámite –como indica el sugerente título de este libro– «sea eterno».

2.2. Aspectos de la teoría de los derechos fundamentales en vinculación con la consideración de Internet como Derecho Fundamental

En su reconocida obra *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Robert Alexy (2017) identifica tres tipos de problemas en relación con la consideración de un derecho fundamental como derecho subjetivo: a. Problemas empíricos; b. problemas analíticos y c. problemas normativos (p. 151).

En el caso de los problemas normativos, se podrían identificar, al hilo de las ideas de Alexy (2017), dos categorías básicas de «sub-problemas» –si cabe el término–: a. Los problemas ético-filosóficos: punto en el que resulta relevante, para Alexy, la siguiente pregunta: ¿por qué los individuos tienen derechos y qué derechos tienen? (p. 152), a lo que es posible aportar la respuesta kantiana, que, según lo que esboza Alexy, podría ser la coexistencia de libertades bajo el marco y encaje con una «ley universal», bajo el fundamento de la humanidad, de la persona y –precisa Alexy– la respuesta de Larenz sería el deber de respetar compaginado con el derecho a ser respetado. y b. los problemas dogmático-jurídicos¹⁰: «¿qué es lo que tiene validez en el sistema jurídico?» (p. 151).

En lo que atañe a los problemas empíricos, son relevantes las cuestiones sobre la historia y surgimiento del concepto de derecho subjetivo, así como también la función social de los derechos subjetivos; especialmente, para el autor, «su función específica para la organización y legitimación de las relaciones de dominación» (Alexy, 2017, p. 154).

Finalmente, frente a los problemas analíticos surge la cuestión siguiente: ¿frente a quiénes tenemos ese derecho? (Alexy, 2017, p. 156).

También señala Alexy que, en todo caso, el «derecho a algo» implica una «relación triádica» (2017, p. 164), que enlaza ese «derecho a algo» con un titular, un destinatario y un objeto (Alexy, 2017, p. 164). Y, en palabras de Alexy (2017), «el objeto del derecho a algo es siempre una acción del destinatario» (p. 165), ¿Cuál sería, en el caso de un eventual derecho fundamental de acceso a Internet, esa acción del destinatario? ¿quién sería, en el caso del derecho de acceso a Internet, el destinatario? ¿Sería el Estado? ¿Serían las empresas proveedoras?

Alexy (2017) define en qué consiste dicho «derecho a algo» (p. 165). Consiste, para el autor alemán, tanto en el derecho a acciones positivas –donde «el objeto es una acción fáctica» y una «acción normativa»–, como el derecho a «acciones negativas» –es decir, el derecho a que el destinatario se abstenga, es decir, se le

⁹ Este artículo 16º -al cual considero como una piedra angular del constitucionalismo- establece que: «Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución» Conseil Constitutionnel (1789)

¹⁰ Sobre lo cual, señala Alexy (2017), no hay consenso (p. 151).

impone una omisión—. Es este último el caso de los derechos de libertad (Alexy, 2017, p. 165). Dentro de toda esta base teórica, el autor alemán se pregunta ¿dónde y cómo ubicamos o encuadramos el derecho de acceso a Internet? ¿Cómo se estructuraría? En todo caso, cuando se refiere al derecho a acciones positivas, afirma que pueden ser normativas o fácticas y dentro de las fácticas podemos ubicar la figura de los derechos prestacionales, a los que Alexy define como aquellas «prestaciones fácticas que, en principio, también podría llevar a cabo un sujeto particular, existiendo prestaciones fácticas y prestaciones normativas» (2017, pp. 171-172).

2.3. Sobre la definición de Internet

Internet, la denominada «red de redes», es omnipresente en nuestras vidas. En esta tercera década del siglo XXI, Internet permea en casi todas las esferas de la existencia humana. Su impacto es tal que podemos hablar de sociedad digital e incluso ya de sociedad algorítmica –con la presencia creciente de la Inteligencia Artificial, particularmente impactante tras el «boom» del Chat GPT en los albores de 2023–, y ese impacto no resulta indiferente para el Derecho. Es así que, desde el Derecho, se han esbozado algunas definiciones relevantes.

Barrio Andrés (2017) define a Internet como un «inmenso conglomerado de redes de ordenadores que se encuentran interconectados entre sí mediante un mismo lenguaje de comunicaciones (...) dando lugar a la mayor red de ámbito universal» (pp. 34-35). Señala el mismo autor que, por ello:

a Internet se le conoce como la red de redes y consiste en millones de redes públicas, privadas, académicas y gubernamentales que están enlazadas entre sí a través de enlaces de fibra óptica, satélites, inalámbricos y otras tecnologías de transmisión de datos (Barrio Andrés, 2017, p. 35).

Al mismo tiempo, Barrio Andrés (2017) señala como característica primordial de Internet «ser un sistema universal de comunicaciones capaz de acomodar la más absoluta diversidad tecnológica» (p. 35), tomando en cuenta además el autor la definición proporcionada por el diccionario del español jurídico de la RAE, que lo define como una «red mundial descentralizada, formada por la conexión directa entre ordenadores y demás dispositivos mediante un protocolo especial de comunicación, el TCP/IP, para que los usuarios puedan comunicarse en el ciberespacio y acceder a grandes cantidades de información de todo el mundo» (Barrio Andrés, 2017, p. 35). Compleja estructura y engranaje que tiene como resultado, de cara a los y las usuarias, un uso simple traducido en una creciente «usabilidad» y omnipresencia en nuestra vida cotidiana, convirtiéndose, hoy por hoy, en un elemento casi imprescindible, incluso para la persona más reacia a las tecnologías.

Por su parte, Ricardo Muñoz (H) (2021) indica que «Internet es una red informática, en consecuencia, cuando hablamos de Internet debemos pensar en una serie de computadoras conectadas unas con otras desde distintos lugares físicos» (p. 18). En todo caso, el autor argentino plantea que «la definición de Internet depende de la perspectiva que se adopte para su acercamiento» (Muñoz, 2021, p. 19). Y, en tal sentido, este autor identifica un «punto de vista físico» –la red como infraestructura– y de otra parte aquel que denomina «espacio virtual»: «un medio de intercomunicación de terminales (y en definitiva de personas) en el que confluyen multitud de servicios en sentido multidireccional» (Muñoz, 2021, p. 19).

2.4. Sobre la factibilidad y conveniencia de considerar Internet como Derecho Fundamental

Aunque admite que no existe consenso suficiente para ello, Barrio Andrés (2017) afirma también que «debe ir abriéndose camino en la ciencia jurídica el momento de sustantivar un nuevo derecho fundamental de acceso a Internet» ya que «poco a poco va constituyéndose en un elemento de la procura existencial» (p. 270). Es valioso rescatar que el mismo autor (Barrio Andrés, 2017) cita a Stéfano Rodotà, quien ya en 1999 decía que «Internet constituye el más importante reto que los derechos y libertades han de afrontar en el mundo de hoy (...) toda vez que la Constitución y el Derecho Constitucional son, según la gráfica caracterización de Mirkine-Guetzevich, la técnica de la libertad» (p. 267), toda vez que, en la red, desplegamos una serie de derechos y libertades, al «digitalizarse la vida» y, en tanto espacio de realidad plena y actual debe ser regulado a través de un adecuado marco constitucional (Barrio Andrés, 2017, p. 270).

No debemos olvidar que, en un sentido parecido, Díaz Revorio afirmó en su oportunidad que:

La importancia de las TIC como instrumento de comunicación e información nos plantea la posibilidad de exigir, como necesidad propia de la sociedad, el acceso de todos a las Nuevas Tecnologías, lo cual, en caso de existir fundamento jurídico-constitucional para ello, podría articularse como un nuevo derecho (2007, p. 267).

Son múltiples las razones que nos llevan a considerar la importancia de Internet, y en una época como la actual, sigue siendo importante resaltarla, aunque parezca una obviedad y ya no sea simplemente una novedad sino algo plenamente anclado en nuestras vidas, como ya he afirmado en líneas precedentes. Ya en 2007, Díaz Revorio afirmaba que «se trata de un instrumento formidable para el ejercicio de ciertos derechos fundamentales» (2007, p. 267). Landa Arroyo, por su parte, ha descrito Internet como el «fundamento principal para construir la nueva identidad de los derechos fundamentales, ya que (...) amplía las posibilidades de goce de los Derechos Fundamentales y potencializa la libertad de expresión» (2018, p. 3). Para Landa (2018), en suma:

Internet constituye el icono de la sociedad de la información en la medida en que facilita la creación, el acceso, el almacenamiento, el procesamiento y la distribución de la información, jugando un papel esencial en las relaciones sociales, culturales y económicas entre las autoridades, las empresas y los ciudadanos, y entre estos entre sí (p. 2).

Finalmente, para Lucena Cid (2014), el acceso a Internet es importante como «principio de gobierno abierto y de la democracia» (p. 391).

En todo caso, si entendemos Internet como derecho fundamental –y si entendemos la necesidad de concreción que requieren los mismos–, será importante pensar en los elementos de acceso, la velocidad o la conectividad, pero sobre todo pensar en la efectividad, en el cumplimiento de este eventual Derecho. Es clave también responder, en el marco del peso de la relación Estado-Sociedad –que implica desde luego la relación Estado-Economía–: ¿A quién le correspondería garantizar este cumplimiento efectivo del Derecho fundamental a Internet? ¿Al Estado? ¿Al sector privado? En todo caso, no queda duda de que, en tanto derecho fundamental y por tanto llevando en sí un carácter relacional, es posible afirmar su conexión inevitable con el principio/derecho a la igualdad. ¿Cómo concretizamos esta igualdad en el acceso a Internet? ¿Quién concretiza este derecho? ¿Es un derecho

prestacional? Si esto es así, ¿quién realiza la prestación? Es relevante, para responder a estas preguntas, dilucidar la cuestión del rol del Estado en la sociedad, el mismo que suele estar plasmado en el texto constitucional, por ejemplo, en aquellos textos fundamentales que consagran el denominado «capítulo económico», o la denominada «constitución económica». Bajo orientaciones –y tensiones– diversas en torno a la presencia estatal en la economía y la gestión privada de lo público, existen distintas visiones y versiones sobre el particular. Para Muñoz–Machado (2015) se ha pasado de un Estado prestador a un Estado regulador (pp. 24-25)¹¹, también denominado «Estado Garante» –cuestionado a su vez por diversas voces entre las que se encuentra la de Ponce Solé¹²–. Algunas constituciones proporcionan un marco denominado «Constitución económica» –es el caso de la Constitución política del Perú de 1993, que consagra en ella, en forma explícita una Economía Social de Mercado–, que, a su vez, se superpone por interpretación jurisprudencial al concepto de Estado Social y democrático de Derecho –fórmula por el contrario directa y explícitamente inscrita en la Constitución Española–. En el caso peruano, pese a este notable avance jurisprudencial, el principio de subsidiariedad consagrado en el artículo 60º impediría *prima facie* que el sector público brinde directamente este servicio sin que ello suponga de ninguna forma que se aparte y no regule la llegada de sus notas esenciales a los usuarios, dentro del marco del propio Estado regulador.

3. Internet como Servicio Público

3.1. Sobre la necesidad de considerar Internet como un Servicio Público

Internet también puede –y debe– verse desde la óptica del servicio público. Como mencioné anteriormente, la omnipresencia de Internet lo hace indispensable para hacer uso de una diversidad de derechos fundamentales, pero esta situación coexiste con la enorme problemática de la brecha de infraestructura digital, privando a las personas del concreto acceso a Internet.

Siendo así, en plena era digital, parece claro sostener que quien se encuentre privado o privada de acceso a Internet, se priva también de participar del gobierno electrónico y abierto, de la democracia digital, del derecho a la información, e incluso –y esto se vio en pandemia– del ejercicio del derecho a la educación. Lo que ocurre es algo similar a lo que pasa cuando nos falla o no tenemos algún servicio procedente de la llamada «industria de redes» –agua, electricidad–, nítidamente considerado como servicio público. ¿Se puede vivir sin agua? ¿Se puede vivir sin electricidad? Cabría hacer la misma pregunta en el área de lo digital: ¿En los tiempos que corren, se puede vivir sin conectividad a Internet?

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina administrativista, y las definiciones que se han desarrollado en torno al Servicio Público y, sobre todo, reflexionando sobre sus notas esenciales, ¿es Internet un Servicio Público? O, en cualquier caso, ¿cumple con los requisitos básicos para aspirar a ser considerado como tal? En las líneas siguientes abordaré esta relevante cuestión.

¹¹ Específicamente, el autor español señala que este Estado prestador da este paso «radicalmente en las dos últimas décadas del siglo XX (...). La provisión de los bienes y servicios a los ciudadanos en dichos sectores económicos no depende ya de los planes de la Administración, de su elección discrecional de las misiones prevalentes que tiene que cumplir el sector público, de sus opciones sobre la aplicación de los recursos públicos sino del correcto comportamiento de las empresas privadas que desarrollan actividades de utilidad pública (...). Al Estado le interesa, en esta situación, asegurar que estas prestaciones en beneficio de los ciudadanos se mantengan. Pero ahora no las ofrece directamente: las exige a las empresas y tiene que asegurar que las cumplan» (Muñoz Machado, 2015, pp. 24-25).

¹² A este respecto, con visión crítica, Ponce ha escrito el artículo: *El fracaso de la Administración Garante, mitos, falacias y lecciones de la pandemia para las Administraciones Públicas, el Derecho Administrativo y la Jurisdicción Constitucional* en la *Revista General de Derecho Administrativo* (IUSTEL, Octubre 2021).

3.2. Sobre la definición de Servicio Público

A juicio de Kresalja (1999), el concepto de Servicio Público es uno «de difícil precisión» (p. 93). Se trata, según el mismo autor, de un concepto «relativamente reciente (...) que solamente fue posible una vez creado el Estado moderno» (Kresalja, 1999, p. 40). En términos sencillos, este autor sostiene que el Servicio Público es un concepto que «se distingue por comprender acciones destinadas a satisfacer necesidades que los ciudadanos consideran de gran importancia para la vida diaria» (p. 93).

Por su parte, evocando a Duguit, Meilan Gil (1997) define al Servicio Público como «toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y fiscalizado por los gobernantes, por ser indispensable para la realización y desenvolvimiento de la interdependencia social y de tal naturaleza que no puede ser asegurado completamente más que por la intervención de la fuerza gobernante» (p. 377).

Es importante destacar que, para Malaret (1998), «la idea de Servicio Público tiene un doble significado desde un punto de vista jurídico: a) legitimación de la acción de la Administración; b) fundamento de los derechos de los ciudadanos» (p. 50). Se trata, para Malaret, de una «dualidad (...) siempre presente, siendo lo cambiante con el transcurso del tiempo la importancia o el papel que se otorga a una u otra faceta y, sobre todo, al nivel de concreción de los derechos de los ciudadanos» (pp. 50-51).

Para Malaret (1998), además:

La garantía de las libertades fundamentales puede, en ciertos ámbitos, exigir al legislador la configuración de derechos sociales y económicos destinados a asegurar la efectividad de estas libertades, como ocurre señaladamente en el derecho a la educación y el derecho a recibir una información veraz (...). En efecto, el Estado Social de derecho supone una dimensión constitucional y objetiva de los derechos fundamentales. Estos constituyen los elementos principales de un orden objetivo de valores que el Estado debe asegurar. El papel del Estado en tanto que legislador se ve así transformado. No debe construir los mecanismos de defensa de situaciones individuales sino más bien asegurar las condiciones para que el ejercicio de los derechos sea efectivo (p. 76).

Es de resaltar, por tanto, la relevancia de la noción de servicios públicos a fin de concretar derechos fundamentales, precisándose que, en la esencia de esta noción radica la idea de «titularidad» de la actividad, titularidad con carácter público (Kresalja, 1998, p. 68), generándose a través de la figura de la «*publicatio*». Se trata de una titularidad «no traspasable» (Kresalja, 1998, p. 94), lo cual no significa que, obligatoriamente, tal servicio deba ser prestado por el Estado. Manteniéndose tal titularidad pública, es posible que los privados puedan brindarlo: en numerosas oportunidades, en atención a su conocimiento, técnica y/o *expertise* en la prestación de tales servicios. Siendo así, «la fórmula más empleada es la concesión administrativa», señala Kresalja (1998, p. 94), lo cual supone la presencia del sector privado en la prestación y un rol regulador del Estado, ya que el hecho de abrir las puertas en el ámbito del Servicio Público al «pluralismo e iniciativa empresarial» (Kresalja, 1998, p. 95), no quiere decir, en palabras de Kresalja, «que el Estado se desentienda de la gestión, pues genéricamente el ciudadano-usuario puede exigir su correcto funcionamiento al Poder Ejecutivo, quien está obligado a garantizarlo» (Kresalja, 1998, p. 95), resaltando este autor peruano la relevancia en tal sentido de la figura de los denominados «organismos reguladores» (Kresalja, 1998, p. 95).

3.3. Aspectos de la teoría del Servicio Público, notas esenciales e Internet. ¿Es finalmente Internet un Servicio Público?

Para la caracterización del servicio público, debemos atender a sus notas esenciales. Sobre el particular, Danós (2008, p. 262) ha sostenido, citando jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano¹³, que este ha de tener –y debe asegurarse– unas notas de continuidad, universalidad, naturaleza regular y el acceso en condiciones de igualdad» (Danós, 2008, p. 262). Por su parte, Rivero Ortega (2018), sostiene que son principios del servicio público la igualdad, la continuidad, la regularidad y el progreso también llamado principio de «mutabilidad o adaptación» (p. 178). Es importante detenernos en la definición de Rivero Ortega de estos principios: «El principio de igualdad se dirige a garantizar el derecho de todos los ciudadanos a recibir el servicio (universalidad) en las mismas condiciones; la continuidad asegura que no se produzcan interrupciones prolongadas del servicio por huelgas u otros motivos, y que además la prestación sea regular, con una frecuencia constante. Por último, la cláusula de progreso o de mutabilidad obliga a una continua adaptación del servicio a los avances tecnológicos que pueden mejorar su calidad y eficacia» (Rivero Ortega, 2018, p. 178).

Sobre la base de lo afirmado por Rivero, cabe preguntarse sobre el encaje de Internet en todas estas cuestiones, caracteres y necesidades, resaltadas por el autor. En buena cuenta, urge una amplia reflexión –actualizada y dimensionando el rol y presencia de Internet a día de hoy– sobre el encaje de Internet dentro de la categoría de «servicio público», y todas sus notas esenciales, ya que en algunos países –como veremos más adelante– lo han considerado como tal, pudiendo constituir una opción de concreción de este acceso que debe estudiarse en el marco de este concepto jurídico esencial en el derecho público.

En la doctrina peruana, Pedreschi, León Pacheco y Baldeón (2012) sostuvieron en su oportunidad que «Internet no es un servicio sino una red global y por tanto las empresas operadoras pueden facilitar el acceso a Internet a cambio de una contraprestación económica» pese a reconocer que «dicha actividad podría cumplir con diversos elementos propios del servicio público» (p. 92). Le niegan en todo caso ese carácter de servicio público debido a la carencia formal de «publicación» en el Perú» (p. 92), a la que catalogan de «deficiencia de tratamiento de la mencionada actividad» (Pedreschi, León Pacheco y Baldeón, 2012, p. 92).

En la hora actual –es decir, más de diez años después, y considerando la enorme velocidad de los avances tecnológicos–, creo que la «*publicatio*» de Internet es, prácticamente, lo único que le falta a este en muchos países para que sea considerado como Servicio Público. Es decir, le falta el requisito formal: a mi parecer cumple, en la práctica, con todas las demás notas esenciales.

4. Algunas experiencias comparadas en América Latina/Iberoamérica: entre el servicio público y el derecho fundamental

4.1. Internet como Derecho Fundamental: propuestas en América Latina

Sobre la consideración de Internet como Derecho Fundamental en América Latina, es posible citar el caso de México, país que en el año 2013 realizó la denominada Reforma de telecomunicaciones, una importante reforma constitucional de las tantas

¹³ Según cita Danós, específicamente la STC recaída en el expediente N° 00034-2004-PI-TC.

que ha tenido su texto fundamental de 1917¹⁴. Más recientemente, en el Perú, se tuvo un proyecto de reforma constitucional en 2021¹⁵ que no prosperó al necesitarse, según el artículo 206° de la Constitución peruana –más rígida que la mexicana– una segunda votación para ser aprobada, no prosperando la denominada «cuarta legislatura» planteada¹⁶ en el corto Congreso complementario¹⁷ que aprobó inicialmente la posible reforma. Es importante también hacer alusión a las propuestas en tal sentido en la Argentina, como la planteada en el año 2020, propuesta motivada también por el marco de la pandemia del Covid 19¹⁸.

Sin perjuicio de la importancia de dichas iniciativas, resulta especialmente relevante echar una atenta mirada al proceso constituyente en Chile, que en su día se activó a través del Plebiscito Nacional de 25 de octubre de 2020 y que sigue vivo pese a que el proyecto elaborado por la Convención Constitucional no tuvo éxito en el Referéndum de 4 de septiembre de 2022, al haber perdido la opción del «Apruebo». En el fallido proyecto de Constitución de Chile se establecían los mimbres de un verdadero constitucionalismo digital que, en un futuro texto constitucional, considero deben rescatarse. Es paradigmático, al respecto, que se consagrara el derecho fundamental de acceso universal a la conectividad digital y a las TICS –artículo 86° del proyecto fallido–, garantizado por el Estado «con condiciones de calidad y velocidad», siendo un deber del Estado promover y participar del desarrollo de las telecomunicaciones, servicios de conectividad y TICS, teniendo la obligación de superar brechas de acceso, uso y participación en el espacio digital, entre otros aspectos que se ocupan exhaustivamente de las cuestiones digitales actuales.

En efecto, naturalmente se abordaron cuestiones como el Derecho a Internet¹⁹. Igualmente, se había ya desarrollado desde FLACSO Chile en 2021 unos «mínimos digitales para un gran marco constitucional» Aquí, Donoso Abarca afirma que «debiera reconocerse a todas las personas el libre e igualitario acceso a las redes de comunicaciones electrónicas, pues a partir de ello será factible el teletrabajo, la telemedicina, el ejercicio del derecho de reunión entre otras manifestaciones de los beneficios de la sociedad de la información que impactan directamente en la concreción de los derechos fundamentales» (2021, p. 22).

Resulta importante agregar que mientras se escribía y debatía lo que iba a ser el nuevo texto constitucional chileno fueron incorporados mecanismos digitales para un más amplio debate constituyente, como por ejemplo una plataforma para que las y los ciudadanos, con la debida autenticación –a través de un mecanismo que permitía

¹⁴ Como se puede ver en la siguiente página web: <https://www.gob.mx/gobmx/articulos/en-mexico-el-acceso-a-internet-es-un-derecho-constitucional>

¹⁵ Se trata del Proyecto de Ley N° 05600/2020-CR. Sobre el particular, en Hiperderecho se comentan algunos detalles del proyecto, el cual finalmente, como decimos, no prosperó (Guerrero, 2020)

¹⁶ Cuarta legislatura que incluso, posteriormente, fue declarada inconstitucional -en estricto, se declaró inconstitucional la Resolución Legislativa que la aprobaba, norma con rango de Ley- por el TC en sentencia recaída en los expedientes Nos. 0019-2021-PI/TC, 0021-2021-PI/TC y 0022-2021-PI/TC. Esta cuarta legislatura pretendió hacerse para, forzosamente, reformar la Constitución omitiendo el referéndum, un típico caso de «reforma constitucional inconstitucional», abusando de los mimbres establecidos por el artículo 206° de la Constitución Política del Perú.

¹⁷ Es decir, aquel constituido en 2020 producto de la disolución congresal de 2019, a fin de completar el mandato de 2016-2021.

¹⁸ Ver Observacom (10 de junio de 2020).

¹⁹ En su oportunidad, cuando estaba en marcha la Convención Constitucional chilena, se había creado a estos efectos la denominada Comisión de Sistemas de Conocimiento, también llamada Comisión de Futuro, proponiéndose el derecho de acceso a la infraestructura de conectividad, a los dispositivos tecnológicos y a la conectividad digital, debiendo el Estado «desarrollar infraestructura de telecomunicación para que toda persona tenga el mismo nivel de acceso al mundo digital», resaltándose también algo muy importante: se incluiría un deber del Estado de realizar «alfabetización digital». Información obtenida de Follert (25 de enero de 2022)

comprobar la identidad de quien participa– puedan incorporar y apoyar propuestas – denominadas «iniciativas populares de norma»²⁰–, expandiendo así las posibilidades de la democracia digital, lo cual muestra que Internet es una herramienta que tiene la potencialidad de expandir la deliberación a través de la recogida de propuestas para el marco constitucional del que se quieren dotar los chilenos y chilenas. En suma, un ágora digital que daba algunas interesantes facilidades para el ejercicio deliberativo del poder constituyente originario²¹.

A día de hoy, Chile recupera el proceso a través de una nueva ruta constituyente, acaso buscando consensos con más amplios sectores del arco político, ruta que tiene como nuevo punto de partida el Acuerdo por Chile²². Se establecieron además 12 bases que deberán desembocar en un concreto texto final, algunas de las cuales pueden engarzarse en una concreción de derechos digitales –Chile como Estado Social de Derecho, protección de derechos fundamentales, entre otros²³–.

4.2. La Carta de Derechos Digitales en España

Sobre el derecho de acceso a Internet en el caso español, es importante mencionar la denominada Carta de Derechos Digitales (2020), planteada, más que como reforma constitucional, como una suerte de hoja de ruta e incluso un instrumento de *Soft Law*, debiendo los poderes públicos impulsar «políticas ordenadas a garantizar» este acceso efectivo. En concreto, el artículo XII de dicha Carta indica que:

Se promoverán políticas públicas específicas dirigidas a abordar las brechas de acceso atendiendo a posibles sesgos discriminatorios basados en las diferencias existentes por franjas de edad, nivel de autonomía, grado de capacitación digital o cualquier otra circunstancia personal o social para garantizar la plena ciudadanía digital y participación en los asuntos públicos de todos los colectivos en mayor riesgo de exclusión social, en particular el de personas mayores.

Sobre el concreto derecho de acceso en la Carta, Cotino (2022) ha señalado que «en el texto definitivo se ha atemperado el reconocimiento. Si la versión inicial reconoce el derecho de acceso, la última simplemente afirma que se promoverá» (p. 181). En perspectiva comparada ibérica, el autor alude a la Constitución portuguesa, al señalar que su «artículo 35º en su apartado 6 dice se garantiza a todos el libre acceso a la red informática de uso público» (Cotino, 2022, p. 188). En el caso de la Carta, afirma Cotino que se alude a «Acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio para toda la población» «Derecho a la no exclusión y combate a las brechas» (Cotino, 2022, p. 188). Sin embargo, formula sus críticas en los siguientes términos: «lo que se necesita es pasar de las musas de los reconocimientos simbólicos y prácticamente vacíos a la regulación del contenido exigible de ese derecho» (Cotino, 2022, p. 189).

Relata Barrio Andrés sobre la Carta que, el objetivo del texto, más que ser una norma jurídica, es el de «redactar un documento que pueda servir de referencia para una futura norma que mejore los derechos digitales, partiendo de la base de que, en principio, sería muy conveniente una reforma expresa de la Constitución Española de 1978» (Barrio Andrés, 2021), admitiendo el autor que «los Derechos Fundamentales se encuentran protegidos en el entorno digital». La pregunta aquí es si, en el modelo

²⁰ A este respecto, ver la plataforma: (https://plataforma.chileconvencion.cl/m/iniciativa_popular/).

²¹ Señala Ovares (2021), citando a Gargarella, que «los postulados del constitucionalismo dialógico, según el autor, consideran que la toma de decisiones en asuntos constitucionales fundamentales debe ser un proceso colectivo donde se entable una conversación continuada» (p. 226).

²² A este respecto, ver Senado de la República de Chile (12 de diciembre de 2022)

²³ En tal sentido, consultar Moreno Soza (20 de noviembre de 2022)

existente de Derechos Fundamentales en España, es necesario añadir un específico «derecho a Internet», o, como dice el preámbulo de la LOPGDD (Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, citada por Barrio), sería «deseable una futura reforma de la Constitución que incluya la actualización de la Constitución a la era digital y, específicamente, eleve a rango constitucional una nueva generación de derechos digitales» (Caballero, 2021).

No obstante, voces autorizadas como las de Cotino (2022a), antes aludido, han afirmado –en reciente publicación específica sobre la materia– que:

no se trata necesariamente de descubrir derechos digitales pretendiendo que sean algo distinto de los derechos fundamentales ya reconocidos o de que las nuevas tecnologías y el ecosistema digital se erijan por definición en fuente de nuevos derechos. Se trata de un enfoque adecuado para no caer en la tentación de afirmar como nuevos derechos los que no son derivaciones o facultades de los clásicos derechos fundamentales (p. 19).

Ahora bien, es imprescindible destacar que De la Sierra (2022) sostiene que esta Carta «se plantea como un marco de reflexión nacional y supranacional para la conformación de un contrato social por la ciudadanía directamente y a través de sus representantes» (p. 40). Asimismo, la autora enfatiza en que «juridificar el contenido de la Carta, así como los principios éticos, abundaría en la eficacia de los derechos» (De la Sierra, 2022, p. 50). Afirma, con mucho sentido, que: «solo un adecuado sistema de garantías dota a los derechos de eficacia real y es lo propio en un Estado de Derecho» (De la Sierra, 2022, p. 50).

Reconociendo las dificultades de la reforma constitucional en España, considero oportunas las posiciones de De la Sierra y de Barrio Andrés en relación con la fuerza de la necesidad y el fortalecimiento de los derechos digitales: en la hora actual, pueden favorecer un cambio de miras en este ámbito. Como siempre, en cualquier caso, el tiempo dirá.

4.3. El caso colombiano: Internet como Servicio Público

A diferencia de los países citados, el camino elegido por Colombia ha sido el de la declaratoria de Servicio Público de internet, «publicándolo» y dotándolo de un carácter de «universalidad», a través de la Ley 2108²⁴ de 2021. Esto tiene unas consecuencias concretas: impone una serie de obligaciones a los proveedores, a fin de instalar, mantener y adecuar redes, estableciéndose reglas adicionales para los planes de telefonía durante la emergencia sanitaria, además de establecerse un Fondo Único de Tecnologías de la información y las comunicaciones²⁵.

Sobre el particular, en un evento organizado sobre este tema por la Universidad Externado de Colombia pocos días después de la aprobación de la norma, el legislador Rodrigo Rojas señaló que lo que finalmente movió a los legisladores a dar el paso de declarar internet como Servicio Público es la constatación de que Internet: «se ha convertido en una herramienta indispensable para garantizar el goce efectivo de los derechos fundamentales de los colombianos, como lo son la salud, la educación, el trabajo, el acceso a la información, entre otros, buscando lograr la prestación ininterrumpida de este servicio y su operación,

²⁴ El texto de la norma puede consultarse en el siguiente enlace del Departamento Administrativo de la Función Pública de Colombia: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=167946>

²⁵ Ver la noticia *El internet será un servicio público esencial en Colombia* (2021) <https://bu.com.co/es/noticias/el-internet-sera-un-servicio-publico-esencial-en-colombia>

poniendo así a Colombia en sintonía con otros países, en especial, con aquellos de la OCDE»²⁶.

5. Infraestructura digital, brecha digital y principio/derecho a la igualdad: datos de la realidad frente a lo ideal

En la Séptima Conferencia Ministerial sobre la Sociedad de la Información de América Latina y el Caribe, desarrollada por la CEPAL de manera virtual en noviembre de 2020, se consideró como ejes esenciales de una Agenda Digital para América Latina hacia 2022 la infraestructura digital, la transferencia y economía digital, la inclusión, competencia y habilidades digitales. En dicho marco sobre la infraestructura digital, el documento final plantea diversas áreas de acción y objetivos, como por ejemplo el «adoptar políticas, agendas digitales y planes con metas concretas hacia el acceso universal asequible que incentiven el despliegue de conexiones de banda ancha y redes de alta capacidad resilientes, mediante un adecuado balance entre inversión pública y fomento a la competencia en el marco de un entorno favorable a la inversión» (Objetivo 1).

Frente a la necesaria construcción dogmático-jurídica / jurídico-constitucional rumbo a la consecución de los objetivos de política pública, coexisten datos duros de la realidad en América Latina, una región caracterizada por su enorme desigualdad²⁷. Datos que conviene confrontar para generar un diagnóstico de modo tal que el Derecho cumpla su misión reguladora. Por ejemplo, el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI), en 2020, consignó que, en el año del estallido pandémico, solamente el 40.1% de hogares peruanos tenían internet: con el demoledor dato de solo un 5.9% de hogares rurales y 62.9% en la capital, Lima. De manera distinta, incluso opuesta, el INE-Agesic de Uruguay ha determinado que, ya en 2019, el 88% de los hogares contaba con Internet, y el 71% de uruguayos tenía banda ancha, posicionándose como el primer país en desarrollo del gobierno digital en América Latina.

A esta problemática se suma –como así lo ha determinado el BID en el ya citado Informe Anual del Índice de Desarrollo de Banda Ancha y Brecha Digital en América Latina y el Caribe– la brecha de género en el acceso a internet, siendo «especialmente acusada en Centroamérica y en países como Colombia y Perú» (CEPAL, 2020).

Es preciso señalar que el Banco Interamericano de Desarrollo ha desarrollado el denominado índice de desarrollo de la banda ancha (IDBA), que se mide en base a criterios como la adaptabilidad del marco legal a los negocios digitales, la gobernanza TIC, el gasto en I+D, la proporción de población con cobertura de banda ancha y 4G, los hogares con ordenador personal, la velocidad de acceso, el índice de desarrollo del e-gobierno, la igualdad de género en el uso de Internet, las habilidades digitales en la población activa, la calidad de las políticas públicas para la promoción del sector privado, entre otros. Así, vemos que a la cabeza del IDBA en el Cono Sur está Chile (5.63) mientras que Paraguay ostenta la última posición de esta sub-región con 4.14. En el Caribe, el mejor IDBA lo tiene Barbados (5.68), y la cifra más baja,

²⁶ Concretamente, organizado por el Departamento de Derecho de las Telecomunicaciones de la Facultad de Derecho de dicha casa de estudios (<https://www.uexternado.edu.co/departamento-de-derecho-de-las-telecomunicaciones/implicaciones-de-la-declaracion-de-internet-como-servicio-publico-esencial-y-universal/>)

²⁷ Kliksberg, en 2005, decía sobre América Latina que era «la región más desigual» y, pese a los desarrollos producidos desde ese año, la situación tampoco ha mejorado demasiado, sin mencionar la profundización de las desigualdades como consecuencia de la pandemia, como bien se apunta en el correspondiente estudio de CEPAL (2020).

Haití –con apenas 2.51–. En la denominada región Centroamérica, el mejor IDBA lo tiene Costa Rica (5.20), y en una octava posición, Honduras (3.08). En el caso de los países andinos lidera Colombia (4.69), estando en la última posición de nuestra sub-región Venezuela (3.47).

Para 2021, el IDBA del Cono Sur sigue adelante, recomendándose para los países andinos «inversión en infraestructura y desarrollo de políticas públicas que permitan instrumentar asociaciones público-privadas para llegar a zonas más remotas»²⁸.

6. Reflexiones finales, a modo de conclusión

Es ciertamente importante el reconocimiento de los derechos –y trabajar dogmáticamente en la construcción de dicho reconocimiento, empleando las categorías jurídicas adecuadas–, sobre todo en un ámbito tan relevante para nuestra vida cotidiana, para el ejercicio de otros derechos y para el fortalecimiento de la democracia misma, como es hoy por hoy el acceso a internet, pero, al mismo tiempo, es menester profundizar en sus modos de concreción dentro del marco constitucional y con herramientas de acción combinadas, como las políticas públicas o la colaboración público-privada, haciéndose imprescindible el estudio del rol de la regulación. Esto es esencial: en la presente década del siglo XXI, estamos hablando nada más y nada menos que de un derecho que permite realizar otros derechos. Asimismo, debemos resaltar y estudiar la importancia de la cuestión de la eficacia de los derechos y la igualdad material, y su interconexión con otros temas clave como la eficacia administrativa. Finalmente, es crucial reflexionar sobre la siguiente pregunta: ¿quién hace efectivos los derechos digitales? No queda duda de que el despliegue de esta eficacia conecta de modo imprescindible la teoría de los derechos fundamentales con la teoría del Servicio Público, siendo estas partes del Derecho Público una base dogmática fundamental para toda reflexión sobre derechos digitales.

Como palabras finales, me adhiero a las poderosas reflexiones del autor brasileño Ingo Sarlet (2019), quien hace una distinción entre eficacia jurídica y social. Aquella se define como la «aptitud de la norma vigente de ser aplicada a los casos concretos y de generar efectos jurídicos», mientras que la eficacia social es su concreción, es el «es», más allá del «debe ser» que implica lo jurídico. El reconocimiento de un derecho puede desplegar unos efectos jurídicos, claro, pero lo importante, «lo que no puede olvidarse es que el problema de la eficacia del derecho engloba la eficacia jurídica y la eficacia social» (Sarlet, 2019, p. 306). En todo caso, el desafío jurídico del acceso al internet obliga a una reflexión y debate serio no solo en torno al reconocimiento de Internet como derecho fundamental y a la eficacia jurídica de este derecho, sino sobre las posibilidades de materialización, en la realidad cotidiana de las personas y en la satisfacción real de sus necesidades. Es esa la verdadera conexión.

Bibliografía

- Albert, R. (2020) [@RichardAlbert]. (1 de agosto, 2020). Do more rights mean better democracy? [tuit] Twitter.
<https://x.com/richardalbert/status/1289555908024885249>
- Alexy, R. (2017). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Baño León, J. (1987). La igualdad como Derecho Público Subjetivo. *Revista de*

²⁸ Al respecto, ver García Zaballo, Iglesias Rodríguez y Puig Babarro (2022)

- Administración Pública –RAP–*, 114, 179-195.
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID). (2018). *El fin del trámite eterno*. <https://publications.iadb.org/es/el-fin-del-tramite-eterno-ciudadanos-burocracia-y-gobierno-digital>
- Banco Interamericano de Desarrollo (BID). (2021). *Informe Anual del Índice de Desarrollo de Banda Ancha y Brecha Digital en América Latina y el Caribe*. <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Informe-anual-del-Indice-de-Desarrollo-de-la-Banda-Ancha-IDBA-2020-Brecha-digital-en-America-Latina-y-el-Caribe.pdf>
- Barrio Andrés, M. (2017). *Fundamentos del Derecho de Internet*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Barrio Andrés, M. (2021). *Carta de Derechos Digitales: ¿el preámbulo de una reforma de la Constitución española?*. The Conversation. <https://theconversation.com/carta-de-derechos-digitales-el-preambulo-de-una-reforma-de-la-constitucion-espanola-167156>
- Caballero, L. (2021). *Carta de Derechos Digitales: ¿el preámbulo de una reforma de la Constitución española?* The Conversation. <https://theconversation.com/carta-de-derechos-digitales-el-preambulo-de-una-reforma-de-la-constitucion-espanola-167156>
- CEPAL. (2020). *Panorama social de América Latina*. https://www.cepal.org/sites/default/files/presentation/files/version_final_panorama_social_para_sala_prebisch-403-2021.pdf
- Conseil Constitutionnel (1789). Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-del-ciudadano-de-1789>
- Cotino Hueso, L. (2022a). *La Carta de Derechos Digitales*. Tirant Lo Blanch.
- Cotino Hueso, L. (2022b). Derecho de acceso universal y neutralidad de Internet (IX y XIII). En: L. Cotino Hueso (ed.) *La Carta de Derechos Digitales* (pp. 181-194). Tirant Lo Blanch.
- Danós Ordóñez, J. (2008). El régimen de los Servicios Públicos en la Constitución peruana. *Revista Themis. Pontificia Universidad Católica del Perú*, 55, 255-264.
- De Gregorio, G. (2021). The Rise of Digital Constitutionalism in the EU. *I.Con*, 19 (1), 41-70.
- De Gregorio, G. (2022). The Declaration on European Digital Rights and Principles: A first analysis from digital constitutionalism. *The Digital Constitutionalist* <https://digi-con.org/the-declaration-on-european-digital-rights-and-principles-a-first-analysis-from-digital-constitutionalism/>.
- De la Sierra, S. (2022). Una introducción a la Carta de Derechos Digitales. En: L. Cotino Hueso (ed.) *La Carta de Derechos Digitales* (pp. 27-51). Tirant Lo Blanch.
- Díaz Revorio, F.J. (2007). La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos. *Pensamiento Constitucional. Pontificia Universidad Católica del Perú*, 13, 203-226.
- Díez-Picazo, L. (2021). *Sistema de Derechos Fundamentales*. Tirant Lo Blanch.
- Donoso Abarca, L. (2021). Mínimos digitales para un gran marco constitucional. En: FLACSO (ed.) *Carta Magna Digital* (pp. 37-39). FLACSO Chile. 2021 - <https://flacsochile.org/wp-content/uploads/Carta-Magna-Digital-1.pdf>.
- Follert, P. (25 de enero, 2022). Las nuevas aristas sobre derechos digitales que suman apoyos en la Convención. Radio Pauta. <https://www.pauta.cl/actualidad/2022/01/25/derechos-digitales-convencion-acceso-conectividad-internet-violencia.html>
- García Zaballos, A., Iglesias Rodríguez, E. y Puig Babarro, P. (2022). Informe anual del Índice de Desarrollo de la Banda Ancha: brecha digital en América Latina y el Caribe: IDBA 2021. Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/es/informe-anual-del-indice-de-desarrollo-de-la-banda-ancha-brecha-digital-en-america-latina-y-el>

- Guerrero, C. (10 de agosto, 2020). Congresista Arlette Contreras presenta Proyecto de Ley para declarar Internet como derecho humano. Hiperderecho. <https://hiperderecho.org/2020/08/congresista-arlette-contreras-presenta-proyecto-de-ley-para-declarar-internet-como-derecho-humano>
- Kresalja Roselló, B. (1999). El rol del Estado y la gestión de los Servicios Públicos. *Revista Themis. Pontificia Universidad Católica del Perú*, 39, 39-98.
- Landa Arroyo, C. (2018), Derecho Fundamental al Internet: contenido esencial. *Pensar. Revista de Ciencias Jurídicas*, 23 (4), 1-22.
- Lucena Cid, I. (2014). El derecho de acceso a Internet y el fortalecimiento de la democracia. *Revista Internacional de pensamiento político*, 9, 383-398.
- Malaret García, E. (1998). Servicios Públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformaciones del contexto. *Revista de Administración Pública*, 145. 49-87.
- Meilan Gil, J. L. (1997). El Servicio Público en el Derecho actual. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1, 371-386.
- Molina Dimitrijevic, A. (2020). 5G, nuevas tecnologías y derechos fundamentales en tiempos de Covid-19. *Portal Enfoque Derecho. Revista Themis. Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)*. <https://www.enfoquederecho.com/2020/07/30/5g-nuevas-tecnologias-y-derechos-fundamentales-en-tiempos-de-covid-19/>
- Moreno Soza, V. H. (20 de noviembre, 2022). Significados y alcances de las 12 bases acordadas para el inicio de un nuevo proceso constituyente. Universidad de Chile. <https://uchile.cl/noticias/193377/alcances-de-las-12-bases-acordadas-para-el-nuevo-proceso-constituyente>
- Muñoz, H. R. (2021). *Internet*. Astrea.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo XIV. La Actividad Regulatoria de la Administración*. Ministerio de la Presidencia y Boletín Oficial del Estado (BOE).
- Observacom. (10 de junio, 2020). 29 diputados de Argentina proponen proyecto de ley para que acceso a Internet sea considerado un derecho humano. <https://www.observacom.org/29-diputados-de-argentina-proponen-proyecto-de-ley-para-que-acceso-a-internet-sea-considerado-un-derecho-humano>
- Ovares Sánchez, C. (2021). El constitucionalismo dialógico, la consulta legislativa previa y el caso de Costa Rica. *Revista Derecho del Estado, Universidad Externado de Colombia*. 44, 215-240.
- Peces-Barba, G. (1983). *Derechos Fundamentales*. Universidad de Madrid.
- Pedreschi Garcés, W.; León Pacheco, J., Baldeón Miranda, C. (2012). ¿Es internet un Servicio Público? Breves reflexiones a partir del marco normativo vigente. *Revista del Círculo de Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)*. *Revista De Derecho Administrativo*, (12), 85-92.
- Rivero Ortega R. (2018). *Derecho Administrativo Económico*. Marcial Pons.
- Rojas Montes, V. (2021). Transformación digital del Estado, nuevo perfil del servidor público 4D. En: E. Espinosa-Saldaña Barrera (dir.) *Estudios sobre Derecho Administrativo. Vol I. A 20 años de la Ley del Procedimiento Administrativo General* (pp. 783-792). Derecho y Sociedad. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sarlet, I. (2019). *La eficacia de los derechos fundamentales: una teoría general desde la perspectiva constitucional*. Palestra.
- Senado de la República de Chile (12 de diciembre, 2022). Acuerdo por Chile: Definen Consejo Constitucional, Comité de Expertos e itinerario para nuevo proceso constituyente. <https://www.senado.cl/comunicaciones/noticias/acuerdo-por-chile-definen-consejo-constitucional-comite-de-expertos-e>

La inteligencia artificial y el fin del Estado Constitucional y la Democracia... ¿o no?

The artificial intelligence and the end of the Constitutional rule of law and Democracy... or not?

Eduardo Martín Acosta Yparraguirre*
 Universidad San Ignacio de Loyola, Lima, Perú
 ORCID ID 0000-0001-5268-8327
eduardo.acostay@usil.pe

Cita recomendada:

Acosta Yparraguirre, E. (2023). La inteligencia artificial y el fin del Estado Constitucional y la Democracia... ¿o no? *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 137-154
 DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9004>

Recibido / received: 22/07/2023
 Aceptado / accepted: 01/12/2023

Resumen

La irrupción de la inteligencia artificial exige evaluar sus efectos sobre la Democracia y el Estado Constitucional. El miedo a ser sustituido por nuestras propias creaciones es antiguo, empero, el peligro de una herramienta capaz de realizar tareas propias de la racionalidad implica por primera vez ser reemplazados en aquella característica que define a nuestra especie y sobre la cual hemos construido nuestra existencia jurídico-política. Es necesario regular el uso de las IA para proteger la voluntad popular, evitar la manipulación conductual, impedir la creación y uso de armas autónomas, prevenir el delito y otras circunstancias que alteren la Democracia. Discutir sobre el rol del Lenguaje y la Verdad en este régimen, implica identificar las características que conservarán para mantenerlo y su utilidad frente a la opresión, que se manifestaría en el control de las IA por los Estados u otros interesados en mantener un poder opuesto a una sociedad abierta.

Palabras clave

Inteligencia artificial, Democracia, Estado Constitucional, Lenguaje y verdad.

Abstract

The irruption of artificial intelligence requires evaluating its effects on Democracy and the Constitutional State. The fear of being replaced by our own creations is old, however, the

* Doctor en Derecho. Docente a tiempo completo de la carrera de Derecho, Facultad de Derecho, Universidad San Ignacio de Loyola, Lima, Perú.

danger of a tool capable of performing tasks typical of rationality implies for the first time being replaced in that characteristic that defines our species and on which we have built our legal and political existence. It is necessary to regulate the use of AI to protect the popular will, avoid behavioral manipulation, prevent the creation and use of autonomous weapons, prevent crime and other circumstances that alter Democracy. Discussing the role of Language and Truth in this regime implies identifying the characteristics that they will retain to maintain it and their usefulness against oppression, which would manifest itself in the control of AI by States or others interested in maintaining a power opposed to an open society.

Keywords

Artificial intelligence, Democracy, Constitutional rule of law, Language and truth.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Por qué nos sentimos amenazados por la inteligencia? 3. ¿Hay inteligencia en la inteligencia artificial? 4. Ese problema del lenguaje llamado Democracia y esa vieja incomodidad llamada Verdad. 5. Requerimientos de la Democracia y el Estado constitucional. 6. ¿La sociedad se abre o la sociedad se cierra? 7. Conclusiones y recomendaciones.

1. Introducción

A mediados de abril de 2023, la revista alemana *Die Aktuelle* publicó un número con el titular: «Michael Schumacher, la primera entrevista». La familia del piloto alemán, que ha guardado en estricto secreto su estado de salud después de un accidente de esquí en diciembre de 2013, ha prometido acudir a la justicia. La publicación había usado el programa de inteligencia artificial character.ai, para producir esta entrevista, que nunca existió (BBC, 2023).

El desconocimiento general sobre estas herramientas (agrupadas en la denominación «inteligencia artificial») sumado a noticias como la anterior han provocado incertidumbres acerca de la real dimensión de sus consecuencias en la vida diaria. Harari, por ejemplo, advierte sobre el escenario de un peligro extremo: «*I don't know if humans can survive AI*», y canaliza este temor en la extinción de nuestro sistema político: «*This is especially a threat to democracies more than to authoritarian regimes because democracies rely on public conversation,*» (...) «*Democracy basically is conversation. People talking with one another. If the conversation is taken over by AI, democracy is over*» (De Queteville, 2023). Afirmaciones de este tipo nos interpelan, por ello es necesario conocer si el miedo sobre los efectos de las IA en la sociedad tiene fundamento y si normativa o políticamente se pueden controlar los riesgos.

Este estudio empieza su recorrido en la psicología y la tecnología, con el objetivo de desentrañar el significado de la inteligencia y la inteligencia artificial, recalca luego en la Democracia y el Estado Constitucional para conocer el impacto de estas nuevas tecnologías, realizando un estudio iusfilosófico del lenguaje y la verdad, como requerimientos esenciales de toda sociedad libre.

2. ¿Por qué nos sentimos amenazados por la inteligencia?

Existen cualidades humanas que nos separan de otros seres vivos, pero el punto de quiebre es nuestra capacidad racional. Aristóteles (2003) afirmaba que «los demás animales viven principalmente guiados por la naturaleza; algunos, en pequeña

medida, también por los hábitos; pero el hombre además es guiado por la razón; él solo posee razón» (p. 393). En el medioevo, Boecio, suscrito luego por Santo Tomás de Aquino, definía a la persona como «sustancia individual de naturaleza racional» (De Aquino, 2001, p. 320).

Modernamente, la discusión se enfoca en la inteligencia, pero conceptualizarla sigue siendo un problema. A finales del siglo pasado, Herrnstein y Murray (1994) publicaron *The Bell Curve*, donde afirmaban que la inteligencia era influenciada por distintos factores aparte del genético. Sus afirmaciones causaron revuelo debido a las causas y consecuencias atribuidas a la inteligencia, como el entorno socioeconómico, la familia, la etnia o la criminalidad. Autores como Gottfredson (1997) contestaron esta afirmación, él sostenía que la inteligencia es «*a very general mental capability that, among other things, involves the ability to reason, plan, solve problems, think abstractly, comprehend complex ideas, learn quickly and learn from experience*» (p. 13). Según decía, deseaba imprimir rigor científico a una discusión que se había tornado viciosa. Más tarde, Davis (1998), haciendo un símil entre nuestros cuerpos y nuestra inteligencia, alegaba que en ambos casos la evolución se ha desenvuelto de la misma manera, avanzando de forma ciega y no siempre eficaz (p. 91). Sin embargo, también observó que comparándola con la inteligencia de otros animales, la de los primates no tiene nichos restringidos, sino que presenta variedades más amplias. Sternberg (2012), por su parte, definiría a la inteligencia como «*one's ability to learn from experience and to adapt to, shape, and select environments. Formal studies of intelligence date back to the early 20th century*» (p. 19). Sternberg (2005), además, enunciando lo que él denomina Inteligencia Exitosa, señala que es:

1) *the ability to achieve one's goals in life, given one's sociocultural context; 2) by capitalizing on strengths and correcting or compensating for weaknesses; 3) in order to adapt to, shape, and select environments; and, 4) through a combination of analytical, creative, and practical abilities* (p. 189).

Gardner propondría la teoría de las inteligencias múltiples, señalando que sólo dos inteligencias «*linguistic and logical mathematical have been valued and tested for in modern secular schools*» (Davis, Christodoulou, Seider y Gardner, 2011, p. 485). Las ocho inteligencias propuestas por Gardner amplificaron la exploración en este campo, igualando en importancia a otras habilidades, que tradicionalmente habrían sido comprendidas en un rango inferior, como la capacidad musical o la corporal-cinestésica.

No obstante, todas estas posiciones coinciden en atribuir esta facultad o facultades sólo a individuos humanos y por otro lado, parece que, básicamente, la inteligencia implica la capacidad de desentrañar. Es decir, no sólo razonar o indagar, sino descubrir y esto aplica a elucubraciones, creaciones o problemas.

Los seres humanos no siempre han tenido una relación auspiciosa con sus propias creaciones, esa desconfianza surgió de comprobar que una a una sus habilidades han sido ocupadas por herramientas que pueden cumplir mejor las tareas y aunque estas manifestaciones se produjeron en distintos momentos de la historia, durante la Revolución Industrial se formó por primera vez un sentir general contra esta amenaza, conocido luego como tecnofobia (Nestik, Zhuravlev, Patrakov, Szabó, Batourina, Pelloso, y Vinhas, 2018, p. 268). Sin embargo, a pesar de las suspicacias y perjuicios laborales o sociales causados por las máquinas, estas habilidades eran manuales y se convivió con ellas hasta el siglo XXI en que la Inteligencia Artificial (IA) anuncia que ocupará esa área en la que los seres humanos parecíamos tener exclusividad.

Aristóteles y De Aquino ya distinguían tres potencias, afirmando que el alma intelectual es la que nos diferencia de los otros animales (Rowan, 2015, p. 110). Esta superioridad había permanecido inamovible, pero la irrupción de inteligencias artificiales parece remecerla. Si antes las máquinas ya habían provocado el miedo de perder control sobre nuestras actividades, ahora esa amenaza parece más evidente al cernirse sobre el último ámbito ontológicamente humano que quedaba y que nos ha permitido dominar el planeta. Ser superado en esta área es aparatoso y simbólico, la creación vencería a su creador en su propio terreno. El miedo radica en perder el control del mundo y de la historia, hechos a imagen y semejanza de nuestra racionalidad.

Aun cuando algunos procesos intelectivos ya han sido ocupados por herramientas informáticas, como el almacenamiento y procesamiento de la información, al parecer, su carencia de autonomía nos alivia el temor, pero eso puede cambiar. Como apunta Ford (2015), Turing imaginó una inteligencia como la humana, pero Vinge, Moravec y Kurzweil pensaron más allá, en lo que Vinge denominó «singularidad tecnológica», lo que con el tiempo se traducirá en computadoras cada vez más autónomas, capaces de introspección, de mejorar su software o incluso crear su propio hardware.

Nos sentimos amenazados por la inteligencia cuando no la poseemos o está en poder de otros. Aunque somos conscientes de que con la aparición de las redes sociales, las empresas que las manejan poseen cada vez más acceso a información privada, también sabemos que van creciendo las corporaciones o instituciones que almacenan incluso información sensible, comercializable o no. Poseer esta información crea poder en manos de ciertas personas.

En terreno político esta información es ventajosa, el proceso de formación de la opinión pública en democracia es abierto, promueve el debate y el libre ingreso y salida de la información, no obstante, «esto no impide la influencia mediata y la administración de la información de parte de quien la maneja, así como el direccionamiento de corrientes y la aparición y desacreditación de voces autorizadas» (Acosta, 2019, p. 73).

La falsedad en internet no es nueva, el problema es que continúa y frecuentemente es usada como recurso de propaganda o antipropaganda. Se atribuyen dos causas básicas a este problema: falta de autoridades reguladoras en el ámbito informativo y cantidades desmesuradas de información falsa a tal velocidad que imposibilitan la verificación factual (Applebaum, 2021, p. 112). Este desconcierto beneficia a quienes pueden capitalizar el desconocimiento y reconducirlo cubriendo sus vacíos mediante información producida o administrada por ellos mismos. El control del flujo y la veracidad de estos datos también implican posesión de poder.

Según Russell (2021), el poder es «la producción de los efectos deseados» (p. 34) y agrega que puede clasificarse por la influencia que ejerce en los individuos. Para efectos de esta investigación interesa la tercera forma: «por la influencia en la opinión, por ejemplo, la propaganda en su sentido más amplio» (p. 35). El binomio poder/saber ha sido ampliamente explorado por Foucault (1980), quien afirma que tales conceptos se hallan integrados el uno en el otro: «*It is not possible for power to be exercised without knowledge, it is impossible for knowledge not to engender power*» (p. 52).

Estos dos miedos sobre la inteligencia, la posesión en un tercero y su traducción en poder, son variables recurrentes en las relaciones sociales. La política no está exenta de ellas y tampoco la democracia. La forma en que suelen presentarse

estas variables es diversa, en la actualidad esta discusión se ha planteado en los predios de la IA.

Sobre la posibilidad de convertirse en una amenaza para el desarrollo del Estado constitucional y la Democracia tratarán los siguientes puntos.

3. ¿Hay inteligencia en la inteligencia artificial?

El 11 de mayo de 1997, Garri Kaspárov, multicampeón de ajedrez fue derrotado por *Deep Blue*, una computadora desarrollada por IBM (IBM, sf). Kaspárov, en posteriores declaraciones, afirmaría que la máquina había realizado un movimiento «muy humano», insinuando que otros maestros habrían intervenido detrás del ordenador (Casado, 2022). IBM siempre lo negó.

Por el simbolismo del suceso, es un momento clave en la historia de la relación humano-inteligencia artificial y visto en retrospectiva, podemos convenir que incluso tratándose de un modelo incipiente, no habría razones para dudar que la victoria de *Deep Blue* fue limpia. Sin embargo, la incertidumbre sobre el funcionamiento de la IA antes de la partida no cambió después, sólo se agigantaría el mito.

Definir a la IA no ha sido fácil, tampoco para sus creadores, pero como afirman Russell y Norvig (2010), existen cuatro criterios combinables que ordenan las definiciones existentes: *Thinking*, *Acting*, *Humanly* y *Rationally*. Según los autores, *Thinking humanly* y *Thinking rationally* se refieren a *Thought processes* y *Reasoning*, mientras que *Acting humanly* y *Acting rationally* nos hablan de *behavior*. Por otro lado, *Thinking humanly* y *Acting humanly* evalúan el éxito de las IA de acuerdo a su aproximación a una *human performance* y *Thinking rationally* se guía de un ideal llamado *rationality* (Russell y Norvig, 2010, p. 2). Cuando los autores mencionan «Humanidad» se refieren a la observación que, enmarcada en evidencia empírica, está dirigida hacia la conducta y, cuando dicen «Racionalidad», subyace una combinación de matemáticas e ingeniería (Russell y Norvig, 2010).

Considerando estas perspectivas, ensayaremos algunas nociones:

- La IA es el empeño y la finalidad de conseguir que las computadoras y los programas copien las características humanas.
- La IA consiste en la reproducción de modelos que copien las facultades mentales humanas, buscando que luego se autonomicen.
- La IA busca desarrollar programas y computadoras que realicen actividades y procesos humanos pero de manera más productiva y eficiente.
- La IA se dirige a recopilar información a fin de usarla de manera lógica para diseñar procesos que se encarguen de actividades humanas.
- La IA pretende superar de manera fáctica y autónoma las habilidades mentales y físicas de los seres humanos para poder reemplazarlos.

Una primera conclusión sería que no hablamos de inteligencia artificial, sino de inteligencias artificiales, además, advertimos que las rutas «Humanidad» y «Racionalidad» persiguen imitar las características humanas de la lógica o la conducta. John McCarthy, padre del término «inteligencia artificial» ya la definía como «*a branch of computer science by which we create intelligent machines which can think like human, act like human, and able to make decisions like human*» (Sharma y

Garg, 2022, p. 4). Seis décadas después el concepto permanece: «*AI is a system that simulates some aspects of human/biological intelligence in an artificial/machine environment*» (Quintarelli, Dokuzov, Malik y Tuerk, 2021, p. 6).

Este modo de definir a la IA por comparación, «como-lo-hacen-los-seres-humanos», resulta ilustrativo si se quiere remitir un mensaje comprensible. El concepto captura el asombro, pero es bastante simplista denominarlo «inteligencia». Líneas arriba comprobábamos la dificultad que diversas ciencias tienen para definir a la inteligencia, por ello, utilizar el término inteligencia artificial, sería como: «copiar-eso-que-hacen-los-humanos-pero-que-no-podemos-definir».

Empecemos retomando cuestiones ya discutidas. Decíamos que en líneas generales, inteligencia es «desentrañar», «descubrir», aplicando estos conceptos a elucubraciones, creaciones o problemas.

La IA busca copiar este proceso de desentrañar y descubrir, empero es un «desentrañar-y-descubrir» humano, persigue nuestros intereses. La IA funciona en base a algoritmos, es la forma en que se manifiesta en sus dos olas existentes y en las que se imaginan a futuro (Boucher, 2020) y un algoritmo por definición es «*an explicit, precise, unambiguous, mechanically-executable sequence of elementary instructions, usually intended to accomplish a specific purpose*» (Erickson, 2019, p. 1). Las instrucciones mencionadas son mandatos operativos que el programador pretende mediante el funcionamiento de la IA.

La autonomía es un tema central en la discusión, implica la capacidad de darse normas a sí mismo. Kant afirmaba que es «el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional» (Kant, 2008, p. 117). Asume al deber como característica definitoria de todo ser racional, la capacidad de autolegislar es prueba de ello. El pensador agregaría que «el principio de la autonomía no es más que elegir de tal manera que las máximas de la elección del querer mismo sean incluidas al mismo tiempo como leyes universales» (Kant, 2008, p. 123). Dworkin (2015), análogamente, concibe a la autonomía como una capacidad de segundo orden, por la cual somos capaces de pensar críticamente nuestras preferencias y deseos de primer orden a fin de establecer jerarquías mediante el reconocimiento de valores superiores (p. 14).

En ambas vías vemos elementos comunes, como la libertad, la voluntad, la elección, pero principalmente el sentido moral al tomar decisiones. La autonomía es característica propia de los seres humanos como seres racionales y, consecuentemente, seres éticos. No se observa nada parecido desde la IA, más bien se percibe dependencia del creador y sus instrucciones algorítmicas, esto, empero, podría cambiar.

4. Ese problema del lenguaje llamado Democracia y esa vieja incomodidad llamada Verdad

Narrow AI y *General AI* se diferencian porque la primera está diseñada para lidiar con problemas específicos y consecuentemente, se necesitan algoritmos también específicos para tratar con cada tarea. Una *General AI* es todavía un sueño acariciado, pues consistiría, según Van Duin y Bakhshi (2018) en «*a single system that can learn about any problem and then, solve it*» (p. 6). Hablamos de un sistema autónomo, que por sí mismo es capaz de resolver distintos inconvenientes en

diferentes situaciones, es decir, como lo hacemos los humanos¹. Actualmente, cada IA debe ser entrenada, por ello es lógico que voluntaria o involuntariamente repita los sesgos de sus creadores o de la información que encuentra si sus algoritmos no han sido preparados para reconocer la verdad. Ergo, no es extraño que muchas IA muestren respuestas racistas o sexistas durante su ejecución (CNN, 2023).

El 6 de enero de 2017 los principales investigadores y empresarios de IA de todo el mundo suscribieron los Principios de Asilomar (Future of Life Institute, 2017), una lista de 23 objetivos declarativos que actualmente resultan insuficientes, además de escasamente materializados en legislaciones domésticas. Los principios se dividen en tres grandes grupos, o preocupaciones: *Research issues*, *Ethics and values* y *Longer-terms issues*, y prevén situaciones como las relaciones entre política y ciencia, uso y transparencia de la IA en decisiones judiciales, responsabilidad de los diseñadores, deber de proteger valores humanos, respeto a la libertad y a la privacidad, no subversión y compromiso para evitar una guerra con armas letales autónomas (Future of Life Institute, 2017).

El documento es significativo, pues configura el primer intento organizado de regulación, pero es insuficiente. Bobbio (2002) diría que son normas justas, pero inválidas (por no estar insertadas en un sistema jurídico) e ineficaces (por falta de cumplimiento) (p. 20 y ss). Por otro lado, mencionan valores, pero omiten sus significados, añadiendo incertidumbre a un documento de pretensiones globales, pero disímiles perspectivas, salvo que se intente interpretarlo a la luz de los instrumentos de derecho internacional, pero tampoco lo consignan. Un elemento indispensable y no incluido es la Verdad, excepto también que se suponga inserta en el término «valores», sin embargo, merece una discusión aparte por las implicancias que puede presentar la información falsa en terreno jurídico-político.

En las expresiones, según Frege (1984), unidos al signo encontramos la referencia y el sentido. El signo es un nombre, la referencia un objeto sensible y el sentido es la forma en que presentamos a la referencia. El autor agrega que los valores veritativos dependen de la referencia (p. 53 y ss.). La democracia es discusión, ergo, es lenguaje. En la libertad de pensamiento y de expresión observamos el tejido del lenguaje, conformándose y transformándose según el sentido otorgado a los signos. Por ello, garantizar que no exista una única voz mediante un policentrismo de medios, es vital en democracia, así la población puede acceder a todas las posturas, de modo que la crítica estructure una potente opinión pública capaz de distinguir lo verdadero de lo falso. A este particular nos abocamos en el siguiente subtítulo.

Por otro lado, el concepto de verdad nunca fue pacífico. San Agustín en *Contra los académicos* subrayaba que «*est vrai ce qui ne peut jamais paraître faux*» (Boyer, 1940, p. 32). De Aquino (2001) señala que «[V]erdad es la adecuación entre objeto y entendimiento» (p. 225). Esta afirmación ha sido cuestionada por autores como Heidegger, para quien desde Platón, haber entendido la verdad como conformidad del juicio, colocó el peso en el entendimiento y no en la patencia o revelación del ser, como se había hecho antes de Sócrates (Forment, 1986, p. 111 y ss.). Según Habermas «La verdad es una pretensión de validez que vinculamos a los enunciados al afirmarlos (...) Esta pretensión la puedo sostener con razón o sin razón. Las afirmaciones no pueden ser verdaderas ni falsas, sino que están justificadas o no

¹ Según Reuters, el desarrollo de un proyecto llamado Q* (pronunciado Q-Star) ha sido la causa del efímero despido de Sam Altman de OpenAI. Algunos colaboradores de la empresa aducían en una carta enviada a su junta directiva que este proyecto contenía amenazas potenciales para la humanidad y que el exCEO estaría planeando su comercialización sin conocer aún las consecuencias. Q* sería una *General IA* (Tong, Dastin y Hu, 2023).

justificadas» (Fabra, 2008, p. 341). Habermas (2018, p. 238) entiende a «la verdad como una propiedad que los enunciados nunca pueden perder. La coherencia depende de prácticas de justificación que pueden guiarse ahora por un criterio y después por otro».

Trabajar sobre un modelo donde hay justificación y no verdad puede ser atractivo, pero no saludable en democracia. Habermas acierta proponiendo la deliberación, pero un modelo que no valora la razón invita a interpretar la realidad relativamente. La lucha de argumentos asegura la discusión y el éxito de un enunciado, pero no su congruencia y tampoco su referencia a la realidad. Una teoría consensual de la verdad se asienta sólo sobre la aceptación social del enunciado, lo que puede conducir a la adhesión de un juicio que atribuya sentidos viciados a los signos. Si los valores veritativos dependen de la referencia es preferible una teoría que se incline por corresponder a la realidad objetiva.

Tarski (2015) afirma que existe una concepción nihilista de la teoría de la verdad, según la cual «la palabra “verdad(ero)” no tiene ningún significado independiente, pero puede ser usada como componente de las dos expresiones significativas “es verdad que” y “no es verdad que”» (p. 378). Bajo esta perspectiva el término «verdadero» carecería de significado propio y el concepto desaparecería de nuestra conciencia. Según este planteamiento, los enunciados pueden incluir la frase «es verdad» o «no es verdad», pero no sirve como un calificador, pues los enunciados se explican a sí mismos. Ergo, decir: «es verdad que el libro es rojo» o «el libro es rojo», es idéntico, por ende, referirse a «lo verdadero» sería inoficioso.

Por otro lado, Tarski diseña una teoría de correspondencia como Aristóteles. Tarski (2015) se enfoca en el lenguaje, pero no en uno completo, sino en fragmentos de él y en la existencia de un metalenguaje. La razón para inclinarse por sectores del lenguaje es porque en la totalidad de un idioma «una exclamación por ejemplo, puede funcionar como una oración en algún contexto dado, mientras que una expresión de la misma forma no funcionará de ese modo en algún otro contexto» (p. 374). En un fragmento es posible hallar reglas sintácticas muy concretas que evitarán el problema de las oraciones contradictorias. En este marco, el metalenguaje deviene en necesario, lógicamente, pues no podría ser de la misma extensión de su lenguaje-objeto (el fragmento), que es una parte de él.

Entonces, si regresamos al ejemplo «es verdad que el libro es rojo», en el esquema de Tarski recupera sentido. Si tomamos la formulación del autor «“el libro es rojo” es verdadero si y sólo si el libro es rojo», comprobaremos que la primera parte no es igual que la segunda aunque como signos lingüísticos así lo sea. Entonces, la primera parte «el libro es rojo», es un enunciado que en realidad puede reducirse a una palabra², es un objeto, es lo que se va a definir; mientras que la segunda parte, «el libro es rojo» se compone de palabras que arman la definición de la primera. El lenguaje es usado para referirse a la realidad, mientras que el metalenguaje menciona al lenguaje. Esta diferencia entre uso y mención es importante, en tanto permite distinguir niveles, cuyas jerarquías crecen en correspondencia a la aparición de metalenguajes.

Al avanzar a enunciados abiertos, Tarski (2015) señala que la «verdad es entonces fácilmente definida en términos de satisfacción» (p. 384) y cree que sobre esta base se pueden derivar «las famosas leyes de (no) contradicción y de tercero

² Tarski (2015), afirma que «una expresión encerrada entre comillas debe ser tratada gramaticalmente como una única palabra que no tiene partes sintácticas» (p. 371).

excluido» (p. 384). El tema de la satisfacción de un enunciado es previo a su definición de verdad.

Veamos un ejemplo:

En X fue un terrorista, vemos satisfecho el enunciado con Abimael Guzmán, pero no con Francisco Bolognesi o Roger Federer.

Bajo el principio de no contradicción, entonces, sólo hay dos opciones para discutir la verdad de este enunciado: Abimael Guzmán fue un terrorista o Abimael Guzmán no fue un terrorista. Considerando estas dos, se excluye una tercera alternativa.

Este tipo de enunciados tiene una carga de referencia a la realidad como correspondencia, se requiere el conocimiento previo de los objetos «Abimael Guzmán» y «terrorista» y entre más objetos se agreguen a los enunciados, mejor será para los efectos de hallar la verdad. Objetos como conceptos, sucesos, ideas, afirmaciones, evidencias, etc.: «Ayacucho», «pensamiento Gonzalo», «aniquilamiento selectivo», «coches bomba», etc.

Como decíamos, el lenguaje al que se refiere Tarski no es el lenguaje natural, sino uno fragmentado y formalizado, pasible de manejar según las reglas de la lógica. Así, la formación de secuencias de objetos continúa, añadiéndolos según las reglas sintácticas del lenguaje y respetando el orden sus formas y también del fondo, de modo que no pierda sentido. Así, decir «Abimael Guzmán fue un terrorista en el Perú» tiene los objetos «Abimael Guzmán», «terrorista» y «Perú», sin embargo, teniendo estos tres objetos no pueden ser ordenados de forma arbitraria.

A fines de mayo de 2023 los resultados de búsquedas en Google de la Joven de la Perla de Johannes Vermeer, uno de los cuadros más conocidos del mundo, situaban al inicio no al cuadro, sino a una imagen producida por una IA poco tiempo atrás (Harrison, 2023). La producción de datos falsos no es una novedad histórica, pero que masivamente se los presente como verdaderos sí puede significar un problema. Google parece haber resuelto el tema, pero, si como dice Bill Gates, las propias IA terminarán reemplazando a los buscadores como Google (Vanian, 2023), ahí sí podríamos tener un inconveniente. Se hace necesaria una legislación que prevenga al usuario sobre la información comprobada y la no comprobada que aparecerá en su búsqueda.

La imposibilidad de reconocer la información para distinguirla entre verdadera y falsa crea una situación de ataque y vulnerabilidad que se amplifica en estos casos por la facilidad de colocarnos en esta situación. Todos los días recibimos noticias que informan cómo una IA «imagina» que serían los países si fueran personas o cómo los personajes de caricaturas se verían si fuesen humanos, lo que en sí mismo es inofensivo, pero con esa misma potencia masiva y facilidad también fueron capaces de producir una imagen del Papa usando una casaca blanca de plumas o a Donald Trump siendo arrestado violentamente. Como sabemos, ninguna de estas dos imágenes fue verdadera, pero convencieron a muchos de su veracidad.

Las noticias falsas tampoco son una consecuencia de las IA, ni siquiera son producto de internet, sin embargo, es la primera vez que nos enfrentamos a una ingeniería de carácter global al alcance y manejo de cualquier individuo sin necesidad de una formación mínima. Con esto se puede lograr desviar el foco de atención en la discusión pública; alterar el debate priorizando temas de menor importancia; controlar la información si se logra un manejo monopólico u oligopólico; favorecer a sistemas

antidemocráticos si éstos acaparan el uso de las IA o deciden las que pueden o no usarse en el territorio que controlan.

La Democracia se modela y se mantiene vigente por la libertad del debate, si esta es alterada por nuestra incapacidad de reconocer la realidad fáctica frente a una realidad alternativa, la calidad de la opinión pública se degrada y la democracia se deteriora. En esta instancia la discusión sobre la verdad regresa a la palestra como una exigencia más allá del consenso que persigue la justificación con razones o sin ellas, se hace necesario virar sobre la correspondencia con la realidad, pero ella exige claridad sobre el conocimiento de los hechos, como hemos visto.

5. Requerimientos de la Democracia y el Estado constitucional

La Democracia exige una definición prescriptiva y una descriptiva a raíz de una permanente desactualización entre su ser y su deber ser (Sartori, 2003, p. 22), debido a ello, necesita cumplir sostenidamente con ciertos requisitos que la materializan. Sartori advierte del peligro de confundir el texto normativo democrático, como un modelo aspiracional, y la real aplicación de la democracia en los hechos, como modelo social. Bajo esta inquietud, algunos autores han expuesto los requisitos que según su opinión son esenciales.

Touraine (2006), por ejemplo, analizando a la democracia post triunfo de occidente sobre los autoritarismos de la guerra fría, la identifica como «la forma normal de organización política, como el aspecto político de una modernidad cuya forma económica es la economía de mercado y cuya expresión cultural es la secularización» (p. 15). Para Sartori (2003), la opinión pública es un requerimiento primordial, considerando que es su fundamento sustantivo y operativo (p. 93). Además, para que una opinión sea pública debe difundirse entre el público y referirse a la cosa pública (p. 89). Como condiciones, el autor expone tres: libertad de pensamiento, libertad de expresión y policentrismo de medios (p. 100). Sartori intenta explicar el aspecto de una sociedad propicia para la Democracia, en la que cualquier individuo pueda tener control de la todas las fuentes posibles de información, variadas en contenido y posiciones y similarmente extendidas en el mercado de las ideas. Una robusta opinión pública garantizaría la discusión sobre los temas de Estado y gobierno, en cambio, la ausencia del diálogo precarizaría la calidad de la democracia.

Habermas sintoniza con esta posición, su propuesta de «democracia deliberativa» (y por extensión, toda democracia saludable) se desarrolla en dos dimensiones: la institucional, referida a los poderes del Estado y la esfera pública, alusiva a la participación de los distintos grupos sociales, cuyos debates influirán en las instituciones. En la esfera pública se produce la opinión pública (Guerra, 2015, pp. 113-114), pero su conformación sería imposible sin un entorno que garantice la libertad y un abanico extenso de información manejable por los ciudadanos. De hecho, esta circunstancia es una natural derivación de nuestro carácter social y, en consecuencia, plural. Arendt (1996) refiere que «la realidad de la esfera pública radica en la simultánea presencia de innumerables perspectivas y aspectos en los que se presenta el mundo común y para el que no cabe inventar medida o denominador común. (...) Ser visto y oído por otros deriva su significado del hecho de que todos ven y oyen desde una posición diferente» (p. 66).

Entiendo que la pluralidad democrática debe verse impulsada (su motor) y reflejada (su inspiración) en la opinión pública. Ésta no puede definirse como una «opinión» a secas, ni tampoco como sinónimo de «social». De la primera obtiene su carácter diverso, natural e incontrolado y de la segunda la necesaria multiplicación y distribución de la tribuna. La opinión pública no es ninguna de estas dos

características por separado, ni siquiera las dos juntas trabajando codo a codo, sino un producto de estas dos características acrisolado por el debate de todos los actores posibles. Por ende, una sociedad puede mostrar distintas opiniones públicas, pero no desordenadas, ni efímeras, ni débiles. El desorden orgánico de la opinión se ordena y jerarquiza en el contacto social donde las ideas mueren o se fortalecen. Para Heller (2017):

[L]a opinión pública arraigada en principios y doctrinas constituye uno de los más sustanciales vínculos de la unidad estatal. Especialmente en los Estados regidos democráticamente, la situación actual de poder se convierte en una situación de poder relativamente segura, en un *status* político, gracias al hecho de haberse creado entre la autoridad y los súbditos una opinión pública común, en forma de una comunidad de voluntad y valores (p. 226).

Esta última afirmación es al menos discutible, pero en lo que sí acierta es en la fuerza que adquiere la democracia en un entorno de vigorosa opinión pública.

Sartori, líneas arriba, coincide con la necesidad de una opinión pública potente, bajo la condición de garantizar las libertades de pensamiento, de expresión y el policentrismo de los medios de comunicación, sin embargo, no todos los sistemas sociales o políticos están dispuestos a cumplir con estos requerimientos, es así, que la aparición del Estado de Derecho y posteriormente el Estado Constitucional han configurado el mejor escenario para el aseguramiento de estas libertades. Dworkin, refiriéndose al modelo comunitario de democracia (republicanismo moderado), afirma que existen tres rasgos específicos mínimos que toda democracia auténtica debería garantizar: principio de participación, principio de implicación y principio de autonomía (Rubio, J., 2012, pp. 43-44). Éstos se enfocan en el carácter del ciudadano en democracia: Un agente informado, capaz de involucrarse, de tomar decisiones libres y de proceder con independencia de las posiciones sociales.

Sartori y Dworkin, exponiendo principios distintos, coinciden en un común denominador básico que se resume en una «participación informada para una Democracia óptima». Ambos autores abogan por un Estado libre donde la libertad sea la causa y la consecuencia. En esa misma línea, Guastini (2016), identifica al Estado de Derecho con un gobierno no despótico y no arbitrario, y ello requiere garantizar el principio de Libertad y el principio de Legalidad. El primero de ellos, enmarcado en el conocido aforismo que reza: para los ciudadanos está permitido todo lo que no esté expresamente prohibido y el segundo, que prescribe: para los poderes públicos todo está prohibido a menos que esté expresamente permitido (p. 660). El propio Guastini avanzando hacia el Estado Constitucional expone algunas características que nos permiten identificarlo: existencia de una Constitución rígida que consagre un catálogo de valores, principios y derechos fundamentales; existencia de una garantía jurisdiccional que permita mantener la supremacía constitucional y preservar su jerarquía; fuerza vinculante de la Constitución; interpretación extensiva de la Constitución; aplicación directa de la Constitución y adecuación a la Constitución de todas las normas de menor jerarquía (Lancheros, 2009, pp. 256-259).

El concepto de supremacía constitucional se desarrolla en dos sentidos, por la superioridad jerárquica del texto fundamental en comparación con otras normas y por su contenido. La primera razón se forma en los casos *Bonham* de 1610 y *Marbury vs Madison* de 1803, así como en la publicación N° 78 de *El Federalista* de 1788 (Sola, 2009, p. 41). La segunda razón proviene de una tradición canónica para el Derecho Constitucional, conformada en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del

Hombre y el Ciudadano de Francia de 1789³, que anunciando los contenidos dogmático y estructural, manifiesta la relevancia de la Constitución por la importancia capital de estas materias.

La existencia del Estado Constitucional depende de la vida saludable de su Constitución y la naturaleza jerárquica de ésta, depende de la garantía de su contenido bidimensional, como justamente reza el artículo 16 citado. Así, los Derechos Fundamentales y la separación de poderes resultarán en indicadores confiables de la situación de la Democracia y el Estado Constitucional. Häberle (2003), refiriéndose a este último, advierte la importancia del espacio público, señalando que «ha encontrado un lugar permanente en el marco de las cuestiones relativas a los derechos fundamentales, la democracia y la oposición» (p. 18). Para el autor, este espacio es ese ámbito entre lo privado y el Estado al que llamamos sociedad. En él confluyen partidos políticos, iglesias, medios de comunicación, sindicatos, empresarios, etc. (p. 19). Este es el lugar natural de la discusión.

Häberle (2017), entiende que Democracia y espacio público son interdependientes, «[E]n nombre de la democracia se demanda cada vez más lo público (“discusión racional”), en el nombre de lo público se exige democratización» (p. 69). Ahora bien, si nos remontamos una vez más a Sartori, veremos que todas estas instituciones y otras más mencionadas por Häberle son los actores que forman la opinión pública a partir la libertad de pensamiento, de expresión y el policentrismo de medios de comunicación. No es coincidencia.

Tanto para el funcionamiento saludable de la Democracia, como del Estado Constitucional, debe asegurarse la vigencia de un espacio público abierto, donde a priori puedan participar todas las propuestas en una deliberación permanente, receptora y provocadora de opinión pública. Las fallas o carencias de este espacio pueden comprometer los aspectos mencionados. Con apertura, la democracia se fortalece, sin opinión pública abierta, se debilita. La opinión pública se deteriora con el control y la censura o con la posesión o manipulación de la información.

El papel de las IA en estas circunstancias no puede ser evaluado como el de un medio o una herramienta de comunicación más. La masividad de su alcance, a contraparte de la facilidad de su manejo, nos enfrenta a consecuencias todavía inéditas. La sencillez con la que se puede adulterar la información escrita, gráfica, fonética u otras puede terminar sirviendo a intereses antidemocráticos, de control social o de deformación de la voluntad, con el aliciente de diluirse la conciencia de responsabilidad en la sencillez del acto. La referida autonomía de estos programas tampoco es suficiente garantía, pues como vimos, puede obedecer a sesgos o patrones de su diseñador.

Por estos motivos, los medios y herramientas provistos por las IA no pueden quedar en manos de algunos pocos, que indistintamente pueden ser ciudadanos miembros de la sociedad civil o los propios Estados, sea que acaparen su creación, uso o administración.⁴ Urge además una regulación que conmine a los Estados a

³ *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. Article 16: Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution (Conseil Constitutionnel, sf).*

⁴ Es interesante el caso de Google y Genesis, una herramienta de IA que está siendo probada y cuyo fin es, según sus creadores, servir como un asistente personal automatizado para periodistas, pero de otro lado, señalan también que sería capaz de generar contenidos y redactar artículos periodísticos. Según Jeff Jarvis, profesor de periodismo y comentarista de medios, si se trata de una herramienta que provea información confiable y basada en hechos, puede ser útil, pero usada erróneamente puede deteriorar la credibilidad del medio de comunicación que la use (Mullin y Grant, 2023).

hacer de conocimiento público el manejo que hacen de sus IA o de terceros. Por otro lado, las normativas domésticas e internacionales deben promover primero y exigir después la transparencia algorítmica, estas políticas de privilegio del código abierto (*open source*)⁵ proporcionan los medios para conocer su funcionamiento y objetivos, entre los que puede estar la manipulación conductual de los individuos o las sociedades.

6. ¿La sociedad se abre o la sociedad se cierra?

Cuando Popper publicó «La sociedad abierta y sus enemigos», planteó la tesis de una sociedad opuesta a los totalitarismos. Sin embargo, el autor advierte que el peligro no se restringe a aquella forma antidemocrática, sino a cualquier propuesta que signifique la reducción de libertades. Popper (1994) explica que «seguiremos llamando *sociedad cerrada* a la sociedad mágica, tribal y colectivista y *sociedad abierta* a aquella en que los individuos deben adoptar decisiones personales» (p. 171). El autor compara a la sociedad cerrada con un organismo, compuesto hacia adentro, cuyos miembros tienen relaciones inmediatas e inmóviles, a diferencia de la sociedad abierta, cuyos integrantes están constantemente relacionándose o separándose.

Una sociedad democrática es abierta por definición, pero no está exenta de la introducción de elementos que le son opuestos o contradictorios. Desde la aparición del Estado de representación liberal, luego el de representación democrática (Caminal, 2008, p. 446), el Estado de Derecho (Rubio, F., 2012, p. 407) y el Estado Constitucional (Aguiló, 2004, pp. 50-55) la tendencia ha sido la permanente apertura, pero la historia contemporánea no es escasa en intentos de alterar la voluntad democrática o de digitalarla.

Según Applebaum (2021), los cambios políticos recientes a nivel mundial, algunos bruscos, no se produjeron por razones económicas, sino por una predisposición al autoritarismo en varios sectores sociales, producto de una mentalidad simplista que busca lenguajes sencillos, digeribles y coincidentes con formas de pensar básicas (pp. 105-106). Es decir, lo que Popper llamaría «mágico, tribal y colectivista». Pero, ¿por qué razones una sociedad aceptaría embarcarse en una aventura oscura como esta? Salvo que se trate de un régimen antidemocrático, no se entendería, empero el panorama es un poco más complejo. Ignatieff (2018) explora las razones por las que una sociedad negociaría consigo misma la suspensión de derechos de sus miembros a cambio de seguridad, concluyendo que el resultado es distinto si se trata, por ejemplo, de una democracia liberal arreglada a Derecho o una tiranía, pero igualmente las concesiones pueden ocasionar peligrosos espacios laxos de excepción de libertades y para justificarlos sólo faltaría invocar una amenaza o un miedo (p. 16). El problema radica, entonces, en quien posee esta información y es capaz de difundirla. Naím (2015) señala que «un pequeño número de grandes empresas controlan una enorme parte de los medios de comunicación en el mundo» (p. 311). Asimismo, refiere que actualmente «el poder en el sector de los medios lo tienen cada vez más empresas tecnológicas y proveedores de contenidos» (p. 312).

Las inteligencias artificiales y su masificación galopante encontraron este escenario y se encuadraron en él. La diferencia con las tradicionales formas de

⁵ Una aplicación Open source es «one in which the source-code that builds the application is distributed alongside, or instead of, the executable binaries that comprise the program itself (...). It is the nature of the terms under which a software application is distributed (the licensing agreement) that defines the freedom that users have with the software. Some licences prohibit modification for profit, while others act virally and require the adoption of the licence in all derivative works. Some permit their use in all circumstances, others have restrictions for those using the software for commercial purposes» (Heron, Hanson y Ricketts, 2013, p. 1-2).

comunicación o las anteriores tecnologías es que nos posicionan en un panorama donde el producto de la información y la fuente son la misma cosa. La posibilidad de verificación se reduce cuando la pregunta de corroboración se realiza al propio creador. Nemitz (2021) alerta de otro peligro, contrarrestándolo con el principio de materialidad, según el cual se debe informar que se mantiene una discusión con una persona o con una máquina. El autor resalta esta circunstancia para advertir sobre la grave distorsión que esto puede causar en la democracia, así como sobre la responsabilidad de transparencia de las empresas informáticas en torno a las IA que fungan como personas o que son inidentificables. Nemitz (2021) estima necesario encajar estas situaciones en normas y prever sanciones (pp. 137-138).

Innerarity también alerta sobre una cuestión clave que debe decidir el mundo actual: si deseamos que nuestras vidas sean controladas por poderosas máquinas digitales. Este escenario podría causar la destrucción o el fortalecimiento de la Democracia y en el camino, una automatización que, según el autor nos coloca ante un escenario ontológico, además de tecnológico y que, por lo tanto, provocará un cuestionamiento sobre «categorías socioculturales como sujeto, acción, responsabilidad, conocimiento o trabajo» (Innerarity, 2020, p. 90).

Un espacio copado por las IA puede dominar la información y, ergo, también el discurso y la agenda, es decir, la deliberación democrática. Esta situación recuerda al concepto gramsciano de Hegemonía: *«a process of continuous creation which, given its massive scale, is bound to be uneven in the degree of legitimacy it commands and to leave some room for antagonistic cultural expressions to develop»* (Lears, 1985, p. 571). Nemitz advierte también sobre el peligro que implica proceder con la misma displicencia que el mundo mostró cuando apareció internet, pero con un valor negativo agregado, pues en aquel entonces se traba de académicos e idealistas desarrollando una invención fascinante y en este caso son corporaciones gigantescas con muy diferentes objetivos (Nemitz, 2018, p. 8).

La sociedad se cierra donde no hay capacidad de diálogo, sino imposición o donde la asimetría entre los interlocutores sea tan pronunciada que unos hablen y otros callen; unos falseen la información y otros sólo la reciban o cuando unos tengan información y otros no. Cualquiera de estos casos ahoga la capacidad de respuesta. La infiltración de datos falsos en el meollo de la información impide conocer la realidad, que es donde la cosa pública se desenvuelve. En tal sentido, una teoría de correspondencia rinde mejor que una de justificación, por la exigencia que agrava la responsabilidad del juicio. Donde esto se crea innecesario, los insumos para formarse una opinión pública terminarán viciándola al haberse sostenido «con razón o sin razón» o contar con un bagaje de información tan reducido y tan parcializado que la capacidad de oposición se reduce al mínimo.

La colonización del discurso mediante datos falsos puede lograr de manera más sencilla el control de la sociedad y las voluntades mediante las IA por el exponencial alcance que tiene comparado con los medios de información tradicionales y por la rapidez de su reproducción. En un escenario como este, donde la opinión pública se deteriora, la Democracia se extingue. Si no hay posibilidad de conocer la realidad, tampoco hay posibilidad de conocer la verdad.

La peculiaridad de las sociedades políticas del futuro estará en poder reconocer si son genuinamente democráticas, pues enarbolando aparentemente derechos civiles, libertades políticas, garantías sobre la propiedad y el libre mercado, podrían ser digitadas por información entregada por uno o más centros que acumularían el poder real a despecho de lo señalado en la formalidad normativa. Sin

embargo, este escenario todavía no se ha materializado y jurídicamente aún se puede prevenir.

7. Conclusiones y recomendaciones

- I. Las inteligencias artificiales no son inteligencias. Las Narrow IA desarrollan tareas específicas según las instrucciones establecidas en sus algoritmos por sus programadores. Las General IA, que resolverían todo tipo de problemas aún no existen, sin embargo, en ambos casos hablamos de herramientas diseñadas bajo el modelo de la inteligencia humana y pueden alimentarse de los sesgos de sus creadores o de la información a la que se les exponga. Los algoritmos no son neutrales.
- II. Nos sentimos amenazados porque el conocimiento es poder, pero las IA no representarán el fin de la Democracia si desde ahora se prepara una legislación proactiva que:
 - Garantice la libertad de su uso por parte de los ciudadanos.
 - Regule el reconocimiento de información no corroborada, advirtiendo de ello a los usuarios.
 - Identifique tipos de responsabilidades y sanciones para quienes manipulen la información nocivamente.
 - Prohíba la manipulación conductual.
 - Prohíba el desarrollo de IA autónomas que permitan la finalidad anterior.
 - Prohíba la creación o manejo de armas letales autónomas.
 - Exija que las decisiones políticas y jurisdiccionales se realicen bajo la supervisión y decisión final de un funcionario humano.
- III. Las legislaciones internas deben, primero, fomentar la transparencia algorítmica y luego, progresivamente, exigirla. Contar con algoritmos de código abierto (*open source*) permitirá conocer cómo funcionan y si en su diseño existe algún tipo de riesgo de manipulación conductual.
- IV. Los Estados no deben poseer monopólicamente la creación, uso o administración de las IA. Cualquiera de estas tres actividades o el uso de IA de terceros debe ser de conocimiento público bajo las normas de transparencia y supervisadas por un organismo autónomo del Estado que debe estar compuesto también por miembros privados.
- V. En la sociedad, debe promoverse el policentrismo de medios y sancionar las prácticas monopólicas, oligopólicas o de concertación sobre la información. El discurso público no puede acapararse.
- VI. El papel de la prensa es vital para la Democracia. Si es reemplazada por meros contenidos informativos, desaparecerá el espacio crítico y quien ostente poder decidirá la agenda y la opinión pública. La búsqueda de hegemonía mediante el control de la información no es nueva, pero en el escenario de las IA aún estamos a tiempo de regularla.

- VII. Se debe exigir también la total exposición de las fuentes, siendo específico con respecto a los recursos que fundamentan cada información. Los derechos y libertades deben ser protegidos y la opinión pública garantizada. El principio de verdad es innegociable en Democracia.

Bibliografía

- Acosta, E. (2019). *Democracia y elecciones. Problema y posibilidad*. Fondo editorial de la UPAO.
- Aguiló, J. (2004). *La Constitución del Estado Constitucional*. Palestra y Temis.
- Applebaum, E. (2021). *El ocaso de la democracia. La seducción del autoritarismo*. Debate.
- Arendt, H. (1996). *La condición humana* (Trabajo original publicado ca. 1958). Paidós.
- Aristóteles. (2003). *Política* (Trabajo original publicado ca. IV a. C.). Gredos.
- BBC News Mundo (20 de abril de 2023). La entrevista falsa con el expiloto de F1 Michael Schumacher que causa indignación en Alemania. *BBC*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65341966>.
- Bobbio, N. (2002). *Teoría general del Derecho*. Temis.
- Boucher, P. (2020). *Artificial intelligence: How does it work, why does it matter, and what can we do about it?* European Parliament. Panel for the Future of Science and Technology. ISBN: 978-92-846-6770-3, DOI: <https://doi.org/10.2861/44572>, QA-01-20-338-EN-N.
- Boyer, C. (1940). *L'idée de Vérité dans la philosophie de Saint Augustin*. Beauchesne et ses fils.
- Caminal, M. (2008). La representación y el Parlamento. En M. Caminal. (Ed.), *Manual de Ciencia Política* (pp. 437-459). Tecnos.
- Casado, P. (11 de mayo de 2022). Kasparov contra Deep Blue, el día en el que los ordenadores comenzaron a dominar la Tierra. *El Debate*. <https://www.eldebate.com/deportes/20220511/kasparov-contra-deep-blue-dia-ordenadores-comenzaron-dominar-tierra.html>.
- CNN (18 de marzo de 2023). AI can be racist, sexist and creepy. What should we do about it? CNN. <https://edition.cnn.com/2023/03/18/politics/ai-chatgpt-racist-what-matters/index.html>.
- Conseil Constitutionnel (sf). Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. *Conseil Constitutionnel*. <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789>.
- Davis, K., Christodoulou, J., Seider, S., y Gardner, H. (2011). The theory of multiple intelligences. En R. Sternberg y S. Kaufman (Eds.), *The Cambridge handbook of intelligence*. (pp. 485–503). Cambridge University Press <https://doi.org/10.1017/CBO9780511977244.025>
- Davis, R. (1998). What are intelligence and why? *AI Magazine of the American Association for Artificial Intelligence*, 0738-4602-1998, 91-110.
- De Aquino, T. (2001). *Suma de Teología I, parte I* (Trabajo original publicado ca. 1485). Biblioteca de autores cristianos.
- De Quetteville, H. (23 de abril de 2023). Yuval Noah Harari: 'I don't know if humans can survive AI'. *The Telegraph*. <https://www.telegraph.co.uk/news/2023/04/23/yuval-noah-harari-i-dont-know-if-humans-can-survive-ai/>.
- Dworkin, G. (2015). The nature of autonomy. *Nordic Journal of Studies in Educational Policy*, 2015 (2), 7-14. DOI: <https://doi.org/10.3402/nstep.v1.28479>.
- Erickson, J. (2019). *Algorithms*. University of Illinois.
- Fabra, P. (2008). *Habermas: Lenguaje, razón y verdad*. Marcial Pons.
- Ford, P. (2015). Our fear of artificial intelligence. *MIT technology review*. Fecha de consulta: 30 de mayo de 2023. Disponible en:

<https://www.technologyreview.com/2015/02/11/169210/our-fear-of-artificial-intelligence>

- Forment, E. (1986). El concepto tradicional de verdad en Santo Tomás. *Espíritu*, XXXV, 111-126.
- Frege, G. (1984). *Estudios sobre semántica*. Orbis.
- Foucault, M. (1980). *Power/Knowledge*. Pantheon Books.
- Future of Life Institute (11 de Agosto de 2017). AI Principles. *Future of life* <https://futureoflife.org/open-letter/ai-principles/>.
- Guerra, M. (2015). *Habermas. La apuesta por la democracia*. Batiscafo.
- Gottfredson, L. (1997). Mainstream science on intelligence: An editorial with 52 signatories, history and bibliography. *Intelligence*, 24(1), 13-23.
- Guastini, M. (2016). *Las fuentes del Derecho*. Ragué.
- Häberle, P. (2003). *El Estado constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México-Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Häberle, P. (2017). *Tiempo y Constitución*. Palestra.
- Habermas, J. (2018). Verdad y justificación. Trotta.
- Harrison, M. (06 de mayo de 2023). Google's Top Result for "Johannes Vermeer" Is an AI-Generated Version of "Girl With a Pearl Earring". *Futurism*. <https://futurism.com/top-google-result-johannes-vermeer-ai-generated-knockoff>.
- Heller, H. (2017). Teoría del Estado. Fondo de cultura económica.
- Heron, M., Hanson, V. y Ricketts, I. (2013). Open source and accessibility: advantages and limitations. *Journal of interaction science*, 1 (2), 1-10.
- Herrnstein, R. y Murray, C. (1994). *The Bell Curve*. The free press.
- IBM (sf). Deep Blue. IBM. <https://www.ibm.com/history/deep-blue>.
- Ignatieff, M. (2018). *El mal menor. Ética política en una era de terror*. Taurus.
- Innerarity, D. (2020). El impacto de la inteligencia artificial en la democracia. *Revista de las Cortes Generales*, 109, 87-103, ISSN 0213-0130. <https://doi.org/10.33426/rcg/2020/109/1438>
- Kant, I. (2008). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Trabajo original publicado ca. 1785). Espasa Calpe - Austral.
- Lancheros, J. (2009). Del Estado liberal al Estado Constitucional. Implicaciones en la comprensión de la dignidad humana. *Dikaion*, 23 (18), 247-267.
- Lears, J. (1985). The concept of cultural hegemony: Problems and possibilities. *The American Historical review*, 90 (3), 567-593.
- Mullin, B. y Grant, N. (19 de julio de 2023). Google Tests A.I. Tool That Is Able to Write News Articles. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2023/07/19/business/google-artificial-intelligence-news-articles.html>.
- Naím, M. (2015). *El fin del poder*. Debate.
- Nemitz, P. (2018). Constitutional democracy and technology in the age of artificial intelligence. *Philosophical transactions A*, 376, 1-14, DOI: <http://dx.doi.org/10.1098/rsta.2018.0089>.
- Nemitz, P. (2021). La democracia en la era de la inteligencia artificial. *Nueva sociedad*, 294, 130-140.
- Nestik, T., Zhuravlev, A., Patrakov, E., Szabó, C., Baturina, L., Pelloso, F. y Vinhas, J. (2018). Technophobia as a cultural and psychological phenomenon: Theoretical analysis. *Interação - Revista de Ensino Pesquisa e Extensão*, November, 20(1), 266-281. <https://doi.org/10.33836/interacao.v20i1.191>
- Popper, K. (1994). *La sociedad abierta y sus enemigos* (Trabajo original publicado ca. 1945). Paidós.
- Quintarelli, S., Dokuzov, N., Malik, T. y Tuerk, E. (2021). *Artificial intelligence demystified*. United Nations Economic Commission for Europe.
- Rowan, A. (2015). The relationship between will and reason in the moral philosophies of Kant and Aquinas. *Logos i ethos*, 1(38), 93-130. <http://dx.doi.org/10.15633/lie.1047>.

- Rubio, F. (2012). *La forma del poder, Tomo I*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rubio, J. (2012). *Democracia*. Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, Escuela Electoral y de Gobernabilidad y Jurado Nacional de Elecciones.
- Russell, B. (2021). *El poder, un nuevo análisis social* (Trabajo original publicado ca. 1938). RBA.
- Russell, S. y Norvig, P. (2010). *Artificial Intelligence. A modern approach*. Pearson.
- Sartori, G. (2003). *¿Qué es la democracia?* Taurus.
- Sharma, I. y Garg, P. (2022). *Artificial Intelligence. Technologies, applications, and challenges*. CRC Press.
- Sola, J. (2009). *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo I*. La Ley.
- Sternberg, R. (2005). The theory of successful intelligence. *Interamerican journal of psychology*, 39(2), 189-202.
- Sternberg, R. (2012). Intelligence. *Dialogues in Clinical Neuroscience*, 14(1), 19-27.
- Tarski, A. (2015). Verdad y demostración. *Disputatio*, 4(5), 367-396.
- Tong, A., Dastin, J. y Hu, K. (23 de noviembre de 2023). *OpenAI researchers warned board of AI breakthrough ahead of CEO ouster, sources say*. Reuters. <https://www.reuters.com/technology/sam-altmans-ouster-openai-was-precipitated-by-letter-board-about-ai-breakthrough-2023-11-22/>.
- Touraine, A. (2006). *¿Qué es la democracia?* Fondo de Cultura Económica.
- Van Duin, S. y Bakhshi, N. (2018). *Artificial Intelligence*. Deloitte.
- Vanian, J. (22 de mayo de 2023). Bill Gates says A.I. could kill Google Search and Amazon as we know them. *CNBC*. <https://www.cnbc.com/2023/05/22/bill-gates-predicts-the-big-winner-in-ai-smart-assistants.html>.

Los problemas ciber vistos desde el Derecho internacional. Un gran reto a enfrentar*

Cyber problems seen from International Law perspective. A great challenge to face

Florabel Quispe Remón
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID 0000-0001-8529-4658
fquispe@der-pu.uc3m.es

Cita recomendada:

Quispe Remón, F. (2024). Los problemas ciber vistos desde el Derecho internacional. Un gran reto a enfrentar. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 155-182

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9005>

Recibido / received: 19/04/2023
Aceptado / accepted: 24/07/2023

Resumen

En primer lugar, el trabajo aborda los problemas que generan los avances tecnológicos utilizados maliciosamente con el fin de dañar a la víctima, los aspectos que pueden influir en estos ataques y los Estados más involucrados en los mismos; así como la respuesta a éstos a través de la ciberseguridad. En segundo lugar, analiza el Derecho internacional aplicable a los ataques producidos en el ciberespacio, que no es otro que el preexistente, como es el caso de la Carta de las Naciones Unidas de 1945, ante la ausencia de normas que regulen el ciberespacio. Este instrumento estaba orientado para hacer frente a ataques en espacios tradicionalmente conocidos como el aéreo, terrestre y marítimo en los que no estaba incluido el ciberespacio. De este modo, se realiza un estudio minucioso sobre el derecho aplicable hoy al ciberespacio y los avances sobre su regulación en el Derecho internacional, a fin de determinar su eficacia y/o necesidad de adoptar normas específicas que regulen el ciberespacio.

Palabras clave

Ciberataque, ciberseguridad, Derecho internacional, ciberespacio, ataque armado, Carta de las Naciones Unidas.

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco del proyecto «Ciberamenazas Avanzadas: analítica de mecanismos y vínculos sociopolíticos» (CAVTIONS-CMUC3M).



Abstract

First, the work addresses the problems generated by technological advances used maliciously harm a victim, aspects that can influence these attacks, and the States most involved, as well as the response through cybersecurity. Secondly, it analyzes international law applicable to attacks produced in cyberspace, which is precisely the pre-existing one, as is the case of the United Nations Charter of 1945, in the absence of norms regulating cyberspace. This instrument was aimed at dealing with attacks in spaces traditionally known as air, land and sea, in which cyberspace was not included. Along these lines, an in-depth study is carried out on the law applicable to cyberspace today, and the advances in its regulation in international law, in order to determine the effectiveness and/or need to adopt specific norms regulating cyberspace.

Keywords

Cyberattack, cybersecurity, International law, cyberspace, armed attack, Charter of the United Nations.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La tecnología y los cambios que genera: Ciberataques vs. Ciberseguridad. 2.1. Un acercamiento a los problemas ciber. 2.2. Los ataques cibernéticos en evolución y las relaciones políticas de los Estados. 2.3. La ciberseguridad y su fortalecimiento frente a los ciberataques. 3. La aplicación del Derecho internacional a los ciberataques. 3.1. La Carta de las Naciones Unidas y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. 3.2. Los principios básicos del Derecho internacional: Resolución 2625 (1970). 3.3. Ausencia de Tratados que regulen el ciberespacio. 4. Las medidas adoptadas sobre la regulación del ciberespacio en los últimos años desde el Derecho internacional. 4.1. Adopción de Adopción de decisiones en el marco de las Naciones Unidas: El papel de la Asamblea General. 4.2. Primer informe del Grupo de Expertos Gubernamentales. 4.3. Segundo informe del Grupo de Expertos Gubernamentales. 4.4. Tercer informe del Grupo de Expertos Gubernamentales. 4.5. Código internacional de conducta para la seguridad de la información. 4.6. Otras iniciativas en el marco de las Naciones Unidas. 4.6.1. La Oficina de lucha contra el terrorismo. 4.6.2. Relator especial sobre derecho a la privacidad. 4.6.3. Oficina de asuntos de desarme. 4.6.4. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y sus avances. 4.7. Iniciativas fuera de la ONU. 5. Reflexiones finales.

1. Introducción

El desarrollo de la tecnología de la información y comunicación es sin duda un gran logro que facilita el trabajo, la vida y proporciona comodidad a las personas naturales y jurídicas, pero el uso inadecuado de ella puede generar diversos problemas a los que tienen que hacer frente las personas, las empresas, las organizaciones internacionales (OOII) y también los Estados. Dentro de dichos problemas están los conocidos como ciberataques, ciber espionaje, ciber amenazas, ciberterrorismo, cibercriminalidad, ciber guerra, etc. –en adelante, problemas *ciber*–. La realidad nos muestra que los ciberataques o ciber amenazas generados por personas, organizaciones criminales, u otros entes, crecen cada vez más e involucran a sujetos de Derecho internacional (DI) y a actores nacionales e internacionales.

Estos ataques engloban una serie de acciones y se caracterizan por su anonimato, y están dirigidos contra uno o varios destinatarios –ciberataques

individuales o masivos—. Esto hace que no se conozca de dónde proviene el ataque ni quién es el autor directo e indirecto, favoreciendo la impunidad. Por ejemplo, es difícil demostrar en un ataque contra un Estado si el atacante es un particular que actúa de manera independiente, o es un órgano de otro Estado, o alguien que actúa por orden de otro Estado o con su aquiescencia.

En los ataques que reciben los Estados, convendría saber qué es lo que genera el ataque, en general. ¿Influyen las relaciones político-sociales entre Estados? ¿qué aspecto o aspectos son las causas? y ¿qué consecuencias tienen para el Estado atacante desde el DI, si se demuestra la autoría directa o indirecta? o ¿cuál es el avance en la regulación de los problemas ciber por parte del DI?

Es indispensable conocer cuál es el papel del Estado en el ciberespacio. Ese universo virtual que jurídicamente no está bajo la soberanía de ningún Estado. Es importante conocer hasta qué punto un Estado podría ser responsable de los ciberataques que reciben las personas y las empresas en su territorio. ¿Son los Estados los encargados de proteger el ciberespacio? o ¿quién debe protegerlo?

Ante los problemas ciber, las víctimas, empresas o Estados, vienen adoptando diversas medidas, conocidas como ciberseguridad, para proteger el ciberespacio, cuyo desarrollo es cada vez mayor, tanto a nivel interno como internacional.

Dada la extensión del trabajo, resulta imposible abordar todos los temas señalados, por ello, este trabajo centra su atención en el desarrollo del DI frente a los problemas ciber y en conocer las medidas adoptadas para enfrentarlos, así como mostrar el *statu quo* de la situación.

El trabajo se divide en dos partes. La primera, tiene por objeto conocer brevemente lo que implican los problemas ciber y quién o quiénes son los sujetos involucrados; y la respuesta a estos actos a través de la ciberseguridad. Luego, teniendo en cuenta los ataques conocidos y con mayor repercusión, se analizarán las relaciones políticas entre los Estados para saber si éstas han repercutido en los ataques y determinar qué Estado o Estados han sido los más atacados y a quién o quiénes se han atribuido dichos ataques. La segunda tiene como propósito analizar de manera detallada las medidas adoptadas a nivel internacional para hacer frente a estos problemas, a fin de conocer si existen pautas de comportamiento frente a los ataques y mecanismos de protección. En esta parte debemos responder si a día de hoy existe un marco legal internacional que regule el ciberespacio, y si los Estados están obligados a cumplirlos. Para ello, acudiremos a la doctrina, a la jurisprudencia de órganos internacionales, a las resoluciones de los órganos de las Naciones Unidas y otras OOII.

2. La tecnología y los cambios que genera: Cibertiques vs. Ciberseguridad

2.1. Un acercamiento a los problemas ciber

La evolución de la tecnología ha cambiado la concepción del Estado respecto a la seguridad para proteger sus intereses. Pasa de preocuparse por proteger sus fronteras físicas en aras de su integridad territorial y soberanía, a enfrentarse a ataques o interferencias del «enemigo» a través del ciberespacio. Nos referimos a los *ciberataques* o *ataques cibernéticos*, definido por el Manual de Tallin como «una operación cibernética, ya sea ofensiva o defensiva, que se espera razonablemente que cause lesiones o la muerte a personas o daños o destrucción de objetos» (Norris, 2013, p. 2).

Estos ataques pueden afectar a la seguridad nacional sin que se identifique al autor, y sin que se sepa si hay algún Estado involucrado. Ante esta situación el capítulo VII de la Carta de la ONU (La Carta), referido al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, resulta insuficiente, por no decir inaplicable, en determinadas circunstancias, como se verá más adelante.

Si bien, no es objeto del trabajo determinar los tipos de ataques que pudieran existir, mencionamos algunos de ellos, siempre teniendo en cuenta que estos van cambiando y perfeccionándose a la par del avance tecnológico. Entre los más conocidos están: *Malware* - programa malicioso que afecta un sistema informático - troyanos, *dridex*, *spyware*, *ransomware*, *adware*, *botnets*, inyección de código SQL, *phishing*, *Man-in-the-middle* ataques, *Stuxnet*, gusanos, *rootkits*, *Shamoon*, etc. El Instituto Nacional de Ciberseguridad de España (INCIBE) establece una lista de estos ataques: *Pentesting*, *Adware*, *Defacement*, *Man-in-the-middle*, *Malvertising*, *Pretexting*, *Sextorsión*, *Spear Phishing* (suplantadores de identidad), *Jailbreaking*, *Rooting*, *Cryptojacking*, *Data Brokers*, *Hoax/Bulo*, *Cyberbullying*, *Cybersquatting*, *Warshipping*¹.

Los ataques surgen al mismo tiempo que las tecnologías de la información y éstas van más allá de los ordenadores; incluyen cualquier dispositivo electrónico, como móviles, agendas electrónicas, GPS, tablets, comunicaciones, etc. (Caro Bejarano, 2011, p. 70).

Los problemas ciber constituyen uno de los retos del siglo XXI. Su uso va en aumento y en conflictos, junto a los ataques armados.

2.2. Los ataques cibernéticos en evolución y las relaciones políticas de los Estados

En los ataques ciber no están involucrados todos los Estados, al menos, no en la misma medida. Hay Estados que reciben ataques frecuentemente y Estados que casi siempre están sindicados como presuntos autores. En palabras de Chiappetta, 29 países tienen unidades capaces de proporcionar operaciones ofensivas a través de técnicas cibernéticas y 49 han comprado programas maliciosos (Chiappetta, 2019, p. 61).

Según información existente, EE.UU. es el Estado más atacado, seguido de Reino Unido y España². En los últimos tres años, Reino Unido fue víctima de unos 1.800 ataques cibernéticos perpetrados por hackers respaldados por otros Estados (Cocchine, 2020, p. 271). En este contexto cabe preguntarse ¿qué es lo que motiva el ataque?, ¿influyen en estos, las relaciones sociopolíticas?, ¿las malas relaciones entre Estados afectan a la seguridad de los Estados en discordia? o ¿cuál es el común denominador entre los países más atacados?, ¿quién está detrás de cada ataque? o dada la dificultad de determinar la autoría del ataque, ¿qué Estado o Estados son los sospechosos de estos ataques?

Muchos países han sufrido ciberataques cuya obtención de datos no es un problema, por cuanto existen organismos dedicados a ello, como el Centro de Ciberseguridad Nacional británico; lo difícil es determinar la autoría y las razones de los mismos. Los objetivos y los motivos de los atacantes pueden ser diversos, así como las víctimas, individuales o colectivas, y los daños colosales.

¹ Véase el Instituto Nacional de Ciberseguridad (<https://www.incibe.es>). Además, véase: Guía de seguridad (CCN-STIC-401), Glosario y abreviaturas, (2015).

² Según Agencia EFE (2015).

Kausch agrupa los ciberataques en dos tipos: infracciones para recabar información (espionaje digital) y ataques a sistemas para bloquear o dañar las redes de los adversarios, como las redes gubernamentales, objetivos simbólicos e infraestructura crítica. Para ella

el valor de los ciberataques como herramienta de coerción directa es limitado dada la naturaleza borrosa tanto de la identidad de autor y el mensaje detrás del ataque, en muchos otros aspectos, sin embargo, los ataques cibernéticos tienen ventajas significativas en el campo de batalla geopolítico en comparación con las herramientas convencionales de influencia internacional. Ellos tienen un alto potencial disruptivo a un costo económico bajo para el atacante. El costo político en forma de riesgo de represalias también es bajo, dados los desafíos para atribuir la autoría. El limbo incierto de las operaciones cibernéticas transnacionales en el DI los hace aún más atractivos, ya que las normas y sanciones no son claras. Combinando un alto potencial disruptivo y un rápido despliegue a bajo costo político y económico, los ataques cibernéticos encajan muy bien para los actores que persiguen una estrategia geopolítica expansiva con recursos limitados y/o capacidades defensivas (Kausch, 2017, p. 2).

La geopolítica y el cibercrimen, dice Chiappetta, se han convertido en un tema de intenso debate internacional, ya que diferentes países se han acusado unos a otros de piratear e interferir con las operaciones y secretos militares de los demás, creando enemistades, aunque todo termina cuando los países intentan superarse unos a otros a través de contraataques. Las naciones desarrolladas han armado su ciberespacio y están listos para atacar cuando son atacados. Sin embargo, si no está bien regulado, el ciberespacio puede ser muy perjudicial para las diferentes economías del mundo (Chiappetta, 2019, p. 71).

Los ciberataques cambian y van a la par del desarrollo de la tecnología. Uno de los primeros grandes ataques, atribuidos a un Estado, fue en Estonia en abril de 2007 (Tikk, Kaska, & Vihul, 2010, pp. 14-33), que duró semanas y afectó a la seguridad nacional de un país y a los ciudadanos, que se quedaron sin servicios (Ganuza Artiles, 2011, pp. 180-184). Así, se «mostró cuán fácil es para un país hostil aprovecharse de potenciales tensiones dentro de una sociedad para causar daño» (McGuinness, 6 de mayo, 2017). Según el International Centre of Defence Studies, hubo suficientes datos para afirmar la relación del Kremlin con la organización y decisión del bloqueo de la embajada de Estonia en Moscú. La embajada estuvo durante semanas asediada y bloqueada (Ganuza Artiles, 2011, p. 178; Cocchine, 2020, p. 250). Para Ganuza, los ciberataques no fueron un hecho aislado, sino que estaban enmarcados dentro de una situación política claramente definida y reunía los requisitos para sufrir un ciber ataque masivo por Rusia, principal sospechoso de instigar y organizar los ataques. Entre ellos, el ingreso de Estonia en la OTAN en 2004, que no gustó a Rusia³. Si bien

el grado de implicación de las autoridades rusas en el conflicto, en las manifestaciones y actos vandálicos en Tallin y en el bloqueo y acoso a la embajada y embajadora en Moscú es difícil de determinar, pero existen multitud de datos que apoyan la tesis de que los enfrentamientos no fueron espontáneos, sino que contaron con la complicidad de las autoridades rusas (Ganuza Artiles, 2011, p. 167).

«Los países hostiles suelen contar con que *hackers* copiones, grupos criminales y actores políticos *freelance* se sumen a ellos» (McGuinness, 6 de mayo, 2017).

³ En la actualidad, la tentativa de ingreso de Ucrania en la OTAN ha enfurecido a Rusia, y ha comenzado una guerra por el mismo motivo, que esperamos termine pronto.

En el ataque contra Georgia en el 2008 también se sindicó a Rusia. Es el primer caso donde las operaciones cibernéticas se iniciaron y concluyeron conjuntamente con operaciones militares armadas (Ganuza Artiles, 2011, p. 167).

En ambos se advierten un interés, coincidencias e indicios de su participación. Entre los indicios, «la no cooperación en la identificación de los responsables es el principal o único beneficiario de los resultados de la ofensiva cibernética, y los ciber ataques evolucionaban junto con las operaciones armadas y para ello se necesitaba información que solo era accesible por parte de las autoridades políticas y militares rusas» (Ganuza Artiles, 2011, p. 202).

Hay cada vez más ataques cibernéticos contra Estados, cuyas autorías apuntan a otro Estado. Ataques cibernéticos contra las infraestructuras críticas o contra objetivos concretos de un país, pero igualmente estratégicos (Caro Bejarano, 2011, p. 72). Para Caro, los conflictos del mundo físico o real continúan en el mundo virtual del ciberespacio, como sucedió en Estonia, donde se inutilizó mucha de la infraestructura crítica del país, «o los ciberataques sufridos por las redes clasificadas del gobierno norteamericano por atacantes con base en territorio chino o el ataque reconocido por Irán a los sistemas informáticos de decenas de industrias que fueron atacados por un virus y del que Irán dice haberse recuperado» (2011, p. 71).

En 2015, se atacó a la red eléctrica de Ucrania mediante el virus *blackEnergy*, que dejó a miles de personas en la oscuridad por varias horas. «El servicio de seguridad de Ucrania culpó al Gobierno ruso por el ataque» (DW, 5 de enero, 2019), al igual que algunas compañías privadas de seguridad de EE.UU. que creían que su origen era ruso.

En el 2016, en EE.UU., con ocasión de las elecciones presidenciales, piratas informáticos filtraron muchos correos electrónicos del Comité Nacional Demócrata. El departamento de Justicia de EE.UU. atribuyó a 12 rusos dicho ataque «que se cree que son agentes de la agencia de inteligencia militar de Rusia (el GRU)» (BBC, 7 de enero, 2017). Este hecho, según los servicios de inteligencia de los EE. UU., había sido dirigido por Vladimir Putin⁴ para favorecer a Trump.

Otro ataque importante a escala mundial, que afectó a diversas empresas e instituciones estatales de unos 150 países⁵, bloqueando el acceso a sus sistemas informáticos, fue en mayo de 2017, a través del virus *WannaCryptor* o *WannaCry*. Los más afectados fueron Rusia, los trenes alemanes, universidades chinas, cines en Corea del Sur, empresas en Japón, hospitales de Indonesia, policía estatal de India, hospitales de Reino Unido, telecomunicaciones españolas, la empresa francesa Renault, Fedex, PyMEs de Australia⁶. Entre los sospechosos estaban EE.UU. y Corea del Norte. EE.UU. y Reino Unido culparon a Corea del Norte, una acusación que Pyongyang negó y que calificó de «grave provocación política» (DW, 5 de enero, 2019). Por otro lado, «Microsoft responsabiliza a la Agencia de Seguridad Nacional de Estados Unidos» (BBC, 15 de mayo, 2017).

En mayo de 2021, se produjo el ataque a la empresa Colonial, uno de los mayores oleoductos de EE.UU., que paró su actividad y generó un desabastecimiento

⁴ Consultar noticia de la BBC *Qué dice el informe de inteligencia desclasificado que culpa a Rusia y a Putin de ordenar ciberataques para influir en las elecciones de Estados Unidos* (BBC, 7 de enero, 2017) (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38545605>)

⁵ Consultar noticia de la BBC: *El ciberataque de escala mundial y "dimensión nunca antes vista" que afectó a instituciones y empresas de unos 150 países* (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-39903218>)

⁶ Según la BBC en su artículo *Ciberataque masivo: ¿quiénes fueron los países e instituciones más afectados por el virus WannaCry?* (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-39929920>)

de gasolina en la costa Este de los EE.UU. y el aumento de los precios. El presidente Biden señaló la inexistencia de pruebas orientadas al Kremlin, pero afirmó que el grupo responsable, Darkside, que extorsionó a Colonial, opera desde Rusia (Mars, 13 de mayo, 2021).

Otro ciberataque atribuido a Rusia fue el de 28 de mayo de 2021. *Un ciberataque de origen ruso vuelve a golpear al Gobierno de Estados Unidos* titulaba el periódico El País (Monge, 28 de mayo, 2021). El ciberataque al sistema de correo utilizado por la Agencia de Ayuda Internacional (USAID) del departamento de Estado de EEUU, desde donde prometía supuestamente USAID dar más información sobre el fraude electoral «Alerta especial de USAID: Donald Trump ha publicado nuevos documentos sobre el fraude electoral» (Monge, 28 de mayo, 2021), fue atribuido a piratas informáticos vinculados al espionaje ruso, al grupo Nobelium. El ataque se produjo semanas antes de la reunión entre Biden y Putin, en junio de 2021.

Ante tantos ataques el presidente Biden dio por ciertas las sospechas de injerencia rusa en EE.UU. y por primera vez apuntó al Servicio de Espionaje Ruso (Pérez Cruz, 16 de abril, 2021) e impuso sanciones, pero los ataques aumentan usando nuevas herramientas para evitar ser detectados.

Si bien EE.UU. ha sido el principal objetivo del ataque, también se ha apuntado a organizaciones al menos de 24 países y según explicó Microsoft «Estos ataques parecen ser la continuación de los múltiples intentos de Nobelium de atacar agencias gubernamentales relacionadas con la política exterior, a fin de obtener información válida para el espionaje ruso» (Pérez Cruz, 16 de abril, 2021).

Hoy en día, en la guerra entre Rusia y Ucrania advertimos además del ataque armado, el ataque cibernético. A estos ataques se les conoce como guerra híbrida. En palabras de Hoffman, es una amenaza híbrida «cualquier adversario que emplee de manera simultánea y adaptativa una mezcla fusionada de armas convencionales, tácticas irregulares, terrorismo y comportamiento criminal en el espacio de batalla para lograr sus objetivos políticos» (Hoffman, 2009, p. 3). Fridman se refiere como tal a algún tipo de mezcla entre diferentes medios y métodos militares y no militares de confrontación (Fridman, 2018). Ambos ataques son propios de las guerras de este siglo, cuyas consecuencias pueden ser parecidos a los armados, aunque hasta la fecha, afortunadamente, no hemos presenciado consecuencias similares a los armados.

Hoy, «lo ciber se ha convertido en una herramienta muy seria para perturbar a la sociedad con fines militares» (McGuinness, 6 de mayo, 2017), pero

los ataques de alto nivel con alto impacto siguen siendo raros. En la mayoría de los casos, los medios cibernéticos se utilizaron para llevar a cabo acciones perturbadoras, y de desestabilización del entorno político, y raramente para la destrucción, por las dificultades para lograr efectos claramente controlables y por las estrategias de contención de los Estados. En cambio, la gran mayoría de los ciber incidentes a los que se enfrentan cotidianamente, empresas y particulares no reciben la misma atención mediática (Fonfría & Duch-Brown, 2020, p. 4).

En estos ataques, las víctimas y los atacantes pueden ser diversos, donde el anonimato del atacante impide al o los Estado/s atacados conocer si detrás está algún Estado, a fin de adoptar los mecanismos establecidos por el DI para defenderse, como la represalia o legítima defensa. Es habitual la sospecha y los indicios contra un Estado, pero sin pruebas contundentes.

Lo cierto es que existe relación entre los ciberataques y los temas geopolíticos y económicos (Chiappetta, 2019; Kausch, 2017). Como dice Kausch, a medida que las amenazas cibernéticas y las amenazas físicas se vuelvan indivisibles, es probable que la «geopolítica cibernética» esté a la vanguardia de la futura competencia geopolítica (Kausch, 2017, p. 2).

En los ataques armados en Estonia, Georgia y Ucrania se han utilizado y utilizan ataques cibernéticos. Con otros países las malas relaciones político-sociales también repercuten en los ataques cibernéticos. Hoy por hoy la animadversión de Rusia hacia los Estados de la OTAN y otros que apoyan a Ucrania en esta guerra, que dura tanto y que tanto daño ocasiona, va creciendo y convierte a estos en el punto de mira de Rusia.

Dadas las dificultades para identificar y determinar la responsabilidad de los ciber atacantes, Cocchine propone acudir a la diligencia debida que implica la obligación del Estado de garantizar la no vulneración de intereses y derechos de los demás Estados, dentro de su territorio o jurisdicción y ante su incumplimiento atribuir responsabilidad internacional por no adoptar las medidas necesarias para evitar un hecho ilícito internacional. Este estándar,

sería extensible por analogía a las operaciones cibernéticas bajo la forma de un nuevo criterio de “ciberdiligencia debida”. Este concepto tiene dos ventajas frente a la regla tradicional de atribución. Uno, soslayaría el problema de atribución técnica de un ciberataque, porque impondría a los Estados vigilar a priori las actividades informáticas potencialmente dañinas desarrolladas en su interior. Dos, la ciberdiligencia debida facilitaría la atribución jurídica, porque atribuiría la responsabilidad internacional al Estado que no adopte las medidas preventivas útiles para evitar un ciberataque que cause “daños significativos” a otro. Todo ello sin necesidad de averiguar el “control efectivo” del Estado territorial sobre el grupo no estatal autor del ciberataque, como pide la regla clásica de la atribución (Cocchine, 2021, p. 3).

La «ciberdiligencia debida» incluiría el deber de reaccionar y de prevenir (Cocchine, 2021, p. 3).

Un ciberataque a escala nacional es un problema que afecta a la sociedad, su seguridad y el orden público. El Estado tiene la obligación de asegurar un orden social en el que los derechos y las libertades fundamentales puedan realizarse plenamente (Tikk, Kaska, & Vihul, 2010, p. 104).

2.3. La ciberseguridad y su fortalecimiento frente a los ciberataques

Los orígenes de la palabra «ciberseguridad» se remontan al año 2000 y se desarrolla con un enfoque multidisciplinar, ya que antes se hacía referencia a la protección de la información conocida como «seguridad informática» (Fonfría & Duch-Brown, 2020, p. 2). Su desarrollo es paralelo al desarrollo tecnológico y como respuesta a los ciberataques. La necesidad de las empresas, los Estados u otros organismos de proteger su información, es cada vez mayor. Estos hechos son reprochables moralmente, pero jurídicamente aún, en su mayoría, no han sido regulados, a nivel nacional ni internacional.

Desde la década de los noventa, dice Fonfría, se advierte un cambio cualitativo en la percepción de las amenazas.

Gradualmente, se estableció una conexión entre infraestructuras de información y las denominadas infraestructuras críticas, aquellas en la que un fallo o un deterioro

sustancial podría tener consecuencias dramáticas para la sociedad. La implantación de las tecnologías de la información en estas estructuras es una tendencia que avanza rápidamente y que genera enormes riesgos de ciberseguridad. Basta recordar la cantidad de ciberataques recibidos por hospitales durante la pandemia del COVID-19 para hacerse una idea de los riesgos asociados (Fonfría & Duch-Brown, 2020, p. 3).

En este Siglo se ha aceptado que la «seguridad cibernética» debe identificarse como una preocupación para la seguridad nacional e internacional y por ello, las soluciones de ciberseguridad deben estar guiadas y apoyadas con leyes y prácticas integrales (Tikk, Kaska, & Vihul, 2010, p. 7).

Así, la ciberseguridad es el conjunto de mecanismos, herramientas, estrategias y medidas de protección adoptadas por diferentes entes para proteger su ciberespacio, y evoluciona conforme a las nuevas amenazas y ataques. Los Estados han adoptado medidas como el instituto Nacional de Estándares y Tecnología en EE.UU.; el Centro Nacional de Seguridad Cibernética en Reino Unido, el Centro Australiano de Seguridad Cibernética en Austria, el INCIBE en España⁷, el «gran firewall» –proyecto Escudo Dorado– en China, un sistema de censura. También la Unión Europea⁸ (Piernas López, 2020, p. 203), la OTAN⁹, y la ONU¹⁰. Estados y OOI coinciden en la necesidad de una cooperación eficaz para enfrentarlos. El objetivo de la ciberseguridad es garantizar y proteger los intereses de los distintos entes. Para Fonfría, los Estados asumen nuevas funciones que coinciden con las tres fases de la política de ciberseguridad. Aparece como propietario de redes o sistemas de información que pueden estar en peligro; como el responsable que debe resolver el problema (política de seguridad), y el Estado –o ciertas unidades individuales del Estado– como causante del problema. Las funciones son cada vez mayores y aumenta la complejidad del ámbito de la política de ciberseguridad.

3. La aplicación del Derecho internacional a los ciberataques

La tecnología avanza y con ella los riesgos de ataques cibernéticos entre Estados. El DI, desde 1945 en adelante, ha ido regulando diversos aspectos que han ido surgiendo en la sociedad internacional, y teniendo en cuenta que el problema del ciberespacio es relativamente nuevo, es importante conocer el avance o inacción del DI frente a este espacio y a los problemas que surgen a través de esta vía.

El análisis de los instrumentos internacionales, aplicables a los ataques en los espacios tradicionalmente conocidos, es necesario para ver si son o pueden ser aplicables al ciberespacio. Los Estados son los encargados, mediante normas internacionales, de restablecer el control del uso indebido del ciberespacio y como garantes de la seguridad actúan maximizando el poder o la seguridad o minimizando amenazas (Fonfría & Duch-Brown, 2020, p. 3). Así, la ciberdefensa debe abordarse a nivel internacional (Tikk, Kaska, & Vihul, 2010, p. 7).

⁷ En 2013 se ha aprobado la Estrategia de Ciberseguridad Nacional por el Consejo de Seguridad Nacional, y basada en esta en 2019, el Plan Nacional de Ciberseguridad, que constituye el primer nivel en la planificación de la Estrategia de Ciberseguridad Nacional.

⁸ Agencia Europea de Seguridad de las redes y la información (ENISA), creada en el 2004 (https://europa.eu/european-union/about-eu/agencies/enisa_es). Un amplio estudio sobre la Ciberdiplomacia y Ciberdefensa en la Unión Europea véase en Piernas, 2020.

⁹ Creó en el 2008, el Centro de Excelencia Cooperativa y Defensa Cibernética de la OTAN con sede en Tallin, Estonia (<https://ccdcoe.org/>).

¹⁰ Cfr. Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta de la ONU sobre Ciberseguridad. Un acuerdo producto del consenso de 193 Estados (<https://front.un-arm.org/wp-content/uploads/2021/03/Final-report-A-AC.290-2021-CRP.2.pdf>).

3.1. La Carta de las Naciones Unidas y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales

El desarrollo de la tecnología es un gran avance en muchos aspectos (Morán Blanco, 2017, p. 199)¹¹, pero su mal uso genera problemas en la seguridad de los Estados, de las personas, y de las empresas.

El art. 1 de La Carta señala como uno de sus propósitos el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales; y el art. 2, los principios básicos que rigen el comportamiento de los Estados miembros, entre ellos, la igualdad soberana de los Estados, la integridad territorial, la prohibición del uso de la fuerza, el arreglo de controversias por medios pacíficos, de tal forma que no se pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales, la justicia, la integridad territorial, etc. Estos principios fueron recogidos y ratificados en la Resolución 2625 (ONU, 1970, p. 11).

Para mantener la paz y la seguridad internacionales, el capítulo VII le otorga el papel de gestor de las medidas a adoptar al Consejo de Seguridad. En este contexto nos preguntamos ¿los ataques cibernéticos que representen una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz, pueden ser abordados bajo el capítulo VII? ¿pueden calificarse como agresión?, es decir, ¿una ciberamenaza, un ciberataque puede alterar la paz y la seguridad internacionales? ¿el Consejo de seguridad tiene facultad para pronunciarse sobre ellos? *A priori* la respuesta es no, porque cuando se adoptó La Carta en 1945, el objetivo de los Estados era mantener la paz y la seguridad internacionales de los ataques armados; se referían al uso de la fuerza por las fuerzas armadas (FFAA) y justamente para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz se adoptaron medidas colectivas (Cap. VII). El fin era evitar cualquier acto de agresión y esta se refería al ataque armado.

Conforme a la Resol. 3314 de la Asamblea General (AG) de la ONU (1974) la agresión es «el uso de la fuerza por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado, o en cualquier otra forma incompatible con la Carta de la ONU». Los actos de agresión están vinculados con las FFAA –invasión, ataque, bombardeo, el envío por un Estado, o en su nombre de bandas armadas, grupos irregulares o mercenarios que lleven a cabo uso de la FFAA contra otro Estado de tal gravedad que sean equiparables a los actos de agresión– (art.3).

Si bien los Estados al adoptar la Carta no se planteaban ni remotamente la regulación del ciberespacio ni de los ciberataques, no se puede descartar la posibilidad de que los ataques en el ciberespacio puedan afectar el concepto de amenaza, ya que cualquier ciberataque a un Estado estaría afectando el principio de soberanía de los Estados, e incluso alterando la paz y la seguridad internacionales, según las consecuencias y los efectos que pueden ocasionar. Si bien el ciberespacio, como ha señala Tsagourias, no ha adquirido ningún estatus legal especial en el Derecho internacional, pero las categorías y principios legales existentes, como el principio de soberanía, se han aplicado al ciberespacio y se utilizan para explicar su estatus legal. Dice este autor que el principio de soberanía no es solo un principio legal independiente, sino que también produce consecuencias legales, es decir, hay una reducción de la soberanía en el ciberespacio, aunque esto no significa, que no

¹¹ En palabras de Morán, el desarrollo de tecnología de la información y las comunicaciones ha generado un nuevo espacio de relación que otorga beneficios y ventajas también en el ámbito internacional, y tiene como características: la rapidez y facilidad de los intercambios de información y comunicación, la ubicuidad y el bajo coste, la efectividad y el impacto.

haya controversias sobre su alcance y contenido o que no se necesiten aclaraciones adicionales. Requieren interpretación y contextualización. Lo que es cierto es que el principio de soberanía se aplica y seguirá aplicándose en el ciberespacio dando forma y racionalizando el comportamiento estatal y las normas internacionales que se aplican o se aplicaran en el futuro al ciberespacio (Tsagourias, 2021, p. 31).

Lo cierto es que los ataques producidos en el ciberespacio pueden tener los mismos efectos que los ocasionados por el uso de la fuerza al que se refiere la Carta y afectar la soberanía del Estado. Ante esta situación Roscini se pregunta si un ciberataque es una acción por debajo del umbral del uso de la fuerza, o un uso de la fuerza, o un uso de la fuerza equivalente a un ataque armado, y concluye que la fuerza cibernética, a diferencia de las operaciones de la CNE, puede calificarse como un uso de la fuerza «armada» en el sentido del art. 2.4, y que solo los ataques cibernéticos a gran escala en infraestructuras críticas que resulten en daños físicos significativos o pérdidas humanas comparables a las de un ataque armado con armas convencionales darían derecho al Estado víctima a la legítima defensa (art. 51 de la Carta) (Roscini, 2010, p. 130). Hay alguna práctica estatal relevante y *opinio iuris* sobre el derecho a la autodefensa contra ataques cibernéticos, lo que podría conducir a la formación de una norma consuetudinaria, aunque la ambigüedad de la posición de ciertos Estados y OOII, hace que sea difícil predecir su resultado (Roscini, 2010, p. 130).

Hoy por hoy, conforme al DI, la violación del principio de soberanía y el uso de la fuerza (*ius cogens*), generan responsabilidad internacional, y su cumplimiento es obligatorio para todos los Estados, hayan o no ratificado un tratado internacional (Quispe Remón, 2012, p. 169), salvo legítima defensa, y un ciberataque con consecuencias similares al uso de la fuerza, debería generar responsabilidad internacional, siempre que se determina e identifique al autor.

Los principios del art. 2 de la Carta estaban pensados para respetar y proteger la soberanía de los Estados sobre los espacios que tradicionalmente se encuentran bajo su jurisdicción, es decir, el espacio terrestre, marítimo y aéreo, en los que se incluyen el espacio ultraterrestre y los espacios polares a los que se suma el ciberespacio, «un nuevo teatro de operaciones de diverso alcance y naturaleza», como un sexto elemento (Gutiérrez Espada, 2020, p. 242). Ese espacio virtual cuyos límites son una tarea casi imposible de determinar porque como dice De Faramiñan,

al no ser un espacio físico, sino una realidad virtual que se articula con el enjambre de los ordenadores, servidores y redes del mundo ha generado un ámbito de ilegalidad a través del cibercrimen, del ciberterrorismo y la ciberguerra en su uso malsano. Si bien la ciberguerra es la amenaza más importante, que como principal arma utiliza artificios cibernéticos, tales como los virus informáticos, de tal modo que se les ha bautizado como “armas de interrupción masiva” por el descalabro que puede provocar colapsando los sistemas de vida de una población (2021, p. 528).

No olvidemos que el Estado es una entidad territorial y no virtual como el ciberespacio. La prohibición del uso de la fuerza se refiere a las medidas a adoptar ante ataques armados por parte de los Estados, con excepción de la legítima defensa. Las «guerras» a las que se enfrenta la sociedad actual van más allá del uso de las armas, entendidas como tales; hoy se habla de armas cibernéticas o guerras cibernéticas. Algunos consideran a la ciberguerra como la amenaza más importante que el ciberespacio nos trae. Nos recuerda Gutiérrez Espada que antes de la llegada de internet, las guerras se libraban en los espacios físicos, y es desde la década de los noventa con el desarrollo de la infraestructura tecnológica y el uso de las redes cuando el ciberespacio se convierte en un nuevo campo de batalla posible para las

guerras (Gutiérrez Espada, 2020, p. 242). Los efectos pueden ser letales, causando daños económicos, sociales, humanos e inestabilidad política.

Finalmente, los arts. 2.4 y 51 de la Carta se aplican a cualquier uso de la fuerza, al margen de las armas utilizadas conforme dijo la Corte Internacional de Justicia en la opinión consultiva sobre la Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (1996) que ha sido corroborado por el Grupo de Expertos de Tallin de 2013 (Cocchine, 2020, p. 255).

3.2. Los principios básicos del Derecho internacional: Resolución 2625 (1970)

Esta resolución desarrolla los principios del art. 2 de la Carta, e incorpora otros, y los reconoce como «principios básicos del Derecho internacional». Establece que todos los Estados en sus relaciones internacionales se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de la ONU. Deja dicho que una guerra de agresión constituye un crimen contra la paz que entraña responsabilidad, y que todo Estado tiene el deber de abstenerse de organizar o fomentar la organización de fuerzas irregulares o de bandas armadas, para hacer incursiones en el territorio de otro Estado, de abstenerse de organizar, instigar, ayudar o participar en actos de guerra civil o en actos de terrorismo en otro Estado, o de consentir actividades organizadas en su territorio para la comisión de tales actos, cuando los actos a que se hace referencia impliquen el recurrir a la amenaza o al uso de fuerza.

Establece la obligación de no intervenir ni directa ni indirectamente en los asuntos de jurisdicción interna de los Estados. Así, son violatorios del DI, no solo la intervención armada, sino cualquier otra forma de injerencia o de amenaza que atente la personalidad del Estado, o de los elementos políticos, económicos y culturales que lo constituyen.

Ningún Estado puede aplicar o fomentar el uso de medidas económicas, políticas o de cualquier otra índole para coaccionar a otro Estado a fin de lograr que subordine el ejercicio de sus derechos soberanos y obtener de él ventajas de cualquier orden. También deberán abstenerse de organizar, apoyar, fomentar, financiar, instigar o tolerar actividades armadas, subversivas o terroristas encaminadas a cambiar por la violencia el régimen de otro Estado y de intervenir en una guerra civil de otro Estado (Resolución 2625 [1970]).

Reconoce el derecho inalienable de los Estados de elegir su sistema político, económico, social y cultural sin injerencia de ningún tipo, y conducir sus relaciones internacionales en lo económico, social, cultural, técnico y comercial, conforme con los principios de igualdad soberana y no intervención. Los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales de buena fe y vivir en paz con los demás. En este sentido, los hechos cometidos a través del ciberespacio por un Estado contra otro Estado con el fin de causar daños, puede considerarse como un acto al que se le aplique la Carta y los principios.

Por otro lado, el Estado que recibe un ciberataque podría acudir a la legítima defensa, pero esto tiene un hándicap, la identificación del agresor, ya que no es tarea fácil y menos inmediata, lo que descartaría su aplicación. Si transcurrido un tiempo se identifica al autor del ciberataque, ya no prosperaría, dado que la inmediatez es un requisito de este principio. Ejercerla más allá de la inmediatez constituiría una violación del DI.

La legítima defensa sería posible frente a un ciberataque que no llega al umbral de un ataque armado, pero que prepara un inminente ataque armado con armas convencionales (Roscini, 2010, p. 130). La ausencia de fronteras en el ciberespacio y la posibilidad que el perpetrador se esconda detrás de *botnets* (Albert Ferrero, 2013, p. 84)¹² o suplantación de IP, podría dificultar la identificación del origen del ciberataque y la aplicación de la ley de responsabilidad estatal, y dado que, en ocasiones, estos ataques provienen de diversos puntos, la represalia se hace difícil porque atacar a los atacantes no surtiría efecto por la imposibilidad de concentración de objetivos y por la duda de si el atacante realizó el ataque deliberadamente o su infraestructura fue secuestrada sin su conocimiento (Ganuza Artilles, 2011, p. 173). Así, el concepto de disuasión en el ciberespacio debe cambiar y basarse en la prevención y en una colaboración internacional y no en una represalia inmediata.

3.3. Ausencia de Tratados que regulen el ciberespacio

Los ataques son cada vez más frecuentes y los mecanismos para repeler inexistentes, por ello la necesidad de saber la forma en que el DI enfrenta estos entre Estados. Qué órgano u órganos serían los competentes para conocer y determinar las responsabilidades.

No existen tratados que regulen específicamente los ciberataques ni el ciberespacio, ni órganos internacionales con competencia expresa para conocer los ciberataques entre sujetos de DI. No obstante, muchos autores coinciden que el DI en vigor es aplicable a las actividades humanas en el ciberespacio, especialmente las que se refieren al uso de la fuerza y a la responsabilidad internacional que resulte de su empleo ilegal (Gutiérrez Espada, 2020, p. 239). Se están refiriendo al entramado jurídico mencionado, la Carta de la ONU, la Resolución 2625 y otros documentos de la ONU. En la misma línea, sobre la necesidad de un tratado internacional que prohíba el uso de la fuerza cibernética entre los Estados, Roscini nos recuerda que la guerra cibernética ya es una realidad y, ante la ausencia de reglas específicas de *ius ad bellum*, nos quedamos con las disposiciones contenidas en la carta de la ONU y en el DI consuetudinario. Estas reglas parecen ser lo suficientemente flexibles como para extenderse a armas que no existían cuando se concibieron: después de todo, esto ya sucedió en el pasado con respecto a las armas nucleares (Roscini, 2010, p. 130).

Por ello, para Fidler, gran parte de las normas que se aplican a problemas de ciberseguridad proceden de pre-derecho internacional cibernético, entre ellos, los principios de no intervención, no uso de la fuerza y ataques sobre objetivos civiles en conflictos armados. La excepción es el espionaje porque el DI no lo prohíbe ni regula (Fidler, 2015, p. 11). Muchos autores coinciden en las dificultades para aplicar el Derecho internacional al ciberespacio (Tsayourias & Buchan, 2021)

En este contexto, Chiappetta recomienda que las naciones se unan para formular leyes y que los órganos de gobierno controlen el uso de armas cibernéticas entre los Estados. Es necesario aumentar la coordinación internacional en este espacio y proteger la resiliencia y la estabilidad de la economía digital mundial. La falta de política hace que los actores malintencionados utilicen como deseen internet, sin ninguna consecuencia (Chiappetta, 2019, p. 72).

¹² Definido como un conjunto de robots informáticos que actúan automáticamente. Se emplea para enviar correos basura no solicitados con fines publicitarios (spams) a direcciones de correo electrónico y para descarga de ficheros que ocupan gran espacio y que consumen gran ancho de banda, o que se reciben, sin permiso o autorización del receptor y de remitentes desconocidos en la mayoría de los casos, con fines publicitarios.

4. Las medidas adoptadas sobre la regulación en el ciberespacio en los últimos años desde el Derecho internacional

Además del DI preexistente, los Estados y las OOI están adoptando medidas para garantizar la seguridad en el ciberespacio a fin de proteger la seguridad del Estado y la de su población. La aproximación de la doctrina a la ciberseguridad se ha producido desde el punto de vista de la seguridad colectiva (Segura Serrano, 2017, p. 291). Sobre la naturaleza jurídica del ciberespacio, por cuanto la infraestructura de internet es tanto pública como privada y que las normas que se le aplican son nacionales e internacionales, Segura Serrano opta por el concepto de *commons* «imperfecto» cuya caracterización «apunta a que podría alcanzarse en un futuro un régimen jurídico claramente internacionalizado para los recursos básicos del ciberespacio, siguiendo los contornos del concepto de patrimonio común de la humanidad» (Segura Serrano, 2017, p. 292).

Si bien hay un consenso sobre la aplicación de normas preexistentes al ciberespacio, esto no significa que el problema esté resuelto, es más, la regulación adecuada conforme a los desafíos que plantea el tema constituye un gran reto para el DI. Urge la adopción de normas específicas que regulen el ciberespacio, y en este camino resultará muy útil, como señala Gutiérrez Espada, «la concertación de un texto internacional con el acuerdo de los Estados sobre los Principios jurídicos fundamentales del DI» (Gutiérrez Espada, 2020, p. 242). Es indispensable la adopción de un tratado específico para su regulación en la que los Estados juegan un papel determinante a través de su soberanía. Pero como señala Tsagourias refiriéndose al ciberespacio «la producción de leyes no es un resultado inevitable de la soberanía porque la soberanía también puede frustrar el proceso internacional de producción de leyes. Sin embargo, si los intereses y necesidades de soberanía de los estados comienzan a converger en torno a ciertos temas, la soberanía puede generar nuevas leyes. Aunque esto parece ser inalcanzable en este momento» (Tsagourias, 2021, p. 31).

Un aspecto a tener en cuenta en la aplicación de la Carta en el ciberespacio es que conforme al capítulo VII, es el Consejo de Seguridad el que adopta las sanciones y si detrás de un ataque cibernético está un Estado miembro del Consejo de Seguridad con derecho a veto, no habrá sanción por parte de la ONU. Esta es una dificultad estructural para tener en cuenta, más aún en este espacio. La realidad muestra que la aplicación de la Carta respecto al uso de la fuerza en espacios tradicionalmente conocidos no surte efectos, es más, es inexistente. Lo estamos viendo en el caso de la invasión de Rusia a Ucrania (Quispe Remón, 2022, pp. 1-9).

4.1. Adopción de Adopción de decisiones en el marco de las Naciones Unidas: El papel de la Asamblea General

La seguridad de la información es un tema que forma parte del programa de la ONU desde que Rusia presentó en 1998 el proyecto de resolución en la Primera Comisión de la AG, «los avances en la informatización y telecomunicaciones en el contexto de la seguridad nacional» que fue aprobada en enero de 1999 (A/RES/53/70).

En esta Resolución, la AG reconoce que los avances científicos y tecnológicos pueden tener aplicaciones civiles y militares, y destaca la importancia de mantener y fomentar el progreso científico y tecnológico en bien de las aplicaciones civiles. Resalta la importancia de los avances para el desarrollo de la civilización, la ampliación de las oportunidades de cooperación para el bien común de todos los Estados, cuya eficacia está condicionada a una amplia cooperación internacional.

Muestra preocupación ante la posibilidad de que estos medios y tecnologías se utilicen con fines incompatibles a garantizar la estabilidad y la seguridad internacionales y afecten negativamente a la seguridad de los Estados. Incide en que se debe impedir la utilización ilícita de los recursos y las tecnologías de la información con fines delictivos o terroristas.

En este contexto pide a los Estados que promuevan el examen multilateral de los peligros actuales y posibles en el ámbito de la seguridad de la información, así como una participación activa, haciendo llegar al Secretario General (SG) sus opiniones y observaciones sobre: la evaluación general de los problemas de la seguridad de la información, determinación de criterios básicos relacionados con la seguridad de la información, en particular con la injerencia no autorizada o la utilización ilícita de los sistemas de información y de telecomunicaciones y de los recursos de información. Asimismo, ve la conveniencia de elaborar principios internacionales que aumenten la seguridad de los sistemas de información y de telecomunicaciones mundiales y ayuden a luchar contra el terrorismo y la delincuencia en la esfera de la información.

Desde entonces se han adoptado diversas resoluciones en las que se plasman, la importancia del avance de la tecnología y los medios de información para el desarrollo.

Solicita al SG el estudio de los peligros reales y potenciales en la esfera de la seguridad de la información y las posibles medidas de cooperación para reducirlos, y la preparación de un estudio con la asistencia de un grupo de expertos gubernamentales¹³. En 2004 teniendo en cuenta la Resol. 58/32, el SG estableció el grupo de expertos, y examinó las amenazas reales y potenciales en el ámbito de la seguridad de la información y las posibles medidas de cooperación para enfrentarlas, así como los conceptos internacionales pertinentes orientados a fortalecer la seguridad de los sistemas mundiales de información y telecomunicaciones. Desde la Resol. 53/70, el SG incluye en sus informes anuales un punto «los avances en la informatización y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional», con las opiniones de los Estados Miembros.

Más tarde mediante la Resol. 60/45 del 8 de diciembre de 2005, la AG reitera las resoluciones anteriores y pide a los Estados «seguir promoviendo el examen multilateral de las amenazas reales y potenciales en el ámbito de la seguridad de la información y de posibles medidas para limitar las amenazas que surjan en ese sentido de manera compatible con la necesidad de preservar la libre circulación de la información». Se deben revisar los conceptos internacionales pertinentes orientados a fortalecer la seguridad de los sistemas mundiales de información y telecomunicaciones. Reitera al SG que, con asistencia del Grupo de expertos Gubernamentales sobre avances en la Información y las Telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional (GEG) que se establecerá en 2009, siga examinando las amenazas reales y potenciales en el ámbito de la seguridad de la información y las posibles medidas de cooperación para enfrentarlas. Desde el 2010, el SG presenta informes anuales a la AG con las opiniones de los Estados Miembros de la ONU sobre el tema¹⁴.

¹³ A/Res/57/53, de 30 de diciembre de 2002 (<https://www.itu.int/net/wsis/docs/background/resolutions/57-53-es.pdf>)

¹⁴ Entre los informes se tiene: A/65/154 (2010), A/66/152 y A/66/152/Add.1 (2011), A/67/167 (2012), A/68/156 y A/68/156/Add.1 (2013), A/69/112 y A/69/12/Add.1 (2014), A/70/172 (2015).

4.2. Primer informe del Grupo de Expertos Gubernamentales

En 2010, mediante Resol. 65/201, la AG presentó el primer informe «Avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional» del GEG sobre los avances en la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional, creado en 2009 conforme a la Resol. 60/45. De este informe se advierte que las amenazas reales y potenciales en la esfera de la seguridad de la información constituyen uno de los problemas más graves del siglo XXI. Las fuentes de estas amenazas son diversas y se manifiestan como actividades desestabilizadoras dirigidas por igual contra particulares, empresas, elementos de la infraestructura nacional y gobiernos. Sus efectos generan grandes riesgos para la seguridad pública, la seguridad de las naciones y la estabilidad de la comunidad internacional en su conjunto.

El uso creciente de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) en infraestructuras esenciales crea nuevos puntos vulnerables y oportunidades para la desestabilización. Por la compleja interconectividad de las telecomunicaciones y de internet, cualquier dispositivo de las TIC puede llegar a ser una fuente o blanco de un uso indebido cada vez más refinado. Reconocen que las tecnologías, por su naturaleza, son de doble uso; por un lado, apoyan a un robusto comercio electrónico, y por otro pueden ser utilizados para amenazar la paz internacional y la seguridad nacional.

El origen, la identidad del autor o los móviles pueden resultar difíciles de determinar, pero por los blancos elegidos, los efectos provocados u otras pruebas que evidencien los hechos pueden deducirse los autores, que pueden estar en cualquier parte del mundo. Estas características, dicen, son las que facilitan el empleo de las tecnologías de la información y las comunicaciones para causar perturbaciones.

La incertidumbre en cuanto a la atribución y la falta de una comprensión común crea el riesgo de inestabilidad y de percepciones erróneas. Señalan que cada vez son más los informes de que los Estados están desarrollando TIC como instrumentos de guerra y para fines de inteligencia y políticos. Muestran preocupación porque los particulares, los grupos u organizaciones, incluidas las delictivas, inicien por cuenta de terceros actividades desestabilizadoras en línea.

El refinamiento y la escala crecientes de la actividad delictiva aumentan la probabilidad de actos perjudiciales. El GEG deja dicho que, si bien no son muchas las indicaciones de uso terrorista de las tecnologías de la información y las comunicaciones para ejecutar operaciones desestabilizadoras, es posible que esto se intensifique en el futuro.

Así, para estos expertos, la lucha contra estos problemas del siglo XXI depende del éxito de la cooperación, entre asociados movidos por ideas similares. Es importante la colaboración entre los Estados y entre éstos y el sector privado y la sociedad civil, y las medidas para mejorar la seguridad de la información, y debe seguir el diálogo entre los Estados a fin de reducir los riesgos y proteger la infraestructura nacional e internacional.

Dado el trabajo del GEG, la AG pidió al Secretario General que continúe el estudio de los peligros existentes y potenciales en el ámbito de la seguridad de la información y las posibles medidas de cooperación para enfrentarse al problema, teniendo en cuenta las evaluaciones y las recomendaciones del informe de 2010, con

la asistencia del GEG que volvería a crearse en 2012, en 2016 y con la del último GEG creado en el 2019.

4.3. Segundo informe del Grupo de Expertos Gubernamentales

El SG remite a la AG (A/68/98 de 24 de junio de 2013), el segundo informe del GEG. Se advierte la preocupación del GEG por los problemas indicados en el primer informe y una serie de recomendaciones para promover la paz y la estabilidad en el uso de las TIC por parte de los Estados. Incluye recomendaciones sobre la adopción de medidas voluntarias de los Estados para incrementar la confianza y la transparencia, y la cooperación internacional para crear capacidad en la esfera de la seguridad de las TIC, especialmente en los países en desarrollo.

De este informe se destaca que el reconocimiento de la aplicación por parte de los Estados de normas derivadas del DI vigente que sean pertinentes para el uso de las TIC, es esencial a fin de reducir los riesgos para la paz, la seguridad y la estabilidad internacionales. No descarta dadas las características singulares de las tecnologías de la información y las comunicaciones la elaboración de normas adicionales.

La conclusión del GEG en este informe es que el DI, y en particular la Carta de la ONU, son aplicables y esenciales para mantener la paz y la estabilidad y para promover un entorno abierto, seguro, pacífico y accesible para las tecnologías de la información y las comunicaciones. Señala que la soberanía del Estado, las normas y los principios internacionales que nacen de ella, son aplicables a la realización de actividades relacionadas con las TIC por parte de los Estados y a su jurisdicción sobre la infraestructura de esas tecnologías dentro de su territorio. Asimismo, que estas iniciativas deben ir de la mano del respeto de los derechos humanos (DDHH) y las libertades fundamentales reconocidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales.

Se debe intensificar la cooperación entre los Estados en la lucha contra el uso de las TIC con fines delictivos o de terrorismo. Inciden en que los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales en relación con los hechos internacionalmente ilícitos que se les pueda imputar. «Los Estados no deben valerse de agentes que cometan esos hechos por cuenta de ellos. Los Estados deben asegurarse de que su territorio no sea utilizado por agentes no estatales para hacer uso ilícito de las TIC» (A/68/98 de 24 de junio de 2013). Hay consenso sobre la aplicabilidad al ciberespacio del DI existente, en particular la Carta de la ONU, y las reglas básicas sobre responsabilidad internacional.

4.4. Tercer informe del Grupo de Expertos Gubernamentales

En el informe de 2015 del GEG (A/70/174) se vuelve a insistir en la importancia de la tecnología, pero también en el riesgo que pueda implicar. El SG en el prólogo dice que

pocas tecnologías han sido tan poderosas como las tecnologías de la información y las comunicaciones a la hora de producir cambios en las economías, las sociedades y las relaciones internacionales. El ciberespacio afecta a todos los aspectos de nuestras vidas. Las ventajas que ofrece son innumerables, pero también conlleva riesgos. Solo se puede lograr que el ciberespacio sea un entorno estable y seguro mediante la cooperación internacional, y la base de esta cooperación deben ser el DI y los principios de la Carta de las Naciones Unidas (A/70/174).

Señala que a todos los Estados les interesa un ciberespacio más seguro, y las iniciativas que se tomen deben respetar el compromiso mundial de favorecer que internet sea abierta, segura y pacífica.

El punto III del informe se refiere a las normas, reglas y principios de comportamiento de los Estados. Un objetivo es seguir determinando qué normas pueden ser voluntarias y no vinculantes para el comportamiento responsable de los Estados y fortalecer un entendimiento común para aumentar la estabilidad y la seguridad en el entorno mundial de las tecnologías de la información y comunicaciones. Según este informe estas normas voluntarias y no vinculantes del comportamiento responsable de los Estados pueden reducir los riesgos para la paz, la seguridad y la estabilidad internacionales.

Por tanto, las normas no tratan de limitar ni prohibir acciones que, por lo demás, son compatibles con el DI. Las normas reflejan las expectativas de la comunidad internacional, establecen criterios para un comportamiento responsable de los Estados y permiten que la comunidad internacional evalúe las actividades e intenciones de estos. Las normas pueden ayudar a prevenir los conflictos en el entorno de las TIC y contribuir a su utilización con fines pacíficos para permitir que la plena realización de esas tecnologías incremente el desarrollo social y económico mundial (A/70/174).

Señalan que los informes anteriores muestran la existencia de un consenso incipiente sobre el comportamiento responsable de los Estados en lo referente a la seguridad y al uso de las TIC derivado de las normas y los compromisos internacionales existentes.

El GEG recomienda, entre otros aspectos ya mencionados en los informes anteriores, a los Estados, en consonancia con los propósitos de la ONU, su deber de colaborar en la elaboración y aplicación de medidas para incrementar la estabilidad y la seguridad en el uso de las TIC y evitar las prácticas en la esfera de las TIC que se consideran que son perjudiciales o que pueden poner en peligro la paz y la seguridad internacionales.

Deja dicho que los Estados, para garantizar la utilización segura de las TIC, deben acatar las resoluciones 20/8 y 26/13 del Consejo de DDHH sobre la promoción, la protección y el disfrute de los DDHH en internet, así como las resoluciones 68/167 y 69/166 de la AG sobre el derecho a la privacidad en la era digital, a fin de garantizar el pleno respeto de los DDHH, incluido la libertad de expresión. Incide en la importancia de la cooperación y al derecho inmanente de adoptar medidas compatibles con el DI.

El punto VI aborda la aplicación del DI al uso de las TIC. «La adhesión de los Estados al DI, en particular a las obligaciones que les competen en virtud de la Carta, constituyen un marco esencial para sus acciones en lo que respecta a la utilización de las TIC, así como para promover un entorno abierto, seguro, estable, accesible y pacífico en la esfera de estas tecnologías» (A/70/174).

El GEG considera esencial el compromiso de los Estados con los principios de la Carta y otras normas de DI, para la aplicación del DI a la utilización de estas tecnologías.

«La soberanía de los Estados y las normas y principios internacionales dimanantes de la soberanía se aplican a la realización de actividades relacionadas con las TIC por parte de los Estados, así como a su jurisdicción sobre la infraestructura de esas tecnologías dentro de su territorio» (A/70/174). Del informe se

advierte que la forma en que el DI se aplica al uso por los Estados de las TIC es: que los Estados ostentan la jurisdicción sobre las infraestructuras de TIC ubicadas en su territorio; los Estados, en la utilización de las TIC, deben observar los principios del DI. Las obligaciones existentes en virtud del DI son aplicables al uso por los Estados de las TIC.

Subrayando las aspiraciones de la comunidad internacional de lograr el uso de la TIC con fines pacíficos para el bien común de la humanidad y recordando que la Carta se aplica en su totalidad, señala que los Estados tienen el derecho de adoptar medidas compatibles con el DI como se reconoce en la Carta. Además, se refiere a otros principios jurídicos internacionales, si procede, los de humanidad, necesidad, proporcionalidad y distinción. Señala que los Estados deben cumplir sus obligaciones internacionales en relación con los hechos internacionalmente ilícitos que se les puede imputar en virtud del DI. No obstante, para el GEG, «la determinación de que cierta actividad relacionada con las TIC se ha puesto en marcha o se ha originado de alguna manera en el territorio o en la infraestructura de las TIC de un Estado podría no ser suficiente en sí misma para atribuir dicha actividad a ese Estado» (A/70/174).

Mediante la Res. 75/32 de diciembre del 2020, la AG, con el fin de enfrentar las amenazas y garantizar un entorno abierto, confiable y seguro en la esfera de la TIC de manera compatible con la necesidad de preservar la libre circulación de la información, exhorta a los Estados Miembros a guiarse por los tres informes del GEG, así como a apoyar las medidas de cooperación mencionadas en los informes.

4.5. Código internacional de conducta para la seguridad de la información

Además, de lo mencionado *supra*, existe una iniciativa promovida por Rusia, China y otros países sobre la elaboración de nuevos acuerdos. Recordemos que fue a propuesta de Rusia que la ONU incorpora el estudio sobre las TIC y en el 2011, los Representantes Permanentes de China, Rusia, Tayikistán y Uzbekistán enviaron una Carta al Secretario General de la ONU, indicando que el desarrollo de las tecnologías más recientes de la información y la telecomunicación pueden ser usadas con fines incompatibles con los objetivos de mantener la estabilidad y la seguridad internacionales, razón por la que los problemas comunes en la esfera de la seguridad de la información se resuelvan mediante la cooperación internacional y respeto mutuo.

Con este fin estos países prepararon un código internacional de conducta para la seguridad de la información (Código de Conducta) y solicitaron la celebración de deliberaciones internacionales en el marco de la ONU sobre dicho código a fin de promover que se logre cuanto antes un consenso sobre las normas y reglas internacionales que rijan las actividades de los Estados en el espacio de la información.

En la resolución (A/66/359) de 14 de septiembre de 2011, por la que se aprueba el Código de Conducta, la AG destaca la necesidad de aumentar la coordinación y la cooperación entre los Estados en la lucha contra la utilización con fines delictivos de la tecnología de la información; reafirma la necesidad de una visión común sobre las cuestiones relativas a la seguridad de internet y el aumento de la cooperación a nivel nacional e internacional; y deja de nuevo establecido que «la determinación de las cuestiones de política pública de la internet es el derecho soberano de los Estados, que tienen derechos y responsabilidades en lo que concierne a las cuestiones de política pública que suscita la internet en el plano internacional». Considera que la confianza y a la seguridad en el uso de las TIC son

un pilar esencial de la sociedad de la información, por ello la necesidad de alentar, conforme a la resolución 64/211 de 2009 la «creación de una cultura mundial de seguridad cibernética y balance de las medidas nacionales para proteger las infraestructuras de información esenciales».

El propósito del Código de Conducta es: determinar los derechos y responsabilidades de los Estados en el espacio de la información, promover su desempeño constructivo y responsable y fomentar su cooperación para hacer frente a las amenazas y los problemas comunes en el espacio informático, para garantizar que las TIC, inclusive en red, se utilicen solo en favor del desarrollo social y económico y el bienestar de la población a fin de mantener la estabilidad y la seguridad internacionales.

La adhesión al Código es voluntaria y abierta a todos los Estados. El compromiso que adquieren, entre otros, son: Cumplir con la Carta de la ONU y otras normas reconocidas universalmente que rigen las relaciones internacionales, como el respeto a los DDHH y libertades fundamentales, a la diversidad y el sistema social de todos los países; los Estados tienen derechos y responsabilidades sobre la protección de su espacio informativo y su estructura de información crítica contra amenazas, ataques.

De lo visto, advertimos que unos apuestan por la aplicación al ciberespacio de la Carta de 1945, otras normas y principios, y otros destacan la necesidad de regular este espacio a través de un tratado específico. No hay consenso y como señala Serrano Segura, hay dos posiciones, la de EEUU y los países occidentales y la de Rusia, China y otros países.

Los primeros abogan por una aplicación analógica de las normas existentes al ciberespacio y los otros, por nuevas normas. La falta de consenso se atribuye a aspectos políticos y estratégicos, políticas (Internet abierto y protección de los derechos humanos frente a internet cerrado y mayor control estatal) como estratégicas (defensa de la actual ventaja tecnológica frente a ruptura del *statu quo*) (Serrano Segura, 2020, p. 5).

Para Cocchine, es poco probable que los Estados adopten un tratado en el campo cibernético en un futuro inmediato, así acudiendo a Tsagourias y Schimitt afirma que una de las razones está en que los Estados más vulnerables a las amenazas cibernéticas son también aquellos con más capacidades tecnológicas para realizar acciones cibernéticas, por lo que difícilmente querrán ver su libertad de acción en el ciberespacio limitada por un tratado internacional. En esa línea, dice, es más probable que vaya consolidándose una nueva interpretación en torno a las normas convencionales ya existentes, que recoja la práctica actual de los Estados sobre el *jus ad bellum* en el ciberespacio. «Con el paso del tiempo, la práctica internacional puede influenciar la interpretación y aplicación de las disposiciones contenidas en tratados internacionales, hasta dar vida –eventualmente– a una costumbre internacional» (Cocchine, 2020, p. 272).

Lo cierto es que son los Estados los responsables de garantizar un entorno seguro y pacífico en la esfera de las TIC, donde la cooperación internacional es esencial y para que ésta sea eficiente se debe establecer mecanismos para la participación del sector privado, mundo académico y organizaciones de la sociedad civil (A/RES/75/32).

Como ya se dijo, en 2019, la AG de la ONU aprobó la propuesta de Rusia, con apoyo de China, sobre la regulación del cibercrimen, que prevé la creación de un

comité de expertos en 2020 para elaborar una Convención internacional exhaustiva para combatir el uso de las tecnologías de comunicación e información con propósitos delictivos. Sería un tratado universal más completo a diferencia del Convenio de Budapest.

Como resumen en la tabla siguiente se presenta cronológicamente el avance del tema en la ONU.

DOCUMENTO	AÑO	TEMA/TÍTULO
RES 2625	1970	Principios básicos del Derecho internacional
RES 3314	1974	Define a la agresión «como el uso de la fuerza por un Estado contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política de otro Estado».
RES 53/70	1999	La Federación de Rusia presentó proyecto de Resolución en comisión de Asamblea General “Los avances en la informatización y telecomunicaciones en el contexto de la seguridad nacional”.
CONVENCIÓN DE BUDAPEST	2001	Primer Convenio sobre delitos cibernéticos.
RES 58/32	2004	Secretario General estableció el grupo de expertos gubernamentales (GEG), y examinó las amenazas reales y potenciales en el ámbito de la seguridad de la información y las posibles medidas de cooperación para enfrentarlas.
RES 60/45	2005	Invita a seguir promoviendo el examen multilateral de las amenazas reales y potenciales en el ámbito de la seguridad de la información y de posibles medidas para limitar las amenazas que surjan en ese sentido de manera compatible con la necesidad de preservar la libre circulación de la información.
RES 65/201	2010	Primer informe «Avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional» del GEG. Así, para estos expertos, la lucha contra estos problemas del siglo XXI depende del éxito de la cooperación, entre asociados movidos por ideas similares. Destacan la importancia de la colaboración entre los Estados y entre éstos y el sector privado y la sociedad civil, y las medidas para mejorar la seguridad de la información, y brindan recomendaciones para proseguir el diálogo entre los Estados a fin de reducir los riesgos y proteger la infraestructura nacional e internacional.
A/66/359	2011	Aprobación del Código de Conducta, preparado por Rusia, China y otros países, para la seguridad de la información y solicitaron la celebración de deliberaciones internacionales en el marco de la ONU sobre dicho código a fin de promover que se logre cuanto antes un consenso sobre las normas y reglas internacionales que rijan las actividades de los Estados en el espacio de la información. Establece: • Cumplir con la Carta de la ONU y normas reconocidas universalmente que rigen las relaciones internacionales y que consagran, entre otras cosas, el respeto a la soberanía, la integridad territorial y la independencia política de todos los Estados, el respeto a los DDHH y libertades fundamentales y el respeto a la diversidad en la historia, la cultura y el sistema social de todos los países. • No utilizar las tecnologías de la información y las comunicaciones, inclusive en red, para realizar actividades hostiles o actos de agresión, plantear amenazas a la paz y la seguridad internacionales ni contribuir a la proliferación de armas informáticas o tecnologías conexas.

DOCUMENTO	AÑO	TEMA/TÍTULO
A/68/98	2013	La conclusión del GEG en este informe es que el DI, y en particular la Carta de las Naciones Unidas de 1945, son aplicables y esenciales para mantener la paz y la estabilidad y para promover un entorno abierto, seguro, pacífico y accesible para las tecnologías de la información y las comunicaciones. Este informe deja claro, el consenso que existe sobre la aplicabilidad al ciberespacio del DI existente, en particular la Carta de la ONU, y las reglas básicas sobre responsabilidad internacional.
MANUAL DE TALLIN	2013	Documento no vinculante, pero sí de referencia para estos temas, que van en la misma línea de lo establecido en los informes, es decir, sobre la aplicación de la Carta a los hechos derivados del ciberespacio. Actualización en 2017.
A/70/174	2015	Primero, señala que, para garantizar la utilización segura de las TIC, deben acatar las resoluciones 20/8 y 26/13 del Consejo de DDHH sobre la promoción, la protección y el disfrute de los DDHH en internet, así como las resoluciones 68/167 y 69/166 de la AG sobre el derecho a la privacidad en la era digital, a fin de garantizar el pleno respeto de los DDHH, incluido el derecho a la libertad de expresión. Segundo, vuelve a reiterar que para mantener la paz y la estabilidad y fomentar un entorno abierto, seguro, estable, accesible y pacífico en la esfera de las TIC, es aplicable el Derecho internacional, en particular la Carta de la ONU
	2019	Aprobación de la propuesta de Rusia, con apoyo de China, sobre regulación del cibercrimen
RES 75/32	2020	Exhorta a los Estados Miembros a guiarse por los tres informes del GTG, así como a apoyar las medidas de cooperación mencionadas en los informes

Fuente: Elaboración propia

4.6. Otras iniciativas en el marco de las Naciones Unidas

4.6.1. La Oficina de lucha contra el terrorismo

Cuenta con un equipo especial para la lucha contra el terrorismo que ha formado distintos grupos de trabajo. El Grupo de Trabajo Sobre la Lucha Contra el Uso de Internet Con Fines Terroristas, creado para cooperar con la ONU respetando los DDHH, y teniendo en cuenta otras obligaciones que emanan del DI y estudiar formas de coordinar esfuerzos, a nivel regional e internacional, para luchar contra el terrorismo en todas sus formas en internet; y usar internet como instrumento para luchar contra la propagación del terrorismo reconociendo que los Estados pueden necesitar asistencia en esto.

Esta oficina ha puesto en marcha un programa de ciberseguridad y nuevas tecnologías para fomentar y mejorar las capacidades de los Estados Miembros y las organizaciones privadas en la prevención y mitigación del uso indebido de los avances tecnológicos por los terroristas y extremistas violentos. El fin es mitigar la amenaza y asegurar «que las nuevas tecnologías sigan siendo una fuerza para el bien y no una fuerza para el mal» (Voronkov, 26 de septiembre, 2019).

4.6.2. Relator especial sobre derecho a la privacidad

Creado en 2015 (Resol. 28/16), cuyo mandato ha ido renovándose (ONU, 2018), el último en julio del 2021, con el fin de crear un entorno digital seguro, promoviendo y protegiendo el derecho a la privacidad, un aspecto importante si se quiere garantizar

el ejercicio de otros derechos, como el desarrollo y la libre expresión, la capacidad de participar en la vida política, económica, social y cultural, entre otros. El Relator examina las políticas y las leyes gubernamentales sobre la interceptación de las comunicaciones digitales y la recopilación de datos privados; contribución para garantizar la compatibilidad de las obligaciones nacionales con las internacionales en materia de DDHH, etc.

4.6.3. Oficina de asuntos de desarme

Según la ONU, los avances más relevantes se han producido en esta oficina que, desde 2003, cuenta con un GEG; y desde 2018, con un Grupo de Trabajo de Composición Abierta que estudia, entre otros asuntos, todo lo relacionado con las amenazas existentes y potenciales en el ciberespacio, el comportamiento responsable de los EEMM en este ámbito o la aplicación del DI (ONU, 2020, p. 1).

En el 2018, la AG presentó el informe A/73/505, *Avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional*, sobre el informe de la primera comisión de Desarme y seguridad internacional. Esta Comisión presenta dos propuestas planteadas por los Estados: Una encabezada por EE.UU. y otra por Rusia. La primera, de 8 de octubre, sobre Promoción del comportamiento responsable de los Estados en el ciberespacio en el contexto de la seguridad internacional presentada por el representante de Estados Unidos en nombre de cuarenta y ocho Estados (A/C.1/73/L.3). Focaliza su atención en la importancia de aplicar los informes anteriores del GEG y en el establecimiento en 2019 de un Grupo de Expertos. La segunda, de 8 de noviembre, sobre Avances en la esfera de la información y las telecomunicaciones en el contexto de la seguridad internacional, planteada por el representante de la Federación de Rusia, en nombre de treinta Estados, que focaliza su atención en el comportamiento responsable de los Estados (A/C.1/73/L.27/Rev.1).

4.6.4. La Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) y sus avances

Tiene como fin fomentar la confianza y la seguridad en el uso de las TIC; atribuir el espectro de frecuencias radioeléctricas y las órbitas de satélite en el mundo; elaborar las normas técnicas que garantizan la interconexión de redes y tecnologías; y potenciar el acceso a las TIC para las comunidades menos atendidas del mundo¹⁵.

En 2007 lanzó la Agenda de Ciberseguridad Mundial como marco para la cooperación internacional orientado a mejorar la seguridad y la confianza en la sociedad de la información. Sus proyectos sobre la ciberseguridad son: desarrollo de Estrategias de ciberseguridad, con publicación de guías, consejos para ayudar a desarrollarlas, y un banco de datos; creación de Equipos de Respuestas a incidentes informáticos (CSIRT) para ayudar a los EEMM a crear capacidades a nivel nacional y regional, desplegarlas y ayudar a establecer y mejorar los CSIRT; realización de ciber ejercicios a nivel regional y nacional para ayudar en la preparación, la protección y las capacidades de respuesta a incidentes de los países sobre ciberseguridad; seguimiento a las estrategias de los Estados sobre ciberseguridad (Departamento de Seguridad Nacional, 14 de septiembre, 2020). Posee información de los países con Estrategias Nacionales de Ciberseguridad y una guía para crear una estrategia nacional de ciberseguridad (ITU, 2018, p. 76).

¹⁵ Ver su página web (<https://www.itu.int/es/Pages/default.aspx#/es>)

Realiza encuestas para medir el compromiso de los países con la ciberseguridad y elabora desde 2015 el *Global Cybersecurity Index* (GCI), conforme al Programa Mundial de Ciberseguridad de la UIT, analizando cinco pilares: legal, técnico, organizativo, desarrollo de capacidades y cooperación (ITU, 2018, p. 76). Del último GCI (2020) se advierte que la ciberseguridad es un problema de desarrollo y urge abordar la creciente brecha de ciber capacidad entre países desarrollados y en desarrollo fomentando el conocimiento, mejorando las habilidades y creando las competencias.

Advierte el aumento de los países en la promulgación de las leyes y regulaciones de ciberseguridad en áreas como la privacidad, el acceso no autorizado y seguridad en línea; asimismo la necesidad de establecer estrategias y mecanismos para desarrollar capacidades y ayudar a los gobiernos y a las empresas a prepararse mejor y mitigar los crecientes riesgos cibernéticos. «Más de la mitad de los países del mundo ahora tienen un equipo de respuesta a incidentes informáticos (CIRT) y casi dos tercios tienen algún tipo de estrategia nacional de seguridad cibernética que guía su postura general de seguridad cibernética» (ITU, 2020, p. iv). En este informe participaron 194 países, incluida Palestina.

La ITU durante la COVID compartió información sobre iniciativas, acciones, recursos y proyectos de ciberseguridad, dirigidas al sector público y privado, pequeñas y medianas empresas, usuarios finales y menores, creados para ayudar a garantizar que las comunidades estén conectadas de manera segura. Puso en marcha la Plataforma de Resiliencia de la Red Global para que los reguladores, los responsables políticos y actores interesados, compartan información, conozcan las iniciativas y medidas mundiales diseñadas para ayudar a garantizar que las comunicaciones permanezcan conectadas, y rentabilizar todo el poder y el potencial de las TIC en la crisis (ONU, 2020, p. 4).

4.7. Iniciativas fuera de la ONU

La OTAN promovió la adopción del Manual de Tallín (2013 y 2017) (Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence, 2017)¹⁶ que hoy constituye una referencia importante cuando se habla de qué DI es el aplicable al ciberespacio, aunque no es vinculante. Va en la misma línea de lo establecido en los informes de los GEG, es decir, la aplicación de la Carta a los hechos derivados del ciberespacio.

El Consejo de Europa adoptó el primer Convenio sobre delitos cibernéticos (Conv. de Budapest) en 2001, cuyo objetivo es hacer frente a los delitos informáticos y delitos de internet, y en 2006 el Protocolo Adicional. Es el tratado líder que armoniza las normas nacionales y facilita la cooperación en la aplicación de la ley en delitos cibernéticos (Fidler, 2015, p. 11).

Como es de observar encontramos diversas iniciativas en la ONU y en otros órganos, pero no son más que declaraciones de intenciones, sin valor jurídico.

5. Reflexiones finales

El avance de la tecnología sin duda implica desarrollo, pero el uso de la misma ha creado nuevas situaciones a las que hacer frente. Es el caso del uso del ciberespacio para atacar y dañar infraestructura estatal y perjudicar a las empresas y personas.

¹⁶ Elaborado por un Grupo de Expertos internacionales, compuesto por 20 académicos y juristas de reconocido prestigio, que vio la luz en 2012.

Ante ello, tanto los sujetos de DI como los actores nacionales e internacionales han adoptado medidas para proteger sus intereses, a través de la ciberseguridad.

Existen ciertos Estados que con frecuencia están involucrados en ataques cibernéticos, ya sea como presuntos autores o víctimas. La autoría en los ataques es difícil de determinar. Hay un común denominador en los ataques que han tenido mayor repercusión en el mundo, la influencia de la situación política en los mismos.

No hay tratados que regulen gran parte de los problemas ciber, pero sí consenso por parte de la doctrina y por parte del DI, sobre la aplicación del derecho existente al ciberespacio, es decir, la Carta de la ONU y otros instrumentos mencionados a lo largo del trabajo. No obstante, no resulta suficiente, es más, es inexistente e ineficiente en la práctica. No hay más que ver que la aplicación del capítulo VII está en manos de los cinco Estados que tienen derecho a veto y si uno de ellos está incurriendo en violación del DI, como sucede actualmente con Rusia, la Carta no se puede aplicar y por ende no se puede sancionar al violador, a pesar de estar infringiendo una norma de *ius cogens*.

Los ataques contra los sujetos de DI se incrementan, afectando a sus infraestructuras, a las empresas y a los ciudadanos. Generan inseguridad y peligro constante. Nadie escapa a ellos, la ONU fue víctima de estos ataques en julio del 2019. Estos ataques cibernéticos, que cada vez se perfeccionan más y son más sofisticados, son atribuidos a los Estados y/o grupos de cibercriminales organizados.

La ausencia de mecanismos legales hace que se incrementen los ataques y también la impunidad, porque no existen consecuencias jurídicas para los atacantes, sean éstas, personas físicas que actúen por su cuenta o con aquiescencia del Estado. Dado este contexto, la comunidad internacional tiene un reto difícil y dadas las circunstancias urge cada vez más, la regulación del régimen jurídico del ciberespacio.

La regulación del ciberespacio le corresponde al DI, pero esto pasa por la voluntad política de los Estados y su soberanía. Es necesaria una cooperación real y efectiva, con intercambio de información, para hacer frente a este problema.

Antes de la invasión de Rusia a Ucrania, los problemas ciber ya eran una prioridad, pero el incremento de su uso en esta guerra a través de los ataques cibernéticos hace que el reto que asume el Derecho internacional Público sea colosal, además de prioritario. A ello deben sumarse las campañas de sensibilización, tanto a nivel nacional como internacional, a fin de mostrar los riesgos reales a los ciudadanos.

Muchos de los Estados consideran suficiente la aplicación de las normas preexistentes que datan de mediados del S. XX. Probablemente sean adecuadas en un inicio, por la rapidez del desarrollo de la tecnología, pero no suficientes para enfrentar el problema de manera efectiva. A los hechos reales y actuales me remito.

Se requiere un tratado específico, que recoja un concepto de ciberespacio, sus alcances, límites, características, y demás aspectos. Es importante conocer taxativamente el papel de los Estados en este espacio. El desarrollo del DI del ciberespacio contribuirá también a determinar la responsabilidad internacional de los Estados por los ciberataques originados desde su territorio.

El DI es dinámico y evoluciona conforme a las necesidades que van surgiendo en la sociedad internacional y en el caso materia de estudio, no tiene por qué ser de manera diferente; por ello, se espera que vaya a la par del desarrollo tecnológico, más

si se tiene en cuenta el incremento de las amenazas y ataques a través de este espacio.

Son muchos los que abogan por la aplicación del derecho preexistente al ciberespacio, pero también existen propuestas en el marco de la ONU sobre la necesidad de una regulación específica, aunque teniendo en cuenta los intereses de los Estados, que lamentablemente siempre priman sobre el interés general, y visto la evolución en los últimos diez años, no se avizora a corto ni mediano plazo ningún instrumento global que regule el ciberespacio de manera específica.

Bibliografía

- A/HRC/RES/37/2, O. (2018). *Resolución Aprobada por el Consejo de Derechos Humanos*. ONU.
- Agencia EFE. (5 de febrero, 2015). Estados Unidos, Reino Unido y España, los más atacados cibernéticamente. *Primera hora*. <https://www.primerahora.com/noticias/mundo/notas/estados-unidos-reino-unido-y-espana-los-mas-atacados-ciberneticamente/>
- Albert Ferrero, J. (2013). La Ciberguerra. Génesis y evolución. *Revista General de Marina*, 264 (mes 1-2), 81-97.
- BBC. (7 de enero, 2017) Qué dice el informe de inteligencia desclasificado que culpa a Rusia y a Putin de ordenar ciberataques para influir en las elecciones de Estados Unidos. *BBC*. (<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38545605>).
- BBC. (15 de mayo, 2017). Microsoft responsabiliza a la Agencia de Seguridad Nacional de Estados Unidos de propiciar el ciberataque masivo que afectó al menos a 150 países. *BBC*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39918517>
- Caro Bejarano, M. (2011). Alcance y ámbito de la seguridad nacional en el ciberespacio. *Cuadernos de Estrategia*, (149), 48-82.
- Centro Criptológico Nacional. (2015). *Guía de seguridad (CCN-STIC-401), Glosario y abreviaturas*. Ministerio de la Presidencia. <https://www.ccn-cert.cni.es/es/pdf/guias/glosario-de-terminos/22-401-descargar-glosario/file?format=html>.
- Chiappetta, A. (2019). The cybersecurity impacts on geopolitics. *FormaMenta*, XIV (1), 61-74.
- Cocchine, A. (2020). ¿Es necesario un nuevo "jus ad bellum" frente al uso de la (ciber) fuerza y a los ciberataques (armados)? En M. Cervell Hortal, *Nuevas tecnologías en el uso de la fuerza: Drones, armas autónomas y ciberespacio* (págs. 249-277). Thomson Reuter Aranzadi.
- Cocchine, A. (2021). Ciberseguridad debida: ¿una actualización necesaria para el Derecho Internacional del ciberespacio? *ARI Real Instituto Elcano*, (27), 1-6.
- Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence. (2017). *Tallin Manual 2.0 on the international law applicable to cyberoperations*. Cambridge University Press.
- De Faramiñan, G. (2021). Nuevas tecnologías en el uso de la fuerza: drones, armas autónomas y ciberespacio [Recensión]. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 37, 527-530.
- Departamento de Seguridad Nacional. (14 de septiembre, 2020). 75º Aniversario de Naciones Unidas y la ciberseguridad mundial. *Departamento de Seguridad Nacional. Gabinete de la Presidencia del Gobierno*. <https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/75%C2%BA-aniversario-naciones-unidas-ciberseguridad-mundial>

- DW. (5 de enero, 2019). Seis ataques cibernéticos que sacudieron el mundo. DW. <https://www.dw.com/es/seis-ataques-cibern%C3%A9ticos-que-sacudieron-el-mundo/a-46967214>
- Fidler, D. (2015). Whither the web? International Law, Cybersecurity, and critical infrastructure protection. *Georgetown Journal of International Affairs*, 16, 8-20.
- Fonfría, A., & Duch-Brown, N. (2020). Elementos para una política de ciberseguridad efectiva. *ARI Real Instituto Elcano* (127).
- Fridman, O. (2018). *Russian 'Hybrid Warfare': Resurgence and Politicisation*. Oxford University Press.
- Ganuzza Artilles, N. (2011). Situación de la ciberseguridad en el ámbito internacional y en la OTAN. *Cuadernos de estrategia*, (149), 165-214.
- Gutiérrez Espada, C. (2020). ¿Existe (ya) un derecho aplicable a las actividades en el ciberespacio? En M. Cervell Hortal, *Nuevas tecnologías en el uso de la fuerza: drones, armas autónomas y ciberepacio* (págs. 225-248). Thomson Reuters Aranzadi.
- Hoffman, F. (2009). Hybrid vs. Compound War. The Janus Choice of Modern War: Defining Today's Multifaceted Conflict. *Armed Forces Journal*, October, 1-17.
- ITU. (2018). *Guide to developing a national cybersecurity Strategy*. ITU.
- ITU. (2020). *Global Cybersecurity Index 2020 Measuring commitment to cybersecurity*. ITU publications.
- Kausch, K. (2017). Cheap Havoc: How Cyber-Geopolitics will destabilize the Middle East. *JSTOR*, 1-17.
- Mars, A. (13 de mayo, 2021). Biden insta a Moscú a actuar contra el grupo responsable del ciberataque al oleoducto. *El País*. <https://elpais.com/internacional/2021-05-13/biden-insta-a-moscu-a-actuar-contr-a-el-grupo-responsable-del-ciberataque-al-oleoducto.html#>
- McGuinness, D. (6 de mayo, 2017). Cómo uno de los primeros ciberataques de origen ruso de la historia transformó a un país. *BBC News*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-39800133>
- Monge, Y. (28 de mayo, 2021). Un ciberataque de origen ruso vuelve a golpear al Gobierno de Estados Unidos. *El País*. <https://elpais.com/internacional/2021-05-28/un-ciberataque-de-origen-ruso-vuelve-a-golpear-al-gobierno-de-estados-unidos.html>
- Morán Blanco, S. (2017). La ciberseguridad y el uso de las tecnologías de la información y la comunicación por el terrorismo. *Revista Española de Derecho Internacional*, 69 (2), 195-221.
- Norris, M. (2013). The Law of Attacks in Cyberspace: Considering the Tallinn Manual's Definition of 'Attack' in the Digital Battlespace. *Inquiries Journal*, 5(10), 1-7.
- ONU. (1970). La declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. *RESOLUCIÓN 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970* (pág. 11). ONU.
- ONU. (2018). El derecho a la privacidad en la era digital (Resolución A/HRC/RES/37/2) Aprobada por el Consejo de Derechos Humanos). ONU.
- ONU. (2020). *75º Aniversario de Naciones Unidas y la ciberseguridad mundial*. ONU. <https://www.dsn.gob.es/es/actualidad/sala-prensa/75%C2%BA-aniversario-naciones-unidas-ciberseguridad-mundial>
- Pérez Cruz, C. (16 de abril, 2021). Biden tensa la cuerda y anuncia nuevas sanciones contra Rusia. *Ara*. https://es.ara.cat/internacional/biden-tensa-cuerda-anuncia-nuevas-sanciones-rusia_1_3949974.html.
- Piernas López, J. (2020). *Ciberdiplomacia y Ciberdefensa en la Unión Europea*. Aranzadi.
- Quispe Remón, F. (2012). Las normas de ius cogens: ausencia de catálogo. *Anuario Español de Derecho Internacional*, 28, 143-183.

- Quispe Remón, F. (2021). El Derecho internacional y los ODS: la eficacia en su cumplimiento a seis años de su puesta en marcha. *Revista Iberoamericana De Estudios De Desarrollo*, 11 (2), 196–224.
https://doi.org/10.26754/ojs_ried/ijds.690
- Quispe Remón, F. (15 de marzo, 2022). El futuro de Putin ¿condena o impunidad? *Infolibre*, 1-9.
- Roscini, M. (2010). World Wide Warfare-jus ad bellum at the Use of Cyber Force. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 14, 85-130.
- Segura Serrano, A. (2017). Ciberseguridad y Derecho Internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, 69 (2), 291-299.
- Serrano Segura, A. (2020). Ciberseguridad y normación en Derecho Interacional. *Fundación Euroarabe*, (5), 1-5.
- Tikk, E., Kaska, K., & Vihul, L. (2010). *International Cyber Incidents: legal considerations*. Cooperative Cyber Defence Centre of Excellence.
https://ccdcoe.org/uploads/2018/10/legalconsiderations_0.pdf
- Tsagourias, N. (2021). The legal status of cyberspace: sovereignty redux? En T. y. Buchan, *Research Handbook on International Law and Cyberspace* (págs. 9-31). Elgar.
- Tsagourias, N., & Buchan, R. (2021). *Research Handbook on International Law and Cyberspace*. Elgar.
- Voronkov, V. (26 de septiembre, 2019). Remarks by Mr. Vladimir Voronkov, [Discurso], Side-Event on Countering Terrorism with New and Emerging Technologies.

Aplicación de la Inteligencia Artificial a la toma de decisiones judiciales*

Application of Artificial Intelligence to judicial decision-making

Marta Cabrera Fernández
Universidad de León
ORCID ID 0009-0009-1046-2720
mcabf@unileon.es

Cita recomendada:

Cabrera Fernández, M. (2024). Aplicación de la Inteligencia Artificial a la toma de decisiones judiciales. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 183-200

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9006>

Recibido / received: 22/04/2024
Aceptado / accepted: 16/07/2024

Resumen

La Inteligencia Artificial (IA) ha irrumpido en el ámbito del Derecho para quedarse, despertando varias incógnitas acerca de su verdadero alcance y utilidad práctica. Uno de los momentos procesales que más se ha estudiado de cara a una automatización digital es la toma de decisiones judiciales, pero la incapacidad de los instrumentos de IA para motivar las soluciones que puedan ofrecer para un determinado caso limita esa sistematización. Aun así, las herramientas de IA pueden proporcionar auxilio judicial a través de algoritmos de evaluación de riesgos y otros sistemas expertos jurídicos, además de existir la posibilidad de crear tribunales digitales sin emular el razonamiento del juez y prescindiendo de la motivación en los casos simples susceptibles de una automatización también analógica. En este trabajo estudiaremos tales instrumentos de IA, su eficacia y utilidad y la afectación al deber de motivación que supondría la sustitución judicial digital.

Palabras clave

Inteligencia Artificial, Sistemas Expertos Jurídicos, algoritmos de evaluación de riesgos.

Abstract

Artificial Intelligence (AI) has broken into the legal field to stay, raising several unknowns about its true scope and practical utility. Judicial decision-making processes is one of the most studied procedural moments regarding digital automation, but the AI tools' incapability of motivating the solutions it can offer for a certain case limits that systematization. Even so, AI devices can proportionate judicial assistance through risk assessment algorithms and other legal expert systems, in addition to the possibility of creating digital courts without emulating the reasoning

* Agradezco la supervisión brindada por el Dr. Juan Antonio García Amado desde las primeras versiones de este trabajo, así como las aportaciones posteriores de las evaluaciones anónimas.

of the judge and without motivation in the simple cases susceptible of also being analogically automated. On this paper we will study such AI instruments, their effectiveness and usefulness, and the impact on the duty of motivation that digital judicial substitution would entail.

Keywords

Artificial Intelligence, Legal Expert Systems, risk assessment algorithms.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La Informática Jurídica decisional. 3. Sistemas de IA de ayuda al juez en la toma de decisiones judiciales. 3.1. Algoritmos de *risk assessment*: COMPAS y RisCanvi. 3.2. Sistemas expertos jurídicos y de predicción. 4. Sistemas de IA de sustitución del juez en la toma de decisiones judiciales. 4.1. El papel de la lógica formal en el razonamiento jurídico. 4.2. Modelización computacional del razonamiento jurídico y los tribunales digitales. 5. Propuestas de automatización de procedimientos simples en España y su afectación al deber judicial de motivación. 6. Conclusiones.

1. Introducción

La Inteligencia Artificial (IA) ha sido desarrollada por el ser humano con el objetivo de facilitar su vida cotidiana en el sentido de poder ganar más tiempo libre y trabajar de manera más eficiente. En el ámbito jurídico, la transformación digital está afectando a todos sus agentes, siendo ya varios los países que han puesto sistemas de IA al servicio de jueces, magistrados y letrados para que se apoyen en ellos a la hora de establecer algunas medidas concretas en sus resoluciones. También existen sistemas de IA capaces de predecir de manera bastante precisa el contenido de las mismas, erigiéndose como herramientas de utilidad para los abogados a la hora de preparar los argumentos que van a utilizar en un caso. Con todo ello siendo ya una realidad y, ante la inminencia del avance de este campo, surge la duda de si un instrumento de IA podría sobrepasar tal carácter auxiliar y llegar a sustituir al jurista. Concretamente, se está debatiendo acerca de la posibilidad de modelar el razonamiento humano del que se sirve un juez, atendiendo a un esquema computacional, a efectos de ser reproducido digitalmente.

En principio, no parece que tal modelización esté cerca de llevarse a cabo¹, al menos no de manera completa, pero sí podemos hablar de una sustitución parcial por parte de los sistemas de IA si se prescinde en parte del razonamiento judicial que no se haya podido emular digitalmente. Será nuestro objetivo comprobar hasta qué punto esta sustitución es loable con el deber de motivar sentencias y demás resoluciones judiciales. Además, repasaremos la función jurídico-auxiliar de la IA atendiendo a los instrumentos actualmente en uso para así poder determinar si realmente contribuye al objetivo general de la IA de ahorrar tiempo y trabajar más eficientemente o si, por el contrario, conlleva más inconvenientes que ventajas.

¹ La gran totalidad de la doctrina está de acuerdo en que un sistema de IA basado en el machine learning no va a ser capaz de replicar el proceso mental de razonamiento que sigue un jurista. Por citar algunos ejemplos de obras recientes en las que se respalda dicha opinión, está Barona Vilar (2021) o Solar Cayón (2019). Cabe destacar que este escepticismo, basado en los servicios reales que actualmente ofrecen los sistemas de IA, es predominante desde los inicios de la propia IA, como se ve en Searle (1980) y en Taruffo (1998).

2. La Informática Jurídica decisional

El concepto de Inteligencia Artificial (IA) hace referencia al intento de réplica de la inteligencia humana por parte de una máquina mediante la reproducción de razonamientos y capacidad de aprendizaje. Un sistema de IA es «un *software* que puede, para un conjunto determinado de objetivos definidos por seres humanos, generar información de salida como contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyan en los entornos con los que interactúa»².

No es de extrañar que, ante las posibilidades que abre el uso de estos sistemas, se esté prestando especial atención en los últimos años al papel que pueden tener en la esfera jurídico, la cual ya está siendo digitalizada a varios niveles de gestión. Destaca, por ejemplo, la automatización del procedimiento de cancelación de antecedentes penales (Diario del Derecho Iustel, 2022), proyecto implantado por el Ministerio de Justicia de España el 5 de mayo de 2022 en el marco de su estrategia de transformación digital. Mediante un algoritmo, en menos de diez días se cancelaron más de 40.000 causas penales, pudiendo eliminar así los antecedentes penales de miles de personas con mayor rapidez y agilidad que si el proceso lo hubiesen llevado a cabo manualmente el grupo de funcionarios que acostumbraba a hacerlo.

Sin embargo, es importante distinguir este tipo de automatizaciones de fases en un procedimiento, que se enmarcan en la Informática Jurídica (IFJ) de gestión, de la IFJ decisional. Es esta última la que será objeto de estudio de este trabajo, tanto por ser la que más desarrollo está teniendo en los últimos años como por los recientes intentos de legislación al respecto que se están dando.

La Informática Jurídica decisional, surgida a partir de la jurimetría³, se puede definir como un «instrumento orientado a la optimización de la labor de los operadores jurídicos (conocimiento, creación y aplicación del derecho)» (López Oneto, 2019, p. 166) utilizado para auxiliar en la toma de decisiones judiciales. Su mayor exponente han sido los sistemas expertos, cuya evolución ha desembocado en los actuales sistemas predictivos y las plataformas de *legal question answering*. En sus primeros esbozos eran modelos capaces de analizar legislación, jurisprudencia y documentos «para ofrecer una interpretación y argumentación de un asunto en un determinado sentido» (Barona Vilar, 2021, p. 374). Estos sistemas tenían una función asistencial al jurista, ya fuese a un abogado, ayudándole a planificar la mejor defensa para un caso, o a un juez, quien se podía servir de estos modelos para reducir su labor de búsqueda de todo el material relevante para dictar sentencia. El siguiente nivel al que se pretende llevar tales herramientas pasa porque sean «capaces de extraer argumentos directamente de los textos jurídicos» (Solar Cayón, 2019), no solo mejorando así su función de predicción del contenido de las resoluciones sino también abriendo la puerta a que expusiesen sus propios argumentos en vez de replicar aquellos presentes en los textos que analiza.

Vemos aquí una diferenciación clara entre sistemas de IA dirigidos a la asistencia jurídica y prototipos orientados a una posible sustitución del juez. Solar Cayón nota igualmente esta diferencia cuando habla de cuatro posibles aplicaciones

² Así se define en el artículo 3 del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión.

³ La jurimetría es una herramienta que «trataba de presentar la informática o la cibernética como la solución técnica a los problemas propios del mundo jurídico» (Simón Castellano, 2021, p. 45). Este autor explica cómo, desde su aparición a mediados del S. XX, la jurimetría ha evolucionado al Derecho de las TIC, en el que se abarcan tanto el Derecho informático (legislación acerca de las TIC) como la Informática Jurídica de la que estamos hablando.

de las herramientas de Inteligencia Artificial al ámbito jurídico: la automatización de algunas de las fases del proceso, la resolución automática de conflictos por mediación, la asistencia a los jueces y, por último, la sustitución de estos (Solar Cayón, 2020). La primera (que se abarca en la IFJ de gestión) y la segunda no se refieren a decisiones judiciales, por lo que, a efectos de este trabajo, las aplicaciones que interesan son las dos segundas.

3. Sistemas de IA de ayuda al juez en la toma de decisiones judiciales

Habiendo establecido algunas nociones básicas sobre el lugar que ocupa la IA en la IFJ, nos centraremos en su utilización decisonal diferenciando entre herramientas con pretensiones de sustitución humana o con intencionalidad auxiliar. Comenzando por estas últimas, estudiaremos el funcionamiento técnico de los dos principales sistemas de IA al respecto: los algoritmos de evaluación de riesgos y los sistemas jurídicos expertos. Los primeros, también llamados algoritmos de *risk assessment*, son utilizados en el marco de los razonamientos probatorios de la rama del Derecho Penal. Los *software* que conforman son capaces de calcular las probabilidades existentes de que un encausado vaya a reincidir, de manera que el juez puede tener en cuenta el resultado del análisis que realiza el algoritmo a la hora de establecer tanto las penas de privación de libertad como las medidas cautelares y complementarias. En cuanto a los sistemas jurídicos expertos, son herramientas digitales susceptibles de uso en la predicción de razonamientos interpretativos, al ser capaces de analizar todo el material legislativo y jurisprudencial disponible y predecir el resultado más probable de un caso con base en analogías con casos similares y anteriores. A continuación, expondremos su manejo, recepción y resultados para determinar hasta qué punto puede confiar en estas herramientas un juez al dictar sentencia.

3.1. Algoritmos de *risk assessment*: COMPAS y RisCanvi

Como señala Cotino Hueso (2019, p. 3), la creación de un algoritmo de aprendizaje automático «es un proceso no sólo estadístico o matemático, sino complejo y humano que incluye recopilación, preparación y análisis de datos en diversas etapas». Si bien el nombre de esta herramienta es algoritmo de *risk assessment* o de prevención de riesgos, no cabe olvidarnos de que todo algoritmo trabaja sobre una base de datos, conformando un *software* completo que es el que finalmente se denomina como sistema de IA.

El máximo exponente de este tipo de *software* es COMPAS, un algoritmo creado por la empresa Northpointe y utilizado por multitud de jueces en Estados Unidos. Su función es calcular la probabilidad de que un encausado vaya a reincidir teniendo en consideración las circunstancias personales de este y una entrevista personal que un funcionario realice con él, habiéndose probado que COMPAS acierta en sus predicciones un 65% de las veces (Yong, 2018). Este algoritmo de *risk assessment* ha sido objeto de crítica debido, entre otras cosas, al secreto empresarial que impide a la ciudadanía conocer su verdadero funcionamiento y, en particular, qué factores concretos son los que analiza para decidir si un acusado va a reincidir o no. Sí se sabe que clasifica a los sujetos como susceptibles de tener riesgo «alto», «medio» o «bajo» en categorías tales como «aislamiento social» o «personalidad criminal». Se sabe también que analiza los resultados de preguntas tales como «¿Cada cuánto tiempo te sientes aburrido?» o «¿Vives solo?», pero se desconoce el procesamiento computacional que prosigue a la obtención de las respuestas.

En 2016, se realizó un estudio (Angwin et al., 2016) del algoritmo desde la agencia de noticias ProPublica y se concluyó que estaba ampliamente sesgado, ya

que existía una disparidad racial en sus resultados. Así, las clasificaciones de «alto riesgo» de COMPAS que resultaban ser acertadas, lo eran por igual para todos los acusados analizados, independientemente de su color de piel. Sin embargo, las clasificaciones equivocadas eran mucho más comunes si el acusado era negro, existiendo una tendencia a prever «alto riesgo» de reincidencia sin que se terminase dando tal resultado. Incluso este estudio no estuvo exento de polémica, ya que Northpointe acusó a ProPublica de utilizar una metodología que los llevó a falsos resultados (Dieterich et. al., 2016). Según posteriores análisis de la situación, «ProPublica y Northpointe no se contradicen entre sí: difieren porque utilizan diferentes medidas de equidad» (Spielkamp, 2017). Es decir, que la empresa creadora del algoritmo asegura que no existe discriminación porque los datos que utilizó en su estudio fueron los de las predicciones que habían resultado acertadas y tales aciertos se daban en prácticamente igual medida entre los acusados de cualquier etnia. Sin embargo, ProPublica utilizó los datos de las calificaciones de riesgo que habían probado ser erradas, las cuales sí eran más comunes en personas que no fuesen blancas. Así, teniendo en cuenta que los porcentajes de reincidencia no son iguales si se hace una división étnica, es posible matemáticamente que se den estos dos resultados.

Mientras no exista acceso público y transparente al funcionamiento del algoritmo, no sabremos con certeza el tipo de sesgos que acarrea. En cualquier caso, un sistema de IA no tiene sesgos por sí mismo, sino que aplica sistemáticamente aquellos que ha aprendido de sus programadores o de la información con la que se ha entrenado⁴. Parece aceptado de manera general que una máquina siempre va a ser más objetiva que un humano, pero si partimos de la base de que las máquinas están programadas, precisamente, por humanos, esa objetividad queda en duda. Responde Guzmán Fluja a la pregunta de si las máquinas son más objetivas que los humanos que «hoy por hoy, no tienen creencias ni pueden generar sesgos propios, pero el resultado originado por el tratamiento automatizado puede incorporar sesgos que constan en los datos analizados, (...), o que pueden haber sido incorporados, consciente o inconscientemente, por el programador al algoritmo que analiza los datos» (Guzmán Fluja, 2021, p. 371).

Más allá de las acusaciones de sesgos raciales y falta de transparencia, COMPAS también ha recibido una serie de críticas que bien podrían hacerse a cualquier sistema de IA decisonal o de apoyo a la decisión judicial. Estas detracciones surgieron a raíz del caso *State v. Loomis*⁵, en el que Eric Loomis, ciudadano del Estado de Wisconsin, estaba acusado de cinco delitos relacionados con un tiroteo indiscriminado en el cual él confesó no haber disparado, pero sí conducir el coche desde el que se realizó el tiroteo. A la hora de dictar su sentencia (que acarreó una condena privativa de libertad de seis años y otros cinco de supervisión ampliada), el Tribunal de Wisconsin se sirvió de un informe realizado con COMPAS que señalaba a Loomis como reincidente de alto riesgo en base a su historial delictivo y a los resultados de la entrevista personal que había tenido con él el Departamento de Correcciones de Wisconsin.

Loomis recurrió alegando que el uso del algoritmo COMPAS vulneraba su derecho al debido proceso, ya que, como su funcionamiento es secreto comercial, se estaban quebrantando simultáneamente sus derechos a recibir una sentencia

⁴ «La tecnología en sí misma no tiene un carácter negativo, sino que depende de los humanos el hacer un buen uso de ella para gestionar la vida de las sociedades aspirando a mayores cuotas de felicidad. En ese sentido, la estrategia a adoptar frente a la desigualdad no debería ser prohibir los mecanismos de mejoramiento, sino diseñarlos de tal manera que adopten formas inclusivas» (Rodríguez, 2019, p. 331).

⁵ Supreme Court of Wisconsin, Case nº 2015AP157-CR. <https://n9.cl/8irqs>

individualizada y a que esta sea dictada en base a información veraz. Igualmente, argumentó que, como el resultado del informe de COMPAS tuvo en cuenta su género (entre otras circunstancias), resultaba inconstitucional que el Tribunal hubiese basado su sentencia en esta razón discriminatoria. La Corte Suprema del Estado de Wisconsin desestimó, entendiendo que sí se habían seguido los trámites de un debido proceso y que Loomis no había aportado suficientes pruebas para poder considerar que el Tribunal le había condenado atendiendo a su género. Los argumentos que proporcionó para rechazar la segunda pretensión de Loomis fueron que COMPAS había utilizado información pública facilitada por el propio acusado, como su historial de delincuencia, por lo que Loomis había tenido tiempo a lo largo del proceso de confirmar o no su veracidad.

En cuando al derecho a una sentencia individualizada, se recalcó que esta no se dictaminó en base únicamente al informe de COMPAS, sino que el Tribunal tiene la facultad de no seguir sus instrucciones. De esta manera, las razones por las que se dictó condena estaban lo suficientemente individualizadas por el Tribunal. Una de las principales consecuencias que se extrajeron de este caso fue que, aunque un acusado no tenga conocimiento de cómo funciona el algoritmo COMPAS, no se considera que ello vulnere su derecho al debido proceso. Por tanto, prevalece el secreto comercial sobre el principio de publicidad.

Citando de nuevo a Guzmán Fluja, con este uso de los sistemas de IA «se advierte del riesgo de desvalorizar las doctrinas de la individualización de la pena para hacer resurgir las doctrinas determinísticas» (Guzmán Fluja, 2021, p. 360). Dicho de otro modo, algunas decisiones judiciales pueden estar centrándose en establecer condenas atendiendo más a los grupos sociales a los que pertenece un procesado que a las características concretas de este. Delegar demasiado en un sistema de IA supone el peligro de que juzgue con base en porcentajes y probabilidades en vez de atendiendo a pruebas concretas. Por lo tanto, el uso de COMPAS debe hacerse teniendo en cuenta la utilidad menor del algoritmo y la necesidad de no depender completamente de sus informes. Como tal, su carácter auxiliar se ve restringido y, por ende, su función como herramienta de IA de facilitar la toma de una decisión judicial se desdibuja en pros de los potenciales sesgos y falta de transparencia procesal que acarrea.

En menor medida, España también está aplicando un algoritmo de *risk assessment* inspirado en COMPAS. Fue implantado por el Departamento de Justicia de Cataluña en 2009 y su nombre es RisCanvi. Aunque es igualmente considerado un sistema de IA, no utiliza el *machine learning*, como sí lo hacen otros algoritmos similares. Otra diferencia con COMPAS es que su desarrollo no fue llevado a cabo por una empresa privada sino por un organismo público, pero, aun así, la forma en que analiza la información tampoco está disponible para las partes del proceso. Además, su función no es calcular las probabilidades existentes de que un acusado vaya a reincidir a efectos de calcular su condena, sino que los sujetos a los que se aplica este algoritmo son los reos que ya han sido sentenciados. Los resultados del análisis se usarán entonces para decidir si se les pone en libertad o no y si hay razones para denegar permisos penitenciarios. A mayores de su intencionalidad original, también ha predicho algunas situaciones como suicidios entre los presos debido a que los datos que trata no se extraen de una única entrevista con los internos, sino que cada seis meses son evaluados⁶.

Aunque cuenta con más información acerca del sujeto que COMPAS, estos algoritmos comparten el problema de la opacidad respecto a su funcionamiento, lo

⁶ Estos datos se encuentran recopilados en Caperochipi Cabasés (2022).

cual resulta en una disparidad con la consagración del principio de transparencia en la Carta Ética Europea sobre el uso de la IA en los Sistemas Judiciales y su entorno. A este problema se le une el hecho de que los Tribunales de Cataluña tampoco hacen uso de un órgano auditor que se encargue de supervisar su uso. Se han propuesto varias auditorías externas (Éticas Foundation, 2022) pero, a día de hoy, no se han publicado los resultados de ninguna.

Estas carencias no impiden su aplicación debido a que, como se decía en la resolución del caso *State v. Loomis*, los resultados del análisis algorítmico no son, en ningún caso, la única prueba de la que se sirve el juez para tomar su decisión. Asimismo, este tiene la facultad de decidir hasta qué punto tiene en cuenta los resultados del software, los cuales siempre son inspeccionados por el funcionariado penitenciario. Por ejemplo, una resolución que se ha servido de un informe de Riscanvi es el Auto N° 281/22 de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, del 17 de febrero de 2022. En él se confirma la concesión de un permiso ordinario a un interno, desestimando el recurso impuesto por el Ministerio Fiscal. El Razonamiento Jurídico (RJ) 2º del auto, en el que se presentan todas las condiciones del reo que le hacen apto para disfrutar del permiso y demuestran una favorable evolución, señala que «no tiene expedientes disciplinarios y su comportamiento ha sido siempre adecuado a la normalidad; letra A en el SAM; todos los parámetros de la escala Riscanvi son de riesgo bajo, y también arroja riesgo bajo el SVR-20 de violencia sexual». De ello se deduce en el mismo RJ 2º que «la evolución del interno ha sido favorable a todos los niveles, ha llevado a cabo todos los programas, ha adquirido valoración crítica de lo acontecido, reconocimiento de hechos y asunción de responsabilidades, y presenta riesgo bajo en todas las esferas», circunstancias que llevan al Tribunal a confirmar el permiso del condenado.

Esto es, que el análisis de su comportamiento no se basa solo en los resultados proporcionados por Riscanvi, sino que, complementariamente, se apoya en otras herramientas analógicas como el SAM (Sistema de Evaluación Motivacional), que evalúa a los presos tras someterlos a programas de tratamiento conductuales, o el SVR-20, dirigido a calcular la probabilidad de reincidencia de agresores sexuales en base a veinte factores de riesgo, como ocurría en este caso, en el que el reo había sido condenado por una agresión sexual. La suma de todos estos factores desembocó en la decisión judicial de otorgar el permiso, pero un juez nunca podrá acordar algo así basándose en un único análisis, ya sea proporcionado por cuestionarios y programas tradicionales como por sistemas de IA. Riscanvi, al igual que el resto de las herramientas digitales y analógicas, se limita a ser un instrumento de ayuda al juez que le permite hacerse una idea general de la situación del interno, pero, por sí mismo, el resultado que proporciona el algoritmo no es una prueba determinante. En el auto mencionado, si no se hubiese introducido la expectativa de riesgo de Riscanvi, la resolución seguramente hubiese sido la misma, pues el resto de las pruebas apuntaban en la misma dirección.

En otro caso, como el reflejado en el Auto N° 256/22 del 10 de febrero de 2022, también de la Sección 21ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, Riscanvi predecía un riesgo alto de reincidencia por parte de un reo, siendo esta la única prueba en contra de la buena evolución conductual que acreditaba el resto del material probatorio aportado. Lo que decidió hacer el Tribunal ante esta situación fue recurrir al informe de la Junta de Tratamiento, que se pronunciaba respecto al resultado de Riscanvi alegando que tal riesgo provenía «de la presencia de conflictos con otros internos y de los expedientes disciplinarios, y también de la involución que le llevó [al interno] en su momento al primer grado; y por otra parte la falta de estudios le dificulta el obtener hábitos o posibilidades laborales, y en consecuencia recursos económicos, lo que llevaría a un riesgo de reincidencia», tal y como se reproduce en el FJ 2º del

auto. Termina el mismo FJ señalando que «todo ello lleva a hacerle merecedor de la confianza que va a hacer buen uso del permiso pese a los riesgos del *riscanvi*, que han sido justificados por la junta». Esto es un claro ejemplo de que un sistema de IA de apoyo al juez como son los algoritmos de *risk assessment* debe estar siempre supeditado a una decisión humana final que valore el auxilio prestado. Los resultados de un estudio personal del acusado o del reo se deben interpretar teniendo en cuenta que una máquina no distingue la subjetividad de las causas en las que basa su análisis.

Si bien esta garantía de control humano justifica la utilización de los algoritmos, a pesar de sus cuestionamientos, surge el debate de en qué medida es útil una prueba que puede resultar prescindible. Como se ha visto en el Auto N° 281/22, la conclusión de *Riscanvi* no fue decisiva y, de haberse suprimido, los razonamientos que llevan al fallo no habrían variado. Y en el Auto N° 256/22 el Tribunal vio más acertado encontrar una manera de valorar negativamente la prueba del algoritmo, que resultaba contraria al resto de pruebas, antes que apoyar todo el peso de su argumentación en una valoración positiva. Por tanto, del estudio de estos casos y del funcionamiento general, concluimos que este *software* no encaja con el objetivo de los sistemas de IA de facilitar la toma de una decisión judicial, al verse excesivamente limitada su capacidad auxiliar. De aquí nos surge la duda de si merecerá la pena, a la luz de la Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea⁷, adecuar *RisCanvi* a la nueva regulación cuando el valor probatorio de sus predicciones es ínfimo y, por ende, su utilidad es más que cuestionable.

3.2. Sistemas expertos jurídicos y de predicción

Otra aplicación de la IA como ayuda judicial es el uso de sistemas expertos jurídicos (SEJ), capaces de auxiliar tanto a jueces como abogados debido a su función analítica de legislación y jurisprudencia. Se definen como «plataformas interactivas que combinan aprendizaje automático, minería de datos, procesamiento del lenguaje natural, reconocimiento del habla y otras posibles tecnologías de inteligencia artificial» (Solar Cayón, 2019, p. 91). En concreto, los SEJ se originaron con la idea de que fuesen capaces de representar, mediante el lenguaje formal, la normativa de un ordenamiento jurídico. Así, servían para emular el conocimiento que tendría un humano experto en esta materia.

Más adelante, los SEJ se fueron especializando⁸ según el conocimiento experto que replicaban, llegándose a crear unos específicos para asistir en el dictamen jurídico (Pérez Luño, 1997). Los ámbitos en los que más proliferaron fueron el tributario, concretamente a la hora de hacer liquidaciones, el laboral, para calcular indemnizaciones, y el societario, para automatizar la reorganización de corporaciones⁹. Esta necesidad de operar dentro de los confines de un área muy delimitada para que los SEJ tuviesen alguna utilidad, disminuyó mucho el interés por su uso, hasta el punto de abandonarse en pros de las herramientas surgidas a partir de ellos, pero mejoradas con la aparición del *machine learning* y el *deep learning*.

⁷ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, propuesto el 21 de abril de 2021 y aprobado por el Parlamento Europeo el 14 de marzo de 2024.

⁸ Para una clasificación más exhaustiva de los tipos de SEJ, ver Lancho Pedrera (2003).

⁹ De esto último y en relación a regímenes fiscales se encargaba el sistema TAXMAN, creado por L. Thorne McCarty (1977) con la finalidad de automatizar el análisis de si cierta reorganización de una empresa estaba exenta o no del impuesto sobre la renta.

De esta manera, se pasó a hablar de los sistemas predictivos, capaces de anticipar el resultado de un caso según se adopte una estrategia de defensa u otra, en base a anteriores resoluciones de carácter similar que hayan sido dictadas por el mismo órgano. La precisión de tales predicciones será mayor según aumente la calidad del «entrenamiento» del algoritmo que conforme el *software* del sistema. Este proceso sucede durante la programación¹⁰, momento en el cual se presenta al algoritmo con una gran cantidad de datos (*big data*), de la cual deberá ir identificando la información más relevante. A partir de ella, será capaz de inferir futuras situaciones, habiendo así «aprendido» a analizar un caso (*machine learning* (Legg y Bell, 2020), aunque se habla de *deep learning* cuando la intervención humana es menor) del mismo modo en que lo haría un ser humano experto en el área. Esta fase plantea un gran número de adversidades, ya que es relevante para el buen funcionamiento del sistema que esté entrenado con información de calidad, más allá de su cantidad. Los datos que se deben utilizar son los llamados *ground-truth data* (Nature Methods, 2011), resolviendo el problema para su trato en que en el ámbito jurídico no podemos hablar de verdades absolutas, por lo que es complicado realizar una programación de alta precisión. Aun así, los sistemas predictivos suponen un avance en comparación a los primitivos sistemas expertos, que necesitaban de un «proceso manual» de extracción de las reglas de inferencia jurídica a partir del análisis de los textos legales y, posteriormente, de codificación de esas reglas en un lenguaje lógico-formal» (Solar Cayón, 2020). Esta programación se ha sustituido por el «entrenamiento» algorítmico referido. Otra diferencia es que se abandona el intento de replicar el razonamiento jurídico con deducciones a partir de estructuras lógicas y se apuesta por cálculos de probabilidades y analogías con casos que sirvan de precedentes.

Un juez puede servirse de este tipo de plataformas (como es, por ejemplo, *WestSearch Plus*, que forma parte de un instrumento online de la empresa Thomson Reuters llamado *Westlaw Edge*) para comparar casos o recabar información, pero una mayor explotación de su utilidad puede venir de la mano de la rama de abogacía, para la que es de gran relevancia conocer las pautas de resolución del Tribunal ante el que tienen que plantear sus razonamientos. Para ambos casos, el peligro de apoyarse demasiado en estos datos estadísticos reside en que los resultados obtenidos no se habrían alcanzado analizando las características de cada caso en concreto, algo inaceptable teniendo en cuenta que «en un proceso no se juzga una cuestión de azar, sino más bien un acontecimiento histórico con todos los matices y detalles que nos es posible» (Nieva Fenoll, 2018, p. 56). Su relevancia en el ámbito jurídico queda de esta manera circunscrita al ejercicio de la abogacía, donde no cabe tomar una decisión judicial, sino que puede servir para orientar los argumentos esgrimidos ante un juez o tribunal. El único uso que pudiera dar un magistrado de estas plataformas es servirse de ellas como repositorio al que acudir para encontrar resoluciones anteriores, pero esa no es la función propia de un SEJ o sistema predictivo. Por lo tanto, la ayuda que proporcionan estos instrumentos no es intrínsecamente decisional, como podría parecer en un principio.

4. Sistemas de IA de sustitución del juez en la toma de decisiones judiciales

Ante la presencia de los instrumentos que hemos estudiado, capaces de predecir resoluciones a partir de ingentes bases de datos, diversos autores se han planteado

¹⁰ La programación de un sistema de IA se puede dividir en dos fases: una de desarrollo y otra de despliegue o, lo que viene a ser lo mismo, la toma de una decisión en sentido estricto. El desarrollo, a su vez, consiste en la fijación del proyecto en el que se encajará la herramienta, la limpieza de los datos que servirán para el entrenamiento, la selección del algoritmo que procesará tales datos y la evaluación del modelo que se haya generado a raíz del anterior procesamiento. Así se explica en Palma Ortigosa, (2022).

si existe la posibilidad de que los sistemas de IA sean capaces de crear argumentos nuevos. Sin embargo, habiendo visto el funcionamiento de estas herramientas, parece claro que no son sistemas algorítmicos que piensen por sí mismos. El término Inteligencia Artificial puede, a veces, llevar a creer que las máquinas cuentan con un pensamiento propio. Es importante desbancar tal concepción, ya que «los motores de IA no producen inteligencia per se, sino que proceden utilizando un enfoque inductivo»¹¹. Es decir, tan solo son capaces de proponer una solución en base a la información extraída de otros casos similares.

De aquí se desprende una de las principales razones que impiden la emulación del razonamiento jurídico por una máquina, y es que un sistema de IA está programado con un lenguaje lógico-computacional, mientras que los textos legales que un juez interpreta son una representación del lenguaje natural humano. De hecho, uno de los retos para el desarrollo de los sistemas expertos predictivos es superar la frontera entre ese lenguaje natural y el procesamiento de las máquinas, además de la dificultad de poder codificar expresiones jurídicas en lenguaje formal. Sin embargo, tampoco se puede obviar que la lógica juega un papel bastante relevante en el razonamiento jurídico, especialmente en relación a la justificación interna de una resolución judicial. Por tanto, cabe analizar en qué medida es eficiente apoyarse en una herramienta que ofrece estructuras de argumentación lógica a la hora de utilizarla como sustitución, total o parcial, de un jurista.

4.1. El papel de la lógica formal en el razonamiento jurídico

La metodología del razonamiento jurídico encuentra controversia acerca incluso de su propia existencia y de su grado de autonomía. La heteronomía y el pluralismo de métodos de razonamiento jurídico hacen imposible poder hablar de una metodología común, pero no por ello es menester dejar de lado el estudio de esos métodos que efectivamente se aplican en la teoría y en la práctica del Derecho. Más allá de que entre ellos no exista una jerarquía o prevalencia clara, sí podemos destacar el uso extendido de los métodos de la lógica, el análisis, la argumentación y la hermenéutica (Stelmach y Brožek, 2006). La lógica formal, dentro de la mencionada falta de jerarquía, constituye una parte fundamental de cualquier razonamiento al estar directamente relacionada con la validez de un argumento. Es el método a analizar si queremos realizar comparaciones entre el razonamiento humano y el artificial, ya que podemos describirla como una «disciplina normativa que indica criterios de corrección mediante los que llevar a cabo nuestros razonamientos e inferencias» (Canale y Tuzet, 2021, pp. 28-29).

Tales criterios de corrección aluden a las estructuras formales de esas inferencias deductivas, como puede ser un silogismo, inductivas y abductivas. El razonamiento surgido de esta manera es el «proceso en el que, a partir de un conjunto finito de enunciados asumidos como puntos de partida (las premisas), se llega -de una manera considerada justificada- a otro enunciado (la conclusión)» (Canale y Tuzet, 2021, pp. 30-31). Una decisión judicial debe estar justificada tanto interna como externamente, para lo cual bien puede servirse de inferencias deductivas como subargumentos para que los razonamientos que conforman la motivación cumplan con los requisitos formales, lo cual constituye la justificación interna. La externa se refiere a la búsqueda de la verdad de las premisas a partir de las cuales se ha extraído la conclusión, que es el fallo, el cual es entendido «como la conclusión de una

¹¹ Apartado 64, segundo inciso, de la Carta Ética europea sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno.

inferencia silogística cuyas premisas deben ser justificadas como conclusión de otros argumentos» (Canale y Tuzet, 2021, p. 37).

La trascendencia de la lógica formal como método de razonamiento jurídico ha experimentado multitud de cambios a lo largo de la historia, llegando a su máxima expresión en el S. XIX con la Escuela de la Exégesis en Francia y la Jurisprudencia de Conceptos en Alemania. Ambas coincidían en que depositaban una fe absoluta en la perfección formal y la completitud del ordenamiento jurídico, fruto de la razón humana. En un sistema de este tipo no existen ni antinomias, ni lagunas, ni problemas de interpretación, por lo que el papel del juez se reduce a aplicar las normas, las cuales son ya lo suficientemente claras (García Amado, 2013). Sobra decir que cualquier ordenamiento jurídico dista mucho de esa idea de perfección, por lo que pronto se tuvo que admitir que el juez no solo podía aplicar el Derecho codificado, sino que tenía que hacerlo mediante argumentos interpretativos. El único método para ello que se permitió fue el teleológico, de manera que, en caso de dudas sobre el significado de una disposición jurídica, la resolución debía atender a la finalidad que tenía el legislador original en mente al codificar tal norma o a la finalidad que el legislador actual le daría. Aún con esta última admisión, se seguía pensando que la labor del juez no era otra que aplicar sistemáticamente silogismos y que cualquier caso podía resolverse siguiendo esquemas lógicos, pero no se prestaba atención a la argumentación probatoria. En definitiva, se automatizaban los razonamientos de los que surgían las decisiones judiciales. Si se hubiese demostrado que las bases en que se apoyaban estas visiones del Derecho eran ciertas, a día de hoy bien podría ser posible sustituir al juez por una máquina, pues un sistema de IA puede, sin dificultad, resolver automáticamente casos aplicando silogismos. Al fin y al cabo, lo que estaría haciendo es garantizar la perfección formal de la justificación interna de una sentencia y no tendría que hacer frente a ningún tipo de problema de interpretación normativa o probatoria. Hace ya tiempo que se abandonó esa utopía en la que se asumía una perfección del ordenamiento que resultaba insostenible, relegándose el papel de la lógica en el razonamiento jurídico a un segundo plano.

La lógica formal tiene demasiadas carencias en el ámbito jurídico como para que una máquina (o un juez, según la Escuela de Exégesis y Jurisprudencia de Conceptos) se sirva únicamente de ella para llegar a una solución. Es necesaria para estudiar la estructura de los argumentos y reconstruirlos, pero insuficiente para conformar por sí misma un razonamiento. No basta con «traducir» el lenguaje natural a computacional, utilizando solo premisas y conexiones lógicas, sino que el razonamiento jurídico depende de muchos más factores que una máquina no puede suplir, como son el sentido común, la perspectiva global, capacidad sensorial, flexibilidad o máximas de experiencia (Parra, 2019), además de la retórica y la psicología. Por ejemplo, se puede programar a una máquina para que inadmita sistemáticamente todos los recursos interpuestos en un plazo previsto. Como carece de las facultades referidas, es incapaz de detectar ese error que ha introducido el programador humano. Por tanto, este método solo tiene cabida para desarrollar estructuras formales de razonamiento válidas, pero no sirve para garantizar la veracidad ni de las premisas ni de la conclusión de un caso.

Kahane (2021, pp. 8-11) ya diferenciaba argumentos válidos de argumentos sólidos. Los primeros son formalmente válidos, pero no pueden sostener que las premisas de las que se sirve tengan carácter de verdad, como sí lo ocurre con los argumentos sólidos. En Derecho no basta con exponer razonamientos válidos formalmente, pues se necesita que la conclusión alcanzada sea también veraz. Es por esto que la corrección lógico-formal en un argumento de carácter jurídico no es suficiente para aceptarlo como sólido (Soeteman, 1989, p.13; García Amado, 2013, pp. 59-64). Por ejemplo, se puede tomar de referencia esta estructura argumentativo-

deductiva que pretende subsumir unos hechos a una norma sustantiva, en este caso, el artículo 251.3º del Código Penal español:

(1) Quien otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años.

(2) Juan otorgó en perjuicio de María un contrato simulado.

(3) Juan será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años.

En esta deducción, (1) es la premisa mayor que refleja el enunciado de la norma penal, (2) es la premisa menor que contiene la situación de hecho y (3) es la conclusión en forma de fallo alcanzado de manera formalmente válida. La estructura de la justificación es la de un silogismo clásico. Como tal, nada garantiza que (3) sea una conclusión verdadera, ya que eso depende de la veracidad de (2), algo que no se puede comprobar con este método. Es papel del juez decidir si esa premisa menor es un hecho probado o no basándose en la valoración que haga de las pruebas practicadas. En Derecho Penal rige el principio de libre valoración de la prueba, según el cual un juez debe presentar una motivación construida con pautas lógicas para justificar por qué considera probado o no un hecho. Pero este proceso dista mucho de ser objetivo, debiendo el Tribunal guiarse por las reglas del criterio racional, que incluyen tanto el apartado de lógica como las máximas de experiencia.

En términos de Chaïm Perelman (2017), al ser el razonamiento jurídico «una argumentación que busca persuadir y convencer a aquellos a los que se dirige» en vez de una «demostración formal» (p. 127), la lógica jurídica debe atender a diversos aspectos más allá de los puramente formales. La sistematización que la IA puede hacer la una lógica formal no tiene en cuenta las especificidades de la toma de decisiones judiciales, que deben servirse de argumentación, dialéctica y metodología.

Además, la principal utilidad de la lógica en este ámbito es dejar al descubierto aquellas premisas que permanecen ocultas, generalmente debido a que se catalogan de sentido común y no parecen requerir de atención explícita. Sin embargo, un sistema de IA no cuenta con sentido común, por lo que tampoco podría cumplir con esa finalidad de exposición de premisas. Por tanto, lo que una máquina puede aportar a nivel argumentativo, es reproducir silogismos formalmente válidos, pero no sólidos. La veracidad que un juez debe determinar depende de características humanas que un sistema de IA no puede replicar, como son «*judgment, intuition, empathy, a moral compass, and human creativity*»¹².

Pero incluso la parte más eminentemente formal queda en duda cuando tenemos en consideración los apuntes de Stephen Toulmin (2019) a la noción de validez formal. Señala que los argumentos con una «forma lógica apropiada» serán «formalmente válidos» siempre que se utilice la fórmula «datos; garantía; luego conclusión» (p. 147) y esa garantía sea correcta. Pero, bajo esta asunción, la validez de los argumentos con la forma «datos; respaldo; luego conclusión» (p. 148) no depende directamente de sus propiedades formales. Por lo tanto, si de la lógica formal tampoco depende al cien por cien la validez de los argumentos, no puede recaer sobre ella todo el peso metodológico del razonamiento jurídico.

¹² Kelly y Hamm (2013, p. 14). Lo podríamos traducir como «experiencia, raciocinio, intuición, empatía, criterios éticos y creatividad».

4.2. Modelización computacional del razonamiento jurídico y los tribunales digitales

Hay que argumentar, no deducir (Bench-Capon, Prakken y Sartor, 2009). Esta es la base de cualquier estudio acerca de las posibilidades de producir argumentos mediante sistemas de IA para poder tomar decisiones. Todo ordenamiento jurídico tiene lagunas, antinomias y conceptos jurídicos indeterminados que deben suplirse e interpretarse por los jueces mediante técnicas de razonamiento, de manera que solo así podrá hacer frente a los elementos procesales y argumentativos que también forman parte de la resolución de un litigio. Como hemos visto, no hay máquina capaz de sustituir a los Tribunales en esta función, ya que, de ser así, la decisión acerca de si las premisas de un caso son o no aceptables y veraces la tomaría un programador y no un juez (Rodríguez Puerto, 2020).

Es por ello que el interés que una vez hubo en replicar el razonamiento de un juez por un sistema de IA para que lo sustituyese ha disminuido notablemente, hasta el punto de que la propia UE reconoce el abandono de esta rama de investigación y la apuesta en su lugar por utilizar el *machine learning* para buscar puntos de conexiones entre grandes cantidades de datos¹³, como analizamos al hablar de los SEJ. Esta es la razón por la cual el estudio de la modelización del razonamiento no tiene cabida de cara a lograr una innovación y dictamen de resoluciones judiciales, pero sí es interesante a la hora de crear modelos que permitan predecir los resultados de tales resoluciones antes de que se den. También puede ser útil para mejorar la propia escritura del derecho y su codificación, creando redacciones que resulten más fácilmente comprensibles¹⁴.

Hasta ahora hemos asumido que la imposibilidad de recrear el razonamiento jurídico es causa suficiente para que una máquina no sustituya a un juez, pero la realidad es que hay países en los que ya existen tribunales digitales que prescindan de la motivación humana. Es lo que está sucediendo en China, que, si bien parece que no comparte con Europa las garantías jurídicas que impiden en este continente la adopción de tales tribunales, sí son reseñables a efectos de reconocer la existencia de esta posibilidad, ya que Estonia lleva unos años estudiando cómo adaptar esa situación a su propio contexto social y, a la vez, europeo.

Así, China cuenta desde 2017 con tribunales digitales a los que se puede acceder a través de una *app* llamada *WeChat*, que sería el equivalente a *Whatsapp* en cuanto a que su principal función es ser una plataforma de mensajería instantánea, dentro de la cual se puede seleccionar la opción específica de uso como tribunal. Se implantó en primer lugar en la ciudad de Hangzhou y para 2019 se anunció que alrededor de 3,1 millones de casos se estaban tratando a través de este sistema. Por supuesto, los casos deben ser de ínfima dificultad. Los ciudadanos deben responder a las preguntas del juez virtual ya sea por texto o por voz, mediante una videollamada con la representación de IA que emula al juez, tanto en el diálogo como en la apariencia física. El principal problema de esta situación es que no se puede realizar un análisis de sus resultados debido a la poca información divulgada oficialmente al respecto, siendo imposible establecer su grado de utilidad.

Ello no evita que el concepto sea sugerente, hasta el punto de que Estonia introdujo en su Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial de 2019 un prototipo de

¹³ Apartado 79 de la Carta Ética Europea sobre el uso de la IA en los Sistemas Judiciales y su entorno.

¹⁴ A tales efectos, la Informática Jurídica decisional se puede abarcar desde cuatro enfoques de modelaje del razonamiento: el modelo lógico-simbólico, el conexionista, el autónomo y el dinámico. Esta distinción entre modelos y su explicación se desarrollan en Bourcier (2003).

robot-juez con el objetivo de que tomase decisiones judiciales en casos sobre reclamaciones económicas de pequeña cantidad (las llamadas *small claim court*, similares al proceso monitorio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España). Como en el caso de China, la idea es que las partes proporcionen de manera electrónica la documentación requerida y este robot-juez proponga una decisión que pueda ser apelada ante un juez humano (Guzmán Fluja, 2021). Aún no es un sistema que se haya implantado, ya que Estonia deben atender a la legislación europea en relación a la IA, que está experimentando un rápido desarrollo en los últimos años. Es el caso de la mentada Ley de Inteligencia Artificial de la Unión Europea, cuya Propuesta fue aprobada muy recientemente, el 14 de marzo de 2024, por lo que aún ni siquiera ha entrado en vigor ni ha empezado a desplegar efectos. En cualquier caso, queda así reflejado que la inquietud por automatizar la justicia a todos los niveles con un objetivo facilitador (a través de cierto grado de sustitución) es algo extendido por todo el mundo moderno, hasta el punto de que en España también han surgido algunas propuestas por parte de la doctrina para digitalizar procedimientos de poca dificultad.

5. Propuestas de automatización de procedimientos simples en España y su afectación al deber judicial de motivación

Teniendo en cuenta la situación actual de los sistemas de IA decisionales, varios autores se han preguntado cómo se podrían utilizar en España estas herramientas para automatizar algunos procedimientos que finalicen con una decisión, no necesariamente judicial, sino también del Letrado de la Administración de Justicia (LAJ). La razón de incluir en estas tesis las resoluciones del LAJ, como son las diligencias y decretos, es que su automatización está a medio camino entre una Inteligencia Artificial de gestión y una decisional, ya que, si bien recae sobre ellas un deber de motivación, los asuntos que resuelven son bastante procedimentales. Y es que se parte de que, para poder automatizar un procedimiento, el caso debe de ser sencillo desde un punto de vista interpretativo. Una máquina no puede enfrentarse a problemas argumentales, por lo que solo son susceptibles de digitalización las situaciones en las que la discrecionalidad sea mínima.

Destacamos las propuestas de automatización de decisiones de Nieva Fenoll (2018), quien resalta la importancia de que tal mecanización solo es posible si primero resuelve un juez humano la parte probatoria y la relativa a las cuestiones procesales. Otro requisito es que en el caso en cuestión se pueda hablar de una «motivación tipo, intercambiable en una multitud de casos similares» (p. 117). La aparente pérdida de motivación se justifica señalando que el copia-pegar analógico de razonamientos jurídicos es una práctica relativamente extendida entre los jueces, especialmente en las situaciones que, precisamente por estar ya automatizadas, se propone ahora digitalizar. Aun así, siempre debería haber un juez humano (o LAJ, en su caso) asignado a completar la argumentación necesaria que no pueda suplir el sistema de IA, que contaría con un algoritmo bien entrenado en precedentes judiciales, normas positivas y procesamiento de lenguaje natural, a efectos de proporcionar una redacción aceptable. Es decir, que cualquier tipo de mecanización digital debe estar obligatoriamente supervisada por un humano para no vulnerar las garantías que el deber de motivación supone al debido proceso.

De esta manera, los procedimientos que se podrían automatizar son aquellos que, cumpliendo los requisitos anteriores, no tengan oposición de parte. De nuevo, recalamos la importancia de que sean situaciones simples. Así, por ejemplo, se podría hablar de automatización digital de los procedimientos de desahucio (y otros de carácter posesorio) en los que no el poseedor ilegítimo no alegue las causas de

oposición tasadas. También los procedimientos monitorios no impugnados, o las reclamaciones de consumo que sean de baja cuantía, ya que suele tener más coste monetario el proceso que el objeto de la reclamación (p. 35) o, en definitiva, cualquier caso sin esa oposición, ya sea por allanamiento o por incomparecencia del demandado. Como vemos, estas proposiciones se ciernen al ámbito civil, ya que el penal está protegido por una serie de garantías que impiden casi cualquier tipo de digitalización que suponga una pérdida de individualización de la situación.

El deber de motivación de las resoluciones judiciales y del LAJ (arts. 120.3 Constitución Española (CE), 208.2, 210.1 y 218.2 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), 247 y 248 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)) se establece para justificar la confianza que se deposita en un juez cuando debe resolver un caso complejo con discrecionalidad. Tiene que motivar para garantizar que ha ejercido su poder con racionalidad y no con ideologías personales, pero no todas las pruebas y no todos los casos requieren de una misma intensidad motivacional, debido a su diferencia de complejidad. De por sí, las resoluciones de los procesos susceptibles de automatización digital no cuentan con una extensa argumentación, principalmente porque la mayoría son dictadas por el LAJ, como el decreto que finaliza el procedimiento monitorio sin oposición. Es por ello que tal práctica, de llevarse a cabo correctamente a nivel tecnológico y con la debida supervisión humana, no supondría una vulneración a ese deber de motivación, ya que la motivación tipo de la que se sirve sería una originalmente realizada por un humano y que es perfectamente aplicable a varios casos en los que no hay características diferenciadoras relevantes.

Para respaldar esta afirmación no hay más que prestar atención a la automatización que ya existe, por ejemplo, en los mismos casos de procedimientos monitorios citados. El sistema de Gestión Procesal Minerva-NOJ (Nueva Oficina Judicial) es una aplicación que contiene toda la información relativa a cada procedimiento. En ella se encuentran modelos de, entre otras cosas, decretos del LAJ, como aquel que archiva un monitorio impugnado para abrir demanda por ordinario, o uno no impugnado para instar despacho de ejecución, o uno resuelto por pago (artículos 816, 817 y 818.2 LEC). Estos documentos vienen con una motivación tipo en los fundamentos de derecho que se remite a los artículos 399 y el correspondiente de los citados de la LEC. La propia naturaleza del procedimiento monitorio es no ofrecer controversias, de ahí que no intervenga el juez salvo cuando el caso ya se torna complicado y se debe continuar por declarativo. Pero la acción del LAJ es un mero trámite y por ello ya está automatizada mediante modelos con motivación tipo. El siguiente paso para una mecanización digital sería que fuera un sistema de IA quien resolviera tal trámite, quedando la función del LAJ como de supervisión humana.

En cualquier caso, además de estas propuestas, no hay duda de que una máquina no puede suplir la discrecionalidad del juez y, por tanto, no sirve para resolver casos complejos al no poder interpretar normas ni pruebas, ni suplir lagunas, ni resolver antinomias. Solo podría subsumir hechos ya probados (tras una argumentación probatoria realizada por un juez humano) a normas ya interpretadas, por lo que su utilidad para resolver problemas jurídicos es prácticamente nula.

6. Conclusiones

Tras haber finalizado este repaso del panorama actual de la IA decisonal hemos llegado a varias conclusiones respecto de los sistemas tanto de auxilio jurídico como de sustitución judicial.

En primer lugar y, como como vaticinábamos desde el principio, un sistema de IA no tiene una utilidad práctica para ser usado como sustitución total de un juez. La razón es que carece de elementos intrínsecamente humanos, como el sentido común o las máximas de experiencia. Una máquina está programada con base en esquemas lógicos y, después de haber analizado el papel de la lógica en el razonamiento jurídico, hemos visto que resulta insuficiente para lograr replicar digitalmente el razonamiento humano. La lógica solo puede garantizar la validez formal de los argumentos que conforman una decisión judicial (justificación interna), pero no sirve, al igual que la IA, para realizar justificaciones externas.

En segundo lugar, hemos visto que, pese a lo anterior, sí podemos hablar de una sustitución digital parcial del juez y del LAJ en procedimientos que no requieran de mucha argumentación y que ya están analógicamente mecanizados. Es la propuesta de Nieva Fenoll para los procedimientos españoles de desahucio o monitorios no impugnados que ya cuentan con motivación tipo.

Otra opción para servirse de herramientas de sustitución parcial son los tribunales digitales de China y Estonia (este último aún no se ha fraguado a la espera del desarrollo definitivo de normativa europea sobre IA), que sirven para tramitar reclamaciones económicas de escasa cuantía, siendo, de nuevo, casos simples que no necesitan ser excesivamente motivados. Aun así, esta última posibilidad aún está en desarrollo y no se puede todavía realizar un extensivo análisis acerca de su utilidad y eficacia.

Lo que sí ha sido ampliamente estudiado es la aplicación de sistemas de IA utilizados únicamente como apoyo a la toma de decisiones judiciales. La que más uso está teniendo es, precisamente, a la que le hemos encontrado más inconvenientes que ventajas: los algoritmos de *risk assessment*, como son COMPAS, utilizado en Estados Unidos, y Riscanvi, utilizado en Cataluña. Sobre ellos hemos llegado a una tercera conclusión y es que, atendiendo a su sentido práctico, no parece coherente continuar aplicándolos ni adaptarlos a la futura regulación europea. Además de la falta de transparencia respecto a su funcionamiento, un juez nunca se sirve solo del resultado del análisis de estos algoritmos para dictar su resolución, por lo que su valor probatorio no es absoluto sino relativo al resto de pruebas que se aporten al caso. Ello, unido a las reticencias que supone su uso por la posibilidad de que apliquen sesgos sistemáticos, hace que nos cuestionemos la calidad de su aportación al procedimiento decisonal judicial.

Por último, también podemos afirmar que los SEJ o sistemas predictivos, incluso en sus últimas versiones, no ofrecen servicios innovadores a jueces o magistrados, por lo que no vemos adecuado clasificarlos como sistemas de IA de auxilio a la función judicial, como hace buena parte de la doctrina. Si bien son instrumentos de recopilación de material jurisprudencial, su análisis de los mismos no puede ser utilizado como base de ninguna decisión judicial, puesto que se correría el riesgo de incurrir en una motivación no individualizada sino conformada únicamente según casos anteriores. Al funcionar los SEJ con base en porcentajes y estadísticas, las soluciones que ofrecen nunca podrán ser innovadoras y tan solo podrán replicar las motivaciones de otros casos análogos. Los SEJ son, en cualquier caso, sistemas de auxilio jurídico que sí pueden resultar de utilidad a otros agentes partícipes del procedimiento distintos a los jueces, como son los abogados.

En definitiva, lo que la IA puede aportar en la actualidad a la toma de decisiones judiciales es, mayoritariamente, sustitución parcial mediante la automatización de resoluciones muy simples. Aun así, el principal uso que se está haciendo de los sistemas de IA es a través de los algoritmos de *risk assessment*, los

cuales no hemos considerado que sean especialmente necesarios. Ante este panorama no podemos sino recordar que con la IA hay que atender tanto a qué es posible tecnológicamente como a qué, siendo posible, resulta de utilidad.

Bibliografía

- Angwin, J., Larson, J., Mattu, S., Kirchner, L. (2016). Machine bias. *ProPublica*. <https://n9.cl/zizk>
- Barona Vilar, S. (2021). *Algoritmización del Derecho y de la justicia: de la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*. Tirant lo Blanch.
- Bench-Capon, T., Prakken, H. y Sartor, G. (2009). Argumentation in Legal Reasoning. En I. Rahwan y G. Simari (Eds), *Argumentation in Artificial Intelligence* (pp. 363-382). Springer.
- Bourcier, D. (2003). Escritura y modelización del derecho. En P. Casanovas, (Edit.), *Inteligencia artificial y derecho* (pp. 75-92). Editorial UOC.
- Canale, D. y Tuzet, G. (2021). *La justificación de la decisión judicial*. Palestra Editores.
- Caperochipi Cabasés, L. (2022). RISCANVI, el algoritmo del que depende tu libertad. *Legal Today*. <https://n9.cl/c8ivf>
- Cotino Hueso, L. (2019). Riesgos e impactos del big data, la inteligencia artificial y la robótica. Enfoques, modelos y principios de la respuesta del derecho. *Iustel. Revista General de Derecho Administrativo*, 50.
- Dieterich, W., Mendoza, C., y Brennan, T. (2016). COMPAS Risk Scales: Demonstrating Accuracy Equity and Predictive Parity. *Northpointe*. <https://n9.cl/p1yo3>
- Éticas Foundation (2022). Riscanvi, an algorithm to predict whether a prisoner will commit a violent offense if temporarily released from jail. *Éticas Foundation*. <https://n9.cl/2wzpf>
- García Amado, J. A. (2013). *Razonamiento jurídico y argumentación: nociones introductorias*. Eolas Ediciones.
- Ground-truth data cannot do it alone. (2011). *Nature Methods* 8 (885). <https://doi.org/c46422>
- Guzmán Fluja, V. C. (2021). Automated Justice. La preocupante tendencia hacia la justicia penal automatizada. En L. M. Bujosa Vadell (Dir.), *Derecho Procesal: retos y transformaciones* (pp. 339-380). Atelier.
- Kahane, H., Hausman, A., Boardman, F. (2021). *Logic and Philosophy: A Modern Introduction*. Hackett Publishing Company.
- Kelly, J. E. y Hamm, S. (2013). *Smart Machines. IBM'S Watson and the Era of Cognitive Computing*. Columbia Business School.
- Lancho Pedrera, F. (2003). Los sistemas expertos en el derecho. *Anuario de la Facultad de Derecho*, 21, 629-636. <https://n9.cl/y7dqi>
- Legg, M. y Bell. F. (2020). *Artificial Intelligence and the Legal Profession*. Hart Publishing.
- López Oneto, M. (2019). *Fundamentos para un derecho de la inteligencia artificial*. Tirant lo Blanch.
- McCarty, L. T. (1977). Reflections on "Taxman": An Experiment in Artificial Intelligence and Legal Reasoning. *Harvard Law Review*, 90 (5), 837-893.
- Nieva Fenoll, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*. Marcial Pons.
- Palma Ortigosa, A. (2022). El ciclo de vida de los sistemas de Inteligencia Artificial. Aproximación técnica de las fases presentes durante el diseño y despliegue de los sistemas algorítmicos. En L. Cotino Hueso (Dir.), *Derechos y garantías ante la inteligencia artificial y las decisiones automatizadas* (pp. 29-51). Aranzadi.
- Parra, S. (2019). Así se usan las redes bayesianas para hacer funcionar los sistemas expertos de una IA. *Xataka Ciencia*. <https://n9.cl/fo89w>

- Perelman, C. (2017). *De la justicia, de la interpretación y razonamiento jurídico*. Ediciones Olejnik.
- Pérez Luño, A. E. (1997). *Manual de Informática y Derecho*. Ariel Derecho.
- Rodríguez Puerto, M. (2020). ¿Puede la inteligencia artificial interpretar normas jurídicas? Un problema de razón práctica. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 44.
- Rodríguez, A. L. (2019). Una aproximación general al transhumanismo y su problematización. *ANÁLISIS*, 51 (95), 319-345.
- Searle, J. R. (1980). Minds, brains and programs. *The behavioral and brain sciences*, 3,417-457.
- Soeteman, A. (1989). *Logic and Law*. Kluwer Academic Publishers.
- Solar Cayón, J. I. (2019). *La Inteligencia Artificial Jurídica*. Aranzadi.
- Solar Cayón, J. I. (2020). La inteligencia artificial jurídica: nuevas herramientas y perspectivas metodológicas para el jurista. *Revus*, 41. <https://doi.org/h2w3>
- Spielkamp, M. (2017). Unámonos para evitar la discriminación de los algoritmos que nos gobiernan (Woods, T. Trad.), *MIT Technology Review*. <https://n9.cl/77dvn4>
- Stelmach J. & Brožek B. (2006). *Methods of legal reasoning*. Springer.
- Supreme Court of Wisconsin, *Case nº 2015AP157-CR*. <https://n9.cl/8irqs>
- Taruffo, M. (1998). Judicial Decisions and Artificial Intelligence. *Artificial Intelligence and Law*, 6 (3), 311-324.
- Toulmin, S. E. (2019). *Los usos de la argumentación*. Marcial Pons.
- Diario del Derecho de Iustel. (12 de mayo, 2022). Un nuevo algoritmo amplía el número de penas susceptibles de cancelación automatizada. *Diario del Derecho Iustel*. <https://n9.cl/93xqh>
- Yong, E. (2018). A Popular Algorithm Is No Better at Predicting Crimes Than Random People. *The Atlantic*. <https://n9.cl/9bu1z>

Repensando la privacidad en la Ética de la IA. Perspectivas desde el feminismo y de la teoría decolonial

Rethinking Privacy in AI Ethics. Perspectives from Feminism and Decolonial Theory

Jonathan Piedra Alegría

Universidad de Costa Rica. Universidad Nacional, Costa Rica

ORCID ID 0000-0003-4532-4415

jonathanjonas.piedra@ucr.ac.cr

Cita recomendada:

Piedra Alegría, J. (2024). Repensando la privacidad en la Ética de la IA: Perspectivas desde el feminismo y de la teoría decolonial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 201-216

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9007>

Recibido / received: 04/01/2023

Aceptado / accepted 02/03/2023

Resumen

Las nociones tradicionales de privacidad en la Ética de la Inteligencia Artificial a menudo reflejan una perspectiva occidental y eurocéntrica, lo que limita su aplicabilidad y relevancia en contextos no occidentales. Este trabajo adopta un enfoque decolonial y reflexivo para explorar las nociones de privacidad desde diversas culturas, comunidades y pueblos, desafiando el paradigma dominante en la EIA. A través de la incorporación de perspectivas feministas y teorías decoloniales, se busca una comprensión más holística y contextual de la privacidad que reconozca la pluralidad de experiencias y conocimientos. Este enfoque permite identificar cómo las estructuras de poder y las condiciones socioeconómicas influyen en la implementación y el impacto de la IA, subrayando la necesidad de una ética de la IA que vaya más allá de las preocupaciones tecnológicas y aborde las realidades materiales de su uso.

Palabras clave

Privacidad, Ética de la Inteligencia Artificial, perspectivas decoloniales, feminismo, pluralidad cultural.

Abstract

The traditional notions of privacy in Artificial Intelligence Ethics often reflect a Western and Eurocentric perspective, limiting their applicability and relevance in non-Western contexts. work adopts a decolonial and reflective approach to explore notions of privacy from diverse cultures, communities, and peoples, challenging the dominant paradigm in AIE. Through This the



incorporation of feminist perspectives and decolonial theories, it seeks a more holistic and contextual understanding of privacy that recognizes the plurality of experiences and knowledge. This approach allows for the identification of how power structures and socioeconomic conditions influence the implementation and impact of AI, emphasizing the need for an AI ethics that goes beyond technological concerns and addresses the material realities of its use.

Keywords

Privacy, Artificial Intelligence Ethics, decolonial perspectives, feminism, cultural plurality

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Superando las dicotomías. Aportes desde el feminismo. 2.1. No hay privacidad en la «esfera privada» 3. Descolonizando la privacidad. 3.1. Privacidad y Poder. 4. Conclusiones.

1. Introducción

En una era caracterizada por la penetración cada vez más profunda de la tecnología en todos los aspectos de nuestras vidas, la privacidad emerge como un elemento central en las discusiones sobre ética y tecnología. La proliferación de la Inteligencia Artificial (IA) junto con su uso cada vez más generalizado en múltiples sectores, ha acelerado la recopilación y el análisis de datos personales, lo que ha generado preocupaciones legítimas sobre la protección de la privacidad.

Las empresas tecnológicas y los gobiernos están a la vanguardia de esta nueva ola de recolección de datos, pero la ausencia de regulaciones claras, así como de una protección adecuada de la privacidad permite la explotación y manipulación de la información personal. Este panorama amenaza la privacidad, un elemento que se torna aún más crucial en nuestra dependencia creciente de la tecnología. En este contexto, la Ética de la Inteligencia Artificial (EIA), y particularmente las cuestiones de privacidad, demandan un análisis crítico. Los enfoques tradicionales, mayoritariamente anglo-eurocéntricos) (Piedra, 2023a; Hongladarom & Bandasak, 2023) ofrecen una visión limitada que no abarca la diversidad de experiencias y perspectivas presentes a nivel global. Es crucial incorporar miradas alternativas que amplíen el entendimiento de estos temas y cómo impactan en diferentes culturas y contextos.

El feminismo y la teoría decolonial proporcionan dos de estas miradas alternativas. El feminismo, con su énfasis en las experiencias de las mujeres y la igualdad de género, aporta una perspectiva que desafía las narrativas dominantes y pone de manifiesto los modos en que las tecnologías de IA pueden reproducir y perpetuar las desigualdades de género.

Por otro lado, la teoría decolonial nos permite explorar cómo las tecnologías de IA pueden perpetuar estructuras de poder coloniales y cómo pueden ser utilizadas para resistir estas estructuras. En este trabajo, exploraremos la intersección entre la ética de la IA, la privacidad, el feminismo y la teoría decolonial, con el objetivo de construir un enfoque más inclusivo y contextualizado que nos permita enfrentar los desafíos éticos de la privacidad en la era de la IA.

2. Superando las dicotomías. Aportes desde el feminismo

La concepción de la privacidad como un «derecho negativo»¹ es una perspectiva que ha dominado la discusión ética y legal en torno a tecnologías emergentes como la IA (Piedra, 2023a). Este enfoque establece límites claros sobre lo que las empresas y los gobiernos pueden hacer con la información personal de los individuos. Un caso tradicional en la literatura, bajo esta óptica, sería la prohibición de las empresas de tecnología para utilizar algoritmos de IA para recopilar y vender datos personales sin el consentimiento explícito de las personas.

En sociedades occidentales con una orientación liberal-utilitarista, la privacidad es más que un simple derecho; es una extensión de la libertad individual. Este enfoque prioriza los derechos individuales sobre las consideraciones sociales o comunitarias, lo que a menudo lleva a debates sobre el equilibrio entre la seguridad pública y la privacidad individual.

La privacidad, como derecho negativo, es un pilar fundamental en la ética y la regulación de la IA. Protege a los individuos contra interferencias no deseadas y establece un marco dentro del cual las tecnologías emergentes deben operar para garantizar el respeto de las libertades personales.

Sin embargo, las teorías feministas ponen en tela de juicio esta concepción tradicional de privacidad, ya que, desde su punto de vista, este ha evolucionado en el marco de estructuras patriarcales de poder a lo largo de la historia. Según estas teorías, la distinción convencional entre los dominios de lo público y lo privado tiende a consolidar el control masculino, así como perpetuar la subordinación de las mujeres. Tanto así que «Substantializing analytical distinctions between public and private, symbolic reproduction and material reproduction, system integration and social integration, he missed their gender subtext and naturalized androcentric features of the social order» (Fraser, 2009). Esto implica que la privacidad trasciende aquella concepción tradicional que la valora únicamente desde el marco de los derechos individuales o a partir de una esfera íntima de la subjetividad (Hill Collins, 2022). Por el contrario, la noción de privacidad debería cuestionar las dinámicas de poder y las estructuras sociales que moldean la existencia de las mujeres. En este enfoque, la privacidad se erige como un espacio de resistencia y disputa en el que convergen y se entrelazan múltiples desigualdades sociales, como género, la clase u otras formas de discriminación (Hill Collins, 2022). La dicotomía «público-privado» se ha utilizado para justificar la subordinación de las mujeres, relegándolas a la esfera privada, dejando el espacio público como exclusivo de los hombres. De esta manera, la concepción convencional de la privacidad puede ser instrumentalizada para resguardar o perpetuar prácticas opresivas y desiguales en la vida privada, como la violencia intrafamiliar o la discriminación de género en el hogar (Okin, 2023). Al cuestionar y deconstruir estas nociones tradicionales, las teorías feministas aspiran a redefinir (o reformular) el concepto de privacidad de tal forma que fomente la igualdad de género. Incluso, podría decirse que, desde una perspectiva feminista (en un sentido general), el problema no radica tanto en la distinción entre lo público y lo

¹ En el ámbito de la ética y de la filosofía política, un «derecho negativo» es aquel que obliga a una abstención en lugar de una acción. Es decir, es un derecho que protege a las personas contra interferencias externas en sus libertades. Este concepto se contrapone a los «derechos positivos», que son aquellos que requieren de alguna forma de acción o intervención para ser garantizados. Por ejemplo, el derecho a la educación o a la atención médica son derechos positivos porque requieren de un esfuerzo activo por parte del Estado o de las instituciones para ser cumplidos.

privado, sino en la carencia de privacidad en ambos ámbitos (Stacheli, 1996; Trull, 2013; Roth, 1999; Munro & Madigan, 1993).

2.1. No hay privacidad en la «esfera privada»

Virginia Woolf, en su célebre ensayo *Una habitación propia* de 1929, destacó la importancia de la privacidad desde un enfoque feminista. Woolf argumentaba que, para escribir y crear, las mujeres necesitan un espacio propio, tanto físico como mental. Enfatizó que la privacidad no solo debe ser valorada en el ámbito público, sino también en el privado, un aspecto que a veces se pasa por alto al debatir sobre estas dos esferas. Woolf criticó cómo históricamente las mujeres han sido relegadas al ámbito privado, limitando su participación en el público. Por ello, desde una perspectiva feminista, es crucial asegurar la privacidad en todos los aspectos de la vida, no solo en la distinción entre lo público y lo privado.

Valga la pena mencionar que este argumento va más allá de la mera necesidad de un espacio físico y se adentra en la esfera de lo intangible: el respeto a la privacidad de las propias ideas y pensamientos, lo cual es crucial para el desarrollo creativo y personal. En este sentido, Woolf subraya cómo la privacidad en la esfera privada (que incluye la intimidad mental), no es una simple reclusión a un espacio físico (por ejemplo: el hogar), sino que, por el contrario, es esencial para la creatividad y la autonomía de las mujeres.

Lo interesante de este enfoque es que desafía la tradicional dicotomía público/privado en la que lo público se asocia con la esfera de la acción y lo privado con el ámbito doméstico y privado. Para Woolf la esfera privada es un ámbito de acción (tradicionalmente asociado a la esfera pública), lo que convierte a la privacidad en un espacio de libertad y creatividad, más allá de su definición tradicional como esfera doméstica.

No obstante, este argumento resalta un problema mayor: la ausencia de privacidad en la esfera privada. Las mujeres, históricamente, han sido confinadas a la esfera privada y, aun así, a menudo su privacidad se ve comprometida debido a las expectativas sociales y los roles de género. En este sentido, Woolf desafía la idea relacionada con que la esfera privada es inherentemente un espacio de libertad y privacidad, mostrando cómo la privacidad puede ser violada incluso dentro de esta esfera. En otras palabras, la crítica a la dicotomía público/privado no busca anular el derecho a la privacidad, sino cuestionar la forma en que se estructuran estas esferas y cómo dicha estructura puede perpetuar la desigualdad y la subordinación.

Esta reflexión puede aplicarse al ámbito de la IA, donde la privacidad no solo es una cuestión de proteger datos personales sino también de salvaguardar la autonomía y la libertad individual frente a la vigilancia y el análisis algorítmico. Existen muchos casos que nos pueden servir para ilustrar esto. Por ejemplo, una clara invasión de la esfera privada por medio del uso de tecnologías de IA, se encuentran en el uso de tecnologías reconocimiento facial en espacios públicos sin el consentimiento explícito de las personas. Lo mismo sucedería, con la minería de datos personales para la creación de perfiles de consumidores. Esto podría llevar a prácticas discriminatorias como la publicidad dirigida basada en género, raza o factores económicos.

Particularmente, en la EIA, la privacidad se refiere a la protección de los datos personales de los usuarios frente a la recopilación y el procesamiento no consentidos (Piedra, 2023a; Piedra 2023c). Esto incluye la información que las personas generan

al interactuar con dispositivos inteligentes, plataformas de redes sociales o servicios *online*. La privacidad en este sentido es crucial para evitar la discriminación, la manipulación y el abuso de poder.

La perspectiva de Woolf sobre la privacidad como un espacio para la libertad y la creatividad es especialmente relevante en la EIA. Esto se debe a que la IA tiene el potencial de invadir no solo nuestra privacidad física sino también nuestra privacidad cognitiva. Ya que tiene la posibilidad de analizar y predecir nuestros pensamientos y comportamientos. Siendo esto así, los aportes de la propuesta de Woolf se pueden traducir en la EIA de manera que las tecnología y aplicaciones de IA no solo respeten la privacidad como un límite a la interferencia, sino que también promueva la privacidad como un espacio positivo para el desarrollo personal y la autonomía.

También es posible encontrar soporte a estas ideas en autoras contemporáneas. Pongamos por caso la propuesta de Young (1990). Esta autora argumenta que la clásica dicotomía público-privado perpetúa estructuras de opresión y exclusión, ya que permite que muchas desigualdades se oculten en la esfera privada, legitimando las injusticias estructurales que se producen dentro de la sociedad. En el ámbito de la IA, esto se manifiesta, por mencionar un caso, con las prácticas de recolección y el uso de datos personales que se llevan a cabo sin el escrutinio adecuado. Esto favorece que las desigualdades, así como las violaciones de la privacidad permanezcan ocultas en lo que se considera la esfera privada.

Esto podría suceder, por ejemplo, con el uso de algoritmos de aprendizaje automático que procesan datos personales sensibles, como información sobre la salud o preferencias personales, sin el consentimiento explícito de las personas (Piedra, 2023b). Estos algoritmos, operando en la "esfera privada" de las compañías tecnológicas, pueden perpetuar sesgos y discriminación, al tiempo que eluden la supervisión pública y la rendición de cuentas.

Otro caso ilustrativo, sería la utilización de dispositivos de asistencia virtual (como Alexa o *Google Nest*) en los hogares que escuchan constantemente el entorno, al mismo tiempo que recopilan datos que podrían revelar hábitos íntimos o preferencias de las personas. Estos dispositivos, aunque operan en un espacio privado, podrían ser utilizados para influir en el comportamiento del consumidor o para la vigilancia, sin el conocimiento pleno o el consentimiento de las personas.

La tensión entre los espacios públicos y privados puede verse también en el ciberespacio, debido al acceso casi ilimitado a los datos personales. En este sentido, las mujeres enfrentan daños específicos de género *online*, tales como el acoso, la discriminación digital o la vigilancia sexual por parte de la industria *femtech*² (Gilman, 2021). Un ejemplo notable de este tipo de tecnología son las aplicaciones y

² La industria *Femtech* se refiere a tecnologías orientadas a la salud femenina. Incluye desde software, productos, hasta servicios diseñados para mejorar la salud de las mujeres mediante la tecnología. Estos productos y servicios abarcan desde aplicaciones de seguimiento de la salud y la menstruación hasta dispositivos médicos y diagnósticos digitales (Mathiason, 2023). Aunque el término *Femtech* se refiere a una amplia gama de tecnologías, generalmente se asocia con tecnologías que abordan aspectos específicos de la salud femenina, como la fertilidad, la menstruación, la menopausia y la salud sexual. Este tipo de industria enfrenta desafíos significativos, especialmente en términos de privacidad y seguridad de los datos (Mehrezhad *et al.*, 2022). Esto se debe principalmente a que la naturaleza íntima de la información recopilada por estas tecnologías plantea preocupaciones sobre cómo se almacenan, se utilizan y se comparten estos datos personales. Además, la falta de regulación adecuada en muchos casos significa que las mujeres están expuestas a riesgos de privacidad y seguridad sin su conocimiento.

dispositivos para el seguimiento de la fertilidad y la menstruación. Estas tecnologías permiten a las mujeres monitorear aspectos de su salud reproductiva, como los ciclos menstruales, la ovulación y sus patrones de fertilidad. En principio podría decirse que es un campo innovador que vende la promesa de revolucionar la atención médica femenina. Sin embargo, este prometedor horizonte viene acompañado de desafíos significativos en términos de privacidad.

El elemento principal del *Femtech* reside en su capacidad para recopilar y analizar datos extremadamente personales y sensibles de la salud femenina. La IA, que es la fuerza impulsora detrás de estos análisis, tiene el potencial de ofrecer consejos personalizados y mejoras en la atención médica. No obstante, la misma capacidad de la IA para procesar grandes volúmenes de datos íntimos conlleva intrínsecos riesgos de privacidad. La información sobre la menstruación, la fertilidad y la actividad sexual, si se maneja incorrectamente, podría ser expuesta o utilizada de maneras que vulneren la privacidad de las mujeres. De igual manera, los algoritmos de IA utilizados en estos productos no están exentos de sesgos, como demuestra el trabajo de Mathiason (2023). Un diseño o entrenamiento inadecuado de estos algoritmos podría perpetuar estereotipos de género o conducir a interpretaciones erróneas, afectando así la calidad del servicio y la representación precisa y justa de las mujeres en el ámbito digital. La promesa de empoderamiento que esta tecnología ofrece también se ve amenazada por prácticas de vigilancia corporativa, potenciadas por la IA. Estas tecnologías pueden resultar en un monitoreo constante y detallado de aspectos íntimos de la salud femenina, creando un entorno donde la privacidad se ve comprometida bajo el pretexto de la atención médica.

Toda esta situación, se ve potenciada (al menos en los Estados Unidos) debido a la falta de leyes de privacidad integrales (Gilman, 2021) así como a las visiones tradicionales sobre la privacidad que no fueron concebidas para resolver estos tipos de problemas. Una perspectiva feminista sobre la privacidad podría influir en la creación de leyes y políticas que protejan mejor los datos personales y promuevan la equidad de género en el espacio digital.

Es importante recalcar que la crítica a la noción tradicional de privacidad no debe entenderse como un rechazo absoluto de la privacidad como un derecho negativo. De hecho, teóricos como Benhabib (2002) argumentan que la privacidad es un pilar fundamental para la autonomía y la libertad individual. La privacidad (como derecho negativo) no solo protege a los individuos de interferencias externas, sino que también actúa como un requisito previo para una participación significativa en la vida pública. No obstante, en este documento se sostiene que para que se puede dar una mayor y mejor protección de la privacidad se debe trascender la mera protección del espacio privado para que este derecho pueda habilitar y potenciar la participación en la esfera pública.

Para esto, las contribuciones feministas han sido particularmente valiosas. Así, por ejemplo, Nissenbaum (2010) en su teoría de la «integridad contextual» sostiene que las expectativas de privacidad están inextricablemente ligadas al contexto específico de la interacción social. En una sociedad cada vez más digital, donde los límites entre lo público y lo privado se desdibujan, esta perspectiva es crucial. Un caso paradigmático de esto, son los entornos médicos, en donde la confidencialidad y la confianza son fundamentales. En espacios como estos las expectativas de privacidad son altas y la información sensible debe manejarse con extremo cuidado. Mientras que, en un espacio público como un parque, las expectativas de privacidad son considerablemente menores.

Un caso real en el que puede ver la importancia de la privacidad contextual en la IA es en el uso de tecnologías de reconocimiento facial. En ciudades como San Francisco, se ha debatido intensamente sobre el uso de estas tecnologías por parte de las autoridades, debido a serias preocupaciones sobre la privacidad y el potencial de vigilancia masiva (Conger *et al.*, 2019). Este debate refleja la tensión entre la utilidad de la tecnología para la seguridad y la protección de la privacidad individual en espacios públicos. Lo mismo sucede con el uso de datos personales en la publicidad dirigida. La recopilación y análisis de datos personales por parte de empresas como *Facebook* o *Google* para personalizar anuncios genera muchas preocupaciones sobre la privacidad y el consentimiento, especialmente cuando los usuarios no están plenamente conscientes de cómo se utilizan sus datos (Zuboff, 2020; Véliz 2020).

Ahora bien, en todos estos casos, por lo general, las mujeres se encuentran en una posición particularmente vulnerable cuando se trata de privacidad. La falta de privacidad y, paradójicamente, su exceso (al menos desde la perspectiva tradicional), pueden ser perjudiciales para las mujeres, quienes históricamente han sido marginadas tanto en la esfera pública como en la privada. Por lo tanto, la lucha por la privacidad debe verse como una parte integral de la lucha más amplia por la igualdad de género³.

Como vemos, estos argumentos tienen implicaciones para la discusión contemporánea sobre la privacidad y la IA. El concepto de privacidad en la EIA no solo se debería centrar en la protección de datos y en la autonomía individual, sino que también debe ir hacia asuntos más amplios relacionados en cómo se configuran y se entienden las esferas pública y privada. Este argumento se vuelve especialmente relevante cuando consideramos las desigualdades históricas de género, así como las expectativas sociales que a menudo comprometen la privacidad de las mujeres, incluso en espacios considerados «privados».

Históricamente, las mujeres han sido relegadas a la esfera privada. Un espacio que teóricamente debería ser un amparo de libertad y privacidad. Pero esto no es necesariamente positivo. Este espacio, teóricamente destinado a ser un refugio de libertad y privacidad, ha sido, sin embargo, un lugar complejo y a menudo contradictorio para las mujeres. Contrariamente a la noción idealizada de privacidad y libertad, la esfera privada frecuentemente se ha visto permeada por normas sociales y expectativas de género que restringen y definen el papel y comportamiento de la mujer.

Esta intrusión de estos roles en la esfera privada ha significado que, en lugar de ser un santuario de autonomía y autoexpresión, este espacio a menudo se convierta en un ámbito de vigilancia y control social. Las normas de género (que prescriben cómo deben comportarse las mujeres y qué roles deben desempeñar en la familia y en la sociedad), han limitado históricamente sus oportunidades y han impuesto restricciones a su libertad personal.

³ Sin embargo, es importante reconocer que la protección de la privacidad no se limita únicamente a la igualdad de género, sino que también es fundamental en una variedad de otras luchas feministas y decoloniales. Por ejemplo, en la lucha contra la discriminación racial, la protección de datos puede prevenir la vigilancia y el perfilamiento racial. En contextos decoloniales, limitar el acceso de las corporaciones y gobiernos a los datos personales de las comunidades indígenas y del Sur Global también puede verse como una forma de resistir la explotación y el neocolonialismo. Por otro lado, la protección de la privacidad, también, se está reconociendo cada vez más como un derecho humano fundamental, lo que implica su relevancia en una amplia gama de luchas por los derechos y la justicia.

En este contexto, la privacidad para las mujeres no siempre se traduce en autonomía o libertad. En cambio, puede representar una forma de aislamiento y exclusión de la esfera pública, donde se toman decisiones políticas y sociales importantes. Esto ha contribuido a una desigualdad de poder persistente entre hombres y mujeres, limitando el acceso de estas últimas a recursos, oportunidades y toma de decisiones.

A lo largo de la historia, la lucha de las mujeres por la igualdad ha incluido el desafío a estas restricciones en la esfera privada, buscando redefinir lo que significa la privacidad y la libertad para las mujeres. Este esfuerzo ha sido crucial en la lucha por la igualdad de género, ya que ha implicado cuestionar y cambiar las estructuras de poder que perpetúan las desigualdades de género tanto en el ámbito privado como en el público.

En el contexto de la IA, esto se traduce en preguntas éticas sobre cómo las tecnologías pueden reforzar o dismantlar estas estructuras sociales y desigualdades. Pongamos por caso un algoritmo de IA que se utilice para la toma de decisiones en un contexto doméstico. ¿Este algoritmo está diseñado de manera que tenga en cuenta estas dinámicas de poder y privacidad, o simplemente perpetúa las desigualdades existentes?

La crítica a la dicotomía entre lo público y lo privado no busca eliminar el derecho a la privacidad. Por el contrario, busca cuestionar cómo se definen y estructuran estas esferas. Para esto, primero es necesario mostrar como esas estructuras pueden perpetuar la desigualdad y la subordinación, es especialmente en el caso de las mujeres. En el ámbito de la IA, esto podría implicar el desarrollo de algoritmos o políticas que no solo protejan la privacidad de los datos, sino que también sean conscientes de las dinámicas de género y poder que afectan la privacidad en diferentes contextos.

3. Descolonizando la privacidad

Como hemos reiterado en varias ocasiones, la IA se erige como una revolución con un potencial inmenso para transformar múltiples aspectos de la vida humana. Sin embargo, este potencial viene acompañado de serias implicaciones éticas que requieren un examen cuidadoso. Uno de los desafíos más apremiantes en este ámbito es el del «colonialismo ético», una tendencia que minimiza o incluso ignora las contribuciones intelectuales de culturas y contextos no occidentales, lo que perpetúa las desigualdades sistémicas en la generación y aplicación del conocimiento en IA.

Este colonialismo ético es especialmente evidente en la forma en que se aborda el concepto de privacidad en la EIA. Estas guías⁴, a menudo elaboradas por organizaciones con una fuerte influencia occidental, tienden a presentar una visión «universal» y «principalista» de la ética que, en realidad, está fuertemente sesgada

⁴ Por ejemplo, *AI at Google: our principles* (2018), *Perspectives on Issues in AI Governance* (también de Google), *Some Thoughts on Facial Recognition Legislation* (2019) de Amazon, *Microsoft AI principles* (2019), *IA Ethics* de IBM, *AI Principles* (2008) de GE Healthcare o *Guidelines for Artificial Intelligence* (2019) de Deutsche Telekom, siguen esta línea que hemos expuesto. Lo mismo sucede con otra serie de propuestas públicas. La *National Strategy for Artificial Intelligence* (2018) de la India, la *Australia's Ethics Framework* (2019), *Ethical Principles for Artificial Intelligence* (2020) del Departamento de Defensa de los Estados Unidos, *Principles on Artificial Intelligence* (2019) de la OECD o la propuesta de un grupo de expertos de alto nivel sobre IA (constituido por la Comisión Europea en el año 2018) se basan en un sistema de principios para una «IA Fiable». En Rusia, documentos derivados de alianzas público-privadas como el «Código Ético de la Inteligencia Artificial» (*Кодекс этики в сфере искусственного интеллекта*) plantean el mismo enfoque que estamos mencionando.

por perspectivas y valores occidentales (Piedra, 2023a). Esta aproximación a la EIA corre el riesgo de convertirse en una mera lista de «principios y buenas intenciones», desprovista del rigor y la profundidad que deberían caracterizar a cualquier reflexión ética seria (Ausín, 2021).

La ética, en su esencia, debe ser un proceso continuo de indagación y análisis crítico que cuestione los fundamentos mismos de los desarrollos tecnocientíficos. Este enfoque crítico es especialmente crucial cuando se trata de la privacidad, un concepto que es interpretado y valorado de manera muy diferente en distintos contextos culturales y sociales. La falta de este tipo de análisis crítico en la EIA es una manifestación de unas «fronteras valorativas» (Cabezas, 2013), que obligan a diversas culturas a asimilar una visión hegemónica de la ética y la privacidad.

Estas «fronteras valorativas» no solo limitan la inclusión de diversas perspectivas en el discurso ético, sino que también pueden llevar a la exclusión, falta de consideración o incluso eliminación de las experiencias y valores de comunidades no representadas. En este sentido, el concepto de privacidad se ve reinterpretado (o incluso violentado), ya que se impone una visión que no necesariamente refleja las complejidades y los matices de cómo diferentes culturas y comunidades entienden y valoran la privacidad.

Precisamente por esto, es imperativo que nos movamos hacia una «decolonización» del concepto de privacidad en la EIA. Este proceso implica reconocer y desafiar los supuestos colonizadores que subyacen en el discurso ético actual, con tal de buscar formas de redefinir y aplicar el concepto de privacidad de una manera que sea más justa y contextualizada. Para citar un caso, en muchas culturas no occidentales, la noción de privacidad individual puede entrelazarse más estrechamente con la comunidad o la familia, y, por lo tanto, las decisiones sobre la privacidad pueden ser más colectivas que individuales (Piedra, 2023). Un ejemplo práctico de este enfoque podría ser el desarrollo de tecnologías de IA para la salud en comunidades indígenas. En lugar de imponer sistemas diseñados con una mentalidad occidental, que priorizan la privacidad individual y el consentimiento informado de manera aislada, sería crucial trabajar con estas comunidades para entender sus concepciones de privacidad y consentimiento, que pueden estar más arraigadas en la comunidad y la familia.

Sin embargo, existe una predominancia de un enfoque ético basado en principios, fuertemente influenciado por la tradición anglosajona de la bioética, que ha tendido a simplificar y generalizar los desafíos éticos asociados con la IA. Este enfoque basado en principios se refleja en una serie de iniciativas tanto del sector privado como del público (Piedra, 2022). Estas guías tienden a centrarse en principios éticos como la autonomía humana, la prevención de daños, la justicia, la explicabilidad y la transparencia. En particular, la privacidad se destaca como un principio ético clave (Jobin *et al.*, 2019) No obstante, aunque hay una convergencia global en torno a estos principios, existe una divergencia sustancial en cómo se interpretan y aplican en diferentes contextos (Hongladarom & Bandasak, 2023).

Las guías éticas actuales para la IA, aunque bien intencionadas, a menudo se quedan cortas en proporcionar un marco operativo detallado que guíe la implementación práctica de principios éticos en situaciones complejas. Una crítica fundamental a las guías éticas actuales en este campo es su falta de contextualización y detalle operativo, así como la omisión de consideraciones esenciales relacionadas con los derechos humanos y las estructuras económicas subyacentes. Estas carencias se hacen evidentes en el tratamiento de la privacidad, donde las directrices tienden a ser de alto nivel y no abordan suficientemente cómo los sistemas de IA

pueden afectar específicamente los derechos a la privacidad en diferentes contextos. Como ilustración, podemos ver esto, en el ámbito de los recursos humanos, en donde la falta de orientación detallada puede llevar a que los sistemas de IA perpetúen sesgos inconscientes, afectando la privacidad y la equidad en los procesos de contratación y promoción de personal.

Además, las guías éticas suelen omitir un análisis profundo de cómo la IA puede afectar los derechos humanos, más allá de la privacidad. Esto incluye la consideración de cómo los sistemas de IA pueden influir en la libertad de expresión, el derecho a la no discriminación y otros derechos humanos.

Otro aspecto crítico que a menudo se pasa por alto en las guías éticas es el papel de las estructuras económicas y de poder en el desarrollo y en la implementación de la IA. Estas estructuras determinan quién financia, controla la tecnología y cómo se distribuyen sus beneficios (también los riesgos). Tampoco se considera cómo estas pueden perpetuar o exacerbar las desigualdades existentes.

Para abordar estas deficiencias, es esencial desarrollar guías éticas más detalladas y contextualizadas que proporcionen orientación práctica específica para diferentes situaciones y contextos. Esto incluye un análisis más profundo de los derechos humanos y cómo la IA puede afectarlos, así como una consideración crítica de las influencias de las estructuras económicas y de poder en el desarrollo y uso de la IA. Solo a través de un enfoque más detallado y contextualizado, las guías éticas podrán ser efectivas en la gobernanza de la IA y garantizar la protección adecuada de la privacidad en la era digital.

No obstante, la EIA está arraigada en una narrativa moral que es predominantemente occidental y, a menudo, anglo-eurocéntrica. Esta narrativa está enmarcada dentro de una ética utilitarista que prioriza un concepto liberal del ser humano y se sitúa dentro de una estructura de racionalidad tecno-instrumental que es parte integral del sistema capitalista moderno (Piedra, 2023).

Esta falta de diversidad y contextualización en las guías éticas de la IA no solo limita su aplicabilidad en diferentes contextos culturales y sociales, sino que también corre el riesgo de perpetuar y exacerbar las desigualdades existentes.

3.1. Privacidad y poder

El enfoque de «principialismo ético» en la EIA ha sido útil para establecer un marco general de referencia, pero también ha demostrado ser insuficiente para abordar las complejidades y matices de temas como la privacidad. Este enfoque a menudo reduce la privacidad a una cuestión unidimensional, sin tener en cuenta las complejidades contextuales y culturales que la rodean. Esta simplificación puede perpetuar injusticias estructurales y desigualdades, especialmente cuando se trata de comunidades marginadas o poco representadas.

La influencia creciente de las grandes corporaciones tecnológicas en la ética de la IA ha exacerbado este problema. Estas empresas a menudo abogan por la autorregulación como una alternativa a la intervención gubernamental (Piedra, 2022) lo que puede llevar a una concepción de la privacidad que no necesariamente se alinea con las necesidades y derechos de todas las partes interesadas. En este contexto, la «decolonización» de la privacidad emerge como una necesidad imperante. Este enfoque busca cuestionar y desafiar los supuestos colonizadores que subyacen en el discurso predominante sobre la privacidad en EIA.

La discusión sobre la privacidad en el campo de la IA no puede ser completa si no se abordan las complejidades inherentes a las estructuras de poder y colonialidad. Esta colonialidad se manifiesta (entre otras formas) en la distribución desigual del conocimiento en el ámbito de la IA. Este desequilibrio se refleja no solo en la producción académica, sino también en las estructuras de publicación y en las propuestas éticas que guían el desarrollo de la IA (Chimakonam, 2017).

Maldonado (2018) añade otra capa de complejidad al argumentar que las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC), y por extensión la IA, se presentan como herramientas esenciales para el desarrollo social sin cuestionar quién define su uso y con qué propósito.

En el contexto de la privacidad, esto plantea preguntas críticas sobre qué epistemologías y axiologías están siendo consideradas en la regulación de la IA. Las propuestas éticas actuales, a menudo formuladas por las grandes empresas de tecnología, tienden a reflejar y perpetuar una ética colonial y monolítica que ignora la diversidad cultural, así como la pluralidad de valores. Estas propuestas a menudo omiten discusiones críticas sobre el sistema económico subyacente y las prácticas empresariales que pueden ser explotadoras o discriminatorias. No es trivial mencionar que, en sociedades moralmente pluralistas y democráticas, no existe una única ética o moral hegemónica. Sin embargo, las orientaciones éticas en el campo de la IA a menudo presentan una supuesta universalidad que no se cuestiona, lo que resulta en una falta de inclusividad y diversidad en estas discusiones.

La privacidad, en el contexto de la EIA, no puede ser entendida simplemente como un derecho individual aislado, sino como una forma de ser en sociedad. Este enfoque más amplio, implica considerar la autodeterminación territorial, el autogobierno y la soberanía como elementos clave que mantienen una identidad grupal y social. En otras palabras, la privacidad se convierte en un fenómeno social y cultural, relacionado en la forma en cómo los seres (tanto humanos como no humanos) comparten y coexisten en el mundo.

Para estos propósitos se debe examinar cómo las dinámicas de poder y opresión históricas afectan la forma en que diferentes comunidades experimentan y protegen su privacidad⁵. Así, por ejemplo, Arora (2019) cuestiona seriamente la efectividad de las regulaciones actuales de datos diseñadas para limitar la vigilancia digital. La autora sostiene que las leyes y regulaciones existentes, tienen raíces en intereses políticos profundos (a menudo impregnadas de ideologías neocoloniales), por lo que es necesario una reevaluación crítica de estas regulaciones. Por otro lado, Roberts & Montoya (2022) abordan el impacto del neocolonialismo digital desde una perspectiva más amplia, ya que analizan que como este afecta a las culturas indígenas a nivel mundial. La investigación establece un vínculo crucial entre los derechos de los pueblos indígenas y la protección de los ecosistemas ambientales, subrayando la necesidad de una ley de datos que respete y fomente la soberanía de estos pueblos sobre sus propias informaciones y recursos. En un trabajo posterior, Roberts y Montoya (2023) continúan esta línea de investigación, destacando cómo la minería de datos actúa como una extensión del colonialismo, al ignorar y excluir las voces y perspectivas indígenas en el desarrollo de tecnologías dependientes de datos, como la IA. Este estudio resalta la necesidad de incluir la Soberanía de Datos Indígenas en estos procesos, integrando el conocimiento y las perspectivas indígenas en el diseño, desarrollo e implementación de estas tecnologías. Perspectivas que no

⁵ Valga mencionar que también existe una importante valoración de la decolonialidad para la protección de la privacidad proveniente de sectores de la sociedad civil.

se alinean con las nociones clásicas de la privacidad. En las culturas indígenas de Latinoamérica, por ejemplo, la privacidad se ve de manera diferente a la idea individualista común. Aquí, es mejor hablar de una «privacidad colectiva». Esto se debe a que se considera a la persona como parte de un todo, no como un individuo aislado. La comunidad y la conexión con la naturaleza son fundamentales para la identidad. La privacidad se entiende como algo social, donde humanos y no humanos comparten el mundo (Piedra, 2023a).

Siendo así, el enfoque decolonial desafía las nociones dominantes de privacidad que prevalecen en el pensamiento occidental. Una reflexión sobre esto puede fomentar un diálogo que tenga en cuenta perspectivas alternativas y enfoques axiológicos divergentes. De esta forma, se puede generar una comprensión de la privacidad que sea más contextualizada y que respete la diversidad cultural, regional y personal, adaptándose a las distintas percepciones y necesidades de privacidad que varían según el entorno social, las tradiciones y las normas individuales.

No obstante, antes de esto es esencial considerar la forma en que diferentes comunidades experimentan y protegen su privacidad. Esto es crucial para redefinir la privacidad en EIA. Como podría ser el caso de una aplicación de reconocimiento facial desarrollada y entrenada principalmente en un contexto occidental podría no funcionar de manera efectiva en un país con un pasado colonial y con una población diversa. Si la IA se ha entrenado principalmente con datos de personas de ascendencia europea (por ejemplo), podría fallar en reconocer correctamente a personas de otras etnias, creando una forma de opresión tecnológica.

Otro caso bien conocido de esto es la práctica de algunas empresas multinacionales que utilizan IA para extraer datos de usuarios en países en desarrollo sin su consentimiento explícito (Zuboff, 2020), un fenómeno que puede ser considerado como una forma de «colonialismo digital». Situaciones en las potencias económicas explotan los recursos digitales de naciones menos desarrolladas sin ofrecer una compensación o reconocimiento adecuados (Lehohla, 2018), transgrediendo así la privacidad de las personas en estos países.

Los marcos éticos actuales a menudo no abordan de manera explícita cómo sus prácticas podrían afectar a comunidades y culturas no occidentales en términos de privacidad (Piedra, 2023). Por ejemplo, si un asistente virtual inteligente desarrollado por una empresa occidental solo entiende y responde a ciertos acentos y dialectos occidentales, está excluyendo implícitamente a una gran parte de la población mundial, ignorando las necesidades de privacidad y personalización de datos en diferentes contextos culturales.

Otro caso, es el uso de algoritmos de IA en la vigilancia masiva. En algunos países, la IA se ha utilizado para implementar sistemas de vigilancia que monitorean y analizan grandes cantidades de datos personales sin el consentimiento adecuado de los individuos. Esto no solo plantea serias preocupaciones sobre la privacidad, sino que también refleja una dinámica de poder donde ciertos grupos tienen el control sobre la información y la privacidad de otros (Piedra, 2023b).

La adopción acrítica de modelos occidentales en la EIA puede perpetuar sistemas de poder y exclusión, especialmente en lo que respecta a la privacidad. Importar modelos éticos occidentales sin cuestionarlos puede resultar en un enfoque que no considera adecuadamente las diferencias culturales en la percepción y valoración de la privacidad.

Un enfoque decolonial en la EIA nos permite cuestionar estas suposiciones y trabajar hacia un marco ético que sea verdaderamente global en su alcance. Este enfoque reconoce la diversidad de perspectivas existentes en diferentes culturas y comunidades. Aspectos que facilitan abordar de manera más efectiva los desafíos éticos específicos que surgen en el contexto de una IA globalizada, especialmente aquellos relacionados con la privacidad.

En la literatura actual sobre ética de la IA, a menudo se observa un acuerdo superficial sobre ciertos principios éticos clave, como la privacidad, la explicabilidad y la equidad. Este acuerdo podría interpretarse como una señal de consenso ético global. Sin embargo, una inspección más cercana revela que este consenso a menudo oculta sensibilidades culturales y contextuales únicas. Así, por ejemplo, el concepto de «privacidad»⁶ puede tener diferentes implicaciones en una sociedad colectivista en comparación con una sociedad individualista (Awad *et al.*, 2018).

Por lo tanto, aunque puede haber un acuerdo superficial sobre los principios éticos que deben guiar el desarrollo de la IA, este acuerdo puede ser engañoso. Un enfoque decolonial nos permite desentrañar las complejidades subyacentes y trabajar hacia un entendimiento más matizado de cómo estos principios pueden y deben aplicarse en diferentes contextos globales.

Es así como, para abordar de manera efectiva los desafíos éticos de la IA, especialmente en lo que respecta a la privacidad, se debe adoptar un enfoque que sea tanto crítico como diverso. Esta orientación debe reconocer y cuestionar las suposiciones culturales y contextuales que a menudo se dan por sentadas en los discursos éticos dominantes, permitiendo así un diálogo más rico y una praxis ética más efectiva.

4. Conclusiones

En la era de la IA, la privacidad se ha convertido en un tema crítico para el debate ético y social. En este documento hemos explorado la complejidad de la privacidad en la EIA desde múltiples ángulos, incluyendo perspectivas decoloniales, feministas y críticas. La conclusión es clara: la privacidad en la EIA es un terreno multifacético que requiere un enfoque holístico y contextualizado.

Ciertamente, se debe reconocer que la privacidad no es un concepto monolítico. Como hemos visto, la privacidad puede ser entendida tanto como un derecho negativo que protege a los individuos de interferencias externas, como un requisito para la participación significativa en la vida pública. Este dualismo se refleja en las tensiones entre las perspectivas individualistas y comunitarias sobre la privacidad. Mientras que la privacidad en términos de datos personales se centra en la autonomía individual, también hay una necesidad de considerar cómo las estructuras de poder y las desigualdades sociales afectan la privacidad colectiva, especialmente en comunidades vulnerables y marginadas.

En este contexto, el colonialismo moral emerge como un factor crítico que afecta la ética de la privacidad en la IA. La distribución desigual del conocimiento y el poder en el campo de la IA refleja estructuras coloniales que perpetúan la desigualdad y la exclusión. Esto lo podemos ver en como la predominancia de perspectivas occidentales en los marcos éticos de la IA a menudo resulta en la marginación de epistemologías y axiologías no occidentales.

⁶ Del mismo modo, la «explicabilidad» en la IA puede ser más crítica en contextos donde hay una desconfianza histórica hacia las tecnologías emergentes.

Igualmente, las críticas feministas y de género ofrecen valiosas perspectivas sobre cómo la privacidad se experimenta y se compromete en diferentes contextos sociales. Las mujeres y otros grupos que sufren discriminación a menudo enfrentan desafíos únicos en relación con la privacidad, que van más allá de las concepciones tradicionales del concepto.

Finalmente, es imperativo que los marcos éticos de la IA incorporen estas diversas perspectivas para crear un enfoque más inclusivo y equitativo hacia la privacidad. Esto podría lograrse a través de la participación de expertos en ética, académicos y comunidades afectadas en el proceso de desarrollo y regulación de la IA. Además, los marcos éticos deben ser sensibles a las dinámicas de poder y deben buscar activamente desafiar y dismantelar estructuras opresivas.

Si bien en el ámbito de la EIA la privacidad se ha convertido en un tema central, su tratamiento a menudo se queda corto en cuanto a la introducción de una amplia gama de perspectivas y necesidades. Este desequilibrio plantea serias preguntas sobre la legitimidad y la aplicabilidad de estos marcos éticos, especialmente en lo que respecta a la privacidad.

A medida que la EIA evoluciona desde una fase inicial de establecimiento de principios generales hacia una orientación más sostenible e inclusiva, es crucial que la participación de las partes interesadas y de los ciudadanos se integre de manera más efectiva. Esto es especialmente relevante en el contexto de la privacidad, donde las decisiones éticas tienen un impacto directo en la vida de las personas y en la sociedad en su conjunto.

La inclusión de múltiples marcos axiológicos y epistemológicos en el proceso de toma de decisiones éticas no es solo una cuestión de justicia, sino también una necesidad práctica. Los ciudadanos y las comunidades tienen conocimientos y perspectivas únicas que pueden enriquecer y contextualizar los debates éticos, especialmente en temas tan complejos y problemáticos como la privacidad.

Todo esto nos muestra como lo que entendemos por privacidad en la IA, no es un tema cerrado. Por el contrario, es un campo complejo que requiere un enfoque interdisciplinario e intercultural. Al reconocer y abordar las múltiples dimensiones de la privacidad, desde las perspectivas individualistas hasta las comunitarias, y desde las críticas feministas hasta las decoloniales, podemos aspirar a desarrollar tecnologías de IA que respondan verdaderamente a las demandas sociales de los seres humanos que las utilizan.

Bibliografía

- Algorithm Watch. (2020). AI Ethics Guidelines Global Inventory. Recuperado de <https://inventory.algorithmwatch.org/>.
- Arora, P. (2019). General Data Protection Regulation—A Global Standard? Privacy Futures, Digital Activism, and Surveillance Cultures in the Global South. *Surveillance & Society*. doi: <https://doi.org/10.24908/ss.v17i5.13307>.
- Ausín, T. (2021). ¿Por qué ética para la Inteligencia Artificial? Lo viejo, lo nuevo y lo espurio. *Sociología y Tecnociencia*, 11 (Extra_2), 1-16. https://doi.org/10.24197/st.Extra_2.2021.1-16.

- Awad, E., Dsouza, S., Kim, R., Schulz, J., Heinrich, J., Shariff, A., Bonnefon, J., y Rahman, I. (2018). The moral machine experiment. *Nature*, 563, 59-64. <https://doi.org/10.1038/s41586-018-0637-6>.
- Benhabib, S. (2002). *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton, NJ: Princeton University Press.
- Cabezas, M. (2013). Juicios morales y fronteras biológicas: más allá de la frontera razón/emoción. *Arbor*, 189 (762). <https://doi.org/10.3989/arbor.2013.762n4003>.
- Conger, K., Fausset, R., & Kovaleski, S. (2019). San Francisco Bans Facial Recognition Technology. *The New York Times*.
- Floridi, L., Cowls, J., Beltrametti, M., Raja, C., Chazerand, P., Dignum, V., Luetge, C., Madelin, R., Pagallo, U., Rossi, F., Schafer, B., Valcke, P., y Vayena, E. (2018). AI4People—An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations. *Minds & Machines*, 28, pp. 689-707. <https://doi.org/10.1007/s11023-018-9482-5>.
- Fraser, N. (2009). Feminism, Capitalism, and the Cunning of History. *New Left Review*, 56, Mar/Abr.
- Gilman, M. (2021). Feminism, Privacy, and Law in Cyberspace. *The Oxford Handbook of Feminism and Law in the United States*. doi: <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780197519998.013.36>
- Hill Collins, P. (2022). *Black Feminist Thought: Knowledge, Consciousness, and the Politics of Empowerment*. Routledge.
- Holm, S. (1995). Not just autonomy—the principles of American biomedical ethics. *Journal of Medical Ethics*, 21, 332-338. <https://doi.org/10.1136/jme.21.6.332>.
- Hongladarom, S., & Bandasak, J. (2023). Non-western AI ethics guidelines: implications for intercultural ethics of technology. *AI & Soc.* <https://doi.org/10.1007/s00146-023-01665-6>.
- Jobin, A., Ienca, M., & Vayena, E. (2019). The Global Landscape of AI Ethics Guidelines. *Nature Machine Intelligence*, 1 (9), 389-399.
- Lehohla, P. (2018). Digital Colonialism on the African Continent. Recuperado de <https://ibw21.org/tech/digital-colonialism-on-the-african-continent/>.
- Maldonado, C. (2018). *De-colonialidad en la era tecnomediática*. Ediciones Ciespal.
- Mathiason, J. (2023). Femtech: The “Smart” Business of Menstruation, Hormone Tracking, and the Corporate Construction of Risk. *Feminist Studies*, 49, pp. 118-149. doi: <https://doi.org/10.1353/fem.2023.a901596>
- Mehrnezhad, M., Shipp, L., Almeida, T., & Toreini, E. (2022). Vision: Too Little too Late? Do the Risks of FemTech already Outweigh the Benefits? *Proceedings of the 2022 European Symposium on Usable Security*. doi: <https://doi.org/10.1145/3549015.3554204>
- Moller Okin, S. (2023). *Justice, Gender, And the Family*. Basic Books.
- Munro, M., & Madigan, R. (1993). Privacy in the Private Sphere. *Housing Studies*, 8(1), pp. 29-45. doi: <https://doi.org/10.1080/02673039308720748>
- Nissenbaum, H. (2010). *Privacy in Context: Technology, Policy, and the Integrity of Social Life*. Stanford University Press.
- Okeke Chimakonam, J. (2017). African philosophy and global epistemic injustice. *Journal of Global Ethics*, 13 (2), 120-137. <https://doi.org/10.1080/17449626.2017.1364660>.
- Piedra, J. (2022). Venditio fumi: Autorregulación Empresarial e Inteligencia Artificial. *Sincronía*, AñoXXVI(81). doi: <https://doi.org/10.32870/sincronia.axxvi.n81.12a22>.
- Piedra, J. (2023a). Decolonizing the 'Ethics Of AI'. *Cosmos and History: The Journal of Natural and Social Philosophy*, 19 (1).
- Piedra, J.(2023b). Gobernanza ética de datos en la Administración Pública: Comentarios a partir del caso UPAD en Costa Rica. *Revista Administración Pública y Sociedad*.

- Piedra, J. (2023c). La Recopilación de Datos Biométricos en Costa Rica: Controversias Éticas a Partir del Proyecto de Ley N° 21321. *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, 21 (38), 23-49.
- Quijano, A. (2007). Colonialidad del poder y clasificación social. En S. Castro-Gómez, GRosfoguel. (Eds.), *El giro decolonial: Reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Iesco-Pensar-Siglo del Hombre Editores.
- Roberts, J. S., & Montoya, L. N. (2022). Decolonisation, Global Data Law, and Indigenous Data Sovereignty. *ArXiv*. doi: <https://doi.org/10.48550/arXiv.2208.04700>
- Roberts, J. S., & Montoya, L. N. (2023). In Consideration of Indigenous Data Sovereignty: Data Mining as a Colonial Practice. *ArXiv*. doi: <https://doi.org/10.48550/arXiv.2309.10215>
- Roth, L. (1999). The Right to Privacy Is Political: Power, the Boundary Between Public and Private, and Sexual Harassment. *Law & Social Inquiry*, 24 (1), 45-71. doi: <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.1999.tb00792.x>
- Stachel, L. A. (1996). Publicity, Privacy, and Women's Political Action. *Environment and Planning D: Society and Space*, 14(6), pp. 601-619. doi:10.1068/d140601
- Trull, M. E. (2013). Performing Privacy and Early Modern Women. *Palgrave Macmillan UK*. doi: https://doi.org/10.1057/9781137282996_1
- Véliz, C. (2020). Privacidad es poder. Datos, vigilancia y libertad en la era digital. España: Debate.
- Walsh, C. (2007). ¿Son Posibles Unas Ciencias Sociales/culturales Otras? Reflexiones En Torno a Las Epistemologías Decoloniales. *Nómadas*, 26, 102–113.
- Woolf, V. (2012). *Una habitación propia*. Alianza Editorial.
- Young, I. (1990). Justice and the Politics of Difference. *Princeton University Press*.
- Zuboff, S. (2020). *La era del capitalismo de la vigilancia: la lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*. Ediciones Paidós.

Activismo judicial*

Judicial Activism

Fabio Enrique Pulido-Ortiz
Universidad de La Sabana
ORCID ID 0000-0002-1100-9962
fabio.pulido@unisabana.edu.co

Cita recomendada:

Pulido-Ortiz, F. E. (2024). Activismo judicial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 217-235
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9008>

Recibido / received: 06/03/2024
Aceptado / accepted: 26/07/2024

Resumen

El objetivo de este artículo es avanzar en la comprensión del activismo judicial. El artículo inicia con el análisis de las principales tesis sobre el concepto de activismo judicial, subrayando sus principales debilidades explicativas. Luego se introduce la distinción entre la actividad judicial, a saber, el ejercicio “propio” de funciones judiciales; y el activismo judicial entendido como un tipo específico de ejercicio “impropio” de funciones judiciales. Se concluye que el activismo judicial es una forma de ejercicio impropio de la actividad judicial, que se caracteriza por la reconfiguración de las competencias de los jueces a través de sus propias decisiones.

Palabras clave

Activismo judicial, estado de derecho, reglas de competencia, principio de legalidad.

Abstract

The objective of this paper is to improve the conceptual understanding of judicial activism. The work begins with the analysis of leading thesis of judicial activism highlighting its main explanatory weaknesses. Then, it is introduced the distinction between judicial activity, i.e the proper exercise of judicial powers, and judicial activism understood as a kind of improper exercise of judicial powers. The work concludes that judicial activism is a type of improper exercise of judicial powers which is characterized by the practice of judges to reconfigure power-conferring rules through their own judicial decisions.

Keywords

judicial activism, rule of law, power-conferring rules, principle of legality, reconfiguration of legal powers.

* Este artículo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “La política con toga: un estudio del activismo judicial” (DER-60-2019), financiado por la Dirección General de Investigaciones de la Universidad de La Sabana. El autor agradece los comentarios, críticas y sugerencias de Vicente Benitez, Pablo Rivas-Robledo, Carlos Bernal Pulido, Carlos Arévalo, Luciano Laise, Daniela Álvarez, María Alejandra Uribe, Raquel Sarria y Sergio Morales.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Decisiones judiciales orientadas ideológicamente. 3. Decisiones judiciales con fundamento en la moral. 4. Dimensiones del activismo judicial. 5. Actividad judicial. 6. Activismo judicial. 7. Conclusión.

1. Introducción

El activismo judicial se ha posicionado como una de las discusiones centrales en el estudio del papel de los jueces en los ordenamientos jurídicos contemporáneos. Algunos defienden el activismo judicial argumentando que es indispensable que las decisiones judiciales se involucren en el desarrollo de ideales políticos y en alcanzar transformaciones sociales (Saffon y García-Villegas, 2011). Otros reprochan el activismo judicial afirmando que representa una seria amenaza al principio de legalidad, esto es el principio que exige a las autoridades que gobiernen de acuerdo y a través del derecho (Dyson, 2003). Sin embargo, en esta discusión subyace una indeterminación sobre cuáles son los parámetros conceptuales comunes para la descripción y evaluación del activismo judicial. En este orden de ideas, el objetivo de este artículo es avanzar en la comprensión del activismo judicial y, en consecuencia, aportar en la construcción de un andamiaje conceptual que sirva para diagnosticar el activismo judicial en las prácticas jurídicas.

El artículo inicia con el análisis de las principales tesis sobre el activismo judicial, subrayando sus principales debilidades conceptuales. Luego se introduce la distinción entre la actividad judicial, a saber, el ejercicio “propio” de las funciones judiciales; y el activismo judicial entendido como un tipo específico de ejercicio “impropio” de funciones judiciales. Se concluye que el activismo judicial es una forma de ejercicio impropio de la actividad judicial que se caracteriza por la reconfiguración de las competencias de los jueces a través de sus propias decisiones. En otras palabras, el activismo judicial supone que, mediante las decisiones judiciales, los jueces transforman sus poderes al modificar sus competencias.

2. Decisiones judiciales orientadas ideológicamente

Una tesis muy difundida sobre el activismo judicial sostiene que su característica fundamental es la existencia de *decisiones judiciales orientadas ideológicamente*, es decir, que un juez activista es aquel que busca que los resultados de sus decisiones coincidan con su ideología (*result-oriented ideological approach*)¹. Esta tesis se asocia con una idea que subyace en las críticas que suelen dirigirse en contra del activismo judicial: los ordenamientos jurídicos pretenden definir y limitar el poder público, de manera que las autoridades (incluidos, desde luego, los jueces) tomen decisiones conforme a criterios previos y públicamente definidos en normas jurídicas (principio de legalidad), y no sobre la base de sus ideologías. En tanto el activismo consiste –según esta tesis– en que las decisiones judiciales están orientadas ideológicamente, entonces el activismo judicial frustra el principio de legalidad (Dyson, 2003; Lee, 2013).

A pesar del atractivo inicial de esta tesis, existen las siguientes razones para rechazarla. Los conceptos están conformados por una serie de propiedades que explican las características fundamentales de un fenómeno. Esas propiedades,

¹ Cross y Lindquist (2007) piensan que los jueces activistas se involucran en un «*result-oriented judging, whereby their decisions are driven by their ideological preferences concerning substantive case outcomes*» (p. 1766).

además, se constituyen en criterios para la identificación de casos específicos del concepto (Margolis y Laurence, 2021). Si el concepto no tiene esta capacidad, entonces tenemos que rechazarlo o reformularlo. Por poner solo un ejemplo, el concepto de «abogado» nos debe servir para identificar un tipo de profesional y diferenciarlo de otros. Supongamos que se propone que una propiedad del concepto de abogado es que «usan zapatos». Puede ser cierto que muchos (o todos los) abogados usen zapatos, pero ese uso no resulta relevante para comprender el concepto de «abogado». Aun cuando coincida con el hecho de que los abogados usen zapatos, lo cierto es que esa propiedad no nos sirve para comprender qué son los abogados ni, por su puesto, para identificar o describir a individuos que son abogados.

De forma similar, si sostenemos que el activismo judicial se caracteriza por la existencia de decisiones judiciales orientadas por una ideología, resulta que el concepto no sirve para identificar casos de activismo judicial, ni para diferenciarlo de otros fenómenos. Esto es así por una sencilla razón: el activismo judicial no tiene una ideología que lo caracterice y que funcione como criterio para identificar casos de activismo judicial. Pueden existir casos de activismo de derecha, de izquierda, de progresistas, de conservadores, animalistas, libertarios, etc. (Allan, 2015). Por lo tanto, ninguna ideología resulta idónea para concluir que un acto es un caso de activismo judicial. De manera que, aun cuando fuese cierto que todos los casos de activismo judicial tienen un *contexto ideológico*, esa propiedad no resulta suficiente para comprender qué es el activismo o para definir si estamos en presencia de un caso de activismo judicial².

Es verdad que los defensores de esta tesis pueden responder que lo que caracteriza al activismo judicial no es, en efecto, la existencia de una ideología en particular, sino la existencia de decisiones que están orientadas por cualquier ideología. No obstante, este ajuste no resulta satisfactorio. En primer lugar, fundamentar el concepto de activismo judicial en la existencia de decisiones judiciales que se orientan por cualquier ideología resulta demasiado genérico, vago e indeterminado. La noción «cualquier ideología» es indeterminada y maleable, por lo que no sirve para comprender qué es el activismo judicial. Como se sabe, las definiciones tienen dos elementos: el *definiens* y el *definiendum*. En el marco del problema del activismo judicial, el *definiendum* es el término que designa lo que se pretende definir (o sea, el término «activismo judicial»). El *definiens*, por otro lado, está constituido por las condiciones o propiedades que concretan que cierta decisión judicial es un caso de activismo judicial. Una de las exigencias para definir

² Esta forma de conceptualizar el activismo judicial suele ser, además, circular. Por un lado, se argumenta que el activismo judicial ocurre porque los resultados de una decisión judicial coinciden con una ideología. Por otro lado, se emplean los contenidos de esas ideologías para definir el activismo judicial. Veamos un ejemplo: la Suprema Corte de los EEUU rechazó el conocimiento de un caso sobre el derecho de los trabajadores a solicitar que su horario se ajuste a sus actividades religiosas prioritarias. Los jueces de instancia habían desestimado la demanda argumentando que el trabajador no tenía ese derecho porque se impondrían dificultades excesivas en los negocios del empleador. Ante la decisión de rechazo de la Suprema Corte, los jueces Neil Gorsuch y Samuel Alito formularon votos disidentes argumentando sobre la oportunidad de la Suprema Corte para precisar el precedente judicial sobre los derechos religiosos de los trabajadores (Gorsuch, 2021). Linda Greenhouse respondió en una columna a la disidencia de Gorsuch y Alito calificándola de activismo judicial. Según ella, el voto disidente es un caso de activismo porque coincide con la agenda conservadora. Pero lo curioso es que para afirmar que la disidencia es conservadora el fundamento es justamente que representa un caso de activismo judicial (Greenhouse, 2021). Por supuesto que no estoy sugiriendo que los citados jueces no sean conservadores. Tampoco estoy definiendo si la disidencia en mención es o no un caso de activismo judicial. Lo único que quiero señalar es que no es posible afirmar que una decisión es activista solo porque coincida con una u otra ideología y que –además– suele argumentarse de forma circular sosteniéndose que un acto es activismo porque se dirige a una ideología, y que el contenido de una decisión judicial es ideológico porque es activista.

adecuadamente un concepto es que el *definiens* precise, aclare o elucide al *definiendum*. El *definiens* debe, por lo menos, ofrecer una información o explicación más precisa sobre el *definiendum*. Por lo tanto, una explicación del concepto de activismo judicial que recurre a nociones más oscuras e indeterminadas (como lo es la noción de «cualquier ideología») debe ser rechazada o reformulada.

En segundo lugar, esta indeterminación ha facilitado el uso emotivo del activismo judicial. El uso emotivo del lenguaje se caracteriza por la expresión de términos que corresponden a reacciones subjetivas del emisor (sus emociones, sentimientos o estados de ánimo) y no a la comunicación de significados. En otras palabras, las expresiones emotivas no están destinadas a transmitir proposiciones (*i.e.* son expresiones que no pueden calificarse como verdaderas o falsas), sino que manifiestan sentimientos o actitudes subjetivas del hablante (Hale y Wright, 1997). Esto ocurre con aquellos que defienden u objetan el activismo judicial justamente porque las decisiones judiciales coinciden o contradicen sus ideales morales o políticos. En estos casos, el activismo judicial se asocia con las reacciones subjetivas causadas por el resultado de las decisiones judiciales. Muchos de quienes celebran el activismo judicial de los tribunales en, por ejemplo, materia de derechos sociales, no están conformes con el activismo en sí mismo, sino que celebran los resultados de una decisión. Similarmente, suele ocurrir que los críticos del activismo judicial en por su impacto en los sectores económicos no están en desacuerdo con el activismo en sí mismo, sino insatisfechos con los resultados de las decisiones judiciales³. Por lo tanto, cuando se intenta explicar el activismo judicial con base en el apoyo o rechazo subjetivos de los resultados de las decisiones judiciales, no se está definiendo el activismo judicial. Lo que se hace es usar la expresión «activismo judicial» para expresar el apoyo o el rechazo de los resultados de las decisiones judiciales, a la luz de un punto de vista personal (Linfante Vidal, 2019). Este hecho explica que los defensores del activismo judicial lo sean mientras las decisiones judiciales tengan consecuencias positivas en los contenidos que apoyan. Una vez ese estado de cosas se modifica (*i.e.* una vez las decisiones judiciales tienen consecuencias negativas en los contenidos que defienden), entonces los defensores del activismo cambian de orilla y se convierten en sus opositores (Balkin, 2009).

Para explicar mejor este problema, resulta oportuno diferenciar entre a) el acto normativo, b) sus resultados y c) sus consecuencias (Von Wright, 1963). Un acto normativo –como, por ejemplo, un contrato de compraventa, una ley o una decisión judicial– depende de que se cumplan las condiciones de validez definidas en las normas del sistema. El resultado de la realización del acto normativo es la modificación o afectación de una situación normativa. Imaginemos el siguiente ejemplo: un ciudadano demanda una ley tributaria argumentando que en su aprobación se incumplieron las reglas sobre mayorías. En la decisión que resuelve el caso, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad de la norma y la expulsa del ordenamiento jurídico. La decisión del tribunal es un acto normativo, esto es, el ejercicio de un poder o potestad conferido por una norma del sistema. El resultado de esa decisión judicial es que afecta la situación normativa de los

³ Así, por ejemplo, en Colombia se suele sostener que el activismo de la Corte Constitucional ha desempeñado un papel destacado al lograr transformaciones en la situación de minorías y grupos históricamente marginados (Saffon y García-Villegas, 2011). Pero al mismo tiempo, se reprocha al activismo judicial su impacto negativo en la economía. En una nota de prensa se registraba con preocupación el impacto del activismo judicial en la producción económica colombiana, anotándose que diferentes actuaciones judiciales están desconociendo la institucionalidad del país y mermando la posibilidad de mejoras en la inversión económica para los sectores productivos. Redacción Economía (2019) El "activismo jurídico" está afectando la producción minera, según la ACM. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/economia/el-activismo-judicial-esta-afectando-la-produccion-minera-segun-la-acm-articulo-880898/>

ciudadanos, en tanto expulsó del sistema una norma que establecía una serie de deberes tributarios. Las consecuencias de ese acto normativo son los efectos que pueden causar contingentemente sus resultados. Así, es posible que el demandante celebre su victoria judicial y que el Gobierno reproche ante los medios de comunicación el contenido de la orden. Pero lo cierto es que la decisión judicial se define por las condiciones de validez de tal acto y no por sus resultados, ni mucho menos por las consecuencias contingentes de sus resultados.

Existen, desde luego, conexiones entre los actos normativos y sus resultados. La decisión judicial que resolvió el asunto de la reforma tributaria es, como se dijo, un acto normativo que tuvo como resultado la declaración de inconstitucionalidad de la norma. El acto normativo (v. gr. una decisión judicial del Tribunal Constitucional) sirve de condición suficiente para la validez del resultado normativo (v. gr. la declaración de inconstitucionalidad de la norma). Sin embargo, sería un error explicar el acto normativo con fundamento en sus resultados. Ese tipo de explicación es incorrecta porque incurre en un error lógico conocido como la afirmación del consecuente, esto es, una falacia formal que se comete cuando, a pesar de ser verdadero que si A entonces B, incorrectamente se afirma que si B, entonces A. En los términos de la explicación de las decisiones judiciales, puede ser verdad que la decisión del Tribunal Constitucional sea condición suficiente para la expulsión de la norma; pero es incorrecto sostener que esos resultados sean suficientes para explicar la decisión. Así las cosas, si lo que se quiere afirmar es que el activismo judicial se define por la existencia de cierto tipo característico de resultados normativos, es necesario explicar la conexión del acto normativo (la decisión judicial activista) con esos resultados y, por supuesto, precisar o definir con mayor claridad cuál es el tipo de resultados a los que refiere la explicación, es decir, dar cuenta de la conexión entre un acto judicial y los resultados que, según esta tesis, pueden servir de fundamento para definir el activismo judicial.

Por último, explicar el concepto de activismo judicial con base en las relaciones existentes entre las decisiones judiciales y sus consecuencias (negativas o positivas) puede incurrir en una forma de *argumentum ad consequentiam*. Nada es –o no es– solo porque, en caso de que exista (o no exista), surjan consecuencias positivas o negativas. Un argumento dirigido a demostrar que A tiene la consecuencia B no sirve para explicar qué es A. Traduciéndolo a la explicación del activismo judicial, afirmar que una decisión judicial es activista porque sus resultados impactan positiva o negativamente en una ideología, no sirve para definir el activismo judicial sino para señalar una de sus posibles consecuencias. No basta con agregar que el activismo consiste justamente en un tipo de consecuencias que tienen ciertas decisiones judiciales. Esta aclaración no resuelve el problema porque, como ya se dijo, el término «ideología» es indeterminado y no sirve para dotar de contenido al concepto de activismo judicial (más allá de ser usado como una expresión emotiva en apoyo o rechazo a las decisiones). Además, la relación entre los actos y las consecuencias es contingente y causal.

3. Decisiones judiciales con fundamento en la moral

Otra conocida tesis sostiene que el activismo judicial está caracterizado por la existencia de decisiones judiciales que tienen fundamento en la moral y no en el derecho vigente (Sowell, 1989). Esta explicación es incorrecta porque, de ser cierta, toda decisión judicial sería activista o, en otras palabras, si fuere verdad que lo que caracteriza el activismo judicial es que son decisiones judiciales con fundamento moral, entonces no sería posible distinguir entre los casos que son activismo judicial de los que no lo son. Esto es así porque el principio de justificación, en tanto elemento necesario para la validez de las decisiones judiciales, exige que los jueces

fundamenten sus decisiones en las razones jurídicas correctas (Hernández-Marín, 2008). Ahora bien, desde distintos puntos de vista se reconoce que el principio de justificación involucra premisas morales en el razonamiento judicial acerca de cómo se deben decidir las cuestiones jurídicas. Es verdad que existen profundos desacuerdos sobre la naturaleza del principio de justificación y que los filósofos del derecho explican de distintas maneras la relación entre el principio de justificación y la moral. Pero lo cierto es que, a pesar de las profundas diferencias al respecto, se reconoce que, primero, existe una conexión necesaria entre las decisiones judiciales y el principio de justificación y, segundo, que el principio de justificación incluye premisas morales.

Algunos defienden que existe una conexión conceptual o constitutiva entre las decisiones judiciales y la moral. Se sostiene que el razonamiento judicial incluye necesariamente premisas morales en tanto son juicios de carácter práctico, esto es, de valoración jurídica de la acción humana. De acuerdo con esta posición, en el razonamiento judicial no resulta posible comprender la acción humana sin conocer la intención de los agentes, lo cual requiere una necesaria referencia a los fines que hacen valiosa (o disvaliosa) la acción enjuiciada (Zambrano y Cianciardo, 2019). En este orden de ideas, toda decisión judicial está orientada a la realización de la justicia en cada situación jurídica específica, por lo que el razonamiento judicial incluye necesariamente un juicio acerca de las razones que justifican las normas jurídicas a la luz del caso concreto que el juez debe resolver (Zambrano, 2009). La finalidad de este tipo de razonamiento no es la sola descripción de las acciones juzgadas, sino «su calificación valorativa con referencia a un fin». Por lo tanto, el razonamiento judicial «se dirige, a partir de ciertos principios y normas, en dirección a la valoración» de las acciones con miras a la realización de la justicia (Massini, 2008, p. 165).

Por otro lado, para Alexy (2005), las decisiones jurídicas (y fundamentalmente las decisiones judiciales) formulan necesariamente una pretensión de corrección. Cuando un juez resuelve un caso, lo hace bajo el supuesto que es una decisión justa. Esta pretensión es de naturaleza moral en tanto se dirige a la forma de resolver cuestiones de justicia, tales como la distribución de cargas y beneficios, la compensación de daños o la adjudicación de derechos. «Las cuestiones de justicia son cuestiones morales», por lo que «la pretensión de corrección establece una anexión metodológica o teórico-argumentativa necesaria entre derecho y moral» (Alexy, 2005, pp. 46-47). En esta misma línea, La Torre (2015) considera que los jueces no son actores pasivos en la aplicación del derecho, toda vez que el principio de justificación de las decisiones judiciales exige una argumentación moral acerca de la forma correcta de aplicar las normas.

Bien conocida es la posición de Dworkin (1986) para quien el derecho está conformado no solo por las reglas establecidas o reconocidas en las fuentes legales (constituciones, leyes, precedentes, contratos, etc.), sino también por principios de naturaleza moral. Esos principios –según Dworkin– no pueden ser comprendidos y aplicados sin el ejercicio de un razonamiento moral tendiente a encontrar la mejor interpretación posible del derecho considerando los principios morales que justifican la práctica jurídica. Por lo tanto, existe una conexión necesaria entre las decisiones judiciales y la moral pues el principio de justificación exige que, en el proceso de justificación de sus decisiones, los jueces apliquen las normas a la luz de principios morales que hacen valiosa la práctica jurídica (Dworkin, 1986).

También están quienes sostienen que existe una conexión justificatoria entre las decisiones judiciales y la moral, precisamente por las exigencias del principio de justificación. Según Nino (1985), el razonamiento judicial es un tipo de razonamiento práctico «dirigido a justificar categóricamente acciones y decisiones» (Nino, 1985, p.

41). La justificación de las decisiones judiciales supone «un principio general de índole moral» para valorar las acciones humanas. En el razonamiento judicial, ese principio se debe combinar con «un juicio fáctico acerca de la vigencia de ciertas prescripciones o normas jurídicas, cuyo reconocimiento u observancia se valora positivamente» (Nino, 1985, p. 60). Raz (1993) explica de forma similar la conexión entre el principio de justificación y la moral. Para este filósofo, el razonamiento judicial es una forma de razonamiento moral acerca de cómo se debe decidir cuando los individuos se enfrentan a problemas jurídicos. El principio de justificación exige que los jueces resuelvan los problemas jurídicos con base en premisas que consideran valiosas. Según este autor, el principio de justificación no implica, desde luego, que las premisas que constituyen el razonamiento judicial tengan necesariamente contenido moral, ni que los jueces puedan omitir las normas jurídicas para recurrir solo a consideraciones morales al justificar la decisión. Lo que afirma es que el principio de justificación exige que los jueces, al aplicar las normas jurídicas, deliberen para lograr que las premisas y conclusiones sean las adecuadas para resolver el asunto (Raz, 1993).

Para este autor, los asuntos que resuelven los jueces tienen naturaleza moral en tanto son juicios sobre la adjudicación de derechos y obligaciones. Para dar respuesta a estos asuntos, el razonamiento judicial supone que, a pesar de que no se deba recurrir directamente a consideraciones morales, sus conclusiones deben ser moralmente aceptables (Raz, 1993). Desde luego que existen contextos en los que las decisiones judiciales son moralmente irrelevantes, en el sentido que la decisión específica es indiferente para la moral. Por ejemplo, una regla puede decidir si los conductores deben manejar por la derecha o por la izquierda. Esta regulación es, en principio, indiferente para la moral en tanto no existen razones morales que exijan conducir de una u otra manera. Sin embargo, en estos casos, la indiferencia moral de las decisiones jurídicas (por ejemplo, la que aplica la regla de conducir por la derecha) no depende del ordenamiento jurídico sino del contenido de la moral. Además, una vez establecida la regla, su aplicación bien puede tener una naturaleza moral como, por ejemplo, la asignación de responsabilidades por la violación de la norma. En este sentido, la aparición de casos jurídicos moralmente indiferentes está en función del contenido y la extensión de la moral, esto es, en la medida en que los asuntos estén o no definidos por la moral (Raz, 1993)⁴.

El principio de justificación, en definitiva, involucra en el razonamiento judicial premisas morales acerca de cómo se deben decidir las cuestiones jurídicas. No significa que los jueces deban recurrir directamente a la moral para justificar sus decisiones (como parece sugerir Dworkin), ni que necesariamente toda decisión judicial esté moralmente justificada. Lo que significa es que el principio de justificación presupone que el razonamiento judicial, incluso en los casos en que el derecho positivo determina la forma de resolver un caso, debe encontrar fundamento en un principio de naturaleza moral (p. ej. la autoridad legítima del derecho, la instanciación de bienes humanos básicos o la pretensión de corrección).

⁴ Raz (1993) agrega que los jueces deben recurrir a consideraciones morales para superar las indeterminaciones lingüísticas (ambigüedad, vaguedad y textura abierta) y sistemáticas (lagunas y antinomias). Para resolver los casos en que el derecho es indeterminado, los jueces deben interpretar e integrar el derecho. El razonamiento para realizar estas tareas involucra necesariamente consideraciones morales (Raz, 1993). Además, los ordenamientos jurídicos suelen autorizar a los jueces para que modifiquen o se aparten de las normas jurídicas con fundamento en razones o consideraciones morales (Raz, 1993). Un ejemplo paradigmático de esta autorización es la existente en los sistemas jurídicos con regla de precedente (v. gr. el *stare decisis* en el *common law*) para que los jueces modifiquen los precedentes con base en consideraciones de justicia (*overruling*).

Algunos podrían refutar que el activismo judicial no se caracteriza por la existencia de decisiones judiciales vinculadas con la moral, sino por la presencia de decisiones judiciales cuyo contenido no se deriva de la aplicación de normas jurídicas previas. Las decisiones judiciales activistas, según esta posición, son aquellas que crean nuevas normas (o modifican las vigentes) para resolver los casos. Es decir, no se afirma que el activismo judicial se caracterice por que las decisiones judiciales tienen un vínculo con la moral, sino que está constituido por aquellas decisiones que aplican directamente un razonamiento moral para crear (o modificar) las normas vigentes. En este sentido, Alexander (2015) argumenta que el juez es activista cuando modifica o introduce normas jurídicas. La creación judicial de normas es producto de un razonamiento moral que usurpa las funciones de otros poderes públicos (Alexander, 2015). De forma similar, Almeida Ribeiro (2015) considera que el activismo judicial está asociado a un tipo de irregularidad que ocurre cuando los jueces incumplen el deber de decidir conforme al derecho y, por el contrario, intervienen en la creación de normas.

Esta posición incurre en el siguiente error: el solo hecho de que los jueces intervengan en la creación de normas jurídicas no los convierte en activistas. En los sistemas jurídicos en los que el juez tiene la competencia para, por ejemplo, modificar los precedentes judiciales vigentes, el hecho de que el juez cree una norma (en ese caso, un precedente judicial) no implica que el juez sea activista. En efecto, en aquellos ordenamientos jurídicos en los que existe una regla o doctrina del precedente judicial, se supone que los jueces tienen el poder jurídico de crear y modificar (de acuerdo con ciertas condiciones) las normas jurídicas que constituyen los precedentes judiciales (Núñez-Vaquero y Fernández-Cruz, 2021). En consecuencia, no existen razones para pensar que una decisión judicial es activista cuando un juez crea una nueva norma al modificar un precedente de conformidad con las condiciones legales definidas para ello⁵.

En un problema similar incurren aquellos que sostienen que el activismo judicial se caracteriza por el uso del poder de anular normas jurídicas, particularmente mediante el ejercicio del control constitucional de la ley (Green, 2009). Afirman que este poder no es parte de la función judicial (o sea, de la actividad judicial) y que convierte a los jueces en un actor de la definición de asuntos políticos. Así, por ejemplo, algunos han subrayado que ese poder –y teniendo en cuenta que en el sistema jurídico de los Estados Unidos no existe norma constitucional que lo autorice expresamente– es el mecanismo que tienen los jueces para participar activamente en la política de ese país (Kmiec, 2004). Sin embargo, esta aproximación llega a conclusiones incorrectas. El solo hecho de que los jueces tengan el poder de anular normas, no hace que sus decisiones sean activistas. Así, por ejemplo, resulta extraño afirmar que un Tribunal Constitucional es activista solo por usar sus competencias constitucionales de anular las leyes inconstitucionales.

En todo caso, y como se desarrollará más adelante, estas ideas nos alertan sobre una pista clave: lo que constituye el activismo no es el poder de crear normas o de anular normas, sino que los jueces no tengan la potestad de hacerlo.

4. Dimensiones del activismo judicial

⁵ Como veremos más adelante, lo que eventualmente constituye el activismo no es la creación judicial de normas, sino que los jueces no tengan la potestad de hacerlo, esto es, que no exista una norma de competencia que otorgue ese poder al juez. Pero en tal caso, la creación de normas es una manifestación contextual del activismo judicial, no una propiedad conceptual del activismo.

Para Canon (1983), el activismo judicial es una práctica multifacética que se puede reconstruir a partir de las dimensiones en que se manifiesta (en su trabajo toma como referente el contexto estadounidense). Según él, las diversas manifestaciones del activismo judicial se pueden agrupar en seis variables fundamentales: a) el grado en que las decisiones judiciales anulan o rechazan las políticas adoptadas por otros órganos (v. gr. mediante el control constitucional judicial); b) el grado en que las decisiones judiciales alteran precedentes, doctrinas e interpretaciones vigentes, c) el grado en que las disposiciones jurídicas son interpretadas en contra de su significado ordinario, d) el grado en que las decisiones judiciales realizan políticas públicas que distorsionan el curso normal de proceso democrático, e) el grado en que las decisiones judiciales establecen directamente las reglas para implementar las políticas públicas, sustituyendo el trabajo de las agencias administrativas, y f) el grado en que las decisiones judiciales sustituyen las consideraciones y decisiones que razonablemente han sido efectuadas por otros órganos estatales (Canon, 1983).

Lo que propone Canon es que entre mayor sea el grado de evidencia de esas variables, entonces más activista es la práctica judicial respectiva. Esta propuesta puede resultar útil para realizar diagnósticos de las prácticas jurídicas estudiadas. Sin embargo, no puede explicar qué es el activismo judicial. Solamente puede describir la forma como ocurre en unas prácticas jurídicas específicas. Estas dimensiones, aun reconociendo que estuviesen adecuadamente reconstruidas, no explican el concepto de activismo judicial sino algunas de sus manifestaciones contextuales. Pueden ser un «termómetro» para identificar el grado de activismo judicial en unas prácticas jurídicas, pero no sirven para explicar el concepto de activismo judicial. Canon es consciente de esta limitación. Afirma que esas dimensiones tienen una función diagnóstica, pero en ningún caso definitiva del activismo judicial. En todo caso se anima a identificar las propiedades que, para él, pueden caracterizar al activismo judicial: 1) la intervención judicial en asuntos políticos y 2) el ejercicio impropio de funciones. La intuición de Canon apunta a la dirección acertada, *i.e.* en encontrar un concepto de activismo judicial que sirva de referente para identificar los casos, dimensiones o instancias específicas de activismo.

Sin embargo, la explicación de Canon (1983) tiene los siguientes problemas. Por un lado, la tesis según la cual una característica del activismo es que los jueces se involucran en la definición de asuntos políticos, generaliza indebidamente las dimensiones o manifestaciones del activismo judicial. Es decir, aun siendo verdad que en ciertas prácticas jurídicas es un caso de activismo que los jueces, por ejemplo, anulen las leyes, este hecho no es suficiente para poder generalizar ese poder como parte del concepto de activismo judicial. Como se dijo antes, del hecho que los jueces tengan el poder de anular normas, no se puede derivar que sus decisiones sean activistas (por ejemplo, que un Tribunal Constitucional anule una ley inconstitucional no es suficiente para afirmar que es activista). De hecho, ocurre que el uso de ese poder puede llegar a ser una manifestación del activismo judicial en unas prácticas jurídicas, pero no lo es necesariamente en otras.

No caben dudas de que el control abstracto de constitucionalidad tiene como consecuencia una interferencia del órgano judicial en la política. Pero también es indudable que muchos sistemas jurídicos reconocen esa potestad como una de las funciones de los tribunales constitucionales. Si el Tribunal Constitucional italiano declara inconstitucional una norma creada por el Parlamento, esta decisión no es suficiente para afirmar que es un caso de decisión judicial activista. Otro ejemplo es el caso de las acciones populares. Algunos sistemas jurídicos contemplan acciones

populares para la protección de los derechos colectivos y del medio ambiente⁶. En las decisiones judiciales de los casos colectivos, los jueces pueden definir la forma adecuada de encarar las políticas públicas para, por ejemplo, reducir la contaminación de un río. Siendo cierto que el sistema jurídico estableció esas acciones, que se siguió el proceso legal para alcanzar la decisión y que el contenido de la decisión está dentro de las posibilidades admitidas por las normas jurídicas, no queda claro que el hecho de que la decisión judicial haya intervenido en una política pública sirva para catalogarla como activista.

De acuerdo con lo anterior, se puede marcar una distinción que resulta básica en la comprensión del activismo judicial. Un asunto es la explicación del concepto de activismo judicial (es decir, qué es el activismo judicial y sus características fundamentales), y otro distinto la identificación y descripción de las manifestaciones del activismo judicial (a saber, las diferentes formas que adopta en las prácticas jurídicas). Con base en esta distinción, podríamos señalar que las prácticas de anular decisiones democráticas, alterar precedentes, modificar doctrinas o interpretaciones, realizar órdenes administrativas, afectar el curso de los procesos democráticos y sustituir las decisiones de otras agencias, son manifestaciones del activismo que – como tales – son relativas a ciertos sistemas jurídicos. Pero la existencia de esas manifestaciones no explica el concepto de activismo. De hecho, muchas de esas manifestaciones, aun cuando son casos de activismo judicial en unos sistemas jurídicos, no lo son en otros. Una vez comprendemos la distinción entre las tareas de elucidar el concepto de activismo judicial y la de describir sus manifestaciones, es posible observar que buena parte de los intentos de explicación fracasan porque han creído encontrar qué es el activismo a partir de sus manifestaciones.

El concepto de activismo judicial, en suma, debe servir para comprender algunas propiedades que definen lo que es el activismo, y a partir de ellas explicar sus manifestaciones (sin que el concepto de activismo colapse en la identificación de esas manifestaciones). Definir el activismo judicial como aquellas decisiones judiciales que, por ejemplo, intervienen en políticas públicas o anulan normas o actos de otros poderes públicos, es el resultado de confundir el concepto de activismo judicial con sus manifestaciones. Esta confusión lleva a que los estudios del activismo judicial que se enfocan en sus manifestaciones sean explicativamente inadecuados. Esas descripciones son o bien infraincluyentes, esto es que dejan por fuera de la comprensión del fenómeno diferentes prácticas que pueden formar parte de la extensión del activismo judicial generando falsos negativos; o bien sobreincluyentes, esto es que incluyen dentro del fenómeno prácticas que no son constitutivas de activismo judicial generando falsos positivos.

En todo caso, debe destacarse el segundo punto señalado por Canon (1983); a saber, que en el activismo judicial es característico el ejercicio impropio de funciones judiciales. Según esto, una decisión judicial activista es aquella que es percibida como ilegítima como consecuencia de apartarse de las funciones apropiadas de los jueces dentro del sistema jurídico (Canon, 1983). En un sentido similar, Cross y Lindquist (2007) piensan que lo que está detrás de cualquiera de las formas de activismo es que los jueces actúan por fuera de su papel apropiado. El problema con esta aproximación es que la noción de ejercicio impropio es imprecisa y poco informativa. En otras palabras, es necesario explicar el contenido de la noción «impropio». De hecho, para comprender qué significa «ejercicio impropio» se debe explicar previamente en qué consiste el «ejercicio propio» de funciones judiciales. En esta

⁶ A manera de ejemplo, los sistemas jurídicos colombiano, mexicano y brasileño contemplan distintas formas de acciones y procesos colectivos en las que se autoriza a los jueces intervenir en políticas públicas. Sobre el particular véase Maurino, Nino y Sigal (2005) y Guayacán Ortiz, (2014).

tarea resulta indispensable explicar qué se entiende por actividad judicial (*i.e.* lo propio de la función judicial) para luego precisar cuál es la impropiedad específica que caracteriza al activismo judicial.

5. Actividad judicial

Como acaba de anotarse, algunos estudios resaltan que un elemento fundamental en la caracterización del activismo judicial es el ejercicio impropio de funciones, esto es, una desviación de los estándares que caracterizan a la función judicial. En esta línea, Green (2009) argumenta que la actividad judicial está conformada por un conjunto de principios culturales, sociales e institucionales que definen la función judicial en cada comunidad jurídica. Concluye que el activismo judicial surge por una desviación de esos estándares, esto es, cuando las decisiones judiciales se apartan de los principios culturales, sociales e institucionales que constituyen la actividad judicial (Green, 2009).

Green (2009) tiene razón al entender que la tarea de definir la actividad judicial es previa a la de definir el activismo judicial. Sin embargo, existen dos errores en su explicación. En primer lugar, no toda desviación de la actividad judicial puede ser considerada como activismo judicial. Todo error judicial es una falla en el desempeño de la actividad judicial y, por tanto, un desvío de los estándares de la actividad judicial. Pero no todo error judicial puede ser calificado como activista. Así, por solo pensar en un ejemplo, la indebida práctica de pruebas es constitutiva de error judicial, pero este error no es suficiente para calificar la decisión judicial como un caso de activismo. En términos simples, aun cuando fuese verdad que una característica fundamental del activismo judicial es la desviación de los estándares de la actividad judicial, lo cierto es que no toda decisión que se aparta de esos estándares es constitutiva de activismo judicial.

En segundo lugar, es posible aceptar que la actividad judicial está vinculada con la comprensión del papel del juez en cada sociedad. Pero de ello no se deriva la imposibilidad de identificar propiedades generales de la actividad judicial. Según Green (2009), la actividad judicial no puede ser explicada recurriendo a teorías generales de la función judicial. De acuerdo con este argumento, las teorías del derecho pretenden encontrar principios o razones de naturaleza universal y abstracta. En cambio, los elementos que caracterizan a la actividad judicial son contingentes puesto que está en función de los estándares culturales e institucionales. Esos elementos son diferentes en cada práctica jurídica, e incluso cambian en cada una de ellas con el paso del tiempo. Según este autor, la teoría del derecho no es el tipo de conocimiento adecuado para comprender las particularidades culturales que caracterizan el papel de los jueces dentro de las prácticas jurídicas.

Las normas jurídicas no pueden definir de forma autónoma y exhaustiva los parámetros que definen a la actividad judicial. Esas normas reconocen que existe un tipo de potestad que conocemos como función judicial. Lo mismo podríamos decir de las normas culturales y sociales de cada comunidad. Ellas pueden influenciar en las formas en que la función judicial es implementada en las prácticas jurídicas, pero no pueden de forma autónoma definir qué es un juez y en qué consiste su tarea. Los patrones culturales de cada sociedad, en otras palabras, presuponen la existencia de la actividad judicial. Existe, por tanto, un concepto general (por lo menos en las prácticas jurídicas occidentales) de la actividad judicial que está presupuesto en los

desarrollos culturales y legales específicos en cada una de las prácticas jurídicas. Explicar ese concepto es una tarea de la teoría del derecho y no de los estudios sociales o culturales dentro de cada práctica jurídica.

El propio Green (2009) avanza en esta línea⁷. Para él, una propiedad fundamental de la actividad judicial es la existencia de decisiones que tienen valor definitivo dentro de los sistemas jurídicos. La actividad judicial es, en este sentido, la función de tomar un tipo especial de decisiones dentro del sistema jurídico: dar respuesta definitiva a un problema o asunto litigioso. Los órganos que ejercen la actividad judicial tienen la capacidad de dar respuesta a esos problemas mediante decisiones con autoridad, esto es, que vinculan u obligan a las partes afectadas, y que –además– tienen la vocación de ser definitivas.

En efecto, la autoridad definitiva de las decisiones judiciales es una característica fundamental de la actividad judicial (Raz, 1990). De acuerdo con el principio de cosa juzgada, una vez que la decisión judicial haya dado respuesta a la situación jurídica (y siempre que se hayan agotado los recursos procesales), entonces es vinculante y definitiva, incluso cuando existan razones para afirmar que son erróneas o equivocadas⁸. Ahora bien, del hecho de que esos órganos tengan ese poder (esto es, por ejemplo, que si un juez dice que el caso C debe resolverse de la forma Y en aplicación de la ley X), no implica que los jueces no cometan errores (por ejemplo, puede ser el caso que, de acuerdo con las normas vigentes, la ley X no sea aplicable al caso C). Para dar cuenta de este fenómeno, Hart (1994) diferencia entre definitividad e infalibilidad de las decisiones judiciales. El hecho de que los jueces o tribunales tengan la última palabra respecto de la definición de una situación jurídica hace que sus decisiones sean definitivas, pero no demuestra que los jueces sean infalibles (Hart, 1994).

Así las cosas, en las decisiones judiciales se hace vinculante y definitivo para el ordenamiento jurídico la solución de un litigio (Hernández-Marín, 2008). Los litigios son problemas sobre la correcta aplicación o adjudicación del derecho en el que existen partes que proponen formas excluyentes de solucionarlo. En este sentido, un juez es un tercero imparcial que tiene la competencia para intervenir en el litigio y establecer la solución al problema. El juez, por tanto, es el órgano que, de acuerdo con las normas de competencia, tiene el poder de juzgar y ofrecer una respuesta (vinculante y definitiva) a determinados litigios. Una decisión judicial, por lo tanto, es el acto normativo emitido por un juez en que se da una solución institucional definitiva y vinculante al litigio⁹.

⁷ De hecho, en la crítica de Green a las definiciones legales de la actividad judicial subyace un rechazo a las definiciones autorreferentes del papel de los jueces. De acuerdo con el argumento de Green (2009), los estándares que definen la actividad judicial no pueden definirse desde el propio sistema jurídico. Primero, porque las normas de los sistemas jurídicos no constituyen el papel de los jueces, sino que asumen o reconocen el papel que cultural e históricamente se les ha otorgado a los jueces dentro de cada práctica jurídica. Segundo, porque, al ser definitivas, las decisiones judiciales no tienen un control legal sino político y cultural. Según esto último, al ser las decisiones judiciales definitivas, no es posible jurídicamente anular aquellas que no se ajustan al rol adecuado de la función judicial. Por lo mismo, el control de las decisiones judiciales que contravienen el rol judicial depende de factores extrajurídicos como lo son el control social y político de la función judicial en cada sociedad.

⁸ Debe precisarse que el carácter autoritativo de las decisiones judiciales se refiere al fallo o *decisum*, a saber, la solución que esas decisiones dan a las situaciones jurídicas (al problema jurídico o asunto planteado).

⁹ Según Kelsen (2005), por ejemplo, la función central de las decisiones judiciales es juzgar sobre la solución de casos o problemas sobre la aplicación de las normas del sistema. De forma similar, Alchourron y Buliygin (1971) subrayan que la actividad judicial consiste en proferir decisiones para resolver un caso de conformidad con las normas jurídicas relevantes. Para Finnis (2011), las decisiones judiciales son actos de juzgamiento de una controversia en el que el juez define una respuesta a favor

Por esa razón, la competencia de juzgar es una propiedad fundamental de la actividad judicial: una decisión judicial es un acto normativo en el que se juzgan litigios para darles una respuesta institucional. Ahora bien, en los sistemas jurídicos los jueces no solo tienen la competencia de juzgar (*i.e.* el poder de resolver litigios) sino que, además, tienen la obligación de resolver los litigios que le son sometidos de acuerdo con el alcance de su competencia. El principio de inexcusabilidad exige que «los jueces deben resolver todos los casos que se les sometan a juzgamiento dentro de la esfera de su competencia» (Alchourron, 2010, p. 157). Los procesalistas han defendido tradicionalmente que «es un principio rector de la función jurisdiccional» la «obligación de todo tribunal de resolver la contienda o asunto sometido legalmente a su decisión y que esté dentro de su competencia», y negar esa obligación «corrompería el deber del Estado de impartir justicia» (Álvarez, 2019, pp. 113–134). Según esto, la obligación de juzgar es necesaria en los sistemas jurídicos en tanto la existencia de estos sistemas depende de que se contemplen órganos que deben resolver los litigios que surjan en la aplicación de sus normas (Raz, 1975).

La actividad judicial corresponde, por tanto, a la función de emitir decisiones judiciales, esto es, actos normativos que resuelven autoritativamente (*i.e.* de forma obligatoria o vinculante) y con valor de cosa juzgada (*i.e.* con carácter definitivo) un problema litigioso (*i.e.* un problema acerca de la adecuada aplicación del derecho a una situación). Esas decisiones son actos normativos y, por lo tanto, su validez depende de lo que esté definido en las normas de competencia vigentes en el ordenamiento jurídico. Las normas de competencias definen los poderes que las autoridades en general, y los jueces en particular, pueden ejercer válidamente. Las normas de competencia, por un lado, establecen quiénes son y qué poderes tienen las autoridades jurídicas; y, por el otro, se constituyen en condiciones de validez para el ejercicio de los actos de esas autoridades (Ferrer-Beltrán, 2000).

Las normas de competencia definen a quienes se pueden considerar como autoridades judiciales para el sistema jurídico. Las normas de competencias constituyen a las autoridades judiciales, las hacen posibles, las hacen ser lo que son: una Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, es lo que las normas de competencia definan o constituyan. En consecuencia, la actividad judicial depende de las normas de competencia que definen a las autoridades judiciales y las condiciones para proferir los actos normativos que constituyen a las decisiones judiciales (Pulido-Ortiz, 2022).

Por último, y como ya se señaló, el principio de justificación exige que los jueces demuestren que las premisas y conclusiones son las adecuadas para resolver los asuntos de su competencia. En otros términos, justificar una decisión judicial consiste en demostrar que reúne las condiciones necesarias para considerarse una decisión correcta dentro del sistema jurídico. Las decisiones judiciales requieren, además, que los jueces expongan expresamente las razones de la decisión. Motivar una decisión corresponde, por tanto, a exponer las razones que en criterio del juez justifican su decisión. En este sentido, el propósito de la motivación de las decisiones judiciales es evidenciar que la respuesta que se ofrece al litigio es la correcta, esto es que es una decisión que representa una correcta aplicación del derecho vigente, incluidas, desde luego, las normas de competencia (Hernández-Marín, 2008).

6. Activismo judicial

de una de las partes y en contra de la otra. Afirmar que las decisiones judiciales son actos normativos que solucionan litigios resulta compatible con la definición clásica de justicia: dar a cada quien lo suyo. Es decir que las decisiones judiciales son actos de justicia en el sentido que buscan determinar a quién le corresponde el derecho en el litigio planteado (Finnis, 2011).

La actividad judicial es la función institucional de los jueces de resolver litigios dentro del ámbito de su competencia, mediante actos normativos (*i.e.* las decisiones judiciales) que son definitivos y vinculantes. El activismo judicial, por otro lado, se refiere a una forma específica de «ejercicio impropio» de la actividad judicial. En este orden de ideas, para comprender lo que en específico caracteriza al activismo judicial, resulta oportuno precisar qué se entiende por «ejercicio impropio» de funciones judiciales.

Una primera forma de interpretar esta noción es entenderla como todo poder que ejercen los jueces que no es propio de la función judicial. Por ejemplo, algunos tribunales judiciales tienen el poder de nominar o designar a determinadas autoridades¹⁰. Otros tienen el poder de presentar proyectos de ley o de reformas constitucionales¹¹. Sin embargo, a pesar de su «impropiedad», esos poderes son legalmente asignados a los jueces mediante normas de competencia del sistema jurídico.

Esto ocurre porque en los diseños institucionales contemporáneos, la implementación del principio de separación del poder no obedece a una división estricta entre órganos y actividades. En la noción clásica de separación del poder (o separación estricta del poder), a cada órgano le correspondía una actividad, y cada actividad era ejercida por un órgano. Al órgano parlamentario (*v. gr.* el Congreso) le correspondía legislar, y la actividad legislativa solo era desarrollada por el órgano parlamentario. A los jueces les correspondía resolver conflictos en aplicación de la ley con valor de cosa juzgada, y esa función solo era desempeñada por los jueces. Por el contrario, en los sistemas constitucionales contemporáneos no existe una separación estricta del poder, lo que significa, en otros términos, que los órganos del Estado pueden cumplir diferentes actividades y que las actividades son desempeñadas por distintos órganos¹².

El gobierno, el órgano parlamentario o los jueces desarrollan, además de la actividad que le es paradigmática (*v. gr.* hacer leyes por parte del órgano parlamentario o dictar decisiones judiciales por parte de los jueces), otras funciones «extrañas» (*v. gr.* cuando en el órgano parlamentario se realizan instrucciones en juicios penales o cuando a los jueces se les asignan funciones electorales). Esto significa que los jueces pueden desempeñar otras funciones que no son propiamente judiciales, así como también existen órganos que no son judiciales que desempeñan funciones propiamente judiciales. Por lo tanto, el solo hecho de que los órganos judiciales ejerzan funciones que no son propiamente judiciales no es condición necesaria ni suficiente para afirmar que son activistas. En una palabra, existen casos de poderes judiciales «impropios» que no son activismo judicial.

Existe una segunda forma de interpretar la noción de «ejercicio impropio de funciones judiciales». Cuando se sostiene que un juez está ejerciendo poderes que no le son propios, lo que se quiere afirmar es que está usando poderes que no le corresponden, esto es, que actúa por fuera o en contra de lo definido en las normas

¹⁰ El artículo 239 de la Constitución colombiana de 1991 establece que la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado tienen la competencia de terner a los candidatos a ser integrantes de la Corte Constitucional. En Italia, la Corte de Casación tiene la potestad de designar tres plazas de los integrantes de la Corte Constitucional (Ley 87 de 1953).

¹¹ El artículo 61 de la Constitución Política de la República Federativa del Brasil establece que el Supremo Tribunal Federal y los Tribunales Superiores tienen competencia para presentar iniciativas para las leyes complementarias y ordinarias. Asimismo, el artículo 134 de la Constitución Política de Ecuador de 2008 contempla que “la iniciativa para presentar proyectos de ley corresponde”, entre otros, “a la Corte Constitucional”.

¹² Un análisis conceptual de la doctrina de separación de poderes puede verse en Guastini (2001, pp. 60-83).

de competencia del sistema jurídico. Uno de los presupuestos fundamentales de las actividades del poder público (y dentro de ellas la actividad judicial) es su carácter institucional. Como se explicó antes, la existencia de un órgano judicial depende de la presencia de normas de competencia que lo constituyen (definen) y regulan. El principio de legalidad de la función pública representa el conjunto de condiciones que hacen posible e inteligible el ejercicio del poder público. En particular, este principio requiere que la existencia y funciones de los jueces estén adecuadamente previstas en normas de competencia previa y públicamente establecidas. Un elemento fundamental del principio de legalidad es, por tanto, la existencia de normas de competencia que definen y limitan a los poderes públicos.

Las normas de competencias definen a las instituciones (las hacen ser lo que son); o, en otras palabras, las instituciones jurídicas son lo que las normas de competencia constituyen. La Corte Suprema de los Estados Unidos es lo que las normas de competencia establecen y el Presidente de la República Italiana es lo que sus normas de competencia definen. En las normas de competencia se pueden identificar los siguientes elementos: a) un órgano competente, esto es, la institución que tiene el poder jurídico de crear, derogar, modificar o aplicar normas jurídicas. Por ejemplo, el Tribunal Constitucional tiene el poder de expulsar las normas jurídicas inconstitucionales. b) La definición de un procedimiento y condiciones para el ejercicio válido del poder normativo otorgado por la norma de competencia. Verbigracia, solo la Sala Plena del Tribunal Constitucional puede expulsar normas mediante una decisión alcanzada por mayoría absoluta. c) La determinación de las materias sobre las cuales el órgano competente puede ejercer su poder normativo. Siguiendo con el ejemplo, el Tribunal Constitucional puede expulsar del sistema jurídico las normas que hacen parte de leyes y reformas constitucionales, pero no puede expulsar normas formuladas en actos administrativos.

De acuerdo con lo anterior, cuando se afirma que el activismo es el ejercicio impropio de funciones judiciales no se quiere decir simplemente que el juez está empleando poderes que no son propios de la actividad judicial como, por ejemplo, designar o nominar funcionarios, intervenir en políticas públicas o derogar normas jurídicas, sino que está empleando poderes que no le son propios en el sentido que no son parte de sus competencias. En este sentido, en el activismo judicial subyace un rechazo a los límites institucionales de su propio poder (Marshall, 2002) en el que el juez busca remplazar, ampliar o modificar el derecho vigente para reconfigurar sus competencias, argumentando generalmente la necesidad de intervenir en ciertos casos para lograr cambios sociales o políticos (Rivas-Robledo, 2022a).

Ahora bien, el uso impropio de funciones que caracteriza al activismo es diferente de la usurpación de poderes. Es verdad que la usurpación puede llegar a representar una forma de activismo, pero lo característico del activismo judicial tiene diferencias relevantes con la usurpación. Si un juez penal declara la nulidad de un acto administrativo, es cierto que ese juez penal está usurpando al juez administrativo. ¿Ha sido el juez penal activista? Creo que no. O por lo menos no necesariamente. Lo que caracteriza al activismo no es el solo uso de poderes que no le corresponden sino la reconfiguración de las normas de competencia que definen al juez o tribunal¹³. El juez penal del ejemplo puede que simplemente este cometiendo un error. En cambio,

¹³ Rivas-Robledo (2022b) piensa que el activismo supone, al menos, la usurpación de competencias de quien tiene la competencia para modificar competencias. Sin embargo, como sostengo en este trabajo, el activismo, a diferencia de la usurpación, consiste en la práctica de modificar los poderes jurídicos del juez, de tal manera que una decisión que usurpa poderes de otras autoridades no es activismo judicial si no busca modificar sus propias competencias.

el juez activista lo que intenta es reconfigurar la norma de competencia y, en consecuencia, modificar el alcance de sus poderes y funciones.

En el activismo judicial resulta característico que, mediante las decisiones judiciales, se reconfiguran los poderes normativos, restringiendo o ampliando el alcance de las normas de competencia. Si los jueces son lo que sus normas de competencia definen, entonces el activismo judicial implica una redefinición de la institución. Por medio del activismo judicial, los jueces se reconfiguran, mutando, en mayor o menor medida, en otra institución. En este contexto, los jueces recurren a técnicas interpretativas ingeniosas para derivar competencias de ciertas normas particularmente indeterminadas (Buck, 2007). Una de las estrategias más comunes usadas por los jueces para reconfigurar sus poderes es recurrir a una lectura moral o política de sus propias normas de competencia, derivando poderes de principios jurídicos indeterminados.

Veamos un ejemplo. La Constitución colombiana otorgó a la Corte Constitucional la competencia de «revisar las decisiones judiciales relacionadas con la acción de tutela», esto es, la acción judicial diseñada para la protección de los derechos fundamentales en casos concretos (artículo 86). La competencia de la Corte Constitucional no incluye el poder de dictar normas generales y abstractas en la parte resolutoria de sus decisiones. Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido que en la parte resolutoria de sus decisiones de tutela puede proferir normas generales y abstractas¹⁴. Para justificar esta reconfiguración de competencias, la Corte Constitucional afirmó que, según el artículo 241 de la Constitución, «se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución» y que, en aplicación de ese principio, puede dictar todas las órdenes que considere oportunas. Pero esta estrategia interpretativa omite un dato importante. Ese artículo constitucional en efecto establece que a la Corte le corresponde «la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución» pero también agrega que en los «estrictos y precisos términos de este artículo». En las funciones detalladas por el artículo 241 no se menciona la de dictar normas generales y abstractas en decisiones de tutela. Por lo tanto, la conclusión de la Corte Constitucional colombiana, según la cual del principio de supremacía constitucional se deriva el poder de dictar órdenes de tutela generales y abstractas, es un claro ejemplo de la reconfiguración de competencias mediante el uso de estrategias interpretativas para derivar poderes de principios jurídicos indeterminados.

7. Conclusión

El objetivo de este trabajo consistió en avanzar en la comprensión del activismo judicial. En este sentido, se mostró que una característica central del activismo judicial es la reconfiguración de las normas de competencia por medio de las decisiones judiciales. Se señaló que la práctica judicial de reconfigurar competencias es una impropiedad en el ejercicio de la función judicial que no se reduce a un simple error jurídico o a la usurpación de poderes. El activismo judicial radica en algo más: es la transformación intencional de su propia naturaleza a través de la reconfiguración de las normas de competencia que definen los poderes del juez. Según vimos, una corte o tribunal judicial se define por sus normas de competencia de tal manera que, si esa corte o tribunal judicial modifica sus normas de competencia, no solamente está ejerciendo poderes que antes no tenía o que eventualmente le corresponden a otra autoridad, sino que está transformándose en otra institución. De este modo, mediante

¹⁴ Véase, por ejemplo, la Sentencia T-970 del 2014. Para un estudio más amplio del activismo en Colombia véase en Benitez, Pulido y Rivas (2024).

el activismo judicial los jueces cambian o transforman la figura que el sistema jurídico tenía diseñada para ellos.

Es importante recordar que –como parte de las garantías mínimas a la libertad de los individuos– el principio del Estado de Derecho requiere que quienes ejerzan la autoridad (incluidos, desde luego, los jueces) lo hagan conforme al marco de normas jurídicas que definen sus posibilidades y límites, evitando que las decisiones sean tomadas discrecionalmente y sobre la base de las preferencias subjetivas de los funcionarios que ejercen el poder. El activismo judicial, en definitiva, afecta el Estado de Derecho en la medida que los jueces modifican de manera inapropiada la estructura institucional que delimita el ejercicio del poder judicial.

Bibliografía

- Alchourron, C. (2010). *Fundamentos para una teoría general de los deberes*. Marcial Pons.
- Alexander, L. (2015). Judicial activism: clearing the air and head. En L. Pereira Coutinho, M. La Torre y S. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (15-20). Springer.
- Alexy, R. (2005). *La institucionalización de la justicia* (J. A. Seoane, E. Roberto Soderó, P. Rodríguez y A. Ballesteros, Trad.). Comares.
- Allan, J. (2015). The activist judge -Vanity on vanities. En L. Pereira Coutinho, M. La Torre y S. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (71-88). Springer.
- Almeida Ribeiro, G. (2015). Judicial activism and fidelity to law. En L. Pereira Coutinho, M. La Torre y S. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (31-46). Springer.
- Álvarez, L. (2019). El principio constitucional de inexcusabilidad resolutoria. *Revista de Derecho Público* (90), 113–134. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2019.53997>.
- Balkin, J. (2019). Why Liberals and Conservatives Flipped on Judicial Restraint: Judicial Review in the Cycles of Constitutional Time. *Texas Law Review*, 98 (215), 215-268. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3423135>.
- Benitez, V., Pulido, F. y Rivas, P. (2024). Judicial Activism as the (Im)proper Use of Judicial Powers: A Look at the Colombian Constitutional Court. En L. Hausegger y R. Urribarri (eds.), *Judicial Activism in Comparative Perspective* (pp.115 - 138). Peter Lang Publishing.
- Buck, C. (2007). Judicial Activism. En G.L. Anderson y K.G. Herr (eds.), *Encyclopedia of Activism and Social Justice* (785–789), Vol 2. Sage Publications.
- Campbell, T. (2003). Judicial Activism: Justice or Treason? *Otago Law Review*, 10 (3), 307-326. <http://www.nzlii.org/nz/journals/OtaLawRw/2003/2.html>.
- Canon, C. (1983). Defining the Dimensions of Judicial Activism. *Judicature*, 66 (5), 236-247.
- Cross, F. y Lindquist, S. (2007). The Scientific Study of Judicial Activism. *Minnesota Law Review*, (91), 1752-1784.
- Dworkin, R. (1986). *Law's Empire*. Harvard University Press.
- Dyson, H. (2003). Judicial Activism and the Death of the Rule of Law. *Quadrant Magazine Law* 47 (1), 9-22. <https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20030342>.
- Ferrer-Beltrán, J. (2000). *Las normas de competencia un aspecto de la dinámica jurídica*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Finnis, J. (2011). *Natural law and natural rights*. Oxford University Press.
- Gorsuch, J. (2021). *Dissenting*. Supreme Court of the United States. Jason Small v. Memphis light, Gas & Water on petition for writ of certiorari to the United States court of appeals for the sixth circuit. https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/19-1388_4f14.pdf.

- Green, C. (2009). An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, 58(5), 1195-1264.
- Greenhouse, L. (2021). This Is What Judicial Activism Looks Like. *The New York Times*. Recuperado de <https://www.nytimes.com/2021/04/08/opinion/Supreme-Court-religion-activism.html>.
- Guayacán Ortiz, J. (2014). *Las acciones populares y de grupo frente a las acciones colectivas. Elementos para la integración del derecho latinoamericano*. Universidad Externado de Colombia.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional*. Doctrina Jurídica Contemporánea.
- Hernández-Marín, R. (2008). *Las obligaciones básicas de los jueces*. Marcial Pons.
- Hart, H. L. A. (1994). *The concept of law*. Clarendon Press.
- Kmiec, K. (2004). The Origin and Current Meanings of Judicial Activism Comment. *California Law Review*, 92 (5), 1441–78, <https://doi.org/10.2307/3481421>.
- Hale, B. y Wright, C. (1997). Glossary. En B. Hale y C. Wright (eds.), *Companion to the Philosophy of Language* (pp. 653-690). Blackwell Publishers.
- Margolis, E. y Laurence, S. (2021). Concepts. En E. N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. <https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/concepts/>.
- Marshall, W. (2002). Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. *University of Colorado Law Review*, 73(4), 1217–1256.
- Maurino, G., Nino, E. y Sigal, M. (2005). *Las acciones colectivas, análisis conceptual, constitucional, procesal, jurisprudencial y comparado*. Lexis Nexis.
- Kelsen, H. (2005). *Teoría Pura del Derecho* (R. Vernengo, Trad.). Editorial Porrúa.
- La Torre, M. (2015). Between nightmare and noble dream: judicial activism and legal theory. En L. Pereira Coutinho, M. La Torre y S. D. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (3-12). Springer.
- Lifante Vidal, I. (2019). Relatoría: Activismo judicial y judicialización de la política. *Revista i-Latina*, (1), 1-27.
- Lee, J. (2013). Judicial Activism, Restraint, & the Rule of Law. *Utah Bar Journal*, (26), 12-19.
- Massini, C. (2008). *Filosofía del Derecho. Tomo III. El conocimiento y la interpretación jurídica*. Abeledo Perrot.
- Nino, C. (1985). *La validez del Derecho*. Astrea.
- Núñez Vaquero, A. y Fernández Cruz, J. (2021). Creación, derogación y aplicabilidad de precedentes: a propósito de los precedentes constitucionales chilenos sobre el nasciturus. *Derecho PUCP*, (86), 291-321. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202101.009>.
- Pereira Coutinho, L., La Torre, M. y Smith, D. (2015). Preface. En L. Pereira Coutinho, M. La Torre y S. D. Smith (eds.), *Judicial Activism: An Interdisciplinary Approach to the American and European Experiences* (v-viii). Springer.
- Pulido-Ortiz, F. (2022). *El derecho y sus normas*. Temis.
- Redacción Economía (2019) El "activismo jurídico" está afectando la producción minera, según la ACM. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/economia/el-activismo-juridico-esta-afectando-la-produccion-minera-segun-la-acm-article-880898/>
- Raz, J. (1975). The Institutional Nature of Law. *The Modern Law Review*, 38 (5), 489-503. <http://www.jstor.org/stable/1093828>.
- Raz, J. (1990). *Practical Reason and Norms*. Oxford University Press.
- Raz, J. (1993). On the Autonomy of Legal Reasoning. *Ratio Juris*, (6), 1-15. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9337.1993.tb00134.x>.
- Raz, J. (2009). *Between Authority and Interpretation: on the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford University Press.

- Rivas-Robledo, P. (2022a). ¿Qué es el activismo judicial? Parte I. Desiderata para una definición de activismo judicial. *Dikaion*, 31 (1), 70–92. <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.1.4>.
- Rivas-Robledo, P. (2022b). ¿Qué es el activismo judicial? Parte II: una definición más allá de la extralimitación de funciones. *Dikaion*, 31 (2), 126. <https://doi.org/10.5294/dika.2022.31.2.6>.
- Von Wright, G. (1963). *Norm and Action*. Routledge & Kegan Paul.
- Saffon, M. P. y García-Villegas, M. (2011). Derechos sociales y activismo judicial: la dimensión fáctica del activismo judicial en derechos sociales en Colombia. *Estudios Socio-Jurídicos*, 13 (1), 75-107. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1511>.
- Sowell, T. (1989). *Judicial activism reconsidered*. Hoover Institution, Stanford University.
- Whitehouse, S. (2015). Conservative Judicial Activism: The Politicization of the Supreme Court Under Chief Justice Roberts. *Harvard Law & Policy Review*, (9), 196-210. https://harvardlpr.com/wp-content/uploads/sites/20/2015/04/9-1_Whitehouse.pdf.
- Young, E. (2022). Judicial Activism and Conservative Politics. *University of Colorado Law Review*, (73), 1139-1216.
- Zambrano, P. (2009). *La inevitable creatividad en la interpretación jurídica. Una aproximación iusfilosófica a la tesis de la discrecionalidad*. Universidad Nacional autónoma de México.
- Zambrano, P. y Cianciardo, J. (2019). *La inteligibilidad del derecho*. Marcial Pons.

Capacidad institucional

Institutional Capacity

Ricardo García-Vegas*
Universidad Rey Juan Carlos
ORCID ID 0000-0001-9805-5410
ricardo.garcia.vegas@urjc.es

Cita recomendada:

García-Vegas, R. (2024). Capacidad institucional. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 236-259

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9009>

Recibido / received: 11/04/2024
Aceptado / accepted: 18/07/2024

Resumen

En el artículo se desarrolla el concepto de capacidad institucional integrando los aportes de la Ciencia Política y de la Administración. Se examina el contexto que motiva la revisión de este concepto, considerando los cambios sociales y los fenómenos políticos surgidos desde la década del 2000, así como los avances científico-tecnológicos. Tras un exhaustivo análisis de la literatura, se describe la evolución del concepto y se propone una definición general de capacidad institucional, adaptable a las características de cada organización pública, destacando los diversos enfoques utilizados en torno a este tema. Un aspecto fundamental del artículo es el desarrollo de los componentes de la capacidad institucional y la presentación de conceptos clave para facilitar su análisis de acuerdo con tres niveles: la persona, la organización y el entorno. Cada nivel se desarrolla operativamente y se complementa con el análisis de las siguientes capacidades transversales: coordinación, cooperación y comunicación.

Palabras clave

Capacidad institucional, gobernanza, administración pública, capacidad administrativa, entorno, desafíos globales.

Abstract

The paper develops the concept of institutional capacity by integrating contributions from political science and public administration. It examines the context motivating the review of this concept, considering social changes, political phenomena since the 2000s, and scientific-technological advancements. The evolution of the concept is described, and a general definition of institutional capacity is proposed, adaptable to the characteristics of each public organization, following an exhaustive literature analysis, highlighting the various approaches used on this subject. A fundamental aspect of the article is the development of institutional

* Profesor del Área de Ciencia Política y de la Administración en la Universidad Rey Juan Carlos. Este artículo forma parte de una serie de trabajos que el autor ha desarrollado en torno al concepto de capacidad institucional, análisis de riesgos en la administración pública e innovación. Para su elaboración, se agradecen especialmente los aportes y la colaboración de Miguel Jorge Sousa.

capacity components and the presentation of an analytical model based on three levels: the individual, the organization, and the environment. Each level is operationally developed and complemented with the analysis of the following cross-cutting capacities: coordination, cooperation, and communication.

Keywords

Institutional capacity, governance, public administration, administrative capacity, environment, global challenges.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Evolución histórica del concepto. 3. Definición de capacidad institucional. 4. Componentes de la capacidad institucional. 4.1 Capacidad administrativa. 4.2 Capacidad de gobernanza. 4.3. Capacidades transversales. 5. Claves para el análisis de la capacidad institucional. Claves para el análisis de la capacidad institucional. 5.1 Nivel micro. Las personas. 5.2 Nivel meso. La organización. 5.3 Nivel macro. El entorno. 6. Riesgos que afectan las capacidades institucionales. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Existe una amplia literatura sobre la capacidad institucional y muchos aprendizajes derivados de su aplicación en la Ciencia Política y de la Administración, la cooperación internacional, así como el estudio de las organizaciones públicas desde una perspectiva del entorno. Sin embargo, desde el inicio de la década del 2000 ha surgido entre expertos y académicos una creciente preocupación por desarrollar nuevos conceptos o actualizar los existentes para comprender los cambios sociales impulsados por los avances científico-tecnológicos y las crecientes demandas sociales.

La acelerada modernización que ha experimentado la humanidad está dando forma a nuevas realidades sociales y fenómenos políticos, como el autoritarismo, el populismo o la radicalización ideológica, que se manifiestan de forma distinta a la convencional. La crisis económica de 2008, la pandemia de la COVID-19, las consecuencias del cambio climático, las crisis migratorias y los efectos internacionales derivados de los conflictos regionales, como la invasión de Rusia a Ucrania, han puesto de manifiesto la importancia de estudiar los riesgos globales e implementar enfoques renovados para abordar las capacidades de las organizaciones públicas frente a estos nuevos desafíos. Esto garantiza que la Administración, en contextos de alta complejidad e incertidumbre, pueda anticipar y abordar los problemas públicos, en un entorno donde las estructuras y capacidades heredadas de la sociedad industrial son insuficientes para enfrentar los nuevos retos sociales.

El análisis del concepto de capacidad institucional facilita la definición de los recursos y habilidades que las organizaciones públicas deben desarrollar para lograr sus objetivos y asumir nuevas responsabilidades. Esto incluye la identificación de las capacidades que, vinculadas a variables específicas de la Administración, resultan cruciales para adaptarse en lo que Beck (1998) ha caracterizado como la sociedad del riesgo. Este enfoque permite examinar las demandas emergentes del entorno y realizar comparaciones con otras organizaciones, ubicaciones y períodos históricos relevantes (Honadle, 2001, p. 83).

El propósito de este artículo es profundizar en el desarrollo de la capacidad institucional, mediante el análisis de su evolución histórica y el avance hacia la

construcción de una definición, a partir de la revisión de los enfoques y perspectivas predominantes en la literatura científica. Se examinan los componentes del concepto de capacidad institucional y se presentan conceptos clave para facilitar su análisis, que se apoya en el estudio de los elementos internos y externos de las organizaciones. Para el desarrollo de este artículo se siguió una estrategia metodológica propia de una investigación documental, apoyada en la técnica de análisis y revisión de artículos científicos, libros, capítulos de libros e informes de organismos internacionales que han realizado importantes aportes en torno al desarrollo teórico del concepto de la capacidad institucional.

2. Evolución histórica del concepto

La evolución del concepto de capacidad institucional la han moldeado preocupaciones y tendencias. Estas incluyen la atención a las necesidades de los estados postcoloniales emergentes, la búsqueda de estabilidad en los países en desarrollo, el aumento de la cooperación internacional, la integración de criterios vinculados al desarrollo sostenible, el impulso por mejorar la calidad democrática, la emergencia del concepto de sociedad del riesgo y la difusión de nuevas ideas como el buen gobierno y la gobernanza. Todas estas preocupaciones y tendencias han contribuido a una comprensión más amplia y sofisticada de lo que implica la capacidad institucional en el contexto de los desafíos globales y locales contemporáneos.

Durante los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, entre las décadas de los años 50 y 60 del siglo pasado, los expertos y las organizaciones internacionales se centraron en la creación de instituciones estatales (*institution building*). Este período coincidió con la independencia de numerosos países y el inicio de su transición hacia la formación de nuevos Estados (Trostle *et. al.*, 1997, p. 63). El objetivo principal era establecer un andamiaje institucional autónomo y funcional que garantizara la estabilidad social y el progreso económico de estas naciones emergentes (Morgan, 2002, p. 14). Sin embargo, a partir de las décadas de los 60 y 70, el enfoque cambió hacia el fortalecimiento de las instituciones (*institution strengthening*). En este nuevo contexto, el énfasis no estaba en construir nuevas instituciones, sino en consolidar las existentes, con el objetivo de satisfacer las expectativas de la ciudadanía (Smillie, 2001, p. 8). Un momento clave en este cambio de enfoque fue la publicación en 1969 del informe Pearson de la Comisión sobre el Desarrollo Internacional. Este informe destacó la necesidad de fortalecer la capacidad administrativa de los países en desarrollo como la mejor manera de abordar los desafíos políticos y económicos a los que se enfrentaban (Pearson, 1970, p. 20).

En la década de 1980, surgió un enfoque que se centraba en el desarrollo institucional (*institutional development*), que abogaba por un proceso a largo plazo destinado a la reestructuración y transformación de las instituciones en respuesta a la nueva ola de democratización internacional y los cambios científico-tecnológicos globales. Este enfoque enfatizaba la colaboración entre el gobierno, el sector privado las organizaciones no gubernamentales como un elemento esencial. La principal prioridad era fomentar el desarrollo progresivo de capacidades que permitieran a las instituciones públicas adaptarse y responder de manera efectiva a estos cambios (Trostle *et. al.*, 1997, p. 63; Smillie, 2001, p. 8).

El fortalecimiento institucional experimentó en esa década un renovado enfoque. El objetivo era abordar los problemas de las instituciones desarrollando iniciativas que, al valorar los elementos estructurales y funcionales existentes, mejorarían las habilidades organizativas para cumplir con sus funciones y optimizar el uso de los recursos del sector público (Morgan, 2002, p. 16). En esta aproximación,

las técnicas de reingeniería institucional y el análisis organizativo se convirtieron en el principal apoyo, lo que implicaba examinar la estructura interna de las organizaciones, definir estrategias para su funcionamiento y revisar los cuadros técnicos burocráticos (Ospina, 2002, p. 3; Rosas, 2007, p. 121; Gomes Martins, 2021, p.166).

En los años noventa del siglo pasado hubo un cambio significativo en la concepción de la capacidad institucional, debido al creciente reconocimiento mundial del papel de las instituciones públicas en la agenda del desarrollo sostenible (Banco Mundial, 1998, p. 15). Este cambio no fue casual, sino que fue consecuencia del debilitamiento de posturas que, durante la década de los ochenta y principios de los noventa del siglo pasado, abogaban por la reducción del tamaño del Estado y la creencia en la fuerza del mercado para generar crecimiento económico e integración social (Rosas, 2007, p. 121).

La inestabilidad observada en la mayoría de los países latinoamericanos, pese a las reformas económicas e institucionales implementadas, y las repercusiones globales de la crisis asiática, destacaron las deficiencias en el funcionamiento de los mercados y la existencia de riesgos globales para los que no se estaba preparado. Esto hizo que la intervención de los gobiernos para mitigar los efectos de las crisis se volviera indispensable. En este contexto, las instituciones fueron revalorizadas como instrumentos efectivos para mejorar la calidad de la democracia y garantizar el interés general de los ciudadanos frente a comportamientos especulativos en entornos de alta incertidumbre.

La construcción de capacidad institucional (*capacity building*) adquirió relevancia en la búsqueda de mayor legitimidad para las actuaciones públicas y mayor efectividad en la actividad de la Administración (Naciones Unidas, 2008, p. 4). Bajo este concepto, se abordaron las cuestiones organizacionales de una forma más detallada y compleja, se otorgó valor a otras variables relacionadas con la gobernanza, como el entorno y las interacciones que se producen entre los actores que intervienen en los procesos decisionales. No se trataba solo de contar con habilidades y recursos para desarrollar actividades y conseguir los objetivos asignados a las organizaciones, sino también de responder a las viejas aspiraciones de la opinión pública como el mejoramiento del rendimiento de la Administración y la satisfacción de las demandas ciudadanas. La construcción de la capacidad se vinculó con el concepto de buen gobierno, cuya difusión profundizó el análisis de temas como la eficacia, la eficiencia y la legitimidad en la gestión pública (Grindle, 1997, p. 5).

A partir de la década de 2000, la capacidad institucional se vinculó estrechamente con el concepto de gobernanza. Este último plantea un modelo explicativo de la realidad social que se sitúa por encima de otras formas de organización social, como el mercado y la jerarquía. El dinamismo, la complejidad y la diversidad que caracterizan a las sociedades modernas (Kooiman, 1993, p. 252) requieren que la Administración Pública asuma nuevas responsabilidades y desarrolle habilidades para superar las dificultades de coordinación social, ante las limitaciones de los métodos tradicionales (Real, 2002, p. 13). Aunque el entorno y los actores que intervienen en los procesos de toma de decisiones siguen siendo variables clave, se reconoce que, debido a la multiplicidad de intereses y preferencias ciudadanas, la agregación y satisfacción de estas necesidades no pueden ser llevadas a cabo por un solo actor (Wu *et. al.*, 2015, p. 167; Casado Maestre *et. al.*, 2018, p. 130).

El concepto de gobernanza sugiere que la acción pública resulta de la activación de mecanismos estables de cooperación e intercambio de recursos estratégicos con actores privados y sociales (Arenilla, 2011, p. 72). Por lo tanto, la

gobernanza adquiere relevancia como componente de la capacidad institucional, enfocándose en la habilidad de las organizaciones públicas para fomentar y crear redes de interacción que involucren a los diversos actores del espectro social (Rosas, 2007, p. 123).

Por su parte, el desarrollo de las tecnologías digitales y la incorporación de conceptos como Administración o transformación digitales en la agenda de las organizaciones públicas ha llevado a la incorporación de la dimensión digital en el concepto de capacidad institucional. Si bien la tecnología siempre ha estado presente en el desarrollo del concepto, ahora ha ido adquiriendo una importancia capital debido al valor que genera la adopción de las tecnologías digitales en el diseño e implementación de políticas y servicios públicos. El enfoque de la gobernanza digital genera un cambio en la forma de comprender las habilidades requeridas por las organizaciones públicas y plantea el reto de mantener vigente los principios y conceptos clásicos que han permitido estudiar, históricamente, el funcionamiento de la Administración. La noción del futuro, junto a las tecnologías digitales, ha hecho que las habilidades de análisis prospectivo y las capacidades para actuar de manera proactiva y preventiva se relacionen con el concepto de capacidad institucional.

3. Definición de capacidad institucional

La definición de capacidad institucional no ha sido estática en el tiempo; por el contrario, ha experimentado cambios (Hall, 2002, p. 24; Ospina, 2002, p. 1; Rosas, 2007, p. 120). Históricamente, la capacidad institucional se ha relacionado en la literatura con otros conceptos como construcción de capacidad o *capacity building* (Hilderbrand y Grindle, 1997), fortalecimiento institucional o *capacity strengthening* (Tostle *et. al.*, 1997), desarrollo de capacidades o *capacity development* (PNUD, 2010), capacidad organizativa (Van den Berg *et. al.*, 1999), capacidad estatal (Weiss, 1998; Repetto, 2004) y capacidad local (Fiszbein, 1997). Así mismo, en la literatura se observa cómo en muchas ocasiones estos conceptos son utilizados como sinónimos de capacidad institucional, generando confusión en el acercamiento a la definición (Rosas, 2007).

Cuando se aborda el concepto de capacidad, se hace alusión a «la habilidad de individuos, instituciones y sociedades para llevar a cabo funciones, resolver problemas y alcanzar metas de manera sostenible» (PNUD, 2010, p. 2). Para Morgan (2002, p. 23) las capacidades son las habilidades organizativas y técnicas que permiten a las organizaciones o grupos sociales cumplir con sus responsabilidades y lograr sus objetivos de manera oportuna, estableciendo una conexión directa entre capacidad y rendimiento. Una primera definición, particularmente aplicable al ámbito público, vincula la capacidad institucional con la racionalidad organizativa, la eficiencia, la simplificación de los procedimientos, los sistemas de seguimiento y control, la calidad del personal, la situación fiscal y la sostenibilidad financiera (PNUD, 2004, p. 20). Esta definición se centra en el funcionamiento de la administración y los elementos internos que influyen en sus procesos. Así mismo, hay definiciones que, además de abordar este enfoque, destacan que el funcionamiento de la organización debe producirse en un marco de transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad gubernamental (Completa, 2016, p. 62; Casado Maestre *et. al.*, 2018, p. 126; Gomes Martins, 2021, p. 166).

Entre las definiciones de capacidad institucional, predominan las que establecen una relación causal entre las condiciones o capacidades internas de las organizaciones públicas y su desempeño. Hilderbrand y Grindle (1997, p. 34) ofrecen una definición fundamental que ha sido adoptada por varios autores, aunque su

enfoque se centra específicamente en el concepto de fortalecimiento o construcción de capacidad (*capacity building*). Estos autores conciben la capacidad como la habilidad para llevar a cabo tareas de manera efectiva, eficiente y sostenible. Esta definición incorpora elementos relacionados con los procesos (habilidades para llevar a cabo tareas) e incluye los valores que deben guiar su desempeño: efectividad, eficiencia y sostenibilidad.

Por otro lado, Moreno (2007, p. 134) emplea el concepto de capacidad institucional en relación con los instrumentos que posibilitan el desempeño gubernamental. El autor limita la capacidad institucional a los procesos o capacidades internas de los gobiernos, excluyendo los resultados sociales, es decir, cualquier mención o valoración de los objetivos que se persiguen. Encuentra justificación para ello al argumentar que los resultados sociales de un gobierno dependen de múltiples factores que suelen estar fuera del alcance de los responsables políticos. Sin embargo, considera que los procesos internos son capacidades sobre las cuales los responsables políticos pueden influir directamente mediante la adopción de determinadas decisiones.

Otros autores como Bertranou (2013, p. 18) hacen referencia a la capacidad estatal como una forma de presentar el concepto de capacidad institucional aplicado al conjunto del Estado, definiéndola como las aptitudes que posee el Estado para alcanzar sus fines a partir de los recursos organizativos y humanos de los que dispone en el marco de sus competencias. Lindvall y Teorell (2016, p. 8) también hacen referencia al concepto de capacidad estatal y lo relacionan con el concepto de poder, plantean que el Estado logra que las cosas se hagan porque ejerce el poder político y, con ello, la posibilidad de utilizar la violencia legítima para asegurar el cumplimiento o imposición de sus decisiones. Hanson y Sigma (2013, p. 2) se centra también en las capacidades estatales y las relacionan con otros conceptos clave como buen gobierno, calidad institucional o autonomía estatal. El concepto de capacidad estatal tiene un alcance mayor al concepto de capacidad institucional, debido a que aborda de manera integral el funcionamiento del Estado y de todas sus instituciones, y su desarrollo requiere el abordaje más profundo de conceptos clave de la Ciencia Política como el poder, la legitimidad, la coacción o coerción, la ciudadanía y el territorio. Por su parte, el concepto de capacidad institucional puede trasladarse al estudio de organizaciones concretas, adaptando sus componentes o atributos a las singularidades de cada organización sin condicionar la esencia misma de su definición.

Existen definiciones de capacidad institucional que, además de considerar los componentes internos, especifican los tipos de objetivos o resultados esperados en las organizaciones públicas, lo que amplía la comprensión de la capacidad institucional como el conjunto de recursos y competencias necesarias para liderar eficazmente proyectos que impliquen transformaciones en la cultura administrativa, así como la reorganización y el redireccionamiento de las entidades públicas (Organización de las Naciones Unidas, 2008b, p. 123). Por otro lado, hay definiciones que hacen hincapié en la relación de la capacidad institucional con el riesgo y el entorno. En este caso, la definición no solo abarca los componentes internos de las organizaciones, sino que también hace referencia al entorno institucional que caracteriza al sector público, así como al contexto económico, político y social en el que las organizaciones operan (Rosas, 2007, p. 126).

Autores como Savitch (1998, p. 260) desarrollan una línea argumental interesante en la que reconocen, respaldados por un marco ecológico, la importancia de los cambios en el entorno y las presiones que generan sobre los roles y el desempeño de las instituciones públicas. En este contexto, la capacidad institucional

se considera relevante para responder a los nuevos desafíos del entorno y se define como la creciente habilidad de las organizaciones para asumir nuevas responsabilidades, operar eficientemente y mejorar la rendición de cuentas. Con esta definición, Savitch (1998) reconoce la importancia en las organizaciones públicas del pluralismo, la diversidad, la autonomía y la interdependencia con otras organizaciones del entorno.

Weiss (1998, p. 17) investigó interesantemente los efectos de la globalización en las instituciones y se refirió a la capacidad estatal como poder transformador del Estado para emprender estrategias que le permitan adaptarse a los cambios de su entorno y contrarrestar los efectos negativos que estos cambios pueden tener en su desempeño. Con esta perspectiva, se enfatizó la interrelación entre los eventos que ocurren en el entorno de las instituciones y su funcionamiento, y mostró cómo la cooperación e interrelación entre el Estado y la sociedad civil son determinantes para la capacidad estatal. Por otro lado, Repetto (2004, p. 10-11), influenciado por los trabajos de Weiss, también emplea el concepto de capacidad estatal al describir la aptitud de las instancias de gobierno para alcanzar, a través de las políticas públicas, máximos niveles de valor social.

La introducción del entorno enmarca el concepto de capacidad institucional dentro de la teoría de la gobernanza, haciendo referencia al dinamismo de los problemas públicos abordados por las instituciones del Estado, su capacidad para asumir nuevas responsabilidades y gestionar de manera efectiva los riesgos y las iniciativas públicas, así como su habilidad para movilizar a los actores del entorno favoreciendo la innovación y el intercambio de recursos (Kettl, 2000, p. 12; Kjær *et al.*, 2002, p. 21; Wang *et al.*, 2017, p. 1570). Por tanto, la capacidad institucional engloba el entorno, incluyendo las dinámicas relacionales y políticas en la consecución de alternativas novedosas que permitan dar respuesta a los problemas públicos (González Medina y Navarro, 2022, p. 91).

Nelissen (1998) relaciona la capacidad institucional –aunque se refiere a ella como capacidad administrativa– con los nuevos tipos de gobernanza que cobran fuerza en las sociedades modernas. Define la capacidad institucional como el potencial de las estructuras de gobierno para desarrollar ciertas tareas y alcanzar sus objetivos, una definición compartida por autores como Hall (2002, p. 24). Nelissen asocia la capacidad institucional con el éxito de las nuevas formas de gobernanza para resolver los problemas sociales y administrativos que motivaron su creación (Nelissen, 1998, p. 12).

Por su parte, Van den Berg (1999, p. 251) emplea el concepto de capacidad organizativa para referirse a la implementación de iniciativas concretas por parte de los gobiernos. Basa su argumentación en una perspectiva relacional donde destaca el valor de los agentes externos para la consecución de los objetivos de las instituciones. Define la capacidad organizativa como la aptitud para involucrar a todos los actores afectados en un proyecto, creando así condiciones propicias para la generación de nuevas ideas, así como para el desarrollo y la ejecución de acciones que respondan a las transformaciones del momento. Además, resalta la importancia de contar con mecanismos institucionales que permitan anticipar o reconocer aquellos eventos o cambios imprevistos que puedan afectar las iniciativas gubernamentales.

Al explorar el concepto de capacidad institucional, se encuentran otras definiciones adaptadas a organizaciones públicas específicas, como la proporcionada por Buseti y Pacchi (2015), que busca establecer un marco teórico sobre la capacidad institucional en la Unión Europea. Además, existen definiciones diseñadas para políticas públicas particulares, como las ofrecidas por González Medina y Navarro

(2022) y Casado Maestre *et. al.* (2018). Este enfoque definitorio ha cobrado relevancia en los últimos años, ya que permite incorporar las particularidades propias de cada organización o política pública. Esto beneficia la capacidad de observación, dado que la definición adoptada determinará los referentes observables, delimitará qué está incluido y, por consiguiente, qué está excluido, así como qué características, propiedades o atributos se deben considerar (Rosas, 2019, p. 89).

Siguiendo este enfoque y tomando como referencia los aportes de otros autores en torno al concepto, se plantea una definición genérica de capacidad institucional que puede adaptarse a las realidades de cualquier organización pública y los desafíos de su entorno. La capacidad institucional puede definirse como el conjunto de recursos y habilidades de los que disponen o deben disponer las organizaciones públicas para enfrentar los riesgos y desafíos del entorno y cumplir con las funciones asignadas de manera eficaz, efectiva y sostenible. Esta definición combina una perspectiva interna de la organización que abarca tanto los procesos como sus objetivos, y una perspectiva externa que reconoce el valor de los cambios producidos en el entorno y el impacto de los riesgos en el funcionamiento de las organizaciones. La capacidad institucional implica la adaptación de las organizaciones a las nuevas demandas y el aprovechamiento de las oportunidades internas o externas, mientras se mantienen altos estándares de desempeño y se logra la continuidad en la consecución de sus objetivos.

4. Componentes de la capacidad institucional

En el estudio de la capacidad institucional, se suelen identificar dos componentes: la capacidad administrativa y la capacidad política (Repetto, 2004, p. 16; Rosas, 2007, p. 128). En este artículo se propone la inclusión de un tercer componente denominado capacidades transversales. Esta distinción surge de la noción de que la Administración no se limita a ser simplemente un entramado burocrático con una estructura y funciones claramente definidas por el marco normativo que la rige (Alonso, 2007, p. 19). También representa una entidad en la que convergen múltiples intereses políticos, donde diversos actores defienden intereses y posiciones ideológicas, buscando influir en la definición de sus objetivos y en la formulación de las políticas públicas. La capacidad política se abordará como capacidad de gobernanza en consonancia con los enfoques que están predominando en el estudio de la Administración Pública y de las realidades que marcan su funcionamiento.

A continuación, se presenta una breve descripción de la capacidad administrativa y política, componentes que permiten profundizar teóricamente en el concepto de capacidad institucional.

4.1. Capacidad administrativa

La capacidad administrativa se refiere específicamente a los componentes internos de la organización, abarcando el conjunto de habilidades técnico-burocráticas necesarias para alcanzar los objetivos oficiales (Huber y MacCarty, 2004, p. 482; Rosas, 2007, p. 128). Este componente de la capacidad institucional podría relacionarse con el concepto de eficacia administrativa, vinculándolo no solo con los objetivos de la Administración, sino también con las tareas asignadas o autoasignadas para su cumplimiento (Sikkink, 1993, p. 3). Baena (2000, p. 276), por su parte, hace referencia a la función administrativa al hablar del conjunto de tareas destinadas a hacer posibles y viables las decisiones políticas. Reconociendo a la Administración como un actor clave en la implementación de las decisiones políticas, sus características técnico-burocráticas son determinantes en los resultados

obtenidos (Geddes, 1994, p. 14). Evans (1996, p. 530) destaca que no solo se trata de que los tecnócratas de la Administración tengan ciertas habilidades, sino de que exista una estructura institucional sólida y eficiente que garantice la coherencia interna de las instituciones y el cumplimiento de sus funciones.

La capacidad administrativa es un recurso escaso. Hay actores políticos que mantienen la falsa creencia de que los recursos necesarios para llevar a cabo ciertas tareas se generan de forma automática a medida que estas se asumen como propias (Evans, 1996, p. 556). Esto conlleva a una especie de curva ascendente constante que no se considera necesitada de atención para su sostenibilidad. Sin embargo, la experiencia ha demostrado lo contrario. El incremento imprudente de las tareas, tanto en número como en diversidad, representa un riesgo para el funcionamiento de la Administración cuando no cuenta con recursos suficientes para cumplir con las funciones asignadas y satisfacer las demandas ciudadanas (Evans, 1996, p. 556). En un escenario así, se alimenta un círculo vicioso que socava la credibilidad y confianza de los ciudadanos en el funcionamiento de las instituciones, siendo la consecuencia más grave la pérdida de legitimidad.

A pesar de la importancia de la capacidad administrativa para la estabilidad institucional, la falta de conocimiento por parte de los políticos sobre el funcionamiento de la Administración y su excesiva preocupación por los objetivos electorales podría considerarse una causa del poco interés que se le brinda. Puede percibirse también que adoptar estrategias claras para fortalecer a la Administración conllevaría un alto costo, al implicar la renuncia a prácticas transaccionales basadas en el intercambio de favores políticos (Moreno, 2007, p. 136). En ambos casos, se hace evidente la importancia de adecuar la capacidad administrativa a las funciones que la Administración debe cumplir, así como la relevancia de emprender acciones que favorezcan su fortalecimiento, más allá de los posibles costos políticos (Sikkink, 1993, p. 3). Esto significaría fortalecer el vínculo natural entre el gobierno y la sociedad, garantizando la eficaz realización de tareas de apoyo a las decisiones políticas y su ejecución (Baena, 2000, p. 276-278).

La capacidad administrativa se puede abordar mediante el estudio de los recursos humanos y el modelo de organización. La relevancia de estas dimensiones ha sido confirmada por Sikkink (1993, p. 3) en una de sus investigaciones comparativas sobre las capacidades de los estados argentino y brasileño. La autora señala que la principal diferencia entre las capacidades de estos dos países no radica en sus objetivos o en el número de funciones asignadas al aparato estatal, sino en las estructuras organizativas, normas y procedimientos que rigen la burocracia, así como en la idoneidad técnica de los funcionarios. Por otro lado, Fiszbein (1997, p. 1031) analiza la capacidad administrativa, específicamente en relación con los gobiernos locales, dividiéndola en tres categorías que se refieren a las características internas de las instituciones. Estas categorías incluyen la mano de obra, el capital y la tecnología, que equivalen a la profesionalización de los servidores públicos, la infraestructura física y el estilo de gestión interna, respectivamente.

4.2. Capacidad de gobernanza

Hay autores como Lindvall y Teorell (2016, p. 9) que afirman que la gobernanza es una condición necesaria de la capacidad institucional. La capacidad de gobernanza es un concepto relacional que implica habilidades para construir alianzas y generar apoyos en el ámbito social, así como establecer mecanismos adecuados para canalizar las demandas ciudadanas en contextos donde intervienen múltiples actores y donde se deben adoptar decisiones que implican un reparto de costos y beneficios entre los participantes (Skocpol, 1985, p. 19). Este concepto reconoce que las

políticas públicas son el resultado de la interacción entre las instituciones políticas y la sociedad (Zurbriggen, 2004, p. 5).

Van den Berg (1999, p. 252) describe esta capacidad como la habilidad para construir redes estratégicas, considerándolas un complemento importante de la estructura administrativa formal y un factor legitimador de las decisiones y actuaciones públicas. Este último aspecto es especialmente relevante, ya que, al igual que en la capacidad administrativa, la incapacidad para crear mecanismos de apoyo y cooperación en torno a decisiones o acciones específicas puede iniciar un círculo vicioso que socava su propia legitimidad. Así, se establece una relación entre la capacidad institucional y la legitimidad, asociada a la eficacia y efectividad de las acciones promovidas por la Administración (Kjær, 2002, p. 24).

Los actores públicos valoran los cambios del entorno e identifican, movilizan y conectan a otros actores (públicos, privados y sociales) creando redes o ecosistemas en torno a la consecución de objetivos colectivos. Este proceso no resulta del todo aséptico, se definen objetivos políticos en la Administración y se ponen en marcha estrategias, cuyo cumplimiento determina la validación, por parte de los ciudadanos, del mandato de sus representantes políticos. La formación de estas redes no es tarea fácil y el fortalecimiento de la capacidad política es una tarea compleja. Las características de las interacciones entre los actores las determinan los equilibrios de poder existentes y los cambios entre los involucrados, por lo que sus externalidades positivas no son automáticas (Alonso, 2007, p. 20). Habría que incluir en la capacidad de gobernanza el estudio de la organización y de los intereses que defienden los actores involucrados, así como de la disposición de éstos para mantener en el tiempo relaciones de conflicto o de cooperación (Skocpol, 1985, p. 19).

4.3. Capacidades transversales

De la capacidad institucional se desprende otro componente que reúne las habilidades o capacidades no formales que actúan como facilitadores y articuladores de la capacidad administrativa y de gobernanza, aunque algunos autores hablan específicamente de atributos no formales de la capacidad institucional (Morgan, 2002, p. 23). Estas habilidades son transversales e inciden de forma directa en el funcionamiento de las organizaciones, ya que afectan las interacciones y el comportamiento de los actores que intervienen en la toma de decisiones. Además, contribuyen con el adecuado engranaje de las distintas áreas de la organización y de esta con los agentes de su entorno. Se trata de la confianza, comunicación, coordinación y cooperación.

La confianza se considera una capacidad no formal que, desde una perspectiva relacional, tiene un papel clave en el funcionamiento de las organizaciones y en la consecución de sus objetivos (Morgan, 2002, p. 23). La confianza se refiere a expectativas positivas compartidas que llevan implícita la idea de que las partes que interactúan o participan en un intercambio se comportarán de forma predecible, reduciendo en sus actuaciones la búsqueda de su propio interés (Thomas, 1998, p. 169). La existencia de estas expectativas compartidas hace que las decisiones adoptadas en ese intercambio sean más eficientes, debido a la reducción de los costes en la búsqueda y sistematización de la información. La confianza orienta las actuaciones de las partes involucradas, al favorecer la adopción de patrones de comportamiento más beneficiosos. Esto se sustenta en la premisa de que ningún actor sacará ventaja de las debilidades del otro (McEvily *et. al.*, 2003, p. 93).

La confianza proporciona estabilidad y perdurabilidad a las interacciones dentro y fuera de la organización, lo que influye en el estatus de ciertos actores y, por ende, en su posición dentro de una red de trabajo o en la configuración misma de la red. Además, la confianza facilita la creación de nuevas relaciones estratégicas. McEvily *et. al.* (2003, p. 98-99) señalan que la confianza impulsa a los actores a unir y coordinar sus recursos para alcanzar objetivos colectivos. Esta disposición se manifiesta a través del intercambio de conocimientos y la colaboración para resolver los problemas que les conciernen.

La importancia de la comunicación y su impacto en el futuro de cualquier organización son innegables. Tanto las organizaciones públicas como las privadas y sociales destinan considerables recursos a este ámbito, dada su relevancia definitoria en la realidad en la que operan. Los objetivos de estas acciones suelen enfocarse en aumentar la legitimidad y la adhesión ciudadana a las iniciativas emprendidas. Se busca fortalecer los valores democráticos, promoviendo la transparencia en las decisiones adoptadas y garantizando el derecho de los ciudadanos a estar informados y a opinar sobre los asuntos públicos. El desarrollo de las tecnologías de la información y comunicación ha sido crucial en esta configuración, al facilitar el acceso de los ciudadanos a nuevos espacios de intercambio de información, y ha reducido los costos en la transmisión de datos. Sin embargo, habría que tener en cuenta la existencia de brechas digitales que afectan a grupos vulnerables de la población y pueden limitar el alcance de las acciones públicas.

Por su parte, la coordinación es una capacidad clave que opera en las relaciones internas y externas de las organizaciones (Gómez, 2010, p. 498). Debe comprenderse como una habilidad para articular no solo los componentes institucionales, sino también la dinámica con la sociedad (Bernazza y Longo, 2014). La sentencia del Tribunal Constitucional STC 32/1983, de 28 de abril de 1983 (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 1983) es de utilidad para establecer una definición clara. La coordinación se define como «la fijación de medios y sistemas de relación que posibiliten la información recíproca, la homogeneidad técnica en algunos aspectos y la acción conjunta de las autoridades... en el ejercicio de sus respectivas competencias para lograr la integración de los actos parciales en la globalidad del sistema». En la misma sentencia se señala que «la coordinación persigue la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían respectivamente la realidad misma del sistema». La coordinación es fundamental en el desempeño de las organizaciones. Según Gómez (2010, p. 496), es el resultado final de una comunicación efectiva y surge de un proceso continuo de intercambio de información y fortalecimiento de la confianza entre los actores internos y externos de la organización.

La cooperación implica la colaboración entre múltiples actores, basada en la comunicación y el consenso mutuo (Morales, 2004, p. 111). En el contexto de las organizaciones públicas, esto implica reconocer la diversidad de agentes involucrados (tanto públicos como privados y sociales) en cuestiones de interés público, establecer objetivos compartidos, desarrollar estrategias de trabajo para alcanzarlos y, sobre todo, reconocer la interdependencia entre los actores participantes (Allí, 2010, p. 223).

La cooperación no implica una pérdida de autonomía por parte de las organizaciones. Este aspecto es crucial en el ámbito de las organizaciones públicas, especialmente cuando se trata de la cooperación interadministrativa que involucra a diferentes entidades públicas de carácter territorial. Por el contrario, la cooperación es una acción voluntaria que no puede ser impuesta ni coaccionada (Gómez, 2010, p. 583). Por lo tanto, la comunicación y el acuerdo mutuo son elementos clave para

su realización. Como señala Morales (2004, p. 111), para «fomentar una buena colaboración, es necesario ayudar a las personas a ser comunicadores responsables y sensibles». Esta idea se fortalece al agregar un tercer elemento: la confianza. Según Jones y George (1998, p. 539), la confianza facilita cualquier tipo de intercambio entre los miembros de una organización y entre esta y otras entidades. Establece las bases para la definición de las estrategias de trabajo común, con la expectativa de que ningún participante se aproveche del otro. Además, garantiza la sostenibilidad en el tiempo de los acuerdos adoptados con un reparto justo de costos y beneficios.

5. Claves para el análisis de la capacidad institucional

A continuación, se proponen una serie de claves para orientar el análisis de la capacidad institucional en las organizaciones públicas con un enfoque sistémico que considera las interacciones, tanto internas como externas, que regularmente tienen lugar en las organizaciones. Esta propuesta pretende aportar ideas que contribuyan a reducir las dificultades existentes en el establecimiento de metodologías de análisis de la capacidad institucional ante la multiplicidad y vaguedad de las propuestas existentes (Silva Fernandes, 2016, p. 698).

La primera clave que se plantea para el análisis de la capacidad institucional es estructurar cualquier estudio de las organizaciones públicas en torno a tres niveles que faciliten la articulación de sus componentes (administrativo, gobernanza y transversales) y la comprensión integral de la realidad organizativa. Grindle (1997, p. 9) identifica tres niveles de análisis: micro (recursos humanos), meso (organización) y macro (marco institucional). Forss y Venson (2002, p. 158) también reconocen estos tres niveles, donde el primero corresponde a los individuos, el segundo a la organización y el tercero a un nivel sistémico. Por otro lado, Morgan (2002, p. 23) hace referencia a los niveles de intervención o sitios de acción, adoptando una definición más operativa que permite la aplicación del concepto a casos concretos. Este autor reconoce los tres niveles planteados por Grindle y los utiliza como referencia en diversas investigaciones sobre el funcionamiento de las agencias que forman parte del Sistema de las Naciones Unidas.

La segunda clave propuesta es identificar para cada nivel de análisis factores organizativos y de entorno que facilitan la comprensión del concepto de capacidades institucionales al brindar categorías analíticas que hacen operativo acercar este concepto y estudiar sus componentes. En la literatura, hay dos grupos de modelos de análisis de la capacidad institucional en los que se plantean factores o atributos más operativos de análisis. El primer grupo es de carácter reduccionista y abarca propuestas que limitan el análisis de la capacidad institucional a pocos factores y atributos, lo que conlleva el riesgo de omitir aspectos significativos del funcionamiento de las organizaciones públicas (Rosas, 2019, p. 91). En contraposición a este grupo, se encuentran los modelos de análisis que incluyen numerosos factores y perspectivas, lo cual puede dificultar el análisis de la capacidad institucional debido a la complejidad que surge en el momento de acercarse a la organización (Rosas, 2019, p. 92). En este artículo se propone una opción intermedia, sustentada en los aportes de la teoría de la organización, en este sentido, se plantean una serie de factores que deben abordarse para avanzar en el análisis de la capacidad institucional.

La tercera clave es vincular a cada factor unos atributos que permitan analizar el funcionamiento de las organizaciones. En este artículo no se llega a este nivel de especificidad, pero se presenta una descripción de los niveles de análisis y los factores asociados a cada uno.

5.1. Nivel micro. Las personas

El nivel micro está vinculado con los individuos, es decir, los recursos humanos que constituyen el núcleo vital de las organizaciones, y cuyo desempeño se considera fundamental para el éxito de cualquier acción o política (Willems y Baumert, 2003, p. 11). Este nivel está relacionado directamente con el componente de capacidades administrativas y se centra en el estudio de las habilidades y competencias de los individuos para cumplir con las responsabilidades asignadas. Además, se consideran aspectos organizativos que tienen un impacto significativo en el rendimiento de los recursos humanos, como la claridad en la descripción de los roles ocupados y la existencia de incentivos financieros y no financieros.

Los recursos humanos ocupan una posición central en los modelos teóricos relacionados con la capacidad institucional, representando una dimensión esencial que merece un análisis detallado. Según la teoría de las organizaciones, los recursos humanos se definen como los servicios productivos ofrecidos por las personas, en términos de sus habilidades, conocimientos y capacidad de razonamiento, para llevar a cabo tareas y tomar decisiones (Grant, 2005, p. 143). El análisis de los recursos humanos suele hacerse desde una perspectiva personal e institucional, lo que algunos autores denominan los extremos blando y duro de la gestión del personal, respectivamente (Waterman *et. al.*, 1980, p. 23).

En la primera perspectiva, se analizan las habilidades, el conocimiento y las motivaciones de las personas para llevar a cabo las tareas asignadas dentro de sus roles laborales. La capacidad de las organizaciones depende en gran medida de la presencia de individuos altamente cualificados y motivados que puedan enfrentar los desafíos y problemas complejos. En las organizaciones, se espera que los trabajadores no solo cumplan estrictamente con las leyes, los reglamentos y las descripciones de sus puestos de trabajo, sino también que mantengan los valores tradicionales del servicio público, como la integridad, la neutralidad y la imparcialidad (Bodiguel, 2010, p. 729). Dadas las circunstancias de alta incertidumbre a las que se enfrenta la Administración, también se espera que los empleados tengan habilidades para asumir nuevas responsabilidades y llevar a cabo tareas como la activación, preparación, estabilización, integración y gestión en red. Estas tareas demandan competencias específicas que la organización debe abordar mediante estrategias adecuadas de contratación, formación y remuneración de su personal (Goldsmith y Eggers, 2006, p. 212).

En la segunda perspectiva, se examinan las políticas generales de gestión de personal dentro de la organización, así como la conexión entre el sistema de remuneración y las habilidades, conocimientos y motivación necesarios en entornos complejos. Según Bodiguel (2010, p. 733), en las organizaciones públicas prevalece una tendencia hacia la «contractualización de sus directivos», aplicando reglas específicas en áreas como la promoción, evaluación, movilidad, formación y compensación. En este sentido, atraer y retener talento son objetivos primordiales para cualquier organización, especialmente considerando el costo asociado al desarrollo de los perfiles requeridos. La configuración de esta perspectiva en torno al mérito adquiere una importancia significativa. Reforzar el mérito no solo permite construir confianza y fomentar la motivación entre los miembros de la organización, sino que también mejora las capacidades de esta al garantizar la credibilidad y la calidad en sus acciones (Farazmand, 2004, p. 15).

5.2. Nivel meso. La organización

El nivel meso de análisis se enfoca en el componente de capacidades administrativas de la organización, particularmente en los elementos estructurales y funcionales que determinan su habilidad de gestión (Rosa, 2003, p. 132). En este nivel, la misión y los objetivos de la organización son cruciales, ya que determinan si la estructura adoptada, los recursos disponibles, los procedimientos utilizados y el sistema de gestión implementado son los más adecuados para lograr un buen desempeño. Las características internas de la organización son fundamentales para lograr sus objetivos, especialmente en lo que respecta al marco estratégico, los recursos disponibles, la estructura organizativa, los procedimientos de gestión y la cultura organizativa.

Marco estratégico

El marco estratégico abarca la misión y visión de la organización, así como la definición de sus objetivos, valores y estrategias a corto, mediano y largo plazo. En los modelos teóricos de Hilderband y Grindle (1997) y de Van den Berg *et. al.* (1999), estos aspectos se integran en una dimensión más amplia que abarca las características generales de la estructura de la organización. El marco estratégico recibe una atención considerable en el estudio y medición de la capacidad institucional, porque determina la pertinencia y articulación de las acciones que desarrolla la organización. La importancia del marco estratégico radica en que los resultados obtenidos tienen un impacto directo en la configuración de la organización y en sus niveles de eficacia (Waterman *et. al.*, 1980, p. 21). Por consiguiente, las organizaciones requieren capacidades para establecer con claridad y autonomía los objetivos y estrategias, alineados con una visión amplia e integral de la organización que evite inconsistencias o contradicciones en el cumplimiento de sus funciones (Mintzberg, 1990, p. 52).

En el ámbito organizacional, la misión se define como «una descripción de la razón de ser de la organización, estableciendo su quehacer institucional, los bienes y servicios que proporciona, las funciones principales que la distinguen y la diferencian de otras» (Armijo, 2011, p. 29). Por otro lado, la visión se entiende como una representación del futuro deseado o, en otras palabras, el objetivo superior al que se aspira dentro de un marco temporal específico. La visión de una organización no puede considerarse una construcción estática, ya que los riesgos globales y los entornos caracterizados por alta incertidumbre, en los que interactúan organizaciones públicas, enfatizan la necesidad de establecer marcos flexibles con una alta capacidad de adaptación.

Por su parte, los objetivos se relacionan con los resultados que se buscan alcanzar; los valores representan los principios que guían los comportamientos de los miembros de la organización, y las estrategias delinean la dirección de la acción que, al garantizar la toma de decisiones oportunas y eficaces con los recursos disponibles, hacen factible la consecución de los objetivos organizacionales (Francés, 2001, p. 28).

Recursos tangibles e intangibles

Los recursos comprenden todos los elementos necesarios, tanto tangibles como intangibles, que una organización dispone para llevar a cabo sus funciones (Grant, 2005, p. 138). Los recursos tangibles son los activos materiales de una organización que pueden emplearse para sus actividades y el logro de sus metas, como la infraestructura, la logística, el equipamiento y el capital financiero. En particular, la

logística se ha convertido en un recurso fundamental para las organizaciones públicas, ya que determina su capacidad para proporcionar bienes y servicios públicos en entornos altamente complejos y cambiantes. La pandemia de la COVID-19 puso de manifiesto que, a pesar de las crisis, los ciudadanos esperan que las organizaciones públicas mantengan la provisión de bienes y servicios públicos, especialmente de aquellos de importancia social como la salud, educación, seguridad, defensa y funcionamiento de la cadena de distribución de alimentos, entre otros.

Los recursos intangibles son activos organizacionales que carecen de una forma física o material, pero que poseen un valor significativo para el cumplimiento de sus funciones. Este tipo de recursos engloba la reputación, el conocimiento y la tecnología. El conocimiento es especialmente valioso para el funcionamiento eficaz de cualquier organización, ya que es aportado por los miembros del equipo a través de la información, habilidades y experiencias adquiridas a lo largo de sus trayectorias profesionales y personales. Además, es el resultado de un proceso colectivo que se desarrolla dentro de la organización, lo que la convierte en una entidad competitiva y diferenciada de otras, capaz de cumplir eficazmente sus funciones. En cuanto a la tecnología, la capacidad institucional debe centrarse en la disponibilidad de recursos tecnológicos que respalden el funcionamiento de las organizaciones y faciliten el desarrollo de sus tareas. Además, es crucial considerar las habilidades de las organizaciones para identificar las tendencias tecnológicas, adaptarse a los cambios derivados de estas y, sobre todo, su capacidad para adoptar tecnologías digitales e integrarlas en su estructura.

Cuando se aborda en el concepto de capacidad institucional los recursos, no se trata solo de asegurar su provisión o existencia en las organizaciones, sino de contar con habilidades para combinarlos y dirigirlos eficientemente hacia la consecución de los objetivos. Se espera que las organizaciones generen sus propios recursos o, según su naturaleza, dispongan de marcos normativos o herramientas que incentiven o aseguran su obtención. A partir de esta premisa, las herramientas de medición de la capacidad institucional suelen incorporar el concepto de sostenibilidad financiera al evaluar la viabilidad de las tareas o proyectos a lo largo del tiempo.

Estructura organizativa

La estructura organizativa es el marco donde se toman decisiones y desarrollan los procesos internos de la organización. Permite la división de tareas y facilita el establecimiento de mecanismos de coordinación en línea con los objetivos de la organización (Waterman *et. al.*, 1980, p. 19; Fernández, 1986, p. 467). Este concepto abarca los elementos permanentes o estáticos (tales como los sistemas de autoridad), así como procesos y factores dinámicos de carácter interno, como los flujos de información, o de carácter externo, como procesos interorganizativos (Morales, 2004, p. 38).

La estructura organizativa presenta las siguientes características (Fernández, 1986, p. 468-469): 1. Complejidad, que resulta de la conjunción de las divisiones, áreas o departamentos con los niveles jerárquicos, entre lo que se denomina diferenciación horizontal y vertical, respectivamente; 2. Distribución de la toma de decisiones, que hace referencia a la forma en la que se asignan las capacidades decisorias entre los distintos componentes estructurales de la organización; 3. Formalización, que comprende el conjunto de roles, procedimientos y programas que estandarizan el comportamiento; y 4. Relaciones laterales, que incluye las interacciones que mantienen los miembros de la organización al margen de la línea jerárquica.

Procedimientos de gestión

Se refieren a las acciones que se llevan a cabo de manera rutinaria para cumplir con las tareas asignadas. En el ámbito de las organizaciones públicas la existencia de procedimientos limita la discrecionalidad en los procesos de toma de decisión, asegurando los derechos y libertades de los ciudadanos; en este sentido, se presta especial atención a la transparencia, la publicidad de las acciones y el uso de sistemas de medición y control social. La implementación de sistemas de medición es una consecuencia directa de los esfuerzos de modernización impulsados en el sector público y la difusión de corrientes que abogan por mejorar el rendimiento de las instituciones públicas. Estas corrientes promueven el empleo de herramientas de trabajo que optimizan la producción de bienes y servicios públicos.

Cultura organizativa

La cultura organizativa es el conjunto de creencias, valores y comportamientos observados de forma regular entre los miembros de la organización, estos aspectos condicionan sus objetivos, los principios que orientan sus políticas, las relaciones con el entorno y las interacciones que se producen internamente entre sus miembros (Ramíó, 1999, p. 193; Castresana y Blanco, 2001, p. 23).

La cultura organizativa surge de las experiencias compartidas y la influencia de los líderes en la organización, principalmente mediante la interpretación que hacen de la realidad, los éxitos y fracasos organizacionales (Castresana y Blanco, 2001, p. 27). En las organizaciones, la cultura organizativa establece los límites entre una organización y otra según las creencias y conductas de sus miembros; configura y transmite un sentido de identidad organizativa sustentada en valores compartidos; incentiva un compromiso con la misión y los objetivos de la organización; y genera previsibilidad en las conductas de los miembros de la organización, siendo un valioso mecanismo de control o fortalecimiento de los lazos internos de confianza (Ramíó, 1999, p. 196).

5.3. Nivel macro. El entorno

Este nivel de análisis se relaciona con el contexto y se vincula con el estudio de las capacidades de gobernanza de las que disponen las organizaciones. Su inclusión en el concepto de capacidad institucional implica dejar de lado las corrientes que se centraban exclusivamente en el análisis de los recursos humanos y las características internas de la organización. Las instituciones son una parte integrante de un sistema y están expuestas a las influencias de su entorno político, económico y social. Este entorno se caracteriza, a su vez, por la formación de redes que facilitan el intercambio de recursos entre sus miembros (Maconick, 2002, p. 7).

Entorno global, local e institucional

El entorno es fundamental para comprender el concepto de capacidad institucional. Los enfoques sistémicos y de contingencia refuerzan tal apreciación otorgando un papel clave en los modelos organizativos a la interrelación de las organizaciones con los factores más relevantes del entorno, principalmente en lo que respecta a su desempeño y estructuración (Klijn, 1998, p. 13). El centro de cualquier análisis no debe ser el entorno en sí mismo, sino el impacto que éste genera sobre las capacidades de la organización para desarrollar sus tareas y sobre la eficacia de sus herramientas para comprender, enfrentar y reaccionar rápidamente ante los cambios que le afectan (Mintzberg, 1990, p. 310). Las organizaciones influyen en el entorno, en sus actuaciones, en las organizaciones públicas, en las políticas, programas,

proyectos o acciones concretas que ponen en marcha y de los valores que transmiten en el tiempo.

El entorno se puede clasificar en tres categorías principales. En primer lugar, el entorno global, que hace referencia a las tendencias, cambios y dinámicas globales, así como a los riesgos globales cuyas consecuencias, debido a la interconexión global, tienen impacto internacional y local. En segundo lugar, el entorno local, es decir, aquel que abarca los factores económicos, sociales, culturales y políticos del contexto, nacional o local, donde funciona la organización. En tercer lugar, el entorno específico o institucional, el cual abarca decisiones, acciones, eventos o situaciones relacionadas directamente con la misión y naturaleza de la organización (Morales, 2004, p. 218). En este caso, se trata de factores como el rol del Estado; las políticas concurrentes; el marco regulatorio de los servicios; la normativa o asignación presupuestaria; el marco competencial y las relaciones formales e informales de poder.

Redes estratégicas

Las redes estratégicas son alianzas entre múltiples organizaciones para establecer mecanismos colaborativos de trabajo, dentro y fuera de su propia estructura. Esta perspectiva, vinculada con el nivel macro y siendo clave en el estudio de las capacidades de gobernanza, favorece la orientación de la sociedad hacia el conocimiento y la necesidad de contar con capacidades realmente útiles para identificar y atender los problemas sociales, poniendo en valor cualquier habilidad para integrar el capital humano con mecanismos colaborativos más eficaces (Agranoff, 2007, p. 23). La importancia del conocimiento como palanca de cambio en las organizaciones ha hecho que las redes de aprendizaje sean cada vez más relevantes para el fortalecimiento de la capacidad institucional (González Medina y Navarro, 2022, p. 92).

La formación de redes estratégicas requiere habilidades para identificar y movilizar a los actores clave, establecer mecanismos que fomenten la creación de la red y dirigir los esfuerzos de los participantes hacia la consecución de objetivos compartidos. Sin embargo, los beneficios y las externalidades positivas generadas por estos mecanismos relacionales pueden verse limitados por situaciones de riesgo que afecten significativamente las interacciones entre los actores. Estas situaciones, como la falta de coordinación o comunicación, pueden obstaculizar la capacidad de las organizaciones para establecer mecanismos de trabajo estables y restringir el alcance de los objetivos propuestos (Hilderband y Grindle, 1997, p. 46).

6. Riesgos que afectan las capacidades institucionales

Para cada nivel y factor de las capacidades institucionales, se pueden identificar riesgos que podrían impactar negativamente en las capacidades de las organizaciones y, en consecuencia, en su capacidad para alcanzar sus objetivos. En primer lugar, al abordar el nivel de análisis micro, relacionado con el componente de capacidad administrativa, Waring y Glendon (1998, pp. 181-182) destacan la importancia de los factores humanos como una fuente crucial de riesgo, asignándoles un papel central en la clasificación de los riesgos organizacionales. Atkinson y Webb (2005, p. 32) relacionan los recursos humanos con los denominados «riesgos de cumplimiento», que surgen de la negligencia de los miembros de la organización en el cumplimiento de sus responsabilidades. Estudios sobre capacidad institucional subrayan que las habilidades de las personas son fundamentales para el desempeño de la organización, pero también reconocen que la utilización efectiva de estas

habilidades es el factor determinante de su productividad (Hilderbrand y Grindle, 1997, p. 53). Los riesgos en la gestión de los recursos humanos surgen cuando no se aprovecha adecuadamente el potencial de las personas, ya sea debido a una falta de alineación entre sus habilidades y las tareas asignadas. Esto afecta no solo la eficiencia en el cumplimiento de las tareas, sino también la motivación y la identificación de los individuos con los objetivos de la organización. Entre los riesgos en este ámbito se incluyen políticas que no promuevan el mérito y sistemas de promoción interna que no estén alineados con la estructura y objetivos de la entidad.

Al avanzar en los factores descritos en el nivel meso, las deficiencias en la formulación y actualización del marco estratégico también conllevan riesgos, dado que se requiere articular coherentemente los elementos internos y externos mediante una planificación lógica y bien elaborada de objetivos y estrategias (Atkinson y Webb, 2005, p. 32). Los riesgos surgen de una posible falta de coordinación entre la misión, visión, objetivos y estrategias, ya sea en términos de marco temporal o debido a una insuficiente alineación de los objetivos específicos con los generales. Otros riesgos derivan de la concepción integral del marco estratégico, especialmente cuando no se asegura la medición, flexibilidad, viabilidad y aceptación de sus planteamientos entre los miembros de la organización (Morales, 2004, p. 32).

La falta de infraestructuras o medios físicos, recursos financieros insuficientes, incapacidad para contar con fuentes recurrentes de ingresos, rezago en la adopción tecnológica y crisis reputacionales son otros riesgos significativos. También se incluyen la falta de coordinación en la gestión de los recursos disponibles.

En cuanto a la estructura organizativa, los mayores riesgos se derivan de la fragmentación de tareas debido a un diseño organizativo excesivamente rígido y vertical. Esto puede dificultar la adaptación y la producción de bienes y servicios en contextos de alta incertidumbre. Procedimientos excesivamente formales y rígidos complican la adaptación de sus partes. Oszlak y Orellana (2000, p. 9) identifican riesgos comunes como la inadecuada distribución de funciones y conflictos en la definición de responsabilidades entre miembros de la organización. Otros riesgos surgen de la falta de articulación entre el diseño organizativo y el marco estratégico, adoptando modelos que no están en consonancia con la misión y visión de la organización o que no pueden adaptarse a nuevas responsabilidades (Willems y Baumert, 2003, p. 413).

La arquitectura organizacional también puede ser una fuente crucial de fallos, impactando la estructura y procesos de aprendizaje de la organización (OECD, 2011, p. 191). Dependiendo del modelo organizativo, pueden surgir fallos graves en la coordinación debido a la rigidez de la estructura, su excesiva fragmentación, dificultades para asignar responsabilidades y falta de integración entre sus partes. La ausencia de incentivos que promuevan el intercambio de información y el desarrollo de estrategias de trabajo conjuntas también es un factor de riesgo. Desde una perspectiva cultural, la disminución en la actitud colaborativa de los miembros puede derivar en dificultades para armonizar identidades individuales con los valores generales de la organización. La colaboración es un deber general para que la coordinación sea factible, como establece la sentencia STC 32/1983, de 28 de abril de 1983.

Los riesgos en los procedimientos de gestión están asociados con la lentitud en la gestión de tareas, y la falta de transparencia y publicidad de las actuaciones públicas. Una excesiva formalización de procedimientos internos puede afectar seriamente la consecución de resultados, orientando el trabajo al mero cumplimiento de estándares internos.

En las organizaciones públicas, una preocupación relevante es la implantación de una cultura burocrática perversa, que distorsiona las funciones y afecta negativamente la consecución de los objetivos organizacionales (Ramíó, 1999, p. 205). Muñoz (1999, pp. 42-43) describe las características de este modelo como una excesiva fidelidad al marco normativo, escasa autonomía en la toma de decisiones, predominio del trabajo individual, lenta adaptación al cambio, enfoque en procesos sobre resultados, influencias político-partidistas, rigidez en los puestos de trabajo, control excesivo y falta de sistemas de gestión internos con herramientas objetivas de medición.

Al abordar el nivel de análisis macro, relacionado con el componente de gobernanza, existen dinámicas del entorno que impactan significativamente la capacidad institucional. La apatía o falta de participación de los ciudadanos puede limitar la capacidad de las organizaciones públicas para diseñar políticas adecuadas (Pares y Resende, 2009, p. 88). La inestabilidad política o crisis económicas restringen las acciones de las organizaciones en términos de continuidad y recursos financieros. Los patrones culturales y normas sociales también pueden condicionar la ejecución de tareas. Vacíos legales y trabas normativas obstaculizan acciones y disminuyen la flexibilidad organizacional. La intervención de otras entidades públicas puede generar superposición de competencias y dispersión de recursos, requiriendo colaboración interinstitucional (Oszlak y Orellana, 2000, p. 8). El PNUD (2004) identifica situaciones que afectan la gobernabilidad y menoscaban el trabajo de las organizaciones públicas como las relaciones horizontales y verticales entre las organizaciones, el traslado de las competencias y las características del marco presupuestario.

Riesgos adicionales que afectan las capacidades transversales incluyen la falta de confianza entre los miembros de la red, lo que puede socavar la cooperación en torno a objetivos comunes, o la incapacidad de vincular el trabajo de la red con los órganos formales autorizados, afectando la continuidad de sus acciones (Van den Berg *et. al.*, 1999, p. 261). Otros riesgos surgen del funcionamiento ineficiente de las redes debido a la falta de un marco regulador, barreras de participación en la toma de decisiones, asignación inadecuada de responsabilidades y la incapacidad de establecer arreglos institucionales estables (Willems y Baumert, 2003, p. 48). El PNUD (2004) identifica situaciones críticas para garantizar el buen desempeño de las organizaciones públicas, como la capacidad de consensuar planes y comunicar eficazmente el desarrollo de sus acciones a los participantes.

7. Conclusiones

Ante la modernización acelerada y los desafíos globales, la capacidad institucional se ha revelado como un concepto fundamental para comprender y potenciar el desempeño eficaz de las organizaciones públicas. La evolución histórica del concepto muestra un cambio significativo desde la construcción de nuevas instituciones hacia el fortalecimiento de las instituciones existentes, adaptándolas para satisfacer las crecientes demandas sociales y los avances científico-tecnológicos. Esta transformación responde a la necesidad de que las organizaciones públicas puedan anticipar y abordar problemas complejos y dinámicos, asegurando así su relevancia y efectividad en contextos de alta incertidumbre.

La definición de capacidad institucional abarca un conjunto de recursos y habilidades que las organizaciones públicas deben desarrollar para enfrentar los riesgos y desafíos del entorno y cumplir con sus funciones de manera eficaz, efectiva y sostenible. Esta definición integra tanto los procesos internos de la organización,

que incluyen la eficiencia administrativa y la gobernanza, como la capacidad de adaptarse a los cambios del entorno. Así, la capacidad institucional se convierte en un indicador clave del potencial de una organización pública para liderar proyectos transformadores, gestionar riesgos y aprovechar oportunidades emergentes que garanticen la continuidad y el éxito en la consecución de sus objetivos.

Los riesgos que afectan las capacidades institucionales son multifacéticos y se manifiestan a diferentes niveles. En el nivel micro, relacionado con las personas, la gestión inadecuada de los recursos humanos puede reducir la eficiencia y la motivación del personal. En el nivel meso, relacionado con la organización, la falta de coordinación entre la misión, visión, objetivos y estrategias, así como la insuficiencia de recursos financieros y tecnológicos, son factores críticos. En el nivel macro, relacionado con el entorno, la inestabilidad política, las crisis económicas y los vacíos legales representan desafíos significativos que pueden limitar la capacidad de las organizaciones para cumplir con sus objetivos. Abordar estos riesgos de manera efectiva es crucial para fortalecer las capacidades institucionales y garantizar que las organizaciones públicas puedan operar de manera eficiente y adaptable.

Para mejorar y fortalecer las capacidades institucionales es esencial adoptar un enfoque integral que considere tanto los factores internos como los externos. Esto incluye el desarrollo de habilidades para la formación de redes estratégicas, la implementación de tecnologías digitales y la promoción de una cultura organizativa flexible y colaborativa. Además, la capacidad para establecer y mantener relaciones efectivas con actores clave y para adaptarse rápidamente a cambios en el entorno es fundamental. Las organizaciones públicas deben centrarse en la creación de marcos estratégicos sólidos, la gestión eficiente de recursos tangibles e intangibles, y la promoción de una gobernanza efectiva para enfrentar los desafíos contemporáneos y futuros.

Bibliografía

- Agranoff, R. (2007). *Managing within networks, adding value to public organizations*. Georgetown University Press.
- Alda, M. y Ramos, K. (2010). Cambio político y evolución de las relaciones intergubernamentales entre el Estado central y las Comunidades Autónomas (1996-2008). En M. Arenilla (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos* (347-376). INAP.
- Alli, J. (2010). El control y la transparencia administrativa, medios contra la corrupción. En M. Arenilla (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos* (205-227). INAP.
- Alonso, G. (2007). Elementos para el análisis de capacidades estatales. En G. Alonso (ed.), *Capacidades estatales, instituciones y política social* (17-40). Prometeo Libros.
- Arenilla, M. (2011). Marco teórico actual de la Administración Pública. En M. Arenilla (coord.), *Crisis y Reforma de la Administración Pública*. Netbiblo.
- Armijo, A. (2011). *Planificación estratégica e indicadores de desempeño en el sector público* (Serie Gestión Pública n°.69). CEPAL. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/dfa8d5f1-7315-4f10-9824-8fa5b005cc1b/content>
- Atkinson, A. y Webb, A. (2005). Responsible hands: A director's guide to risk and its management. En Professional Accountants in Business (PAIB) Committee of the International Federation of Accountants (eds.), *Articles of Merit Award Program for Distinguished Contribution to Management Accounting* (pp. 26-34). International Federation of Accountants.

- Baena, M. (2000). *Curso de Ciencia de la Administración Volumen I*. Tecnos.
- Banco Mundial. (1998). *Beyond the Washington Consensus*. World Bank.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós.
- Bernazza, C. y Longo, G. (2014). Debates sobre capacidades estatales en la Argentina: un estado del arte. *Revista Estado y Políticas Públicas*, 2 (3), 107-130.
- Bertranou, J. (2013). Creación de agencias especializadas, capacidad estatal y coordinación interinstitucional. *Revista Perspectivas de Políticas Públicas*, 2 (4), 11-39.
- Bodiguel, J. (2010). El control político de los altos funcionarios y su evolución en los países de la OCDE. En M. Arenillas (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos (721-740)*. INAP.
- Buseti, S. y Pacchi, C. (2015). Institutional Capacity for EU Cohesion Policy: Concept, Evidence and Tools that Matter. *The Planning Review*, 50 (4), 16-28. <https://doi.org/10.1080/02513625.2014.1007657>
- Casado Maestre, V., Huete García, M.A., Merinero Rodríguez, R. y González Medina, M. (2018). La influencia de la iniciativa URBANA 2007-2013 en el desarrollo de la capacidad institucional de la administración municipal. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (20), 124-142. <https://doi.org/10.24965/gapp.v0i20.10487>
- Castresana, J. y Blanco, A. (2001). *Liderazgo sistémico de la organización*. Unión Iberoamericana de Municipalistas.
- Completa, E. R. (2016). Capacidad Estatal, Brechas de Capacidad y Fortalecimiento Institucional. *Análisis Político*, 29 (87), 60-76.
- Evans, P. (1996). El Estado como problema y como solución. *Desarrollo Económico*, 35(140), 529-562.
- European Commission. (1999). *The TRUSTNET framework a new Perspective on risk governance*. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/a950e5f4-c76e-11e6-a6db-01aa75ed71a1>
- Farazman, A. (2004). Innovation in strategic human resource management: building capacity in the age of globalization. *Public Organization Review: A Global Journal*, 4, 3-24.
- Fernández, Z. (1986). La estructura organizativa: un análisis contingente. *Investigaciones Económicas (Segunda Época)*, 10 (3), 467-482.
- Fiszbein, A. (1997). The Emergence of Local Government Capacity: Lessons From Colombia. *World Development*, 25 (7), 1029-1043.
- Forss, K. y Venson, P. (2002). An evaluation of the capacity building efforts of United Nations operational activities in Zimbabwe: 1980-1995. En R. Maconick y P. Morgan (Eds.), *Capacity-building supported by the United Nations some evaluations and some lessons* (pp. 157-192). United Nations Publications.
- Francés, A. (2001). *Estrategia para la empresa en América Latina*. Ediciones IESA.
- Geddes, B. (1994). *Politicians's Dilemma: Building State Capacity in Latin America*. University of California Press.
- Goldsmith, S. y Eggers, W. (2006). *Gobernando en red. El nuevo paradigma de la gestión pública*. CEDICE.
- Gomes Martins, D. (2021). O estado da arte da capacidade institucional: uma revisão sistemática da literatura em língua portuguesa. *Cad. EBAPE.BR*, 19 (1), 165-189.
- Gómez, M. (2010). Coordinación interadministrativa en la previsión social de atención al colectivo de personas mayores respecto de la adecuación fundacional de viviendas adaptadas en un contexto de crisis. En M. Arenilla (coord.), *La Administración Pública entre dos siglos (493-514)*. INAP.
- González Medina, M. y Navarro, C. (2022). Capacidad institucional y contratación pública. Experiencias de aprendizaje organizativo informal en la administración

- local. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, (29), pp. 88-102. <https://doi.org/10.24965/gapp.11065>
- Grant, R. (2005). *Contemporary strategy analysis, fifth edition*. Blackwell Publishing.
- Grindle, M. S. (1997). The Good Government Imperative. Human Resources, Organizations and Institutions. En M. S. Grindle (ed.), *Getting Good Government. Capacity Building in the Public Sectors of Developing Countries* (3-28). Harvard University Press.
- Halls, J. S. (2002). Reconsidering the Connection between Capacity and Governance. *Public Organization Review: A Global Journal*, 2, 23-43.
- Hanson, J. y Sigman, R. (2013). *Leviathan's Latent Dimensions: Measuring State Capacity for Comparative Political Research* [Sesión de seminario]. World Bank Political Economy Brown Bag Lunch Series. https://public.websites.umich.edu/~jkhanson/resources/hanson_sigman13.pdf
- Hilderbrand, M.E. y Grindle, M.S. (1997). Building sustainable capacity in the public sector: what can be done? En M. S. Grindle (ed.), *Getting Good Government. Capacity Building in the Public Sectors of Developing Countries*. Harvard University Press.
- Honadle, B. W. (2001). Theoretical and Practical Issues of Local Government Capacity in an Era of Devolution. *Journal of Regional Analysis & Policy*, 31 (1), 77-90.
- Huber, J. y McCarty, N. (2004). Bureaucratic capacity, delegation and political reform. *American Political Science Review*, 98 (3), 481-494.
- Jones, G. y George, J. (1998). The experience and evolution of trust: implications for cooperation and teamwork. *Academy of management review*, 23 (3), 531-546.
- Kettl, D. F. (2000). *The Transformation of Governance: Globalization, Devolution, and the Role of Government* [Discussion paper]. Spring Meeting National Academy of Public Administration.
- Kjaer, M., Hansen, O.H. y Frolund Thomsen, J.P. (2002). *Conceptualizing State Capacity*. DEMSTAR Research Report N°6.
- Klijn, E. H. (1998). *Redes de actores públicas: una visión general* (M. Petrizzo, Trad.). Sage Publications. <http://revista-redes.rediris.es/webredes/textos/Complex.pdf>
- Kooiman, J. (1993). Finding, speculations and recommendations. En J. Kooiman (ed.), *Modern governance: new government-society interactions* (249-262). Sage Publications.
- Lindvall, J. y Teorell, J. (2016). *State Capacity as Power: A Conceptual Framework* (STANCE Working Paper Series; Vol. 2016, No. 1). Departamento de Ciencia Política, Universidad de Lund. https://lucris.lub.lu.se/ws/portalfiles/portal/102775891/WP_1_Lindvall_and_Teorell_State_Capacity_as_Power_A_Conceptual_Framework.pdf
- Maconick, R. (2002). Introduction. En R. Maconick y P. Morgan (eds.), *Capacity-building supported by the United Nations some evaluations and some lessons* (2-12). United Nations Publications.
- McEvily et al. (2003). McEvily, B., Perrone, V. y Zaheer, A. (2003). Trust as an organizing principle. *Organization Science*, 14 (1), 91-103.
- Mintzberg, H. (1990). *La estructuración de las organizaciones*. Ariel.
- Morales, A. (2004). *Análisis y diseño de sistemas organizativos*. Civitas Ediciones.
- Moreno, C. (2007). Los límites políticos de la capacidad institucional: un análisis de los gobiernos municipales en México. *Revista de Ciencia Política*, 27 (2), 151-153.
- Morgan, P. (2002). Some Observations and Lessons on Capacity Building. En R. Maconick y P. Morgan (eds.), *Capacity-building supported by the United Nations some evaluations and some lessons* (14-51). United Nations Publications.
- Muñoz, A. (1999). *La Gestión de la Calidad Total en la Administración Pública*. Ediciones Díaz de Santos.

- Nelissen, N. (2002). The Administrative Capacity of New Types of Governance. *Public Organization Review*, 5-22.
- OECD. (2011). *Governance in the 21 century*. OECD Publishing.
- Organización de las Naciones Unidas. (2008). *Strengthening governance and public administration capacities for development*. Committee of Experts on Public Administration Seventh Session. <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan029277.pdf>
- Organización de las Naciones Unidas. (2008b). *People Matter: Civic Engagement in Public Governance. World Public Sector Report 2008*. Department of Economic and Social Affairs of the United Nations Secretariat. <https://www.un.org/en/development/desa/publications/world-public-sector-report-2008-people-matter.html>
- Ospina, S. (2002). *Construyendo capacidad institucional en América Latina: el papel de la evaluación como herramienta modernizadora* [Comunicación en congreso]. VII Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal.
- Oszlak, O. y Orellana, E. (2000). *El análisis de la capacidad institucional: aplicación de la metodología SADC*. Centro de Desarrollo y Asistencia Técnica en Tecnología para la Organización Pública.
- Pares, M. y Resende, P. (2009). Tipos de prácticas y experiencias de participación promovidas por la administración pública: sus límites y radicalidades. En M. Parés (ed.), *Participación y calidad democrática: evaluando las nuevas formas de democracia participativa* (pp. 77-100). Ariel.
- Pearson, L. B. (1970). A new strategy for global development. *The Unesco Courier*. <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000056743>.
- PNUD. (2004). *Guía metodológica para el análisis de la gobernabilidad local*, Proyecto Regional de Gobernabilidad Local. https://dhls.hegoa.ehu.eus/uploads/resources/4574/resource_files/PNUD_Guia_Metodologica_para_Analisis_Gobernabilidad_Local.pdf
- PNUD. (2010). *Capacity development. Measuring capacity*. Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. https://www.undp.org/sites/g/files/zskgke326/files/publications/UNDP_Measuring_Capacity_July_2010.pdf
- Ramió, C. (1999). *Teoría de la organización y administración pública*. Tecnos.
- Real, J. (2002). *Visiones sobre el papel de los actores no gubernamentales en las políticas públicas* [Comunicación en congreso]. VII Congreso Internacional del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lisboa, Portugal.
- Repetto, F. (2004). Capacidad Estatal requisitos para el mejoramiento de la Política Social en América Latina (Documentos de Trabajo del INDES I-52). Banco Interamericano de Desarrollo. <https://publications.iadb.org/es/publications/spanish/viewer/Capacidad-Estatal-Requisito-para-el-Mejoramiento-de-la-Pol%C3%ADtica-Social-en-Am%C3%A9rica-Latina.pdf>
- Rosa, E. (2003). The logical structure of the social amplification of risk framework (SARF): Metatheoretical foundation and policy implications. En N. Pidgeon, R.E. Kasperson y P. Slovic (eds.), *The social amplification of risk* (47-79). Cambridge University Press.
- Rosas, A. (2007). Una ruta metodológica para evaluar la capacidad institucional. *Política y cultura*, (30), 119-134.
- Rosas, A. (2019). Capacidad Institucional: Revisión del concepto y ejes de análisis. *Documentos y Aportes en Administración Pública y Gestión Estatal: DAAPGE*, 19 (32), 81-107.

- Savatich, H. (1998). Global challenge and institutional capacity or how we can refit local administration for the next century. *Administration & Society*, 30 (3), 248-273.
- Sikkink, K. (1993). *Las capacidades y la autonomía del Estado en Brasil y la Argentina. Un enfoque institucionalista*. Desarrollo Económico.
- Silva Fernandes, F. (2016). Capacidade institucional: uma revisão de conceitos e programas federais de governo para o fortalecimento da administração pública. *Cad. EBAPE.BR*, 14 (3), 695-704. <http://dx.doi.org/10.1590/1679-395128311>
- Skocpol, T. (1985). Bringing the state back in: strategies of analysis in current research. En P. B. Evans, D. Rueschemeyer y T. Skocpol (eds.), *Bringing the state back in* (3-43). Cambridge University Press.
- Smillie, I. (2001). From patrons to partners? En I. Smillie (ed.), *Patronage or partnership: local capacity building in humanitarian crises* (175-194). Kumarian Press.
- Thomas, C. (1998). Maintaining and restoring public trust in government agencies and their employees. *Administration & Society*, 30 (2), 166-193.
- Trostle, J. A. (1997). Strengthening human resource capacity in developing countries. Who are the actors? What are their actions? En M. S. Grindle (ed.), *Getting Good Government. Capacity Building in the Public Sector of Developing Countries* (63-93). Harvard University Press.
- Van Den Berg, L. (1999). Competitividad y cohesión metropolitanas, la exigencia de capacidad de organización y redes estratégicas. *Papeles de Economía Española*, (80), 248-265.
- Wang, Q., Deutz, P. y Chen, Y. (2017). Building institutional capacity for industrial symbiosis development: A case study of an industrial symbiosis coordination network in China. *Journal of Cleaner Production*, 142, 1571-1582.
- Waring, A. y Glendon, I. (1998). *Managing risk*. Thomson Learning.
- Waterman Jr, R. H., Peters, T. J. y Phillips, J. R. (1980). Structure is not organization. *Business horizons*, 23 (3), 14-26.
- Weiss, L. (2011). *The Myth of the Powerless State*. Cornell University Press.
- Willems, S. y Kevin, B. (2003). *Institutional Capacity and Climate Actions*. OCDE. http://pdf.wri.org/inst_capacity_climate_change.pdf
- Wu, X., Ramesh, M. y Howlett, M. (2015). Policy capacity: A conceptual framework for understanding policy competences and capabilities. *Policy and Society*, 34 (3-4), 165-171.
- Zinn, J. y Taylor, P. (2006). The Challenge of (managing) new risk. En J. Zinn y P. Taylor (eds.), *Risk in social Science* (pp. 54-75). Oxford University Press.
- Zurbriggen, C. (2004). Redes actores e instituciones. Redes, actores e instituciones. *Revista del CLAD, Reforma y Democracia*, 30, 167-188.

Protocolo Adicional número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (el protocolo del diálogo) Additional Protocol No. 16 to The European Convention on Human Rights (the dialogue protocol)

Luis Antonio Corona Macías*

Universidad de Guadalajara

ORCID ID 0000-0001-9513-9379

luisantonio.corona@academicos.udg.mx

Cita recomendada:

Corona Macías, L. A. (2024). Protocolo adicional número 16 al Convenio Europeo de Derecho Humanos (el protocolo del diálogo). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 260-277

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9010>

Recibido / received: 13/02/2024
Aceptado / accepted: 29/08/2024

Resumen

A lo largo de la historia del derecho internacional de los derechos humanos, los sistemas regionales de protección de éstos se han establecido como los mecanismos más eficaces al momento de crear estándares comunes entre los países para su protección, sin embargo, la consolidación de estos estándares se ha dado casi de forma exclusiva mediante las funciones contenciosas de los tribunales regionales (TEDH), dejando como una opción casi olvidada la función consultiva que tienen estos. Es así como ante el éxito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la abrumadora cantidad de procedimientos que año con año recibe, se decidió modificar el procedimiento consultivo a través del Protocolo Adicional 16 del Convenio, con la finalidad de permitir una nueva vía de interacción entre los altos tribunales nacionales y el TEDH y con ello logrando la creación de un nuevo procedimiento a nivel internacional que busca mejorar la protección de los derechos humanos.

* Abogado y Maestro en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor Docente Asociado "A" adscrito al Departamento de Derecho Social y Disciplinas sobre el Derecho de la División de Estudios Jurídicos del Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara.

Palabras clave

Diálogo entre tribunales, protección multinivel, protocolo adicional, convenio europeo de derechos humanos.

Abstract

Throughout the history of international human rights law, regional protection systems have emerged as the most effective mechanisms for establishing common standards among countries for their protection. However, the consolidation of these standards has occurred almost exclusively through the contentious functions of regional courts (such as the European Court of Human Rights), with the consultative function of these courts being largely overlooked. Consequently, considering the success of the European Court of Human Rights and the overwhelming number of cases it receives annually, it was decided to amend the advisory procedure through Protocol No. 16 to the Convention. This amendment aims to create a new avenue for interaction between national supreme courts and the ECHR, thereby establishing a new international procedure intended to enhance the protection of human rights.

Keywords

Dialogue between courts, multilevel protection, additional protocol, European Convention on Human Rights.

SUMARIO. 1. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. 2. El Protocolo Adicional Número 16 (el protocolo del diálogo). 3. El funcionamiento del nuevo procedimiento consultivo. 4. La triple jurisdicción europea. La opinión consultiva del TEDH y la cuestión prejudicial del TJUE. 5. La finalidad del Protocolo Adicional 16. 6. Conclusiones.

1. El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Con el fin de la Segunda Guerra Mundial y la puesta en marcha de la reconstrucción del continente europeo después de 1945, existió no solo un proceso de reorganización económica, sino que, de la mano del Movimiento Europeo¹ inicio un proceso de cooperación política que culminó el 5 mayo de 1949 con la firma de la carta fundacional del Consejo de Europa².

En palabras de López Guerra (2018, p. 112) la «protección frente a posibles derivas hacia el totalitarismo, defensa de los derechos básicos de la persona, e integración europea eran pues ideas que venían a coincidir y que dieron lugar a diversas iniciativas en el continente europeo» entre las que destaco el Congreso del Movimiento Europeo y donde se pronunció el «mensaje a los europeos» realizado en 1948 en La Haya, donde se expresó la necesidad de crear una tratado que protegiera derechos humanos a través de una corte:

(2) We desire a Charter of Human Rights guaranteeing liberty of thought, assembly and expression as well. as the right to form a political opposition; (3) We desire a Court

¹ El Movimiento europeo fue creado en 1948 con la participación de los ministros de asuntos exteriores de Bélgica, Países Bajos, Francia, Reino Unido y Luxemburgo como la instancia encargada de analizar los procesos necesarios para unificar Europa desde el ámbito político.

² El trato también es conocido como Tratado de Londres.

of Justice with adequate sanctions for the implementation of this Charter. (Rougemont, 1948)

Entre las principales tareas del Consejo de Europa se encontraba lograr la cooperación de todos los países con la finalidad de que todas las naciones europeas respetaran derechos humanos. En este sentido y con la tarea de proteger los derechos humanos, era necesario establecer un sistema de instituciones que permitiese a todas las personas disfrutar de una protección efectiva de sus derechos, por lo que se inició el debate de crear una Convención y un Tribunal especializados en derechos humanos.

Fue el 4 de noviembre de 1950 cuando el Consejo aprobó la creación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), que entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Con ello se estableció como un compromiso regional el respeto a los derechos humanos por parte de los países miembros del Consejo de Europa.

La consolidación del Convenio no solo modificó las antiguas relaciones estatales que hasta ese momento existían a razón de la paz de westfalia (Fernández, 1987), sino que dio vida a un nuevo sistema de protección jurisdiccional de los derechos establecidos en el CEDH, ya que la tarea de interpretar el contenido de Convenio Europeo no fue entregada a la libre determinación de las soberanías nacionales sino que, el artículo 19 del Convenio estableció en un inicio, la creación de la Comisión Europea de Derechos Humanos³, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)⁴, como los encargados de la interpretación, aplicación y respeto del CEDH.

Si bien, la creación del Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció un sistema que en teoría parecía robusto, lo cierto es que durante los primeros años de vida, los propios Estados impusieron limitantes a las actuaciones que podían desempeñar cada una de estas instituciones, ante esta situación J. Frowein denominó al sistema regional de derechos humanos en Europa como «*The sleeping beauty*» (Frowein, 1984), en referencia a que los órganos del sistema no podían lograr un verdadero cambio en las condiciones de protección y disfrute de los derechos humanos.

Si bien las facultades iniciales de los órganos del sistema regional no eran las adecuadas para cambiar el paradigma de los derechos humanos, el interés de mejorar el sistema permitió que el CEDH pudiera seguir evolucionando y con ello consagrando un catálogo cada vez más amplio de derechos humanos.

Los protocolos adicionales 1, 4, 6 y 7 permitieron que se consagraran diversos derechos como: protección de la propiedad, derecho a la educación y el derecho a elecciones libres⁵; prohibición de prisión por deudas, libertad de circulación, prohibición de expulsión de nacionales y la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros⁶; prohibición de la pena de muerte como condena penal bajo la excepción de guerra o peligro inminente⁷; y la enumeración de las garantías que se deben seguir para las situaciones de expulsión de extranjeros, derecho de un doble grado de jurisdicción penal, derecho de indemnización por error judicial, prohibición

³ La Comisión Europea fue creada en 1956.

⁴ El Tribunal fue establecido hasta 1959.

⁵ Protocolo 1 en vigor desde 1954.

⁶ Protocolo 4 en vigor desde 1968.

⁷ Protocolo 6 en vigor desde 1985.

de ser juzgado y condenado en más de una ocasión por la misma situación jurídica y la igualdad entre esposos⁸.

El desarrollo del sistema europeo no solo fue a través de la ampliación del catálogo de derechos, también se dio mediante la modificación de los procesos internos de las instituciones y la reforma a estas. El Protocolo 2 concedió la facultad para que el Comité de Ministros pudiera solicitar opiniones consultivas al TEDH; El protocolo 3 solo modificó 3 artículos en referencia a la Comisión Europea; El protocolo 5 realizó modificaciones a la composición que se tenía en el Tribunal y la Comisión; El protocolo 8 modificó la forma de organización y las competencias de la Comisión y el Tribunal; el protocolo 9 cambió de nueva cuenta las facultades del Tribunal y el protocolo 10 solamente reformó el numeral 32 del CEDH⁹.

Si bien hasta ese momento todas las modificaciones estructurales del Convenio Europeo tenían como pretensión robustecer las facultades de la Comisión y del Tribunal para garantizar de forma efectiva un sistema jurisdiccional de protección de derechos humanos, no fue sino hasta 1994 cuando se realizó el cambio más drástico desde la creación del CEDH y sus órganos. A través del protocolo 11 se inició la conformación de un nuevo Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al cual se le entregaron todas las funciones que hasta ese momento tenía la Comisión Europea de Derechos Humanos y el anterior Tribunal (López, 2018).

El Protocolo 11 creó un único órgano de control jurisdiccional, el Tribunal Europeo de Derechos humanos, con funcionamiento permanente y jurisdicción obligatoria ante el cual los individuos podían acudir de forma directa, como lo hacían los Estados, mediante el reconocimiento de su legitimación activa para poner en funcionamiento este órgano supranacional, con la única limitante de que las personas hubiesen agotado todas las vías de defensa en medios nacionales (Carrillo, 2004).

Con las bases establecidas por el protocolo 11, en los años subsecuentes los siguientes 2 protocolos, el 12 y el 13, garantizaron la no discriminación en el ejercicio de todo derecho que estuviese garantizado por la ley¹⁰ y la eliminación de las excepciones anteriores de la pena de muerte¹¹, respectivamente. El protocolo 14 se centró en modificar el funcionamiento y organización interna del tribunal, así como las competencias que tenían los órganos internos del tribunal¹².

Con posterioridad el Protocolo 15¹³, modificó algunos aspectos del procedimiento ante el TEDH; sin embargo, su principal aportación al sistema fue la consagración de dos de los actuales principios rectores de todo el sistema, el principio de subsidiariedad y el margen nacional de apreciación:

Afirmando que incumbe en primer lugar a las Altas Partes Contratantes, con arreglo al principio de subsidiariedad, garantizar el respeto de los derechos y libertades definidos en el presente Convenio y sus protocolos, y que, al hacerlo, gozan de un

⁸ Protocolo 7 en vigor desde 1988.

⁹ Para un análisis mayor de la evolución del Convenio Europeo de Derechos Humanos, véase: López Guerra, L. (2018). La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos. Teoría y Realidad Constitucional

¹⁰ Protocolo 12, en vigor desde 2005.

¹¹ Protocolo 13, en vigor desde 2003.

¹² El protocolo 14, en vigor desde 2010.

¹³ El protocolo 15, en vigor desde 2021.

margen de apreciación, bajo el control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que instituye el presente Convenio [...]»¹⁴.

El principio de subsidiariedad, hace referencia a que todas las personas que pretendan solicitar la intervención de la jurisdicción regional de derechos humanos deben en primer término haber agotado todas las instancias nacionales de protección y que solo en los casos en que la protección nacional sea deficiente o inexistente frente a la violación de derechos humanos, las personas podrán acceder a las instancias regionales¹⁵.

Por otro lado, la incorporación del margen nacional de apreciación dentro del Convenio europeo representa una nueva forma de entender la tarea que tienen los tribunales nacionales en relación con la aplicación e interpretación del CEDH, así como los límites de influencia que puede tener el TEDH¹⁶. Para García Roca el margen de apreciación nacional implica que «los Estados parte tienen un cierto margen de discrecionalidad en la aplicación y el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el Convenio y en la ponderación de intereses complejos» (García, 2010: 113)

La suma de los diferentes protocolos y el cambio estructural que ha tenido el sistema europeo de protección de derechos humanos le ha permitido ser un sistema cambiante y que ha sabido adaptarse a las distintas épocas que ha atravesado a lo largo de su historia.

Lo anterior ha permitido que a partir del debate que había iniciado en Brighton y la consolidación de nuevos principios rectores de colaboración entre los tribunales nacionales y el TEDH, se diera inicio al debate y puesta en marcha del protocolo adicional número 16 al CEDH.

2. El Protocolo Adicional Número 16 (el protocolo del diálogo)

La promulgación del Protocolo Adicional Número 16 no respondió únicamente a los movimientos internos provocados por el Protocolo 11 del Convenio. La consolidación a favor de las personas del acceso directo que estas disponen para llegar a la jurisdicción del Tribunal provocó que este fuera víctima de su propio éxito y se viera en la necesidad de seguir evolucionando para poder dar respuesta al creciente número de denuncias presentadas¹⁷.

¹⁴ Final del preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.

¹⁵ Como señala Pastor Ridruejo (2004) «el principio de subsidiariedad significa que, pese a la existencia de normas y mecanismos internacionales al respecto, el Estado es el protector principal de los derechos humanos y libertades fundamentales, lo que quiere decir que a él compete la responsabilidad primordial de respetarlos, hacerlos respetar y asegurar la reparación de las violaciones» (p. 37)

¹⁶ Como bien lo señala Fernández Parra (2019:80) el margen nacional de apreciación debe ser entendido como ese espacio con que cuentan los Estados para hacer valer su propia cultura jurídica, lo cierto es que el Tribunal europeo ha utilizado este margen de otra forma; sin embargo «el TEDH se ha inhibido de establecer si ciertas limitaciones de los derechos establecidas por algunos Estados Partes vulneran el contenido mínimo o esencial de esas garantías. Este hecho desnaturaliza una de las funciones principales del TEDH: la interpretación uniforme del alcance de los derechos establecidos en el CEDH». El autor establece una visión crítica de la figura del margen nacional de apreciación.

¹⁷ Desde el ámbito numeral el Tribunal ha pasado de recibir de 5,270 en 1990 a recibir 45,500 casos para el año 2022.

El Protocolo número 16 fue la respuesta final a los trabajos iniciados en 2012 en la reunión de Brighton¹⁸, tenía como finalidad analizar la grave situación por la que estaba atravesando el TEDH en relación al excesivo número de asuntos que iban en aumento año con año desde la creación del «nuevo Tribunal» y que ocasionó un sinnúmero de procedimientos pendientes de resolución.

La declaración de Brighton tuvo a bien establecer dos grandes medidas que tenían como finalidad aliviar el exceso de trabajo del TEDH (Miranda, 2020); en primer lugar, la consolidación del margen nacional de apreciación y el principio de subsidiariedad, como ejes rectores de la protección de los derechos humanos al recordarles a los Estados nacionales la obligación que tienen de aplicar y respetar el CEDH y las resoluciones emitidas por el TEDH¹⁹.

En segundo término, invitó al Comité de Ministros del Consejo de Europa a iniciar los trabajos para lograr que el Tribunal Europeo pudiera disponer de un nuevo procedimiento de protección de los derechos humanos que vinculara de forma más directa a los Estados con la aplicación del CEDH, señalando que dicho procedimiento podría ser el de retomar las opiniones consultivas como parte de las funciones principales del TEDH.

[...] *The interaction between the Court and national authorities could be strengthened by the introduction into the Convention of a further power of the Court, which States Parties could optionally accept, to deliver advisory opinions upon request on the interpretation of the Convention in the context of a specific case at domestic level, without prejudice to the non-binding character of the opinions for the other States Parties [...]* (ECHR, 2012)

La facultad de emitir opiniones consultivas por parte del TEDH no fue creada por la declaración de Brighton o por el propio Protocolo 16 del CEDH. El protocolo adicional 2 ya la establecía; sin embargo, la competencia para solicitar opiniones consultivas era exclusiva del Comité de Ministros²⁰, lo que impedía que realmente esta figura fuera una herramienta efectiva de protección de los derechos humanos y sobre todo que implicará que se aplicaran los principios de subsidiariedad y el margen nacional de apreciación.

Ruiz Ruiz (2018) señala que en conjunto con la «grave crisis de éxito» que tiene el TEDH, otra de las razones para la creación del Protocolo Adicional 16 era permitir que las opiniones consultivas realmente tuvieran un impacto en la formulación de una doctrina uniforme en la interpretación y aplicación del CEDH por parte de los Estados miembros del Consejo.

Si bien el Protocolo 15 fue el que estableció como ejes rectores los principios de subsidiariedad y el margen nacional de apreciación al sistema, el Protocolo Adicional Número 16, fue el instrumento mediante el cual estos principios

¹⁸ A esta conferencia le anteceden la Declaración de Interlaken de 2010 y la de Izmir de 2011.

¹⁹ Punto 11 de la Declaración de Brighton: «*The jurisprudence of the Court makes clear that the States Parties enjoy a margin of appreciation in how they apply and implement the Convention, depending on the circumstances of the case and the rights and freedoms engaged. This reflects that the Convention system is subsidiary to the safeguarding of human rights at national level and that national authorities are in principle better placed than an international court to evaluate local needs and conditions...*».

²⁰ Estas facultades aún se encuentran descritas en el artículo 47 del CEDH: «1. El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos. 2. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio...». Los artículos 48 y 49 también establecen reglamentaciones sobre este tipo de opiniones.

comenzaban a cobrar vida mediante la nueva forma de emitir opiniones consultivas por parte del Tribunal²¹.

López Guerra expone que el TEDH no solo busca crear estándares generales de protección de derechos humanos a través de la jurisprudencia emitida mediante la vía contenciosa, sino que los Estados miembros «al introducir reformas al mismo (CEDH) vienen a subrayar progresivamente este aspecto» (López Guerra, 2018, p.127), como lo demuestra la puesta en marcha del Protocolo número 16 al Convenio Europeo.

El Protocolo Adicional 16 fue aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 2 de octubre de 2013, y sometido a ratificación por los países que han suscrito la Convención Europea²². Así, para entender los alcances e implicaciones que tiene este texto reformativo, debemos partir de las palabras de Argelia Queralt cuando dice que el Protocolo 16 es:

Un texto facultativo en el que se prevé que los altos tribunales de los Estados parte del CEDH puedan solicitar una opinión consultiva al Tribunal Europeo de Derechos Humanos Estrasburgo (TEDH) sobre cuestiones de principio relacionadas con la interpretación o la aplicación de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio o en sus Protocolos (Queralt, 2021).

Así, el Protocolo 16 se eleva como una nueva facultad jurisdiccional que permite a los tribunales nacionales realizar consultas directas al Tribunal europeo sobre la interpretación del CEDH, lo que no solo implica una nueva forma de interacción entre los tribunales, sino que, a través de este procedimiento busca involucrar de forma directa al Estado en la protección directa del catálogo de derechos regionales y con ello garantizar que el TEDH actúe como un tribunal subsidiario de los tribunales nacionales²³.

3. El funcionamiento del nuevo procedimiento consultivo

En el entendido que uno de los grandes desafíos de la protección regional de los derechos humanos es lograr una cooperación efectiva de los Estados y sus órganos con las instituciones regionales, la formulación que se estableció para lograr una mayor aceptación por parte de los Estados europeos fue dejar un espacio de discrecionalidad a las altas partes contratantes del CEDH, para que a través de su autonomía estas determinen los órganos jurisdiccionales a los cuales se les concederá la facultad de solicitar una opinión consultiva al TEDH, es decir, los Estados al momento de ratificar este instrumento deben señalar cual o cuales tribunales tendrán esta facultad de solicitar opiniones consultivas²⁴.

²¹ Con esta facultad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se puso a la par de sus contrapartes regionales como lo son la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; sin embargo, los procedimientos consultivos de estos tribunales se relacionan más con los Estados como entes nacionales y no de forma específica con los órganos jurisdiccionales de cada país.

²² El Protocolo entró en vigor el 11 de agosto de 2018 cuando fue ratificado por Ucrania, Armenia, Finlandia, Albania, Georgia, Francia, San Marino, Eslovenia, Lituania y Estonia.

²³ Esta situación se encuentra establecida de forma expresa en el tercer párrafo del preámbulo del Protocolo número 16 al CEDH: «Considerando que la ampliación de la competencia del Tribunal para emitir opiniones consultivas reforzará la interacción entre el Tribunal y las autoridades nacionales y consolidará así la implementación del Convenio, de conformidad con el principio de subsidiariedad».

²⁴ Artículo 10 del Protocolo número 16 al CEDH: «Cada Alta Parte Contratante del Convenio indicará, en el momento de la firma o en el momento del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación o aprobación, mediante una declaración dirigida al Secretario General del Consejo de Europa, los órganos

En relación con este punto, el Protocolo pretende que los Estados a través de su soberanía nacional decidan de forma transparente cual o cuales órganos jurisdiccionales tendrán la posibilidad de acudir al TEDH a realizar la consulta. Sevilla Duro (2020) expone que el término «mayor rango» no debe interpretarse como un sinónimo de «más alto», es decir, el Estado tiene la libertad de señalar a sus Supremos Tribunales, Tribunales Constitucionales o incluso tribunales de rango inferior ante los cuales concluyan ciertos procedimientos, lo que permitiría que exista una interacción directa entre el TEDH y los diferentes niveles jurisdiccionales nacionales²⁵.

Una vez que el Estado ha ratificado el Protocolo número 16 y ha establecido cuales son los tribunales que tendrán la capacidad de solicitar opiniones consultivas, serán estos los de qué forma directa puedan iniciar el procedimiento de consulta²⁶. Ahora bien, por cuanto a lograr que los órganos jurisdiccionales nacionales se involucren de forma directa en la protección del CEDH, el tribunal nacional que solicite la opinión consultiva solo lo podrá hacer sobre asuntos que se encuentren activos en su jurisdicción, es decir, sobre asuntos que aún se encuentren sin una sentencia²⁷, así mismo, el tribunal solicitante deberá siempre motivar la solicitud de opinión consultiva y proporcionar todos los elementos necesarios al TEDH para que esté en posibilidades de realizar un análisis de la solicitud²⁸.

De acuerdo con el reporte explicativo del Protocolo número 16, los elementos que deben cumplir los tribunales en el momento en que soliciten al TEDH el inicio del procedimiento de opinión consultiva son:

The subject matter of the domestic case and relevant findings of fact made during the domestic proceedings, or at least a summary of the relevant factual issues; The relevant domestic legal provisions; The relevant Convention issues, in particular the rights or freedoms at stake; If relevant, a summary of the arguments of the parties to the domestic proceedings on the question; If possible and appropriate, a statement of its own views on the question, including any analysis it may itself have made of the question.

Una vez que el «Alto tribunal nacional» envía la solicitud al TEDH, esta es remitida a un colegio formado por 5 jueces de la Gran Sala, quienes serán los encargados de analizarla para determinar sobre la admisibilidad de esta²⁹. Todas las

jurisdiccionales que designa a los efectos del artículo 1, párrafo 1, del presente Protocolo. Esta declaración podrá, en cualquier momento, y de igual modo, ser modificada».

²⁵ Dentro de los países que han ratificado el protocolo, podemos dividir estos en tres grupos, por un lado aquellos que solo han reconocido esta facultad a un único tribunal como son San Marino, Ucrania y Estonia que designaron a sus Supremos Tribunales como los entes con capacidad para solicitar opiniones consultivas al TEDH, por otro lado, los países con doble capacidad como Armenia, Georgia, Eslovaquia y Andorra que han brindado esta facultad a sus Tribunales Constitucionales y sus Supremos Tribunales y por último, los estados con triple jurisdicción consultiva como Grecia, Francia y Lituania que no solo han incluido las jurisdicciones anteriores, sino también a sus órganos jurisdiccionales de mayor rango en materia administrativa.

²⁶ Primer párrafo del artículo 1, del Protocolo número 16 al CEDH: «1. Los órganos jurisdiccionales de mayor rango de una Alta Parte Contratante, de acuerdo con lo especificado en el artículo 10, podrán solicitar al Tribunal que emita opiniones consultivas sobre cuestiones de principio relativas a la interpretación o a la aplicación de los derechos y libertades definidos en el Convenio o sus protocolos».

²⁷ Segundo párrafo del artículo 1, del Protocolo Adicional 16 del CEDH: «2. El órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud únicamente podrá pedir una opinión consultiva en el marco de un asunto del que esté conociendo».

²⁸ Tercer Párrafo del artículo 1, del Protocolo Adicional 16 del CEDH: «3. El órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud deberá motivar su petición y proporcionar los elementos jurídicos y fácticos pertinentes del asunto del que esté conociendo».

²⁹ Primer párrafo del artículo 2 del Protocolo número 16 al CEDH: «1. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala se pronunciará sobre la aceptación de la solicitud de opinión consultiva, a tenor de lo estipulado en el artículo 1. El colegio motivará toda negativa a aceptar la solicitud».

opiniones emitidas por el TEDH serán realizadas por la Gran Sala cuando estas cumplan con los requisitos de admisibilidad³⁰.

Cuando la opinión consultiva es admitida en base al artículo 2 del citado Protocolo, esta es enviada a la Gran Sala para que a través de una resolución motivada este órgano emita la opinión consultiva correspondiente, que podrá ser emitida por unanimidad o por mayoría de votos, ya que el procedimiento permite que los jueces puedan emitir opiniones individuales respecto de la solicitud³¹. Este procedimiento deberá ser público, así como notificado al órgano jurisdiccional que la solicitó y también al Estado al que este pertenezca³².

Otra de las principales características de este procedimiento es que las resoluciones emitidas no son vinculantes para los Estados, es decir, el tribunal solicitante no tiene la obligación legal de aceptar la interpretación propuesta por el TEDH³³. Esto responde a que este busca crear bases interpretativas comunes entre los Estados miembros para que los tribunales nacionales puedan recurrir a estos «mínimos» interpretativos y con base al margen nacional de apreciación aplicar una protección nacional que contenga dentro de sí, los estándares regionales.

Esta situación tiene explicación cuando se analiza el reporte explicativo del Protocolo número 16 cuando señala en el párrafo 25 que:

Article 5 states that advisory opinions shall not be binding. They take place in the context of the judicial dialogue between the Court and domestic courts and tribunals. Accordingly, the requesting court decides on the effects of the advisory opinion in the domestic proceedings.

Para garantizar que esta característica no vinculante no deje en estado de indefensión a las personas cuando el tribunal nacional solicitante no acepte la interpretación del TEDH, el reporte explicativo señala que las personas tienen total libertad de acudir al Tribunal Europeo mediante el procedimiento contencioso.

26. The fact that the Court has delivered an advisory opinion on a question arising in the context of a case pending before a court or tribunal of a High Contracting Party would not prevent a party to that case subsequently exercising their right of individual application under Article 34 of the Convention...

La protección de los derechos humanos implica que los Estados y las instituciones colaboren de forma activa en la creación de nuevos estándares nacionales y regionales de protección (Haberle, 2002). El Estado sigue siendo el ente más cercano e ideal para brindar una mejor protección a las personas, pero para lograr esto no debe existir resistencias, sino cooperación³⁴, como lo trata de lograr

³⁰ Segundo párrafo del artículo 2 del Protocolo número 16 al CEDH: «2. Si el colegio acepta la solicitud, la Gran Sala emitirá la opinión consultiva».

³¹ Primer y segundo párrafo del artículo 4 del protocolo número 16 al CEDH: «1. Las opiniones consultivas serán motivadas, 2. Si la opinión consultiva no representa, en todo o en parte, el parecer unánime de los jueces, cualquier juez tendrá derecho a unir a ella su opinión separada».

³² Tercer y cuarto párrafo del artículo 4 del protocolo número 16 al CEDH: «3. Las opiniones consultivas serán comunicadas al órgano jurisdiccional que lleve a cabo la solicitud y a la Alta Parte Contratante de la que dependa dicho órgano y 4. Las opiniones consultivas serán publicadas».

³³ Artículo 5 del protocolo número 16 al CEDH: «Las opiniones consultivas no serán vinculantes».

³⁴ Häberle (2002) acuñe el término «Estado constitucional cooperativo» para expresar la tarea que debe realizar el Estado en conjunto con las instancias regionales o internacionales de protección de derechos humanos para lograr una verdadera protección de los derechos humanos y por tanto de la dignidad humana.

este Protocolo al permitir que los Estados partes puedan mediante el margen nacional de apreciación expresar su libertad en las formas de proteger los derechos humanos.

4. La triple jurisdicción europea. La opinión consultiva del TEDH y la cuestión prejudicial del TJUE

No se puede y no se debe dejar de observar que dentro del marco de protección de derechos de algunos países europeos existe una triple jurisdicción. Una jurisdicción nacional y dos jurisdicciones regionales, la primera de ellas la establecida por el Consejo de Europa a través del CEDH y el TEDH y la segunda por la Unión Europea que protege los tratados de la Unión a través del Tribunal de Justicia.

En este sentido, analizar el procedimiento de la opinión consultiva del TEDH implica también realizar un estudio comparativo con la cuestión prejudicial que tiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)³⁵; ya que la figura del Protocolo 16 está fuertemente inspirada en esta cuestión³⁶, el TJUE en la nota informativa 2005/C143/01 establece la finalidad que tiene este mecanismo y como esta es compartida también por el procedimiento consultivo:

El sistema de remisión prejudicial es un mecanismo fundamental del derecho de la Unión Europea, que tiene por objeto proporcionar a los órganos jurisdiccionales nacionales los medios para que la interpretación y la aplicación de este derecho sean uniformes en todos los Estados miembro.

Si bien la finalidad planteada por la cuestión prejudicial de la Unión Europea busca crear estándares generales que sean comunes a los Estados miembros y esto es compartido con la opinión consultiva del TEDH (Gascón Marcen, 2018), el camino por medio del cual los sistemas buscan lograr esto, es diferente.

La cuestión prejudicial es un procedimiento obligatorio para todos los tribunales nacionales de los países miembros de la UE³⁷, lo que se contrapone con la libertad que tienen los Estados no solo de ratificar el Protocolo número 16, sino que no existe un lineamiento dentro del CEDH que establezca alguna situación de obligatoriedad para que los Altos Tribunales tengan que realizar la consulta de forma forzosa³⁸.

Esta diferencia se enmarca en que, si bien ambos tribunales (TEDH y TJUE) tienen como finalidad crear estándares generales de aplicación del CEDH y del Derecho de la Unión, el TJUE lo hace mediante el principio de primacía del derecho de la Unión, el cual obliga a los jueces nacionales a primar el derecho comunitario sobre los lineamientos nacionales cuando estos se contrapongan, como lo señaló el

³⁵ La cuestión prejudicial se encuentra reglamentada en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y en el artículo 19 del Tratado de la Unión Europea.

³⁶ Véase García-Valdecasas Dorrego (2016).

³⁷ La cuestión prejudicial se encuentra reglada en el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que señala: «Artículo 267.El Tribunal de Justicia de la UE será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión...»

³⁸ La obligatoriedad de la cuestión prejudicial no es radical al 100% esta se basa en los lineamientos establecidos por el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea el cual señala que los tribunales ante los cuales no exista un recurso ulterior y el asunto verse sobre cuestiones de los tratados de la Unión y existiera duda razonable, estos están obligados a realizar la consulta, por otro lado, los tribunales ante los cuales existe un medio de impugnación nacional no tienen la obligación total de solicitar la cuestión prejudicial a menos que su resolución vaya en contra de alguna jurisprudencia ya planteada por el TJUE o los tratados de la unión (Cienfuegos, 2013).

propio TJUE en la sentencia del caso *amministrazione delle Finanze dello Stato* contra *SpA Simmenthal*:

[...] en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario... toda disposición de la legislación nacional existente que sea contraria a los mismos [Tratados de la unión], sino también, impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias [...] (TJUE de 9 de marzo de 1978).

Lo anterior supone que no existe una verdadera interacción entre los tribunales nacionales y el TJUE³⁹, sino que este se vuelve un tribunal de última palabra, ya que busca garantizar el principio de primacía del derecho de la Unión⁴⁰. Por el contrario, la cuestión consultiva del TEDH, en palabras de Ruiz Ruiz permite una interacción bilateral.

La cuestión consultiva actuará en ambas fases, ascendente y descendente, ya que este método dialógico permite conocer al TEDH la interpretación del órgano jurisdiccional nacional, quien, a su vez, recibida la solución a la cuestión, puede aplicarla al caso que debe juzgar (Ruiz, 2019, pp. 455-455).

Si bien la opinión consultiva establecida por el Protocolo no. 16 al CEDH toma inspiración de la cuestión prejudicial de la Unión y su finalidad es mutua por cuanto a los tratados que buscan proteger, lo cierto es que esta doble jurisdicción regional supone un reto para los estados europeos que se encuentren dentro de la Unión Europea y el Consejo de Europa, ya que estos tendrán que decidir justamente cual es el tribunal competente para decidir sobre ciertas materias y sobre todo que sucedería en caso de que los lineamientos establecidos por alguno de los tribunales regionales se contrapusiera con los principios de la otra jurisdicción.

El propio TJUE en el dictamen 2/2013 señaló la imposibilidad que existe por parte de la Unión de adherirse al CEDH a razón de que la facultad de emitir opiniones consultivas por parte del TEDH implicaría un riesgo para la cuestión prejudicial y sobre todo para la homogeneidad del derecho de la Unión.

198. No puede excluirse, en particular que una solicitud de opinión consultiva formulada en virtud del Protocolo no 16 por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que se haya adherido a dicho Protocolo pueda desencadenar el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia, creando así un riesgo de que se soslaye el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE, que, como se ha recordado en el apartado 176 del presente dictamen, constituye la piedra angular del sistema jurisdiccional instaurado por los Tratados. 199. Ahora bien, al no establecer nada en cuanto a la articulación entre el mecanismo creado por el Protocolo no 16 y el procedimiento de remisión prejudicial del artículo 267 TFUE, el acuerdo previsto puede afectar a la autonomía y la eficacia de este último procedimiento (TJUE de 18 diciembre de 2014).

Esta reticencia por parte de la Unión Europea y de su Tribunal, demuestran las dificultades a las que se enfrentan la jurisdicción del TEDH al no existir una

³⁹ Cienfuegos en contraposición a esta opinión expone que la cuestión prejudicial «constituye, pues un instrumento de colaboración judicial para garantizar la correcta interpretación y aplicación del ordenamiento comunitario en los países miembros» (Cienfuegos, 2013, p. 7).

⁴⁰ Al respecto véase Corona Macías (2023) donde he argumentado que una de las principales diferencias entre el sistema de opiniones de la Unión Europea y el Consejo de Europa es la obligatoriedad con que los tribunales nacionales deben atender la resolución emitida por el TJUE, ya que este es el único facultado para crear los estándares de aplicación del derecho de la Unión, lo que implica que los tribunales nacionales solo se vuelven aplicadores directos de los estándares regionales y no creadores de nuevos estándares de protección.

intención clara de la Unión de establecer una verdadera colaboración entre jurisdicciones.

La jurisdicción del TJUE y del TEDH no debería establecerse como una competencia por saber quién tiene la última palabra en crear estándares, sino que como lo establece García R, la propia naturaleza opcional de la opinión consultiva garantizaría una paz moderada entre las jurisdicciones, ya que los lineamientos de la Unión Europea solo pudieran ser analizados por parte del TEDH cuando la UE fuera parte del litigio materia de la consulta, no así de actos o interpretaciones generales que no pongan en riesgo la primacía del derecho de la Unión (García Roca, 2015).

La opinión consultiva del TEDH no pretende imponerse como la única vía para determinar jurisprudencia regional, sino que busca que la protección de los derechos humanos nacidos en los tratados internacionales se materialice a través de la colaboración entre jurisdicciones, por lo que no debería existir limitante alguna para que la UE pudiera adherirse al CEDH (Tomás Mallén, 2022)⁴¹. A través del diálogo entre estos tribunales regionales se podría proteger de forma más efectiva los derechos fundamentales de las personas desde el ámbito nacional, cumpliendo así el principio de subsidiariedad y dejando como mera excepción el recurrir a los sistemas regionales (Romboli, 2020).

5. La finalidad del Protocolo Adicional 16

Desde el punto de vista tratado a lo largo de este trabajo, se podrían establecer tres grandes metas que se pretenden alcanzar en el marco de la figura de la opinión consultiva: a) fomentar la acción de los Estados en la protección de los derechos humanos del CEDH, b) articular y armonizar los estándares de protección de derechos humanos y c) establecer una vía verdadera para el diálogo entre tribunales y garantizar una protección multinivel de los derechos humanos.

En relación con la finalidad de fomentar la acción de los Estados, la consolidación del principio de subsidiariedad en el Protocolo no. 15 y en el propio Protocolo no. 16 responden a lo que se ha señalado es el grave «éxito» que ha tenido el TEDH en la protección de los derechos humanos y la tarea fundamental que deben desempeñar los tribunales nacionales.

La inserción de una nueva cuestión prejudicial no traerá por ello consigo una disminución en la autonomía del juez nacional, sino que debe ser vista como una garantía más de la triple tutela de derechos que se superponen y que tiene como regla esencial la del mejor estándar de protección a partir de una disputa discursiva construida sobre la mejor solución (Ruiz, 2018, p. 480).

En este sentido, Cancio Fernández (2022) señala que una de las principales metas del Protocolo 16 es hacer que los tribunales nacionales se comprometan a «observar la doctrina emitida por el TEDH», utilizando como base «el principio fundamental de subsidiariedad» y permitiendo con ello que a través de las jurisdicciones estatales se garanticen los estándares creados a nivel regional, de «manera que el TEDH pudiera focalizar su atención en casos graves y relevantes y evitar que bolsas de asuntos repetitivos inundaran su sede».

Como señala Del Toro (2007), los jueces nacionales son los que deben «hacer efectivos» los lineamientos internacionales a favor de todas las personas, porque

⁴¹ Véase, Tomás Mallén (2022), donde la autora analiza el Protocolo 16 al CEDH como un instrumento de apertura al diálogo entre tribunales el cual, a través de la cooperación entre las jurisdicciones puede garantizar una verdadera protección multinivel de los derechos humanos.

estos son compromisos adquiridos por el Estado que «como entidad soberana y como parte de la comunidad internacional, ha adquirido frente a otros Estados, frente a la comunidad internacional y frente a los propios individuos sujetos a su jurisdicción».

El mecanismo de opinión consultiva establecido por el Protocolo adicional número 16 al CEDH, tiene la idea de movilizar a los jueces nacionales y que estos se conviertan en verdaderos defensores del derecho internacional de los derechos humanos (Del Toro, 2007). No se trata de un mecanismo que pretenda debilitar la acción de las jurisdicciones nacionales, sino todo lo contrario, los tribunales nacionales tendrán ahora la posibilidad de dialogar con el TEDH y así a través del margen nacional de apreciación podrán lograr que las personas cuenten con una justicia nacional que tenga en su seno los parámetros internacionales de protección de derechos humanos y con ello garantizar que se cumpla el principio de subsidiariedad del sistema de europeo de derechos humanos.

Ahora bien, en lo que respecta a la armonización de estándares comunes a la protección de los derechos humanos, no debemos dejar de observar que esta búsqueda no implica acotar el margen nacional de apreciación que tienen los estados, sino que a través de la colaboración activa del TEDH y los altos tribunales nacionales se puedan lograr acuerdos que garanticen de forma más efectiva los derechos contenidos en el CEDH.

La creación de estándares comunes en materia de derechos humanos implica que estos surjan de la cooperación entre las jurisdicciones nacionales y la jurisdicción europea. El margen nacional de apreciación debe utilizarse como una herramienta interpretativa que permita a los tribunales nacionales incorporar los mejores estándares regionales o incluso de otros países en la garantía de los derechos fundamentales y los derechos humanos.

En palabras de Queralt (2021) la obligación que tienen los altos tribunales de enviar al TEDH un informe justificado del porqué solicitan la opinión consultiva busca que el tribunal regional cuente con los elementos suficientes del contexto nacional que permitan que al momento en que se dicte la resolución correspondiente a la solicitud planteada, esta cuente con estándares armónicos de protección nacionales y regionales, lo que permitiría que la resolución emitida por el TEDH sea una que trate de brindar una protección internacional armónica con la protección nacional.

Para lograr la efectiva armonización entre los diferentes niveles jurisdiccionales de protección de derechos humanos debemos, desde la óptica de Barrilao (2018) crear «valores globalmente compartidos (en especial, en materia de derechos humanos), que vendría luego a desplegarse e interactuar en el seno de los diversos ordenamientos jurídicos» a través de la articulación de ordenamientos jurídicos que permitan la interacción entre los operadores jurídicos⁴².

Ahora bien, la idea de diálogo, es un término utilizado dentro del derecho internacional de los derechos humanos que busca explicar todas las formas en que se relacionan las jurisdicciones nacionales con las jurisdicciones regionales en materia de derechos; sin embargo y como bien señala García Roca (2013) el término diálogo entre tribunales se ha utilizado como un «cajón de sastre» para colocar dentro

⁴² Al respecto Morchon (2007) señala que la realidad del mundo jurídico es una donde coexisten un sinnúmero de ordenamientos jurídicos que se contraponen unos a otros en un mismo espacio físico y solamente a través de la interacción entre estos, se puede aceptar la idea de un pluralismo jurídico que puede ser analizado a través de tres niveles de interacción entre los ordenamientos jurídicos: de coexistencia, de cooperación y de integración ordinamental.

todas estas formas de interacción y por tanto no ha logrado ser claro al tratar de definir que este concepto.

Díaz Crego (2016) señala que una primera aproximación, es comprender que este concepto se entiende como un mecanismo mediante el cual los tribunales utilizan jurisprudencia ajena y la incorporan dentro del razonamiento interno necesario para resolver los asuntos de su competencia; sin embargo, esta definición trae consigo una enorme subjetividad que permite llamar a toda interacción entre jurisdicciones como diálogo y no todas las formas en que se relacionan los tribunales pueden y deben cuadrarse al concepto de diálogo: «Una remisión a una sentencia de otro tribunal o una referencia a cierta doctrina elaborada en una sede jurisdiccional no-nacional, no son, por sí mismas, expresión de diálogo alguno» (Sainz, 2013, p. 134).

Así, la idea que debemos comprender sobre lo que es diálogo la encontramos en los aportes realizados por Díaz Crego (2016), por cuanto a que éste debe implicar un intercambio de ideas entre los tribunales que dialogan y que se establece en base a un conflicto jurisdiccional previo o vigente ante el cual los órganos jurisdiccionales deben buscar una solución consensuada. Torrez Pérez (2009) establece que para que pueda existir una conversación entre tribunales deben darse los siguientes requisitos.

(i) when there are competing viewpoints about the meaning of law, (ii) there is a common ground for mutual understanding, (iii) neither of the participants should have complete authority over the other (iv) they should see themselves as part of common enterprise in which members mutually recognize and respect each other and (v) all should have equal opportunity to participate and (vi) in dialogue over time (Torres, 2009, p. 118).

En este sentido y como lo he sostenido en Corona Macias (2023), el procedimiento consultivo creado por el Protocolo Adicional 16, cumple con todos los requisitos establecidos por Torres Pérez, por lo que, se puede asegurar que, a través de esta figura, los tribunales nacionales sí podrán establecer un verdadero diálogo con el TEDH⁴³.

Así y retomando a Torres Pérez (2009), el diálogo tiene como finalidad que a través del intercambio de ideas, argumentos y reflexiones se pueda llegar a una solución plural basada en la interpretación cooperativa de los estándares nacionales e internacionales en derechos humanos, solución que permitirá que las personas cuenten con una verdadera protección multinivel de los derechos humanos.

⁴³ En Corona Macias (2023, pp. 354-355) realice un análisis más específico de los requisitos teorizados por Torres Pérez y sostuve que: «Este procedimiento cumple con el requisito de existencia de lineamientos comunes entre las instituciones jurisdiccionales, al tener como marco común el propio CEDH; esta figura cumple también con el requisito de que el Tribunal nacional que solicita la opinión consultiva al TEDH no tiene un rango inferior desde el punto de vista jerárquico; a diferencia de la cita al derecho extranjero y el método de comparación, la opinión consultiva sí garantiza una participación igualitaria al momento de expresar los razonamientos jurídicos de cada uno de los tribunales. El Tribunal local tiene esta oportunidad al momento de elevar la consulta ya que debe exponer sus razonamientos; en el caso del TEDH su oportunidad se dará al momento de emitir su resolución. Así mismo, al ser la protección de los derechos humanos la finalidad de ambos tribunales, se mantiene sin ningún tipo de límite la autonomía de los tribunales, al punto que este proceso no suspende el procedimiento jurisdiccional local y al no ser vinculante la resolución, el Tribunal nacional podrá mediante el margen nacional de apreciación aceptar, negar o modificar lo interpretado por el Tribunal supranacional; y si bien este proceso únicamente versa sobre casos que se encuentran en conocimiento del Tribunal nacional, la posibilidad del diálogo se mantiene en el tiempo, ya que la posibilidad de solicitar otra opinión consultiva no está limitada de forma alguna».

Esta aseveración coincide con el discurso emitido por el expresidente del Tribunal Europeo Dan Spielmann el 7 de abril del 2014, quien bautizó a este protocolo como el «*Protocole du dialogue*»:

Este tiene como objetivo establecer un nuevo diálogo entre las más altas jurisdicciones nacionales y nuestra Corte. De hecho, es por eso por lo que me complace llamarlo el "Protocolo del diálogo". Este tratado, que entrará en vigor después de diez ratificaciones, permitirá a las más altas jurisdicciones, si así lo desean, dirigir solicitudes de dictámenes consultivos al Tribunal sobre cuestiones de principio relacionadas con la interpretación o aplicación de los derechos y libertades definidos por la Convención. Estas solicitudes se presentarán en el contexto de casos pendientes ante la jurisdicción nacional. El dictamen consultivo emitido por nuestra Corte será fundamentado y no vinculante. Como un elemento adicional del diálogo judicial entre la Corte y las jurisdicciones internas, tendrá el efecto de iluminar a los tribunales nacionales sin comprometerlos. Estoy convencido de que, cuando opten por fallar conforme a este dictamen, su autoridad se verá reforzada en beneficio de todos. Los casos podrán así resolverse a nivel nacional en lugar de ser llevados ante nuestra Corte, aunque esta posibilidad seguirá abierta para las partes después de la decisión interna definitiva⁴⁴ (Spielmann, 2014).

En el entendido de lo que he sostenido en Corona Macias (2023) de que la justicia multinivel en derechos humanos no solo implica que existan mecanismos jerarquizados de los diferentes niveles de protección jurisdiccional en materia de derechos humanos, sino de que sin importar el nivel de protección (local, nacional, regional o internacional) los tribunales utilicen en su razonamiento interno los mejores estándares de protección de derechos humanos y derechos fundamentales que existen.

El procedimiento consultivo del TEDH permitirá ser un ejemplo de cooperación y diálogo entre tribunales que implique que, sin importar el nivel de jurisdicción, los tribunales nacionales podrán recurrir de forma directa a la interpretación regional en derechos humanos y así poder garantizar que los fallos emitidos por los Altos Tribunales nacionales respeten el contenido de protección de los derechos contenidos en el CEDH (Corona Macias, 2023).

En general, la gran finalidad del Protocolo Adicional 16 y por tanto de la figura de opinión consultiva del TEDH, es que a través del diálogo entre tribunales se siga mejorando la protección regional de los derechos humanos y que, dentro del espacio europeo sin importar el país, las personas cuenten con instituciones jurisdiccionales nacionales y regionales comprometidas con la protección y garantía de la dignidad humana.

6. Conclusiones

La figura de la opinión consultiva creada a partir del Protocolo Adicional número 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales responde a la gran cantidad de solicitudes que llegan al seno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que ratifica el éxito que ha tenido el sistema regional como un ente protector de la dignidad humana; sin embargo, este mismo éxito ha puesto en evidencia la limitada participación de los Estados en convertirse ellos en garantes del CEDH dentro de sus jurisdicciones.

⁴⁴ Traducción mediante Chat GPT de fecha 07 de febrero de 2024. Documento original disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20140407_Spielmann_FRA

La jurisdicción regional en derechos humanos no es y no debe ser entendida como un mecanismo ordinario de protección, sino uno complementario y excepcional a la falta de protección a nivel nacional, así, el procedimiento de opinión consultiva se establece como un mecanismo garante del principio de subsidiariedad que tiene como finalidad despertar a los órganos jurisdiccionales nacionales y convertirlos en verdaderos defensores del derecho internacional de los derechos humanos.

La opinión consultiva busca que a través de la articulación y armonización de la interpretación jurídica que se haga del CEDH, las personas puedan contar con una verdadera y efectiva protección multinivel en derechos humanos; sin embargo, la reticencia de diversos países europeos a ratificar el Protocolo 16 demuestra que el reto más grande este procedimiento es la cooperación de los Estados a favor de lograr un espacio de protección multinivel de los derechos humanos⁴⁵.

El Protocolo número 16 al CEDH, es una herramienta funcional y efectiva que permite no solo crear las bases teóricas para establecer una mejor definición del término de diálogo entre tribunales, sino que se eleva como un procedimiento jurisdiccional más pacífico y tal vez a la larga más efectivo para lograr que las personas cuenten con una verdadera justicia multinivel en derechos humanos y que sin importar el país en el que habitan la protección nacional y regional siempre garantizada unos estándares armónicos y similares en calidad a los de otro país de la región⁴⁶.

Bibliografía

- Alonso García, R. (2015). Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014. *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) de la Universidad Complutense*, 26, 2-29.
- Cancio Fernández, R. C. (18 de enero, 2022). España y su enigmática desafección con el Protocolo n.º 16 CEDH. *Observatorio PSyD*. <https://www.almendron.com/tribuna/espana-y-su-enigmatica-desafeccion-con-el-protocolo-no-16-cedh/>.
- Carrillo Salcedo, J. A. (2018). El convenio europeo de derechos humanos. En F. Gómez Isa y J. M. Pureza (eds.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (395-440). Universidad de Deusto.
- Cienfuegos Mateo, M. (2013). Cuestiones prejudiciales en la Unión Europea y consultas prejudiciales en la Comunidad Andina: similitudes, diferencias e influencias. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 25, 1-43.
- Corona Macias, L. A. (2023). *Diálogo entre Tribunales. Base de la Justicia Multinivel el Derechos Humanos*. Porrúa.
- Del Toro Huerta, M. I. (2007). El principio de subsidiariedad en el derecho internacional de los derechos humanos con especial referencia al sistema interamericano. En M. Becerra Ramírez (coord.), *La Corte Interamericana de*

⁴⁵ Actualmente, España aún no ha ratificado el Protocolo Adicional 16 al CEDH y ha demostrado sus intenciones de no hacerlo a corto plazo. Véase la Respuesta escrita del Gobierno de España a la pregunta del Senador Comorera Estarellas Joan el 29 de octubre de 2018 y bajo registro 684/47593, disponible en: <https://www.senado.es/web/actividadparlamentaria/iniciativas/detalleiniciativa/index.html?jsessionid=NK5khLKGtGvt81JJ3BdVjKchG0qRrl7LhlyDJ6zWjzbz95HTy2N00!1339394242?id1=684&id2=047593&legis=12>.

⁴⁶ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha emitido un total de 7 opiniones consultivas solicitadas por los tribunales de Bélgica, Armenia, Finlandia, Francia y Lituania.

- Derechos Humanos a Veinticinco años de su funcionamiento* (23-61). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Universidad Nacional Autónoma de México.
- ECHR (2012). *Brighton Declaration* (En línea). Consulta: 16 de enero de 2024. https://www.echr.coe.int/d/2012_brighton_finaldeclaration_eng.
- Explanatory report to the Protocol No. 16 to the ECHR, 2013. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/protocol_16_explanatory_report_eng.
- Díaz Crego, M. (2015). Diálogo judicial. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 9, pp. 289-299. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2828>.
- Fernández Parra, S. A. (2019). El margen nacional de apreciación y el contenido de la libertad de pensamiento conciencia y religión en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 68-99. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4992>.
- Fernández Sánchez, P. A. (1987). *Las Obligaciones de los Estados en el Marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Ministerio de Justicia. Centro de Publicaciones.
- Frowein Jochen, A. (1984). European Integration through Fundamental Rights, *Michigan Journal of Law Reform*, 18, 5-27.
- García Roca, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Thomson Reuters.
- García Roca, J. (2013). El diálogo entre el Tribunal de Derechos Humanos, los tribunales Constitucionales y otros órganos jurisdiccionales en el espacio convencional europeo. E. Ferrer Mac Gregor y A. Herrera García (coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales* (219-242). Tirant lo Blanch.
- García-Valdecasas Dorrego, M. J. (2019). *Cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE*. Ediciones Lefebvre.
- Gascón Marcen, A. (2018). El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos: ¿un ataque al diálogo judicial? En G. F. Arribas, M. Hermosin Álvarez, y A. Lazara (coords.), *Diálogos judiciales en el sistema europeo de protección de derechos: Una mirada interdisciplinar* (103-118). Tirant lo Blanch.
- Häberle P. (2002). *Pluralismo y Constitución. Estudios de teoría constitucional de la sociedad abierta*, traducción de Emilio Mikunda. Tecnos.
- López Guerra, L. (2018). La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 111-130. <https://doi.org/10.5944/trc.42.2018>.
- Miranda Bonilla, A. (2020). Diálogo judicial institucional: el protocolo N.º 16 a la Convención Europea de Derechos Humanos y la posibilidad de plantear opiniones consultivas ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, 73, 63-84.
- Pastor Ridruejo, J. A. (2004). La subsidiariedad, principio estructural del Derecho internacional de los derechos humanos. En J. Cardona Llorens (dir.), *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional Vol. VIII*, (37-50). Tirant lo Blanch.
- Queralt Jiménez, A. (5 de abril, 2021). Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH» Introducción: un instrumento institucional de diálogo entre jurisdicciones europeas." *IberICONnect*. <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-introduccion-un-instrumento-institucional-de-dialogo-entre-jurisdicciones-europeas/>.
- Robles Morchón G. (2007). *Pluralismo jurídico y relaciones intersistémicas, ensayo de teoría comunicacional del derecho*. Thomson Reuters.
- Romboli, S. (2020). El rol del Protocolo n. 16 al CEDH en el diálogo entre Tribunales para una protección de los derechos más uniforme. Reflexiones al hilo de sus

- características y de la propuesta italiana de ratificación. En C. Montesinos Padilla (coord.), *Setenta años de Constitución Italiana y cuarenta años de Constitución Española. Volumen II. Derechos fundamentales* (41-62). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rougemont, D. (2013, 2 de diciembre). Message to Europeans (The Hague, 10 May 1948). CVEU.eu by uni.lu.
- Ruiz Ruiz, J. J. (2018). El refuerzo del diálogo entre tribunales y la tripe prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al protocolo No. ° 16 al convenio europeo de derechos humanos. *Teoría y Realidad Constitucional*, 42, 453-482. <https://doi.org/10.5944/trc.42.2018>.
- Saiz Arnaiz, A. (2013). Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos: las razones para el diálogo. En *Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (coord.), *Tribunal Constitucional y diálogo entre tribunales* (131-160). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sánchez Barrilao J. F. (2014). Constitución y relaciones entre ordenamientos en el contexto de la globalización. *Estudios Constitucionales*, 2, 55-108.
- Sevilla Duro, M. A. (2020). El Protocolo núm. 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: El diálogo entre tribunales para la configuración de un espacio europeo de derechos. *Anales de Derecho*. <https://doi.org/10.6018/analesderecho.452671>.
- Soca Torres I. (2016). *La cuestión prejudicial europea, planteamiento y competencia del Tribunal de Justicia*. Bosch Procesal.
- Spielmann, D. (7 de abril 2014). L'avenir à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme (Discurso). Conferencia de Oslo 2014. https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Speech_20140407_Spielmann_FRA.
- Tomás Mallén, B. (2022). La efectividad del Protocolo nº 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España. *Estudios de Deusto*, 70, 387-420. <https://doi.org/10.18543/ed7012022>.

Control parlamentario*

Parliamentary control

Yolanda Gómez Lugo
 Universidad Carlos III de Madrid
 ORCID ID 0000-0002-4614-5120
yolanda.gomez@uc3m.es

Cita recomendada:

Gómez Lugo, Y. (2024). Control parlamentario. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 278-296

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9011>

Recibido / received: 07/06/2024
 Aceptado / accepted: 03/09/2024

Resumen

El presente trabajo pretende realizar una aproximación al concepto de control parlamentario como función de las Cortes Generales. A los efectos de clarificar el significado y la naturaleza de esta categoría, se expondrán brevemente las principales teorías explicativas del control parlamentario. Asimismo, se realizará una revisión crítica de las mismas a la luz de las transformaciones observadas en el actual contexto de un Parlamento fragmentado y polarizado, así como de la evolución de algunos de sus elementos definitorios.

Palabras clave

Control parlamentario, funciones parlamentarias, Parlamento, Gobierno

Abstract

The aim of this paper is to make an approach to the concept of parliamentary control as a function of Parliament. In order to clarify the meaning and nature of this category, the main explanatory theories of parliamentary control will be expose. A critical review of them will also be carried out in the light of the transformations observed in the current context of a fragmented and polarised Parliament, as well as the evolution of some of its defining elements.

Keywords

Political control, parliamentary functions, Parliament, Government

* Trabajo realizado en el marco del proyecto "ON TRUST-CM. Programa interuniversitario en cultura de la legalidad" ref. H2019/HUM-5699, 2020-2023, financiado por la Consejería de Ciencia, Universidades e Investigación de la Comunidad de Madrid y cofinanciado por el Fondo Social Europeo. Una primera versión del texto fue presentada como ponencia en el Seminario VII WORKSHOP EN CULTURA DE LA LEGALIDAD, 14 mayo 2019. UC3M

SUMARIO. 1. Introducción: el control como elemento consustancial al parlamentarismo. 2. Teorías del control parlamentario. 3. Características y elementos definitorios del control parlamentario. 3.1. El control parlamentario como función polivalente. 3.2. Algunas precisiones sobre el control en relación con la doble naturaleza del Parlamento. 3.3. Elementos definitorios del control parlamentario. 4. La protección jurisdiccional del control parlamentario. 5. Transformaciones del control parlamentario en el Parlamento fragmentado y polarizado.

1. Introducción: el control como elemento consustancial al parlamentarismo

El objeto del presente trabajo es examinar el concepto de control parlamentario, y ello, partiendo de lo previsto en el artículo 66.2 de la Constitución. Según dicho precepto, el control aparece configurado constitucionalmente como una de las funciones clásicas del Parlamento junto a la legislativa y presupuestaria, una función conforme a la cual corresponde a las Cortes Generales «controlar la acción del Gobierno». Por ello, el acercamiento a esta figura se hará desde el plano de las funciones parlamentarias y a la luz de la normativa constitucional y parlamentaria.

Por otra parte, se pretende realizar una revisión crítica de las principales corrientes teóricas que han abordado el concepto de control parlamentario y sus elementos característicos. A partir de estas bases, se tratará de reflexionar sobre la realidad parlamentaria del control teniendo en cuenta las transformaciones que han tenido lugar en los últimos tiempos.

Sin duda, la función de control constituye un concepto clave para comprender no solo el funcionamiento de la institución parlamentaria, sino también del propio régimen parlamentario. A este respecto, el Tribunal constitucional se ha encargado de poner de manifiesto que se trata de una función «consustancial a la forma de gobierno parlamentario y se fundamenta en el carácter representativo de las Cortes Generales» (STC 124/2018, FJ 7 a). Por otra parte, la doctrina académica ha reconocido unánimemente que en la actualidad la función de control es, sin duda, la más relevante del Parlamento contemporáneo, una función que se manifiesta a través de cualquier decisión y actuación de las Cámaras que lo integran como se expone en este trabajo.

Por tanto, se trata de una de las funciones clásicas que, desde sus inicios, han venido ejerciendo tradicionalmente las Asambleas representativas y a través de la cual estas han fiscalizado la actuación del Ejecutivo. De este modo, el control parlamentario es concebido como una función consustancial al Parlamento y ha sido considerada como «el núcleo esencial de las relaciones entre el legislativo y el ejecutivo, y, al mismo tiempo, como una de las piezas básicas del edificio teórico y constitucional del parlamentarismo» (Montero Gibert y García Morillo, 1984, p. 18)¹.

En cuanto al fundamento de la función de control de las Cámaras, se observan diferentes posicionamientos doctrinales dependiendo de la concepción estricta o amplia que se sostenga de este instituto. Para las tesis más clásicas que equiparan el control parlamentario con la exigencia de responsabilidad política, el fundamento se encuentra en el vínculo fiduciario que vincula el Gobierno al Parlamento². Sin embargo, para los partidarios de una acepción amplia del control parlamentario el fundamento reside en el carácter representativo de las Cortes Generales, y de ahí que corresponda a la institución parlamentaria supervisar la dirección del Estado

¹ Consúltense igualmente Montero Gibert (1985).

² En este sentido se ha pronunciado García Morillo (1985).

encomendada al Ejecutivo. Debe precisarse que esta última acepción es la que ha sido acogida por la Jurisprudencia constitucional.

Sin embargo, no puede omitirse que esta noción de control parlamentario ha sido entendida de muy diversas formas por parte de la literatura jurídica, llegándose en ocasiones a confundir o equiparar con otras categorías que, aunque cercanas (como la responsabilidad política o la función de orientación política)³ no son exactamente coincidentes. Y pese a tratarse de institutos distintos, sin embargo, «están intrínsecamente unidos en el sistema parlamentario de gobierno» (Chueca Rodríguez).

En cualquier caso, se trata de una función que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 66.2 CE, queda residenciada en las Cortes Generales. Ahora bien, no puede olvidarse que el Parlamento es un «complejo orgánico» (Rubio Llorente, 1994, p. 217)⁴, esto es, es un órgano de naturaleza compleja que actúa a través de los órganos que lo integran (Congreso y Senado), que son igualmente órganos complejos que ejercen sus funciones parlamentarias de forma separada, lo cual va a condicionar los propios elementos definitorios de la categoría que nos ocupa.

Cabe adelantar que, aun tratándose de una función atribuida a las Cortes Generales como órgano constitucional, va a ser concretamente la oposición parlamentaria la auténtica protagonista en el desempeño de la misma, y ello independientemente de que la acción fiscalizadora sea realizada por parlamentarios individualmente considerados o por grupos parlamentarios; una minoría u oposición parlamentaria⁵, que tendrá a su alcance una pluralidad de vías o procedimientos para fiscalizar, verificar y examinar la actuación gubernamental, aunque no faltan ejemplos en los que la mayoría que sustenta al Gobierno también recurre al uso de los instrumentos clásicos de control.

2. Teorías del control parlamentario

A los efectos de clarificar el concepto y la naturaleza de este instituto, resulta necesario exponer cuáles son las principales teorías explicativas que se han esbozado acerca del control parlamentario, teniendo en cuenta que el problema primordial al que se enfrentan estas contribuciones doctrinales es precisamente el relativo a la propia definición de esta noción de control al tratarse de un término poliédrico⁶. Y es que, efectivamente, la categoría que nos ocupa ha sido entendida de muy diversas formas por parte de la doctrina constitucionalista, llegándose en ocasiones a confundir o equiparar con otras categorías cercanas que, aunque conexas, no pueden sin embargo equipararse. Ahora bien, estas dificultades conceptuales no pueden considerarse una cuestión baladí, en la medida en que, como se tratará de poner de manifiesto, según la acepción del control que se asuma se condicionará la delimitación de los elementos que lo configuran.

Por tanto, no son precisamente escasas las aportaciones teóricas que se han ocupado del control parlamentario. Por el contrario, se trata de un concepto clásico

³ Sobre la confusión con estas dos categorías, véase Tudela Aranda (2007, p. 83).

⁴ Según Rubio Llorente, el Parlamento deja de ser un órgano único para convertirse «en un “complejo orgánico”, cada uno de cuyos elementos desempeña las funciones propias de los Parlamentos, la legislativa y la de control». Véase Rubio Llorente (1994, p. 217).

⁵ Sobre la oposición parlamentaria, consúltese Sánchez Navarro (1997).

⁶ Una expresión que ya había sido utilizada por García Roca, al señalar que efectivamente se trata de un término que «tiene una dimensión poliédrica difícilmente reconducible a una única explicación» (García Roca, 1997, p. 235).

que ha sido ampliamente tratado tanto por la doctrina italiana⁷ como por la española, lo que ha dado lugar a diversas sistematizaciones de este instituto⁸. De este modo, para la elaboración de este trabajo se ha optado por seguir la clasificación que viene a diferenciar entre control parlamentario en sentido estricto y en sentido amplio, por lo que seguidamente se expondrán las notas que caracterizan ambas tesis.

A) Por lo que respecta a la tesis de control en sentido estricto, se trata de una contribución procedente de la doctrina italiana que fue acogida en España por un sector minoritario (Santaolalla López). Se caracteriza principalmente por las siguientes notas: por defender una acepción jurídica del control, por la equiparación del control a la categoría de responsabilidad política y por la inclusión de elemento sancionatorio inmediato (remoción). Así, esta primera aproximación al concepto que nos ocupa trata de vincular el control parlamentario a la exigencia de «responsabilidad política institucionalizada», de tal suerte que la existencia de una medida sancionadora inmediata consistente en la revocación de la confianza parlamentaria, y con ello, la remoción del Gobierno pasa a convertirse en uno de sus rasgos definitorios. Desde esta óptica solo constituirían instrumentos de control parlamentario en sentido estricto los institutos de la moción de censura y la cuestión de confianza. Por el contrario, quedarían excluidos los denominados instrumentos ordinarios de control tales como las preguntas, las interpelaciones y las comisiones de investigación por no reunir el elemento sancionatorio que tipifica al control.

En Italia, uno de los máximos exponentes de esta concepción clásica que conecta control-responsabilidad y política-sanción es Manzella, quien se decanta por un concepto de control parlamentario de carácter jurídico y vinculado a la categoría de responsabilidad política (Manzella, 1993, p. 443). Conforme a esta concepción, existe una conexión entre el control y la idea de remoción como sanción típica de la responsabilidad (Manzella, 1993, p. 447). Así, para el autor italiano, mediante la función de control el Parlamento «verifica la actividad de un sujeto político; exige su responsabilidad, tanto institucional como difusa; adopta las medidas necesarias, directa o indirectamente, para restablecer el equilibrio de los intereses públicos que puedan verse perturbados» (Manzella, 1993, p. 441).

En España, como ya se ha apuntado, un sector doctrinal minoritario acogió esta concepción restrictiva del control conforme a la cual instrumentos como la pregunta o interpelación serían considerados meros instrumentos de información y por tanto quedarían fuera de la noción de control parlamentario. En esta línea, Santaolalla, siguiendo las tesis de Galeotti y Chimenti, ha sostenido que los actos de fiscalización, de crítica o de presión política sobre el Gobierno no pueden considerarse actos de control porque se trata de criterios escurridizos y aleatorios que no conllevan

⁷ Véase Galeotti (1962), Rescigno (1967), Chimenti (1974) y Manzella (1993).

⁸ Para una aproximación a otras clasificaciones cabe destacar la propuesta de García Roca, quien opta por una división básica entre «control-responsabilidad» y «control fiscalización» (García Roca, 2016, p. 64). Por otra parte, Aguiar de Luque ha sistematizado tres categorías: una primera, más tradicional, vinculada a la presión o influencia del Parlamento sobre el Ejecutivo y que se materializa en la remoción (Santaolalla); una segunda, conforme a la cual el control sería la actividad de comprobación, verificación o supervisión de la acción gubernamental (García Morillo); y la tercera, en la que la función de control sería «la más inmediata materialización de la difusa posición de preponderancia del Parlamento sobre el Ejecutivo, pero no encuentra plasmación en ningún instituto parlamentario porque se lleva a cabo por múltiples vías» (Aguiar de Luque, 1997, pp. 74-75). Y, por último, cabe destacar la reagrupación de las teorías contemporáneas sobre el control parlamentario propuesta por Fernández Sarasola quien, decantándose por una acepción funcional del concepto, distingue las siguientes categorías: control-garantía, control-inspección, control-dirección y control-responsabilidad. Véase Fernández Sarasola (2000, pp. 94-96).

la potestad de sancionar. Por el contrario, se decanta por un concepto estricto y jurídico del control entendido como

una actividad que un sujeto (el controlante) ejerce sobre otro (controlado) para la tutela de ciertos valores que el primero tiene el deber de proteger, actividad que puede consistir en la verificación de si se han respetado los valores o principios protegidos y en la adopción de medidas sancionatorias o correctivas en caso contrario (Santaolalla López, 1990, pp. 240-241).

Desde esta óptica, nos encontraríamos ante un control de naturaleza jurídica ejercido conforme a un parámetro de referencia conformado por valores o principios que merecen protegerse y que pueden derivar en la aplicación de una sanción.

Sin embargo, esta construcción dogmática adolece de una serie de defectos que dificultan su aceptación. En efecto, esta acepción estricta del control parlamentario, y de naturaleza jurídica, debe descartarse por el alcance limitado y reduccionista que presenta de esta función del Parlamento, una tesis que, además, ha quedado superada a la luz no solo de la propia configuración constitucional del control, sino también de la propia praxis parlamentaria. A este respecto, cabe señalar que la misma resulta insuficiente para explicar el funcionamiento real del control en nuestro parlamentarismo por ser enormemente restrictiva, en cierto modo, por vincular la idea de control al elemento sancionatorio⁹. Por un lado, admitir esta acepción estricta implica excluir al Senado de la función de control, lo que no resulta conforme con lo dispuesto por el artículo 66.2 CE en virtud del cual la misma corresponde tanto al Congreso, como al Senado. En esta misma línea, el Tribunal Constitucional ha venido a precisar que «no se puede mantener una identificación sin matices entre relación de confianza y función de control, ya que la función de control corresponde también al Senado, Cámara con la que no existe relación de confianza con el Gobierno» (STC 124/2018, FJ 7 b). Y por otro, al circunscribirse exclusivamente a los mecanismos de exigencia de la responsabilidad política, este concepto restringido deja fuera de esta función otros muchos instrumentos ordinarios a través de los cuales ambas Cámaras ejercen su labor fiscalizadora respecto a la actuación gubernamental, como las preguntas, interpelaciones y comisiones de investigación. El Tribunal Constitucional ha venido a corroborar ambos extremos: de un lado, ha confirmado que la función de control también corresponde a la Cámara alta; y de otro, ha precisado que para el ejercicio del control no es necesaria la existencia del vínculo fiduciario:

la función de control corresponde al Congreso de los Diputados y al Senado, conforme al artículo 66.2 CE, aunque entre esta Cámara y el Gobierno no exista dicha relación de confianza, lo que significa que, conforme al referido precepto, no sea necesaria la existencia de dicha relación fiduciaria para el ejercicio de la función de control (STC 124/2018, FJ 9).

Por otro lado, es posible identificar otro sector doctrinal que, aun decantándose igualmente por una noción jurídica del control, se aparta, sin embargo, de la tesis que acaba de exponerse en lo relativo a la equiparación entre el control y la exigencia de responsabilidad política.

Esta es la aproximación que han sostenido autores como García Morillo y Montero Gibert, quienes arguyen que debe diferenciarse entre procedimientos de

⁹ Una crítica contundente a la tesis restrictiva es la formulada por García Morillo, quien considera que esta concepción estricta trae causa de la traslación al ámbito de la relación control parlamentario-poder ejecutivo de la concepción genérica del control jurídico y que conlleva la inclusión de una medida sancionadora (García Morillo, 1985, pp. 76-82).

control y procedimientos de exigencia de responsabilidad política, categorías que constituyen elementos constitutivos de la «función de garantía constitucional del Parlamento, que asigna al legislativo, en cuanto que representante del titular de la soberanía y, por consiguiente, pieza central del sistema, la misión de garantizar el cumplimiento de los fines constitucionales señalados al ejecutivo» (García Morillo, 1985, p. 300)¹⁰. Conforme a este planteamiento, el control parlamentario es definido como la

actividad parlamentaria encaminada, a través de una multiplicidad de mecanismos, a la comprobación de la actividad del poder ejecutivo y la verificación de su adecuación a los parámetros establecidos por el Parlamento, susceptible de producir consecuencias diversas, y entre ellas la exigencia de responsabilidad política del gobierno, y eventualmente generadora de una influencia variable sobre el comportamiento del sujeto controlado (García Morillo, 1985, p. 94).

De este modo, esta aproximación conceptual incluye entre los elementos constitutivos del control la existencia de un parámetro que sirve de patrón para confrontar la actividad controlada. En esta línea, García Morillo sostiene que «la actividad que un sujeto, controlante, realiza al objeto de comprobar o verificar que la actividad de otro sujeto, controlado, se adecúa a los parámetros que deberían informarla» (García Morillo, 1985, pp. 51 y 52). Asimismo, esta actividad de verificación e influencia distinta a la de la exigencia de la responsabilidad política del gobierno es «susceptible de generar consecuencias diversas, entre las que se cuenta –pero no únicamente– la ruptura de la relación de confianza» (García Morillo, 1985, p. 119).

B) En cuanto a la tesis del control parlamentario en sentido amplio, que actualmente constituye la línea mayoritaria en la doctrina académica (Rubio Llorente, Aragón Reyes, Punset Blanco...), sus defensores, aun sin negar la relación existente entre los institutos de la responsabilidad política y el control parlamentario, consideran que se trata de figuras diferentes que no deben confundirse. La naturaleza del control parlamentario es de carácter político, por lo que no puede equipararse a la exigencia de responsabilidad política. No obstante, en ocasiones, la utilización de instrumentos clásicos de control puede llegar a producir para el órgano controlado otros efectos que pueden interpretarse como una especie de sanción indirecta como, por ejemplo, la pérdida de la confianza parlamentaria. Una manifestación de esta aseveración lo constituye el rechazo del Congreso al proyecto de ley de presupuestos presentado por el Gobierno, que es interpretado como una pérdida de la confianza parlamentaria hacia el Ejecutivo. Desde esta óptica, cabe afirmar que este tipo de efectos indirectos se aproximaría a la categoría de «responsabilidad política difusa» acuñada por Rescigno¹¹. Por tanto, a la luz de esta concepción amplia lo que tipifica al control parlamentario es su capacidad para generar canales de crítica y discusión pública sobre la acción gubernamental. En consecuencia, esta función puede definirse como aquella actividad de las Cámaras tendente a verificar y fiscalizar la actuación del Gobierno con el objeto de influirla o condicionarla, una actividad, por otro lado, susceptible de manifestarse a través de una diversidad de vías.

Conforme a esta aproximación, defendida por Rubio Llorente y Aragón Reyes, el control parlamentario es concebido en toda su amplitud, esto es, entendido como

¹⁰ En la misma línea se ha manifestado Montero Gibert (1985, p. 208).

¹¹ Rescigno define la responsabilidad política difusa como «*la soggezione, consapevolmente accettata, dei soggetti che lottano per il potere politico a tutti quei fatti che tendono ad un equilibrio politico sfavorevole ai fini di tale lotta, secondo i modi storicamente dati con cui si forma o si verifica l'equilibrio politico, secondo i meccanismi istituzionali in cui si svolge la lotta politica, con le conseguenze che da tale equilibrio e da ogni suo mutamento derivano*» (Rescigno, 1967, p. 121).

«toda la actividad de la Cámara destinada a fiscalizar la acción (normativa y no normativa) del Gobierno (o de otros entes públicos), lleve o no aparejada la posibilidad de sanción o de exigencia de responsabilidad política inmediata» (Aragón Reyes, 2001, p. 177).

Los partidarios de esta corriente descartan que la naturaleza del control parlamentario sea de carácter jurídico, ya que no existe un parámetro preestablecido que permita fiscalizar la actuación gubernamental. Por el contrario, se trata de un control de naturaleza política ejercitado no solo por órganos políticos, sino también conforme a criterios de mera oportunidad política. Uno de los tratadistas que más ha contribuido a construir esta teoría del control parlamentario en sentido amplio ha sido Aragón Reyes, quien ha precisado muy acertadamente que la regulación jurídica normativa de la función y los instrumentos de control «no convierte, por sí misma, el control político en control jurídico» (Aragón Reyes, 1986, p.12). El reconocimiento jurídico de la competencia o función de control lo que implica es que «estamos en presencia de un concepto institucionalizado» ejercido por agentes políticos igualmente institucionalizados. Por tanto, «no son los partidos sino el Parlamento (y en su seno los parlamentarios y los grupos parlamentarios) los que ejercen el control político al Gobierno» (Aragón Reyes, 1986, p. 13).

En esta misma línea extensiva se ha afirmado igualmente que las Cortes Generales son mucho más que legislación y presupuestos, ya que intervienen en otras tareas que «cabe agrupar bajo la idea de control, pero que cubren una muy amplia gama de actos parlamentarios: preguntas, comparecencias, debates sectoriales, autorizaciones, vetos, aprobaciones, etc. Y ello a través de una división orgánica del trabajo en la que cobran creciente protagonismo las Comisiones» (Astarloa Huarte-Mendicoa, 2017, p. 264)¹².

Para finalizar con esta panorámica de las principales teorías sobre el control parlamentario, cabe añadir que esta concepción amplia ha sido acogida también por el Tribunal Constitucional que se ha referido a esta función parlamentaria como una función poliédrica (STC 124/2018). Conforme a la jurisprudencia constitucional, «los instrumentos de control pueden ser mecanismos de información, mecanismos que pueden activar e impulsar un control de la acción del Gobierno y que, en último término, pueden poner en marcha los instrumentos de exigencia de responsabilidad política (respecto a la dación de cuenta al Congreso de los Diputados de la declaración del estado de alarma, STC 83/2016, FJ 8)»¹³.

Así pues, partiendo de estas construcciones dogmáticas sobre el concepto y la naturaleza del control anteriormente expuestas, la acepción que se seguirá para completar este trabajo será la teoría del control parlamentario en sentido amplio y de naturaleza estrictamente política. Y ello, por adecuarse más fielmente a la configuración constitucional del control parlamentario y aproximarse mejor a la aplicación práctica de esta figura en nuestro parlamentarismo actual.

3.1. El control parlamentario como función polivalente

Uno de los rasgos más típicos del control parlamentario es el que algunos autores han denominado «polivalencia funcional» (Aragón Reyes, 1986, pp. 25-26)¹⁴, una particularidad que guarda relación con el fenómeno de la «multifuncionalidad» (Rubio

¹² Véase Astarloa Huarte-Mendicoa (2017, p. 80).

¹³ STC 124/2018, FJ 7 c)

¹⁴ También puede consultarse, Aragón Reyes (1998, p. 39).

Llorente, 2018) o «polivalencia» (Manzella, 1993, p. 442)¹⁵ de los procedimientos parlamentarios y que es propio del Parlamento (Lupo, 2009, p. 21). Conforme a esta idea, expuesta de forma brillante por Rubio Llorente,

[n]o hay en rigor procedimientos parlamentarios de control, porque el control es, simplemente, una perspectiva desde la que puede analizarse toda la actuación parlamentaria o una función que todo auténtico Parlamento desempeña mediante el ejercicio de toda su actividad. Los procedimientos parlamentarios son siempre multifuncionales y el análisis de la función de control no puede reducirse, en consecuencia, a procedimientos determinados, sino que ha de tomar como objeto la totalidad de la actuación parlamentaria (Rubio Llorente, 2018, p. 3301).

En esta misma línea, Aragón Reyes afirma que esta función parlamentaria no se circunscribe a procedimientos determinados, un carácter de polivalencia funcional que singulariza a todos los procedimientos parlamentarios y del que solo queda exceptuada la función legislativa (Aragón Reyes, 1986, pp. 25-26). Igualmente se han manifestado otros autores al sostener que la fiscalización de la acción gubernamental por parte de las Cámaras se manifiesta a través de toda la actuación parlamentaria, de tal modo que adquiere una «dimensión irradiadora» sobre las restantes funciones de las Cortes (Fernández Sarasola, 2000, p. 90).

Desde esta óptica, la función de control parlamentario no está sometida a procedimientos concretos, sino que se realiza a través de todos los procedimientos parlamentarios. Como consecuencia de ello, la fiscalización de la acción gubernamental que corresponde a las Cámaras se llevará a cabo a través de toda la actuación parlamentaria. Precisamente, este carácter multifuncional distingue al control del resto de funciones parlamentarias que necesariamente deben encauzarse por procedimientos concretos preestablecidos, como sucede con la función legislativa o la presupuestaria.

En consecuencia, el control parlamentario se manifiesta no sólo por medio de cualquier procedimiento o instrumento, sino también a través de cualquier decisión o actuación desarrollada en las Cámaras. Sobre esto último, como manifestaciones de esta singularidad del control parlamentario cabe mencionar, a modo de ejemplo, la adopción de determinados actos decisorios de la Cámara que ponen fin a un procedimiento, como el rechazo a la ley de presupuestos generales del Estado; y actos parlamentarios de trámite insertos en un procedimiento, como la convalidación o derogación de un decreto-ley o la aprobación de una enmienda a la totalidad de devolución. Por otro lado, el control también se puede manifestar por medio de la actuación de los miembros de las Cámaras, sin que en este caso puedan expresar la voluntad del órgano, sino que la acción es expresión del pluralismo político de la institución en la que actúan. Así sucede, por ejemplo, en el supuesto de la formulación de preguntas o interpelaciones por parlamentarios individualmente considerados o por grupos parlamentarios.

¹⁵ Por otra parte, la doctrina italiana encabezada por Manzella sostiene que nos encontramos ante una actividad «auxiliar» respecto al resto de funciones del Parlamento. En esta línea cita, a modo de ejemplo, las técnicas de control-verificación que tienen lugar en determinados actos parlamentarios como los de autorización parlamentaria de tratados internacionales o convalidación de decretos-leyes. Véase Manzella (1993, p. 442).

3.2. Algunas precisiones sobre el control en relación con la doble naturaleza del Parlamento

La función consistente en controlar la acción del Gobierno corresponde a las Cortes Generales y, por tanto, a las Cámaras que las integran. Como se ha señalado, se trata de una función de naturaleza estrictamente política. Sin embargo, para una mejor comprensión de su significado, esta idea debe completarse trayendo a colación la idea de la naturaleza dual del Parlamento, teorizada por Rubio Llorente, conforme a la cual cabe referirse al Parlamento como órgano del Estado y como institución representativa del pluralismo político (Rubio Llorente, 2018, p. 3302). Un esquema conceptual que enlaza con las categorías de control «por» el Parlamento (como órgano) y control «en» el Parlamento (como institución) acuñadas por Aragón Reyes con las que se refiere a una realidad compleja en la que:

el control se lleva a cabo no sólo mediante actos que expresan la voluntad de la Cámara, sino también a través de las actividades de los parlamentarios o los grupos parlamentarios desarrolladas en la Cámara, aunque no culminen en un acto de voluntad de la Cámara misma (Aragón Reyes, 1986, p. 27).

Y ello, continúa el autor, porque

el resultado sancionatorio «inmediato» no es consustancial al control parlamentario y porque la puesta en marcha de instrumentos de fiscalización gubernamental no tiene por objeto sólo el obtener una decisión «conminatoria» de la Cámara, sino también (y cada vez más) el influir en la opinión pública de tal manera que en tales supuestos el Parlamento es el *locus* de donde parte el control, pero la sociedad es el locus al que se dirige, puesto que es allí donde pueden operar sus efectos (Aragón Reyes, 1986, p. 27).

De acuerdo con este planteamiento doctrinal cuando el Parlamento controla la acción del Gobierno en su condición de órgano estatal, se entiende que su voluntad es imputable al Estado mismo. Desde esta óptica, el control se manifiesta a través de una decisión de la Cámara adoptada por la mayoría y, por tanto, constituye expresión de la voluntad de la misma. En este supuesto, estaríamos ante lo que Aragón denomina control «por» el Parlamento (Aragón Reyes, 1986, p. 27).

Mientras que cuando el Parlamento desempeña dicha función como institución representativa del pluralismo político lo hace a través de las diversas «actuaciones de los parlamentarios o de los Grupos parlamentarios (preguntas, interpelaciones, intervención en debates) que no expresan la voluntad de la Cámara, pero cuya capacidad de fiscalización sobre el Gobierno no cabe negar, bien porque pueden hacerlo rectificar, o debilitarlo en sus posiciones, bien porque pueden decidir en el control social o en el control político electoral» (Aragón Reyes, 1986, p. 27). En este segundo supuesto la función de control es desempeñada, como sostiene Rubio Llorente,

por todos los grupos y a través de todos los procedimientos, pero como el contraste de la actuación gubernamental con el criterio de la mayoría lleva necesariamente a la defensa de aquella actuación, para la que el Gobierno suele bastarse a sí mismo, *la gran protagonista del control parlamentario es la minoría*, cuya apreciación crítica de la acción gubernamental debe ser inexcusablemente ofrecida a la sociedad para que esta continúe siendo políticamente abierta y, por tanto, libre (Rubio Llorente, 2018, pp. 3302-3303).

Por tanto, desde esta segunda dimensión estaríamos ante lo que Aragón Reyes denomina control «en» el Parlamento, que se realiza por la oposición

parlamentaria. Técnicamente, no todas estas actuaciones de la minoría constituyen decisiones o actos parlamentarios imputables al órgano Parlamento.

En consecuencia, partiendo de esta concepción amplia del control parlamentario lo relevante no es que la Cámara adopte un acto o medida, sino el *locus* en el que tienen lugar la actividad fiscalizadora, una sede en la que lo que acontece trasciende hacia el exterior, hacia la opinión pública debido a la presencia del principio de publicidad parlamentaria. Lo relevante, por tanto, es que esta sede genera una oportunidad para debatir públicamente sobre la gestión del Gobierno con una finalidad que dependerá del sujeto controlador en cada caso concreto. El control implica, pues, «la apelación a la voluntad soberana del electorado, que en su día habrá de sacar las consecuencias que estime oportunas del resultado de ese control *ad referendum*» (Rubio Llorente, 2018, p. 3300).

3.3. Elementos definitorios del control parlamentario

A continuación, se realizarán algunas precisiones sobre los elementos definitorios del control parlamentario desde una perspectiva amplia. La delimitación de estos rasgos configuradores nos permitirá diferenciar el control parlamentario de otras figuras como la responsabilidad política institucionalizada.

a) El sujeto controlado (o sujeto pasivo) y objeto de control. En ocasiones suele diferenciarse entre sujeto controlado y objeto de control, si bien en el supuesto del control parlamentario la delimitación de ambos elementos merece ser matizada.

Sobre este particular, Aragón Reyes ha precisado que «el control jurídico se efectúa sobre actos (o sobre actividades) y el control político sobre órganos (u organizaciones)». En principio, el control político «no tiene como finalidad la de controlar las producciones jurídicamente objetivadas del poder (que es la finalidad del control jurídico), sino la de controlar a los órganos del poder». En consecuencia, concluye que el control político es un «control sobre órganos», de tal suerte que el auténtico objeto de fiscalización lo constituye el órgano del poder, si bien puntualiza que «este control se puede realizar directamente sobre el órgano o indirectamente a través de la actividad que ese órgano despliega» (Aragón Reyes, 2018, p. 14)¹⁶.

Desde esta óptica, el Parlamento queda habilitado para fiscalizar cualquier actuación del Ejecutivo, por lo que se trataría de un objeto de control amplio que abarca cualquier «acción del Gobierno», independientemente de su carácter normativo o no normativo. Sobre ello, el alcance del objeto del control es ampliado por el artículo 29.2 de Ley 50/1997, del Gobierno que, al regular los actos del Gobierno susceptibles de control incluye también la forma omisiva: «Todos los actos y *omisiones del Gobierno* están sometidos al control político de las Cortes Generales». Por tanto, esta función parlamentaria se ejerce en relación con el Gobierno, así como sobre sus actos y omisiones.

Por otro lado, el objeto de control podrá variar dependiendo del instrumento concreto de control mediante el que se instrumentalice. Así sucede, por ejemplo, en el caso de las preguntas (cuyo objeto está constituido por hechos concretos y específicos) e interpelaciones (cuestiones más amplias de política general del Gobierno y de mayor relieve político). Igualmente hay que puntualizar que, en relación con algunos instrumentos, como las Comisiones de investigación, el objeto no lo

¹⁶ En esta misma línea argumentativa, Fernández Sarasola señala que lo que se controla no es la norma jurídica emanada del Gobierno, sino la «decisión política subyacente» (Fernández Sarasola, 2000, p. 108).

constituye necesariamente la «acción del Gobierno» sino que abarca cualquier «asunto de interés público».

b) El sujeto controlante o sujeto activo encargado de la actividad fiscalizadora sobre la actuación gubernamental abarca una pluralidad de sujetos y, a diferencia de lo que ocurre con los mecanismos de exigencia de responsabilidad política, su voluntad no tiene que manifestarse necesariamente mediante una decisión colegiada de la Cámara. En virtud de lo dispuesto en el artículo 66.2 CE la potestad de controlar la acción del Gobierno queda encomendada a las Cortes Generales, de donde cabría deducir que dicha función queda atribuida al órgano constitucional en su conjunto. Sin embargo, como órgano complejo que es, el Parlamento generalmente no ejerce esta función de forma conjunta, sino que serán las Cámaras que lo integran las encargadas de fiscalizar la acción gubernamental, órganos, por otro lado, igualmente complejos al estar compuestos por una pluralidad de órganos.

Partiendo de estas premisas básicas, conviene precisar cuál es realmente el sujeto controlante o activo, prestando atención a dos elementos: el tipo de órgano parlamentario y la contraposición mayoría-minoría.

Conforme al primero de ellos, y partiendo de la tradicional dicotomía entre órganos de funcionamiento y de dirección de las Cámaras, serán principalmente los órganos de funcionamiento (Pleno y Comisiones) los encargados de ejercer la función de control. Así sucede, por ejemplo, cuando el Pleno del Congreso deroga un decreto-ley durante el debate de convalidación o cuando rechaza un proyecto de ley del Ejecutivo.

Por otro lado, y atendiendo a la contraposición entre mayoría y minoría, ha sido unánimemente reconocido que el sujeto activo de esta función de control es la minoría parlamentaria, ya sea de forma individual a nivel de parlamentarios o de forma colectiva a través de los grupos parlamentarios. En este supuesto estaríamos ante lo que Aragón Reyes ha definido como control «en» el Parlamento (1986, p. 28). A este respecto, debe tenerse presente que las dos grandes funciones que corresponden a la oposición parlamentaria son precisamente la función del control al Ejecutivo y la función de provisión de alternativas visibles al Gobierno, funciones a las que habría que añadir una función adicional y transversal a ambas, cual es la crítica al Gobierno (Nátera Peral, 2023, p. 298)¹⁷.

Una cuestión distinta, aun identificando a la minoría como sujeto activo del control, es la relativa a los efectos reales del control en estos supuestos. Aunque el parlamentario individualmente considerado interviene en la fiscalización de la actuación del Gobierno a través de la formulación de preguntas e interpelaciones, sin embargo, los efectos reales de este tipo de iniciativas de control pueden verse algo condicionados por algunos factores. Así, resulta incuestionable que el protagonismo excesivo que tienen los grupos parlamentarios a este respecto como consecuencia de la proyección de los partidos políticos en la vida de las Cámaras puede llegar a relativizar los efectos de la actuación de los parlamentarios¹⁸.

¹⁷ Véase Nátera Peral (2023, p. 296). Otra cuestión relacionada con esta categoría es la relativa a si cabe «considerar oposición parlamentaria o no a aquellas fracciones, partidos o miembros de la asamblea parlamentaria que, aunque no forman parte del gobierno o su coalición, ayudan o son importantes –a veces decisivos– para mantenerlo» (Nátera Peral, 2023, p. 298).

¹⁸ Sobre esta cuestión, se ha señalado que es menester encontrar un adecuado equilibrio entre parlamentarios y Grupos en los Reglamentos parlamentarios. Véase García Roca (2016, p. 67).

Por otra parte, y aunque la minoría sigue ejerciendo un rol preponderante en la fiscalización de la actuación gubernamental, se ha planteado si la mayoría de la Cámara puede también hacer uso de los instrumentos de control parlamentario.

Sobre este asunto, pese a que algunos autores han rechazado esta posibilidad (Rubio, 1993, p. 386), otros, como Aragón Reyes o Montero Gibert, no han dudado en aceptar que el control puede manifestarse también a través de decisiones de la mayoría, ya que son éstas las que forman la voluntad de las Cámaras (Aragón Reyes, 1986, p. 27), estando —en este supuesto— ante lo que el autor denomina control «por» el Parlamento. A su juicio, sería absurdo sostener que cuando la mayoría no convalida una medida gubernamental o derriba al Gobierno, no se está en presencia de una actividad de control parlamentario y pone como ejemplo el contexto de gobiernos minoritarios (Aragón Reyes, 1998, p. 39). Ahora bien, como precisa Fernández Sarasola la función, el fin y el alcance del control parlamentario variará en función del órgano o sujetos concreto que lo ejerzan, y en concreto, dependerá de si es la mayoría o la minoría.

En este orden de consideraciones, resulta de interés observar la praxis parlamentaria al respecto, ya que ésta pone de manifiesto como la función de control es ejercida por la oposición parlamentaria, pero en ocasiones también por los grupos mayoritarios. En concreto, quién sea el sujeto controlante en cada supuesto concreto dependerá de factores como los instrumentos de control y la propia evolución del sistema político-institucional¹⁹.

Efectivamente, resulta indudable que el sistema político-institucional²⁰, y en concreto, el sistema de partidos va a influir notablemente en esta cuestión. De este modo, se advierte que los escenarios parlamentarios altamente fragmentados y polarizados han creado nuevas posibilidades de actuación del control, observándose cómo la mayoría parlamentaria también recurre a la utilización de instrumentos clásicos de control que tradicionalmente han utilizado las minorías. Así sucede, por ejemplo, con la solicitud de comparecencias por parte de los grupos de la mayoría que sustentan al Gobierno. E incluso no faltan ejemplos en los que la mayoría parlamentaria utiliza las facultades que el Reglamento parlamentario ofrece para ejercer una «oposición a la oposición» (Aranda Álvarez, 2007, pp. 109 y 133), como ha sucedido en los últimos tiempos con algunas solicitudes de creación de comisiones de investigación.

c) El parámetro del control viene delimitado por un juicio de oportunidad política. Una de las notas distintivas del control parlamentario es que su naturaleza es estrictamente política por lo que carece de un parámetro preestablecido jurídicamente.

Efectivamente, en el supuesto que nos ocupa la doctrina ha admitido de forma casi unánime que la verificación del control parlamentario tendrá lugar a través de un enjuiciamiento de mera oportunidad política. En esta línea, y como ha expuesto de forma muy acertada Aragón Reyes, en el control parlamentario «no hay parámetro normativo, objetivado, indisponible, no hay razonamiento jurídico necesario. Son los principios de libertad y oportunidad los que rigen tanto la composición del parámetro

¹⁹ En este sentido se han manifestado autores como Montero Gibert (1985, p. 218); o más recientemente, Lupo (2009, p. 4).

²⁰ En relación con la titularidad de la función de control, Lupo sostiene que, aunque desde el punto de vista jurídico-prescriptivo se suele imputar la función al órgano constitucional en su conjunto, desde la perspectiva fáctica, en cambio, «se observa un uso más intensivo de los instrumentos de control por parte de los grupos mayoritarios o de oposición (dependiendo de las características del instrumento y también de la evolución del sistema político-institucional)» (Lupo, 2009, p.4).

como la formulación del juicio valorativo o de adecuación» (Aragón Reyes, 1986, p. 23). En consecuencia, como control de naturaleza política, incluso en aquellos «supuestos en que el ordenamiento se refiere a un canon normativo de comprobación, la libertad de valoración de ese canon, las razones de oportunidad que la presiden, la libertad de decisión (política) mediante la cual el control se manifiesta, hacen que el parámetro sea enteramente disponible para el agente del control» (Aragón Reyes, 1986, p. 17)

A diferencia de lo que sucede con el control jurídico, en el control parlamentario no existe un «parámetro de enjuiciamiento estable y normativo» (García Roca, 2016, p. 64), sino que pueden utilizarse una pluralidad de parámetros, entre los que algunos autores han incluido también el programa de gobierno que sustenta la relación fiduciaria entre el Gobierno y el Parlamento (Montero Gibert, 1985, p. 218; Fernández Sarasola, 2000, p. 108).

Ahora bien, precisamente porque el parámetro no está predeterminado jurídicamente y es disponible para los sujetos activos del control, cabría considerar que, en el uso de su libertad de criterio, en contextos de Gobiernos minoritarios o Gobiernos de coalición y en función de circunstancias coyunturales, aquellos pudieran utilizar *de facto* como parámetro, aunque no necesariamente, los pactos de gobierno y de investidura.

d) Por último, por lo que respecta a los efectos del control parlamentario, las consecuencias que derivan del ejercicio de esta función parlamentaria no tienen que consistir necesariamente en el cese o la remoción del sujeto políticamente responsable (el Gobierno), es decir, no tiene por qué aplicarse una sanción directa e inmediata, como sucede cuando prosperan alguno de los mecanismos de exigencia de la responsabilidad política. Sin embargo, ello no significa que eventualmente la fiscalización pueda dar lugar a una medida sancionatoria indirecta. Por el contrario, el control parlamentario se caracteriza por la capacidad de derivar en sanciones de carácter indirecto. En tal supuesto, el efecto del control sería la remoción del Ejecutivo, una remoción, entendida en estos términos, que se aproximaría a la acepción de remoción de la responsabilidad política apuntada por Rescigno, esto es, entendida «de forma genérica, más como resultado que como acto específico» (Rescigno, 1967, p. 85) en el sentido de que es susceptible de lograrse de diversos modos. Téngase en cuenta que el objetivo del control parlamentario es condicionar o influenciar la acción política, por lo que el destinatario último del control es el cuerpo electoral, a quien corresponderá respaldar o desaprobado la acción gubernamental.

Se trata, pues, de generar una oportunidad de debate sobre la actuación del Gobierno en la sociedad, destinataria última del control parlamentario. Es precisamente este escrutinio público sobre la acción gubernamental lo que crea la posibilidad de influir en un giro electoral. De ahí que sus posibles efectos se producirán a medio plazo y no de forma inmediata, a diferencia de lo que sucede con los mecanismos de exigencia de responsabilidad política. La virtualidad del control parlamentario radica en la capacidad para proyectar hacia el exterior la actividad fiscalizadora, esto es, la «posibilidad de trasladar al electorado los errores de la política gubernamental y los problemas alternativos de la oposición» (García Morillo, 1990, p. 249). En consecuencia, la eficacia del control no dependerá solo de la Cámara, sino también del enjuiciamiento o valoración del electorado como destinatario último de la crítica política. De este modo, estamos ante lo que algunos autores han denominado eficacia extraparlamentaria del control en la medida en que se proyectará hacia la opinión pública (García Roca, 1997, p. 240).

Esta forma de aproximarse a las consecuencias del control parlamentario se asemeja, en cierto modo, a uno de los rasgos que caracterizan la categoría de responsabilidad política difusa teorizada por Rescigno. Me refiero, como apunta el autor italiano, a la capacidad de crítica política reconocida a los sujetos de la comunidad política (Rescigno, 1967, p. 116) y que puede llevar a la remoción de los gobernantes. A este respecto, debe tenerse presente que los gobernantes «no temen solo las críticas de los sujetos a quienes compete institucionalmente controlarlos, sino que consideran digna de atención cualquier crítica de cualquier miembro de la comunidad» (Rescigno, 1967, p. 114).

Por tanto, aunque el sujeto activo natural del control sea la oposición parlamentaria, hay que admitir que el electorado también desempeña un rol determinante en este contexto, ya que las consecuencias que deriven de esa acción de control pueden dar lugar a una retirada de la confianza parlamentaria a través de las elecciones.

Ahora bien, el hecho de que el control parlamentario no produzca efectos sancionatorios en sentido estricto no significa que no produzca efectos políticos que operan de manera indirecta. En tal supuesto, sí que incluye la «capacidad potencial de poner en marcha sanciones indirectas o posteriores» (Aragón Reyes, 1986, p. 18). Una manifestación de esta aseveración lo constituye, por ejemplo, el rechazo parlamentario al proyecto de ley de presupuestos presentado por el Gobierno, un supuesto al que me referiré más adelante.

4. La protección jurisdiccional del control parlamentario

En cuanto al ámbito de garantías jurisdiccionales del control parlamentario, esta cuestión debe ser precisada a la luz de la disociación entre los dos planos de la actividad del Parlamento apuntados por Rubio Llorente a los que se aludió anteriormente, esto es, el orgánico en sentido estricto y el institucional. Esta naturaleza dual del Parlamento, conforme a la cual cabe diferenciar entre como órgano y como institución representativa del pluralismo político, lleva a que el control parlamentario se manifieste de diversas formas, y de ahí que su protección jurisdiccional pueda residenciarse ante la Jurisdicción constitucional a través de diferentes cauces procesales²¹. Esta realidad ha llevado a Aragón Reyes a sugerir la conveniencia de distinguir entre «competencia» de control, atribuible únicamente a órganos, y «derechos» de control, no atribuibles a órganos, ya que estos no tienen derechos, sino a los parlamentarios (Aragón Reyes, 1998, p. 39).

Esta doble vertiente de la garantía del control ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional. Efectivamente, en la STC 124/2018 que resuelve un conflicto de atribuciones promovido por el Congreso de los diputados en relación con el no sometimiento del Gobierno a una iniciativa de control (solicitud de comparecencia de un ministro en funciones), y al que se aludirá en el apartado siguiente, el alto Tribunal reconoce que el menoscabo de la función de control que corresponde al Parlamento implicaría también una limitación del derecho a ejercer la función parlamentaria y, con él, del derecho de participación ciudadana (art. 23 CE) (STC, 124/2018, FJ 9).

²¹ La STC 124/2018 viene a confirmar esta doble vertiente de la garantía jurisdiccional del control, en la medida en que «el menoscabo de la función de control que corresponde al Parlamento implicaría, en su caso, una limitación del derecho a ejercer la función parlamentaria y, con él, del derecho de participación ciudadana (art. 23 CE) [en un sentido similar, respecto a la incidencia del veto presupuestario en las funciones del Parlamento y, en consecuencia, en el derecho de participación ciudadana, SSTC 34/2018, de 12 de abril, FJ 7, y 44/2018, de 26 de abril, FJ 5 b)]» (FJ 9).

De este modo, en su condición de órgano las Cámaras están legitimadas para promover conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales no solo cuando sus atribuciones de control ejercitadas «por» el Parlamento se ven invadidas o usurpadas, sino también cuando se han visto menoscabadas por otros órganos constitucionales²² (entre otras, STC 124/2018).

Por otro lado, desde la perspectiva del Parlamento como institución plural y en el marco del ejercicio del control «en» el Parlamento, los parlamentarios individualmente considerados, así como los grupos parlamentarios en los que se integran, podrán interponer un recurso de amparo parlamentario cuando el derecho al ejercicio de la función de control sobre la acción del Gobierno, que la Constitución y los Reglamentos parlamentarios reconocen a diputados y senadores, se vea cercenado por un acto interno de la Cámara. Y ello, porque dichas facultades de control, al formar parte del núcleo esencial de la función representativa, se integran en el estatus del cargo del parlamentario (formando parte del *ius in officium*) garantizado por el art.23.2 CE. De ahí que la vulneración de estos derechos de los parlamentarios sea susceptible de ser impugnada ante el Tribunal Constitucional mediante la modalidad específica de amparo constitucional prevista en el artículo 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

5. Transformaciones del control parlamentario en el Parlamento fragmentado y polarizado

Para completar esta aproximación a la idea de control parlamentario el presente apartado incluye unas breves reflexiones sobre las transformaciones que han sufrido algunos de sus rasgos, y ello, como consecuencia del cambio en el sistema de partidos. De este modo, se ofrecerá una aproximación a la realidad del control sobre la actuación gubernamental en el contexto del Parlamentarismo fragmentado y polarizado²³. Como se señaló anteriormente, uno de los factores que influyen en el funcionamiento del control en la práctica es precisamente el sistema de partidos, y así se ha constatado en nuestro parlamentarismo desde 2016.

El mito de la falta de eficacia del control político, tradicionalmente vinculado a la aparente dualidad de sujetos derivada de la coincidencia entre la mayoría parlamentaria y la mayoría gubernamental propia del bipartidismo imperfecto, parece haber quebrado como consecuencia del cambio en el sistema de partidos. Así, contextos políticos con altos niveles de fragmentación y polarización parlamentaria han puesto de manifiesto las dificultades para construir mayorías sólidas y suficientes para formar el Gobierno. Por lo que respecta al ámbito de las Cortes Generales, desde 2016 este tipo de contextos han desembocado en situaciones inéditas en nuestro régimen parlamentario, tales como el fenómeno de las legislaturas fallidas o las disoluciones automáticas por aplicación del art.99.5 CE con la consecuente prolongación del Gobierno en funciones. Pero sobre todo el mito del déficit de control político ha quedado puesto entredicho después de que, por primera vez, prosperase una moción de censura en 2018.

Este escenario político ha dado lugar a Cámaras más fragmentadas de lo que venía siendo habitual durante las etapas del bipartidismo imperfecto lo que ha afectado negativamente a la construcción de mayorías parlamentarias sólidas. Sin duda, esta realidad ha alterado la relación entre Legislativo y Ejecutivo, dando lugar

²² «no solo en supuestos de invasión o usurpación de atribuciones ajenas, sino también en el supuesto de lesión por menoscabo de atribuciones (SSTC 34/2018, FJ 3 a) y 44/2018, FJ 2 a)» (STC 124/2018).

²³ Para un examen detallado de los fenómenos de la fragmentación y polarización parlamentaria, me remito a los trabajos de Nieto Jiménez (2024, pp. 407 y ss.) y Gómez Lugo (2021, p.1 y ss.).

a gobiernos minoritarios y/o de coalición. Como consecuencia de ello, el foco de atención del debate jurídico sobre la función de control parlamentario se ha centrado en cuestiones inéditas que no se habían planteado durante las Legislaturas de bipartidismo imperfecto y con gobiernos estables. En este sentido, son varios los cambios que pueden apuntarse, aunque sea brevemente, en relación con la función de control parlamentario en este nuevo parlamentarismo fragmentado y que permiten hablar de una cierta intensificación de la función de control sobre la actuación gubernamental.

En concreto, desde la XI legislatura han podido constatarse algunas transformaciones en relación con el control parlamentario. En primer lugar, se aprecia que en escenarios de alta fragmentación de la representación política se ha producido una intensificación del control por parte de la oposición parlamentaria sobre la acción del Gobierno. De este modo, se observa que ésta tiende a ejercer un rol más activo en el ejercicio de los instrumentos de control parlamentario tanto cuantitativa, como cualitativamente. Respecto a lo primero, se ha producido un incremento en el uso de determinados instrumentos de control como las comisiones de investigación²⁴ (que ha permitido hablar en cierto modo de un resurgimiento de este instrumento de control), las interpelaciones, las enmiendas formuladas a los presupuestos, las proposiciones no de ley, y todo ello, «como medio para hacerse visible»²⁵ la oposición parlamentaria. En cuanto al refuerzo cualitativo del control parlamentario sobre la gestión gubernamental, cabe señalar la repercusión pública de las intervenciones en las sesiones de control logrando una mayor proyección sobre la opinión pública. En este sentido, se observa cómo las intervenciones parlamentarias son cada vez más intensas y generan un mayor enfrentamiento dialéctico.

Otra muestra de esta intensificación del control parlamentario es la que se constata en relación con la producción normativa impulsada por el Gobierno²⁶. Por lo que respecta a la tramitación parlamentaria de decretos-leyes, se observa que en contextos altamente fragmentados y polarizados son más frecuentes los casos de derogación de la legislación de urgencia, una práctica inusual en las épocas del bipartidismo imperfecto. Desde este punto de vista, la decisión de la mayoría parlamentaria de derogar un decreto-ley constituye una clara manifestación de control parlamentario que muestra la desconfianza de la Cámara hacia la actuación gubernamental y su debilidad política ante la mayoría parlamentaria. Estos supuestos constituyen un reforzamiento del papel del Congreso en el control político sobre el uso de la legislación de urgencia.

También en el ámbito de la producción normativa, hemos asistido al rechazo de proposiciones de ley impulsadas por los grupos parlamentarios de la mayoría, tanto en el trámite de toma en consideración como de aprobación final del texto final en Pleno. A mi juicio, en todos estos supuestos nos encontramos con claras manifestaciones de la función de control «por» el Parlamento y ejercitada por la mayoría parlamentaria, lo que viene a confirmar lo apuntado en este trabajo.

A este respecto, cabe precisar que esta intensificación del control parlamentario no trae causa únicamente de un incremento de la fragmentación de la representación política, sino que también es reflejo de una mayor polarización, surgida inicialmente a nivel electoral pero que ha dado el salto a la arena parlamentaria, donde se observan intervenciones de los parlamentarios mucho más

²⁴ Sobre las transformaciones que este fenómeno ha producido en la utilización de las Comisiones parlamentarias de investigación, puede consultarse Nieto Jiménez (2024, pp. 517 y ss.).

²⁵ Acerca de la tendencia alcista del número de iniciativas de control, consúltese García-Escudero Márquez (2019, pp. 116 y ss) y Nieto Jiménez (2024).

²⁶ Sobre estas cuestiones, me remito a Gómez Lugo (2022, pp. 155-187).

distanciadas y radicalizadas ideológicamente. Así viene sucediendo en los debates parlamentarios en los que se discuten las iniciativas de control desde la segunda mitad de la XII Legislatura a la actualidad. Puede comprobarse como determinadas fuerzas políticas con representación parlamentaria recurren, cada vez con más frecuencia, a un discurso más polarizado y a una retórica más dura²⁷.

Asimismo, en relación con la función presupuestaria del Parlamento se ha constatado como el control parlamentario puede no solo ser canalizado a través del procedimiento presupuestario, sino también surtir efectos políticos. Efectivamente, por segunda vez se ha puesto de manifiesto la efectividad del procedimiento presupuestario como mecanismo de control parlamentario a la acción de Gobierno cumpliendo con lo que se ha consolidado como una convención constitucional. Así sucedió el 13 de febrero de 2019, cuando el Congreso de los diputados rechazó el proyecto de LPGE para 2019 al aprobar varias enmiendas a la totalidad de devolución presentadas por ERC y PdCAT. En esta ocasión la misma mayoría parlamentaria que había facilitado la formación de un Gobierno surgido de una moción de censura rechazó el proyecto de Ley de Presupuestos presentado por el mismo Gobierno al que había apoyado. El efecto que produjo esta decisión plenaria de rechazo a los presupuestos se manifestó en forma de medida sancionatoria indirecta, al derivar en la disolución anticipada de las Cámaras y el consecuente adelanto electoral²⁸. Unos efectos de carácter indirecto que podrían interpretarse como una forma de derrota del Gobierno censurado en el debate presupuestario.

Por último, una de las transformaciones más relevantes surgidas en estos contextos es la relativa al control parlamentario del Gobierno en funciones. Se trata de una polémica suscitada durante la XI Legislatura ante la negativa de un Gobierno interino a someterse a la fiscalización de Congreso de los diputados, alegando la ruptura del vínculo fiduciario. Sobre este asunto tuvo ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en la STC 124/2018²⁹, en la que resolvió un conflicto de atribuciones entre órganos constitucionales promovido por el Congreso de los diputados, constituido tras la celebración de elecciones, en relación con el rechazo de comparecencia urgente del Ministro de Defensa en funciones ante la Comisión de Defensa. En la sentencia referenciada, el alto tribunal vino a confirmar que la actividad del Gobierno en funciones no impide la función de control ex artículo 66.2 CE, en la medida en que sigue desarrollándola (STC 124/2018, FJ 8). A mayor abundamiento, precisó que

la función de control que corresponde a las Cortes Generales está implícita en su carácter representativo y en la forma de gobierno parlamentario que establece el art 1.3 CE, no pudiendo negarse a las Cámaras todo ejercicio de la función de control, ya que con ello se afectaría al equilibrio de poderes previsto en nuestra Constitución. A ello ha de añadirse que la función de control corresponde al Congreso de los Diputados y al Senado, conforme al artículo 66.2 CE, aunque entre esta Cámara y el Gobierno no exista dicha relación de confianza, lo que significa que, conforme al referido precepto, no sea necesaria la existencia de dicha relación fiduciaria para el ejercicio de la función de control [...] el hecho de que el Gobierno esté en funciones no impide la función de control de las Cámaras, ya que en la medida en que el

²⁷ Consúltese Rodríguez Teruel (2021, pp. 19 y 14).

²⁸ Este supuesto concreto viene a confirmar lo apuntado por F. Bastida hace ya algunos años, cuando el autor sostenía que el «mayor control parlamentario que se puede realizar sobre un Gobierno es el que afecta a su actuación presupuestaria, de manera que es una convención constitucional que si el Gobierno no consigue que el Parlamento apruebe el proyecto de ley de presupuestos debe dimitir o, en su caso, disolver el Parlamento» (Bastida Freijedo, 1997, p. 104).

²⁹ Para profundizar en el problema constitucional suscitado en relación con el control de la actividad del Gobierno en funciones en este supuesto concreto y la STC 124/2018, consúltese Reviriego Picón (2021 y 2022).

Gobierno sigue desarrollando actividad, esta no puede quedar exenta del control de las Cortes Generales conforme a los artículos 1 y 66 CE, sin perjuicio de que, la función de control habrá de adecuarse a la propia situación del Gobierno en funciones (STC 124/2018, FJ 9).

Para concluir, tan solo quedaría por añadir que contextos altamente fragmentados y polarizados pueden derivar en Parlamentos divididos, una circunstancia que puede incidir en la función de control parlamentario. Así sucede en la XV Legislatura en la que concurren un Congreso fragmentado, donde una mayoría minoritaria sustenta a un Gobierno de coalición, y un Senado con una mayoría absoluta del principal grupo de la oposición parlamentaria. En estas circunstancias resulta indudable la recuperación de la Cámara alta como sujeto de control parlamentario. Efectivamente, esta coyuntura ha dado lugar a una intensificación de la actividad de control del Senado sobre la acción gubernamental como ha podido constatarse no solo en el uso más intensivo de los instrumentos clásicos de control, sino también en relación con la tramitación de iniciativas legislativas impulsadas por el Gobierno y, en particular, con el ejercicio del veto senatorial, un instrumento prácticamente en desuso en nuestro parlamentarismo.

Bibliografía

- Aranda Álvarez, A. (2007). Transformaciones en los instrumentos de control parlamentario. *Teoría y Realidad Constitucional*, 19, 105-134. <https://doi.org/10.5944/trc.19.2007>
- Aguiar de Luque, L. (1997). La problemática del control en la actualidad. En M. Ramírez, (coord.), *El Parlamento a debate* (73-91). Trotta.
- Aragón Reyes, M. (1986). El control parlamentario como control político. *Revista de Derecho Político*, 23, 9-39.
- Aragón Reyes, M. (1998). Sistema parlamentario, sistema presidencialista y dinámica entre los poderes del Estado. Análisis comparado. En F. Pau i Vall (coord.), *Parlamento y control del Gobierno. V Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos* (29-46). Aranzadi.
- Aragón Reyes, M. (2001). Control parlamentario. *Temas Básicos de derecho constitucional*, (177-181) lustel.
- Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (2017). *El Parlamento moderno: importancia, descrédito y cambio*. lustel.
- Bastida Freijedo, F. (1997). El control del Gobierno en el Derecho Constitucional comparado. En M. Ramírez, *El Parlamento a debate* (93-107). Trotta.
- Chueca Rodríguez, R. El control parlamentario (I): preguntas, interpelaciones, mociones, proposiciones no de ley. Comisiones de investigación. lustel.
- Fernández Sarasola, I. (2000). El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 60, 89-113.
- García-Escudero Márquez, P. (2019). Balance de la moción de censura constructiva en un Parlamento fragmentado. *Teoría y Realidad Constitucional*, 44, 101-136.
- García Morillo, J. (1985). *El control parlamentario del Gobierno en el ordenamiento español*. Congreso de los diputados.
- García Morillo, J. (1990). Algunos aspectos del control parlamentario. En A. Garrorena Morales, *El Parlamento y sus transformaciones actuales* (247-252). Tecnos.
- García Roca, J. (1997). El control del Gobierno desde la perspectiva individual del parlamentario (y a la luz del artículo 23.2 de la Constitución), *Problemas actuales del control parlamentario. VI Jornadas de Derecho Parlamentario* (225-278). Congreso de los diputados.
- García Roca, J. (2016). Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo. *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 61-99. <https://doi.org/10.5944/trc.38.2016>

- Gómez Lugo, Y. (2021). Las funciones parlamentarias en un escenario fragmentado. En I. Gutiérrez Gutiérrez y M. Salvador Martínez (eds.), *División de poderes en el Estado de Partidos* (23-52). Marcial Pons.
- Gómez Lugo, Y. (2022). Efectos de la fragmentación del Congreso en la función legislativa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 126, 155-187. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.126.05>
- López Guerra, L. (1997). El titular del control parlamentario. En *Problemas actuales del control parlamentario. VI Jornadas de Derecho Parlamentario* (155-178). Congreso de los diputados.
- Lupo, N. (2009). La funzione di controllo parlamentare nell'ordinamento italiano. *Amministrazione in Camino*.1-27.
- Manzella, A. (1993). *Il Parlamento*. Il Mulino.
- Montero Gibert, J. R. y García Morillo, J. (1994). *El control parlamentario*. Tecnos.
- Montero Gibert, J.R. (1985). Las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales: notas sobre el control parlamentario y la responsabilidad política en la Constitución española. En VVAA, *El Gobierno en la Constitución española y en los Estatutos de Autonomía*. (203-229), Diputacio de Barcelona.
- Nátera Peral, A. (2023). Oposición política. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 23, 289-310. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2022.7125>
- Nieto Jiménez, J. C. (2024). *Consecuencias de la fragmentación y la polarización en las Cortes Generales*. Tirant lo Blanch.
- Rescigno, G. U. (1967). *La responsabilità politica*. Giuffrè.
- Reviriego Picón, F. (2021). Fragmentación parlamentaria, cese del gobierno y permanencia en funciones. En I. Gutiérrez Gutiérrez y M. Salvador Martínez (coords.), *División de poderes en el Estado de Partidos* (421-438). Marcial Pons.
- Reviriego Picón, F. (2022). Calidad democrática y transición entre gobiernos. En J. Tudela Aranda y M. Koelling (coords.), *Calidad democrática y parlamento* (109-150). Marcial Pons.
- Rodríguez Teruel, J. (2021). Polarization and Electoral Realignment: The Case of the Right-Wing Parties in Spain. *South European Society and Politics*, 25 (3-4), 381-410. <https://hdl.handle.net/10550/80503>
- Rubio Llorente, F. (1994). Las comisiones parlamentarias. En J. C. Silva Ochoa (coord.), *Las Comisiones Parlamentarias* (205-223). Parlamento vasco.
- Rubio Llorente, F. (2018). El control parlamentario. En E. González Hernández y R. Rubio Núñez (coord.), *España constitucional (1978-2018): trayectorias y perspectiva*. Vol. 4 (3289-3303). CEPC.
- Sánchez Navarro, A. (1995). Control parlamentario y minorías. *Revista de Estudios Políticos*, 88, 223-255.
- Sánchez Navarro, A., (1997). *La oposición parlamentaria*. Congreso de los Diputados
- Santaolalla López, F. (1990). *Derecho parlamentario español*. Espasa-Calpe.
- Tudela Aranda, J. (2007). La renovación de la función parlamentaria de control. *Teoría y Realidad Constitucional*, 19, 75-104. <https://doi.org/10.5944/trc.19.2007>

Improbidad Administrativa (Brasil)*

Administrative Improbability (Brazil)

Vanir Fridriczewski**
 Universidad de Salamanca (España)
 ORCID ID 0000-0002-1977-9961
vanir@usal.es

Nicolás Rodríguez-García***
 Universidad de Salamanca (España)
 ORCID ID 0000-0003-0045-796X
nicolas@usal.es

Cita recomendada:

Fridriczewski, V. y Rodríguez-García, N. (2024). Improbidad Administrativa (Brasil). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 297-323

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9012>

Recibido / received: 07/05/2024
 Aceptado / accepted: 21/09/2024

Resumen

Brasil, especialmente desde la redemocratización que supuso la Constitución de 1988, ha introducido importantes cambios en su derecho sancionador. Se crearon diversos órganos con competencias sancionadoras y se estableció un sistema con múltiples ámbitos de responsabilidad. Una de estas innovaciones está referido a los llamados actos de improbidad administrativa, una peculiaridad del sistema jurídico-constitucional brasileño, sin parangón al menos en los países occidentales, que está directamente relacionada con la persecución de la corrupción pública. Por ello, este trabajo pretende examinar los principales aspectos de este

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los proyectos de investigación *PID2022-138775NB-I00*, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa, «Cumplimiento normativo y protección penal de la Administración Pública», *RED2022-134265-T* «Cultura de la legalidad y lucha contra la corrupción», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, *PID2022-138775NB-I00* «*WiS-H - A Whistleblowing Habitat in Southern Europe*», financiado por la Comisión Europea - Unión Europea (Convocatoria CERV-2023-CHAR-LITI. # 101143143) y *CIPROM 2023-64 GVA* «Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST)».

** Abogado de la Unión y Asesor de Magistrado en el Supremo Tribunal Federal de Brasil. Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Investigador del «Centro de Investigación para la Gobernanza Global» de la Universidad de Salamanca. Entre enero 2019 y enero de 2023 ha sido Director del Departamento de Patrimonio Público y Probidad de la Abogacía General de la Unión en Brasil. También, entre marzo de 2020 a marzo de 2023 fue miembro del Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF) en Brasil.

*** Catedrático de Derecho Procesal. Director del GIR «Justicia, sistema penal y criminología» y del «Grupo de Estudio contra la Corrupción». Director del «Observatorio Iberoamericano de Justicia Penal» e investigador del «Centro de Investigación para la Gobernanza Global» de la Universidad de Salamanca. Director del «Máster de Formación Permanente en Políticas Anticorrupción», del «Máster de Formación Permanente en Compliance», del «Máster de Formación Permanente en Justicia Penal» y del «Máster de Formación Permanente en Litigación Penal Estratégica».

sistema de responsabilidad, tratando de proporcionar al lector una comprensión de qué tipo de ilícito se trata, su régimen jurídico mínimo, así como las herramientas procesales para sancionar la práctica de estos actos, prestando especial atención a algunos puntos nucleares de esta materia que han sido introducidos en una reforma legislativa en el año 2021.

Palabras clave

Persecución de la corrupción, Brasil, Improbidad Administrativa.

Abstract

Brazil, especially since the redemocratization brought about by the 1988 Constitution, has introduced important changes in its sanctioning law. Several bodies with sanctioning powers were created and a system with multiple areas of responsibility was established. One of these innovations refers to the so-called acts of administrative improbity, a peculiarity of the Brazilian legal-constitutional system, unparalleled at least in Western countries, which is directly related to the prosecution of public corruption. Therefore, this paper aims to examine the main aspects of this liability system, trying to provide the reader with an understanding of what type of wrongdoing is involved, its minimum legal regime, as well as the procedural tools to punish the practice of these acts, paying special attention to some nuclear points of this matter that have been introduced in a legislative reform of 2021.

Keywords

Fight Against Corruption, Brazil, Administrative Improbity.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La identificación de un acto de improbidad administrativa. 3. Los actos de improbidad administrativa en especie. 4. Los sujetos activos de los actos de improbidad administrativa. 5. Las herramientas sancionadoras de la Ley de Improbidad Administrativa. 5.1. La peculiar acción judicial por la práctica de un acto de improbidad administrativa. 5.2. El acuerdo de no persecución civil (ANPC). 6. Conclusión.

1. Introducción

La Constitución de 1988, al promover la redemocratización en Brasil, introdujo profundos cambios en el orden jurídico-constitucional del país, incluso y especialmente con relación al sistema de derecho sancionador. Esta nueva Constitución ha mostrado una especial preocupación por el desempeño de la administración pública –y, en consecuencia, con la protección del patrimonio público–, tanto que estipuló, de manera expresa, los principios que los agentes públicos necesariamente tienen que observar en el ejercicio de sus funciones (García y Alves, 2014, p. 107), instituyéndose un amplio sistema legal para responsabilizar a los agentes públicos –y también a los particulares– por la práctica de los más variados ilícitos.

Uno de estos cambios o innovaciones derivados de la nueva Constitución brasileña fue el relativo a los llamados actos de improbidad administrativa. En este sentido, significamos como hasta la Constitución de 1988 todas las demás constituciones republicanas brasileñas contemplaron estos hechos apenas como un crimen de responsabilidad del presidente de la República y de los funcionarios estatales de alto rango. Sin embargo, en la Constitución de 1988, en un movimiento innovador y desprendido de la tradición constitucional, la llamada improbidad administrativa fue tratada como un ilícito de responsabilidad del jefe del Poder Ejecutivo y, también, como ilícito extrapenal, inaugurando una inédita modalidad sancionadora, fuera del ámbito penal y estrechamente vinculado al Derecho

Administrativo (Osório, 2010, pp. 101-103); ahora bien, sin que entre ambos se produzcan colisiones.

La Constitución de 1988 trajo la previsión en el sentido de que los actos de improbidad administrativa pueden provocar la suspensión de los derechos políticos, la pérdida del cargo público, la indisponibilidad de los bienes y el reembolso al Estado, en la forma y gradación que establezca la normativa reguladora, sin perjuicio de la acción penal que corresponda por esos hechos¹. Fue a partir de esta previsión constitucional, y de la posterior Ley 8.429, de 1992, reformada a través de la Ley 14.230, de 25 de octubre de 2021, que se desarrolló todo el sistema brasileño para el castigo de estos llamados actos de improbidad administrativa, lo que acontece a partir de la acción judicial por la práctica de acto de improbidad administrativa, una peculiar acción judicial de naturaleza civil y que, por lo tanto, es enjuiciada por los juzgados y tribunales brasileños con competencias civiles, o inclusive a través del Acuerdo de No Persecución Civil (ANPC), una herramienta de base consensual para la aplicación de la normativa sancionadora establecida en esta Ley.

Ahora bien, qué son los llamados actos de improbidad administrativa, cuál es su régimen jurídico y cuáles son las características y puntos débiles de la acción judicial y del ANPC creados para promover la responsabilización por un hecho de esta naturaleza, son algunas de las cuestiones que intentaremos contestar a través de este estudio.

2. La identificación de un acto de improbidad administrativa

Conforme a lo que ya hemos estudiado (Fridriczewski y Rodríguez-García, 2024, pp. 146-160), la Constitución brasileña de 1988 no define lo que es un acto de improbidad administrativa. Su artículo 37, párrafo 4.º, atribuyó al legislador la tarea de delimitar los contornos y las características de este ilícito, así como de fijar los criterios para su sanción, al fijar que los actos de improbidad administrativa implicarán la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de la función pública, la indisponibilidad de los bienes y el resarcimiento al erario, *en la forma y gradación prevista por la ley*, sin perjuicio de la acción penal que corresponda.

En este sentido, como punto de partida para comprender lo que es este ilícito es importante subrayar que el referido dispositivo constitucional, fuente de todo el sistema brasileño de protección de la probidad administrativa y de la represión de estos ilícitos, se inserta topográficamente en una maraña de disposiciones constitucionales, todas ellas relacionadas con el buen funcionamiento de la administración pública y la protección del patrimonio público (Freitas, 2014). De ello se puede sacar una primera conclusión: el acto de improbidad administrativa es un ilícito practicado en contra la administración y del patrimonio público.

Algunas profundizaciones deben ser hechas en cuanto al tema, las cuales involucran, en verdad, el análisis del artículo 37 de la Constitución en su totalidad. Y ello porque este artículo fija los principales aspectos del régimen jurídico de la actividad de la administración pública brasileña, del cual deriva el imperativo de la buena administración, aplicable a todos poderes del Estado brasileño y a todo el sector estatal, no importando la naturaleza ni la cualidad del órgano público o de sus titulares (Osório, 2010, p. 48). Y la buena administración, en el contexto brasileño, está referido al derecho fundamental a la administración pública eficaz, proporcional, obediente a sus deberes, con transparencia, motivación, imparcialidad y respecto a la

¹ Artículo 37, párrafo 4.º. El texto de la Constitución puede ser revisado en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

moralidad, a la participación social y a la amplia responsabilidad por sus conductas comisivas u omisivas (Freitas, 2009, pp. 20-23)².

De este artículo 37 de la Constitución, que fija imperativos y estándares para la actuación de la administración pública –ciertamente, de los agentes públicos en general–, y en especial de su párrafo 4.º, que inéditamente trata del tema probidad administrativa en la administración pública brasileña, parece derivar al menos un deber fundamental³: el deber fundamental de probidad administrativa, el cual tiene la capacidad de imponer a los agentes públicos –y a los agentes privados que les sean equivalentes– una guía de conducta orientada a la realización de los principios, derechos y valores constitucionales, entre los cuales destaca el derecho fundamental a la buena administración (Fridriczewski, 2017, p. 29).

Del deber constitucional de probidad administrativa, además, derivan obligaciones de respetar y administrar correctamente la cosa pública, y todo ello con el objetivo de cumplir mandamientos e imperativos constitucionales que, al fin del día, tienen relación con la defensa del Estado democrático de Derecho y de una administración pública republicana, cumplidora de su papel de herramienta para la defensa y realización de los derechos fundamentales de los ciudadanos y de la colectividad. Es que los que están sujetos al deber de probidad administrativa estarán sometidos, también, a un conjunto de otros deberes públicos –positivos o negativos, generales o especiales– cuya concreción será obligatoria, de modo a proteger el sector público, más concretamente los valores en él albergados (Osório, 2010, p. 109).

De estas observaciones suele derivar una primera conclusión: un acto de improbidad administrativa es un ilícito que viola o contraria el deber fundamental de probidad administrativa y qué, por lo tanto, daña fuertemente la administración pública brasileña y el Estado –la colectividad o la sociedad en general–.

En cuanto al punto lo que también subrayamos es la importancia y destaque constitucional del tema. Es que diferentemente del poder sancionador criminal –o incluso administrativo en general–, el poder punitivo por la práctica de actos de improbidad ya está plasmado y mínimamente diseñado en la propia Constitución, la cual fija el bien jurídico protegido e impone al legislador la tarea de estructurar la actividad sancionadora (Oliveira, 2009, p. 238), especialmente a través de la tipificación de los ilícitos y del establecimiento del iter procesal para juzgamiento de estos. Ahora bien, ¿cuál es el bien jurídico protegido por la Constitución y, en consecuencia, por la Ley 8.429, de 1992?

En verdad no hay uniformidad en la doctrina en cuanto a esta cuestión, habiendo una pléyade de enfoques y análisis⁴. A nuestro juicio, sin embargo, el punto esencial de origen para la adecuada comprensión del tema –y también el punto de

² Con relación a esta cuestión, Zavascki ya señaló como «el derecho a un gobierno honesto, eficaz y celoso por las cosas públicas tiene, en este sentido, un carácter transindividual al derivar, como deriva, del Estado democrático, por lo que él no pertenece a nadie individualmente: su titular es el pueblo, en cuyo nombre y en cuyo beneficio debe ejercerse el poder» (Zavascki, 2017, p. 100).

³ No es objeto de este estudio analizar la existencia, características y régimen jurídico de los llamados deberes fundamentales. Sin embargo, tal como ya hemos estudiado, admitimos la existencia de estos deberes especiales, incluso y particularmente en el régimen constitucional brasileño (Fridriczewski y Rodríguez-García, 2024, pp. 146-160). En este sentido véase, también: Fridriczewski (2017, pp. 20-30).

⁴ Véase en este sentido las aportaciones de Capez (2010, pp. 267-274), quien aporta distintas observaciones de la doctrina, y con diversos enfoques. Así, hay autores que refieren que improbidad administrativa es una inmoralidad administrativa cualificada; otros, por ejemplo, que improbidad administrativa es una inmoralidad administrativa cualificada por el daño al Estado y por la consecuente ventaja indebida para el agente público o el tercero.

llegada— es el contenido, la topografía constitucional y la importancia del artículo 37, párrafo 4.º, ya referidos.

Estamos hablando, por lo tanto, de normas y deberes, creadas por el poder constituyente y complementadas por el legislador ordinario, que tienen como fin la protección de la administración pública de manera amplia, conclusión esta que incluso deriva del artículo 1.º y su párrafo 5.º, de la Ley de Improbidad Administrativa, los cuales fijan que el sistema de responsabilización por actos de improbidad administrativa protegerá la integridad de la organización del Estado y el ejercicio de sus funciones, como forma de asegurar la integridad de los bienes públicos y sociales y que los actos de improbidad atentan contra la probidad en la organización del Estado y en el ejercicio de sus funciones y la integridad del patrimonio público y social de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como de la administración directa e indirecta, en el ámbito de la Unión, los Estados, de los Municipios y el Distrito Federal⁵.

Véase que la Ley de Improbidad Administrativa, en cumplimiento a los mandamientos constitucionales, no deja duda de su ámbito de protección: la administración pública brasileña, directa, indirecta o fundacional de cualquiera de los Poderes de la Unión, Estados, Distrito Federal, municipios, territorio, de una empresa incorporada a la propiedad pública o de una entidad para cuya creación o financiación la administración pública haya aportado o aporte más del cincuenta por ciento del patrimonio o de los ingresos anuales. La administración pública nacional, en sus varios aspectos, es el bien jurídico protegido por estas normas constitucionales e infra constitucionales.

Por supuesto que el bien jurídico «administración pública nacional», que es objeto de esta especial protección, tiene una significación amplia e involucra varios aspectos, como por ejemplo el patrimonio público en el sentido financiero —los bienes o el dinero público en sentido estricto—, bien como principios jurídicos relativos al funcionamiento de la administración pública. Y eso tiene especial significación en el caso brasileño, por cuanto la Constitución, particularmente en su artículo 37, fija que la administración pública directa e indirecta de cualquiera de los Poderes de la Unión, Estados, Distrito Federal y Municipios obedecerá a los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia⁶. Una derivación parece surgir a partir de estas disposiciones: la protección del amplio bien jurídico «administración pública» pasará o alcanzará la protección de estos principios.

Pero no es sólo eso. La Ley de Improbidad Administrativa, en cumplimiento al texto constitucional (artículo 37, párrafo 4.º), recoge disposiciones estableciendo qué en caso de daño a la administración pública este tendrá que ser indemnizado íntegramente, así como en el caso de enriquecimiento ilícito, lo que significa que el responsable por el acto de improbidad administrativa perderá los bienes o valores añadidos ilícitamente a su patrimonio⁷. Por tanto, la legislación de referencia en el tema, en el ámbito constitucional e infra constitucional, tiene como objetivo la protección de la administración pública nacional y apunta, básicamente, una especial preocupación por la protección de los principios rectores de la actuación de la administración pública y del patrimonio público en el sentido financiero, a partir del cual se trata de evitar que se pueda producir un indebido enriquecimiento de los agentes públicos.

⁵ Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

⁶ Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

⁷ Artículo 12, apartados I y II. Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

Este parece ser el ámbito y bien jurídico directamente protegido por la Constitución por medio de estos instrumentos jurídicos, así como por la propia Ley de Improbidad Administrativa, lo que entonces nos permite hacer otra aproximación a un concepto, aun no final, de lo que se considera que es un acto de improbidad administrativa: un acto ilícito que, a partir de la vulneración del deber fundamental de probidad administrativa, atenta en contra los principios rectores de la actuación de la administración pública, contra la propia organización y funcionamiento del Estado o su patrimonio, sea causando daño al Estado/administración pública, sea resultando en el enriquecimiento indebido de los agentes públicos⁸.

Y esta idea parece que fue reforzada con la reforma de la Ley de Improbidad Administrativa, promovida por la Ley 14.230, de 2021, la cual, en su artículo 1.º, pasó a establecer que el sistema de responsabilización por actos de improbidad administrativa protegerá la integridad de la organización del Estado y el ejercicio de sus funciones, como forma de asegurar la integridad de los bienes públicos y sociales, al entender que los actos de improbidad atentan contra la probidad en la organización del Estado y en el ejercicio de sus funciones y la integridad del patrimonio público y social de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como de la administración directa e indirecta, en el ámbito de la Unión, los Estados, de los Municipios y el Distrito Federal⁹.

Esta concepción de lo que sea un acto de improbidad administrativa, que, por supuesto, puede ser complementada, nos permite aproximarla de la concepción del fenómeno corrupción pública, con la siguiente relación que proponemos: corrupción pública es el género, del cual los actos de improbidad administrativa son la especie¹⁰.

Más en concreto. El fenómeno corrupción pública puede ser comprendido cómo un atentado contra el Estado/administración pública por quebrantamiento de los deberes inherentes a la relación jurídica establecida entre el agente público y el Estado, siendo movido siempre por la expectativa de obtener un beneficio extra posicional a los participantes, lo cual (i) no necesariamente precisa ser alcanzado y (ii) no siempre es de naturaleza económica o (iii) representa perjuicio financiero al Estado, siendo que no necesariamente equivale a un hecho tipificado como delito por el Derecho Penal –o sea, es un fenómeno más amplio que determinados tipos penales relativos a los crímenes contra la administración pública, nacional o extranjera, por ejemplo– y para cuya práctica no es obligatoria la participación de un agente corruptor

⁸ Antes del advenimiento de la Ley 14.230, de 2021, un acto de improbidad administrativa, por ejemplo, así era definido por la doctrina: «Además de los actos que conducen al enriquecimiento ilícito, al daño al erario y los que resultan de la concesión o aplicación indebida de beneficios financieros o tributarios, la improbidad administrativa en el derecho brasileño abarca todas y cada una de las violaciones de los principios que rigen la administración pública, según lo establecido en el artículo 11 de la Ley 8.429/1992. [...] La improbidad es un tipo de ilegalidad calificada por la intención (dolo o, excepcionalmente, culpa grave) de violar la ley y por la gravedad del daño al ordenamiento jurídico. En otras palabras: la calificación de la improbidad depende de la demostración de mala fe o deshonestidad, y no se limita a la mera ilegalidad, así como a la lesión grave de los bienes protegidos por la Ley de Improbidad Administrativa [...]» (Neves y Oliveira, 2020, pp. 7-9).

⁹ Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

¹⁰ Hay autores en Brasil, sin embargo, que entienden que la corrupción es solo una de las caras de la improbidad administrativa, la cual tiene un espectro de mayor amplitud, abarcando conductas que no podrían ser clasificadas como corrupción. Concluyen, así, que improbidad administrativa es el género dentro del cual los actos de corrupción son la especie (García y Alves, 2014, pp. 51). Esta afirmación entendemos que no está equivocada si la confrontamos estrictamente, por ejemplo, con los tipos penales de corrupción pasiva y corrupción activa. Pero esta definición o concepción parecerá incorrecta si la confrontamos, por ejemplo, con el cuadro de conductas no exhaustivo presentado por Rose-Ackerman y Palifka (2019, pp. 41-42) para intentar comprender el fenómeno corrupción.

y de un agente corrompido, pudiendo, pues, verificarse solo con la participación del agente público (Fridriczewski y Rodríguez-García, 2023, pp. 29-93).

Hay un punto elemental en esta concepción: el quebrantamiento de los deberes inherentes a la relación jurídica establecida entre el agente público y el Estado/administración pública. Lo que importa subrayar, en este sentido, es que los actos de corrupción pública siempre serán tildados con esta característica; es decir, serán actos voluntarios practicados en disconformidad con lo que legalmente deriva de la relación existente entre el agente público y el Estado, en una verdadera traición al Estado o administración pública y en perjuicio a él en sentido amplio.

A su vez, la calificación o tipificación de este acto como ilícito de cualquier que sea la naturaleza –penal, administrativa o de otra naturaleza, como pasa con el llamado acto de improbidad administrativa aquí analizado– será consecuencia, básicamente, de las características y de los principios fundamentales del ordenamiento jurídico-constitucional, conclusión esta que deriva, entre otros, de disposiciones como el artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en el que establece que cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la Convención, siendo que con sujeción a los principios jurídicos del Estado Parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa.

En el caso brasileño es importante subrayar que este mandato fue desarrollado con un sistema de múltiples instituciones y múltiples ámbitos de responsabilidad para la sanción de hechos ilícitos, entre los cuales está la corrupción con sus variadas caras, siendo que el ámbito político-civil de responsabilización, que presupone la práctica de un acto de improbidad administrativa, es uno de estos campos en que puede ocurrir el castigo de determinados actos de naturaleza corrupta.

Así, hablar en Brasil de improbidad administrativa o de acto de improbidad administrativa es hablar de corrupción pública. Un acto de improbidad administrativa, por lo tanto, es una especie o modalidad de acto de corrupción¹¹ que, de conformidad con la tipificación adoptada por el legislador, puede resultar en un enriquecimiento indebido (artículo 9 de la Ley), un daño al erario (artículo 10 de la Ley) o, inclusive, en una vulneración de los principios rectores de la actuación de la administración pública (artículo 11 de la Ley).

Por esto, se puede afirmar que un acto de improbidad administrativa es un acto voluntario –doloso, por lo tanto– que atenta contra el Estado/administración pública al quebrantarse los deberes inherentes a la relación jurídica establecida entre el agente público y el Estado, especialmente el deber de probidad administrativa, y que podrá representar una vulneración a los principios rectores de la actuación de la

¹¹ Algunos autores analizan el tema refiriéndose a la corrupción sólo como correspondiendo a los tipos penales de corrupción activa y pasiva, afirmando que corrupción e improbidad no se confunden, siendo figuras distintas y que sólo en algunos casos determinada conducta puede configurar tanto un acto de improbidad como un crimen de corrupción activa y pasiva (Justen Filho, 2022, pp. 11-12). A nuestro juicio esta interpretación no está equivocada, sino que es incompleta. En verdad, si es confrontada con los tipos de corrupción activa y pasiva previstos en el Código Penal ella se presenta como correcta. No obstante, como aquí hemos planteado, el fenómeno de la corrupción es mucho más amplio que estos tipos penales, lo que hace con que esta percepción sea parcial o insuficiente para una adecuada comprensión de la problemática que involucra corrupción y los llamados actos de improbidad administrativa.

administración pública, daño al erario o, también, en un enriquecimiento indebido de los agentes involucrados en el hecho.

Y esta comprensión de un acto de improbidad administrativa como siendo una especie del género corrupción pública con estas características quedó más clara con el advenimiento de la Ley 14.230, de 2021, la cual, reformando en el punto la Ley de Improbidad Administrativa, definió que hay actos de improbidad administrativa cuando las conductas tipificadas en la Ley sean practicadas de manera dolosa, en el sentido de que concurre una voluntad libre y consciente de alcanzar el resultado ilícito tipificado en la norma, no bastando la simple voluntariedad del agente en la conducta^{12 13}.

A partir de este entendimiento de lo que es un acto de improbidad administrativa, la cuestión que surge es cuál es el contenido considerado ilícito por la Ley –contenido de los tipos ilícitos– y quiénes pueden ser los sujetos activos de estos ilícitos, cuestiones que analizaremos a continuación.

3. Los actos de improbidad administrativa en especie

En línea con lo que ya hemos expuesto, la opción legislativa brasileña fue considerar como actos de improbidad administrativa los hechos que puedan resultar en enriquecimiento indebido (artículo 9 de la Ley), daño al erario (artículo 10 de la Ley) o, aun, violación a principios de la administración pública (artículo 11 de la Ley) cuando sean practicados de manera libre y consciente con miras a la obtención de un resultado prohibido. Estamos, pues, ante de una previsión que dejó clara la deshonestidad –la mala fe derivada o cuando menos el quebrantamiento del deber fundamental de probidad administrativa– con la administración pública como uno de los principales rasgos distintivos de los actos de improbidad administrativa¹⁴.

La conducta libre y consciente del agente público pretendiendo alcanzar el resultado prohibido por la Ley –dolo– evidencia su proceder deshonesto y de mala fe con el Estado/administración pública, siendo estos los hechos elegidos por el legislador reformador como posibles a ser sancionados en los términos de la Ley de Improbidad Administrativa –especial–.

Debemos destacar que hay algunas peculiaridades en estas disposiciones legales que necesariamente tienen que ser destacadas.

¹² Artículo 1.º de la Ley. Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

¹³ Algunos autores entienden que al exigir para el castigo la voluntad libre y consciente de alcanzar el resultado ilícito tipificado en la norma, no siendo suficiente la simple voluntariedad en la conducta del agente, pero sí su intención deliberada de practicar una de las infracciones previstas en la Ley, el legislador aparentemente confundió los conceptos de dolo, actos voluntarios y conciencia sobre la ilicitud de los hechos. Véase, en este sentido, a Cavalcante Filho, Monteiro Neto, Oliveira y Pinheiro, 2021, pp. 24-25.

¹⁴ Antes del advenimiento de la Ley 14.230, de 2021, la redacción de la Ley de Improbidad Administrativa, en su artículo 10, preveía la posibilidad de sancionar actos culposos de improbidad administrativa que causasen daño a la administración pública. La cuestión fue objeto de innumerables controversias en la doctrina y en la jurisprudencia. El Superior Tribunal de Justicia (STJ), apoyado en la doctrina, fijó jurisprudencia en el sentido de exigir el elemento deshonestidad o mala fe por parte del autor (dolo) para caracterizar los actos de improbidad administrativa tipificados en los artículos 9 (enriquecimiento indebido) y 11 (violación de los principios) de la Ley 8.429, de 1992, admitiéndose, sin embargo, el elemento culpa para la caracterización de actos de improbidad administrativa que resultasen en daño a la administración pública (artículo 10). Como ejemplo apuntamos la sentencia del STJ en el Agravo Interno en el Recurso Especial n.º 1.362.044/SE, Magistrado Og Fernandes, Segunda Turma, juzgado en 9 de noviembre de 2021. Disponible en https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201300048983&dt_publicacao=16/12/2021. En este sentido véanse también los apuntes de Ferreira (2019) y Cabral (2017, pp. 247-268).

Empezando por el artículo 9.º, en su actual redacción, hecha por la Ley 14.230, de 2021, en el que se fija que constituye un acto de improbidad administrativa, que tiene como resultado un enriquecimiento ilícito obtenido mediante la práctica de un acto doloso, cualquier tipo de ventaja patrimonial indebida con ocasión del ejercicio de un cargo, mandato, función, empleo o actividad en las entidades a que se refiere el artículo 1.º de la Ley, el cual recoge un paquete de conductas que pueden llevar al resultado prohibido de un enriquecimiento indebido¹⁵.

En cuanto a este dispositivo, lo que importa subrayar es que el compendio de las situaciones descritas y que pueden tener como consecuencia un enriquecimiento indebido de los agentes públicos no se presenta, a nuestro entender, como cerrado, interpretación que puede ser construida a partir de la propia literalidad de la norma, la cual, en el encabezado del artículo, después de describir la prohibición del resultado del enriquecimiento, añade la expresión «en particular» y, a continuación, pasa a describir conductas o situaciones que pueden llevar a este resultado. En verdad, lo que la norma hace es prohibir el enriquecimiento indebido básicamente a partir de que se puedan dar una de estas tres posibles conductas por parte del agente público: (a) que reciba una ventaja indebida, (b) que se apropie indebidamente de bienes o valores de la administración pública, o (c) que adquiera bienes de manera desproporcionada a su renta o situación patrimonial.

De esto puede resultar que el enriquecimiento ilícito no necesariamente estará acompañado de una situación de daño al erario (Costa y Barbosa, 2022, pp. 70-71; Justen Filho, 2022, pp. 82-83; Mudrovitsch y Nóbrega, 2022, p. 121), como por ejemplo en el caso de que alguien –un particular, hipotéticamente– dé una ventaja indebida para que un agente público acelere el trámite de un procedimiento administrativo de interés del responsable por el pago de la ventaja (apartado I del artículo 9.º). De igual manera, no necesariamente se dará la participación de un tercero para la caracterización del ilícito, como por ejemplo en el caso de incorporación, de cualquier forma, en el patrimonio del agente público, de bienes, rentas, fondos o valores que formen parte del patrimonio de las entidades públicas referidas en la Ley (apartado IX del artículo 9.º), hecho que se aproxima a la figura penal del peculado –malversación de caudales públicos–¹⁶.

A partir de estas observaciones y del examen del texto legal, lo que se puede afirmar es que en la configuración de este hecho de improbidad administrativa deben estar presentes, al menos, estos requisitos: (a) obtención o ingreso de una ventaja indebida o bien en el patrimonio del agente público, independientemente de la caracterización de daño al erario; (b) conducta dolosa del agente público o del tercero que hace el pago de la ventaja indebida; y (c) existencia de un nexo causal entre la obtención de la ventaja indebida y la conducta de aquél que ocupa un cargo o puesto público (Neves y Oliveira, 2022, p. 26).

Junto a lo ya comentado, aunque se trate de un ilícito de naturaleza político-civil –no penal, por lo tanto–, lo que se observa es que esta disposición normativa guarda relación, al menos, con tres hechos previstos en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y tipificables como delitos. Por una parte, dos de ellos de tipificación *obligatoria*: la aceptación por un funcionario público, de forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad (art. 15.b) y la malversación –o peculado–, apropiación

¹⁵ Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

¹⁶ Código Penal de Brasil: Peculado. Art. 312: «Un funcionario público se apropia de dinero, valores o cualquier otro bien mueble, público o privado, del que esté en posesión por razón de su cargo, o lo desvía en beneficio propio o de terceras personas».

indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (art. 17). Por otra parte, otro de tipificación *facultativa*: el enriquecimiento ilícito, o sea, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él (art. 20).

La segunda modalidad o especie de ilícito previsto en la Ley de Improbidad Administrativa está descrito en su artículo 10, el cual, con la redacción otorgada por la Ley 14.230, de 2021, fija que constituye un acto de improbidad administrativa que causa perjuicio al erario toda acción u omisión dolosa que, de manera efectiva y demostrable, dé lugar a la pérdida de bienes, desvío, apropiación, malversación o deterioro de los bienes o haberes de las entidades a que se refiere esta Ley.

La norma, pues, reserva las sanciones de la Ley de Improbidad Administrativa a los hechos practicados con dolo –esto es, mala fe, deslealtad o deshonestidad con el Estado/administración pública y que resultan daño al erario–, lo que no impide que otras conductas, menos gravosas e incluso practicadas con culpa, sean sancionadas de otras maneras o generen otras obligaciones, como aquellas previstas, por ejemplo, en la legislación civil, las cuales, por supuesto, se diferencian de las consecuencias y sanciones previstas en esta Ley especial. Junto a ello, el artículo presenta un rol de conductas que pueden llevar al resultado prohibido daño al erario¹⁷.

Una observación que necesariamente debe ser hecha está relacionada con el alcance del dispositivo, el cual trata de tipificar como ilícitas las acciones u omisiones que resultan en daño al erario, o sea, abarca los bienes de valor económico-financiero que pertenecen a la Unión, a los Estados, al Distrito Federal, a los municipios y a las demás entidades referidas en la Ley de Improbidad Administrativa, concepto este que es más restringido cuando lo comparamos, por ejemplo, con el genéricamente llamado patrimonio público, expresión dotada con un sentido más amplio en el sistema jurídico brasileño y que abarca el conjunto de bienes e intereses de naturaleza moral, económica, estética, artística, histórica, ambiental y turística que pertenecen a las personas jurídicas de Derecho público referidas en la Ley de Improbidad Administrativa (Costa y Barbosa, 2022, pp. 89-91).

Lo que también debe ser apuntando es que, así como pasa con el artículo 9.º ya analizado, la redacción dada a las situaciones descritas en el artículo 10 y que pueden generar un daño al erario no es excluyente, interpretación que también puede ser construida a partir de la literalidad de la norma, la cual en el *caput*, después de describir la prohibición del resultado «causación, de manera dolosa, de un daño al erario», añade la expresión «en particular» para, a partir del mismo, describir conductas o situaciones que pueden llevar a este resultado. En verdad, lo que la norma hace es prohibir la práctica de acciones u omisiones dolosas que resulten en daño al erario, presentando un rol ejemplificativo de hechos que pueden ser llevados a cabo por agentes públicos y que tienen la potencialidad de causar este resultado¹⁸, sin perjuicio de la generación del daño a través de otras conductas no previstas en la Ley.

Llegamos al último ilícito tipificado en la Ley de Improbidad Administrativa. El artículo 11 describe los llamados actos de improbidad administrativa que resultan en violación a los principios de la administración pública. De los ilícitos tipificados en la

¹⁷ Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

¹⁸ El STJ ya se manifestó en el sentido de entender que el conjunto de las conductas del artículo 10 de la Ley de Improbidad Administrativa es ejemplificativo. Véase, en este sentido, la sentencia del Recurso Especial 1.130.318, relator Magistrado Herman Benjamin, juzgado en 27 de abril de 2010. Disponible en https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200901461676&dt_publicacao=27/04/2011

Norma este fue el que sufrió los mayores cambios con la reforma operada en 2021, por cuanto en la redacción original él describía un conjunto de conductas no exhaustivo que podrían resultar en violación a principios de la administración pública¹⁹²⁰, lo que era objetivo de muchas críticas, ya que a consecuencia de su carácter abierto había la posibilidad de que la aplicación del citado precepto legal llevase a situaciones de discrecionalidad –o arbitrariedad– del intérprete, dando lugar a una situación de inseguridad (Peixoto, 2016). Esta situación o carácter de la norma cambió profundamente con el cambio legislativo de 2021, y ello porque la Ley de Reforma pasó a considerar el listado de las conductas a ser sancionadas como cerrado²¹, hecho que inclusive fue enfatizado por el relator del proyecto de ley en la Cámara de los Diputados²².

Curiosamente si antes de la reforma el blanco de todas las críticas fue el carácter abierto de la norma, ahora, cambiado en sentido opuesto, no han arreciado los cuestionamientos. Por ejemplo, se señala que situaciones graves que antes podrían ser sancionadas como acto de improbidad administrativa por vulneración de los principios de la administración pública, lo que, por ejemplo, sucede en casos de acoso moral o sexual llevado a cabo por un agente público en los cuales se da un desvío en la finalidad y un quebrantamiento de la imparcialidad, ahora ya no lo pueden ser al no estar explicitadas en texto del precepto (Costa y Barbosa, 2022, p. 121)²³.

Además, hay otra particularidad que debe ser subrayada en cuando al ilícito tipificado en este artículo: él puede caracterizarse independientemente de que se haga un daño al erario (Costa y Barbosa, 2022, p. 122) o haya un enriquecimiento indebido del agente público o de un tercero, como incluso está previsto expresamente en el párrafo 4 del artículo 11. Dicho de otra manera –y esto se aplica a todos los ilícitos tipificados en la Norma–, los ilícitos previstos en la Ley de Improbidad Administrativa pueden resultar en un enriquecimiento ilícito, un daño al erario o una

¹⁹ Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

²⁰ El carácter no agotador del contenido previsto en la redacción original del artículo fue reconocido por el Superior Tribunal de Justicia. Véase, en este sentido, la sentencia del Agravo Interno en el Recurso Especial n.º 1.793.893/CE, relator Magistrado Herman Benjamin, juzgado en 10/8/2021. Disponible en https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900004364&dt_publicacao=18/10/2021

²¹ Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

²² Véase, en este sentido, el parecer presentado por el relator, Diputado Carlos Zarattini, disponible en https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01lo7s1c3oyxmw75jtv7dfxg19577109.node0?codteor=2028078&filename=Tramitacao-PL+2505/2021+%28N%C2%BA+Anterior:+pl+10887/2018%29. En cuanto a esta cuestión indicada, así fue señalada en el referido parecer: «[...] En este sentido, el principal cambio que cabe destacar en relación con el primer informe se refiere a los actos de improbidad administrativa que violan los principios de la Administración Pública (art. 11). Tras un largo debate con la comunidad especializada, se llegó al acuerdo de que la exclusión total de este tipo de improbidades no sería la mejor opción legislativa, dada la necesidad de imponer sanciones más severas a los funcionarios públicos que realicen actos que atenten inequívocamente contra los principios consagrados en el ordenamiento constitucional. Por ello, se optó por volver a la redacción anterior del artículo 11, pero estableciendo una lista cerrada de conductas que tipifican la improbidad como ilícitos contra los principios administrativos. La solución pretende, al mismo tiempo, tanto prestigiar la protección de los mandatos constitucionales como garantizar la necesaria seguridad jurídica a los gestores públicos».

²³ A nuestro juicio, la redacción original del dispositivo efectivamente tenía un contenido muy abierto, lo que permitía un amplio margen de discrecionalidad para la imputación de la práctica de un acto de improbidad administrativa por violación de los principios rectores de la actuación de la administración pública, lo que genera cierto margen de inseguridad jurídica, algo que debe ser evitado en materia de derecho sancionador. Por eso nos parece que ha sido acertado el proceder del legislador reformador al prever una regulación cerrada de las conductas que caracterizan a estos ilícitos. Pero esto no quiere decir que la enumeración no hubiera podido hacerse extensiva a otras conductas, como por ejemplo el acoso sexual, hechos que a nuestro juicio son graves e incompatibles con la dignidad de las funciones públicas.

violación a los principios de la administración pública, resultados estos que, a función de su gravedad y de las conductas llevadas a cabo, pueden acumularse o no.

4. Los sujetos activos de los actos de improbidad administrativa

Como ya hemos apuntado, un acto de improbidad administrativa es una especie o modalidad de acto de corrupción pública que, de conformidad con la tipificación adoptada por el legislador, puede generar un enriquecimiento indebido (artículo 9.º de la Ley), un daño al erario (artículo 10 de la Ley) o, inclusive, una violación de los principios de la administración pública (artículo 11 de la Ley).

Ahora bien, lo que importa subrayar es que la Ley de Improbidad Administrativa, en su redacción original, fijó que los actos de improbidad practicados por cualquier agente público –servidor o no–, en contra la administración directa, indirecta o fundacional de cualquiera de los Poderes de la Unión, Estados, Distrito Federal, Municipios, Territorio, de una empresa incorporada al patrimonio público o de una entidad para cuya creación o financiación la administración pública haya aportado o aporte más del cincuenta por ciento del patrimonio o de los ingresos anuales, serán sancionados en la forma prevista en esta Ley²⁴.

Este punto fue modificado en la reforma de 2021, pasando a ser regulado en los artículos 2.º²⁵ y 3.º²⁶ de la Ley, según los cuales para los efectos de esta Ley, se considera agente público al agente político, al servidor público y a todo aquel que ejerza, aunque sea temporalmente o sin remuneración, por elección, nombramiento, contratación o cualquier otra forma de investidura o vínculo, mandato, cargo, empleo o función en las entidades a que se refiere el artículo 1.º de esta Ley, siendo que las personas naturales o jurídicas que celebren convenio, convenio de cesión, convenio de gestión, convenio de sociedad, convenio de cooperación o adecuación administrativa equivalente para la administración o aplicación de recursos de origen público también están sujetos a la aplicación de las sanciones de la Ley.

Si bien se han producido cambios en la redacción de la norma de referencia, ello no ha frenado el advenimiento de nuevos cuestionamientos. Las críticas ahora parten del cambio de la anterior expresión «cualquier agente público» por la actual frase, para nada acotadora, «para los efectos de esta Ley, se considera agente público al agente político, al servidor público y a todo aquel que ejerza, aunque sea temporalmente o sin remuneración, por elección, nombramiento, contratación o cualquier otra forma de investidura o vínculo, mandato, cargo, empleo o función en las entidades a que se refiere el artículo 1.º de esta Ley».

Sin embargo, lo más importante que hay que enfatizar es que la Ley de Improbidad Administrativa, según nuestro criterio²⁷, es una norma sancionadora con características de generalidad²⁸, creada para ser aplicada a todos los agentes

²⁴ Art. 1.º: «Los actos de improbidad cometidos por cualquier agente público, sea o no servidor público, contra la administración directa, indirecta o fundacional de cualquiera de los poderes de la Unión, de los Estados, del Distrito Federal, de los Municipios, de un Territorio, de una empresa incorporada al patrimonio público o de una entidad para cuya creación o financiación el erario haya contribuido o contribuya con más del cincuenta por ciento del patrimonio o de los ingresos anuales, serán castigados de acuerdo con esta Ley».

²⁵ Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

²⁶ Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm

²⁷ En este sentido, ya se afirmó que la Ley de Improbidad Administrativa es un modelo de norma general, aplicable, en principio, a todos los agentes públicos brasileños, con excepción, sin embargo, de algunas situaciones específicas previstas en las Leyes o en la Constitución (Fridriczewski, 2017, pp. 31-40).

²⁸ Otros autores consideran que la Ley de Improbidad Administrativa es, de hecho, una Ley General de Improbidad Administrativa (LGIA) y un Código General de Conducta, con normas legales, contundentes

públicos brasileños, conclusión que derivaba de la redacción original de su artículo 1.º, el cual, textualmente, establecía que los actos de improbidad practicados por cualquier agente público, servidor o no, en contra la administración directa, indirecta o fundacional de cualquiera de los Poderes de la Unión, Estados, Distrito Federal, Municipios, Territorio, de una empresa incorporada a la propiedad pública o de entidad para cuya creación o financiación la administración pública haya aportado o aporte más del cincuenta por ciento del patrimonio o de los ingresos anuales, será sancionada en la forma de esta Ley.

Si esto es así, no se puede ignorar la existencia de una hipótesis restrictiva prevista en la Constitución –y que es repetida en la legislación ordinaria–, que parece impedir la aplicación de la Ley de Improbidad Administrativa para el castigo de un agente público específico, como es el caso del Presidente de la República.

En efecto, exceptuando todas estas disposiciones constitucionales y legales que imponen la aplicación de la Ley de Improbidad Administrativa a cualquier agente público, la propia Constitución de Brasil, en su artículo 85, de manera expresa fija que son crímenes de responsabilidad los actos del Presidente de la República que vulneren la Constitución y, en especial, los practicados en contra la probidad en la administración²⁹, previsión esta repetida en la Ley 1.079, de 1950³⁰. Por tanto, el propio legislador constituyente, al igual que el legislador ordinario, aportó un tratamiento específico para el tema cuando el involucrado en los actos que atentan en contra la probidad de la administración sea el Presidente de la República.

Indiscutiblemente, al tratar del régimen específico de responsabilización de una autoridad especial, en particular el Presidente de la República, el propio constituyente originario planteó una regla especial: los actos por él practicados en contra la probidad en la administración pública serán considerados ilícitos pero de otra naturaleza, concretamente crímenes de responsabilidad. Y esta definición del constituyente originario tuvo una inmediata consecuencia: estos actos practicados por el Presidente sólo pueden ser sancionados en este propio y especial ámbito a través del proceso de destitución –*impeachment*–, juzgado en el ámbito del Senado Federal³¹.

Conforme a ello, no está planteada una hipótesis de exención de responsabilidad por la comisión de un acto de improbidad administrativa. Estamos ante un sistema o régimen específico y especial de responsabilidad del Presidente de la República, en el que los actos practicados en contra la probidad de la administración son considerados otra modalidad de ilícito, que no tiene parangón con otra previsión en el texto constitucional o en la legislación ordinaria y que, por lo tanto, no es extensible a otros agentes públicos brasileños, los cuales están sujetos, por lo tanto, a la general aplicabilidad de la Ley de Improbidad Administrativa, como aquí ya se ha significado³².

y orientadoras para todo el sector público en sus aspectos fundamentales. Véase, en este sentido, Oliveira y Pires (2014, pp. 427-452).

²⁹ Art. 85: «Son crímenes de responsabilidad los actos del Presidente de la República que atenten contra la Constitución Federal y, en particular, contra los siguientes: [...] V. la probidad en la administración».

³⁰ Disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11079.htm

³¹ Art. 52: «Corresponde exclusivamente al Senado Federal: I. Procesar y juzgar al Presidente y al Vicepresidente de la República por delitos de responsabilidad, así como a los Ministros de Estado y a los Comandantes de la Marina, del Ejército y de la Fuerza Aérea por delitos de la misma naturaleza que les sean conexos».

³² Este entendimiento también ya fue manifestado por el Supremo Tribunal Federal de Brasil (STF). En este sentido, véase, por ejemplo, el juzgado en el Agravo Regimental en la Petición 3.240, Relator para la sentencia Magistrado Roberto Barroso, decisión publicada en 22 de agosto de 2018. Disponible en www.stf.jus.br

Lo que se puede afirmar, entonces, es que la Ley de Improbidad Administrativa, con excepción del Presidente de la República, es una norma sancionadora que tiene como destinatarios de sus sanciones³³ todos los agentes públicos brasileños involucrados en la comisión de uno de los ilícitos tipificados en esta Ley. En otras palabras, sin la presencia de un agente público brasileño en la comisión de los hechos tipificados en la Ley no hay acto de improbidad administrativa.

Si esto es así, no se puede olvidar también que referida Ley prevé la posibilidad de castigar a terceras personas involucradas en los hechos practicados por los agentes públicos. Y esta posibilidad deriva de su artículo 3.º, el cual establece que las disposiciones de la Ley son aplicables, en su caso, a quienes, aun no siendo agente público, induzcan o colaboren intencionalmente en la práctica de un acto de improbidad administrativa³⁴. Conforme a ello, a estos terceros se les responsabilizará como coautores o partícipes de los ilícitos practicados por el agente público, pues, como ya hemos apuntado, son los agentes públicos quienes tienen condiciones de practicar los ilícitos a través de la realización de conductas materiales –positivas o negativas– y del quebrantamiento, a consecuencia de ello, del deber de probidad y de los deberes inherentes a la relación jurídica que mantienen con el Estado/administración pública.

Entonces, es esencial enfatizar el hecho de que si no hay un agente público no se dará un acto de improbidad administrativa. Esto, sin embargo, no impide que el tercero o particular sea, por ejemplo, el mentor intelectual del acto de improbidad administrativa, que sea el verdadero «director» de los ilícitos (Figueiredo, 2009, p. 58), razón por la cual la doctrina califica a esta persona como sujeto activo impropio de un acto de improbidad administrativa (Lucon, 2020, pp. 197-214).

Muchas son las cuestiones que afloran con relación a la participación de los terceros en estos ilícitos. Hay un punto, sin embargo, que parece tener gran importancia y que sirve para demostrar la peculiaridad de esta posibilidad de responsabilización de estos terceros por la práctica de un acto de improbidad administrativa, lo que puede ser colegido a partir del análisis del acto de improbidad administrativa previsto en el artículo 9.º. Tal y como ya hemos referenciado, este

³³ Las sanciones, que no se confunden con la obligación de reparar el daño y que pueden ser aplicadas individual o acumulativamente, están previstas en el artículo 12 de la Ley de Improbidad Administrativa, y son las siguientes: «Con independencia de la reparación íntegra del daño patrimonial, si lo hubiere, y de las sanciones penales comunes y de responsabilidad, civiles y administrativas previstas en la legislación específica, al responsable del acto de improbidad se le imponen las siguientes sanciones, que podrán aplicarse individual o acumulativamente, según la gravedad del hecho:

I. En el caso del artículo 9 de la presente Ley, la pérdida de los bienes o los valores incorporados ilícitamente al patrimonio, la pérdida del cargo público, la suspensión de los derechos políticos hasta 14 (catorce) años, el pago de una multa civil equivalente al importe del incremento patrimonial y la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas o de percibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, aunque sea a través de una persona jurídica de la que sea socio mayoritario, por un plazo no superior a 14 (catorce) años.

II. En el caso del artículo 10 de esta Ley, la pérdida de los bienes o valores ilícitamente agregados al patrimonio, si concurre esta circunstancia, la pérdida de cargo público, la suspensión de los derechos políticos hasta 12 (doce) años, el pago de una multa civil equivalente al monto del daño y la prohibición de contratar con el poder público o de recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, aunque sea a través de una persona jurídica de la cual sea accionista mayoritario, por un período no superior a 12 (doce) años.

III. En el caso del artículo 11 de esta Ley, el pago de una multa civil de hasta 24 (veinticuatro) veces el importe de la remuneración percibida por el agente y la prohibición de contratar con el poder público o de recibir beneficios o incentivos fiscales o crediticios, directa o indirectamente, aunque sea a través de una persona jurídica de la que sea accionista mayoritario, por un período no superior a 4 (cuatro) años».

³⁴ Art. 3.º: «Las disposiciones de esta Ley se aplicarán, en su caso, a quien, aun sin ser agente público, induzca o concurra dolosamente en la comisión de un acto de improbidad».

artículo prohíbe el enriquecimiento indebido del agente público, básicamente a partir de la concurrencia de tres posibles resultados o conductas: (a) el recibir una ventaja indebida; (b) la apropiación indebida de bienes o valores de la administración pública; y (c) la adquisición de bienes de manera desproporcional a la evolución patrimonial o renta del agente público.

El que reciba una ventaja indebida el agente público, recordemos, equivale al delito del soborno pasivo. Sin embargo, este ilícito que la Ley sanciona no se correlaciona con que en la Ley de Improbidad Administrativa se consigne la tipificación del ilícito «pago de soborno» o «soborno activo». Y esto justamente en función del objetivo principal de la Ley, que es instituir un régimen de punición para los agentes públicos que practican los llamados actos de improbidad administrativa. Con este marco regulador lo que podemos observar es que, en estos casos, el particular *pagador* del soborno puede ser sancionado no por la práctica del soborno activo, pero sí, por su participación en el soborno pasivo llevado a cabo por un agente público.

En esencia: los terceros pueden ser responsabilizados como coautores o partícipes en los ilícitos practicados por el agente público, siempre observando la relación o exigencia de que sin un agente público no hay un acto de improbidad administrativa. No parece equivocado, así, afirmar que la posibilidad de exigir responsabilidades a un tercero es secundaria o dependiente de la que se haga con relación al agente público.

5. Las herramientas sancionadoras de la Ley de Improbidad Administrativa

La Ley de Improbidad Administrativa, en su redacción original, sólo preveía la acción judicial como instrumento para hacer cumplir la parcela del derecho sancionador que regula, e incluso prohibía expresamente la transacción o negociación en estas acciones (artículo 17, párrafo 1.º, en su redacción original³⁵). Este escenario se modificó con el advenimiento de la Ley 14.230, de 2021, cuando pasó a reglamentar el acuerdo civil de no persecución civil (ANPC). En este momento, por lo tanto, hay dos herramientas disponibles para sancionar las infracciones tipificadas en esta ley.

5.1. La peculiar acción judicial por la práctica de un acto de improbidad administrativa

La acción judicial por la práctica de un acto de improbidad administrativa, prevista en los artículos 16 y 17 de la Ley de Improbidad Administrativa, fue la herramienta procesal contenciosa creada por el legislador brasileño para enjuiciar y responsabilizar a los involucrados en la comisión de uno de los ilícitos tipificados en esta Ley.

El régimen jurídico de esta acción, que puede ser presentada por el Ministerio Público o por la persona jurídica de Derecho público víctima del acto de improbidad administrativa³⁶, fue profundamente alterado con ocasión de las reformas de 2021.

³⁵ Art. 17. *A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.*

§ 1º *É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.*

³⁶ La redacción original de la Ley de Improbidad Administrativa tenía la previsión en el sentido de que la acción podría ser enjuiciada o por el Ministerio Público o por la persona jurídica de derecho público interesada, o sea, por la víctima del acto de improbidad administrativa (artículo 17), o aún en litisconsorcio (legitimidad activa concurrente y disyuntiva entre el Ministerio Público y la entidad pública víctima del acto ilícito). La reforma promovida por la Ley 14.230, de 2021, cambió esta previsión para fijar que sólo el Ministerio Público tendría esta legitimidad. La cuestión, sin embargo, fue sometida al Supremo Tribunal Federal a través de las Acciones Directas de Inconstitucionalidad 7.042 y 7.043. El STF, el 31 de agosto de 2022, reconoció que las entidades públicas que hayan sufrido pérdidas o daños como consecuencia

El primer punto importante que planteamos es el cuestionamiento de cuál es la naturaleza jurídica de esta acción. Desde el advenimiento de la Ley de Improbidad Administrativa en 1992 surgieron dudas y discusiones relacionados con esta pregunta, pudiendo apuntar la existencia de tres planteamientos divergentes: (a) el primero entiende que sus efectos son de carácter administrativo y patrimonial, es decir, civil en sentido amplio; (b) el segundo defiende que esta acción contiene, preponderantemente, contenidos de Derecho Penal; y (c) un tercer grupo adopta una posición ecléctica, sosteniendo que dependiendo de la autoridad que sea demandada o acusada de la práctica del hecho ilícito, esta acción tendrá naturaleza de acción por delitos políticos o de la responsabilidad patrimonial y administrativa (Mussi, 2020, pp. 59-74). A nuestro juicio, dos de estos posicionamientos contienen fallos o imperfecciones en sus premisas y, por ende, no son adecuados para justificar o caracterizar la naturaleza de esta acción judicial.

El primer equívoco, a nuestro juicio, es intentar ubicar la naturaleza de la acción judicial por la práctica de un acto de improbidad administrativa en el ámbito penal. Y esto porque, tal y como ya hemos defendido, la propia Constitución de Brasil, en su artículo 37, párrafo 4.º, fija que los actos de improbidad administrativa conllevarán la suspensión de los derechos políticos, la pérdida de los cargos públicos, el embargo de bienes y el reintegro de las indemnizaciones al erario, en la forma y grados previstos en la ley, «sin perjuicio de las acciones penales que correspondan».

Entonces, es la propia Constitución quien fija que el responsable por la práctica de un acto de improbidad administrativa estará sujeto a las consecuencias inherentes de este régimen de responsabilidad, y, a mayores, cuando sea procedente, a las que correspondan en el campo criminal, dejando claro que cuando se habla de responsabilización por la práctica de un acto de improbidad administrativa no se está hablando de responsabilización criminal, al ser ámbitos sancionadores diversos³⁷. Además, la aplicación de sanciones, en el ordenamiento jurídico brasileño, no es una temática reservada exclusivamente al campo del Derecho Penal. La consecuencia que de esto deriva es que una acción judicial por la práctica de acto de improbidad administrativa tiene otra naturaleza que no es la de una acción o un proceso de naturaleza criminal.

De igual modo, a nuestro juicio, también es inadecuado defender la posición nombrada como ecléctica, según la cual, en función de la autoridad sea demandada o acusada de la práctica del hecho ilícito, esta acción tendrá naturaleza de acción por delitos políticos o de responsabilidad patrimonial y administrativa. Consideramos que la naturaleza de una acción o de una herramienta sancionadora deriva o puede ser

de actos de improbidad también están autorizadas para presentar una demanda y celebrar acuerdos civiles de no enjuiciamiento (ANPC) en relación con estos actos. En este juzgamiento, que confirmó la decisión cautelar del relator, el STF declaró inválidas –inconstitucionales– disposiciones de la Ley 14.230, de 2021, que otorgaban al Ministerio Público legitimación exclusiva para la interposición de acciones por improbidad. En conformidad con la sentencia de Magistrado Alexandre de Moraes, relator de los procesos, la Constitución prevé la legitimación activa concurrente entre el Ministerio Público y las entidades públicas lesionadas para interponer este tipo de acciones y para la defensa del patrimonio público. Así, la supresión de esta legitimidad de la entidad pública vulnera la lógica constitucional de protección de los bienes y del patrimonio públicos. Información disponible en <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=493313&ori=1#:~:text=Por%20maioria%20de%20votos%2C%20o%20propositura%20das%20a%C3%A7%C3%B5es%20por%20improbidade>

³⁷ En este sentido afirmada, por ejemplo, que analizando el artículo 37, § 4 de la Constitución Federal, es imposible no entender que la acción de improbidad administrativa es de naturaleza estrictamente civil, ya que no excluye la posibilidad de interponer una acción penal, utilizando la expresión «sin perjuicio de la acción penal aplicable» (Santos, 2007, p. 65). Véase, en sentido similar a Neves y Oliveira (2022, pp. 149-150).

identificada a partir del bien jurídico tutelado y del ámbito o campo de responsabilidad por ella cubierta, con las correspondientes normas que reglamentan su régimen jurídico, y no a partir de las características personales del sujeto responsable por la comisión del ilícito.

A consecuencia de todo lo expuesto y del doble descarte planteado creemos que la acción judicial por la práctica de un acto de improbidad administrativa pertenece al género civil: es una acción civil sancionadora. Una postura que es seguida por parte de la doctrina especializada, en la que por ejemplo se afirma que por ser una acción de naturaleza civil las sanciones que fija son también de naturaleza civil, puesto que se trata de una acción destinada a proteger derechos difusos y/o transindividuales, motivo por el que debe clasificarse como una acción colectiva e incluso como un tipo de acción civil pública (Sarti, Sarti y Simon, 2013, pp. 156-173).

Estamos, por lo tanto, ante una acción de naturaleza civil y que, pese sus características de acción sancionadora, como se han encargado de subrayar en las reformas de 2021³⁸, se diferencia de los procesos penales. De hecho, estas acciones son tramitadas y juzgadas por los jueces con competencia civil.

Hecha esta observación en cuanto su naturaleza, hay que destacarse un punto o problema que acompaña esta acción desde su introducción en el sistema jurídico-constitucional brasileño. Nos referimos a la poca efectividad, especialmente para la recuperación de activos, aspecto que puede ser potencializado con las reformas promovidas en 2021.

Antes de estas reformas ya se apuntaba que la misma (Fridriczewski, 2017, pp. 169-203; Fridriczewski, 2020, pp. 87-110), siendo una acción tramitada en un juicio civil, presentaba una ventaja en comparación con el posible uso de la vía penal, en lo atinente al régimen de la prescripción. Ello porque como pasa con la gran mayoría de las normas de derecho sancionador, la redacción original de la Ley de Improbidad Administrativa, así como ahora después de las reformas de 2021, fijaba plazos para el enjuiciamiento de la acción³⁹, los cuales, cuando hayan transcurridos, impiden que se active este proceso de naturaleza sancionadora. Pero al tiempo, una vez enjuiciada la acción con observancia del plazo de prescripción, ésta era juzgada siguiendo las reglas establecidas en el Código de Proceso Civil brasileño, el cual señala que la decisión del juez que determina la notificación del acusado para defenderse en el proceso reglado por sus normas interrumpe la prescripción⁴⁰, el cual,

³⁸ Artículo 17-D de la Ley 8.429, de 1992, con la redacción introducida por la Ley 14.230, de 2021: «La acción por improbidad administrativa es represiva, de carácter sancionador, dirigida a aplicar las sanciones personales previstas en esta Ley, y no constituye una acción civil, ya que no puede interponerse para controlar la legalidad de las políticas públicas y proteger los bienes públicos y sociales, el medio ambiente y otros intereses individuales difusos, colectivos y homogéneos».

³⁹ Redacción original de la Ley de Improbidad Administrativa. Art. 23: «Las acciones destinadas a la ejecución de las sanciones previstas en esta ley podrán ser interpuestas:

I. Hasta cinco años después del término del ejercicio de mandato, cargo comisionado o cargo de confianza.

II. Dentro del plazo de prescripción establecido en una ley específica para las infracciones disciplinarias sancionadas con el despido de la función pública, en el caso del ejercicio de un cargo o empleo permanente.

III. Hasta cinco años desde la fecha de presentación a la Administración Pública de las cuentas definitivas rendidas por las entidades a que se refiere el párrafo único del art. 1 de esta Ley».

⁴⁰ Art. 240: «La citación válida, aunque haya sido ordenada por un tribunal incompetente, provoca la litispendencia, convierte los hechos en litigiosos y constituye al deudor en mora, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 397 y 398 de la Ley 10.406, de 10 de enero de 2002 (Código Civil).

§ Párrafo 1.º. La interrupción de la prescripción, efectuada por el auto que ordene la notificación, aunque haya sido dictado por un tribunal incompetente, tendrá efecto retroactivo en la fecha de interposición de la demanda».

a su vez, como regla general, sólo vuelve a reanudarse si el proceso se queda parado por la inercia del autor o después de que la sentencia se vuelva inapelable.

O sea, antes de las reformas de 2021 y diferentemente de lo que pasa en el proceso penal brasileño, el regular trámite de la acción prevista en la Ley de Improbidad Administrativa observándose los trámites de la legislación procesal civil evitaba que ocurriera la prescripción de la pretensión sancionadora del Estado, a lo que se podría y aún hoy se puede añadir la imprescriptibilidad de la pretensión para la reparación del daño causado al erario y derivado de un acto de improbidad administrativa, así fijado por el artículo 37, párrafo 5.º, de la Constitución brasileña. Por tanto, si el órgano público demandante de la acción judicial por la práctica de acto de improbidad administrativa fuera diligente y adoptase todas las medidas que estaban a su alcance para estimular y darle un regular impulso al proceso, muy difícilmente se llegaría a una situación de impunidad o de ausencia de condena por concurrir la prescripción, pese al largo tiempo que llevaban y aún llevan estos procesos en su tramitación hasta su conclusión con una sentencia firme.

Y estos aspectos, especialmente en lo tocante al dictado de una sentencia que resuelve el caso, sin verse afectada por el transcurso del plazo de prescripción, fueran confirmados a través del estudio «La eficacia del sistema jurídico de prevención y combate a la improbidad administrativa», elaborado en el seno del proyecto «Pensando el Derecho», de la Secretaría de Asuntos Legislativos del Ministerio de Justicia de Brasil y publicado en 2011⁴¹. En este estudio fueron analizados 1038 sentencias de varios tribunales brasileños, y a partir de la lectura de estas se concluyó que en el 48,87% de los casos los pedidos formulados fueran juzgados como procedentes, o sea, que en ellos se aplicaron las sanciones requeridas por el órgano público demandante. Por otro lado, en el 14,95% de los casos analizados las peticiones fueran juzgadas parcialmente procedentes, llegando así a un porcentaje de éxito –total o parcial– del 63,82% de los casos analizados. Junto a ello, el estudio apuntó que en el 29,58% se produjo un rechazo total de las demandas por considerarlas improcedentes y en aproximadamente el 6,59% de los casos las acciones fueran archivadas por concurrir otras cuestiones variadas y sin que, por ello, las peticiones fueran objeto de análisis por los juzgadores.

De manera conclusiva el estudio apuntó que, si bien no existen datos para una comparación con las tasas de éxito de las demandas civiles en general, los datos analizados en la investigación permiten concluir que los porcentajes de éxito de las acciones de improbidad son superiores a los porcentajes de no éxito, lo que permite afirmar que el mecanismo de protección cognitiva de la probidad administrativa era eficiente.

Desafortunadamente, hay que poner de manifiesto como algunos problemas que se dan en la tramitación de procesos penales se han trasladado hacia la acción judicial por la práctica de un acto de improbidad administrativa; particularmente la lentitud de las actuaciones judiciales y la poca eficacia y efectividad de esta nueva herramienta en materia de recuperación de activos, a la cual tiene que ser especialmente tributaria por formar parte de la razón de ser de su creación legal. Estas –duras– aseveraciones se han visto corroboradas por las notas formuladas por el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) que, en el estudio «Ley de Improbidad Administrativa: obstáculos a la plena efectividad en el combate a los actos de

⁴¹ La versión íntegra del estudio está disponible en http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/34Pensando_Direito1.pdf

improbidad »⁴², observó como en acciones de este tipo el reembolso de los daños causados al erario –recuperación de activos robados por actos de improbidad administrativa– se daba plenamente en sólo un 4% de los procesos, mientras que la recuperación parcial se produjo en un 6,4% de los casos. Por tanto, sólo en aproximadamente 10,4% de los procesos se obtiene alguna recuperación de activos, porcentaje este muy alejado del de los casos juzgados procedentes o parcialmente procedentes, como antes hemos indicado con su cuantificación.

Las conclusiones de este estudio señalan que, en cuanto a la efectividad de la decisión, con la reparación de los daños causados –recuperación de activos–, hay un grave defecto en el sistema procesal, pues incluso después de un largo proceso, pocas son las acciones en las que hay una reparación de daños sufridos por el Estado. Estas acciones, al menos en una parte considerable, se procesan durante décadas, lo que se refleja en la baja tasa de recuperación de activos, por mucho que como hemos indicado una parte significativa de ellas sea juzgada procedente o parcialmente procedente.

Y este estudio presentó una otra conclusión muy importante y preocupante: en cuanto al tiempo transcurrido entre la fecha de interposición de la demanda y la sentencia se observó un promedio de 1.548,63 días (4,24 años). Un dato muy negativo al estar, además, haciendo alusión no al tiempo empleado para que se dicte una sentencia firme sino la correspondiente al juez de primera instancia, en contra de la cual pueden ser presentados recursos ante los tribunales de apelación y, después, cuando proceda, ante los tribunales superiores (STJ o STF).

A partir de estos hallazgos, y si los correlacionamos con las reformas actuadas en 2021, es que empiezan a surgir, cuando menos, muchas dudas en cuanto a la aptitud y eficacia de la acción judicial por la práctica de actos de improbidad administrativa para combatir la corrupción y recuperar los activos detraídos ilegítimamente de las arcas públicas. Una valoración nada descabellada por cuanto los datos presentados fueron obtenidos antes de la reforma de 2021, cuando la acción judicial por la práctica de acto de improbidad administrativa tenía un régimen jurídico que, a todas luces, eran más proactivo para el enjuiciamiento de éstas.

El escenario judicial que parece estar surgiendo después de las reformas de 2021 y las nuevas reglas que se han aprobado va en dirección contraria a la apuntada, y muy probablemente caminará para una aún menor tasa de eficacia de la acción judicial por la práctica de actos de improbidad administrativa en cuanto herramienta para combatir actos de corrupción y permitir la recuperación de activos.

Desafortunadamente creemos que varias son las reglas procesales introducidas por el legislador reformador que están contribuyendo a incrementar la ineficacia de esta acción sancionadora. La más importante, sin duda, es la relativa a los plazos de prescripción, especialmente la prescripción intercalada o intercurrente, ahora incorporada de manera expresa en el artículo 23 de la Ley de Improbidad Administrativa. Específicamente, en su *caput* señala que el plazo de prescripción para el enjuiciamiento de la acción para la aplicación de las sanciones previstas en esta Ley de Improbidad Administrativa es de ocho años, contados desde que ocurra el

42

Disponible en <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2018/02/0c9f103a34c38f5b1e8f086ee100809d.pdf>

hecho o, en el caso de infracciones permanentes, desde el día en que cesó la permanencia⁴³.

A continuación, este mismo artículo, en sus párrafos 4.º y 5.º, fija que este plazo de prescripción se interrumpe (a) con la interposición de la acción de improbidad administrativa, (b) con la publicación de la condena, (c) con la publicación de una decisión o sentencia de un Tribunal de Justicia o Tribunal Regional Federal que confirme una sentencia condenatoria o que modifique una decisión de improcedencia, (d) con la publicación de una decisión o sentencia del Superior Tribunal de Justicia que confirme una sentencia condenatoria o que modifique una sentencia de improcedencia o (e) con la publicación de una decisión o sentencia del Supremo Tribunal Federal que confirme una sentencia condenatoria o que modifique una sentencia de improcedencia, siendo que a partir de cada uno de estos eventos habilitados para interrumpir la prescripción su plazo vuelve a transcurrir, pero por la mitad, o sea, 4 años. Esto significa, por lo tanto, que una vez interpuesta la acción, el juez tendrá cuatro años para instruir y juzgarla, so pena de tener que extinguirla y archivarla por la llamada prescripción intercurrente⁴⁴.

Es sabido que la prescripción es una de las instituciones más importantes y beneficiosas para la sociedad y que tiene una enorme relevancia práctica, al aludir a las relaciones entre el tiempo y el Derecho. Con ella se pretende dar seguridad al sistema y garantizar la paz jurídica, ya que pone un límite a la litigiosidad e impide el ejercicio de pretensiones antiguas (Cano Campos, 2019, pp. 175-216), sean ellas de naturaleza civil o de naturaleza sancionatoria. No dudamos ni se cuestiona que la fijación de marcos temporales para el cómputo de la prescripción sea una materia sujeta a la apreciación política y técnica de las cámaras legislativas como formadoras y conformadoras del orden jurídico. Sin embargo, en este concreto caso pareciera que en la toma de postura el legislador brasileño no tomó en cuenta de manera plena las dificultades y características del sistema judicial brasileño, que como tantos otros se caracteriza muy significadamente por la lentitud de sus actuaciones, problema endémico que ni de lejos ha sido resuelto con las reformas de 2021.

Nos pronunciamos con esta crudeza por cuanto según las reglas fijadas por el legislador de 2021, después de interpuesta la acción el juez tendrá cuatro años para tramitarla y juzgarla, bajo la amenaza de que más allá de ese periodo temporal la acción queda extinguida y archivada a consecuencia de su prescripción. Sólo la publicación de decisión de condena, como hemos señalado, interrumpe nuevamente la prescripción, a partir de la cual, también en cuatro años, deberán ser juzgados eventuales recursos por los tribunales de apelación, y así sucesivamente por los órganos jurisdiccionales superiores. Si la sentencia del juez de primer grado declara la improcedencia de la acción, no habrá lugar a la interrupción de la prescripción, lo que significa que para que no se dé finalmente la prescripción el eventual recurso

⁴³ Art. 23: «La acción para la aplicación de las sanciones previstas en esta Ley prescribe en 8 (ocho) años, contados a partir de que hayan ocurrido los hechos o, en el caso de infracciones permanentes, a partir del día en que cesó la permanencia».

⁴⁴ Art. 23: «§ 4.º. El plazo de prescripción establecido en este artículo se interrumpe:

- I. por la interposición de la acción de improbidad administrativa;
- II. por la publicación de la sentencia condenatoria;
- III. por la publicación de la decisión o la sentencia del Tribunal de Justicia o del Tribunal Regional Federal confirmando la condena o reformando la sentencia de despido;
- IV. por la publicación de la decisión o la sentencia del Superior Tribunal de Justicia confirmando la condena o reformando la sentencia de despido;
- V. por la publicación de la decisión o la sentencia del Supremo Tribunal Federal confirmando la condena o reformando la sentencia de despido.

§ 5.º. Interrumpida la prescripción, el plazo comenzará a correr nuevamente a partir del día de la interrupción, por la mitad del tiempo previsto en el *caput* este artículo».

interpuesto a un tribunal de apelación deberá ser juzgado en el plazo máximo de 4 años del enjuiciamiento de la acción.

Y es en este punto que la opción político-legislativa no parece para nada acertada y, por los argumentos y justificaciones dadas, presenta una gran potencialidad para generar más impunidad y enflaquecimiento del sistema anticorrupción brasileño, con la consecuente disminución del ámbito de protección del patrimonio público.

En efecto, si traemos de nuevo los datos del estudio del Consejo Nacional de Justicia de Brasil citado y la media de 4,24 años del tiempo transcurrido entre la fecha de interposición de una acción por la práctica de improbidad administrativa y el juzgamiento por el juez de primer grado, se observa que es un tiempo promedio superior al plazo de prescripción intercurrente o intercalada ahora adoptada por el legislador, lo que es indicativo de que, si no se llevan a cabo y de manera urgente otros cambios significativos –materiales y normativos– que otorguen muchas más celeridad a las actuaciones de los juzgados y tribunales brasileños, buena parte –o quien sabe si la mayoría– de las acciones de improbidad, por decirlo gráficamente, ya nacerán muertas al quedar de la más que probable extinción por prescripción.

Esto ciertamente disminuirá los ya diminutos indicadores de recuperación de activos en esta materia, lo que, en resumen, contribuye a la impunidad, a la inseguridad jurídica y a la desafección institucional. De este escenario descrito sólo estarán a salvo de la prescripción las pretensiones de resarcimiento de daños al erario, las cuales, como apuntando, son imprescriptibles.

Y todos estos puntos débiles que pueden generar la disminución de la efectividad de la acción judicial también pueden proyectar efectos negativos con relación al novedoso acuerdo de no persecución civil (ANPC).

5.2. El acuerdo de no persecución civil (ANPC)

La reforma promovida por la Ley 14.230, de 2021, llevó a cabo una regulación amplia y clara de este nuevo instrumento jurídico preordenado para resolver de casos de corrupción. Lo importante a destacar es que, aunque posea características de un negocio jurídico bilateral, puesto que deriva de un concierto de voluntades entre el legitimado activo para la defensa del patrimonio público y de la probidad administrativa y el responsable por la práctica de un acto ilícito (Oliveira, 2022, pp. 689-732; Mourão, Mattaraia y da Silveira, 2021, pp. 320-336.), no se puede olvidar que el mismo se presenta como una herramienta alternativa a la acción judicial por la práctica de acto de improbidad administrativa para la solución de conflictos relativos a la aplicación de la Ley de Improbidad Administrativa.

Es decir, la acción judicial por la práctica de acto de improbidad administrativa activa la vía *contenciosa* y *judicial* para que sea aplicado el derecho sancionador reglamentado por la Ley de Improbidad Administrativa, y ahora el ANPC es la novedosa herramienta *consensual*, y también *judicial*, para, de igual manera, aplicar el derecho sancionador establecido en la misma Norma.

El ANPC, por lo tanto, pese a sus características y sesgos de bilateralidad y consensualidad, en esencia sirve para que se aplique la normativa sancionadora y está sometido a las mismas reglas procesales de competencia de la acción judicial por la práctica de acto de improbidad administrativa, ya que requiere homologación

judicial –por el tribunal competente, por supuesto–, sea realizado antes de que se inicie la acción judicial o también durante el trámite de esta acción.

En concreto, hay que destacar, de conformidad con las disposiciones de la Ley el acuerdo puede ser firmado en el desarrollo de la investigación para averiguar el hecho ilícito, en la tramitación de la acción de improbidad o en el momento de la ejecución de la sentencia condenatoria firme. Y, como derivación de esta naturaleza, el ANPC genera consecuencias directas sobre la medida represiva en el ámbito del derecho sancionador, afectando y resolviendo, de este modo, a la pretensión punitiva del Estado, lo que acaba atrayendo al instituto a la órbita del derecho material (Osório, 2020), aunque su existencia y, principalmente, validez, exija que se observen las reglas procesales. Todo ello tiene como resultado que los términos y condiciones negociadas, después de la homologación judicial y el dictado de la sentencia firme, estarán protegidos y disfrutarán de todas las garantías otorgadas constitucionalmente a la cosa juzgada.

En este punto la cuestión que subyace, en un escenario en el que se ha evidenciado la poca eficacia de la Ley de Improbidad Administrativa y su acción judicial, es si el ANPC tendrá condiciones de cambiarlo y así contribuir de manera general a la mejora del sistema de enfrentamiento a la corrupción de Brasil. En otras palabras, se han generado expectativas acerca de si el ANPC tiene condiciones para convertirse en una herramienta más eficaz que la acción judicial por la práctica de acto de improbidad administrativa.

Hasta hoy, inclusive por el poco tiempo transcurrido desde la adopción de esta institución, no se tienen datos ciertos y relevantes atinentes a su eficacia. Y elucubrar sobre la concreción de la potencialidad de los acuerdos es un ejercicio inane que, además, en un primer momento puede estar sesgado a consecuencia de impresiones positivas o negativas de orden personal, sin bases objetivas y contrastables. No obstante, los acuerdos y la propia Ley de Improbidad Administrativa, sin embargo, parecen tener particularidades que permiten hacer inferencias, y ello como consecuencia de las reformas efectuadas a la acción judicial por la práctica de actos de improbidad administrativa, las cuales seguramente engendrarán efectos a esta herramienta consensual, particularmente con relación a los incentivos y ventajas en la búsqueda de la solución consensual.

Es sabido que el fomento de mecanismos de consenso para contribuir a la solución de los conflictos, se den en el ámbito del derecho sancionador o en otros ámbitos o relaciones, tiene ínsitas ventajas para partes. Se habla, en este sentido, que la realización de un acuerdo otorga seguridad a los presuntos responsables de los hechos a enjuiciar, que mostrándose favorables a la concreción del acuerdo podrán obtener una sanción mitigada, lo que les permite de manera anticipada ganar certidumbre sobre el resultado del proceso. Además, la negociación de la resolución consensuada del caso permite a las partes establecer una solución a partir del acuerdo, lo que hace con que todos los actores resuelvan los conflictos de manera más célere, al no tener que hacer uso de los trámites procesales ordinarios, lo que inclusive en última instancia determina un ahorro de costes (Machado de Souza, 2020)⁴⁵.

⁴⁵ Analizando la situación de los inocentes –o presuntos inocentes– que se conforman con acuerdos de reconocimiento de su responsabilidad, se habla, por ejemplo, que ellos así lo hacen para evitar el riesgo de una condena grave, para evitar los costes del proceso y para minimizar los efectos materiales y procesales de terceras personas. Véase, en este sentido, Lascuraín Sánchez y Gascón Inchausti (2018).

Y es a partir de estas aseveraciones, en comparación con los requisitos y límites del ANPC, que se puede intentar apuntar las ventajas e incentivos –o desincentivos– para la negociación y firma de estos acuerdos. Y tal y cual pasa con casi la totalidad de los mecanismos consensuales, la principal ventaja que parece surgir del ANPC es otorgar seguridad jurídica a las partes, especialmente para el presunto responsable, por cuanto el acuerdo alcanzado se verá sometido a un control judicial (a través de la homologación judicial) y solamente en caso de que el mismo se resuelva de manera positiva se incorporará a la sentencia judicial firme.

Con la firma de un ANPC, pues, es posible que la parte pasiva y su defensor incidan directamente en la determinación de la cantidad y la calidad de las sanciones y de las demás consecuencias que deberá tener que hacer frente, incluso y especialmente las cantidades económicas que deberá pagar, ya que la Ley impone, como condición obligatoria para la celebración del acuerdo (Neves y Oliveira, 2022, pp. 99-100.), la restitución integral del daño sufrido y la reversión a la persona jurídica perjudicada, como víctima directa del acto de improbidad administrativa, del beneficio indebido obtenido por el autor del ilícito, escenario en el que se ahuyentan todas las incertezas inherentes a la tramitación de una acción judicial por la práctica de un acto de improbidad administrativa y a los posibles importes a pagar que puedan ser fijados.

De la disposición normativa que reglamenta el ANPC y de la propia redacción actual de la Ley de Improbidad Administrativa, sin embargo, parecen derivar dos cuestiones que pueden desincentivar que se persiga una solución de consenso.

La primera de ellas puede parecer paradójica cuando se la compara con lo ya señalado, referido a las sanciones y consecuencias que pueden ser ofrecidas a los responsables de los hechos. Y es que la Ley fija como condición mínima para la celebración de un acuerdo la restitución integral del daño producido y la reversión a la persona jurídica perjudicada del beneficio indebido obtenido por el autor de ilícito; como apuntamos anteriormente, son cuestiones regladas que proporcionan un elemento de seguridad a una parte de las negociaciones. Con relación a las demás sanciones, sin embargo, lo que hay son disposiciones normativas más abiertas que permiten su fijación y negociación teniendo en cuenta, por ejemplo, la gravedad del ilícito y la colaboración y comportamiento del responsable de los hechos.

Es por ello que en esta parte de generación de un acuerdo las partes disfrutan de un mayor margen para la negociación, lo que puede tener un aspecto positivo por permitir que cada caso concreto sea valorado en su individualidad y con apreciación de las particularidades concurrentes. En sentido opuesto, esta redacción más abierta da cobertura para que cada órgano o agente público con atribución para actuar de conformidad con la Ley de Improbidad Administrativa pueda crear sus propios criterios para la valoración de los casos, lo que puede generar tratamientos distintos y no estandarizados que pueden desincentivar la búsqueda de soluciones consensuales, al no disponer los responsables de los hechos de un escenario jurídico que le aporte previsibilidad y certidumbre sobre las consecuencias jurídicas –y económicas– que le serán exigidas para la firma del acuerdo.

De igual manera, entendemos que hay un segundo aspecto relevante en orden a tamizar importantemente los incentivos iniciales que presenta el ANPC. Es que como hemos ya referenciado en este estudio, el legislador reformador de 2021, desafortunadamente, no siguió una buena trayectoria al promover las reformas relacionadas con la acción judicial por la práctica de acto de improbidad, especialmente por el tratamiento otorgado al régimen de prescripción. En este punto aparece el cuestionamiento de por qué buscar una solución consensual a través del ANPC si ahora es más difícil que se produzca una condena por sentencia firme como

consecuencia del ejercicio de una acción judicial por la práctica de acto de improbidad administrativa; esto es, ¿los incentivos para negociar y firmar un ANPC son de tal magnitud que les puede compensar no asumir el riesgo de hacer uso de la vía judicial contenciosa que en muchos de los casos está abocada a su fracaso procesal?

Sólo con el tiempo y la experiencia práctica se podrán presentar respuestas basadas en datos estadísticos ciertos. No se puede olvidar, sin embargo, que la existencia de una amenaza de sanción más grave, como apuntan algunos estudios, parece ejercer una importante influencia en la decisión de buscar una solución consensuada (Dervan y Edkins, 2013; Lascurain Sánchez y Gascón Inchausti, 2018; Machado de Souza y Rodríguez-García, 2022, pp. 165 y ss.; Egan, 2024, pp. 78 y ss.; Fridriczewski, 2024, pp. 240 y ss.)⁴⁶, así como la propia existencia de la amenaza de una sanción efectiva parece tener potencialidad para influenciar en la decisión sobre la comisión o no de un ilícito de naturaleza corrupta (Rodríguez López, 2004; 2008), como es el caso de los actos de improbidad administrativa.

Desafortunadamente, el legislador reformador de 2021, de manera negativa, cambió profundamente la acción judicial por la práctica de un acto de improbidad administrativa, transformándola en una acción con una muy grande probabilidad de llevarla a situaciones de impunidad por el surgimiento de la prescripción intercalada ya referida. La misma, entendemos, especialmente en grandes casos de corrupción, no se presentará ante los responsables de los hechos como una seria amenaza para recibir sanciones graves, lo que indirectamente los llevará a rehusar a hacer un uso activo de un ANPC. Si así fuera, la teórica bonanza de los cambios legislativos de 2021 decaerá en la práctica con unos resultados negativos que harán que los compromisos internacionales firmados por Brasil, los cuales requieren la adopción de medidas para el fortalecimiento de medidas para el combate a la corrupción, se vean más ampliamente insatisfechos.

6. Conclusión

La posibilidad de exigir responsabilidades a los agentes públicos por la práctica de actos de improbidad administrativa es una especificidad del sistema jurídico-constitucional brasileño que fue introducida a partir de la Constitución de 1988. Un acto de improbidad administrativa es, en esencia, una particularidad de la categoría general «corrupción pública», que pueden provocar un enriquecimiento indebido, un daño al erario e, inclusive, una violación de los principios de la administración pública. Y estos actos pueden ser sancionados, en la vía contenciosa, a través de la llamada acción judicial por la práctica del acto de improbidad administrativa. Se trata de una acción judicial de naturaleza civil que puede ser activada por el Ministerio Público o por una persona jurídica de Derecho público en contra la cual practicado el hecho ilícito.

Aunque esta acción judicial tenía condiciones de presentarse como una medida más eficaz que el proceso penal para combatir la corrupción y posibilitar la recuperación de activos, la práctica ha permitido constatar cómo la misma fue contaminada por la lentitud que es inherente al sistema procesal penal, lo que lastraba significativamente la eficacia en la recuperación de activos.

⁴⁶ Todavía en este sentido, pero tratando específicamente de acuerdos de lenidad, razonamiento que, en parte, es aplicable al caso de la ANPC, se argumenta que un programa de acuerdos de lenidad sólo será efectivo si, además de la amenaza de sanciones severas para aquellos que no denuncian el esquema, al miembro del arreglo ilícito le preocupa que la conducta sea detectada por las autoridades a través de investigaciones independientes. Véase, en este sentido, Martínez (2018).

Las reformas llevadas a cabo en 2021 en la Ley de Improbidad Administrativa, consideramos que van impactar de forma negativa en la eficacia de la acción judicial por la práctica de acto de improbidad administrativa, al haber transformado la acción en una herramienta jurídica con reducidas posibilidades de éxito, principalmente a consecuencia de la introducción del instituto de la llamada prescripción intercalada o intercurrente.

Y estas nuevas reglas de prescripción muy probablemente proyectarán efectos negativos y directos sobre el ANPC. Este acuerdo innova y completa el rol de herramientas consensuales para sancionar, en Brasil, los hechos de naturaleza corrupta. Desafortunadamente, fue normativizado en una Ley de Improbidad Administrativa reformada que ofrece pocas amenazas de sanciones eficaces, lo que puede afectar de forma importante en la toma de decisión de buscar una solución consensuada, frustrando o disminuyendo su atractivo.

Bibliografía

- Cabral, R. L. F. (2017). O elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, 9 (16), 247-268.
- Cano Campos, T. (2019). El comienzo del plazo para reclamar los daños causados por la Administración: el tópico de la 'actio nata'. *Revista de Administración Pública*, 210, 175-216.
- Capez, F. (2010). *Limites constitucionais à lei de improbidade*. Saraiva.
- Cavalcante Filho, J. T., Monteiro Neto, J. T., Oliveira, J. M. F. y Pinheiro, V. M. (2021). *Comentários à Reforma da Lei de Improbidade Administrativa (Lei Nº 14.230/2021)*. Alumnus.
- Costa, R. O. y Barbosa, R. K. (2022). *Nova Lei de Improbidade Administrativa: de acordo com a Lei n. 14.230/2021*. Almedina Brasil.
- Dervan, L. E. y Edkins, V. A. (2013). The innocent defendant's dilemma: An innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. *Journal of Criminal Law & Criminology*, 103, 1-48.
- Dos Santos, C. F. B. (2007). *Improbidade administrativa: Reflexões sobre a Lei nº 8.429/92*. Forense.
- Egan, A. (2024). 'Too Big to Fail, Too Big to Jail?'. A Critical Comparative Commentary on the Enforcement of Corporate Economic Crime in the US and the UK. En Meiselles, M., Ryder, N. y Visconti, A. (eds.), *Corporate Criminal Liability and Sanctions: Current Trends and Policy Changes* (78-92). Routledge.
- Ferreira, V. M. P. (2019). O dolo da improbidade administrativa: uma busca racional pelo elemento subjetivo na violação aos princípios da Administração Pública. *Revista Direito GV*, 15, 19-37.
- Figueiredo, M. (2009). *Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar*. Malheiros.
- Freitas, J. (2002). *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. Malheiros.
- Freitas, J. (2014). *Direito fundamental à boa administração pública*. Malheiros.
- Fridriczewski, V. y Rodríguez-García, N. (2023). *En busca de estrategias 360 anticorrupción*. Tirant lo Blanch.
- Fridriczewski, V. y Rodríguez-García, N. (2024). *Repressão à corrupção no Brasil: Dificuldades e desafios na utilização de novas ferramentas*. Tirant lo Blanch.
- Fridriczewski, V. (2017). «Represión de la corrupción y recuperación de activos en Brasil: dilemas y retos». En Berdugo Gómez de la Torre, I., Fabián Caparrós, E. A. y Rodríguez-García, N. (eds.), *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos* (169-203). Tirant lo Blanch.

- Fridriczewski, V. (2017). *Ação de improbidade administrativa e tutela do meio ambiente*. Arraes.
- Fridriczewski, V. (2020). Acuerdos de lenidad en Brasil: Una herramienta eficaz para la recuperación de activos de la corrupción. En Rodríguez-García, N. y Rodríguez López, F. (eds.), *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción* (87-110). Tirant lo Blanch.
- Fridriczewski, V. (2024). «Responsabilização civil no âmbito da Lei Anticorrupção: entre a sanção e a reparação de danos». En Pontes Vianna, M. y Marques de Carvalho, V. (orgs.), *Lei Anticorrupção. A visão dos agentes públicos na implementação da LAC* (235-254). Editora Singular.
- Garcia, E. y Alves, R. P. (2014). *Improbidade administrativa*. Saraiva.
- Justen Filho, M. (2022). *Reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Forense.
- Lascuraín Sánchez, J. A. y Gascón Inchausti, F. (2018). ¿Por qué se conforman los inocentes?. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 1-28.
- Lucon, P. H. D. S. (2020). Improbidade administrativa no microsistema anticorrupção e viabilização dos acordos de leniência. En Bechara, F. R., Vilares, F. R., Soares, I. V. P., Zilli, M y Lucon, P. H. D. S. (eds.), *Corrupção: diálogos interdisciplinares*. Almedina Brasil.
- Machado de Souza, R. y Rodríguez-García, N. (2022). *Justicia negociada y personas jurídicas. La modernización de los sistemas penales en clave norteamericana*. Tirant lo Blanch.
- Machado de Souza, R. (2020). *La colaboración de personas jurídicas en casos de corrupción: el sistema brasileño de la Ley 12.846/2013* [tesis doctoral]. Universidad de Salamanca.
- Martinez, A. P. (2018). Parâmetros de negociação de acordo de leniência com o MPF à luz da experiência do CADE. En Moura, M. T. A. y Bottini, P. C. (eds.), *Colaboração premiada* (31-52). Revista dos Tribunais.
- Mourão, M. D. R., Mattaraia, F. D. P. L. I. y da Silveira, S. S. (2021). A aplicabilidade do acordo de não persecução cível em matéria de improbidade administrativa. *Revista Reflexão e Crítica do Direito*, 9 (1), 320-336.
- Mudrovitsch, R. B. y Nóbrega, G. P. (2022). *Lei de Improbidade Administrativa comentada*. Lumen Juris.
- Mussi, L. (2020). «A natureza jurídica da ação de improbidade administrativa». *Revista Inclusiones*, 59-74.
- Neves, D. A. A. y Oliveira, R. C. R. (2020). *Improbidade administrativa: direito material e processual*. Forense.
- Neves, D. A. A. y Oliveira, R. C. R. (2022). *Comentários à reforma da Lei de Improbidade Administrativa*. Forense.
- Oliveira, B. (2022). Acordo de não persecução cível no Ministério Público. En VV.AA., *Justiça consensual* (689-732). JusPodivm.
- Oliveira, J. C. de y Pires, A. F. (2014). A Lei de Improbidade Administrativa: sua aplicação e apontamentos para uma melhor eficácia. *Pensar-Revista de Ciências Jurídicas*, 19 (2), 427-452.
- Oliveira, J. R. P. (2009). *Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional*. Editora Forum.
- Osório, F. M. (2007). *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência*. Editora Revista dos Tribunais.
- Osório, F. M. (2020). *Natureza jurídica do instituto da não persecução cível previsto na lei de improbidade administrativa e seus reflexos na lei de improbidade empresarial*. Migalhas. <https://www.migalhas.com.br/depeso/321402/natureza-juridica-do-instituto-da-nao-persecucao-civel-previsto-na-lei-de-improbidade-administrativa-e-seus-reflexos-na-lei-de-improbidade-empresarial>
- Peixoto, G. M. (2017). *Segurança jurídica e a tipificação de condutas para caracterização do ilícito de improbidade administrativa por violação de princípios* [tesis doctoral]. Universidade Federal da Bahia.

- Rodríguez-García, N. (1997). *Justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*. Universidad de Salamanca.
- Rodríguez López, F. (2004). ¿Puede el derecho sancionador frenar la corrupción? Reflexiones desde el análisis económico del derecho. En Rodríguez-García, N. y Fabián Caparrós, E. A. (eds.), *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar* (15-26). Ratio Legis.
- Rodríguez López, F. (2008). El conflicto entre proporcionalidad y eficacia en las sanciones por corrupción. En Rodríguez-García, N. y Fabián Caparrós, E. A. (eds.), *Corrupción y delincuencia económica* (19-34). Universidad Santo Tomás.
- Rose-Ackerman, S. y Palifka, B. J. (2009). *Corrupción y gobierno: causas, consecuencias y reforma*. Marcial Pons.
- Sarti, A. J. F., Sarti, L. y Simon, C. (2013). Natureza jurídica da ação de improbidade administrativa. *Revista da Faculdade de Direito da FMP*, 8, 156-173.
- Zavascki, T. A. (2017). *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Revista dos Tribunais.

Catharine Macaulay Graham. Observaciones acerca de las reflexiones de Edmund Burke sobre la Revolución en Francia

Catharine Macaulay Graham. Observations on the reflections of Edmund Burke on the Revolution in France

Ricardo Hurtado Simó
Universidad de Sevilla
ORCID ID 0009-0008-1699-1634
rhurtadosimo@gmail.com

Cita recomendada:

Hurtado Simó, R. (2024). Catharine Macaulay Graham. Observaciones acerca de las reflexiones de Edmund Burke sobre la Revolución Francesa. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 324-335

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9013>

Recibido / received: 20/04/2024
Aceptado / accepted: 24/09/2024

Una enmienda a la totalidad. Así puede resumirse el conjunto de objeciones que realiza Catharine Macaulay Graham a una de las obras más influyentes en los sectores conservadores de Europa, *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*, publicada el 1 de noviembre de 1790 por Edmund Burke. Comprender el alcance de la respuesta de la historiadora y filósofa inglesa nos exige llevar a cabo un breve pero necesario acercamiento a su intensa y desconocida trayectoria.

Nacida en 1731 a las afueras de Wye, en el condado de Kent (Inglaterra), muy pronto entró en contacto con la lectura, a través de la biblioteca de su padre, repleta de obras sobre la historia de Roma. Su pasión por los sistemas políticos de la Antigüedad la llevaron al republicanismo de Harrington y Sidney, influencias que marcan todos sus escritos (Green, 2020, p. 14). A finales de la década de 1760,



Macaulay es una habitual en los encuentros londinenses de grupos contrarios al gobierno de Jorge III, aglutinados en torno a la figura del periodista y político John Wilkes (1725-1797) quien, en su publicación semanal *The North Briton*, atacó al monarca por aprobar el Tratado de París de 1763, que ponía fin a la Guerra de los Siete Años (Cash, 2006, p. 37-65). Wilkes y muchos de sus colaboradores fueron condenados a dos años de prisión¹. Tras ser puesto en libertad, ganó popularidad entre las clases bajas y fue elegido parlamentario en numerosas ocasiones, defendiendo la libertad de prensa y una mayor representatividad en el sistema electoral, motivos que ocasionaron su expulsión de la cámara. Siguiendo a Wilkes, Macaulay creían necesario que los medios estuvieran en las sesiones del Parlamento, acercando la actualidad política a la sociedad. Por aquel entonces, está inmersa en el que será su gran proyecto intelectual, la elaboración de la monumental *La Historia de Inglaterra*, de ocho volúmenes, publicados entre 1763 y 1783, donde hace referencia en el primer libro a las reivindicaciones de Wilkes sobre la presencia de la prensa en los debates parlamentarios. Su relectura de los acontecimientos políticos y sociales ingleses de la segunda mitad del siglo XVII, justificando la ejecución de Carlos I; la denuncia de la situación de sometimiento de las colonias norteamericanas; su apoyo a los círculos partidarios de una distribución equitativa de las tierras; y su defensa de una reforma destinada a aumentar la representatividad del pueblo supusieron su defenestración por parte de los influyentes sectores monárquicos del país y, al mismo tiempo, su fama como demócrata republicana². La narración de los hechos va pareja de su evolución intelectual, observándose notables cambios entre los libros publicados a comienzos de la década de 1760 y los que aparecen desde que ve la luz el tercer volumen, en 1767; de ahí en adelante, aflora con claridad una lectura crítica del pasado y el presente de Inglaterra, subrayando una deriva autoritaria ligada al ejercicio del poder monárquico que lleva consigo un aumento de las desigualdades sociales y la indiferencia ante las necesidades y exigencias representativas de un pueblo oprimido por una alianza nefasta entre política y religión. Con partidarios y detractores, en poco tiempo, superó fronteras, hasta el punto de ser invitada a Francia, donde participó en varios salones parisinos, y Norteamérica, entablando amistad con revolucionarios como George Washington. Por aquel entonces, Catharine Macaulay Graham, desde su segundo matrimonio en 1778, es conocida por numerosos panfletos y ensayos entre los que destacamos su refutación del absolutismo hobbesiano, defensa de la independencia de Córcega liderada por Pasquale Paoli (Macaulay Graham, 1767, p. 1-43), celebración de la emancipación de las colonias norteamericanas o rechazo de quienes, desde el púlpito, entienden el matrimonio como la abnegación absoluta de la mujer para el hombre (Green, 2020, p. 87).

En 1783 aparece su texto más filosófico, el *Tratado sobre la inmutabilidad de la verdad moral*, obra que encaja en su proyecto ilustrado, volcado en crear un marco político centrado en garantizar a la ciudadanía una vida digna, estable y orientada a la felicidad. Oponiéndose al voluntarismo y al subjetivismo, contrarios al progreso y la razón, denunciará cómo su presencia en los ámbitos político, moral y religioso conducen a la superstición y al egoísmo más individualista (Green, 2020, p. 152).

¹ Un número importante de ellos eran “disidentes”, presbiterianos, baptistas o unitarios que no aceptaban la autoridad hegemónica de la iglesia anglicana y eran discriminados política y socialmente por ello.

² Compartimos la visión flexible del concepto de Ilustración radical de autoras como Karen Green y Alicia H. Puleo, mucho más integrador que el expuesto por Jonathan Israel y Michel Onfray. En el caso de Macaulay Graham, su heterodoxa visión del cristianismo no es incompatible con el radicalismo en cuestiones económicas, políticas y sociales. Véase Israel, J.I. (2001). *Radical Enlightenment: Philosophy and the Making of Modernity (1650-1750)*. Oxford University Press; Onfray, M. (2009). *Los ultras de las luces. Contrahistoria de la filosofía, IV*. Anagrama; Green, K. (2020). *Catharine Macaulay's Radical enlightenment*, p. 64-96; Puleo, A. H. (2023). Ideales Ilustrados: *La Encyclopédie de Diderot, D'Alembert y Jaucourt. Un legado emancipatorio para el siglo XXI*, Plaza y Valdés. p.15.

Macaulay Graham sigue las líneas fundamentales del eudemonismo aristotélico y del estoicismo de Epicteto para delinear las bases metafísicas de una propuesta transformadora en la que el progreso de la humanidad exige a sus integrantes un conocimiento de las verdades morales eternas y universales, esbozando una constelación de virtudes inteligibles próxima al platónico Mundo de las Ideas. Asimismo, acusa al cristianismo, corrompido por el deseo de poder y lejos de su mensaje originario, de colaborar en la extensión del mal y el fanatismo, dando como resultado, en su tiempo, el auge del escepticismo y del ateísmo. Aunque considera que este último no se da en Inglaterra, reflexiona sobre el *Sistema de la naturaleza* de D'Holbach en términos elogiosos, «Ha elaborado unas nociones muy adecuadas de los fundamentos políticos y de los derechos naturales» (Macaulay Graham, 1783, p. 149), si bien es cierto que comete el error de culpar casi exclusivamente a los sacerdotes de todas las injusticias. Su conocimiento del pensamiento holbachiano pudo producirse en su segundo viaje a Francia ya que, a pesar de que el texto aparece en 1770, hasta 1790 no se realiza la primera traducción al inglés. En la última parte del *Tratado*, su autora sostendrá que ninguna moral que justifique la sujeción de la mujer será justa (Macaulay Graham, 1783, p. 155), que ni la fe ni la razón son capaces de encontrar justificación al mal y negará la existencia de la vida tras la muerte (Macaulay Graham, 1783, p. 282), dando como resultado una encendida defensa de la educación como herramienta para conocer y lograr la virtud más sublime, racional, inmanente y cívica.

Con estas pinceladas sobre su heterodoxia y radicalismo, es fácil comprender el apoyo firme a la Revolución francesa, presente tanto en el documento que presentamos como en *Cartas sobre la educación*, libro aparecido pocos meses antes, en el que desarrolla un programa ilustrado destinado a instruir, desde un enfoque coeducativo, a niños y niñas (Hurtado Simó, 2022, pp. 258-277). Escritora prolífica, mantuvo correspondencia con Hume, oponiéndose a su interpretación *tory* de la historia de Inglaterra, o con Wollstonecraft, en quien influyó decisivamente para la redacción de *Vindicación de los derechos de la mujer* (Green, 2020, pp. 294-295); también, Marat y Mirabeau vieron en ella una historiadora valiente, comprometida con la igualdad, considerando el enfoque de *La Historia de Inglaterra* el adecuado en la comprensión de la relación entre el Estado y el pueblo (Macaulay Graham, 2021, p.125). Las *Observaciones* circularon inicialmente como un panfleto anónimo cuya autoría solo conocían sus amistades más cercanas (Green, 2020, p. 193). Aunque, por su contenido, no tardó en asociarse a Macaulay Graham, una escritora radical, una amenaza para su propio país. Aún sin saber que su pluma estaba detrás, el texto fue reseñado en términos elogiosos en el número de enero de 1791 de la revista *Monthly Review*, «(...) el autor conecta adecuadamente la historia con la política doméstica y exterior; escribe con genio y juicio y realiza numerosas puntualizaciones pertinentes y justas» (Pearne, 1791, pp. 97-99). Sin embargo, los excesos revolucionarios, unidos a la corriente inglesa mayoritaria, conservadora y monárquica, provocaron que la obra de Macaulay Graham fuera denostada y relegada a la irrelevancia.

1. Burke, líder intelectual del movimiento contrarrevolucionario

Dicho esto, es preciso abordar el alcance del escrito de Burke que, en pocos meses, fue la referencia ineludible para denostar el alzamiento popular francés tanto en Inglaterra como en el continente. En seis años, 30.000 copias de su texto se habían editado, recibiendo las felicitaciones de monarcas europeos como Catalina de Rusia, Jorge III y el propio Luis XVI (Burke, 1951, p. X). Con un estilo directo y lleno de recursos estilísticos, Burke esboza un panorama demoledor del país gallo. Pese a formar parte del partido *whig*, la mayoría de sus postulados fueron asumidos plenamente por los *tories*, sobre todo porque realizaba un alegato

contrarrevolucionario que afirmaba con contundencia la superioridad de la monarquía británica sobre la pretendida democracia francesa (De Francesco, 2022, p.56). Asimismo, su conservadurismo trascendía a la política para abrazar sin complejos las posiciones que acusaban a la Ilustración de ser una amenaza contra la estabilidad social, sosteniendo, incluso, la tesis de que la caída del Antiguo Régimen era el resultado de la conspiración de grupos radicales que llevaban tiempo intentando acabar con el catolicismo en toda Europa (De Francesco, 2022, p. 57).

El motivo que le llevó a redactar las *Reflexiones* fue el sermón que el clérigo Richard Price llevó a cabo el 4 de noviembre de 1789 en la *London Tavern*, epicentro de las reuniones de la *Revolution Society*, que aglutinaba a numerosos reformistas y radicales ingleses. Price, estableciendo una comparación entre el levantamiento popular en Francia y el concepto de legitimidad, llega a la conclusión de que la autoridad del rey inglés, Jorge III, procede de la voluntad de sus súbditos, no de un pretendido derecho de sucesión anclado en la tradición y recogido en el *Bill of Rights* (González Adánez, 2001, p. 163). A Burke le preocupa el súbito cambio que está acaeciendo al otro lado del canal de la Mancha pero, realmente, su pluma se dirige a quienes simpatizan en su país con los revolucionarios y se atreven a confiar en ese grupo de filósofos que, a través de sus escritos, está detrás. A su juicio, la Revolución francesa nada tiene que ver con la Gloriosa de 1688, definida por una vuelta a las instituciones y costumbres arraigadas en un pasado definido por tres sólidos pilares: la monarquía, la iglesia y la nobleza. Por este motivo, como se verá en las réplicas de Macaulay Graham, el autor de las *Reflexiones* dedica buena parte de la obra a denunciar cómo la Asamblea Nacional ha reducido a su mínima expresión la autoridad y poder de Luis XVI, humillando a la familia real; a subrayar el ataque a los derechos hereditarios de la nobleza, garante del orden y de la cultura; y alertar de una concepción de la acción política que prescinde de la base moral que otorga la iglesia. Burke cree innecesario el proceso revolucionario, la ruptura que algunos de sus paisanos abrazan con optimismo y quieren llevar a Inglaterra:

Todo parece fuera de lugar en este extraño caos de ligereza y ferocidad en el que toda clase de crímenes se confunden con todo género de locuras. A la vista de esta monstruosa escena tragicómica, aparecen por reacción natural las más opuestas pasiones, mezclándose a veces unas con otras en la conciencia; y así, alternan el desprecio y la indignación, la risa y el llanto, la burla y el honor. (Burke, 2020, p. 60)

Los insurgentes, y los incautos que los apoyan, desdeñan que las sociedades humanas se construyen históricamente, en un proceso que hunde sus raíces en un evidente providencialismo en el que prima la sociedad, que actúa como un todo orgánico, sobre el individuo (Burke, 2020, p. 17). Al contrario de lo sostenido por Macaulay Graham³, Burke rechaza que un hombre, o unos pocos (la Asamblea Nacional en este caso) sean capaces de construir un Estado *ex nihilo*, que una creación tan sumamente compleja y diversa brote de la mente de intelectos aislados. Estamos a las puertas de una de las principales divergencias entre ambos autores, la cuestión del origen del Estado y de los elementos que lo constituyen. Burke cree con firmeza que los fundamentos de un sistema político se asientan en su antigüedad, en un momento fundacional que roza lo inmemorable y está por encima de la voluntad de un pueblo históricamente dado o de sujetos particulares. La Revolución peca de un racionalismo mecanicista que olvida el legado de las generaciones pasadas, de la fe y de los derechos y privilegios adquiridos; y lo mismo puede decirse de quienes pretenden aplicar lo acontecido en Francia a Inglaterra ya que la voluntad del pueblo en ningún momento puede imponerse a la tradición restaurada con la Revolución

³ Véase también su *Breve esbozo de forma democrática de gobierno en una carta al señor Paoli*, publicado en 1767, donde apoya la revolución llevada a cabo en Córcega en 1755 y la capacidad de Pasquale Paoli para elaborar una Constitución democrática y republicana.

Gloriosa (González Adánez, 2001, p. 164). En este punto, tal vez haya sido Isaiah Berlin quien ha sintetizado con mayor agudeza cómo los presupuestos teóricos de Burke estaban destinados a chocar frontalmente con los planteamientos de los revolucionarios:

[...] el famoso ataque de Burke contra los principios revolucionarios franceses estaba fundado sobre el mismísimo llamado a los *miles de hilos* que atan a los seres humanos dentro de un todo históricamente sagrado, contrastado con el modelo utilitario de sociedad visto como una compañía de negocios que se mantiene unida sólo por obligaciones contractuales, con el mundo de economistas, sofistas, y calculadores que están ciegos y sordos a las relaciones inalienables que hacen una familia, una tribu, una nación, un movimiento, cualquier asociación de seres humanos que se conservan juntos por algo más que la búsqueda de ventajas mutuas, o por la fuerza o por cualquier cosa que no es el amor mutuo, la lealtad, la historia común, la emoción y los conceptos. Este énfasis, durante la última mitad del siglo XVIII, sobre factores no racionales, conectados o no con relaciones religiosas específicas, que hace hincapié en el valor de lo individual, lo peculiar, lo impalpable, y hace referencia a las antiguas raíces históricas y costumbres inmemoriales, a la sabiduría de los sencillos y macizos campesinos no corrompidos por las complicaciones de sutiles “razonadores” tienen implicaciones fuertemente conservadoras, y, ciertamente, reaccionarias. (Berlin, 1983, p. 72-73).

La crítica al racionalismo ilustrado subyacente al proceso francés y a su modelo de Estado conducen a Burke a rechazar la teoría de los derechos del hombre heredada de esos *philosophes* tan perniciosos. Esos derechos, caricaturizados en las *Reflexiones* como elucubraciones abstractas, sutiles creaciones metafísicas fundamentadas en un a priorismo teórico indemostrable, pero, al mismo tiempo, pretendidamente natural, son el resultado de la relación entre el gobierno y la sociedad dentro de un contexto histórico y cultural particular (Bariffi, 2003, p. 274). Los derechos no emergen de un presente que ignora el pasado; de hecho, llegan al presente como resultado de su pasado, de una tradición marcada por la desigualdad y la superioridad de unos hombres sobre otros:

Todo contrato de todo Estado particular no es sino una cláusula del gran contrato primario de la sociedad eterna que liga las naturalezas inferiores con las superiores, conectando el mundo visible con el invisible, según un pacto fijo, sancionado por el juramento inviolable que mantiene en sus puestos apropiados todas las naturalezas físicas y morales. (Strauss, 2014, p. 265).

Los derechos abstractos, de trascender los límites teóricos y convertirse en una realidad empírica asumida colectivamente, socavarían dicho «contrato primario de la sociedad eterna», deviniendo en principios filosóficos, morales y políticos universales. He aquí la gran inquietud de Burke: que el triunfo de la Revolución francesa, con sus pretensiones universalistas y abstractas, sea capaz de superar los límites históricos locales para presentarse como un movimiento global que amenace verdaderamente la sociedad y la política inglesa (Bariffi, 2003, p. 277). *Philosophes* y asambleístas entremezclan equivocadamente teoría y práctica, generando un iusnaturalismo subjetivista inconsistente y peligroso. La teoría puede versar sobre nociones absolutas como los derechos de los hombres; pero la práctica se ciñe a un espacio y un tiempo concretos. Así, los intelectuales ilustrados, especulando sobre un marco político y social ideal, muestran una actitud tan ingenua como imprudente, ignorando las circunstancias que configuran la naturaleza de dichas esferas (Strauss, 2014, p. 265). Burke se alinea con la prudencia y el conservadurismo de quien duda de las expectativas revolucionarias, de la posibilidad de llevar a la realidad dichas abstracciones, temiendo, al mismo tiempo, que sean el origen de un terremoto capaz de hacer caer los cimientos más firmes:

El gobierno no se constituye basándose en los derechos naturales que pueden existir y existen totalmente independientes de él, con mucha mayor claridad y un grado mucho mayor de perfección abstracta; pero esta perfección abstracta constituye su defecto práctico. Al tener derecho a todo, se desea todo. (Burke, 2020, p. 123).

En este sentido, no son pocos los autores que ubican su pensamiento dentro de un incipiente comunitarismo, subrayando la importancia de las circunstancias específicas de cada país, de sus costumbres, prejuicios, creencias religiosas e instituciones⁴. Para entender la postura de Burke en las *Reflexiones*, debemos apreciar, además, la situación de Inglaterra en la segunda mitad del siglo XVIII, un imperio que, aunque ha perdido recientemente las colonias americanas, vive un momento de esplendor económico como potencia hegemónica en el comercio mundial. Y esto, a su parecer, ha sido posible gracias a un sistema político en el que el rey conserva sus prerrogativas e interactúa con un Parlamento compuesto por terratenientes distinguidos, poseedores de una reputación y un nombre asentados en la tradición. De ahí la insistencia en denunciar las medidas económicas llevadas a cabo por la Asamblea Nacional, definidas por el aumento de la deuda y la emisión masiva de papel moneda, acciones que, según Burke, aceleran la crisis francesa y, de imitarse en Inglaterra, arruinarían su supremacía, entregando el Estado a sus acreedores (Rivera García, 2010, p. 122-128). Enfriando el entusiasmo de quienes abogaban por una reforma profunda, se enemistó con numerosos liberales, y con el anarquista William Godwing, que interpretó el virulento ataque contrarrevolucionario como la traición de un autor que, una década antes, celebró la Revolución americana y denunció públicamente la corrupción del sistema político británico (Popkin, 2021, p. 255-256).

2. La Revolución Francesa como realización del proyecto ilustrado

Las réplicas de Macaulay Graham al extenso texto contrarrevolucionario de Burke emergen de una síntesis del republicanismo de Harrington y Sidney que reivindica las virtudes cívicas; de su particular visión de los acontecimientos políticos acaecidos en Inglaterra durante los siglos XVII y XVIII; y de su lectura de Rousseau, Voltaire y Helvétius (Macaulay Graham, 2021, p. XXVII-XLI). Y no era la primera vez que Macaulay Graham rebatía las posiciones de Burke, lo cual puede verse en *Cartas sobre la educación* (Macaulay Graham, 2021, p. 41-42). La animadversión era mutua y remota (Green, 2020, p. 18), superando las diferencias ideológicas pues, al parecer, aquel solía ridiculizarla en sus numerosas reuniones con políticos e intelectuales conservadores, por su radicalismo y, tal vez, por el rechazo a aceptar el valor de una extensa obra que había sido escrita por una mujer. A la gran influencia de Burke se debe, en gran medida, que la autora de las *Observaciones* fuera llamada por sus numerosos detractores *The republican virago*, traducido al español, algo así como la machorra republicana (Macaulay Graham, 2021, p. XIV), calificativo que solía emplearse para mofarse de las mujeres que participaban en la esfera pública. A estos antecedentes, añadimos que Macaulay Graham, ya enferma, contempla el proceso revolucionario como el inicio de una nueva época, la plasmación práctica de una conciencia ilustrada capaz de superar el lastre de las tradiciones que han perpetuado sociedades jerarquizadas marcadas por una forma de ejercer el poder de arriba a abajo. Cree firmemente que el ocaso de su vida se produce en el amanecer de un tiempo mejor. Francia se presenta como la oportunidad de cambiar el rumbo de los acontecimientos, de subsanar todo aquello que pudo ser la Revolución Gloriosa y no fue: la creación de un Estado asentado en la voluntad popular donde sus representantes sean elegidos democráticamente, un verdadero sistema parlamentario en el que esté encarnada toda la nación. Estas ideas aparecen

⁴ Véase Strauss (2014, p. 267); González Adánez (2001, p. 169); Douzinas (2000, p. 154).

desarrolladas en textos producidos antes y después de las *Observaciones*. Pueden verse en diversos momentos de *La Historia de Inglaterra*, principalmente en los volúmenes 5, 6 y 7 (Macaulay Graham, 1783, p. 191-194), donde acusa a Cromwell y al Parlamento del fracaso de la intentona republicana:

Si la forma de gobierno se hubiera llevado a cabo por los líderes del pueblo, si los ingleses vivieran bajo la influencia de una democracia bien regulada, habríamos mirado a esas personalidades con todo el respeto y veneración otorgado a los griegos y romanos ilustres que fundaron sus repúblicas. (Macaulay Graham, 1781, p. XI).

También se aprecia en el anteriormente mencionado texto sobre la república de Córcega, donde sigue de cerca el *Proyecto de Constitución para Córcega* de Rousseau y esboza un sistema bicameral con representantes elegidos cada tres años directamente por los ciudadanos (Macaulay Graham, 1767, p. 35); en el breve ensayo crítico con el absolutismo contenido en el *De Cive* hobbesiano (Macaulay Graham, 1767, p. 1-27); y en su última obra gran obra, *Cartas sobre la educación* (Macaulay Graham, 2021, p. 159-166).

La defensa del republicanismo conduce a la autora a realizar una crítica a la monarquía como sistema fallido y despótico que se intuye constantemente en las *Observaciones* pero que, igualmente, ha sido abordado previamente. Contra Burke, aduce que los errores llevados a cabo por los monarcas a lo largo de la historia no son resultado de acciones concretas, de malos gobernantes, son, ante todo, la consecuencia inevitable de una manera de entender la política definida por la desigualdad y el privilegio de una minoría. Esto hunde sus raíces en esa ancestral tradición alabada por aquel, por lo que se precisa romper con el pasado, demoler los cimientos para elaborar un edificio completamente nuevo, un constructo racional destinado a mejorar la vida de todos:

El gobierno es la institución del hombre; al ser una criatura fruto de la invención humana, puede ser cambiada o alterada según los dictados de la experiencia y una mejora en el juicio de los hombres; fue instituida para proteger al pueblo, para su seguridad, no para tumbar los derechos naturales; esto es una verdad que debe admitirse o suponer formalmente; y la magistratura debe dar cuenta de ello; no habrá contradicción alguna en un país ilustrado con el imparables rayo del aprendizaje racional. (Macaulay Graham, 1783, p. 430-431).

Contra lo sostenido por Burke, y en línea con lo que está aconteciendo en el país galo, la autora se posiciona a favor del derecho que tiene el pueblo a destituir al soberano si sus acciones no se dirigen a buscar el bienestar de sus súbditos, y a constituir un nuevo marco, resultado de la expresión de su voluntad soberana. La monarquía, gobierno hegemónico en Europa, es responsable del sufrimiento de los inocentes y del abuso de unos pocos; sus faltas no se deben a los errores concretos de algunos monarcas irresponsables y violentos (Macaulay Graham, 1767, p. 6-11), se originan en la naturaleza de un sistema que concentra todo el poder en un sujeto, privilegia a su corte y se despreocupa de los derechos de los hombres, entendiendo la concesión de ciertos derechos un regalo, no un deber (Macaulay Graham, 2021, p. XXXIII). Esta idea se sugiere en *Cartas sobre la educación*, que aparece pocos meses antes que las réplicas a Burke y, por tanto, es escrita con la Revolución ya en marcha. Allí, la autora dedica un capítulo a desglosar cómo debe ser la formación de los príncipes, incidiendo en que, si un buen gobernante es aquel que se vuelca en la felicidad de su pueblo, lo primero que ha de hacerse con el futuro monarca es entregar su formación a preceptores ilustrados, primando el conocimiento sobre los títulos, rechazando también a oportunistas y meros lisonjeros; en segundo lugar, acercarlo a quienes fían en él tan elevado objetivo; y, seguidamente, alejarlo de placeres y lujos tan innecesarios como elitistas:

Hortensia, si los príncipes estuvieran bajo la tutela de los hombres de mayor reputación y conocimiento del reino en vez de aquellos de mayor rango, tu observación parecería de peso. Pero es solo una apariencia, ¿acaso puede un hombre sabio provocar grandes efectos sobre una criatura si la atiende todo el tiempo pero el infante en cuestión está rodeado desde su nacimiento por una corte de aduladores? El niño será criado dentro de una pompa y para ser idolatrado por el público. El niño será tratado con ceremonias que destruirán la idea natural sobre sí mismo, así como la relación que tiene con la gente a quien gobierna. Un ser cuya actividad natural será destruida con facilidad, pues se complacerá con todos sus deseos y estará saciado de muchas maneras, mientras que otros niños sufrirán por extender sus ocupaciones más allá del objeto de entretenimiento más simple. En conclusión, será un ser cuya mente estará corrompida por los intrigantes sicofantes que se agolpan en sus dependencias antes de que su razón sea lo suficientemente fuerte como para percibir la diferencia entre el vicio y la virtud. (Macaulay Graham, 2021, p. 160).

¿Qué conclusión podemos extraer de estas afirmaciones tan contundentes sobre el proceso formativo del futuro rey? Para Macaulay Graham, la caída de Luis XVI corrobora que una educación así tiene sus riesgos, que no siempre pierde el pueblo; que los súbditos pueden sublevarse si toman consciencia de que quien les gobierna solo manda para sí mismo y, en vez de mejorar sus vidas, las empeora. La educación de las élites, tema que ocupa buena parte de *Cartas sobre la educación*, es una de las causas de los males que asolan a la humanidad. La ilustración, ese proceso emancipador que la lleva a justificar la Revolución francesa, exige un cambio radical en la formación de la ciudadanía, tanto de quienes gobiernan como de quienes son gobernados, fundamentalmente porque, en su planteamiento, no hay compartimentos estancos. Ahora, y Francia es testigo de ello, quienes antes eran gobernados se convierten en gobernantes y, al mismo tiempo, el rey y su cohorte dependen de la soberanía nacional representada en la Asamblea. Si el poder no se hereda, si no viene desde la cuna, ¿qué debe enseñarse al pueblo para que, de entre sus integrantes, emerja una clase política nueva? Siguiendo el *Belisario* de Marmontel, amor a la patria, una moral estable basada en el bien de la mayoría, conocer la naturaleza humana y estar versado en los asuntos filosóficos. «Cuando se encuentre un hombre así, no importará si es noble o plebeyo, si es rico o pobre. Su nobleza de carácter pesará más que la nobleza de cuna» (Macaulay Graham, 2021, p. 161). Y la historia de Roma nos deja algunos ejemplos a seguir, hombres excepcionales que, alejados de la corte, fueron educados lejos del artificio y del boato. Macaulay Graham cita a Trajano, Antonino y Juliano, líderes que crecieron privados del trono y lejos de la suntuosidad (Macaulay Graham, 2021, p. 164). La Asamblea, repleta de ciudadanos bien formados que provienen de profesiones liberales y nunca se imaginaron ocupar un asiento así, está ante la oportunidad única de decidir por y para su pueblo; y nuestra protagonista confía en muchos de los allí presentes porque durante su segunda estancia en Francia, entre 1785 y 1786, interactúa en varios salones parisinos con personas cercanas a Condorcet, Mirabeau o Marat, a falta de registros que confirmen un contacto directo con estos y otros futuros asambleístas (Green, 2020, pp. 198-203) En esos foros, expondrá sin ambages sus planteamientos políticos y su constante preocupación por la pobreza y la desigualdad. La denuncia del lujo y el despilfarro en *Cartas sobre la educación*, abordada previamente en más de un salón, será un adelanto del señalamiento explícito de Luis XVI en las *Observaciones*:

Que lo que se denomina la munificencia del soberano no es sino el despilfarro de la sustancia del pueblo confiado a su cuidado, esto es, el espolio del pobre y del indigente. En una palabra, cada chelín concedido a individuos cuyos servicios y talentos no sean eminentemente beneficiosos para su país es, en el mejor de los casos, un vil abuso de la confianza, a no ser que sea obtenido de sumas que de otra

manera fueran gastadas en gratificaciones personales. (Macaulay Graham, 2021, p. 166).

3. Hacia un sistema penal plenamente ilustrado

Al igual que harán *salonnières* partidarias de la Revolución como Sophie de Grouchy (De Grouchy, 2017, 137-162) y Madame Helvétius (Hurtado Simó, 2017, pp. 43-49), Macaulay Graham abogará por un cambio profundo en el sistema penal, en su caso, enfocando la problemática en Inglaterra y en Francia, como se deduce al abordar una cuestión tan espinosa como la pena capital. En el capítulo VII de la segunda parte de *Cartas sobre la educación*, subraya el deber que tienen los gobiernos en formar a su pueblo y proporcionarle los medios necesarios para la felicidad. Para lograrlo, optará por una moderación en política que sea capaz de huir tanto de la deificación del gobernante (frecuente en las monarquías, a juicio de la autora) como de la sociedad, aspecto, este último, que no precisa pero que bien podría aplicarse al proceso revolucionario que aborda en el texto que presentamos; y, por otra parte, que dicha formación incluya el conocimiento de las leyes de la nación y los deberes públicos y privados basados en una moral universal. Macaulay Graham se apoya en *De los delitos y las penas* del marqués de Beccaria, afirmando que un buen gobierno tiene entre sus obligaciones lo anteriormente mencionado (Macaulay Graham, 2021, p. 193). Si los gobernantes buscaran el bien de su pueblo, desarrollarían un sistema educativo universal y coeducativo dirigido a enseñar el valor de las normas que rigen la convivencia, en vez de fomentar la ignorancia y, como resultado, una transgresión que llevan al miedo, la injusticia y el castigo más cruel:

En consecuencia, la educación pública, si está adaptada correctamente para la mejora del hombre, incluirá las buenas leyes, los buenos ejemplos, las buenas costumbres, un uso adecuado de las artes y la comunicación de sabias enseñanzas, que se transmitirán a través del lenguaje, ya sea hablado o escrito. (Macaulay Graham, 2021, p. 194).

La imagen de la humanidad que transmite Macaulay Graham poco antes de redactar las *Observaciones*, deja un panorama desolador. Se encuentra subyugada por monarcas que actúan tiránicamente aprovechándose de las ventajas que tiene dominar sobre hombres y mujeres sin instrucción, sometidos por pasiones moldeadas para perpetuar la desigualdad y la sumisión a una forma de gobierno asentada en tradiciones y costumbres tan antiguas como obsoletas. Una verdadera ilustración exige crear un sistema educativo y, a la vez, un conjunto de leyes racionales, iguales para todos y alejadas de injustificadas formas de crueldad. Su pesimismo y frialdad respecto a la posibilidad de lograr tan elevado objetivo en *Cartas sobre la educación* contrasta con la pasión que Macaulay Graham despliega en su refutación a Burke. En aquella obra, recurre a las experiencias de dos abogados reformistas británicos, John Howard (1726-1790) y Capel Lofft (1751-1822). El primero de ellos, tras contemplar cómo su hijo menor fue enviado treinta años a un manicomio por sodomía con otro hombre, conoció a fondo el sistema penitenciario británico, francés, ruso y de los Países Bajos, denunciando en 1774 ante la Cámara de los Comunes las deplorables condiciones en las que se hacían los presos (West; Stafford-Smith, 2011). El segundo, al intentar sin éxito privar de la horca a una joven sirvienta que fue obligada por su novio, de noble rango, a robar cuarenta chelines, pese a las evidencias de que actuó bajo coacción y amenaza. Por denunciar esta sentencia, Lofft fue expulsado del colegio de abogados. Su *Pensamientos sobre la construcción y la política de las prisiones* y el compromiso político en la abolición de la esclavitud lo convirtieron en una figura reconocida en los ambientes radicales ingleses y franceses.

Como resultado, Macaulay Graham sostendrá que las penas y castigos han de ser suavizadas, sin olvidar que, este «intelectualismo moral» hace recaer buena parte de las transgresiones que acaecen en la vida en sociedad en la desidia o la perversidad de los gobernantes. Las reflexiones sobre este tema la conducen a una cuestión controvertida: la pena de muerte. La historiadora y filósofa enumera argumentos en contra, destacando que acabar con la vida de un ciudadano es un incumplimiento de las funciones de un gobierno, que hay alternativas a la pena capital y que actos así, y realizados públicamente, no hacen sino reforzar que el vulgo se mantenga en la barbarie y la indiferencia (Macaulay Graham, 2021, p. 197). Y, de forma llamativa, despacha a sus defensores en una línea, reconociendo que tiene argumentos plausibles. Desde su punto de vista, la pena de muerte, de aceptarse, debe ser algo excepcional, sin público y dejando patente que no tiene nada de festivo. Siguiendo su manera de proceder, recurriendo constantemente a experiencias personales e históricas, Macaulay Graham trae a colación el atentado llevado a cabo por Margaret Nicholson que, en 1786, intentó acabar con la vida de Jorge III con un cuchillo, sosteniendo que el monarca respondió con violencia y con un encarcelamiento fruto de alguien que está por encima del Parlamento y de los jueces, en un acto de venganza execrable y contrario a la justicia y la humanidad. Ella responde convirtiendo la pena capital en un recurso anómalo, por no decir, injustificado:

(...) ya sea porque la necesidad de luchar existe realmente en la naturaleza de las cosas, o porque es fruto únicamente de la indolencia del gobernante y de su desafección hacia la felicidad de la comunidad, es cierto que los intereses de la humanidad y los dictados de la buena política indican que quitarle la vida a un hombre debe ser algo excepcional. Todas esas ceremonias que acompañan a un acto tan sombrío deben ser lo más detestable posibles; y, para evitar que el público reciba una impresión que golpee a la parte más compasiva de la sociedad, o contribuya a hacer que sus corazones sean aún más insensibles, las ejecuciones deben hacerse en privado. (Macaulay Graham, 2021, p. 197).

Como podrá verse, contrasta con sus consideraciones sobre las ejecuciones llevadas a cabo en Francia, en las que rebate a Burke por sus ataques al pueblo sublevado. Acciones igualmente inhumanas se cometen en las céntricas plazas de las ciudades galas, ante personas que se agolpan deseosas de contemplar la horca, la guillotina o cómo un pelotón de fusilamiento acciona el gatillo. El castigo del poste, en sus propias palabras, ha arrebatado la vida de culpables e inocentes; pero Macaulay Graham lo justifica por la excepcionalidad del momento y por la necesidad de llevar a cabo un corte radical con el Antiguo régimen. A su vez, los revolucionarios no tenían alternativa, y esas muertes se explican al compararse con el recuento de atrocidades realizadas por la monarquía como sistema y por los déspotas que, a lo largo de la historia, han ostentado el trono. A la luz de sus consideraciones, la caída del rey de los franceses parecía inevitable.

Dentro de los elementos centrales de las *Observaciones*, no podemos pasar por alto la cuestión de la distribución de la tierra y el papel de la nobleza y la iglesia en el conjunto de la sociedad. Lo primero fue ya abordado, entre otros, por Harrington, generando un republicanismo que subraya la importancia de su reparto y la creación de un sistema participativo resultante de una comunidad de pequeños propietarios que evite privilegios y abusos (Pocock, 2008, p. 470). Para Macaulay Graham, las virtudes cívicas solo aflorarán cuando los ciudadanos, pequeños propietarios, participen activamente de las decisiones políticas en igualdad, una igualdad tanto política como económica (Pocock, 1998, p. 243-258). Esto afecta, en su respuesta a Burke a lo segundo, a la nobleza y el clero, llevándola a apoyar las medidas legislativas acometidas por la Asamblea Nacional francesa como recurso necesario para convertir un país dominado por el rey, los nobles y los sacerdotes en un Estado

capaz de disponer equitativamente de todas las fuentes de riqueza. Por otra parte, el documento expone unas pinceladas del profundo conocimiento que tiene su autora de la historia de Inglaterra, realizando precisiones sobre figuras decisivas para comprender el recorrido político del país y, simultáneamente, el alejamiento de Macaulay Graham de las visiones hegemónicas; por ejemplo, se contempla en las primeras páginas de las *Observaciones*, al abordar la caída de Jacobo II en 1688 y el fin de la dinastía de los Estuardo.

Con todas estas ideas, Macaulay Graham se convierte en una representante de excepción de esa subversiva masa de sujetos rechazados por Burke, una mujer de letras, una defensora de los derechos abstractos, en definitiva, una agitadora más, que espoleó a Wollstonecraft a redactar *Vindicación de los Derechos de los hombres*, respuesta al texto de Burke, en las postrimerías de 1790. Su influencia sobre los revolucionarios franceses fue tal que podemos encontrar sus obras citadas en discursos y escritos de Marat, Brissot, Roland y Mirabeau (Macaulay Graham, 2021, p. LVIII-LX).

Por último, indicar que, para la traducción del texto que presentamos, hemos recurrido al original, publicado anónimamente en Londres, en diciembre de 1790, con el título *Observations on the reflections of the Right Hon. Edmund Burke, on the Revolution in France, in a Letter to the Right Hon. the Earl of Stanhope*, en la imprenta de C. Dilly, lugar de la mayoría de trabajos de Macaulay Graham desde la década de 1770. La obra fue digitalizada y editada en 2012 por Cambridge University Press. Se han incluido notas aclaratorias.

Bibliografía

- Bariff, F.J. (2003). Negación de los derechos humanos: El pensamiento conservador de Edmund Burke. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº6, 2002/2003, 265-278. <http://www.rtfed.es/numero6/15-6.pdf>.
- Berlin, I. (1983). *Contra la Corriente. Ensayos sobre historia de las ideas*. FCE.
- Burke, E. (1951). *Introduction to Reflections on the French Revolution and Other Essays*. Dent and Sons.
- Burke, E. (2020). *Reflexiones sobre la Revolución francesa*. Rialp.
- Cash, A. (2006). *John Wilkes. The scandalous father of civil liberty*. Yale University Press.
- De Francesco, A. (2022). *La Revolución francesa. Doscientos años de combates por la historia*. Prensas de la Universidad de Zaragoza.
- De Grouchy, S. (2017). *Cartas sobre la simpatía*. CSIC.
- Douzinas, C. (2000). *The end of Human Rights. Critical legal thought at the turn of the century*. Hart Publishing.
- González Adánez, N. (2001). Edmund Burke y las revoluciones, *Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales*, 5, 145-170. <https://recyt.fecyt.es/index.php/Hyp/article/view/44898>.
- Green, K. (2020). *Catharine Macaulay's Republican Enlightenment*. Routledge.
- Hurtado Simó, R. (2017). *Madame Helvétius. Ilustración, razón y revolución en el salón de Auteuil*. Benilde.
- Hurtado Simó, R. (2022). La educación radical de Catharine Macaulay Graham. *Revista Tópicos Educativos*, 28, (1), 258-277, 2022. <https://doi.org/10.51359/2448-0215.2022.253811>.
- Israel, I. J. (2001). *Radical enlightenment: Philosophy and the Making of Modernity (1650-1750)*. Oxford University Press.

- Macaulay Graham, C. (1767). *Loose Remarks on certain positions to be found in Mr. Hobbes's Philosophical Rudiments of government and society. With a Short Sketch of a democratical form of government in a letter to Signior Paoli*. T. Davies, Robinson, Roberts and T. Cadell.
- Macaulay Graham, C. (1771-1783). *The History of England from the Accession of James I to that of the Brunswick Line*. 5-8. C. Dilly.
- Macaulay Graham, C. (1783). *Treatise on the Immutability of Moral Truth*. C. Dilly, G. Robinson, T. Cadell, T. Lewis, J. Walter, R. Faulder.
- Macaulay Graham, C. (1790). *Observations on the reflections of the Right Hon. Edmund Burke, on the Revolution in France, in a Letter to the Right Hon. the Earl of Stanhope*. C. Dilly.
- Macaulay Graham, C. (2012). *Observations on the Reflections of Edmund Burke on the Revolution in France*. Cambridge Library Collection.
- Macaulay Graham, C. (2021). *Cartas sobre la educación. Con observaciones respecto a temas religiosos y metafísicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Onfray, M. (2009). *Los ultras de las luces. Contrahistoria de la filosofía, IV*. Anagrama.
- Pearne, T. (1791). *Monthly Review*, 4ns, January (97-99).
- Pocock, J. G. A. (1998). Catharine Macaulay: Patriot Historian. En H. L. Smith (Ed.), *Women writers and the early modern British political tradition* (243-258). Cambridge University Press.
- Pocock, J. G. A. (2008). *El momento maquiavélico*. Tecnos.
- Popkin, J. D. (2021). *El nacimiento de un mundo nuevo. Historia de la Revolución francesa*. Galaxia Gutenberg.
- Puleo, A. H. (2023). *Ideales Ilustrados: La Encyclopédie de Diderot, D'Alembert y Jaucourt. Un legado emancipatorio para el siglo XXI*. Plaza y Valdés.
- Rivera García, A. (2010). El enemigo de la metafísica revolucionaria: Edmund Burke, entre el liberalismo y el tradicionalismo. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, N°150, octubre-diciembre, 111-141. [10.18042/cepc/rep](https://doi.org/10.18042/cepc/rep).
- Strauss, L. (2014). *Derecho natural e historia*. Prometeo libros.
- West, T; Stafford-Smith, C. (2011). *The curious Mr. Howard: legendary prison reformer*. Waterside Press.

Observaciones acerca de las reflexiones de Edmund Burke sobre la revolución en Francia, en una carta al honorable Conde de Stanhope*
Observations on the Reflections of Edmund Burke, on the Revolution in France in a Letter to the Right Hon. the Earl of Stanhope

Catharine Macaulay

Cita recomendada:

Macaulay, C. (2024). Observaciones acerca de las reflexiones de Edmund Burke sobre la revolución en Francia, en una carta al honorable conde de Stanhope. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 336-363

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9014>

Mi señor,

El señorío de su carácter como un patriota, un filósofo, y un amigo firme de los derechos generales del hombre, me anima a presentarle las siguientes *Observaciones* sobre las famosas *Reflexiones sobre la Revolución en Francia* del señor Burke. No pretenden la atención popular por la ornamentación del estilo con el que se comunica; no captarán admiración por fascinantes encantos de elocuencia; se dirigen no a cautivar sino a convencer; y es la presunción de que su señoría atiende más a la sustancia y la finalidad de las composiciones literarias que al arte de su disposición lo que me induce a pensar que cuentan con su aprobación.

No es sorprendente que un acontecimiento, el más importante para el máspreciado interés de la humanidad, el más singular por su naturaleza, y el más sorprendente en sus maneras, no solo haya atraído la curiosidad de todas las

* Traducción de Ricardo Hurtado Simó.

naciones civilizadas, también de las pasiones de todos los hombres dotados de reflexión.

Ya se han formado dos bandos en este país que observan la Revolución francesa con un temperamento muy opuesto: para uno de ellos, inspira sentimientos de exultación y arrebató; y, para el otro, indignación y desdén. No me atrevo a considerar cuáles son las pasiones secretas que han dado origen a esos últimos sentimientos; y debo contentarme observando que el señor Burke se ha encargado de ser el oráculo de este último bando. Las habilidades de este caballero han quedado bien patentes por la impaciencia con la que el público ha esperado sus observaciones; y cuando consideramos que ha sido educado en la gran escuela del Parlamento, que ha asistido durante la mayor parte de su vida a los consejos públicos de la nación inglesa, debemos presuponer que está sobradamente preparado para emprender la tarea que ha acometido, censurando la política de nuestro reino vecino, adentrándose en una definición exacta de aquellos derechos naturales que vinculan a toda definición de hombre. Hay una observación racional, o argumento, en la existencia moral, que este caballero (muy favorecido por naturaleza y circunstancias para el debate político) podía haber pasado por alto, sobre un asunto sobre el que parece muy interesado, y al que ha dedicado mucho tiempo. Así, cuando nos encontramos obligados a sustituir una cálida y pasional declamación por una investigación fría, dirigiéndonos a las pasiones en vez de a la razón de la humanidad, podemos inclinarnos a pensar que nuestro juicio y nuestros sentimientos tienen más crédito, al ver que nos encargamos de un asunto interesante que, además, nos proporciona placer.

El señor Burke comienza lanzando una campaña de despreciativa censura sobre dos clubes (sociedades) en Londres por el dañino ejercicio que hacen de la libertad natural y constitucional¹. Y, ciertamente, ambos tienen el derecho a elogiar a la Asamblea Nacional francesa en un asunto del gobierno doméstico, y a expresar la aprobación de su conducta, con una libertad igual a la que el señor Burke emplea en su carta al expresar su aversión.

La Asamblea Nacional francesa no se ha comportado como un Estado altanero, como para entregarse a la comunicación de sentimientos ridículos y presuntuosos. Como mecenas de la libertad en igualdad, no ha rechazado dirigirse al más humilde de los individuos. En consecuencia, la Sociedad de la Revolución puede esperar racionalmente que su discurso se haya encontrado con una acogida cortés, pero no revestida con la «dignidad de la sola representación de su majestad de la completa nación inglesa».

Pero el señor Burke cree que esos caballeros tienen una predilección tan fuerte por los acuerdos democráticos que están teniendo lugar en Francia que les lleva a desear, cuando no a anhelar y esperar, que se produzcan en este país con el paso del tiempo algunas reformas importantes; y estas dañinas operaciones de la mente en algunos individuos oscuros (así es como se describe a los integrantes de los clubes agraviados) han producido en el señor Burke una aprehensión incoherente con la elevada opinión que tiene de la Constitución inglesa y con el fuerte compromiso que tiene con las bondades de la nación.

¹ Burke se refiere a la Sociedad Constitucional, cercana al partido *Whig*, y la Sociedad de la Revolución de Londres, fundada en 1788 por un grupo de políticos e intelectuales para conmemorar la Revolución de 1688. Entre sus miembros figuraban el conde de Stanhope y Price; defensores de ideas como la soberanía popular o la prohibición del comercio de esclavos, simpatizaron con los revolucionarios franceses.

El doctor Price², cuyo entusiasta amor por la humanidad y por la extensión de la felicidad general le movieron a expresar con efusividad su sentimiento patriótico, en un sermón del cuatro de noviembre de 1789, en el disidente templo de Old Jewelry, es censurado por el señor Burke en unos términos severos y, diríamos más, acrimoniosos. Entre otras partes del ofensivo asunto que aborda en ese sermón, afirmaba que «El rey de Gran Bretaña debe su derecho a la corona de la elección del pueblo», algo particularmente singular, y que merece una consulta tanto histórica como argumentativa.

La libertad alcanzada en el año 1688, fue resultado de un acuerdo de Lores y Comunes que supuso el derrocamiento del rey Jacobo II³ como soberano del trono, otorgando la soberanía del reino a su hija María, y a su marido, el príncipe de Orange. Posteriormente, los legisladores establecieron la sucesión en la reina Ana⁴ y, en su ausencia, en los herederos del cuerpo del rey Guillermo y, en ausencia de estos, en la casa de Hanover (los descendientes protestantes de la casa de los Estuardos en la línea femenina). Y esto, no solo en perjuicio del rey Jacobo II, también en el de su hijo, quien había sido reconocido como su legítimo heredero al trono; y, además, perjudicando a la casa de Saboya, que por línea descendente era la siguiente en la sucesión regular. Todos estos son hechos que justifican que un hombre reflexivo dude acerca de la opinión de que el presente reinado familiar deba su sucesión a la elección o la conformidad del pueblo. Pero, según la opinión del señor Burke, estos hechos no tienen fuerza «porque la familia de los Estuardo no estaba completamente apartada de la sucesión, y un oriundo de Inglaterra llegó al trono; y porque se declaró en el acto de sucesión que la línea protestante establecida desde Jacobo I era absolutamente necesaria para la seguridad del reino».

Así, aunque esos individuos de la familia de los Estuardo nunca cometieron ofensa alguna contra la paz del país, y tenían una fe que no era peligrosa para el bienestar, debieron ser apartados a favor de una sangre extraña, algo que fue una medida justa. Ciertamente, fue una acción sabia dejar el menor número de competidores posibles a la corona, si se asentaba en la justicia o en la mera posibilidad. Pero había una razón aún más poderosa para entender la conducta de las dos Casas de Convención primero, y luego del Parlamento en su capacidad constitucional; y la razón de esto es que sin el príncipe de Orange y sin la asistencia de su armada holandesa, no habría habido Revolución. En general, la nación inglesa no estuvo muy convencida de la severa y grave necesidad de la que habla el señor Burke: que el pueblo por sí mismo nunca se habría levantado para deponer al rey Jacobo II, contemplando todas sus innovaciones con tal flema constitucional que, de haber tenido este desafortunado monarca las cualidades de la firmeza, la perseverancia o la paciencia, habría continuado en el trono a no ser que el oscuro recurso del asesinato lo hubiera evitado.

Es evidente que los amigos de la Revolución saben que no la habrían realizado sin la ayuda del rey Guillermo, dejando a un lado la intención de investir a María como única soberana, o declarando que, si esto tenía lugar, volvería a Holanda, dejando el país para aquellos.

² Richard Price (1723-1791). Filósofo galés próximo a círculos radicales republicanos. Apoyó públicamente la Revolución y mantuvo correspondencia con personajes esenciales en su primera etapa como Nicolás de Concordet. La autora hace referencia a su *Discurso sobre el amor de nuestro país*.

³ Jacobo II de Inglaterra y VII de Escocia (1633-1701). Fue derrocado por la llamada Revolución Gloriosa de 1688. Sus sucesores fueron María II (1662-1694) y Guillermo III (1650-1702), reinado iniciado en 1689 y finalizado con la muerte de este último.

⁴ Ana Estuardo (1665-1714), hija de Jacobo II, última soberana de la casa de los Estuardo.

Sin embargo, aunque los sinceros amigos de la libertad pueden desear este derecho abstracto para el pueblo, elegir a sus magistrados y deponerlos cuando tienen una conducta inapropiada, se ha dejado bien claro para el público, por una declaración formal, que los momentos de sucesión no son tiempos en los que esos deseos se ejecuten. Todo el cuerpo del pueblo ha sido engullido profundamente por el veneno de la política de la iglesia: por sus medios, la obediencia pasiva ha suplantado por completo a la noción abstracta de los derechos de los hombres que prevalecieron en la oposición a Carlos I⁵. El partido triunfante estaba tan deseoso de evitar el resurgir de ese derecho abstracto, que tanto perjudicaba a sus intereses, que mezcló cuidadosamente la autoridad basada en la justicia con nociones ambiguas para confundir al pueblo. ¿Acaso Guillermo, príncipe de Orange, que fue el alma de toda esa manera de proceder, habría permitido una reivindicación que, en los términos más evidentes, hacía depender su poder de su buen comportamiento?

Justamente, el señor Hume supone que, si la revolución hubiera acontecido cien años después de cuando sucedió, habría sido materialmente diferente en todas sus circunstancias. En vez de pensar, con el señor Burke, que una sincera declaración de los derechos de los hombres habría pretendido alterar la tranquilidad de la nación, creo con firmeza que habría supuesto el efecto contrario; por eso, en este caso, esas incesantes disputas entre los *Nonjurors*⁶, los *Tories* y los *Whigs*, habrían acabado pronto. Porque, si la cuestión no hubiera estado enredada en la oscuridad, la contradicción y la absurdez en la que la envolvían los revolucionarios, la verdad y la razón habrían inclinado la balanza. El pueblo habría estallado de júbilo; la gente habría asumido alegremente su obediencia al nuevo gobierno; y esa terrible necesidad que el señor Robert Walpole⁷ disculpa al introducir un sistema de corrupción en la administración nunca habría existido.

Cuando la sucesión de la corona en una familia, o incluso la posesión de la propiedad privada, deben su origen al pueblo, de forma más indudable la autoridad de la que se derivan se vincula por sí misma a esa cesión, tanto en el caso del individuo concreto de la familia que está en la línea de sucesión como en el primer poseedor. Y me cuesta trabajo creer que haya un solo miembro ilustrado que forme parte del cuerpo legislativo, que determine la sucesión en el trono, que pueda pensar que ese cuerpo posee plenos poderes que le dan un derecho tanto para mantenerse al margen de las leyes de sus ancestros como para blindar su posteridad a todas las generaciones posteriores a las cadenas permanentes de una ley inalterable. En ese caso, tendríamos que admitir un poder totalmente incompatible con la condición de la humanidad, y solo reservado a los dictados de la sabiduría divina. En estos días ilustrados, podemos mejorar la política del fanático ateo Hobbes: él supone un derecho natural del pueblo para elegir a sus gobernantes; pero, al ejercerlo, el ciudadano y sus descendientes lo pierden para siempre, atándose a través de las generaciones a estar al servicio de la voluntad de un dirigente.

No tendremos en consideración la naturaleza y tendencia de dos cumplidos que tanto el doctor Price como el señor Burke han rendido tanto a su Majestad como a sus descendientes en el trono. Creo que el doctor Price ubica su derecho a gobernar en su mayor dignidad y, tal vez, allí donde tiene lugar, en su posición como garante de la estabilidad. Pero el señor Burke habría hecho bien en considerar si merece la pena pagar tan alto coste (la renuncia del pueblo a sus derechos naturales) por entregar el trono al rey. Para un príncipe débil, sería adecuado eliminar de su mente

⁵ Carlos I de Inglaterra y de Escocia (1600-1649). Sus enfrentamientos con el Parlamento desembocaron en la Guerra Civil y su posterior decapitación.

⁶ Seguidores de la Iglesia de Inglaterra que rechazaron aceptar la autoridad de Guillermo III y María II.

⁷ Sir Robert Walpole (1676-1745), Primer ministro del Reino Unido desde 1721 hasta 1742.

todas las obligaciones que debe al pueblo, y, halagándose con una vana presunción basada en su mero derecho personal, tener la tentación de romper aquellos lazos sagrados que atan y dirigen su gobierno. Tengo motivos para creer que casi todos los vicios de la administración real se deben a una servil adulación en la expresión de sus asuntos; y, para vergüenza del pueblo inglés, debe decirse que ninguna de las naciones esclavizadas en el mundo se dirige al trono con un estilo más exagerado e hiperbólico de sumisa adulación que la nuestra.

Para un príncipe bueno y sabio, cumplidos de esa naturaleza, como los realizados y recomendados por el señor Burke, deberían ser ofensivos. Debería deshacerse del más noble y seguro título del que extrae su poder; lo consideraría como reconocer que su derecho está latente en otras familias; y la liberalidad de su sentimiento inclinaría a que triunfase en él la opinión de que fue llamado a gobernar y a continuar en el poder por la decisión y la confianza de una nación libre.

El señor Burke parece adoptar el prejuicio, la opinión y los poderes de la imaginación como los fundamentos más seguros sobre los que los buenos hombres de Estado pueden establecer o continuar la felicidad de las sociedades. Esto siempre ha sido imputado por filósofos (una tribu de hombres a los que el señor Burke se esfuerza en despreciar) como causas que han producido todos los vicios e imprudencias en el hombre, y consecuentemente, han sido la fuente más fructífera de la miseria humana.

Ciertamente, el señor Burke tiene una imaginación sutil. Pero les recomendaría tanto a él como a cualquiera de sus admiradores que no siguieran demasiado por ese camino; si por virtud de nuestra naturaleza no nos conduce al crimen, siempre nos lleva al error.

Ubicarnos en una situación en la que sea fácil entender y obedecer los principios de la verdad parece ser la base de nuestra felicidad en este mundo, y de nuestra perfección en otro mundo; mientras más sigamos y busquemos la verdad en este valle de humana ignorancia y miseria, más podremos aumentar nuestra felicidad mundana y asegurar las bendiciones de una existencia futura. Toda opinión que se desvía de la verdad es una guía traicionera; y mientras más se desvía de ella, más peligrosa se hará.

Aunque una falsa opinión de los derechos y facultades de los ciudadanos puede esclavizar la mente dúctil hasta un estado de obediencia pasiva, asegurando así la paz del gobierno, de la misma manera aumenta el orgullo y la arrogancia de los príncipes, hasta que todas las consideraciones de rectitud dan rienda suelta a la voluntad y las barreras de la seguridad personal son demolidas; y de ahí irrumpe esa tremenda necesidad que viene acompañada de un estado de violencia y anarquía que el señor Burke teme con razón. Y este es el caso, como la experiencia de todas las sociedades de hombres que reconocen el poder en sus príncipes por encima de toda resistencia muestra con total evidencia. Con frecuencia, esas sociedades se ven obligadas a recurrir a la violencia y la masacre; y no para establecer derechos populares algunos por la fuerza, sino para hundir su venganza en sus tiranos.

Sobre el derecho de destituir o deponer a los monarcas por desgobierno, de ningún modo puedo estar de acuerdo con el señor Burke: que Inglaterra solo existió en esa Convención de las dos Casas en 1688, que ejecutó ese poder sobre el rey Jacobo II y sus sucesores legales. Pero es clara mi opinión respecto a que es un derecho que nunca debe ejecutarse por un pueblo que esté satisfecho con su forma de gobierno y tenga suficiente espíritu para corregir sus abusos. Y, respecto a condenar a la nación francesa por no deponer o ejecutar a su rey, aunque las

presunciones más contundentes de la culpa más atroz caigan contra él, creo que habría sido un error llevarlo a cabo. Francia habría tenido dificultades para encaminarse a su libertad, y para mejorarla. Pero es la sabiduría y no la locura de la Asamblea Nacional lo que ofende a sus enemigos. Y fuerza al señor Burke a contradecir, en este ejemplo, la regla que ha establecido: «Los monarcas no deben ser depuestos por su mala conducta, solo cuando su criminalidad es de tal forma que hace a su gobierno totalmente incompatible con la seguridad del pueblo».

Antes de dejar el asunto de la efusividad patriótica del doctor Price, debemos reparar en una grave acusación realizada contra él por el señor Burke –no menor que profanar la bella y profética exclamación, comúnmente llamada, *Nunc dimittis!*-, hecha por nuestro Salvador en el Templo, aplicándola «con un arrebató inhumano y antinatural, del más horrendo, atroz e hiriente espectáculo que quizás nunca jamás se haya exhibido para piedad e indignación de la humanidad». Puedo creer con facilidad que la imaginación del señor Burke estaba enormemente afectada por una escena que describe con todo tipo de detalles. Pero el doctor Price, que encaja con esa descripción de los hombres que el señor Burke denomina «filósofos abstractos», la ha empleado para conducir su mente a una larga serie de ideas sobre las consecuencias de las acciones que suceden en el transcurso de la escena. Así, el doctor Price, con mucha mayor simpatía por el señor Burke de la que este tiene por aquel, puede que no esté muy conmovido por las mortificaciones y sufrimientos de unas pocas personas, aunque notablemente distinguidas por el esplendor de su rango, cuando esas mortificaciones conducen, o aseguran, la felicidad presente y futura de veinticuatro millones de personas, emancipando su posteridad de los esfuerzos por evitar todo aquello que es degradante y sufriente para la mente sensible. Porque, además, ese sufrimiento de unos pocos conduce a las bendiciones inmediatas de la seguridad personal. Y al disfrute de esas ventajas que, por encima de otras, deben gozar los sentimientos de las gentes de espíritu más elevado.

Cuando se consideran adecuadamente, los acontecimientos de la vida humana no son sino una serie de providencias benévolas; y, muchas de ellas, aunque muy importantes en sus consecuencias, se confunden con las relaciones comunes entre los hombres, como puede observarse. Pero, cuando el creyente cree percibir la voluntad omnipotente, con más rapidez se declara a favor de una perfección futura y de la felicidad del mundo moral, dirigiéndose de manera natural al mismo éxtasis de esperanza y gratitud al que Simeón fue transportado por la visión del pequeño Mesías. ¿Acaso el señor Burke ha escuchado algo sobre ese milenio imaginario que se supone que solo existe en el reino de los santos? Si este es el caso, le recomendaría leer la obra de Newton⁸ sobre las profecías. Encontrará que este respetable obispo, que no era un hereje, es de la opinión de que algunos pasajes de las *Revelaciones* se dirigen a un periodo de tiempo futuro en el que cetro de hierro de la arbitrariedad será destruido, la justicia prevalecerá en toda la tierra y un adecuado sistema de igualdad se instalará en la conducta del hombre. Así, toda providencia, por la que cualquier propósito insuperable a su bendición trascendental parece desaparecer, debe, racionalmente, conducirnos al progresivo clamor de gratitud del benevolente cristiano. ¿Qué ideas se asocian de manera más natural en la mente humana que aquellas sobre la primera aparición del niño Jesús y su futuro reino universal en los corazones de su pueblo?

Pero el señor Burke piensa que es, cuanto menos, algo tremendamente inapropiado, expresar aprobación sobre la conducta espiritual de la nación de Francia, nación que, ante el tiempo y las circunstancias, ha manifestado que la libertad que ha obtenido ha sido empleada con sabiduría para crear una nueva forma de gobierno o

⁸ Thomas Newton (1704-1782), obispo de Bristol. En 1754 publicó *Disertaciones sobre las Profecías*.

mejorar la antigua. «Cuando veo», dice el señor Burke, «el espíritu de libertad en acción, veo un principio fuerte en el trabajo; y esto es todo lo que puedo saber al respecto; al liberarse el gas, el aire sale con fuerza; pero debemos suspender nuestro juicio hasta que la primera efervescencia se ha calmado, hasta que el líquido está claro, y hasta que veamos algo más profundo que la agitación de una superficie turbada y espumosa».

La Revolución francesa se ha contemplado como algo nuevo en la historia de los asuntos humanos. Hay algo singular, único, en esa perfecta unanimidad del pueblo; en ese espíritu firme que frustra cualquier esperanza del interesado, que podría dividir al pueblo en dos partes, haciendo permanecer los instrumentos de una nueva sujeción a su vieja esclavitud; esto, naturalmente, excita la sorpresa y la admiración de todos los hombres. La Revolución francesa aparece como una repentina propagación de un espíritu ilustrado que promete actuar como una barrera efectiva y permanente contra la entrada de esas usurpaciones que desde los orígenes de la vida social la astucia ha impuesto sobre la ignorancia.

Este ha sido un triunfo de suficiente importancia como para producir la exultación de los individuos y la aprobación de las sociedades. Los dos grupos que han tenido la mala fortuna de caer bajo la severa censura del señor Burke (la Sociedad Constitucional y la Sociedad de la Revolución) expresarán una aprobación formal de la conducta de sus vecinos hasta que los diputados que han elegido para la gestión de sus asuntos domésticos hayan manifestado una virtud igual para una verdad tan elevada. Los diputados franceses no se vieron sometidos por el poder de la corte por mucho tiempo, permitiéndose actuar con libertad y solvencia, dando un ejemplo de magnanimidad desinteresada que no ha tenido igual en la conducta de ninguna asamblea de hombres previa, y que nunca ha sido superada por ningún individuo. Ese memorable día en el que los miembros de la Asamblea Nacional, con un virtuoso entusiasmo, rivalizaron entre ellos con celeridad para entregar al pueblo todos sus privilegios feudales permanecerá para siempre en el registro del tiempo como un monumento de su singular grandeza. Un ejemplo así de virtud humana fue, sin duda alguna, motivo de aplauso y congratulación.

Los hombres que han visto afectados sus intereses personales por el nuevo orden de las cosas de Francia deben estar naturalmente inclinados a exagerar cualquier mancha que aparezca en la conducta de la multitud por el único motivo de haberse visto privados de muchos y queridos privilegios. Sus petulantes observaciones, mientras sus mentes están acaloradas por errores imaginarios e injurias, son perdonables; porque es una debilidad casi inseparable de la fragilidad humana. Sin embargo, se habría esperado por parte de los ingleses una indulgencia más simpática hacia los amigos y promotores de la libertad, y que hubieran sido más cándidos en sus censuras. Ahora bien, en ninguna parte de Europa, quizás, los demonios que necesariamente asisten a todas las revoluciones, y especialmente una revolución tan completa y profunda como la que ha tenido lugar en Francia, han sido más exagerados y lamentados con tanta afectación.

Ojalá se hubiera realizado esta gran tarea sin derramar ni una gota de sangre inocente o, incluso, culpable, en cuyo caso, sin duda alguna, habría agradado más a una mente generosa y benevolente. Pero, ¿era posible que una circunstancia tan agradable hubiera tenido lugar alguna vez? Si tenemos en cuenta la animosidad que subsistía entre los aristócratas y los demócratas en los momentos previos a la Revolución, una animosidad que aumentó notablemente por los imprudentes insultos que el Tercer Estado recibió del mencionado primer cuerpo, mejor debemos sorprendernos por la moderación con la que el pueblo hizo uso de su total victoria, en vez de lamentar su crueldad. Después del exitoso asalto al campamento del rey, y a

la huida o la deserción de sus jenízaros, en vez del orden y la sumisión voluntaria a la disciplina que aparece en una muchedumbre armada, y que evitaría toda infracción contraria a los derechos de propiedad, la parte sometida se vio entregada al ultraje y el pillaje de la plebe, una escena horrible que puede tener parangón con ejemplos expuestos en la violencia culpable de las civilizaciones avanzadas, sin llamar nuestra atención sobre las orgías tebanas y tracias o un desfile de salvajes americanos entrando en Onondaga⁹. No sé exactamente cuánta sangre se habrá derramado en Francia, ni cuántos individuos habrán sido sacrificados en los tumultos públicos; pero en el balance general que se nos ha transmitido, la historia de las monarquías nos mostraría cuántas víctimas han caído en una hora por la rabia y el indignante orgullo de los déspotas reales.

El castigo del poste, hay que admitirlo, horroriza a la mente y provoca una inmediata efusión de simpatía hacia el sufriente. Pero cuando la cándida reflexión reemplaza las primeras emociones de ternura humana, esta verdad forzaría a lo siguiente a nuestra consideración: que un pueblo que ha sido acostumbrado a espectáculos bárbaros y ha contemplado a esos desgraciados cuya indigente pobreza les conduce al curso desamparado del robo, a la muerte en la rueda, pasando agónicamente las últimas horas de vida bajo los golpes agonizantes del ejecutor, naturalmente, puede considerar la horca un castigo suave para los hombres considerados los peores criminales. Alegrémonos, por tanto, de que esas terribles ejecuciones legales, que por su naturaleza tienden a los hombres a la barbarie, felizmente hayan finalizado con la Revolución.

Pero el señor Burke vuelve calculadamente a la escena desplegando todas las energías de su imaginación, describiéndola con el mayor colorido posible. Esta no es otra que la fecha del 6 de octubre de 1789, cuando el rey y la reina fueron conducidos triunfalmente a París. Aprecio enormemente al rey de Francia por esa sencillez de temperamento que le permitió pasar por todas esas mortificaciones con la mayor dignidad; pero hay que tener en cuenta que las padeció como consecuencia de una conducta que, por decirlo de la mejor forma posible, fue totalmente imprudente.

La primera visita que hizo a la capital fue absolutamente necesaria para apaciguar los miedos y el resentimiento que habían surgido por su fracasado intento por oponerse a las deliberaciones y las resoluciones de la Asamblea Nacional, recurriendo a la fuerza de las armas. En segundo lugar, fue llevado a París para evitar la ejecución de un plan elaborado por la camarilla de la corte que, de haber tenido éxito, podría haber inundado la nación en sangre, suministrando el combustible para una discordia civil de años.

Los parisinos no tenían intención, ni deseo, de privar de ninguna manera al rey de su libertad personal; hasta que, con una conducta muy sospechosa, pareciera manifestar la intención de corromper la fidelidad de sus guardias sobre el nuevo gobierno, y de levantar el estandarte de armas en esa esquina del reino donde los amigos del despotismo de todos los rincones de Europa pueden rearmarse con seguridad. La enorme e incesante rabia e indignación con la que los enemigos de la nueva constitución se han mostrado ante el cautiverio del rey evidencia claramente la necesidad de la urgencia de esa medida.

⁹ Los Onondaga, una de las cinco «Familias de los Iroqueses», se unieron a los ingleses durante la Revolución. Tras la independencia de las colonias norteamericanas, muchos huyeron al norte, a la actual Canadá. En 1779, George Washington ordenó su exterminio como castigo por su alianza con Inglaterra. A comienzos del siglo XIX, quedaban poco más de 500 miembros, la mayoría, en la reserva de Buffalo Creek.

Habiéndome esforzado por mostrar la futilidad de las observaciones y censuras del señor Burke sobre la Revolución y las Sociedades constitucionales; y, asimismo, que sus severas reflexiones sobre la conducta de la nación francesa por haber, como él dice, perpetrado, en la fiesta de la victoria, los más rechazables actos de atroz violencia, no están fundadas en la verdad o la razón, debo proceder con mis reflexiones críticas sobre las animadversiones del autor, que de una forma muy libre censura cada parte de la constitución francesa, para dibujar una comparación entre los gobiernos galo e inglés actuales, y establecer, siguiendo sus razonamientos, una superioridad a favor del gobierno de su país.

Para mostrar que la Asamblea Nacional ha cometido graves y ruinosos errores en la construcción de una nueva estructura, en vez de mejorar la antigua, el señor Burke cita, de una manera triunfante, la conducta de la nación inglesa. Nuestra más vieja reforma, indica, es la de la Carta Magna. «Verán», afirma, dirigiéndonos a su correspondiente, «que Sir Edward Coke, gran oráculo de nuestra ley, y esos grandes hombres que lo siguieron a Blackstone, son industriosos probando el pedigrí de nuestras libertades. Se esforzaron por mostrar que la vieja Carta, la Carta Magna del rey Juan, estaba conectada por otra Carta de Enrique I, y tanto una como otra no eran otra cosa que la reafirmación de la aún más antigua ley vigente del reino». «En la célebre ley tercera de Carlos I, llamada la Petición de Derechos, el Parlamento le dijo al rey; tus asuntos han hecho heredar esta libertad (clamando su exclusividad) no en los principios abstractos de los derechos de los hombres, sino en los derechos de los ingleses, y en el patrimonio que se deriva de sus antepasados».

Este es el lenguaje del Parlamento, cuando solicita la libertad de sus compatriotas ante el tribunal del trono de un príncipe que está poco inclinado a admitirla, y cuyos prejuicios apenas le permiten entender los razonables fundamentos del argumento, como cualquier déspota que alguna vez haya estado bajo la influencia del cetro oriental. Ante una petición así, el príncipe está preparado para ignorar a la multitud.

Pero si las circunstancias de Carlos le hubieran permitido expresar y reforzar los sentimientos de su mente, sin duda habría replicado lo siguiente: «Se dirigen a mí desde su propia autoridad, y la de sus legisladores, suplicándome enérgicamente que es un patrimonio que se deriva de sus antepasados, y se funda en la antigua ley de la tierra. Si así fuera, ¿no está esta vieja ley reemplazada por la autoridad de las armas, y la completa sumisión del pueblo al código normando establecido por Guillermo el Conquistador?» Así, la Carta Magna, y las otras cartas, deben haberse obtenido por la fuerza según la imbecilidad de los príncipes que la otorgaban, o han surgido por la cesión voluntaria de los monarcas; en ambos casos, se detienen en un derecho ya abordado.

Si el Parlamento hubiera podido responder a esta petición, no sé si habría recurrido a la ayuda de un derecho abstracto, esforzándose por mantenerse lejos de la vista del rey, con tanto cuidado como el señor Burke intenta mantener la libertad lejos de todos los hombres. Y es cierto que, el rey, aunque no declaró explícitamente con toda su fuerza su posición por encima de los sentimientos mencionados, actuó adecuadamente para desembarazarse de esa asamblea tan problemática. Así, considerando los artículos de la petición de derecho como un obsequio dependiente de su voluntad para hacerla realidad, la rechazó porque frustraría su administración, y encarceló a todos aquellos que, sobre la fuerza de su status, se resistieron a su autoridad.

Siempre he considerado que presumir del derecho de nacimiento de un inglés es una pretensión arrogante, construida sobre una base miserable. Es una pretensión

arrogante porque sugiere un tipo de exclusión para el resto de los hombres con los mismos privilegios; y es miserable porque basa nuestra legítima libertad en las limosnas de nuestros príncipes.

Debo reconocer que, de alguna forma, me sorprende encontrar al señor Burke, un caballero de nobles maneras, que ha empleado la mejor parte de su vida en compañía de aquellos a los que les afecta la mejor conformidad con las normas de una civilización refinada, y se ha dirigido a los majestuosos representantes de las más galantes y respetuosas naciones de Europa, en unos términos que yo no emplearía ni con un deshollinador, comportándose de la manera más ridícula fuera de su esfera. Prefiero no repetir todas esas expresiones de inefable desprecio que la brillante imaginación del señor Burke ha repartido a lo largo de sus repreciones.

No es mi intención hacer una comparación formal entre la nueva constitución de Francia y la constitución presente en Inglaterra; ni tomarme la libertad de censurar al gobierno, del que la gente industriosa recibe protección, y con el que la mayoría de la nación está completamente satisfecha. Pero no es inoportuno observar que no podemos, sin base alguna de razón o propiedad, establecer nuestra constitución como el modelo que las otras naciones deben seguir implícitamente; ni que estemos seguros de que otorgue la mayor felicidad posible a la gente, según la naturaleza de las cosas que un gobierno puede proporcionar. Debemos estar seguros de que este modelo puede hacer frente al examen más adecuado y crítico. Debemos poder vaciar todas esas causas obvias u oscuras que producen los males actuales, y conducir nuestra mente a los temores por daños futuros. No debemos tener esa deuda nacional que ha crecido a una magnitud tal que aterroriza hasta al más optimista por sus consecuencias. Nuestros parlamentarios deben distinguirse eminentemente por su integridad, y por su total independencia de cualquier influencia corrupta; y no necesariamente intervenir en unos negocios que nos hacen soportar unos impuestos que nuestros antepasados habrían rechazado con horror, y que se habrían resistido a pagar. Si un inglés ve algo negativo en su propio gobierno, no debe buscar otro remedio que no sea aquel que la indulgente mano de una reforma podrá aportar. Pero cuando el viejo buque de una *common-wealth* se hace pedazos por los golpes que ha sufrido de partes contendientes; cuando el pueblo, desdeñando y rechazando todas aquellas indulgentes opiniones que lo han esclavizado hasta la miseria, reclama su derecho natural para formar un gobierno por sí mismo, seguramente, en un caso así, los constructores de ese nuevo orden lo ligarán al deber o la razón. Y sin hacer uso de los viejos materiales en una estructura de nueva constitución, por considerarlos de una tendencia injuriosa.

Los líderes de la Revolución francesa, y sus seguidores, no ven ninguna belleza llamativa en las viejas leyes y regla de las instituciones góticas de Europa, al contrario de lo que hace el señor Burke. No profesan el espíritu de los anticuarios; y no perciben, en la experiencia de los tiempos pasados o antiguos, una perfecta armonía que resulta de la oposición de intereses; como tampoco entienden lo que una combinación así puede provocar. Al tener esa forma de ver las cosas, han elegido la regla simple de construir un modelo de nueva estructura, regulado con todo el arte y el diseño que la experiencia de los tiempos permite a la sabiduría de un hombre. Se les acusa de rechazar la útil guía de la experiencia en sus asambleas, pero creen que pueden hacer un mejor uso de ellas; si esta opinión está basada en la verdad, lo mostrarán el tiempo y la historia futura del hombre.

El señor Burke, razonando sobre lo que considero una suposición sin fundamento, con lamentos muy patéticos, reprende con fuerza la conducta de aquellos que, cansados de aguantar los falsos y traicioneros señuelos del rey, se dirigen a una concesión fatal para su poder personal y para la constitución de la

monarquía. Estoy segura de que los Parlamentos de Francia nunca intentaron llevar a cabo alteración alguna del viejo gobierno; como también estoy convencida de que, inocentemente, imaginaban que la gente daba libremente su dinero para compensar a alguien aún más necesitado y para el que trabajaban. Saben, por la experiencia de tiempos pasados, que votar siguiendo órdenes no ha otorgado beneficio alguno al pueblo en una asamblea de los Estados Generales. Ni la corte ni el parlamento de París, al que el rey hizo espléndidas promesas, eran conscientes de las consecuencias que surgirían al producirse una extensión generalizada de la ilustración entre el pueblo; y, en el transcurso de los acontecimientos, estarían en desacuerdo en sus propósitos. Para el Tercer Estado, reflexionar sobre las viejas prácticas que la corona, el clero y la nobleza habían usado contra ellos fue determinante para poner todo el peso de su escala natural en la balanza, y para resarcirse de sus quejas sin esperar el efecto de humildes peticiones y consejos discordantes. Que ni el rey ni los Parlamentos de Francia podrían haber evitado el pleno ejercicio de ese poder (no atisbaron las consecuencias que surgirían del sufrimiento expuesto en la reunión de los Estados Generales), me parece evidente. Una regeneración de la constitución habría sido igualmente efectiva; pero habría sido vista con una diferencia tremenda en sus circunstancias. Habría estado acompañada de una bancarrota general y del derramamiento de sangre civil. «Nuestros enemigos», dice un popular líder de la Asamblea Nacional, «pueden, por sus maquinaciones, hacernos pagar caro por nuestras libertades, pero no podrán privarnos de ellas». «Este quebrantamiento de la confianza», como lo denomina el señor Burke, «de un aseQUIBLE y condescendiente rey, tendrá un efecto terrible en los intereses de la humanidad, santificando las oscuras y sospechosas máximas de una tiránica mentira; y enseñará a los reyes a temblar ante lo que podremos llamar las posibilidades engañosas de políticos morales».

Sea como fuere, el pueblo de Francia tiene, sin duda alguna, derecho a proporcionarse su propia seguridad y bienestar sobre los principios que consideran más adecuados para ese elevado fin, y para legarlos al saber de otras naciones que quieran hacer un uso adecuado para su beneficio. Aunque les corresponde a ellos ser cuidadosos al apreciar y conservar la libertad que han obtenido tan noblemente; no sufrir la intemperancia del espíritu que produce esa licencia que puede llevar a la anarquía en su séquito; no consentir una impaciencia caprichosa con la que, sus enemigos, centrados en sus pasiones y sin guiarse por la razón, pueden reducirlos a su viejo estado de servidumbre, en cuyo caso, ciertamente, el poder se beneficiará de muchas ventajas de operaciones pasadas, que le permitirán atar en corto a esa gente frívola que se lo ha ganado con total merecimiento.

Aunque hasta ahora he ahorrado a mis lectores el detalle de todas las severas invectivas que el señor Burke ha usado contra los líderes que componen la Asamblea Nacional, por el bien de esos principios de rectitud moral que el torrente de su elocuencia parece molestar y confundir, será necesario reparar en sus observaciones sobre el carácter y la conducta de los nobles que han tomado el mando de la Revolución francesa, y que continúan apoyándola. Les acusa de haber ayudado en la ruina y la humillación de su propia clase, encontrando el respaldo de sus nuevos seguidores. «Unir la subdivisión, amar a ese pequeño grupo al que pertenecemos en sociedad (dice el señor Burke) es el primer principio, el germen, por así decirlo, de los afectos públicos: es el primer vínculo de una serie que se dirige hacia el amor por nuestro país y la humanidad».

No sé qué espléndidos emolumentos ni qué grandes propósitos de ambición personal podrían tener aquellos nobles que sacrificaban generosamente unos privilegios que son los más profundos anhelos de la vanidad humana, y que cerraron su entrada a los asuntos públicos del Estado con revoluciones que hicieron que esos

ascensos fueran incompatibles con la confianza legislativa. Espero que no estemos demasiado ciegos por el esplendor de esas deslumbrantes imágenes como para confundir esos estrechos afectos que unen a los cuerpos pequeños según los vínculos mutuos del interés personal de esa benevolencia liberal que, desdeñando la consideración de cualquier interés personal, alegremente sacrifican el interés personal por el bienestar de la comunidad.

En la lista de individuos que el señor Burke señala como ejemplos de verdadera gloria, y como benefactores y no destructores de su país, algunos de ellos deberían estar estampados para siempre con la infamia, como los parásitos y los tiranos de su especie. Todos son de dudosa fama, y de sus ambiciosos proyectos no se deriva ningún honor, a no ser que una nación de esclavos pueda recibir la gloria de su capacidad para ser el tormento de otras sociedades.

Richelieu fue el gran instrumento con el que la corte de Francia, bajo el reinado de Luis XIV, fue capaz de masacrar a la gran mayoría de los hugonotes franceses y para expulsar fuera del reino a los que quedaban¹⁰. Cromwell¹¹, de hecho, fue privado de su vida con merecimiento por usurpar su poder y, como mucha gente, pagó las deudas de sus crímenes con el rechazo general que ocasionan la traición y la tiranía entre los hombres, haciendo a la Revolución y a los revolucionarios odiosos, allanando el camino para la restauración del viejo gobierno.

En el siguiente argumento que se presenta a nuestra atención, el señor Burke se atrinchera con fuerza en los controles de la constitución británica. No intentaremos perseguirlo hacia su fortaleza. Pero, si una vanidad natural puede seducirnos con una engañosa esperanza de victoria, surgida de las sutiles objeciones que deben hacerse a toda proposición política, la victoria podría salir demasiado cara si está sujeta al reproche de cualquier proyecto contrario a la paz y la calma de la comunidad. Ahora bien, pienso que dicha vanidad no se desviará del mayor grado posible de decencia y prudencia como para hacer nuestras objeciones a sus afirmaciones. Su proposición, «que son las grandes masas de propiedades las que forman la muralla natural contra las propiedades menores en todos sus grados», consideramos que no es una opinión fundada en la verdad. Cualquier ciudadano que tenga una pequeña porción de propiedad será igual de hacendoso que el miembro más opulento de la sociedad; y esto le llevará a respetar y apoyar las leyes que protegen la propiedad. Es este sentido de interés personal el que, recorriendo todos los rangos de la sociedad, une al resto de los miembros que no estén en una condición pobre que forme una impenetrable barrera para la seguridad de la riqueza. Es más, como el número de los opulentos debería ser mucho menor en proporción al número de aquellos que forman la gran masa de personas, la envidia podría operar satisfactoriamente contra aquellos, destruyendo la fuerza de sus favores artificiales.

Cuando la nueva constitución de Francia se haya establecido completamente, y la comunidad descansa sobre sus bases, esa disposición de la mente humana que opera poderosamente para la preservación de la paz y el orden podrá, como en ocasiones previas, recuperar su fuerza natural. Por este motivo, el ejercicio del poder sobre la propiedad de un ciudadano no es un acontecimiento sin precedentes en la historia de las sociedades civiles.

¹⁰ En 1685, Luis XIV revoca el Edicto de Nantes, obligando a los hugonotes a convertirse al catolicismo, recurriendo a torturas, saqueos y asesinatos. Los hombres que intentaban huir eran condenados a galeras, y las mujeres, a prisión. Todos sus bienes eran confiscados por el Estado.

¹¹ Oliver Cromwell (1599-1658), líder político y militar. Figura controvertida en la historia de Inglaterra, convirtió el país en una república denominada Mancomunidad de Inglaterra. Macaulay Graham realiza un profundo análisis de su figura en varios tomos de su *Historia de Inglaterra*, denunciando el providencialismo y fanatismo religioso que marcaron su trayectoria.

La forma en la que la Asamblea Nacional de Francia se ha esforzado por asegurar y defender la libertad de los diferentes municipios y provincias que componen ese vasto imperio es el siguiente punto de las severas críticas realizadas por el señor Burke. Aunque, en su empeño por llevar a los hombres hacia sus sentimientos sobre el tema, está obligado a recurrir a todos aquellos medios improcedentes que las personas de genio creen que pueden usar en el curso de su argumento; pero, ¿acaso el engañoso poder de una sutil sofística puede producir un acuerdo aparente entre dos proposiciones completamente opuestas en su naturaleza? Y, ¿de qué otra forma que apelando a las pasiones del lector se puede impedir su asentimiento con las verdades más obvias?

La Asamblea Nacional de Francia es acusada, por una parte, de ser un proyecto dirigido a perpetuar su poder a expensas de los derechos de elección; y, por otra, de actuar con debilidad y mezquindad al limitar los cargos al corto espacio de tiempo de dos años. Por una parte, se le acusa de diseñar un plan para sí misma y para la ciudad de París de un poder desorbitado que, si no encuentra resistencia, supondrá la sumisión total de las provincias, cuyas producciones naturales y riquezas acumuladas serán agotadas para consentir y gratificar el lujo y la avaricia de la capital. Por otra, sus políticos son acusados por no haber dejado ninguna fuerza de control en el imperio, y por no tener suficiente energía para apoyar una necesaria subordinación de sus partes. Estas palpables contradicciones, este sutil arte de la tergiversación que vemos desplegar diariamente en los papeles públicos por la facción hostil, se esfuerza naturalmente por engañar al pueblo para conducirlo a la desconfianza hacia sus diputados por haber guardado sus libertades con agradable y celoso cuidado. Pero no podemos esperar de ellos que aúnen y hagan realidad todos los poderes de la composición literaria de uno de los grandes oradores de la época; y esto, en un trabajo que el autor defiende como un modelo exacto, mediante el cual el poder y la libertad, de ahora en adelante, van a tener sus límites. No esperamos que el humano escritor haya sido capaz de entrar de tal forma en las pasiones de la parte descontenta como para envidiar a la gente de París por tener ese pan tan necesario para su subsistencia, y que solo puede ser proporcionado por las provincias.

También estamos muy sorprendidos al encontrar contradicciones tales en el señor Burke como para representar, por una parte, las excelencias de la constitución inglesa como algo obvio para todo observador, y que sus súbditos sienten por unanimidad que deben atar sus afectos a sus principios, normas y dictados, con la excepción de unos supuestos individuos aislados e insignificantes; y, al mismo tiempo, dejar en el aire la cuestión sobre si los derechos abstractos de los hombres fueron otorgados ante los ojos del pueblo, con la terrible confusión que puede ocasionar, asistiendo a la caída total del orden en la iglesia y el Estado, como también de cualquier privilegio exclusivo que exista en sus estructuras, y con el pillaje general sobre el rico.

Representaciones así están muy bien adaptadas para despertar las pasiones egoístas de una mente tímida, y puede que sirvan para su cometido durante un rato; pero no harán frente a las cándidas y frías decisiones que surgirán con el tiempo.

Ese poder legítimo que los gobernantes mantienen o alteran debe basarse en los derechos naturales de la especie, o en la autoridad establecida por un individuo o un número limitado de ellos exaltados por esa autoridad, o por la ley positiva de una voluntad revelada, o por algún tipo de superioridad natural vinculada con evidencia a esas personas. Dicha verdad sagrada nunca ha sido establecida formalmente por un individuo o por un número concreto de ellos, y hacerlo es una manera de defender

con vigor la obediencia pasiva; y todos sus argumentos están contruidos sobre unos fundamentos hipotéticos.

La proposición contraria, esto es, que está entre los derechos naturales del cuerpo social elegir su gobierno, es condenada por el señor Burke bajo la descripción de una «locura metafísica», haciendo que caiga todo el peso de la autoridad sobre la mayor parte de los revolucionarios ingleses. Tampoco puede hacer uso de otra base razonable para persuadirnos de que el pueblo concurra en plan alguno dirigido a una saludable o necesaria reforma. Con esta pretensión, ¿puede el señor Burke cargar al doctor Price o a alguno de sus seguidores o admiradores con la perversa doctrina de que afirman que todo poder legítimo está fundado en los derechos naturales? «Pero el gobierno (dice el señor Burke) no se constituye basándose en los derechos naturales que pueden existir y existen totalmente independientes de él, con mucha mayor claridad y un grado mucho mayor de perfección abstracta. Esta perfección abstracta constituye su defecto práctico. Al tener derecho a todo, se desea todo. El gobierno es una estratagema del saber humano para proporcionar las necesidades humanas. Los hombres tienen un derecho para que esas necesidades sean proporcionadas en consonancia con su saber. Entre aquellas necesidades, hay que reconocer la de una sociedad civil capaz de contener sus pasiones. La sociedad requiere no solo que se sujeten las pasiones de los individuos, también, que se sujeten las de las masas y las del cuerpo: con frecuencia, las inclinaciones deben ser frustradas, controladas, y sus pasiones, sujetas. Y esto solo puede hacerse a través de un poder ajeno a ellos, y que no esté a su alcance el ejercicio de sus funciones, ni sujeto a su voluntad, a sus pasiones, pues está entre sus obligaciones frenar y someter. En este sentido, la contención de los hombres, así como sus libertades, hay que reconocer que están entre sus facultades».

A este ingenioso razonamiento, y estas refinadas distinciones entre los derechos naturales y los sociales, la gente puede objetar que, al entregarse pasivamente a las irrestricta norma de otros, con el pretexto de controlar las inclinaciones desordenadas y las pasiones, se entrega a unos hombres que, como hombres, compartiendo la misma naturaleza que ellos, serán propensos a los mismos principios y errores. Los hombres que, por la gran superioridad de su situación, no tengan intereses comunes con la gente para preservar un saludable control de sus vicios, se inclinarán a abusar de la manera más grosera de su confianza. Procediendo según el argumento del señor Burke, si los ricos y opulentos de la nación alegan su derecho a tener una influencia predominante en la sociedad, por ser una circunstancia necesaria salvaguardar su riqueza de los lamentos de la pobreza, los hombres en un estado de fortuna inferior pueden argumentar que si aquellos dan rienda suelta a esa alegación todo lo posible, sus moderadas posesiones estarán expuestas a la carga de impuestos desiguales. Los ricos, cuando posean toda la autoridad del Estado, seguro que lo primero que hacen es preocuparse de sí mismos, si no se ven tentados a asegurarse una exoneración de todas sus cargas dividiendo el botín de lo público. El abuso de esa sublime confianza surgirá porque actuar según consideraciones egoístas está en la constitución de nuestra naturaleza.

Para esas peticiones, surgidas posiblemente en todos los bandos, no conozco ninguna objeción racional que no sea la justa e igualitaria representación de todo el pueblo; y tampoco puedo pensar en recurso alguno para eliminar los sólidos recelos que nacen de los diferentes intereses que componen una comunidad. La circunstancia de la representación del pueblo es necesaria en una forma de gobierno mixta, pues la parte democrática estará siempre en peligro si se ve sobrepasada por la energía empleada por la parte constituyente más elevada.

Sobre los fundamentos de este razonamiento, no se encontrarán objeciones insuperables a esas proposiciones del doctor Price que son tan censuradas por el señor Burke por contener principios de la más sediciosa y peligrosa naturaleza; aunque permitamos que cualquier gobierno que esté de acuerdo con las opiniones e inclinaciones de la gran mayoría del pueblo es, en el mayor sentido del término, un gobierno legítimo.

Podemos ahora proceder con ese curso del razonamiento que el señor Burke emprende para mostrar que la representación desigual que admite que tiene lugar en nuestro gobierno es una perfección, no un defecto. «Nosotros, cuando elegimos a los representantes populares, (dice el señor Burke dirigiéndose a su correspondiente francés), los enviamos a un consejo en el que cada hombre es, individualmente, un sujeto que se entrega a un gobierno completo en todas sus funciones ordinarias. Con usted, la asamblea elegida es el soberano, el único soberano; así, todos los miembros son partes integrales de esa única soberanía. Con nosotros, los representantes, separados de las otras partes, no tienen capacidad de acción, no existen. El gobierno es el punto de referencia de los diversos miembros y distritos de nuestra representación. Es el centro de nuestra unidad. Este gobierno de referencia es el administrador del todo, y no de las partes. Es la otra rama de nuestro consejo público, quiero decir, la Cámara de los Lores. Con nosotros, el Rey y los Lores son distintos para articular la igualdad de cada distrito, cada provincia, cada ciudad. ¿Cuándo ha escuchado usted de Gran Bretaña que alguna provincia se vea perjudicada por una representación desigual? ¿Qué distrito no tiene representación alguna? No solo nuestro monarca y nuestra nobleza aseguran la igualdad de la que depende nuestra unidad, también está en el espíritu de nuestra Cámara de los Comunes. Una gran desigualdad en la representación, que recibe quejas absurdamente, es, tal vez, lo mejor para evitar que pensemos o actuemos como miembros por distritos. Cornwall elige a los mismos miembros que toda Escocia, pero, ¿acaso Cornwall está mejor atendido que Escocia?».

Si su señoría contempla el resultado de este argumento bajo la misma luz con la que yo lo hago, considerará que es igualmente recomendable para la elección de la Cámara baja, el rey y los Lores, tal y como se hace en la representación inadecuada de los Comunes. Si el rey y los Lores son distintos para articular la igualdad de cada distrito, cada provincia, cada ciudad, ¿por qué cada siete años nuestro país se ve abocado a un estado de altercados y confusión? ¿Por qué tenemos que estar a expensas de cada campaña electoral? ¿No sería un método más conveniente para soportar al rey y a la Cámara de los Lores elegir a nuestros representantes?

Pero este no es el aspecto que consideran necesario reformar nuestros amigos de la representación igualitaria: no argumentan que Cornwall esté mejor atendido que cualquier otro distrito de Gran Bretaña. El tema de sus quejas es que los mayores intereses del gran cuerpo de los Comunes, por nuestro actual e inadecuado sistema de representación, están sacrificados por la ambición de individuos concretos, quienes, por su autoridad sobre los municipios, pueden hacer sus negocios con el gobierno a expensas del público. La contundente y firme oposición con la que los poderes gobernantes responden a cada paso dirigido a su razonable reforma no es uno de los más felices efectos que emergen de esa continua guerra de intereses que tanto admiran el señor Burke y otros. El rechazo que manifiesta hacia el pueblo está libre de toda moderación si el órgano con el que se ejecuta la influencia democrática no tiene una energía formidable. Y el poder de esta influencia democrática se circunscribe y encierra sobre sí mismo por la inamovible barrera de leyes, costumbres y normas positivas de doctrina y práctica, neutralizado por la Cámara de los Lores y sometido a la Corona por la prerrogativa de convocar y disolver parlamentos.

Para continuar con las observaciones del señor Burke, tras un torrente de la más aguda inventiva, se encarga de censurar cualquier aspecto de la conducta de los revolucionarios franceses. Entre otras acciones, una que siempre he considerado fundada en la verdad, la religión y la más pura moralidad: la aniquilación, por la fuerza de un ejemplo brillante, de aquellas nociones basadas en un falso principio de honor que cae de forma tremendamente severa y cruel sobre aquella familia que ha generado a un delincuente real o posible. La infamia que soportan las familias con la mala conducta de alguno de sus miembros ha sido una de las razones más fuertes que ha empujado al disfrute personal de encarcelar a alguien. Cuando esta terrible maquinaria del despotismo se elimina, se abre el camino para emancipar a la gente del terror de ese mal cercano. Pero cuando los negocios más laudables de los hombres son representados como crímenes, debemos ser cautos a la hora de prestar atención a las insinuaciones de su acusador.

En las mortificaciones personales de la reina de Francia, el señor Burke encuentra una gran razón para lamentar que se haya acabado la época de la caballeridad; así, si en estos tiempos existiera el mismo espíritu que en tiempos pasados, «diez mil espadas habrían desenvainado para vengar hasta una mirada que supusiera un insulto para ella». El enorme colorido con el que el señor Burke adorna esas escenas de peligro real, no lo pongo en duda. Cautivan la imaginación de gran número de sus lectores en un grado igual a los efectos que producen en el autor los encantos de la reina de Francia¹². Pero las desilusiones de la imaginación disminuyen en los hombres de mente fría, cuando un gran asunto de preocupación pública se alza ante su mirada, hasta cuando se refiere al prejuicio de la belleza y la dignidad, y otros temas externos más adaptados para esclavizar nuestros afectos que para liderar nuestro juicio.

Llevar al rey y a la reina a París para, de esta forma, evitar su huida, y con ello, el surgimiento de más problemas en el reino, puede verse, ciertamente, como una medida de la más elevada necesidad; y, desde este punto de vista, debe haber sido aprobada por los verdaderos amigos de la revolución aunque fuera acompañada de tumulto y desorden.

La época en la que el espíritu de caballeridad prevalecía triunfante habrá sido, al mismo tiempo, un tiempo muy inadecuado para intentar la regeneración de las constituciones sobre un principio popular. Siempre he visto la necesidad que daba lugar a las órdenes de caballería como una marca de la desgracia de los tiempos pretéritos. Eran un remedio adecuado para los males que surgían de la ferocidad, la esclavitud, la barbarie y la ignorancia; pero ahora, que las causas que la hacían útil ya no existen, debemos pensar, en su lugar, en liberar a la sociedad de todos los males inherentes a esas falsas nociones de honor que han originado ese espíritu, y no esforzarnos en traerlo de nuevo lleno de fuerza. Ese entusiasta fuego militar, que hace metódica la barbarie sentimental, que instiga a los hombres a privar de vida a sus conciudadanos por supuestas afrentas personales, desafiando las leyes de la religión y la sociedad, es descendiente de la caballeridad y ajeno a todas las naciones civilizadas del mundo clásico. Pero el señor Burke declara la guerra eterna a la simplicidad de todos los principios abstractos. Todos los artefactos del orgullo, todas las agradables ostentaciones de vanidad, y todo el séquito de pomposa ostentación con el que la virtud desnuda se aleja de su nivel permiten que el imponente resplandor de la magnificencia externa sea representado como ideas útiles, «amuebladas desde el armario de una imaginación moral, que pertenece al

¹² En 1773, Burke conoció personalmente a María Antonieta de Austria, entonces Delfina, en Versalles, destacando su belleza natural y alegría.

corazón, y que el entendimiento ratifica como necesarias para tapar los defectos de nuestra temblorosa naturaleza, elevándolas a la dignidad de nuestra estima».

Según esas ideas, el señor Burke no recomienda lo que nos enseña la Escritura sobre respetarnos a nosotros mismos; y aunque las máximas de las Sagradas Escrituras son refutadas por todos los políticos como incompatibles con sus puntos de vista, es cierto que la excelencia de sus preceptos consiste en estar adaptadas con exactitud a la felicidad temporal y espiritual. Tampoco percibo cómo los adornos de una grandeza artificial, desde una visión moral de las cosas, fundada para responder a todos los propósitos del orgullo humano, debe ayudarnos para adquirir esa verdadera dignidad de carácter que constituye la única distinción; ni cómo podemos respetarnos a nosotros mismos al idolatrar la mera sombra de la grandeza, ya esté ligada a nuestra persona o a otras.

Como todos los actos de la Asamblea Nacional francesa son condenados con rotundidad y detalle, el discurso de felicitaciones al rey por el comienzo del presente año provoca, como otros, una severa animadversión para el señor Burke.

No tengo a mi disposición ese discurso, pero, si mi memoria no me traiciona, contenía un lenguaje lo más adaptado posible para calmar las penas personales del rey. No hubo el menor indicio de que una conducta inadecuada de su majestad hubiera provocado que el pueblo se emancipara de su poder; le agradecían su asentimiento con sus deseos; representaban su libertad como la consecuencia necesaria de su espíritu ilustrado, no del sufrimiento ocasionado por su administración, prometiéndole un vínculo real con su persona y con la distinción que ostentaba como primer magistrado de la comunidad, como si aún tuviera la autoridad que había perdido.

Independientemente de que el pueblo hubiera escondido el ostensible objeto de sus demandas en la reunión de sus representantes, tenía intención de usar su poder cuando estuviera revestido de una forma legítima, no solo para la reforma de los abusos, también para regenerar su constitución. Así, la Asamblea Nacional se revistió de la confianza de la legitimidad en el mayor sentido del mundo; y tampoco podía esta confianza ser limitada o gobernada por aquellas reglas y prácticas que, por razones surgidas de la experiencia, el pueblo condenó y estuvo determinado a abolir.

Preservar al Estado de la ruina de una prohibitiva bancarrota, ocasionada por la prodigalidad de la corte, y la regeneración de la constitución, fueron importantes servicios que la Asamblea Nacional esperaba llevar a cabo por medio de sus constituyentes. Y cuando tenemos en cuenta que esos servicios tan importantes y difíciles fueron realizados sin un instrumento de poder listo y efectivo, esto es, un ejército (cuya obediencia implícita es la única regla de acción), estamos obligados a confesar que, aunque los hombres que emprendieron esta gran empresa estuvieran infectados por un loco atrevimiento, o que estuvieran secundados por una unanimidad de sentimientos del pueblo, es algo que no tiene parangón en la historia de los imperios importantes. Y que, evidentemente, destruye la fuerza de toda acusación que se haga sobre ellos de haberse convertido en el instrumento de una facción en vez de en fieles diputados del pueblo.

La reforma total (del sistema eclesiástico), y del nuevo modelo de jurisprudencia, fueron los dos aspectos destacados en los que cada miembro del imperio francés estaba de acuerdo, excepto aquellos que veían afectado su interés personal con el cambio. Fue un punto de unión que encontraron la nobleza y el pueblo. Muchas de esas personas que gritaban con fuerza contra la conducta de la Asamblea

Nacional por haber privado a su cuerpo de compartir el botín de la corona, y que desde entonces se unieron a los descontentos entre los abogados y el clero, fueron los más activos en los primeros movimientos hacia esos dos grandes motivos de reforma.

Para empezar por la reforma del sistema eclesiástico, la nación francesa pensaba que ciento cuatro personas atesoraban millones de propiedades, principalmente destinadas para uso de las mayores órdenes del clero, y evitaban que entraran en circulación otras propiedades, opinión que, creo, resultaba una tontería en sentido estricto. Era una tontería, en primera instancia, como monopolio; en segunda, porque daba un poder peligroso a quienes poseían ese monopolio; y, en tercer lugar, porque tendía, por el curso natural de las causas morales en su exceso, a corromper en vez de a fortalecer las cualidades de la mente y los talentos espirituales que desean los preceptos de la religión. No sé cuáles son los fundamentos reales de esa opinión que la nación francesa suele tener sobre la conducta del clero, y tampoco quiero investigarlo, por lo que estoy tan poco inclinada como el señor Burke para insultar a la mala fortuna: solo puedo decir que, si las tentaciones eran grandes, y su naturaleza no era superior a la debilidad humana, era probable que se produjeran esos efectos. Pero hay un sentimiento con el que, en alguna medida, estoy de acuerdo con el señor Burke. Lamento sinceramente que las exigencias de los tiempos no permitan a la Asamblea Nacional satisfacer a su clero en el disfrute de sus posesiones. Pero este sentimiento mío no es tan fuerte como para destruir todas las otras simpatías. No me conduciría, incluso si poseyera una proporción similar a las habilidades del señor Burke, a emprender la tarea, por la animada fuerza de la declamación, de apiadarme con los sufrientes como para combinar todas las energías de las peores pasiones de los hombres para favorecer mi opinión. No intentaría excitar e inflamar el resentimiento del clero francés hacia una repetición de los actos que han traído de nuevo escenas de violencia y que, siguiendo las formas de los viejos tiempos, han cogido el estandarte de Cristo crucificado para armar al fanatismo poniéndolo al servicio de sus pretensiones. Tampoco lo haría, entre los miembros más apacibles de este cuerpo, con las representaciones de los afectos más conmovedores, abriendo de nuevo esas heridas sobre las que se espera que la religión haya vertido su bálsamo curativo.

En el intento por hacer la Asamblea Nacional Francesa singularmente odiosa, por las confiscaciones que se ha hecho de las tierras de la iglesia, el señor Burke afirma en muchos ejemplos que ha ultrajado violentamente el principio de la propiedad, y las formas de la justicia pública, de una forma superior a cualquier otro poder previo. Los ejemplos que aporta como prueba son las confiscaciones hechas por la furia de las facciones triunfantes en la comunidad de Roma; y, ante el ejemplo más concreto sobre la persona de Enrique VIII, el señor Burke no decide extender sus observaciones hacia la conducta de Dinamarca, Suecia y otros estados sobre su posesión de las propiedades de la religión reformada. El señor Burke menciona la violencia de Mario y Sila ocasionada en las formalidades de las falsas acusaciones de traición contra las personas más virtuosas de la comunidad. Y que el tirano Enrique VIII, que se apoderó de las propiedades del clero para su uso privado, y para los emolumentos de sus favoritas, dignificó esos actos de violencia al asumir las decisiones del juez y condenar a las víctimas sobre pretextos falsos. Seguramente, el clero francés no habría pensado en un uso mejor de sus propiedades si la Asamblea Nacional hubiera establecido una comisión para examinar los crímenes y abusos que prevalecieron con aquel, guiando sus procedimientos con relatos veraces, tal vez mezclados con exageración y falsedad. Seguramente, esa parodia de justicia, muy utilizada en tiempos pasados, y este encubrimiento de los asuntos del poder, con botines desgarrados de lo que queda del consuelo de los sufrientes (su buena fama)

no será considerado un ejemplo adecuado a seguir, a diferencia del trato directo de estos asuntos que aparece en la legislación francesa.

Pero el señor Burke está muy disconforme con la reforma de la política eclesiástica, y con las confiscaciones de la propiedad de la parte más digna de la sociedad. Tiene tanta rabia como los pobres curas hundidos en la pobreza sin esperanza; y no puede tolerar esas regulaciones que tuvieron lugar en los mejores momentos de las sociedades cristianas. Opino que esos obispos deben ser confinados a sus diócesis, al cuidado de su administración espiritual, en vez de dedicarse a atender a las cortes y prodigar sus ingresos en los placeres de la capital. Y, por otra parte, el pueblo debe asumir sus derechos y preferencias. Pero el señor Burke dirá, «son solecismos en política, que solo los bárbaros, los ignorantes y las mentes ateas pueden dictar, y que ningún hombre de notable capacidad y pasiones generosas puede obedecer».

Sobre el artículo de la política eclesiástica de Francia que confina a los obispos a su administración espiritual, no debe ser impropio señalar que el obispo Leighton¹³, el más preeminente de los preladados de Escocia por su piedad y celo en ese asunto, anheló ardientemente una regulación así para el restablecimiento de la iglesia durante el reinado de Carlos II¹⁴. Estoy lejos de considerar que una regulación así sea compatible con el estado de cosas existente entre nosotros. Creo en la moderación del clero, y que en sus consideraciones sobre la constitución del país sea un cuerpo independiente, tal y como el señor Burke lo representa. Pero la gratitud de favores pasados, las esperanzas de la ambición por conseguir más posesiones y el considerable número de iglesias que viven a disposición de la corona influyen de tal forma en las mentes del clero que no puede decirse que sea totalmente independiente.

Ahora, debo tener en consideración el segundo gran punto de la reforma, en el que los nobles y el pueblo parecen haberse unido por primera vez, esto es, el nuevo modelo de jurisprudencia. Que un sistema de jurisprudencia, formado por bárbaros ignorantes, extraído de códigos de ley adaptados para mantener la tiranía despótica de los emperadores romanos, no puede estar al unísono con los sentimientos de la gente ilustrada, o no ser capaz de reforzar los principios de un gobierno libre, era algo compartido por todas las partes; pero el interés personal, por razones aparentes, ha producido la unión de abogados y nobles. Con justicia, la Asamblea Nacional pensó que las leyes dictadas por el espíritu humano en una época ilustrada serían mal administradas por un tribunal formado bajo la influencia de prejuicios vinculados al rango. Y consideraron desde un punto de vista político que los parlamentos, que fueron designados ante todo para examinar las leyes y reglas elaboradas por la asamblea de los Estados Generales, no deben recibir daño alguno de los edictos del monarca, deben permanecer bajo el control de la autoridad permanente de la nación. Esta ha sido la razón que llevó a la abolición de los viejos parlamentos independientes, con todos sus méritos y sus errores. Así, tampoco es un milagro que, al cambiar las perspectivas, se haya producido un cambio en los sentimientos de los nobles: cuando percibieron que el sistema de la antigua tiranía estaba mejor adaptado a su grandeza personal que el nuevo orden de cosas, al igual que el señor Burke, consideraron a los parlamentos el poder oportuno bajo el que aglutinarse. ¡Qué conveniencia tan sencilla habrían proporcionado para poner en práctica una política engañosa si los parlamentos, ejerciendo su vieja autoridad bajo la corona, hubieran

¹³ Robert Leighton (1611-1684). Arzobispo de Glasgow, defensor del alejamiento de la iglesia de los asuntos políticos.

¹⁴ Carlos II de Inglaterra (1630-1685), rey de Escocia, Inglaterra e Irlanda desde 1660, tras la muerte de Cromwell.

rechazado pertinazmente registrar los edictos de la Asamblea! ¡Qué exhibición de elocuencia se habría visto a favor de los privilegios de los nobles y el clero en su insurrección contra la Asamblea! El presidente de la Asamblea habría retrasado sus quehaceres en nombre de la Majestad del pueblo, viéndose obligado a montar «la cama de la Justicia»¹⁵, siguiendo el ejemplo de los últimos monarcas del reino; y, en el caso de una obstinación incurable, la Asamblea, a través de los medios del poder ejecutivo, habría tenido que recurrir al tedioso remedio de la prisión. Con aquellas ventajas de su lado, la facción opositora habría tenido motivos razonables para confiar en la victoria; en ese caso, no se podría haber usado la palabra regeneración para comprender el transcurrir de los siglos hasta la constitución actual.

Antes de dejar este asunto, será necesario destacar que el señor Burke condena la conducta de la Asamblea Nacional por la distinción que ha hecho al tratar a abogados y clérigos, una distinción que creo que cualquier persona sin prejuicios considerará fundada en la justicia, esto es, en la preferencia que obtienen los primeros por tener una forma adecuada de ganarse la vida, considerando que los oficios civiles de los que fueron privados habían sido comprados con propiedades privadas «a un alto precio» (como el señor Burke observa).

La prevención de una bancarrota nacional ha sido considerada una de las cuestiones de mayor preocupación para toda Francia. Fue para evitar este mal que se convocaron los Estados Generales; y fue un objeto abordado principalmente por los diputados del pueblo, por su voz unida. En este estado de opinión pública, muy probablemente, los argumentos forzados por el señor Burke para estar en contra del derecho del monarca a hipotecar los ingresos públicos no declararían a la Asamblea culpable por esforzarse en tener fe en los acreedores de la corona. Por este motivo, nunca entenderé por qué, bajo un fundamento racional, el pueblo debe enfrentarse a su nueva constitución, pues la prodigalidad del antiguo gobierno lo ha conducido a miserias presentes en su naturaleza inamovible, que no proceden del fraude o la corrupción de sus nuevos servidores, y que no se arreglarían volviendo al sometimiento de la vieja dominación. Es cierto que los enemigos de la nueva constitución han contemplado la llegada de un momento importante, la angustia y la confusión temporales que acompañan a la bancarrota de una nación, con la mayor impaciencia, creyendo ver en ella las perspectivas de una victoria segura. ¡Qué oportunidad se habría presentado para expresar exageradas descripciones del malestar general, acusando a los miembros de la Asamblea Nacional de ser los únicos autores de los errores de la nación! El angustioso y providencial cuidado que la Asamblea ha tenido para alejar el desastre, evitando, en el momento presente de irritabilidad de los sentimientos públicos, imponer cargas pesadas al pueblo, es, sin duda alguna, una marca de sagacidad política; pero esta virtud es tratada con el mayor encono de rabia por sus oponentes.

Sobre el asunto de las dificultades que se ha encontrado la Asamblea francesa en la tarea de regenerar la constitución del país, es natural volver nuestra mirada sobre el establecimiento del papel moneda. Este es un tema sobre el que el señor Burke ha volcado toda la fuerza de su aparente ingenuidad para hacer saltar las alarmas de los peligros de la nación francesa, despreciando y haciendo odiosa a sus ojos la conducta de los representantes de la nación.

¹⁵ La autora hace referencia a lo que se denominaba en Francia durante el Antiguo régimen «*Lit de Justice*», una sesión en el Parlamento que, presidida por el monarca, permitía registrar los edictos reales. Recibía ese nombre porque el rey estaba sentado en un trono bajo un baldaquino. La última vez que se llevó a cabo esta sesión fue el 8 de mayo de 1788, bajo el reinado de Luis XVI.

Sobre este asunto soy una completa ignorante: no tengo habilidades financieras, y deseo con todo mi corazón que ese arte que el señor Burke muestra como un talento sumamente necesario en aquellos que dirigen los asuntos del Estado, y que considero una deriva práctica de su engañoso objetivo de robar el dinero de los bolsillos del pueblo, no sea un elemento necesario en las formas presentes de administración. Sin embargo, me atrevo a realizar algunas observaciones que surgirán a toda mente pensante. Son las siguientes: La diferencia que el señor Burke establece entre el papel moneda en este país, y el que se da en Francia, no favorece mucho a Inglaterra, como este indica; como la nación francesa no ha emitido más papel del que parece necesario para tener un respaldo sólido, y con un fondo obvio para los ojos y el entendimiento de todo hombre, su crédito no es razón para tener menos estabilidad que un papel moneda basado en la confianza. Aunque todos los hombres creen, y con buenos motivos, que el Banco de Inglaterra tiene suficientes recursos para responder ante sus pagadores, esta creencia surge de una certeza moral, que no puede ser superior a aquella fundada en un acto de obvedad. Y los legisladores franceses deben continuar con su sabia cautela, sin emitir más papel del que el Estado pueda respaldar. Mientras la revolución permanezca en su situación actual, este papel, sean cuales sean las exigencias de los tiempos, siempre tendrá algún valor. Por el contrario, se cree ampliamente que un fallo en nuestro crédito nacional no dejaría en nuestro papel moneda más valor que el intrínseco valor del papel.

La difusión de un espíritu general vinculado a los juegos de azar y la práctica destructiva de la creación de mercados en la bolsa de valores son males que me preocupan por estar asociados a las deudas nacionales; y mientras mayor sea la deuda, mayor será el grado de peligro. Ese espíritu prevalece en nuestro capital en una alarmante altura, como la historia de las tendencias de los *Bulls* y los *Bears*¹⁶ atestiguan abundantemente. Eso fue la ruina de muchas fortunas, y miles de víctimas lo pueden corroborar. Permitted y atrajo a muchos interesados en los secretos de los negocios, en el pillaje sin piedad de lo público. Y las existencias tienen gran influencia sobre la propiedad de la tierra en este país, que sube y baja según varias fluctuaciones, como evidencia la experiencia de la reciente guerra en América.

Todos esos males, si se les puede llamar así, fueron pronosticados por quienes se consideraban patriotas de su país, desde el comienzo de la financiación de la deuda hasta casi el momento presente; y las razones que les movían para reforzar los argumentos empleados contra la medida me parecen lo suficientemente convincentes como para haber inducido a una prudente moderación en nuestros consejos. Pero no fueron tenidos en cuenta; y se les consideró como quimeras del descontento ante los especuladores. Por el contrario, el aumento de la deuda nacional se consideró tanto la causa como el efecto de la prosperidad pública, describiéndose como el impulso originario del comercio; y la gran panacea fue mantenernos en un eterno vigor, una espera constante con la que los miembros de la comunidad estrecharan sus lazos de lealtad. Pero no habría excesos en la cantidad de la deuda que no estuvieran acompañados de ruinosas consecuencias.

Si situaciones así, repetidas por una buena parte del reino, y generalmente adoptadas en el presente, están fundadas en la confianza, no alcanzo a ver cómo causas que tienen efectos saludables para nosotros operan como un veneno para nuestros vecinos; y tengo mejor opinión de la política de la Asamblea Nacional emitiendo asignaciones por la contundente y violenta oposición a la medida por sus enemigos.

¹⁶ Bull y Bear representan tendencias de mercado; Bull indica tendencia alcista y Bear, bajista. Estos términos se introdujeron en el lenguaje financiero a finales del siglo XVII.

No debe olvidarse que, entre otras regulaciones económicas de la Asamblea Nacional, la que tuvo lugar en la lista de pensionistas, cayó de la misma manera que otras acciones bajo la severidad de la pluma del señor Burke. La cantidad de dinero público empleado y otorgado a estas personas por la corte fue enorme; y si damos crédito al *Libro Rojo*¹⁷, publicación que goza de la mayor autoridad, no había mucho de los principios de razón o de justicia en los límites establecidos para recompensar a los individuos, salvo si el Estado y el país son considerados intereses separados. Los regalos o las gratificaciones para el príncipe y sus favoritos deben reconocerse en el valor de cien libras frente a un penique cuando se pone en la balanza la sangre derramada en la defensa de la nación.

¿Qué puede escapar de la censura del señor Burke o qué acción del poder legislativo francés puede agrardarle (salvo su disolución y permitir al rey y a los nobles que establezcan sus propias reglas de poder) cuando encuentra objeto de reproche hasta sus actos de simpatía hacia los ciudadanos más pobres? París siempre ha estado abarrotada de una masa de mendigos, incluso más numerosa, si esto es posible, que la que infesta y estropea nuestra capital, eso es cierto. Y puede que su número haya aumentado por la desertión de aquellos ciudadanos opulentos que se encuentran ahora alejados del gobierno, algo que no debe ser una circunstancia ni sorprendente ni alarmante. Pero es un mal que el tiempo puede curar cuando el golpe de una revolución tan importante haya aplacado su fuerza, y cuando la rabia en el pecho de los descontentos se calme y vuelvan a abrazar a su país, y bajo las leyes protectoras de un gobierno estable.

En una defensa muy elaborada de todos los modos artificiales de grandeza que tienen lugar en sociedad, el señor Burke ha empleado los poderes de la elocuencia y la sutileza para probar que los crímenes cometidos por nuestra especie no nacen de las imperfecciones de las instituciones sino de los vicios de los individuos. En un sentido, su argumento podrá encontrarse justo; en otro, ineficaz. Porque, aunque los crímenes cometidos por Nerón procedan de la depravación de su carácter, la oportunidad de llevarlos a cabo y, tal vez, la depravación del sentimiento del que proceden, recae en el vicio de la institución imperial.

Con el mismo estilo de elocuencia, y la misma sutileza, el señor Burke recomienda a todos los legisladores la precaución de la tardanza para aquellos que sufren del «espíritu de reforma», para que se evapore antes de que su trabajo esté a medio hacer. Afirma el señor Burke: «Los males latentes en las estrategias más prominentes deben gestionarse a medida que surjan; una ventaja puede sacrificarse a cambio de otra; así, compensamos, reconciliamos, equilibramos, y somos capaces de unirnos en un todo consistente frente a las diversas anomalías y principios en liza que se encuentran en las mentes y los asuntos de los hombres».

Esta teoría, finamente imaginada, sería adoptada sin duda por todos los legisladores sabios, pero no se ajusta a la naturaleza de la humanidad, ni a esa semilla de egoísmo que mancha cualquier principio de conducta humana. El perfecto conocimiento de los asuntos humanos, que el señor Burke concibe justamente, debe ser inseparable del oficio de legislar, para convencer a los hombres de que cuando se establece una nueva constitución es necesario, en su proceso de formación, que

¹⁷ Libro que contenía las cuentas personales de Luis XVI. En 1790, la Asamblea Nacional publicó su contenido con el propósito de informar públicamente de los gastos reales del periodo comprendido entre 1774 y 1789. La suma total de cerca de 300,000 libras incluía, entre otros gastos, gratificaciones para los hermanos del monarca, pensiones para amigos del rey, compra de objetos varios o dinero para financiar obras sociales. En un país inmerso en una grave crisis económica, la publicación supuso un escándalo.

sea regulada por aquellos principios que los legisladores consideran los mejores; y si algo se considera defectuoso y se deja para la sabiduría de los futuros legisladores su corrección, el error, lejos de disminuir con el tiempo, irá aumentando. La razón es simple: los defectos de todos los gobiernos están basados en aquellos principios que apoyan el interés parcial, injuriando el público. Y la prescripción del tiempo como una forma política de usar el poder siempre ha sido una barrera irresistible para reformar en profundidad el curso ordinario de las cosas.

Los legisladores franceses, para eliminar aquellos prejuicios locales y envidias provinciales que existieron durante el reinado del país, surgidas de las diferentes leyes y costumbres de los principados que fue anexionando la corona, regularon los derechos de elección, asegurando a la ciudadanía esta bendición de valor incalculable. Concibieron y ejecutaron un plan consistente en dividir el reino en ochenta y un departamentos, cada uno de los cuales estaba dividido en distritos más reducidos llamados comunas; y estos, a su vez, en otros menores llamados Cantones. Las asambleas de los cantones eligen diputados para los comunes, a razón de uno por cada doscientos habitantes. Los comunes elegidos por los cantones eligen a los de los departamentos, y estos, a los diputados de la Asamblea Nacional. En primera instancia, el proceso para ser elegido abarca tres días; para ser elegido en la comuna, diez días; y para ser elegido diputado en la Asamblea Nacional, solo se requiere una marca de plata¹⁸.

En principio, este plan promete unir el mayor grado de libertad con el mayor grado de orden: extiende el derecho a elegir a cualquier hombre que no sea un indigente, esto es, que viva de las limosnas de la sociedad, pues, razonablemente, no puede tener el derecho a disfrutar de los privilegios políticos. Así, este plan impulsa a los hombres a ser industriosos para disfrutar de esos privilegios, y abre la puerta a cualquiera para obtener los mayores honores de su país. Pero este plan, en principio bastante lógico, que otorga en pleno sentido de la palabra derechos a los ciudadanos, es criticado por el señor Burke de una manera impropia para sus grandes habilidades porque descende al arte de las sutilezas y argucias. Acusa a los legisladores de no atender a su promesa en favor de la igualdad de derechos de los hombres al negar el voto a los indigentes. Afirma que el derecho de elección otorgado no es un privilegio; y prevé que surgirán fatales disensiones de los intentos por armonizar principios opuestos, al pretender controlar a las mentes hostiles al bienestar general contraponiendo la combinación de los afectos en el carácter de los ciudadanos leales.

En oposición a la acusación del señor Burke de que los legisladores, al poner requisitos al derecho de elección incurren en una contradicción sobre la promesa de establecer los mismos derechos para todos los hombres, debo decir, sin refugiarme bajo el uso práctico (que podría emplear para justificar cualquier forma de tiranía), que la Asamblea francesa, con esos requisitos, se une a los derechos de los hombres en sentido estricto, tal y como existen en la abstracta perfección de un estado de naturaleza. ¿Acaso se concibe que, en un estado de naturaleza, un hombre tenga derecho sobre los frutos del trabajo de otros, ya sea por inclinación o por enfermedad? En este caso, tanto en un estado de naturaleza como en sociedad, el derecho de manutención depende únicamente de las leyes de humanidad que proceden de esa simpatía que el benevolente Autor de nuestro ser tejió con el mejor propósito en la constitución mental de todas las criaturas morales. Pero esas leyes de humanidad no obligan a los hombres a entregar derechos al dar limosnas, ni a aquellos que las

¹⁸ En plena redacción de la Constitución, a comienzos de 1790, la mayoría de los diputados de la Asamblea Nacional deciden que solo podrán ser elegibles los hombres que posean una propiedad y paguen al Estado una contribución del valor de una moneda de plata. Robespierre, diputado del departamento de l'Artois, fue el mayor opositor a esta medida.

otorgan a forzarles a que otros disfruten del resultado de su trabajo. Los legisladores han establecido los derechos de representación sobre la base del trabajo, el único principio que cuadra a la perfección con un derecho natural, y no sobre la cesión de propiedades. Y es sobre estos principios liberales por los que, cualquier hombre que tenga actividad e industria, puede, hablando con propiedad, competir por un asiento en la Asamblea legislativa. Y, por la naturaleza y procesos de los privilegios vinculados a los pasos electivos primero y segundo, considero que los grados que marcan los procesos, dirigidos al gran honor de elegir a los representantes, evitan la confusión y los errores de una elección ciega, y no hacen ineficaz ese derecho en su principio más abstracto. Todo hombre que participa en el cantón elige a un diputado que considera digno del mérito de representarlo en la comuna, y todo votante de la comuna, de la misma manera, elige a su diputado para que lo represente en el departamento.

Como el señor Burke objeta cada parte de la constitución de Francia, y todo acto de los legisladores sobre esta constitución, debo seguirle a través de sus objeciones, estableciendo las razones que me parece regulan su conducta. Es cierto que un Senado, o una asamblea de hombres que tiene cierto control sobre la voz del pueblo, algún poder para mitigar, regular y liderar la ejecución de las leyes, ha estado presente en las antiguas repúblicas. Pero el señor Burke parece conceder que esas cámaras no son necesarias en las monarquías, ni en una forma de gobierno que admita un poder ejecutivo permanente. Es cierto que parecen ser instituciones necesarias en las antiguas repúblicas; y la historia nos mostrará que esa tendencia basada en un poder ejecutivo permanente siempre ha sido hostil a los principios de la democracia, y con frecuencia ha concluido en la ruina de la libertad. Así, la subversión de la República de Roma, sin duda alguna, se debió al orgullo, la avaricia y la corrupción del Senado. Pero, no es, creo, el objetivo de las mentes de los hombres ilustrados, al abordar el gobierno moderno, citar las reflexiones de autores pasados, ni establecer comparaciones con la antigüedad, pues se desconocía por completo esta excelente manera de hacer política en la que el poder del pueblo adquiere representación y actúa regularmente a través de los medios de sus representantes. Una asamblea de hombres así establecida parece aglutinar en torno a sí la energía y aptitud que tenía el Senado romano para los asuntos de gobierno en su estado más brillante y perfecto, pero sin los principios latentes de corrupción y destrucción que acechaban a esa institución.

No sé qué quiere decir Lord Bolingbroke¹⁹ cuando afirma que prefiere la monarquía sobre otros gobiernos, porque la descripción de una república, y de las formas republicanas, se adapta mejor a cada situación que una monarquía. A no ser que se refiera a una monarquía cualificada y confinada al mero oficio de un gobierno ejecutivo, con la estabilidad que acompaña a la descendencia hereditaria. Sin duda alguna, la descripción de una democracia no puede aplicarse a la monarquía en otro sentido. Si este es el significado de lo que afirma el Lord, la monarquía francesa, tal y como está ahora, se ajustará a lo que entiende por perfección. La experiencia mostrará si es defectuoso tener a un miembro así actuando como un Senado; en ese caso, los defectos deben ser compensados con todas las cautelas que la experiencia pueda aportar.

Las limitaciones de poder a las que se encuentra confinado el magistrado ejecutivo, conducen al señor Burke a ejercitar todos los recursos de su oratoria. Deplora el estado mortificado del monarca caído; solo ve debilidad en el gobierno, y

¹⁹ Henry St. John, vizconde de Bolingbroke (1678-1751), político inglés, próximo al partido conservador y bien conocido por la autora, quien refutó sus argumentos deístas en los libros II y III de sus *Cartas sobre la educación*. Macaulay Graham puede referirse al contenido de *Idea de un rey patriota*.

confusión en los asuntos del imperio por pretender un adecuado poder de influencia en el ejecutivo, y esa cordialidad que debe existir entre este y el legislativo. Considera que el poder ejecutivo está en un estado de degradación que ningún espíritu humano lo admitiría. Y, si el rey actual y sus sucesores respetan su verdadera gloria, no desaprovecharán cada oportunidad que se les presente para deshacerse del yugo de sus imperiosos amos y volver a recobrar su independencia anterior.

Ante las animadversiones del señor Burke, debe observarse que la mayoría de las limitaciones de las que se queja son inseparables de la seguridad de la democracia, o tienen sus fundamentos en una política justa, adaptada al actual estado de cosas. Es necesario que la Asamblea popular esté informada por otros canales que no sea el poder ejecutivo en aquellos asuntos importantes que ese cuerpo deba saber. Es necesario que se eliminen todos los medios que permitan el establecimiento de influencias personales obtenidas a través de la concesión de tierras y cuantiosas pensiones; y, por las mismas razones políticas, es necesario que el poder ejecutivo no sea capaz de engañar a la imaginación de los hombres criando distinciones artificiosas entre ellos.

Según el credo político del señor Burke, los reyes solo respetan a quienes le sirven para su grandeza personal; y es de la opinión de que los sucesores al trono de Francia en la línea Borbón deben, aunque sean analfabetos, ser hostiles a la constitución que han jurado preservar. Es cierto, como observa el señor Burke, que es una reacción natural. Pero, ¿no son aquellas inclinaciones inherentes en los hombres los fundamentos de esas envidias que los patriotas reflexivos observan en todas las personas revestidas con el peligroso regalo de la autoridad permanente? Y, a no ser que el actual monarca y sus sucesores tengan ideas muy diferentes a las que pueden aprender del señor Burke sobre la gloria; a no ser que conciban que ejecutar un poder fielmente es más honorable que toda la grandeza personal que puedan obtener por traición; hay poca probabilidad de que obtengan de una Asamblea popular mayor poder del que razonablemente se les ha conferido, mientras las circunstancias no convenzan al público de que no hay motivos para la sospecha.

El señor Burke extiende su conmiseración no solo a la persona del rey y a su descendencia, también a los ministros de la corona y a su capacidad civil. En esta conmiseración, reprueba un principio que se ofreció al pueblo de Gran Bretaña como gran paladín de sus libertades, me refiero al principio de responsabilidad; aunque la reprobación se separa por una distinción entre el servicio activo y entusiasta, por un lado, y la contención ante los crímenes por otro. Esta es una distinción que no puedo entender bien. Si la responsabilidad no acompaña a la conducta de un ministro, si no se debe a ninguna autoridad, se establece una débil barrera constitucional contra los vicios de la administración, especialmente cuando se permite entre las prerrogativas de nuestros reyes que puedan elegir a sus sirvientes y mantenerlos en el cargo a su antojo. ¿Acaso alguno de los ministros que sirvan a un rey así (como hace el señor Burke al hablar del actual rey de Francia) con una decente apariencia de respeto, obedecerá cordialmente las órdenes de aquellos que él mismo había enviado a la Bastilla? ¿Obedecerá las órdenes de aquellos que, cuando ejercía una justicia despótica, fueron tratados con lenidad en una prisión que les fue otorgada como asilo?

Esto dice muy poco de la disposición de los ministros y del espíritu y principios del antiguo gobierno. Tampoco creo que esos señores puedan hacer quejas razonables contra la conducta de los legisladores franceses. Es cierto que les han negado un asiento entre ellos. Esta excepción no se hace por una cuestión personal; no están contra las habilidades de esos hombres, ni contra su honestidad individual. Pero no permitirán una influencia real o posible que pretenda controlar sus acciones. No permitirán que ese santuario en el que reside la majestad del pueblo de Francia

pueda verse contaminado o censurado por la más mínima sospecha de corrupción; y no pondrán en peligro las libertades de su país entregándolas a un poder absoluto sin motivo y que, en el transcurso de los acontecimientos, puede llevar a un abuso de confianza.

La opinión que emplea el señor Burke para establecer sus elaboradas *Reflexiones sobre la Revolución francesa* es incompatible con un verdadero gobierno popular de constitución humana. Y el asunto que le requiere ampliar el alcance de sus facultades argumentativas está fundado en la necesidad de emplear la fuerza militar para apoyar a todos los gobiernos. Si esta fuerza tiene la confianza del pueblo, debe actuar según su capacidad natural, destruyendo o debilitando la energía de aquellos órganos que, a través de reuniones regulares, sostienen y refuerzan un estado de anarquía. Pero si el apoyo de un gobierno se basa en un cuerpo militar disciplinado y controlado por un individuo, ese individuo se convertirá en el amo del pueblo y violará el gobierno que se le encargó defender.

Tanto el establecimiento como el derrocamiento de una opinión tan fatal para las esperanzas de un hombre deben dejarse para el tiempo y las experiencias. Por este motivo, siento decir que no puedo construir un argumento contrario. No nos podemos aventurar a establecer una opinión sobre el estado de un país que aún no se ha recuperado de las convulsas luchas que provoca una revolución tan importante. No podemos obtener luz alguna de la historia; la historia no establece ninguna forma de gobierno en un gran imperio que, en sentido estricto de la palabra, haya asegurado el pleno disfrute de los derechos al ciudadano. Se han hecho algunos intentos en este sentido; pero, hasta ahora, han fracasado por la traición de los líderes o por la locura de la multitud. Y, aunque esas circunstancias prevendrán a las personas cautas de dar una opinión decidida sobre cuál debe ser el desarrollo de los acontecimientos, sus mentes no deben verse privadas de la benigna esperanza. No podrán evitar ver que el estado presente de las cosas en Francia tiene un aspecto que lo diferencia de lo que la historia y el estado de otros países nos ofrece. En vez de esa bárbara ignorancia, o de la depravación de principios, que suelen verse en otros estados de Europa, y que lógicamente evitan que la patria pueda disfrutar de la completa bendición de la libertad (como si estuviera a su alcance), vemos a un pueblo firme y unido en sus esfuerzos por afianzar sus derechos, obedeciendo (el señor Burke reconoce esta obediencia, y la llama «fanatismo») a los dictados de ese gobierno que ha establecido para defenderlos.

¿De dónde puede nacer esta diferencia entre la nación francesa y otras sociedades, si no, de una mayor difusión del saber y de un principio de acción que consiste en el bien público y en las gratificaciones de uno mismo? Es tarea del conocimiento enseñar a los hombres sus intereses reales; y se espera que prevalezcan sobre esa mezcla de afectos desordenados que se arrojan sobre la mente, permitiendo que los municipios de Francia observen que si abusan de los poderes de los que han sido investidos para la defensa de sus derechos, gratificando pasiones privadas a expensas de la paz pública, se verán conducidos necesariamente a su total destrucción. Se espera, también, que un verdadero sentido del interés permita al ejército percibir que, en el momento en el que se despoja de su carácter ciudadano, y asume un poder controlador sobre su país, se convierte en esclavo; cuando se da esta circunstancia, el poder subsiste por estricta subordinación, y esto, en todos los aspectos, milita contra los derechos civiles del país. Cuando el ejército de Roma estaba en su momento más elevado; cuando era capaz de deponer o asesinar emperadores, e impulsar a hombres privados al trono imperial; cuando era capaz de saquear el imperio a su antojo, y repartir generosamente sus expolios, era, desde su facultad individual, el mayor de los esclavos.

El patriota francés concibe una esperanza que nunca ofrecerá ante la visión social, y está en el carácter desinteresado de las asambleas a las que le ha confiado su derecho. El Parlamento republicano de Inglaterra, por su sed desordenada por los asuntos públicos, y empleando su poder para sus propios emolumentos, otorgó muchos motivos para que las sospechas de un pueblo dividido actuaran en su contra; y debe reconocerse que el interés particular ha intervenido con frecuencia tanto en las asambleas populares como en las cortes. Pero la Asamblea francesa, en este aspecto, ha establecido un ejemplo sin parangón en la historia del hombre. Para un espíritu intrépido y emprendedor, ha unificado el principio de desinterés de tal forma que priva a sus enemigos de cualquier medio de oposición que no sea la vana declamación, la acusación sin fundamento y la esperanza impotente. ¡Que perdure la admiración del mundo hacia esos asuntos tan importantes! ¡Que perdure agrandando las cualidades del hombre! ¡Que perdure mereciendo un monumento digno de estima para las mentes de los de su especie, y que ni el tiempo, ni los accidentes ni la adversa fortuna puedan eliminar!

No puede negarse que el señor Burke ha desplegado habilidades poco comunes en su ataque a la Revolución francesa; pero, ¿por qué se ha dignado a hacer uso de las malas artes del abuso como un auxilio en la disputa? ¿Por qué, con las más odiosas comparaciones y acusaciones infundadas, se ha esforzado por excitar a todas las naciones y a todos los tipos de hombres contra Francia, machacando, asimismo, en sus ruinas todos los derechos del hombre? ¿Es la tendencia de su publicación recomendar el gobierno británico, intimidando a sus vecinos con la adopción de su propio sistema político? ¿Recomendará a las potencias de Europa una renovación de esa malvada conspiración contra los derechos de los hombres que planearon Enrique IV y su ministro Sully, y que solo se evitó por la oportuna muerte de ese monarca?²⁰ Con su plan, ambos, combinando su poder, impusieron y apoyaron modos de gobierno arbitrarios, y abolieron los derechos de conciencia. Si esas asambleas ocuparan el lugar de la moderación y la equidad que hasta ahora han mostrado, probarían que los tratados y la fuerza de las naciones no eran otra cosa que perversidades confiadas a las conspiraciones de los gobiernos.

Cuando reflexionamos sobre esos horribles objetivos, que solo pueden hacerse efectivos con la efusión de océanos de sangre, debemos excusar las perversas intenciones del señor Burke. A no ser que, por una extraña modificación de la simpatía, las vidas de los plebeyos y de aquellos individuos vulgares que componen la brutal multitud no tengan valor alguno en su consideración. De hecho, algunas de las expresiones del señor Burke parecen garantizarnos esa suposición, aunque debemos reconocer que, en otras ocasiones, parece preocuparse por la felicidad espiritual de quienes desprecia, aunque no de su dimensión temporal. Afirma: «Cuando la riqueza y el orgullo de los individuos hacen al hombre de condición y fortuna humildes consciente de su inferioridad, se degrada y envilece su condición. Es por el hombre de vida sencilla, y para mejorar su naturaleza, y para conducirlo a un estado mental en el que los privilegios de la opulencia cesen, cuando sea igual por naturaleza, y sea más que igual por virtud, que esa porción de la riqueza general de este país es trabajada y santificada»²¹.

²⁰ La autora bien puede referirse a las medidas llevadas a cabo por este monarca galo y su ministro de Finanzas, Maximilien de Béthune, duque de Sully, consistentes en rechazar la necesidad de un Primer Ministro, dejar de convocar los Estados Generales, reducir la influencia de los parlamentos y controlar personalmente el acceso a cargos de gobierno. El reinado de Enrique IV aplastó las reivindicaciones de la nobleza francesa.

²¹ Esta es una condición penosa, la de «la temblorosa naturaleza desnuda», dice Burke en sus *Reflexiones*. Pero, ¿cuál es el remedio? ¿Por qué dejar que respeten la propiedad y busquen que «su consolución está en proporciones finales de eterna justicia?». Nota de la autora.

Si el señor Burke, en el desarrollo de su argumento, descendiendo de la elevada imaginación poética al penoso trabajo del razonamiento cerrado, se hubiera percatado del error al desviarse de la línea de la conveniencia en la cuestión del derecho, afirmando que hay un derecho inherente vinculado a ciertas personas privilegiadas que permite hacer las leyes para la comunidad, no tendríamos que volver a otro principio que aquel que pone a prueba el argumento: los derechos naturales e inalienables del hombre. Si decimos que los gobiernos legítimos se forman sobre la autoridad de las convenciones, se preguntará lo siguiente: ¿quién da a esas convenciones su autoridad? Si concedemos que su autoridad procede del consentimiento del pueblo, ¿cómo puede el pueblo ejercer una autoridad tal en un periodo de la sociedad y no en otro? Si decimos que es necesario que el hombre social recupere todos los derechos que corresponden a su naturaleza, se preguntará: ¿quién es el juez de esa necesidad? Ciertamente, el pueblo.

Así, allá donde iluminemos el argumento, en cada forma posible de razonar, debemos volver tanto a la primera como a la segunda de las proposiciones anteriormente mencionadas: ni un individuo ni algunas personas privilegiadas tienen un derecho inherente e irrefutable para hacer las leyes de la comunidad, pues esta autoridad reside en los inalienables e indiscutibles derechos del hombre.

Debemos conceder que, en ocasiones, el pueblo ha abusado de su poder; pero, también, que se han visto sacrificados su presente y su posteridad por la voluntad desenfrenada de un individuo. Este es el origen de todas las tiranías reales que han existido en sociedad; aunque ningún abuso de poder puede eliminar su derecho, porque existe desde la constitución de las cosas. Si el pueblo francés quiere ser tan caprichoso como para deshacerse de su nueva constitución y someterse a formas de gobierno más desiguales, o incluso a la tiranía, estará conforme al curso de la experiencia pasada. Pero la puesta en práctica del poder no puede perjudicar su derecho; y sea cual sea la forma o estructura del futuro gobierno que pueda surgir en Francia, no tendrá fuerza legítima salvo si radica en la voluntad del pueblo.

Soy, mi señor, con gran estima y respeto, su más obediente y humilde servidora.

La autora

Discutiendo con Juan Auz. Luchar contra el cambio climático en nombre de los derechos. ¿Qué lecciones desde el Sur Global?

Discussing with Juan Auz. Fighting climate change in the name of rights. What lessons from the Global South?

Giacomo Palombino
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España
ORCID ID: 0009-0009-9487-2005
giacomo.palombino@cepc.es

Cita recomendada:

Palombino, G. (2024). Discutiendo con Juan Auz. Luchar contra el cambio climático en nombre de los derechos. ¿Qué lecciones desde el Sur Global? *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 364-374

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9016>

Recibido / received: 23/08/2024
Aceptado / accepted: 10/10/2024

Resumen

El litigio climático es uno de los temas centrales del debate jurídico contemporáneo, entre otras razones, porque nos obliga a razonar sobre categorías clásicas, pero desde perspectivas inéditas. El artículo de Juan Auz Vaca, que comentamos en esta sección ofrece muy interesantes ideas para reflexionar en este sentido. Mi contribución, entonces, intenta seguir el hilo expuesto en dicha publicación con el objetivo de fomentar la discusión alrededor de algunos elementos que considero relevantes.

Palabras clave

Litigio climático, protección de los derechos, antropocentrismo, ecocentrismo, constitucionalismo.

Abstract

Climate litigation is one of the central topics of contemporary legal debate, not least because it forces us to think about classic categories, but in terms of new perspectives. The paper by Juan Auz Vaca, which we comment in this discussion section, offers very interesting ideas for



reflection in this regard. My contribution, then, attempts to follow the thread exposed in his publication, above all in the direction of encouraging a discussion around some elements that I consider relevant.

Keywords

Climate litigation, rights protection, anthropocentrism, ecocentrism, constitutionalism.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. ¿Qué Derecho frente al desafío climático?: desde el Derecho Internacional al Derecho Constitucional global. 3. La importancia (y el problema) de una lectura del cambio climático centrada en la tutela de los derechos: el caso italiano del Juicio Universal. 4. ¿Quién salvará el planeta? Sobre el papel de la libertad de asociación frente a los desafíos globales. 5. ¿Qué lecciones desde el Sur Global? 6. Conclusiones.

1. Introducción

En el ámbito científico se afirma –quizás, demasiadas veces–, que es necesario buscar un tema «nuevo», inexplorado o poco trabajado, que nos ayude a ganar la atención del público académico alrededor de cuestiones supuestamente originales. Sin embargo, esta búsqueda de originalidad se puede convertir también en una labor solitaria, haciendo que la actividad científica desarrollada no cumpla su principal objetivo: crear debate, dirigiendo la mirada hacia otros estudios en las temáticas que necesitan, evidentemente, ulteriores desarrollos. Esto, en mi perspectiva, es lo que hace verdaderamente interesante el estudio de la crisis climática (no solo) desde el Derecho: el que surjan cada vez más publicaciones sobre un tema que hasta hace poco no gozaba de la atención del interprete jurídico. Y es que los retos que impone el cambio climático necesitan de este esfuerzo colectivo, de comunidad científica. Por ello, que se publiquen más contribuciones sobre el litigio climático es síntoma tanto de la creciente concienciación del mundo académico sobre los efectos del cambio climático como de la urgencia por encontrar respuestas a las difíciles interrogantes que provoca.

Por estas razones, agradezco la invitación de la Revista que publica estas palabras, porque me ha dado la oportunidad de leer, con atención y sentido crítico, el trabajo «Litigio climático y derechos humanos en el Sur Global. Apuntes para el debate», de Juan Auz Vaca. Digo esto precisando, eso sí, que la atención que dediqué al texto ha sido la de quien (en cierto sentido, ingratamente) ha sido llamado a fomentar un debate sobre la base de su muy bien desarrollado contenido.

2. ¿Qué Derecho frente al desafío climático?: desde el Derecho Internacional hasta al Derecho Constitucional global

La primera cuestión que preocupa a los comentaristas a la hora de acercarse al estudio de desafíos globales en perspectiva jurídica, es determinar qué Derecho debería ofrecer respuestas a los interrogantes que esto supone (Ragone, 2020). Es decir, ¿en qué nivel de gobernanza debemos encontrar soluciones, regulatorias y jurisprudenciales, ante las consecuencias de fenómenos globales? (Jiménez Alemán, 2019). Lógicamente, el Derecho Internacional es quien debería ofrecer respuestas más eficaces, pues representa el acuerdo de la comunidad internacional para la consecución de objetivos específicos –lo que fundamenta la base misma del concepto de Tratado internacional. Y, efectivamente, en el artículo de Auz Vaca emerge esta

propensión y, quizás, confianza en el Derecho Internacional y los tribunales y organismos de protección de derechos humanos. En esta dirección, el artículo ofrece datos numéricos, por ejemplo, sobre los varios recursos (diez, a partir de 2020) presentados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) sobre cambio climático.

Ahora bien, que el impulso hacia una gobernanza global del medio ambiente y, por ello, del clima, tenga que partir del Derecho Internacional es algo evidente. De hecho, como se dará cuenta más adelante, el constitucionalismo europeo no conocía la palabra ambiente hasta que, a partir de los años setenta, la comunidad internacional comenzó a impulsar su uso para la creación de herramientas jurídicas en su defensa. Dicho lo anterior, no estoy seguro de que el protagonismo que ha tenido el derecho internacional en esta materia haya sido acompañado de una verdadera eficacia en la implementación de los instrumentos adoptados por la comunidad internacional (Palombino, 2023). Se han aprobado acuerdos marco en materia climática desde hace más de tres décadas, desde la Cumbre de la Tierra celebrada en Río de Janeiro en 1992 hasta los Acuerdos de París de 2015; sin embargo, los objetivos y las obligaciones aceptadas por los Estados no han sido respetadas de manera adecuada.

Por estas razones, aunque mire con interés y extrema confianza la evolución que el tema está teniendo en el marco internacional, no creo que, al menos hasta ahora, se hayan obtenido, sobre todo en el plano jurisprudencial, respuestas relevantes. Empiezo por el TEDH (Sánchez Barrilao, 2020), donde de las diez demandas presentadas solo una ha llegado (repito, al menos hasta ahora) a una Sentencia condenatoria¹ (de la que el artículo no habla solo por razones cronológicas, pues la Sentencia es de un periodo posterior a su publicación). Más logros, quizás, se han tenido en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mientras que todavía ninguno ante la Corte Internacional de Justicia, donde también sigue habiendo depositadas solicitudes de opiniones consultivas en materia de cambio climático y protección de los derechos humanos. Repito, afirmo esto no para disminuir la relevancia (por ahora, en perspectiva) que estas jurisdicciones tienen sobre el tema que nos ocupa, sino, por el contrario, para señalar que el camino es todavía largo y que, hasta ahora, las jurisdicciones internacionales no han sido protagonistas en materia de litigación climática.

En una postura distinta, yo creo que es de gran importancia recuperar la esfera constitucional (Amirante, 2022), que, al día de hoy, ha ofrecido las contribuciones más significativas en la lucha contra el cambio climático, a partir de la sentencia del Tribunal Federal Alemán de 2021 en el caso Neubauer (Palombino, 2024; Palombino y Sánchez 2021; Jahn, 2022). Como es evidente, esta afirmación abre un debate extremadamente amplio sobre la capacidad de la Constitución para responder a desafíos globales. Principalmente, teniendo en cuenta que la Constitución suele vincularse al paradigma de la soberanía, el cual, aparentemente, liga de manera intrínseca el plano constitucional a la función de limitar exclusivamente los poderes internos del Estado. Sin embargo, la historia reciente ha demostrado que esta no es la única lectura posible. El constitucionalismo, de hecho, ha probado que es capaz de hacer frente a las distintas crisis globales que se han manifestado en los últimos años. Pienso en la crisis económica del 2008, que provocó una oleada de revisiones constitucionales en los países miembros de la Unión Europea; en la crisis sanitaria de 2020, donde cada ordenamiento jurídico activó sus propios mecanismos constitucionales para garantizar la protección de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la salud, y en la crisis democrática (Balaguer Callejón, 2022a),

¹ Me refiero a la demanda *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et Autres c. Suisse*, que se puede consultar aquí: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22%3A%22001-233258%22%7D>.

provocada, sobre todo, por los efectos negativos de las plataformas digitales y que tendrá (o al menos se espera) respuestas estrictamente constitucionales.

Aunque se trate de fenómenos y eventos muy distintos, hay un elemento común que caracteriza todos los desafíos que se acaban de mencionar: siempre han tenido una respuesta constitucional. Quizás no perfecta, pero sí coordinada dentro de un sistema multinivel (Gómez Sánchez, 2023). Y esto es aplicable no solo para la Unión Europea, sino también para el derecho internacional en general, pues muchas garantías aseguradas a nivel constitucional han sido la traducción interna de instrumentos adoptados por organizaciones internacionales². Todo esto puede considerarse una prueba de que el carácter global de los desafíos mencionados no ha significado un detrimento del plano constitucional. Por el contrario, se ha reafirmado la eficacia de la Constitución normativa también frente a amenazas externas al Estado. Respuestas constitucionales, eso sí, que han tenido una composición modulada, siempre distinta, con lo establecido a nivel supranacional e internacional.

En mi opinión, la dinámica que se acaba de describir configura un modelo de constitucionalismo global, en la dimensión teorizada por Peter Häberle (1978) como constitucionalismo cooperativo: una Constitución no termina de expresar su función dentro de los límites de las fronteras, sino, por el contrario, tiene la capacidad de abrirse al exterior y participar en un diálogo supranacional e internacional con otras constituciones. Además, esto refleja la idea de universalismo, o en todo caso de aspiración universalista, que, según el pensamiento de Kelsen, debe caracterizar a toda ley fundamental. Y este «diálogo» al que se hace referencia, concepto aparentemente vago, en realidad corresponde a la participación en procesos de integración, de los que el europeo representa un ejemplo (esperamos, siempre más sólido), pero que también podría tener desarrollos a nivel internacional, es decir, en la dirección de la construcción de un constitucionalismo multinivel más allá de Europa (Gómez Sánchez, 2023).

Por todas estas razones, yo incluiría, en el razonamiento propuesto por Auz Vaca, la dimensión constitucional, afirmando la idea de que la Constitución no sólo puede, sino que debe desempeñar sus funciones frente a los desafíos globales; y ello especialmente cuando estos desafíos implican la posible violación de derechos fundamentales (Balaguer Callejón, 2023b). En efecto, excluir las garantías constitucionales de la protección de los derechos frente a las crisis que tienen origen fuera del Estado generaría una contradicción inexplicable (Ferrajoli, 2022). Si compartimos la idea de que todos los desafíos contemporáneos tienen naturaleza global, excluir la función del constitucionalismo terminaría anulando la función de la Constitución en su conjunto.

3. La importancia (y el problema) de una lectura del cambio climático centrada en la tutela de los derechos: el caso italiano del Juicio Universal

No cabe duda de que la crisis climática constituye una afectación de los derechos fundamentales: lo demuestra la ciencia y lo confirman los hechos (Fernández Egea, 2015). Esto lo señala muy bien Auz Vaca en su artículo, al dar cuenta de cómo la lectura de las consecuencias del cambio climático bajo el lente de la protección de los derechos subjetivos ha comenzado a desarrollarse, de manera cada vez más clara, en la jurisprudencia de organismos jurisdiccionales de distintos niveles (nacional, supranacional e internacional) (Zamora Cabot, Sales Pallarés y Marullo, 2021). Sin

² Así, por ejemplo, el papel que tuvo la Organización Mundial de la Salud durante la pandemia del Covid-19.

embargo, esta lectura –que comparto plenamente– no deja de ser problemática. Gran parte de los tribunales, fundamentándose en lo que afirma un sector de la doctrina del derecho (Frosini, 2021), siguen considerando lo contrario (Aguado Renedo, 2002). Así, no faltan sentencias y estudios científicos que niegan la posibilidad de recurrir ante un juez para pedir la protección de derechos subjetivos frente a la responsabilidad climática del Estado (Bogojevic, 2023). Aunque estas posiciones no se compartan, soy de la opinión de que al tratar el tema de la litigación climática, es necesario explicar las críticas que ha provocado esta propuesta y los riesgos que algunos comentaristas le atribuyen. Esto –mejor dejarlo claro– no con la intención de afirmar y compartir estas posturas sino, por el contrario, para dar cuenta de la escasez de su fundamentación (Gallarati, 2022).

Es por esto que la recopilación jurisprudencial que leemos en el artículo de Auz Vaca, aunque sea de gran utilidad, sobre todo para quien se acerca al estudio del tema, no dedica, en mi opinión, suficiente espacio al debate de fondo, el cual merece también recopilación y, sobre todo, comentarios por parte de quien expresa la preocupación de que, frente al cambio climático, se afirme una protección de los derechos en vía jurisprudencial. Este, quizás, es el esfuerzo que los que estudiamos el tema tenemos que realizar: utilizar las «batallas ganadas» no como un resultado adquirido y conclusivo, sino, por el contrario, como una herramienta para superar los obstáculos que quedan, todavía muy evidentes, al menos en algunos ordenamientos (Torre-Schaub y Soro Mateo, 2020).

Con ese objetivo, me parece útil ofrecer el ejemplo de una sentencia reciente emitida por el Tribunal civil de Roma, en la demanda conocida como Juicio Universal. En este caso, el Tribunal declaró inadmisibile la demanda de varias asociaciones, dirigidas a la condena del Estado italiano por inacción climática, afirmando que: 1) el Tribunal no tenía la competencia científica para demostrar la insuficiencia de las medidas adoptadas por el Estado, y 2) el contenido de estas medidas, así como la decisión sobre si adoptar o no adoptar medidas contra el cambio climático, es propio de la discrecionalidad política, arena donde el juez no puede entrar, dado el principio de separación de poderes (Vilaseca Boixareu y Serra Calvó, 2018). A todo esto, hay que añadir que el ordenamiento constitucional italiano, como otros, no conoce el modelo del recurso de amparo, lo que impide una intervención directa de los demandantes frente a la Corte Constitucional (De Armenteras Cabot, 2021).

Ahora bien, el artículo en debate ofrece respuestas a estos obstáculos. Nos recuerda, sobre la cuestión científica, que a nivel internacional hay fuentes institucionalizadas que ofrecen conocimiento al respeto –en particular el *Intergovernmental Panel on Climate Change* (I.P.C.C.)³– y, en materia de discrecionalidad política, que los Estados se vinculan a nivel internacional al logro de objetivos climáticos, sobre la base de Tratados que además recogen, muchas veces, los datos elaborados por el mismo I.P.C.C. Aun así, yo creo que la complejidad y la urgencia del estudio de la litigación climática requiere del análisis de estos obstáculos, siempre en la dirección de ofrecer claves de lectura del fenómeno o encontrar soluciones a estas críticas. Por ejemplo, reafirmando la importancia de la jurisdicción internacional, pero teniendo en cuenta lo afirmado en el apartado anterior. También, evidenciando que quedan cuestiones técnicas pendientes a la hora de imaginar demandas contra los Estados por inacción climática (en este sentido, son de gran importancia las respuestas dadas por el TEDH en la sentencia *Verein Klimaseniorinnen Schweiz et Autres c. Suisse*). En definitiva, hablar de litigación climática implica andar por caminos tortuosos, pero la responsabilidad académica de

³ Más información sobre este organismo aquí: <https://www.ipcc.ch>.

quien quiera consolidar su arquitectura es, ante de todo, demostrar su viabilidad, sin dar nada por hecho (Herrler, 2022).

4. ¿Quién salvará el planeta? Sobre el papel de la libertad de asociación frente a los desafíos globales

Continuando en el tema de la configuración del litigio climático, hay un aspecto que me parece todavía poco desarrollado en la doctrina jurídica y es la «naturaleza» de los demandantes. Aquí también (y, quiero aclarar, no es una crítica al autor del artículo, sino una sugerencia a los que se enfrentan a la cuestión climática, empezando por quien escribe este comentario) se registra cierta actitud de indiferencia respecto a un elemento central, que la mayoría de las veces se da por hecho. Me refiero al carácter asociativo de las demandas climáticas, es decir, al hecho de que los demandantes, la mayoría de las veces, corresponden a asociaciones ambientalistas u ONGs que se dedican a la protección del medio ambiente.

Este aspecto adquiere relevancia desde varias dimensiones. En primer lugar, muestra como experiencias que han tomado forma desde el tejido social contemporáneo están impactando de forma significativa en el avance de la protección de los derechos a nivel internacional, como, por ejemplo, el movimiento *Fridays for Future*, liderado por Greta Thunberg. Cuando este nombre empezó a circular, la primera impresión era que se trataba de un fenómeno exclusivamente mediático. Lo que los medios no han contado, sin embargo, es que buena parte del litigio climático alrededor del mundo se ha movido justo por *Fridays for Future*, así como otras realidades menos conocidas, pero igualmente impactantes.

Esto nos lleva a razonar sobre la importancia de la libertad de asociación (otro pilar del constitucionalismo contemporáneo poco trabajado en los últimos años), sobre todo, en el marco del litigio estratégico, en general, y climático, en específico. Muchos de los intereses que la litigación climática quiere proteger no podrían tener representación o defensa sin la presencia de actores de este tipo. Piénsese en la tutela de las jóvenes generaciones o de las generaciones futuras (tema que merecería mucho más espacio y que aquí me limito a mencionar⁴) (Häberle, 2009; Bifulco, 2008; Jonas, 1979): el elemento asociativo permite de superar enormes dificultades teóricas y llevar al proceso judicial «voces» que de otra manera no tendrían ningún eco (Thompson, 2010; Porena, 2023).

En esta línea, podríamos decir también que la misma libertad de asociación, quizás, hoy merecería nuevas reflexiones sobre la base del desarrollo tecnológico. Desde la perspectiva jurídica, nos hemos acostumbrado a ver (o analizar) casi exclusivamente los elementos críticos de las redes sociales (que, por supuesto, existen), pero dejando de lado el hecho de que las plataformas de internet han favorecido la evolución de realidades asociativas que de otra manera no habrían encontrado espacio. Sigo pensando en el éxito (también mediático, en sentido positivo) de Greta Thunberg, el cual continúo adoptando como principal referencia de este razonamiento. Pues las redes sociales han jugado un papel central en esta dirección, y lo digo reafirmando la idea de que, a partir de ellas, hemos asistido a verdaderos cambios sociales, jurídicos y legislativos: condena de Estados por inacción climática y reformulación de políticas para hacer frente al calentamiento global (Sánchez Barrilao, 2022).

⁴ Al respecto se puede consultar mi trabajo: (Palombino, 2022).

5. ¿Qué lecciones desde el Sur Global?

Es de gran interés la perspectiva que el autor adopta dedicando atención a la protección de los derechos en el Sur Global. Sin dejar de evidenciar que las consecuencias (directas e indirectas) del cambio climático son siempre más evidentes en aquellas partes del mundo que hasta hace poco parecían indemnes (pienso en la sequía en España o en los eventos meteorológicos extremos en Italia), no cabe duda de que el Sur Global y sus pueblos siguen siendo las principales víctimas del calentamiento global.

Esto también merece atención desde la perspectiva jurisprudencial, pues en muchos asuntos que reconducimos a la categoría del litigio climático aparecen como demandantes ciudadanos de países del Sur Global, incluso cuando la demanda está dirigida a tribunales constitucionales de otra parte del globo. Es lo que ha pasado, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Federal Constitucional alemán del 2021 en el caso Neubauer, donde entre los demandantes aparecen también ciudadanos de Bangladesh y Nepal (Portocarrero Quispe, 2022). En este caso, aunque afirmando que no tiene competencia para obligar al Estado alemán al cumplimiento de acciones positivas sobre los Estados supuestamente afectados, el Tribunal hizo expresa referencia a la responsabilidad extraterritorial de Alemania. Esto, dando por hecho que, frente a un desafío global, todos los actores internacionales tienen su responsabilidad frente a la protección de los derechos a nivel global (Moss, 2015).

Ahora bien, respecto a lo que leemos en el artículo, quizás dedicaría más atención al enfoque que tradicionalmente ha caracterizado el razonamiento jurídico en el Sur Global en materia de protección del medio ambiente. Pienso, en particular, al constitucionalismo latinoamericano (y al nuevo constitucionalismo latinoamericano) y a la distinción que, en este contexto, puede registrarse con el constitucionalismo europeo. Me refiero, sobre todo, a la aparente incompatibilidad entre el enfoque antropocéntrico (típico de las constituciones europeas) y el enfoque ecocéntrico (más presente en las constituciones de América Latina, en su jurisprudencia constitucional y producción legislativa). Este tipo de análisis son relevantes, pues, en mi opinión, no solo la distancia entre estos dos enfoques se está reduciendo, sino que la perspectiva latinoamericana puede ofrecer herramientas importantes para la jurisprudencia europea. Dicho de otra manera, el Sur Global puede ofrecer auténticas lecciones para el litigio climático europeo, como afirmo en el título de este trabajo.

Esta consideración se basa, por un lado, en la observación del origen normativo de la preocupación hacia el medio ambiente del constitucionalismo latinoamericano y el europeo (Iannaccone, 2023). En el primero, el enfoque ecocéntrico es la consecuencia de una afirmación de la relevancia constitucional del medio ambiente, impulsada desde abajo, en particular, por medio de las reivindicaciones de los pueblos indígenas. En el segundo, por el contrario, la referencia al medio ambiente ha sido impulsada desde «arriba», por medio del derecho internacional y respetando un verdadero proceso osmótico: desde los Tratados internacionales, a partir de los años setenta, el reto ambiental ha entrado poco a poco en las constituciones nacionales, también en aquellas inmediatamente sucesivas a la segunda posguerra que, originariamente, no mencionaban al medio ambiente (Canosa Usera, 2000)⁵.

⁵ Solo para ofrecer una comparación y dos casos de estudios, piénsese en la Constitución italiana y en la Constitución española. La primera, de 1948, no tenía ninguna referencia expresa al medio ambiente, término que ha aparecido solo por medio de reformas (antes en 2001 y luego, la más relevante en este

Sobre la base de esta sintética reconstrucción, me pregunto si la litigación climática está permitiendo también a los ordenamientos que se caracterizan por enfoques antropocéntricos experimentar una perspectiva distinta, más cercana a la ecocéntrica. De hecho, retomando algunas consideraciones propuestas en el apartado anterior, se ha visto que las demandas en materia climática no solo llegan «desde abajo», sino también por parte de entidades colectivas que, de otra manera, no podrían hacer valer los intereses y los derechos de que reivindican la protección de la nuevas y futuras generaciones (Brown Weiss, 1990). Esta dinámica hace menos lejana la perspectiva ecocéntrica, porque también tiene en cuenta minorías (o incluso de sujetos inexistentes, los del futuro) que no tienen voz; la misma fórmula que se ha afirmado por parte de los pueblos indígenas, que, pidiendo el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, han llegado a afirmar sus propios derechos.

Es evidente que hablamos de experiencias distintas, pero los hechos demuestran que empieza a haber cierta contaminación. Cabe mencionar, como muestra de ello, el reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor, la primera experiencia de este tipo en el antiguo continente (Martínez Dalmau y Pedro Bueno, 2023). Es precisamente razonando en este sentido por lo que creo que los juristas europeos, y en particular quienes trabajan temas ambientales y de lucha contra el cambio climático, tienen que prestar más atención a la experiencia latinoamericana.

6. Conclusiones

Como afirmaba en la introducción, la tarea que me ha sido asignada, por la que agradezco otra vez a la Revista Eunomía, es una tarea compleja en la medida en que me ha obligado a leer un muy buen trabajo con el sentido crítico necesario para fomentar el debate que requiere la sección a la que están destinadas estas palabras (*Debatiendo*). Esta ha sido una gran ocasión para reflexionar sobre algunos elementos que, sin lugar a dudas, habrá que volver a analizar a la luz de una evolución constante del litigio climático (Hernández González, 2020).

Para concluir, quiero indicar (y resumir) los tres puntos que, en mi opinión, podrían incorporarse e integrar en el trabajo que se ha comentado:

- a) no dejar al lado la esfera constitucional y no permitir que esta retroceda frente a los desafíos globales, bajo la convicción de que solo el Derecho Internacional y los órganos correspondientes pueden ofrecer soluciones eficaces. No hay una herramienta definida, una única estrategia, por el contrario, la litigación climática es una categoría aún en desarrollo y, hasta la fecha, las respuestas más relevantes han surgido, precisamente, de tribunales constitucionales, que han desarrollado la función de trasladar al plano interno obligaciones asumidas por los Estados a nivel internacional (Pereira Da Silva, 2022);
- b) en la selección de los precedentes jurisprudenciales se debe tener en cuenta también aquellos casos que no favorecen el razonamiento que quiere afirmarse. Basar la argumentación en los que consideramos son los éxitos de la litigación climática tiene la ventaja de ofrecer una divulgación ordenada (que también es útil) solo de una cara del problema, abriéndose, sin embargo, al riesgo de críticas por parte de quien se mueve en una dirección opuesta (Salinas Alcega, 2020). Por

sentido, en 2022). La Constitución española, de 1978, nace en un renovado contexto internacional donde ya se afirma una preocupación a la protección del medio ambiente.

el contrario, es necesario utilizar aquellos éxitos como herramientas para encontrar soluciones a las cuestiones pendientes (Jafry, 2020);

- c) el Sur Global ofrece elementos de extraordinario interés en materia de protección del medio ambiente y lucha contra el cambio climático, y esto en varias perspectivas. Sería entonces de extremo interés entrar de manera más profunda en la visión que caracteriza determinados ordenamientos, sobre todo teniendo en cuenta el enfoque ecocéntrico afirmado por el nuevo constitucionalismo latinoamericano. De igual forma, se deben estudiar los posibles problemas de la incorporación de estrategias propias del modelo ecocéntrico del Sur Global en el contexto europeo.

Bibliografía

- Aguado Renedo, C. (2002). La difícil concepción del medioambiente como derecho constitucional en el ordenamiento español. *Revista de Derecho político*, 54, pp. 129-152. Doi: <https://doi.org/10.5944/rdp.54.2002.8852>.
- Amirante, D. (2022). *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*. Il Mulino. Doi: <https://doi.org/10.1007/s10357-020-3692-3>.
- Balaguer Callejón, F. (2022a). *La constitución del algoritmo*. Fundación Manuel Giménez Abad.
- Balaguer Callejón, F. (2023b). Tutela dell'ambiente e crisi globali. En *Atti del Convegno Internazionale di Studi Università degli Studi di Salerno (Comune di Cava de' Tirreni, 1-3 Dicembre 2022): Ambiente, sostenibilità e crisi globali* (pp. 1347-1359). Editoriale Scientifica.
- Bifulco, R. (2008). *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*. Franco Angeli.
- Bogojevic, S. (2023). Legal dilemmas of Climate Action. *Journal of Environmental Law*, 35, pp. 1-9. Doi: <https://doi.org/10.1093/jel/eqad007>.
- Brown Weiss, E. (1990). Our rights and obligations to future generations for the environment. *American journal of international law*, 84, pp. 198-207. Doi: <https://doi.org/10.2307/2203020>.
- Canosa Usera, R. (2000). *Constitución y medio ambiente*. Dykinson.
- De Armenteras Cabot, M. (2021). El litigio climático ante la responsabilidad intergeneracional. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 44, pp. 1-22. Doi: <https://doi.org/10.7203/CEFD.44.19409>.
- Fernández Egea, R. (2015). El deber de protección frente a los efectos del cambio climático. *Aquiescencia* [blog], 21-7-2015. Disponible en: <https://bit.ly/3SH1Nsm>.
- Ferrajoli, L. (2022). *Per una Costituzione della terra*. Feltrinelli.
- Frosini, T.E. (2021). La Costituzione in senso ambientale. Una crítica. *federalismi.it*, 16, 202. Disponible en: <https://encr.pw/Te2ia>.
- Gallarati, F. (2022). Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne. *DPCE online*, 2, 1085-1110. Disponible en: <https://encr.pw/RSV5Y>.
- Gómez Sánchez, Y. (2023). *Constitucionalismo multinivel*. Sanz y Torres.
- Häberle, P. (1978). *Verfassung als öffentlicher Prozess*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Häberle, P. (2009). Un derecho constitucional para las futuras generaciones. La otra forma del contrato social: el contrato generacional. *Lecciones y Ensayos*, 87, pp. 17-37. Disponible en: <https://encr.pw/wuatz>.
- Hernández González, F. (2020). *El Derecho ante el reto del cambio climático*. Aranzadi.

- Herrler, C. (2022). Human rights and climate risks for future generations: How moral obligations and the non-discrimination principle can be applied. *Intergenerational Justice Review*, 2, pp. 41-50. Disponible en: <https://i1nq.com/TNqQt>.
- Iannaccone, R. (2023). Le decisioni della Convenzione Costituzionale cilena in materia ambientale: tra un futuro modello di costituzionalismo e una nuova forma di Stato. *DPCE online*, 2, pp. 877-890. Disponible en: <https://acesse.dev/VvLcY>.
- Jafry, T. (2020). *Routledge Handbook of Climate Justice*. Routledge.
- Jahn, J. (2022). Rafforzare la tutela dell'ambiente grazie alle corti costituzionali nazionali? Commento alla sentenza sul clima del BVerfG. *Corti supreme e salute*, 1, pp. 47-68. Disponible en: <https://acesse.dev/HZh75>.
- Jiménez Alemán, A. A. (2019). El constitucionalismo global: ¿neologismo necesario o mera cacofonía? *Revista Española de Derecho Constitucional*, 117, pp. 139-166. Doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.117.05>.
- Jonas, H. (1979). *Das Prinzip Verantwortung. Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation*. Insel-Verlag
- Martínez Dalmau, R., Pedro Bueno, A. (eds.) (2023). Debates y perspectivas sobre los derechos de la naturaleza. Una lectura desde el Mediterráneo. Pireo.
- Moss, J. (2015). *Climate Change and Justice*. Cambridge University Press.
- Palombino, F. M. (2023). *In difesa del diritto internazionale. Il problema dell'effettività alla prova della crisi ucraina*. Zanichelli.
- Palombino, G. (2024). La dimensión constitucional del cambio climático en la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 24 de marzo de 2021. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 131. Disponible en: <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2024-08/40547redc13110palombino.pdf>.
- Palombino, G. (2022). *Il principio di equità generazionale. La tutela costituzionale del futuro*. Mondadori-Le Monnier.
- Palombino, G., y Sánchez Barrilao, J. F. (2021). La protección del medio ambiente en Europa ante la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 24 de marzo de 2021. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 36. Disponible en: <https://acesse.dev/vOH7x>.
- Pereira Da Silva, V. (2022). Commentary to a multilevel Court Decision for a multilevel Public Law Professor. An Homage to Jacques Ziller. En D. Fromage (dir.). *Jacques Ziller, a European scholar* (pp. 242-253). European University Institute.
- Porena, D. (2023). Giustizia climatica e responsabilità intergenerazionale. *Rivista AIC*, 3, pp. 186-215. Disponible en: <https://acesse.dev/EAlPC>.
- Portocarrero Quispe, J.A. (2022). La proporcionalidad en la protección anticipada de las libertades fundamentales: análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del 24 de marzo de 2021 sobre la Ley federal de protección del clima. *Teoría y Realidad Constitucional*, 49, pp. 387-407. Disponible en: <https://acesse.dev/vaaua>.
- Ragone, S. (2020). Integración europea, múltiples crisis y necesidad de nuevos enfoques: reflexiones preliminares. *federalismi.it*, 13. Disponible en: <https://acesse.dev/P1yxf>.
- Ragone, S. y Trujillo, E. (2023). Global challenges, local solutions: an introduction to new perspectives to international and comparative law. *Houston Journal Of International Law*, 45(1), pp. 13-25. Disponible en: <https://encr.pw/MqTQB>.
- Salinas Alcega, S. (2020). *La lucha contra el cambio climático: una aproximación desde la perspectiva del Derecho*. Tirant lo Blanch.
- Sánchez Barrilao, J. F. (2020). La delimitación por el TEDH de líneas rojas en un derecho global sobre derechos humanos. *Anales de derecho, número especial dedicado a: El TEDH en su sesenta aniversarios*. Disponible en: <https://i1nq.com/33LvG>.

- Sánchez Barrilao, J. F. (2022). European Constitutional Law and Environmental Protection. En J. Cremades y C. Hermida (comp.). *Encyclopedia of Contemporary Constitutionalism* (pp. 1-17). Springer.
- Thompson, D.F. (2010). Representing future generations: political presentism and democratic trusteeship. *Critical review of international and political philosophy*, 13(1), pp. 17-37.
- Torre-Schaub, M. y Soro Mateo, B. (2020). *Litigios Climáticos y Justicia: Luces y Sombras*. Ediciones Laborum.
- Vilaseca Boixareu, I. y Serra Calvó, J. (2018). Litigación climática y separación de poderes. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 9, 2, pp. 1-42.
- Zamora Cabot, F. J., Sales Pallarés, L. y Marullo, M. C. (2021). *La lucha en clave judicial frente al cambio climático*. Aranzadi.

Discutiendo con Juan Auz. Desafíos del Litigio Climático con enfoque de Derechos Humanos*

Discussing with Juan Auz. Challenges of Climate Litigation with a Human Rights Approach

Digno Montalván-Zambrano
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID ID: 0000-0002-6050-1777
dmontalv@clio.uc3m.es

Cita recomendada:

Montalván-Zambrano, D. (2024). Discutiendo con Juan Auz. Desafíos del Litigio Climático con enfoque de Derechos Humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 375-387

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9017>

Recibido / received: 16/08/2024
Aceptado / accepted: 22/09/2024

Resumen

Este trabajo explora algunos de los desafíos de la propuesta a favor de la implementación de un enfoque de derechos humanos sobre el litigio climático, defendida por el profesor Juan Auz en el número anterior de esta revista. Sostengo que, si bien esta idea puede ayudar a que las víctimas participen en la toma de decisiones sobre el calentamiento global, la diferencia de objetivos y enfoques entre el derecho climático y los derechos humanos, hacen que la relación entre ambos cuerpos normativos no sea del todo pacífica. En específico, señalo que el enfoque individual, correctivo y territorial de los derechos humanos limita su capacidad para abordar problemas ambientales de escala global, como el cambio climático. En el otro extremo, advierto los riesgos de la determinación del daño sobre los derechos humanos a partir de una mirada exclusivamente global sobre los problemas ambientales. En línea con lo anterior, presento los elementos que complejizan la atribución de responsabilidades estatales por violaciones a los derechos humanos causadas por el cambio climático. Finalmente, apunto las tensiones existentes entre la dependencia del litigio climático a la ciencia occidental y otras

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto "Ecoprudencia. Revisión de los fundamentos antropocéntricos de la teoría jurídica contemporánea ante la transición ecológica" (TED2021-132334B-I00), dirigido por José María Sauca e Isabel Wences y financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación) y por la Unión Europea (NextGenerationEU) en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

formas de conocimientos, como las propias de los pueblos indígenas.

Palabras clave

Litigio climático, derechos humanos, litigio ambiental, ciencia climática, daño ambiental.

Abstract

This paper presents some of the challenges of the proposal in favor of implementing a human rights approach to climate litigation, advocated by Professor Juan Auz in the previous number of this review. I argue that, while this idea may help victims participate in climate change decision-making, the relationship between climate law and human rights is not entirely peaceful. Specifically, I point out that the individual, remedial and territorial focus of human rights limits their ability to address global-scale environmental problems such as climate change. On the other side, I point out the risks of the determination of harm to human rights based on an exclusively global view of environmental problems. In line with the above, I present the elements that make complex the attribution of state responsibilities for human rights violations caused by climate change. Finally, I point out the tensions that exist between dependence of climate litigation on Western science and other forms of knowledge, such as those of indigenous peoples.

Keywords

Climate litigation, human rights, environmental litigation, climate science, environmental damage.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Debates sobre la definición y campo de acción del litigio climático. 3. Los problemas relativos al concepto de derechos humanos y sus límites para el abordaje de problemas globales. 4. la tensión entre el cientificismo que suele regir las decisiones climáticas y otros enfoques de protección ambiental. 5. Conclusiones.

1. Introducción

La creciente crisis climática ha producido un cambio significativo en la forma en la que el derecho se involucra en la protección de la naturaleza. Un cambio impulsado por el fracaso del modelo antropocéntrico de gestión del ambiente, la creciente preocupación por los derechos de las generaciones futuras y la injusta distribución de las cargas y culpas del colapso ecológico (Montalván-Zambrano, 2024). Estos factores han puesto en duda nociones sobre el derecho que hasta hace poco se consideraban el único marco posible para los debates en la materia. Así, entre otros, se ha cuestionado la idea de que los derechos deben ser producidos de forma exclusiva por y para seres humanos; la diada derechos-deberes como un requisito indispensable para todo sujeto de derechos; la convicción de que los análisis costo-beneficio son la mejor respuesta para la determinación del daño ambiental permitido, y el anclaje del litigio ambiental a las responsabilidades de los Estados por daños producidos dentro de su jurisdicción territorial. Estos cuestionamientos, han derivado en propuestas que buscan ampliar el enfoque desde el cual el derecho regula nuestra relación con la naturaleza, incorporando nuevos sujetos de protección (tanto humanos como no-humanos), otras dimensiones a la idea de daño y, de especial importancia para este trabajo, el espacio y alcance de las obligaciones estatales de protección del ambiente.

El artículo de Juan Auz que la revista «Eunomía» me ha encomendado comentar, titulado «Litigio climático y derechos humanos en el Sur Global» (2024), se

ubica, precisamente, en ese cada vez más prolífero campo de innovación jurídica. En específico, Auz defiende la importancia de incorporar un enfoque de derechos humanos en el litigio climático, una propuesta que, contrario a lo que se podría creer, está lejos de estar exenta de polémica. Si bien parece incuestionable que las alteraciones ecológicas provocadas por el calentamiento global antropogénico tienen importantes repercusiones sobre varios de los bienes jurídicos tutelados por los derechos humanos¹, la decisión sobre la mejor estrategia jurídica para hacer frente a dicho problema, por el contrario, suele ser la principal fuente de desacuerdo en los estudios especializados.

Teniendo en cuenta lo anterior, en este trabajo presentaré algunos de los desafíos que ha develado la interacción entre la legislación climática y los derechos humanos. Esto, con el objetivo de aportar al debate que, de forma impecable, abrió el profesor Auz en el número anterior de esta revista. Es importante aclarar que las reflexiones que desarrollaré a continuación no buscan, en lo absoluto, oponerse a un enfoque de derechos humanos para el litigio climático. Por el contrario, como he defendido en otros trabajos², creo firmemente en la importancia de dar rostro humano a los problemas ambientales, bajo la convicción de que únicamente el abordaje contextual y centrado en las víctimas, propio del litigio en derechos humanos, puede reducir los riesgos e injusticias de una aproximación a la lucha contra el calentamiento global de corte universalista y no diferencial. Como bien expone Auz, «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 y siendo, además, desproporcionadamente afectados por ella» (Auz Vaca, 2024, p. 425).

En un contexto de desigual contribución y exposición al cambio climático, un enfoque de derechos humanos puede ser especialmente útil para el litigio climático, razón por la cual suscribo completamente la importancia de la tesis defendida por Auz. Sin embargo, dar relevancia a la propuesta exige, también, fomentar el debate sobre sus cuestionamientos y puntos críticos. Solo de esta forma, considero, podremos encontrar mejores y más sólidos argumentos en su defensa. Con dicho objetivo, y tomando como eje el trabajo del profesor Auz, a continuación apuntaré algunos problemas de la vinculación entre el litigio climático y los derechos humanos, agrupándolos en tres grupos: 1) los problemas sobre la definición y campo de acción del litigio climático; 2) los problemas relativos al concepto de derechos humanos y los límites intrínsecos al mismo para el abordaje de problemas globales, y 3) la tensión entre el cientificismo que suele regir las decisiones climáticas y otros enfoques de protección ambiental.

2. Debates sobre la definición y campo de acción del litigio climático

El litigio se ha convertido en un catalizador para la acción ecológica. En un contexto en el que los Gobiernos y las instituciones a menudo fracasan en implementar medidas efectivas para abordar la crisis ambiental, el poder del litigio radica en su capacidad para ejercer presión, exigir responsabilidades y garantizar que las leyes ambientales se cumplan. A través del litigio, los individuos, las organizaciones no gubernamentales y otros actores pueden impulsar el cambio y defender los derechos de las comunidades y del ambiente. Dentro de esta corriente, ha surgido lo que se conoce como litigación estratégica, esto es, el uso del sistema judicial para la resolución de problemas estructurales o sistémicos, «previa selección del tipo de

¹ Por mencionar algunos, los derechos a la vida, la salud, la integridad física, el trabajo, la paz, la vivienda digna, etc.

² Al respecto se puede consultar: (Montalván, 2020, 2021, 2023, 2024, y Montalván y Wences, 2023).

proceso más útil al objetivo de cambio pretendido» (Gómez, 2024, p. 170). El litigio estratégico es una herramienta de incidencia política, cuyo éxito, como lo menciona la profesora Gómez, «no se mide exclusivamente en virtud de la obtención de una sentencia favorable, sino en relación con el impacto social y político que el diseño, desarrollo y resultado del litigio haya podido provocar» (2024, p. 171)³. Dentro de este movimiento, que busca la judicialización de los problemas estructurales no resueltos por la política, ha emergido lo que se conoce como litigación climática.

El litigio climático ha adquirido gran relevancia en los últimos años. La literatura académica sobre el tema es cada vez más extensa, al igual que el número de demandas presentadas bajo la etiqueta de «caso climático». Este impacto, por sí solo, podría ser considerado una muestra del éxito que ha tenido este tipo de litigio estratégico. Sin embargo, conviene aclarar que la judicialización de procesos de contaminación o afectación del ambiente no es un fenómeno nuevo. Litigios que han buscado frenar y reparar la destrucción de ecosistemas, así como conservar su belleza y biodiversidad, se han presentado a nivel nacional e internacional desde la década de 1980. Resulta, entonces, importante diferenciar adecuadamente al reciente «litigio climático» de otras formas de judicialización de problemas ambientales, cuyo estudio se viene realizando desde hace décadas, agrupadas bajo la categoría de «litigio ambiental».

Por un lado, el litigio ambiental hace referencia a cualquier tipo de disputa legal relacionada con el entorno natural, incluyendo temas como la contaminación del agua, la deforestación, la biodiversidad, la regulación de residuos tóxicos, entre otros. El litigio ambiental, como categoría, agrupa aquellos procesos judiciales que buscan la protección de los recursos naturales y el cumplimiento de normativas ambientales establecidas a nivel nacional o internacional, a través del derecho administrativo ambiental, el derecho constitucional, el derecho penal o el derecho internacional de los derechos humanos. Por su parte, el litigio climático es un tipo de litigio estratégico cuyo interés se encuentra, específicamente, en los temas relacionados con el cambio climático. Estos litigios suelen involucrar acciones contra gobiernos o corporaciones para exigir la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y la implementación de compromisos climáticos internacionales (como el Acuerdo de París). Mientras el litigio ambiental puede identificar procesos de contaminación de distinta escala (local, regional, nacional o transnacional), el litigio climático tiene, o debería tener, una dimensión exclusivamente global (Alogna et al., 2021, pp. 3 y 4). En palabras de la profesora Gómez:

el litigio ambiental pone el acento en efectos puntuales e individualizables, mientras que el litigio climático tiene objetivos de mayor alcance, que se proyectan sobre elementos genéricos de la transición ecológica, con la pretensión de incidir en el diseño y ejecución de las políticas globales sobre cambio climático (Gómez, 2024, p. 173).

Diferenciar adecuadamente la esfera de acción de cada tipo de litigio es una tarea que no puede pasarse por alto. Dada la notoria relevancia actual de las cuestiones relacionadas con el cambio climático, existe el riesgo de identificar como litigios climáticos a acciones judiciales que se enmarcan, realmente, dentro del ya ampliamente estudiado fenómeno del litigio ambiental y, en particular, el litigio ambiental vinculado a los derechos humanos. En dicha dirección, el *Sabin Center for Climate Change Law*, una de las instituciones académicas más relevantes en la materia, ha ofrecido una definición específica para el litigio climático. De acuerdo con

³ El litigio estratégico, de hecho, ha contribuido a la emergencia de nuevas subjetividades legales y ciudadanas. Así, por ejemplo, el reconocimiento judicial del valor intrínseco de los no-humanos aporta en la transformación de la relación entre el ser humano y el entorno natural del cual depende.

dicho organismo, el litigio climático, en un sentido amplio, se refiere a procesos judiciales que plantean «cuestiones materiales de hecho o de derecho en relación con la mitigación del cambio climático, la adaptación o la ciencia del cambio climático»⁴. En un sentido acotado, el litigio climático hace referencia a las acciones judiciales dirigidas a exigir el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por los Estados para revertir el calentamiento global (Alogna et al., 2021, p. 17). Bajo esta definición, como lo exponen Medici-Colombo y Berros, sentencias que hacen referencia al cambio climático sin pronunciarse sobre las obligaciones específicas derivadas de la legislación internacional en la materia, quedarían excluidas de la categoría «litigio climático». Esto es, casos «que podrían estar motivados por preocupaciones climáticas o que podrían tener un impacto en el escenario normativo climático, pero que no abordan expresamente consideraciones jurídicas o fácticas sobre el clima, están excluidos» (Medici-Colombo y Berros, 2023).

A pesar de estas definiciones, que buscan otorgar al litigio climático un campo de acción autónomo y claramente diferenciado del litigio ambiental, con mucha frecuencia se suele encontrar en la literatura especializada casos de estudio que no se encuadran del todo dentro de lo que se ha conceptualizado como casos climáticos. Así, por ejemplo, el propio *Sabin Center* incluye, dentro del catálogo de casos climáticos recogidos en su base de datos, a resoluciones como la Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) 23/17, de 15 de noviembre del 2017, sobre medio ambiente y derechos humanos⁵ y a la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-622, de 10 de noviembre de 2016⁶, famosa por ser la primera en reconocer a un ente no-humano, el río Atrato, como sujeto de derechos. Aunque estas dos resoluciones son, en efecto, un hito en el litigio a favor de la naturaleza, su foco de atención no está en los problemas derivados del defectuoso incumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos para mitigar el cambio climático.

Por un lado, la Opinión Consultiva 23/17 de la Corte IDH da respuesta a la consulta formulada por la República de Colombia sobre las obligaciones de los Estados en relación con el ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal. Su contenido se enmarca dentro de la protección del derecho humano a un ambiente sano. Un derecho de enfoque antropocéntrico, es decir, limitado a los daños que el ser humano experimenta producto de actos concretos de contaminación o afectación ambiental. La Opinión Consultiva, no se pronuncia sobre los compromisos estatales de reducción de emisiones de dióxido de carbono. Su marco de referencia no es global, por el contrario, el contexto y contenido de esta Opinión se limita al plano local, nacional y transnacional (Montalván-Zambrano, 2020).

Por otro lado, la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia, T-622, de 10 de noviembre de 2016, fue fruto de una acción presentada por comunidades étnicas que han habitado ancestralmente a orillas del río Atrato, con el objetivo de que se detenga el uso intensivo y a gran escala de diversos métodos de extracción minera y de explotación forestal que han contaminado dicho río, sus cuencas, ciénagas, humedales y afluentes por décadas. En ejercicio de esta acción, las comunidades solicitaron se tutelaran sus derechos a la vida, a la salud, al agua, a la seguridad

⁴ Se puede consultar la base de datos en el siguiente enlace: <https://climatecasechart.com/about/> (fecha de acceso 25/09/2024).

⁵ Al respecto, se puede consultar el siguiente enlace: <https://climatecasechart.com/non-us-case/request-advisory-opinion-inter-american-court-human-rights-concerning-interpretation-article-11-41-51-american-convention-human-rights/> (fecha de consulta 24 de septiembre del 2024).

⁶ Al respecto, se puede consultar el siguiente enlace: <https://climatecasechart.com/non-us-case/atrato-river-decision-t-622-16-of-november-10-2016/> (fecha de consulta 24 de septiembre del 2024).

alimentaria, al medio ambiente sano, a la cultura y, en especial, al territorio⁷. Si bien en el texto de la sentencia se pueden encontrar seis referencias al término «cambio climático», estas no son más que menciones aisladas que no cumplen con los elementos que identifican –o deberían identificar– a un caso climático. La sentencia del río Atrato es, realmente, un caso por el reconocimiento de derechos territoriales de comunidades indígenas y étnicas frente a procesos de contaminación ambiental, cuyo enfoque y alcance es local⁸.

Aunque es claro que un contexto de interconexión planetaria los procesos de destrucción de ecosistemas locales contribuyen, en alguna medida, al cambio climático global, creo que es un error ampliar la categoría «litigio climático» para incluir en ella casos no vinculados con los compromisos internacionales de lucha contra el cambio climático. Al menos en términos académicos, la especialización de cada tipo de litigio ofrece herramientas precisas para examinar su eficacia y posibles desafíos. El marco cada vez más presente del derecho climático, no puede oscurecer los debates propios de otros tipos de legislaciones ambientales. Desviar toda la atención al debate sobre el derecho climático, puede hacernos olvidar el importante papel que desempeñan dentro del engranaje de protección del ambiente otros cuerpos normativos, tales como el derecho administrativo ambiental, el derecho penal ambiental o los derechos humanos. El enfoque global del litigio climático tiene su propio campo de acción, razón por la cual el cumplimiento de otros tipos de leyes ambientales debe seguir siendo un tema de estudio autónomo.

Respecto del trabajo del profesor Auz, las reflexiones que comparto buscan llamar la atención sobre los problemas que puede producir el tratar todo asunto relativo al derecho humano a un ambiente sano como un asunto climático. Quizás no todo caso de contaminación ambiental deba ser examinado con perspectiva climática y, por ende, global. Analizar el daño desde escalas menores, especialmente cuando se refiere a litigios en derechos humanos, puede favorecer la consecución de una sentencia favorable y con medidas de reparación más efectivas. No digo que el profesor Auz cometa el error de equiparar estos tipos de litigio, pero considero que más precisiones se deben realizar sobre qué se considera por litigio climático desde los derechos humanos. Esto, con el objetivo especificar y tecnificar más su campo de acción.

3. Los problemas relativos al concepto de derechos humanos y sus límites para el abordaje de problemas globales

En este apartado me gustaría profundizar en algunos de los puntos críticos del debate conceptual sobre el vínculo entre los derechos humanos y el litigio climático. Desafíos que Auz advierte, aunque no desarrolla, su artículo. En específico, me refiero a los «límites ontológicos» del carácter individual, territorial y correctivo de la legislación sobre derechos humanos «cuando se aplica para abordar un problema polifacético, multicausal y multinivel como el cambio climático» (Auz Vaca, 2024, p. 442).

En primer lugar, ciertamente un enfoque de derechos humanos en la litigación climática puede ser una estrategia interesante para superar las barreras del marco estatocéntrico desde el que se han tomado las decisiones internacionales en materia de lucha contra el calentamiento global. El estatocentrismo excluye la participación significativa de actores no estatales en la toma de decisiones y la formulación de reglas, lo que contribuye a una gobernanza ambiental global antidemocrática (Kotzé

⁷ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-622/16 de 2016, sec. 2.1-2.10. Disponible aquí: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-622-16.htm>

⁸ Sobre el caso del río Atrato se puede consultar: (González-Serrano, 2024a, 2024b)

y Kim, 2019, pp. 4-5). Frente a esta realidad, el litigio en derechos humanos, enfocado principalmente en las víctimas, puede ser una plataforma para que actores no estatales puedan influir en la toma de decisiones sobre el cambio climático.

Dicho lo anterior, se debe reconocer también que medidas verdaderamente eficaces para la reducción de las emisiones de dióxido de carbono, en tanto problema global, solo pueden venir de un compromiso entre Estados. Los derechos humanos están estructurados en torno a la relación entre el individuo dentro de la jurisdicción de un Estado. Este marco, naturalmente, dificulta la implementación de soluciones adecuadas desde los derechos humanos a un problema que trasciende fronteras (Cullet, 2016, p. 496). Convendría entonces preguntarnos si el litigio climático desde un enfoque de derechos humanos puede servir, también, como instrumento para desviar la atención sobre los compromisos interestatales, verdaderamente globales y fuertes, que se podrían articular desde el derecho climático internacional.

En línea con lo anterior, otras de las dificultades que enfrenta la propuesta de Auz, es la relativa a la limitación territorial del derecho internacional de los derechos humanos. Como ya expuse, en su forma tradicional, los derechos humanos imponen obligaciones a los Estados respecto de los individuos dentro de su territorio o bajo su jurisdicción directa. Lo anterior, complejiza la adjudicación de responsabilidades a escala global, lo cual es, precisamente, la meta del litigio climático (Cullet, 2016, p. 509).

Sobre las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos frente a daños ambientales transfronterizos se pronunció ampliamente la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la ya referida Opinión Consultiva 23/17, de 15 de noviembre del 2017. Allí, la Corte IDH, interpretando el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, determinó que en caso de daños ambientales que crucen fronteras la responsabilidad recae en el Estado donde se llevan a cabo las actividades contaminantes, ya que es este quien tiene el control efectivo de dichas actividades y, por lo tanto, la capacidad de prevenir el daño.

El artículo 1.1. de la Convención Americana establece que los Estados «se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción». Por jurisdicción, la Corte IDH entiende a la capacidad que el Estado tiene para evitar que se produzca, o siga produciendo, la actividad contaminante que está afectando derechos humanos en otro Estado. En palabras de la Corte, «el que una persona se encuentre sometida a la jurisdicción del Estado no equivale a que se encuentre en su territorio»⁹ y, por ello, «las obligaciones de los Estados Partes no están restringidas al espacio geográfico correspondiente a su territorio, sino que abarca aquellas situaciones donde, aún fuera del territorio de un Estado, una persona se encuentre bajo su jurisdicción»¹⁰. En suma, en el Sistema Interamericano, frente a daños ambientales transfronterizos que puedan afectar derechos humanos, la responsabilidad corresponde al Estado en cuyo territorio o bajo cuya jurisdicción se realizan las actividades contaminantes, pues, al ser este el que tiene el control efectivo sobre las mismas, es quien está en posición de impedir que se cause el daño y, por tanto, que se afecte el disfrute de los derechos humanos de individuos ubicados fuera de su territorio.

⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-23/17, medio ambiente y derechos humanos de 15 de noviembre de 2017*, párr. 74.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-23/17, medio ambiente y derechos humanos de 15 de noviembre de 2017*, párr. 77.

Esta respuesta de la Corte IDH puede ser considerada una solución al enunciado problema del límite territorial del litigio en derechos humanos. Sin embargo, conviene aclarar que las obligaciones extraterritoriales determinadas por la Corte son exigibles para los países que son parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Esto es, aquellos países que han suscrito la Convención Americana de Derechos Humanos y ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH. Por ello, si hay un marco de aplicación del litigio climático a partir de estos estándares sobre responsabilidad extraterritorial, este se limitará a las obligaciones adquiridas entre los veintitrés Estados que han suscrito la Convención¹¹ y, más específicamente, sobre los 20 que han aceptado la competencia contenciosa de la Corte IDH¹², entre los que no se encuentran dos de los grandes emisores de dióxido de carbono del continente, Estados Unidos y Canadá. Dado que el litigio climático busca impulsar el cumplimiento de los compromisos globales adquiridos por todos los Estados en el contexto del Convenio Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, la Corte Interamericana tendría claramente limitada su competencia para pronunciarse al respecto.

La expuesta dificultad aumenta si tenemos en cuenta que, como también expone Auz en su artículo, el cambio climático no afecta a todos por igual. Los países del Norte Global han sido los que más han contaminado, sin embargo, son los que más tarde serán afectados por el cambio climático y los que mayor capacidad económica actual poseen para adaptarse a él. Por su parte, los países del Sur Global, entre los que se encuentran aquellos sobre los que tiene jurisdicción la Corte IDH, siendo los que menos han contribuido al cambio climático, están en mayor riesgo de sufrir sus efectos próximos, dado el escenario de alta vulnerabilidad provocado por las enormes desigualdades económicas y sociales que enfrenta su población. La pregunta que abre este escenario de injusta distribución global de las cargas y efectos del cambio climático es: ¿debería la Corte IDH exigir a los Estados miembros del Sistema Interamericano el cumplimiento estricto de los acuerdos globales de lucha contra el cambio climático? Esta pregunta, probablemente, será resuelta en la Opinión Consultiva que emitirá próximamente este Tribunal sobre «Emergencia Climática y Derechos», sin embargo, considero, sea cual sea el contenido de la Opinión, la discusión sobre este punto seguirá abierta¹³.

En una cuestión de fondo, otra de las preguntas que la Corte IDH deberá responder en la referida solicitud de Opinión Consultiva es si los impactos del cambio climático constituyen violaciones reales de los derechos humanos o simplemente afectan la forma en que esos derechos se llevan a cabo (Cullet, 2016, p. 502). La distinción es importante porque, si se consideran violaciones, se pueden activar mecanismos legales y de responsabilidad más robustos. En cambio, si solo se ven como un obstáculo para el ejercicio de los derechos, la respuesta podría ser más limitada y depender de otros factores como los recursos disponibles. A lo anterior, se debe añadir el hecho de que el derecho de los derechos humanos no exige a los Estados impedir toda degradación ambiental, sino, tan solo, aquella que afecte a los derechos humanos. Esto hace que el umbral de daño ambiental que hace exigible las obligaciones en derechos humanos sea alto, es decir, que actúe únicamente cuando la situación sea especialmente grave para seres humanos, mientras las obligaciones derivadas del derecho climático no exigen tal situación límite (Cullet, 2016, p. 502).

¹¹ Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam y Uruguay.

¹² Los enunciados en la nota al pie anterior, menos Dominica, Granada y Jamaica.

¹³ La solicitud de esta Opinión Consultiva, así como otros documentos presentados sobre la misma ante la Corte IDH se puede consultar en el siguiente enlace: https://www.corteidh.or.cr/observaciones_oc_new.cfm?nld_oc=2634.

Por último, otro de los desafíos es el provocado por la fragmentación del derecho internacional ambiental. El régimen climático internacional y el derecho de los derechos humanos han evolucionado como marcos legales separados, lo que ha generado una falta de coherencia entre ambos. Esta fragmentación dificulta la acción concertada y efectiva para abordar el cambio climático desde una perspectiva de derechos humanos. De hecho, las políticas de mitigación del cambio climático pueden entrar en conflicto con los derechos humanos de poblaciones vulnerables (Wewerinke-Singh, 2019, p. 125). Casos de este tipo ya han comenzado a llegar al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. En septiembre del 2017, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) emitió medidas cautelares¹⁴ a favor de 450 personas de Guatemala, muchos de ellos indígenas maya Q'eqchi y Chuj, que han sufrido desplazamiento forzoso, producto de la imposición sobre su territorio del proyecto «GuateCarbón». Este un proyecto del Gobierno de Guatemala, elaborado con asesoría del BID y en el marco del programa de Naciones Unidas REDD+ (Reducción de Emisiones por Deforestación y Degradación Forestal)¹⁵, con el cual se busca emitir y vender 1,2 millones de créditos de carbono, a partir de la creación de reservas naturales (Santiago, 2018)¹⁶. En la misma línea, como ya mencioné en otro trabajo publicado recientemente:

a fecha de diciembre de 2023, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) está conociendo tres casos que involucran la creación de reservas naturales en territorio indígena¹⁷, mientras la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se encuentra tramitando dos casos sobre el tema¹⁸. Del mismo modo, la CIDH ha iniciado el trámite de un caso sobre un proyecto ecológico de restauración de humedales que, al haberse planificado y ejecutado sin tener en cuenta sus impactos sociales, ha producido vulneraciones de derechos humanos hacia grupos en estado de vulnerabilidad¹⁹ (Montalván-Zambrano, 2024, p. 72).

Estos casos dan cuenta de las tensiones que pueden surgir entre el cumplimiento de las obligaciones internacionales de lucha contra el cambio climático y la protección de los derechos humanos. También, y en línea con la propuesta de Auz, reafirma la importancia de incorporar un enfoque de derechos humanos al derecho climático. Sin embargo, tal ejercicio se debe realizar, considero, teniendo siempre presente que la tensión existe y que, por tanto, debe ser tratada desde las preguntas propias del discurso de los derechos humanos.

¹⁴ CIDH (2017). Medida cautelar No. 412-17. Pobladores desalojados y desplazados de la Comunidad Laguna Larga respecto de Guatemala, de 8 de septiembre de 2017. Disponible en: <https://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/2017/36-17mc412-17gu.pdf>

¹⁵ Esta iniciativa busca la conservación, manejo sostenible de los bosques, y aumento de las reservas forestales de carbono, como parte de los esfuerzos globales para mitigar el cambio climático.

¹⁶ Al respecto, organizaciones indígenas de distintas partes del mundo han denunciado que los proyectos REDD+ constituyen una nueva forma de colonialismo, o, como lo han denominado CO2lianismo (Giacomini, 2022, p. 292).

¹⁷ Corte IDH, *Ficha del Caso Comunidad Garifuna de San Juan y sus Miembros Vs. Honduras*, ingreso el 12 de agosto del 2020; Corte IDH, *Ficha del Caso Pueblos Indígenas Tagaeri y Taromenane Vs. Ecuador*, ingreso el 30 de septiembre de 2020, y Corte IDH, *Ficha del Caso Pueblos Indígenas U'wa y sus miembros Vs. Colombia*, ingreso el 21 de octubre de 2020.

¹⁸ CIDH, *Informe de Admisibilidad N° 150/21, caso Pueblo Rapa Nui Vs. Chile*, de 14 de julio de 2021 y CIDH, *Informe de Admisibilidad N° 279/21, caso Comunidades Huitosachi, Mogótavo y Bacajipare del Pueblo Indígena Rarámuri Vs. México*, de 29 de octubre de 2021.

¹⁹ CIDH, *Informe de Admisibilidad N° 362/21, caso Elizabeth Navarro Pizarro y Otros Vs. Colombia*, de 1 de diciembre de 2021.

4. La tensión entre el cientificismo que suele regir las decisiones climáticas y otros enfoques de protección ambiental

Un último punto crítico que quisiera apuntar es el relativo a los desafíos de la determinación del daño climático y su atribución a Estados específicos. Tal como menciona Voigt, «a pesar de la aceptación general de los daños ambientales en el derecho internacional, es cuestionable que tales daños puedan medirse con criterios objetivos y fácticos» (Voigt, 2016, p. 469). Este reto, considero, es mayor al intentar rastrear el vínculo causal entre el incumplimiento de las obligaciones en materia climática y afectaciones específicas a los derechos humanos.

Los daños que el cambio climático produce sobre los derechos humanos son el resultado de diversos factores interrelacionados. Esto es, no importa el evento climático en sí, sino que el mismo haya ido acompañado de una especial situación de riesgo para determinados seres humanos. Por ello, las violaciones de derechos humanos producidas por el cambio climático deberían determinarse a partir del cumplimiento de, al menos, tres componentes: el evento climático, la exposición y la vulnerabilidad (Voigt, 2016, pp. 479).

La exposición se refiere a que tan susceptible es una persona a los efectos del cambio climático, dadas las condiciones ambientales, de infraestructura, sociales, económicas y culturales en las que vive. La vulnerabilidad, por su parte, expresa en qué grado esas personas pueden sufrir daños por el cambio climático. La exposición se centra en la ubicación y la presencia en zonas de riesgo, mientras que la vulnerabilidad se enfoca en la capacidad para resistir y recuperarse de esos riesgos. La triada evento climático, exposición y vulnerabilidad, ofrece respuestas interesantes para la determinación del daño climático relevante para los derechos humanos, al dar cuenta de que este se produce cuando «las estrategias de gobernanza adaptativas y transformadoras para reducir la exposición y la vulnerabilidad y aumentar la resiliencia han fracasado o han desaparecido por completo» (Voigt, 2016, pp. 483-484). Sin embargo, tal como expresa la misma Voigt, se debe tener en cuenta que tanto la exposición como la vulnerabilidad «son variables dinámicas que cambian con el tiempo y el espacio, dependiendo de factores económicos, sociales, geográficos, demográficos, culturales, institucionales y ambientales» (Voigt, 2016, pp. 479). Lo anterior hace que las respuestas que den los Tribunales de Derechos Humanos a los casos climáticos puedan y, quizás, deban cambiar con el tiempo, dificultando el establecimiento de estándares claros y de obligatorio cumplimiento en la materia. Esta variabilidad puede hacer que las políticas de largo plazo que busca implementar la legislación climática, no sean del todo compatibles con los tiempos dentro de los que se puede examinar la posible violación de un derecho humano por el calentamiento global.

En este contexto, dentro de la literatura especializada se han discutido ampliamente los desafíos de la causalidad y la carga de la prueba en el litigio climático. La causalidad hace referencia a la relación entre el cambio del clima producido por factores antropogénicos y un determinado daño. Esta relación causa-efecto –central para establecer las posibles responsabilidades estatales en derechos humanos– no es de fácil determinación, razón por la cual el conocimiento científico ha adquirido un papel preponderante dentro del litigio climático (Verheyen y Zengerling, 2016, p. 438). Así, como bien apunta Auz en su artículo, los informes del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés), han sido esenciales en la fundamentación de casos climáticos, pues

ofrecen argumentos y herramientas de gran aceptación científica para la determinación del daño climático (Auz Vaca, 2024, p. 419)²⁰.

Al respecto, sin dejar de reconocer la importancia que el conocimiento científico tiene dentro del derecho climático, conviene enunciar ciertos cuestionamientos que se han formulado sobre su relevancia en la toma de decisiones. Entre los aspectos críticos se encuentran la accesibilidad de la información científica, la participación equitativa de científicos de diferentes contextos y la demanda por la incorporación de conocimientos no científicos, en especial, los pertenecientes a pueblos indígenas dentro del discurso climático.

En primer lugar, un problema importante radica en que la información necesaria para abordar la incertidumbre científica en el proceso de toma de decisiones políticas a menudo está en manos de expertos altamente especializados, ubicados en unos pocos países. Esta concentración de conocimientos en un número limitado de naciones plantea dudas sobre la objetividad de la ciencia y su capacidad para abordar adecuadamente las preocupaciones de los países en desarrollo. La falta de participación de científicos del Sur Global en el proceso de evaluación del IPCC, por ejemplo, ha generado desconfianza sobre la legitimidad de la información científica presentada en las negociaciones climáticas (Meyer, 2016, p. 433).

En línea con lo anterior y, en segundo lugar, la relación entre la ciencia del cambio climático y los conocimientos de las comunidades indígenas presenta un desafío adicional. Muchas veces, las perspectivas y conocimientos tradicionales de estas comunidades son ignorados en el proceso de formulación de políticas. Esto no solo perpetúa la injusticia histórica, sino que limita el tipo de soluciones a implementar. Por ello, como expone Giacomini:

En la aplicación sobre el terreno de la noción de justicia climática, el primer paso para abordar el problema del desconocimiento de las opiniones y culturas indígenas en la gobernanza mundial del cambio climático debería ser la consideración de que su derecho y conocimientos consuetudinarios tienen la misma relevancia que el derecho derivado de los sistemas de creencias positivistas occidentales (Giacomini, 2022, p. 54).

Así, otro reto en la vinculación entre el litigio climático y los derechos humanos, es la incorporación de un enfoque descolonial que reconozca la relevancia que tiene el conocimiento no occidental en la determinación del daño climático y las formas de evitarlo y repararlo. Las luchas por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y la justicia climática deben ser centrales en el diseño de las estrategias de litigio. Esto implica no solo una participación simbólica de estas comunidades, sino la verdadera incorporación de sus demandas y conocimientos en el proceso de toma de decisiones (Giacomini, 2022, p. 106)

Lo anterior adquiere aún mayor relevancia si tenemos en cuenta que la relación entre el derecho y la incertidumbre científica no es pasiva, sino, por el contrario, dialéctica. Es decir, el derecho no se limita a establecer las consecuencias legales de la incertidumbre que informa la ciencia, sino que «la legislación vigente determina en gran medida qué se considera incertidumbre, cómo se enmarca y qué opciones políticas existen para afrontarla» (Ambrus et al., 2015, p. 5). El derecho coproduce las incertidumbres que pretenden regular. Así, cuando un juez se enfrenta

²⁰ El trabajo del IPCC ha sido, de hecho, una referencia constante en los distintos *amicus curiae* presentados a la Opinión Consultiva sobre emergencia climática y derechos humanos solicitada a la Corte IDH.

a un caso ambiental en que la evidencia científica no es conclusiva, el juez toma postura no solo frente a una de las posiciones científicas, sino, y más, importante, sobre la existencia misma del desacuerdo y, por ende, de la incertidumbre que tomará como eje de su posible sentencia. Por ello, en escenarios de conflictos entre la incertidumbre que estudia la ciencia climática y la que emerge desde los conocimientos indígenas, conviene preguntarnos por los parámetros que usará el juez para seleccionar uno u otro tipo de conocimiento y cuáles serían las consecuencias sobre los derechos humanos de tal elección.

5. Conclusiones

El litigio climático, desde una perspectiva de derechos humanos, ofrece un enfoque novedoso para abordar la crisis climática, ya que resalta la importancia de visibilizar a las víctimas en el proceso de toma de decisiones. Sin embargo, esta aproximación enfrenta desafíos significativos, como la necesidad de definir con claridad lo que constituye litigio climático en contraposición al litigio ambiental, así como las dificultades de aplicar un marco de derechos humanos a un problema global que trasciende fronteras. Aunque esta estrategia jurídica es valiosa para promover justicia climática, su alcance limitado a jurisdicciones estatales plantea barreras para su eficacia global.

Adicionalmente, la centralidad de la ciencia climática en la atribución de responsabilidades plantea tensiones, especialmente en el contexto de litigios que involucran múltiples factores interrelacionados, como la exposición y vulnerabilidad de las comunidades afectadas. La dependencia de evidencias científicas objetivas, aunque necesaria, puede excluir otros conocimientos valiosos, como los saberes de comunidades indígenas, lo que limita la capacidad de encontrar soluciones inclusivas y culturalmente relevantes.

Finalmente, la aplicación del enfoque de derechos humanos en el litigio climático es especialmente relevante para el Sur Global, donde los impactos del cambio climático se sienten de manera más intensa y desproporcionada, y donde la implementación de soluciones justas y diferenciadas es urgente. Sin embargo, se requiere delimitar con precisión los casos que pueden ser considerados climáticos y promover estrategias jurídicas que contemplen las complejidades territoriales y socioeconómicas de cada región. Esto garantizaría que el litigio climático basado en derechos humanos sea más efectivo y contribuya a una mayor justicia climática global, evitando simplificaciones que diluyan su potencial transformador.

Bibliografía

- Aguilera, M. (2024). Los derechos humanos ambientales como justicia ambiental: Desarrollos en América Latina y el el Caribe. *Revista de Estudios Políticos*, 204, 131-160. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.204.04>
- Alogna, I., Bakker, C., y Gauci, J.P. (2021). Climate Change Litigation: Global Perspectives—An Introduction. En I. Alogna, C. Bakker, y J.-P. Gauci (Eds.), *Climate change litigation: Global perspectives* (pp. 1-32). Boston: Brill Nijhoff.
- Ambrus, M., Rayfuse, R., y Werner, W. (2015). Risk and International Law. En T. Phillips (Ed.), *Law, environmental illness and medical uncertainty: The contested governance of health* (pp. 3-9). Londres: Routledge.
- 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, 416-433. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8519>

- Cullet, P. (2016). Human Rights and Climate Change. Broadening the right to environment. En C. P. Carlarne, K. R. Gray, y R. Tarasofsky (Eds.), *The Oxford handbook of international climate change law* (pp. 496-515). Oxford: Oxford University Press.
- Giacomini, G. (2022). *Indigenous Peoples and Climate Justice: A Critical Analysis of International Human Rights Law and Governance*. Nueva York: Springer International Publishing.
- Gómez Fernández, I. (2024). Aplicación de la litigación estratégica para las mujeres y las niñas migrantes por razón del cambio climático. *Revista de Estudios Políticos*, 204, 161-190. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.204.05>
- González-Serrano, M. X. (2024a). Rights of nature, an ornamental legal framework: Water extractivism and backbone rivers with rights in Colombia. *The Journal of Peasant Studies*, 1-21. <https://doi.org/10.1080/03066150.2024.2349228>
- González-Serrano, M. X. (2024b). The Atrato River as a Bearer and Co-creator of Rights: Unveiling Black People's Legal Mobilization Processes in Colombia. *Law & Social Inquiry*, 1-30. <https://doi.org/10.1017/lsi.2024.31>
- Medici-Colombo, G., y Berros, M. V. (2023). Climate Litigation in Argentina: A Critical and Prospective Analysis. *Chinese Journal of Environmental Law*, 7(2), 173-199. <https://doi.org/10.1163/24686042-12340104>
- Meyer, T. (2016). Institutions and expertise: The role of science in climate change law making. En C. P. Carlarne, K. R. Gray, y R. Tarasofsky (Eds.), *The Oxford handbook of international climate change law* (pp. 442-463). Oxford: Oxford University Press.
- Montalván-Zambrano, D. (2020). El derecho al medio ambiente sano como un derecho autónomo en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Anales de la Facultad de Derecho*, 63-83. <https://doi.org/10.25145/j.anfade.2020.37.04>
- Montalván-Zambrano, D. (2021). Antropocentrismo y ecocentrismo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, pp. 505-527. <https://doi.org/10.12795/araucaria.2021.i46.25>
- Montalván-Zambrano, D. (2023). Redefiniendo lo humano: La protección de la Naturaleza en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En D. Montalván Zambrano y I. Wences (Eds.), *La justicia detrás de la Justicia. Ideas y valores políticos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (pp. 259-284). Marcial Pons.
- Montalván-Zambrano, D., y Wences, I. (2023). Transición energética y litio nuevos "comunes" y otros extractivismos. *Oñati Socio-Legal Series*. <https://doi.org/10.35295/osls.iisl.1765>
- Montalván-Zambrano, D. (2024). El derecho ecológico frente a los límites del derecho antropocéntrico. *Revista de Estudios Políticos*, 204, 61-93. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.204.02>
- Santiago, A. (2018, julio 23). Guatemala: Carbono, la métrica del despojo en Petén [Avispa Mídia]. Disponible en: <https://avispa.org/guatemala-carbono-la-metrica-del-despojo-en-peten/>
- Verheyen, R., y Zengerling, C. (2016). International Dispute Settlement. En C. P. Carlarne, K. R. Gray, y R. Tarasofsky (Eds.), *The Oxford handbook of international climate change law* (pp. 418-440). Oxford: Oxford University Press.
- Voigt, C. (2016). Climate Change and Damages. En C. P. Carlarne, K. R. Gray, y R. Tarasofsky (Eds.), *The Oxford handbook of international climate change law* (pp. 465-494). Oxford: Oxford University Press.
- Wewerinke-Singh, M. (2019). *State responsibility, climate change and human rights under international law*. Oxford: Hart.

Respuesta a las reseñas de Mark Coeckelbergh, Filosofía Política de la Inteligencia Artificial. Una Introducción*

(2023) Cátedra
Madrid, 224 pp.

Mark Coeckelbergh
Universidad de Viena
ORCID ID 0000-0001-9576-1002
marck.coeckelbergh@univie.ac.at

Cita recomendada:

Coeckelbergh, M. (2024). Respuesta a las reseñas de Mark Coeckelbergh, Filosofía Política de la Inteligencia Artificial. Una Introducción. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 388-390

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9018>

Recibido / received: 10/07/2024
Aceptado / accepted: 06/09/2024

Como señala Criado, la Inteligencia Artificial (IA) ha captado mucha atención en las agendas políticas y académicas y, especialmente, como menciona Maldonado, la «irrupción de ChatGPT» y otras IA generativas. Como expone acertadamente Maldonado, las voces alarmistas y el pánico en torno a la IA no son nada nuevo; desde el siglo XIX hasta ahora, las tecnologías se perciben como amenazantes y hay una sensación de que la humanidad y lo humano están en riesgo: ¿La IA conducirá a la deshumanización? Tenemos miedo del monstruo de Frankenstein –pero olvidamos que nosotros lo hemos convertido en un monstruo–. No obstante, es importante examinar el impacto político y social de las nuevas tecnologías y analizar críticamente el discurso y el pensamiento sobre estas.

En este contexto y como lo sugiere Maldonado, es realmente importante observar la especificidad de las nuevas tecnologías. Y como él dice, lo curioso de la IA es que no es específica sino general, en el sentido de ser polivalente. La IA se presenta en muchas formas; sin embargo, y para responder a la crítica de Maldonado acerca de la definición, la mayor parte del libro trata sobre aplicaciones de aprendizaje automático. Pero como he dicho en trabajos más recientes, la IA no es solo una tecnología, también es una historia, una narrativa. Ambas cosas deben ser discutidas,

* Traducción de Tatiana Aceves.

ya que el futuro no solo está hecho de artefactos sino también de palabras. Ninguna de estas es normativamente neutral y el lenguaje incluye metáforas. Como sugiere el comentario de Maldonado sobre mi utilización del concepto panóptico, siempre debemos ser críticos con las metáforas que utilizamos para hablar sobre tecnología. ¿Estamos siendo observados o rastreados? ¿Qué significa tener a la IA como un Gran Hermano? ¿Cómo hablamos sobre el futuro de la IA?

Estoy agradecido por las interesantes reseñas de Ignacio Criado y Manuel Maldonado sobre mi libro *The Political Philosophy of Artificial Intelligence*, que he escrito para darle al debate sobre la IA un giro político dentro de la ética y la filosofía y para señalar a la filosofía política y la teoría política como recursos útiles en este debate, pues como en efecto señala Maldonado, hay que «mapear la IA en el marco de la tradición político-filosofica». Me complace que los autores aprecien la originalidad de la contribución y el trabajo pionero que se realizó en términos de aplicación conceptual (Maldonado escribe: «una base sólida sobre la cual construir un marco normativo que permita pensar en los aspectos políticos de la IA»), y su utilidad para los formuladores de políticas. Sus reseñas también ofrecen al lector una visión útil y general del libro, junto con algunas imágenes selectas y bien elegidas, que espero puedan estimular no solo más lecturas sino también más discusiones sobre sus temas.

El trabajo realizado era necesario para conectar la ética de la IA, la filosofía de la tecnología y campos relacionados con la filosofía política y la teoría política (y en cierta medida viceversa), aunque Maldonado tiene razón al señalar que en la teoría política y en la teoría política ambiental, ya se está discutiendo sobre tecnología. Aunque esto no siempre es el caso en la filosofía política dominante, me complace reconocer que existen excepciones útiles, y este libro también está destinado a ser una herramienta o invitación para que los pensadores sobre tecnología se (re)conecten con los teóricos políticos, quienes tienen mucho que decir, por ejemplo, en relación con la democracia.

Por supuesto, se necesita más trabajo y ambos comentaristas señalan temas importantes. Por ejemplo, Criado tiene razón al señalar que el debate sobre las cámaras de eco y la polarización, aunque se mencionan en el libro, necesitan más atención. Mientras tanto, he publicado sobre temas como estos (Coeckelbergh 2023) y sobre el impacto de la IA en la democracia en general (Coeckelbergh 2024a), un tema importante a la luz de lo que Maldonado identifica correctamente como temores por el futuro de la democracia. En mi reciente libro sobre IA y democracia, *Why AI Undermines Democracy and What to Do About It*, respondo a una de las principales preocupaciones de Maldonado: a diferencia de mi introducción en *The Political Philosophy of IA*, aquí no dudo en tomar posición e intentar ofrecer también respuestas, incluyendo cómo podríamos hacer que la innovación esté sujeta al control democrático. Dicho esto, se necesita más trabajo en este importante tema.

En una línea similar y en respuesta a los comentarios de Criado, reconozco que es necesario ampliar la visión de otras posibles actuaciones que sean más emancipadoras en relación con el proceso político actual. ¿Qué tipo de actuaciones se necesitan? Esto también podría extraerse de un trabajo anterior que hice con Jaana Parviainen (Parviainen y Coeckelbergh, 2020) pero tendría que ser conectado con las discusiones actuales sobre la política de la IA en relación con posibles resistencias a esto y las transformaciones de la política y las políticas de la IA. Por ejemplo, ¿qué tipo de actuaciones pueden contrarrestar la actual hegemonía de poder de las grandes tecnologías?

Otro tema importante que requiere más trabajo es la manipulación. Este tema no solo merece un análisis empírico más profundo, como solicita Maldonado, sino también un trabajo conceptual. ¿Dónde está la línea entre la forma moral y políticamente aceptable de influencia, por un lado, y manipulación, por otro?

Retomando uno de los puntos de Criado, también sería interesante ver más trabajo sobre políticas no antropocéntricas o post-antropocéntricas en relación con la IA, en general. ¿Cómo podemos ir más allá del concepto antropocéntrico de sostenibilidad? ¿Está justificado seguir excluyendo a los no humanos como los animales no-humanos del *demos*? Como argumenté en una charla reciente, aquí la pregunta no es solo si debemos incluirlos, sino especialmente cómo: incluso si uno está convencido de que es necesario, no está claro cómo deberían representarse o integrarse exactamente los intereses de los animales no-humanos en los procesos políticos existentes, o cómo deberían actualizarse de hecho estos procesos, procedimientos e instituciones para el siglo XXI.

Otro tema importante mencionado por Criado es la gobernanza global de la IA. Estoy de acuerdo con él en que a pesar de las diferentes opiniones y enfoques hacia la IA (y agregaría: hasta cierto punto también diferentes enfoques hacia la ética y la política), necesitamos establecer un mínimo de reglas comunes. Esto no solo es necesario para la gobernanza de la IA, sino también y de forma general, para enfrentar todos los problemas urgentes a nivel planetario que enfrentamos ahora, como el cambio climático, la guerra y la pobreza. Recientemente he argumentado (2024) que necesitamos una gobernanza global de la IA por razones morales, ya que debemos asegurarnos de que beneficie a la humanidad en su conjunto y que los riesgos globales y los problemas éticos y políticos sean abordados de forma transfronteriza. Aunque controvertida, tal gobernanza global bien podría implicar a algunas instituciones políticas supranacionales (nuevas y más fuertes), junto con esfuerzos a nivel regional y local-nacional.

Si logramos cambios fundamentales en el pensamiento general, es decir, un giro hacia lo no antropocéntrico y planetario, ¿qué significa esto en la práctica? ¿Tenemos alguna esperanza de que tales cambios ocurran si no logramos resolver los grandes desafíos mencionados acertadamente por Criado si apenas logramos dar forma de manera significativa a nuestra relación con la IA y otras tecnologías digitales a diario? ¿Y cómo pueden los pensadores resistir las exageraciones fáciles y las polarizaciones del debate sobre la IA? Sin embargo, como filósofos y académicos, tenemos el deber de imaginar algo nuevo y que parece imposible hoy. Si un poco de hipérbole y retórica pueden ayudar con esto, junto con un análisis filosófico y empírico más refinado, no dudemos en hacerlo.

Bibliografía

- Parviainen, J. y Coeckelbergh, M. (2020). The Political Choreography of the Sophia Robot: Beyond Robot Rights and Citizenship to Political Performances for the Social Robotics Market. *AI & Society*, 36, 715-724.
- Coeckelbergh, M. (2021). The Case for Global Governance of AI: arguments, counter-arguments, and challenges ahead. *AI & Society*, 36, 715-724. <https://doi.org/10.1007/s00146-024-01949-5>
- Coeckelbergh, M. (2023). Democracy, epistemic agency, and AI: political epistemology in times of artificial intelligence. *AI and Ethics*, 3, 1341–1350.
- Coeckelbergh, M. (2024). *Why AI Undermines Democracy and What To Do About It*. Polity Press.

Ética jurídica y filosofía política. Homenaje Eusebio Fernández García

Jesús Ignacio Delgado Rojas

Universidad de Sevilla

ORCID ID 0000-0002-3818-5990

jdrojas@us.es

Cita recomendada:

Delgado Rojas, J. I. (2024). Ética jurídica y filosofía política. Homenaje Eusebio Fernández García. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 391-399

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9019>

Recibido / received: 15/09/2024
Aceptado / accepted: 02/10/2024

Resumen

El homenaje al profesor Eusebio Fernández García, celebrado el 3 de julio de 2024 en la Universidad Carlos III de Madrid, conmemoró su trayectoria tras casi 50 años de enseñanza en Filosofía del Derecho y Filosofía Política. Reconocido por su labor académica, Fernández ha dirigido múltiples tesis doctorales y publicado 10 monografías, más de 150 artículos y coeditado 7 libros. En el evento, colegas y discípulos discutieron su influencia en temas propios de la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política, la Ética jurídica y la teoría de los derechos humanos. La jornada culminó con la presentación de la reedición de su obra *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, reafirmando su legado académico y filosófico.

Palabras clave

Eusebio Fernández, homenaje, filosofía del derecho, ética, filosofía política.

Abstract

The tribute to Professor Eusebio Fernández García, held on July 3, 2024 at Universidad Carlos III de Madrid, commemorated his career after almost 50 years of teaching in Philosophy of Law and Political Philosophy. Recognized for his academic work, Fernández has directed multiple doctoral theses and published 10 monographs, more than 150 articles and co-edited 7 books. At the event, colleagues and disciples discussed his influence on topics related to the philosophy of law, political philosophy, legal ethics and the theory of human rights. The event culminated with the presentation and re-publication of his work *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, reaffirming his academic and philosophical legacy.

Keywords

Eusebio Fernández, tribute, philosophy of law, ethics, political philosophy.



El 3 de julio de 2024 tuvo lugar en la Universidad Carlos III de Madrid un acto de homenaje al profesor Eusebio Fernández García, quien se retira del magisterio universitario tras casi cincuenta años de desempeño en la cátedra de Filosofía del Derecho y Filosofía Política.

Eusebio Fernández García, tras haber pasado por la categoría de profesor emérito de la Universidad Carlos III de Madrid, permanecerá ahora bajo la condición indefinida de profesor honorífico. Obtuvo el título de Doctor en Filosofía por la Universidad Complutense de Madrid bajo la dirección de José Luis López Aranguren, en junio de 1978, con una tesis titulada *Marxismo y positivismo en el socialismo español*. Ha sido profesor en las Universidades Complutense de Madrid, en la Universidad Autónoma de Madrid, de la cual fue Vicedecano entre los años 1983-1984, y en la Universidad de Cantabria, donde alcanza la cátedra de Derecho Natural y de Filosofía del Derecho, permaneciendo en esta, su tierra natal, entre 1986 y 1989. Posteriormente, desde ese 1989 fundacional de la Universidad Carlos III de Madrid, será catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política en dicha institución hasta su jubilación. Autor de diez monografías, más de ciento cincuenta artículos de investigación y editor o coautor de siete libros. Sus campos de estudio son la Filosofía del Derecho, la Filosofía Política, la Teoría de los derechos humanos y la Historia de las ideas políticas y jurídicas españolas de los últimos dos siglos. Es codirector de la *Historia de los derechos fundamentales* (en 22 volúmenes). También ha sido Vicerrector de las Universidades Autónoma de Madrid y de la de Cantabria, Director del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas (hoy denominado Gregorio Peces-Barba) y Director del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.

El acto de homenaje a su trayectoria docente e investigadora se concibió bajo la idea de que la fórmula que mejor podía expresar ese reconocimiento era convocando a quienes han sido sus discípulos más inmediatos: sus doctorandos y sus tesinados, contando también con colegas y compañeros coetáneos de generación con los que el profesor Fernández García ha compartido amistad y actividad universitaria. La convocatoria fue un éxito y un abultado número de profesores, compañeros, estudiantes y amigos acudió a la cita. Bajo estas premisas se organizaron tres mesas de trabajo. Una primera en la que intervinieron aquellos estudiantes que realizaron su tesis doctoral bajo la dirección de Eusebio Fernández acerca de un eje temático de estudio; una segunda mesa agrupó a las personas cuya investigación doctoral versaba sobre algún filósofo concreto y su obra; y la tercera mesa reunió a un grupo de colegas cercanos a la biografía más personal e intelectual de Eusebio Fernández. En todas las intervenciones, junto con los datos teóricos y el análisis de su obra iusfilosófica, fueron apareciendo una gran cantidad de anécdotas personales, cariñosas experiencias e inolvidables momentos compartidos con el homenajeado durante, casi, toda una vida.

La primera mesa de trabajo, que reunía las tesis doctorales o tesinas sobre un campo temático, estuvo conformada por Ángel Pelayo, Olga Sánchez, Óscar Pérez de la Fuente, Rafael Benítez, Edgardo Rodríguez –quién finalmente no pudo asistir presencialmente al acto–, Jesús Ignacio Delgado, Luis Esteban y Álvaro de la Torre.

Ángel Pelayo, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria, procedente de la «escuela» de Filosofía del Derecho que Eusebio Fernández fundara durante sus años en dicha Universidad (junto con otros doctorandos que realizarán la tesis bajo su dirección, como Olga Sánchez y José Ignacio Solar), realizó su intervención en torno al tema del *consentimiento, democracia y obligación política*. Recordaba el profesor Pelayo al respecto que el tema de su tesis coincidió con el libro recientemente aparecido, en 1987, de Eusebio

Fernández *La obediencia al Derecho*, que recogía «un vivo debate que existía entonces en España sobre la obligación de obedecer al Derecho y qué tipo de obligación era –si legal, política, moral–; a qué Derecho se debía obedecer: ¿a un Derecho justo? ¿a un Derecho justo que reunía qué requisitos? Y había ahí –apuntaba Ángel Pelayo– un vivo debate, sobre la existencia o no de qué tipo de obligación era esa, en el que estaban participando autores tan relevantes como González Vicén, Elías Díaz, Javier Muguerza, Manuel Atienza y, de manera también relevante, el propio Eusebio. El debate sin duda tenía que ver con la legitimación de la democracia en el contexto todavía intenso de la Transición política en nuestro país. Y aquel libro de Eusebio pretendía reforzar la legitimidad del naciente sistema democrático».

Por su parte, la profesora de Filosofía del Derecho Olga Sánchez, de la Universidad de Cantabria, se remontaba al tema de su tesis doctoral sobre *la huelga ante el Derecho*: «Estimulante para el pensamiento, resultaba el hecho de que la huelga es una de esas figuras quizás no apta para hacer buena teoría jurídica, pero con un tremendo atractivo para el filósofo del Derecho, en tanto que transita por sus límites, sus zonas fronterizas, allí donde el lenguaje nos descoloca y nos atrapa. Y como derecho, la huelga se configuró como un derecho a discutir el orden del Derecho. ¡Qué paradoja! En estas zonas limítrofes creo que podemos situar la desobediencia civil que Eusebio ha trabajado». Continuaba Olga Sánchez estableciendo una comparativa entre trabajos del profesor Fernández y de ella que, en tiempos más recientes, han tenido a Antígona como elemento conductor para seguir mostrando la importancia de los actos de desobediencia para el saludable cambio de todo sistema jurídico.

A continuación, tomó la palabra Óscar Pérez de la Fuente, profesor de la Universidad Carlos III de Madrid, cuya intervención giró en torno a las experiencias compartidas con Eusebio Fernández, que le dirigiría la tesis doctoral sobre *Pluralismo cultural y derecho de las minorías*. Una tesis que, según advertía el propio Pérez de la Fuente, le valió que le reconocieran como «comunitarista entre los liberales y liberal entre los comunitaristas; es decir, una tesis que era favorable a temas de pluralismo cultural pero que, desde otros parámetros, se consideraba como liberal». También resaltó el profesor Óscar Pérez la afición cinéfila de Eusebio, y cómo el uso de películas en las aulas fue algo que él ha incorporado también en su docencia. Sobre el asunto del cine, también apuntaba De la Fuente, cómo ha ido cambiando su forma de consumo, desde lo analógico de una sala de cine hasta las posibilidades tecnológicas hoy que ofrecen las plataformas de suscripción en casa, lo cual también ha sido tema de conversación y comentarios con el homenajeado.

Javier Santamaría, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Burgos, que realizó su tesis doctoral bajo la dirección de Eusebio Fernández acerca de *los valores superiores del ordenamiento jurídico español en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, recordaba cómo aquel tema, elegido también en parte por el consejo recibido de Gregorio Peces-Barba, levantó en inicio sus sospechas, «enarcando una ceja pues pensaba que hablar de jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Filosofía del Derecho quizás sea meternos en un berenjenal». Con el tiempo, apuntaba el profesor Santamaría, se dio cuenta que aquel tema, gracias al magisterio de Eusebio, fue la mejor elección posible para su formación universitaria.

Posteriormente llegó la intervención de Rafael Benítez, quien hiciera su tesis doctoral sobre *Poder judicial y democracia en El Salvador*. Benítez relató cómo en su referido país, cuando él comienza la tesis, ya se estaba viviendo todo el proceso complejo de la Transición y que la preocupación que él quería expresar en su trabajo de investigación era «el papel del juez en la Transición hacia la democracia». Señalaba cómo, para ese estudio, «adoptó el enfoque tridimensional del Derecho».

Como Eusebio me indicó –recordaba Benítez– analicé los aspectos normativos de la ciencia jurídica; el hecho social histórico de los conceptos de Estado de Derecho y democracia; y como valor, desde la perspectiva ética, filosófica, de deber ser. Este análisis nos permitió crear el marco teórico y conceptual de la democracia, el Estado de Derecho y el papel del juez en ese entramado entre democracia y Estado de Derecho».

A continuación, tomó la palabra Jesús Ignacio Delgado, quien suscribe, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla, y cuyo trabajo doctoral, dirigido por Eusebio Fernández, giró en torno al tema del *moralismo legal*. Recapitulaba en mi intervención «sobre las polémicas Mill-Stephen y Hart-Devlin, y los sempiternos asuntos del paternalismo, el perfeccionismo y los problemas de Ética Jurídica. En la Nota Previa que abría mi tesis doctoral –recordaba– hacía la siguiente referencia: ‘Esta tesis doctoral se nutre del magisterio indudablemente liberal, y moderado por convicciones socialdemócratas, de su director’. Y traigo esto a colación –señalaba– porque hay un dato curioso de mi tesis: pasando revista a todas las que él ha dirigido, y que están hoy aquí representadas, la mía puede ser –quizás, creo– la más militante, ideológica si se quiere. Desde luego que el mío era (y sigue siendo) un tema político, polémico... En el que había una clara toma de postura... Este era un tema, el del alcance y límites de la interferencia del Estado, y las tensiones entre la moral social/positiva/mayoritaria y la moral crítica/esclarecida, que Eusebio explicaba en sus clases de Filosofía del Derecho: y no era algo común. No pertenece este asunto, por así decirlo, a los *topics* de la asignatura (más centrados en el concepto de Filosofía del Derecho, las concepciones iuspositivistas e iusnaturalistas, las teorías de la justicia o, sobre todo actualmente, en la filosofía del Estado Constitucional, neoconstitucionalismos varios y teorías de la Interpretación y Argumentación jurídicas). Sin perder el rigor del análisis teórico, creo que Eusebio, en medio de aquella polémica entre liberales y conservadores, tomaba partido en favor de los primeros y, en mi tesis doctoral, sin duda, también me beneficié de sintonizar con aquellos planteamientos».

Luis Esteban, integrante de Ecoo y del equipo técnico del Mercado Social de Madrid, defendió en su tesis doctoral *una propuesta de actualización de la Escuela de Salamanca*. En ese sentido, Esteban resumió del siguiente modo las tres hipótesis principales que manejó en su investigación: «la primera sobre una propuesta de Ética pública universal: que, partiendo de Eusebio, basada en Derechos Humanos, vaya más allá del antropocentrismo ético y se adentre en las ciencias ambientales; en segundo lugar, presentaba una propuesta que, partiendo igualmente de Eusebio y su cosmopolitismo (quizás, de corte más identitario), avance, desde mi punto de vista, hacia fórmulas más abiertas, inclusivas; y la tercera hipótesis: con los retos que tenemos y estas ideas, podemos encontrar –aducía Esteban– algunos elementos de vigencia de algunas partes de la Escuela de Salamanca que pueden ser de provecho en estos momentos con las debidas actualizaciones de algunos de ellos».

Cerró esta primera mesa sobre investigaciones temáticas realizadas bajo la dirección de Eusebio Fernández el profesor de la Universidad Francisco de Vitoria Álvaro de la Torre, que elaboró su Trabajo de Fin de Máster sobre el tema de *la dignidad humana frente a la prostitución*: «Coincido con Eusebio Fernández cuando define la dignidad –le citaba De la Torre a través de la obra *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*– como el valor de cada persona, el respeto mínimo a su condición de ser humano, un respeto que impide que su vida o su integridad sea sustituida por cualquier otro valor social. A mí Eusebio me descubrió muchos autores relevantes que luego incluí en mi tesis como Norbert Hoerster, Karl Larenz, Jesús González Amuchastegui, Avishai Margalit, Ernesto Garzón Valdés, etc. Me abrió muchos enfoques muy interesantes que me fueron de mucha relevancia».

La segunda mesa, que agrupaba a aquellos estudiantes que realizaron sus tesis o tesinas sobre un autor en particular, estuvo conformada por José María Sauca, José Ignacio Solar, Andrea Greppi, Isabel Wences, Gilmer Alarcón, Jesús V. A. Contreras –quien finalmente no pudo asistir–, Carlos Alonso, David García y Jorge Navarrete.

Siguiendo igualmente, como en la mesa anterior, cierto orden cronológico por antigüedad en la defensa del trabajo de investigación, el primero en tomar la palabra en esta sesión fue José María Sauca. El trabajo doctoral que el profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid realizó bajo la dirección de Eusebio Fernández versó sobre *la ciencia de la asociación de Alexis de Tocqueville*. Recordaba Sauca las primeras orientaciones para la elaboración de aquella investigación: «Una tesis no era un manual; era un estudio monográfico. Una tesis no era una compilación de información; era la defensa de un argumento. Una tesis –me insistía Eusebio– no era un espacio de redacción desenfadada e intertextualidad, sino un ámbito de pulcritud con las traducciones, ediciones, delimitación de las fuentes, exactitud de las citas, etc. Una tesis en filosofía jurídica no era una tesis en dogmática jurídica. Una tesis en filosofía jurídica era una construcción, no un comentario sobre lo ya dado».

Posteriormente, José Ignacio Solar, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria, intervino aludiendo a su tesis doctoral acerca de *la teoría de la tolerancia en John Locke*. A este respecto, relata el profesor Solar cómo se desarrolló aquella investigación: «Eusebio ya me había sugerido, como posible tema de tesis, la libertad de pensamiento y de conciencia, en general. Junto con unas lecturas: Spinoza, Locke, Bayle, Mill... Un tema en el que rápidamente advertimos – señalaba Solar– una conexión directa con uno de los presupuestos centrales del pensamiento de Eusebio: la defensa del individualismo en el noble sentido del valor radical del individuo, de su dignidad, de la salvaguarda de su autonomía moral opuesta a toda clase de paternalismo, como fundamento de un orden político legítimo. Pero, ciertamente, esta investigación en principio de carácter temático acabaría convirtiéndose en una tesis sobre un autor: en la teoría de la tolerancia en John Locke, debido a un proceso de progresiva decantación. Tras las lecturas iniciales que me había recomendado Eusebio, decidí centrarme en el debate sobre la tolerancia y la libertad religiosa. Y, posteriormente, dentro de esa problemática, me atrapó la figura de John Locke: particularmente cuando conocí del descubrimiento de dos tratados inéditos del filósofo inglés, previos a sus obras conocidas, en los que defendía postulados absolutistas e intolerantes al estilo hobbesiano, que eran desconocidos en España, que suministraban claves para la relectura global de su pensamiento, y que cuestionaban algunos de los tópicos que le han sido atribuidos por la tradición liberal, tuve claro que esa era mi tesis y obtuve el beneplácito de Eusebio para seguir por ese camino».

A continuación, Andrea Greppi, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, articuló su intervención en torno al autor central de su tesis doctoral sobre *la formación del pensamiento de Norberto Bobbio*. Trabajo que confirmaba, incluso por el propio Bobbio, una hipótesis que el profesor Greppi planteaba en su investigación: «efectivamente, el proyecto de elaborar, de construir, con método analítico, una teoría general de la política había tenido un peso significativo en el desarrollo de la trayectoria intelectual de Bobbio, al menos durante un cierto periodo a caballo entre los años sesenta y setenta».

Isabel Wences, profesora de Teoría Política de la Universidad Complutense de Madrid, realizó su tesis doctoral bajo la dirección de Eusebio Fernández acerca de la idea de *sociedad civil virtuosa en Adam Ferguson*: «Cuando llegué a hacer mi

doctorado –recordaba la profesora Wences– vine a España con la expectativa de que Eusebio fuera mi profesor. Y lo fue. Cuando estudié el doctorado, había que hacer dos años de cursos y él fue mi profesor. En aquellos años en México, en torno a 1995, estaba en efervescencia y se hablaba continuamente de la ‘sociedad civil’. Así que yo quería investigar qué significaba realmente aquella categoría tan enarbolada como difusa. Así que hice una primera incursión al tema con mi tesina y también con mi trabajo final para obtener el diploma del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Y fue en ese momento cuando empecé a estudiar a un ilustrado escocés que se llama Adam Ferguson. Poco después fue mi profesor del CEPC Francisco Laporta quien me ayudó a perfilar y a ampliar la mirada sobre mi investigación doctoral. Gracias a sus ideas incursioné en la Ilustración escocesa. Y fue en esa época que Eusebio aceptó ser mi director de tesis».

Por su parte, Gilmer Alarcón, profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú, realizó su tesis doctoral sobre *Estado de Derecho y filosofía jurídica en Elías Díaz*. Rememoraba el profesor Alarcón cómo «encontró un libro del profesor Elías Díaz, y había leído que este libro fue secuestrado administrativamente en 1966. Empecé a ver un poco la historia y, en comparación, yo venía de una tradición donde el Estado de Derecho no era relevante. No era un tema de discusión. Y Eusebio me dijo que adelante... Y empecé a bosquejar los primeros pasos. Y empecé a reconstruir como una especie de biografía del autor. Pero Eusebio me asesoró y me indicó que, en Elías Díaz, hay debates y polémicas muy interesantes. Y fui construyendo mis capítulos a partir de esas polémicas. Así mi tesis no fue un trabajo sobre ‘un autor’ sino sobre las discusiones que ese autor, Elías Díaz, había generado en la filosofía del Derecho contemporánea: cómo entender el Estado de Derecho; la teoría de la democracia; la teoría de los derechos humanos; el debate sobre la obediencia al derecho; etc. Entonces fui armando esta especie de tópicos –*topoi*– sobre los temas que Elías Díaz había permitido discusiones que nos permitieron entender de qué iba cada uno de estos debates en la Filosofía del Derecho».

Carlos Alonso, abogado y docente de la Universidad Carlos III de Madrid, hizo su Trabajo Final de Máster bajo la tutela de Eusebio Fernández acerca del tema del *Iusracionalismo de Pufendorf en la Revolución Americana*, «un trabajo que Eusebio me recomendó –señala Alonso– y que me llevó también a explorar las obras de un religioso protestante americano como es John Wise».

Cierra esta mesa David García, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, quién recordó su tesis doctoral sobre *Neoaristotelismo y rehabilitación de la filosofía práctica en Leo Strauss, Michel Villey y Alasdair MacIntyre*. Resaltaba David García la confianza que en él tuvo Eusebio «al creer lo que le contaba de que podía haber algo interesante, que había temas y autores de relevancia, para estudiar la recuperación de Aristóteles más allá de lo que había ocurrido en el pensamiento ético y político del comunitarismo y del republicanismo. Él confió en ello y lo hizo además a través de autores que, razonablemente, están en las antípodas de su pensamiento».

Jorge Navarrete, finalmente, intervino de forma online recapitulando acerca de la tesina que Eusebio le dirigió sobre *la polémica entre liberales y comunitaristas*: «Eusebio me hizo leer como nunca antes había hecho en mi vida y como, probablemente, nunca más lo hice. Lejos de querer amilanar ese ímpetu, algo soberbio a ratos, tan propio a veces de quienes hemos tenido el privilegio de cursar estudios de posgrado, lo de Eusebio era desafiarnos, abrirnos la cabeza, que reflexionáramos críticamente sobre lo que creíamos saber, indagar de manera más profunda en nuestras aparentes certezas para explorar, especialmente en la historia

de las ideas, sobre las razones, los contextos y los fundamentos de aquello que para muchos de nosotros a ratos se presentaba como una novedad».

La tercera mesa de esta jornada de homenaje integró a diferentes colegas y compañeros de generación del profesor Eusebio Fernández. En esta sesión participaron José Luis Colomer, Concha Roldán, Liborio Hierro, Jesús Ignacio Martínez García y Rodolfo Vázquez.

José Luis Colomer, profesor (jubilado) de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, recordó, remontándose al año 1976, el contexto vital del Eusebio más joven y la relación con sus ideas y convicciones políticas: «En las inquietudes y trabajos de Eusebio encontramos una y otra vez esa impronta en su defensa de valores como la libertad, entendida sobre todo como libertad de conciencia e independencia personal, y la responsabilidad; el mérito ligado al trabajo y al esfuerzo; la racionalidad y la justicia; la honestidad; los valores de orden y seguridad; y, como en muchos de nuestros contemporáneos, el valor de la igualdad entre las personas, tan presente en algunas de las mejores versiones de la formación cristiana. Pero hay otros factores o influencias en esa formación moral y política de Eusebio. Mencionaré dos muy claros: su pasión por los libros y el contexto histórico-político, y también universitario, de su juventud y primera madurez».

A continuación, Concha Roldán, profesora de investigación del CSIC, recordó los años en que, siendo ella alumna de la Facultad de Filosofía en la Complutense, Eusebio Fernández era ayudante de López Aranguren y de Javier Muguerza: «Eusebio llegó a la Complutense de la mano de Aranguren. Aranguren venía de su exilio, era el gran esperado. Y Eusebio era su ayudante: iba con él. Nosotros esperábamos a Aranguren 'de una manera' y nos llegó 'un poco de otra'... No digo que defraudara: pero no resultó ser tanto el personaje que esperábamos... Y si no hubiera ido de la mano de Eusebio, probablemente, no hubiera sido tan amable y tan afable».

Liborio Hierro, catedrático (emérito) de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, centró su intervención en el debate en torno a la fundamentación de los derechos humanos que tanto él como el homenajeado han mantenido a lo largo de los años. Reconoce Hierro que «Eusebio es, creo, el filósofo español del Derecho que más se ha ocupado de las relaciones entre la moral y el Derecho. Lo ha hecho de forma sistemática y casi exclusiva. Casi todos sus libros (*Teoría de la Justicia y derechos humanos* del 84, *La obediencia al Derecho* del 87, *Estudios de Ética Jurídica* del 90, *Filosofía Política y Derecho* del 95, *Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: la racionalidad política* del 97, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita* del 2001, *Valores constitucionales y Derecho* del 2009 y *Marxismo, democracia y derechos humanos* del 2011) tratan sobre las relaciones entre la ética y el Derecho, con alguna inevitable atención a las relaciones entre la ética, la política y el Derecho».

Jesús Ignacio Martínez García, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria, se refirió «al paso de Eusebio por Santander, desde el punto de vista que yo tuve al sucederle en la cátedra; y también querría decir cómo Eusebio hace honor a su nombre». Sobre este último apunte, Martínez García señala que «la eusebeía griega, εὐσέβεια, que luego los latinos tradujeron por *pietas*, era una forma de entrega generosa, no solo afectiva. Significaba cuidado, atención a alguien, pensar en el otro y hacer algo por él».

Cerró esta mesa de colegas el profesor Rodolfo Vázquez, catedrático (emérito) de Filosofía del Derecho en el Instituto Tecnológico Autónomo de México,

quien centró sus palabras en los trabajos de Eusebio sobre marxismo y en la estrecha relación que el homenajeado ha mantenido siempre con México. Recordaba el profesor Vázquez un episodio de mediados de los años ochenta que le marcó profundamente: «una conversación con el filósofo mexicano Fernando Salmerón en la que le expresé mi interés por la Filosofía del Derecho, y sin dudarlo, me recomendó que leyera un libro de un profesor español que estaba trabajando con un gran sentido crítico la filosofía de John Rawls y explicaba con mucha claridad de qué iba eso del 'neocontractualismo', y su importancia para el mundo jusfilosófico. El libro era *Teoría de la justicia y derechos humanos*, y su autor, Eusebio Fernández. En el contexto universitario mexicano, al poco tiempo, el libro resultó ser una verdadera novedad: refrescante, profundo, contemporáneo en sus polémicas, y algo que quizás Eusebio no ha ponderado en toda su dimensión, un libro pedagógico y didáctico».

Llegando hacia el final de la Jornada, tuvo lugar la presentación de la reedición de la obra de Eusebio Fernández *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, un libro descatalogado y que vuelve a publicarse cuarenta años después de su aparición gracias a la editorial Palestra. El libro fue presentado por David García y Jesús Ignacio Delgado quienes, junto con José María Sauca, han estado al cuidado de su reedición. García y Delgado remarcaron la vigencia y actualidad que siguen manteniendo los planteamientos que en la obra se contienen, de ahí la oportunidad de su reedición que sirve, también, como tributo al homenajeado.

En este libro se pueden encontrar una serie de trabajos que tienen en común las que han sido las preocupaciones intelectuales prioritarias del profesor Eusebio Fernández en el campo de la filosofía jurídica, moral y política. Se pueden resaltar algunos temas que conforman el contenido del libro y que dan muestra de su riqueza y profundidad teórica: en *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*, el/la lector/a encontrará el intento de elaborar una Teoría de la Justicia muy próxima a una ética racional, ilustrada, no dogmática y superadora del relativismo moral. También se retoma allí el problema del fundamento de los derechos humanos y la necesidad de contar con buenas razones teóricas y axiológicas que los avalen. También hallamos un tercer enfoque, propuesto por el profesor Fernández García, que rechaza los modelos iusnaturalistas y positivistas tradicionales y que, no obstante, aún aspectos que parten de las teorías iusnaturalistas y de un cierto tipo de positivismo jurídico que son complementarios y que juegan un papel de elemento necesario para una teoría del Derecho contemporánea. Los capítulos finales de la obra están dedicados a la búsqueda de una justificación de los sistemas jurídico-políticos contemporáneos partiendo de una teoría de la legitimidad de tipo democrático, que aquí se identificará con la legitimación contractual y, en todo caso, defensora y respetuosa de los derechos humanos fundamentales.

David García y Jesús Ignacio Delgado también destacaron «algunos asuntos que fueron novedosos en su momento en la propuesta de Fernández García y que, a día de hoy, siguen siendo objeto de interesantes debates. Por un lado, la definición que aportó de los derechos humanos fundamentales como derechos morales. Las páginas que se dedican a la relación entre la ética y el Derecho en Kelsen y Hart son reflejo de unos planteamientos que todavía hoy mantienen su vigencia y no se hallan, mucho menos, ni agotados ni superados. También creemos que se puede destacar la importancia que otorga Eusebio Fernández al contrato social (y por tanto a esta tradición del pensamiento jurídico-político) como mecanismo para llegar a acuerdos básicos de actuación política a partir del reconocimiento de valores y principios básicos y fundantes (la dignidad humana y los derechos humanos como elementos sobresalientes). Y, en tercer lugar, resaltamos la defensa que se realiza a lo largo de todos los capítulos de la obra del valor del pluralismo: pues en un mundo como el nuestro donde el rawlsiano 'hecho del pluralismo' es un rasgo básico de cualquier

sociedad que se diga –con Popper– abierta no puede exigir uniformidad en las convicciones y creencias, tan solo pudiendo reclamar el cumplimiento de unas reglas de juego aceptables para todos como vía adecuada para garantizar la convivencia humana».

Para clausurar el Acto intervino el homenajeado con unas emocionadas palabras de agradecimiento por todas las muestras de cariño y reconocimiento recibidas. Eusebio Fernández hacía balance acerca del oficio del profesor universitario reconociendo que, «desde la medida de mi experiencia, y sacando conclusiones, merece la pena. Y puede desempeñarse dignamente. Aunque debemos tener cuidado en no considerarnos imprescindibles ni inmunes a la crítica. Al respecto me gusta recordar a Montaigne, cuando al final del capítulo XIII, *De la experiencia*, del Libro III, de sus *Ensayos*, escribe: ‘En vano nos encaramamos sobre unos zancos. Pues aún con zancos hemos de andar con nuestras propias piernas. Y en el trono más elevado del mundo, seguimos estando sentados sobre nuestro culo. Las vidas más hermosas son, a mi parecer, aquellas que siguen el modelo común y humano, con orden, más sin prodigio ni extravagancia’». Continuaba Eusebio Fernández añadiendo que, para alcanzar una vida más o menos plena o lo más rica posible, hay otras cosas esenciales además de una buena formación teórica. Y para argumentar sobre ello se apoya en un texto que –él mismo reconoce– le influyó bastante en su desarrollo intelectual: el prólogo –titulado “Para qué he vivido”– al primer tomo de la *Autobiografía* de Bertrand Russell. Eusebio hace suyas aquellas palabras del filósofo y matemático inglés cuando expresaba que «tres pasiones, simples, pero abrumadoramente intensas, han gobernado mi vida: el ansia de amor, la búsqueda del conocimiento y una insoportable piedad por el sufrimiento de la humanidad. Estas tres pasiones, como grandes vendavales, me han llevado de acá para allá, por una ruta cambiante, sobre un profundo océano de angustia, hasta el borde mismo de la desesperación». Reconoce Eusebio que, cuando leyó este texto por primera vez, en el verano de 1971, le inspiró tanto que quiso que aquellas palabras marcaran sus pasos y, con «bastantes dosis de ingenuidad y no menos de optimismo», mecanografió esos párrafos cambiando el tiempo del verbo del título original y escribió: “Para lo que viviré”. Estas tres pasiones, concluye Eusebio Fernández, «conformaron, a partir de un momento de mi existencia, unos ideales y un modelo de vida. La pregunta que se impone en este momento es cómo, y hasta dónde, esos deseos –ese añadido mío del ‘para lo que viviré’– se han hecho realidad. A esa pregunta no voy a contestar ahora, pues su respuesta llevaría mucho tiempo, un alto grado de parcialidad, la inclusión de perspectivas a veces enfrentadas en algún aspecto, muchas dudas y hasta complicaciones evitables».

Gustavo Zagrebelsky, La justicia como profesión

(2024) Palestra editores
Lima-Madrid, 261 pp.

Fernando Babi Ruiz*
Universidad de Sevilla
ORCID ID 0000-0002-2148-509X
fbabi@us.es

Cita recomendada:

Babi Ruiz, F. (2024). Gustavo Zagrebelsky, La justicia como profesión. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 400-418

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.9020>

Recibido / received: 30/08/2024
Aceptado / accepted: 01/10/2024

Resumen

Gustavo Zagrebelsky desarrolla en *La justicia como profesión* un estudio sobre la cultura jurídica de la sociedad. Y para ello, analiza la complejidad del derecho desde una doble perspectiva. De un lado, desde una perspectiva popular, carente de formación jurídica, que observa el mundo de la justicia como algo intrincado, misterioso, cargado de simbología y de un lenguaje barroco. Y de otro lado, la perspectiva de los juristas, profesionales dedicados a un ámbito complejo como el jurídico, proclive a la duda y a la incertidumbre. Para los primeros, el profesor italiano ofrece una guía de explicaciones históricas, filosóficas y simbólicas encaminadas a la comprensión popular del ámbito jurídico. Para los segundos, una serie de fundamentos y experiencias que ayudarán al jurista a abordar los conflictos propios de su profesión.

Palabras clave

Justicia, símbolos, juez, abogado, profesor.

Abstract

Gustavo Zagrebelsky develops a study on the legal culture of society in La Justicia como profesión. And to do this, it analyzes the complexity of the law from a double perspective. On the one hand, from a popular perspective, lacking legal training, which observes the world of justice as something intricate, mysterious, loaded with symbology and baroque language. And on the other hand, the perspective of jurists, professionals dedicated to a complex field such

* Trabajo enmarcado en el proyecto de investigación «Constitucionalismo multinivel y gobernanza mundial: fundamentos y proyecciones del cosmopolitismo en la sociedad del riesgo global» (PID2020-119806GB-I00) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

as the legal field, is prone to doubt and uncertainty. For the former, the Italian professor offers a guide to historical, philosophical and symbolic explanations aimed at popular understanding of the legal field. For the latter, a series of foundations and experiences that will help the jurist address the conflicts inherent to his profession.

Keywords

Justice, symbols, judge, lawyer, teacher.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La profesión. 2.1. Una profesión difícil. 2.2. Cliché. 2.3. Símbolos. 3. Los profesionales. 3.1. Abogados. 3.2. Jueces. 3.3. Profesores. 3.4. Estudiantes.

1. Introducción

El ex magistrado de la *Corte costituzionale* italiana, Gustavo Zagrebelsky, aborda en *La justicia como profesión* un estudio sobre las profesiones vinculadas al ámbito jurídico, en una obra que resulta interesante tanto para profesionales formados en el mundo del derecho como para legos que quieran conocer las distintas aspiraciones profesionales de los juristas, la imagen que de los mismos se proyecta a la sociedad o la simbología que envuelve el mundo de la justicia.

Una temática novedosa en la variada obra del italiano, en la que abundan trabajos relativos a la justicia constitucional (2012a, 2014), a las intersecciones entre esta y la política (2008), a la democracia (1996, 2007), a la distribución del poder (2017, 2020), o la evolución histórica de la Constitución y sus amenazas actuales (2005, 2023). Ello, sin olvidar *El derecho dúctil* (2016), obra de referencia del constitucionalismo contemporáneo y, posiblemente, la más reconocida de Zagrebelsky, donde analiza las transformaciones sucedidas con el paso del Estado de derecho al Estado constitucional y desarrolla una propuesta en favor de una dogmática fluida encaminada a la convergencia de las variadas facetas éticas, religiosas, culturales o políticas propias de las actuales sociedades pluralistas.

No es, sin embargo, la primera vez que el autor se interesa por el tema de los símbolos. Ya en *Simboli al potere. Politica, fiducia, speranza* (2012b) había tratado este aspecto alegórico en el ámbito del poder y la política. Y tampoco es la primera vez que el italiano aborda en una obra las funciones propias de una profesión del ámbito jurídico, como ya hiciera sobre la labor de los magistrados del Tribunal Constitucional en *Principios y votos. El Tribunal constitucional y la política* (2008), o como más recientemente ha analizado en *La lezione* sobre la figura del profesor y el carácter motivador que debe guiar sus enseñanzas (2022). Sin embargo, la obra que aquí recensiono resulta novedosa con respecto a los anteriores trabajos de su autor por realizar un análisis conjunto de las profesiones más fundamentales vinculadas con el ámbito de la justicia. Un empeño por explicar el particular funcionamiento del ámbito jurídico, su formalismo, simbología y características que lo diferencian del resto de profesiones. Pero no sólo eso. Es también una forma de auto-justificación de las distintas formas de actuación que tenemos los juristas, un intento de esclarecer los fines que deben guiarnos en nuestra andadura profesional y advertirnos de las tentaciones existentes que pueden desviarnos de los mismos.

La obra fue publicada originalmente en italiano en el año 2021 (Zagrebelsky, 2021), sin embargo, ha sido recientemente editada en castellano por Palestra, para cuya versión se ha prescindido del subtítulo que acompaña a la edición italiana;

*Un'indagine sulla natura, i simboli, i cliché di chi esercita le professioni del diritto*¹. Esta nueva edición resultará de gran agrado a los numerosos lectores e investigadores de la obra del profesor Zagrebelsky, buena parte de ellos de habla hispana.

El prefacio de la obra corre a cargo del catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra, Juan José Moreso, quien destaca cómo la misma se encamina «a poner de relieve la importancia de la cultura jurídica en las sociedades humanas» realizando «un retrato magnífico de las formas de representación y de comprensión de la justicia» (2024, pp. 10-11). La referencia de Moreso a la cultura jurídica para referirse a la obra de Zagrebelsky no resulta baladí. El italiano ha desarrollado en su amplia obra un concepto de justicia desvinculada de cualquier criterio absoluto o idea externa al contexto histórico-cultural de la comunidad de derecho para la cual la ley ha de valer como tal, defendiendo un modelo de justicia inserta en la historia y en su relatividad (2014, pp. 28-31), que se nutre del contexto cultural y social (2014, pp. 167-170).

El libro se encuentra dividido en dos partes; la primera de ellas titulada *La profesión* y la segunda *Los profesionales*. Así, la primera aborda el carácter complejo que rodea la profesión del jurista, derivado de la consustancial complejidad del derecho. Esta complejidad dificulta la propia labor del jurista y dificulta, a su vez, la capacidad de la sociedad para establecer parámetros objetivos y comprensibles sobre los conceptos del mundo de la justicia. Por esta incompreensión de los ciudadanos hacia el mundo jurídico, así como por avatares históricos y nombres propios que han pasado con peor o mejor fortuna al acervo popular, van surgiendo con el tiempo una serie de clichés que terminan por vincularse al ámbito jurídico y que el autor trata en el capítulo segundo de la primera parte.

Y como todo elemento complejo, la justicia necesita de símbolos, alegorías, personificaciones, atributos y signos que, por convención o asociación, representen una idea o virtud en la cultura popular, los cuales se analizan en el capítulo tercero.

La segunda parte del libro, *Los profesionales*, se encuentra estructurada en cuatro capítulos en los que el expresidente de la *Corte costituzionale* analiza la dedicación profesional al mundo de la justicia desde los estadios y profesiones y más prototípicas del sector; los abogados, jueces, profesores y estudiantes, finalizando con unas conclusiones a modo de cierre.

Se da la circunstancia de que las profesiones o actividades tratadas en el libro; abogados, jueces, profesores y estudiantes, son actividades que Zagrebelsky ha desarrollado durante su vida profesional. Es conocido que el italiano ha dedicado la mayor parte de su vida profesional a la actividad docente como profesor de las Universidades de Sassari y Turín. E igualmente notorio resulta su nombramiento el 9 de septiembre del año 1995 como juez del Tribunal Constitucional italiano, del que llegó a ser presidente del 28 de enero al 13 de septiembre de 2004. Sin embargo, menos conocido resulta el breve periodo en que el italiano ejerció la abogacía tras finalizar sus estudios de Derecho en la Universidad de Turín, como él mismo ha manifestado en la presentación de la edición italiana de la obra².

¹ Trad. «Una investigación sobre la naturaleza, los símbolos y los clichés de quienes ejercen las profesiones del derecho».

² «Incontro con Gustavo Zagrebelsky» celebrado el 16 de septiembre de 2021 para la presentación de la obra *La giustizia come professione* dentro de la 22ª edición del Festival Pordenon, Festa del libro con gli autori. (Disponible en: <https://www.pordenonelegge.it/guarda-e-ascolta/festival-2021?tipologia=audio>).

Podemos decir entonces que la obra, aunque no se limita a condensar el relato autobiográfico de una trayectoria profesional, sí que es fruto de las reflexiones y experiencias vividas por el autor en el ejercicio de cada una de esas profesiones que analiza, las cuales le han posibilitado adquirir una visión conjunta del ejercicio profesional del derecho. El libro es, por tanto, la obra de un jurista, madurada tras una vida de dedicación al derecho en las facetas más fundamentales en que puede ejercerse.

Siguiendo la metáfora de la justicia bifronte, tan empleada por el autor para referirse a la dualidad de la justicia y del derecho (2009, p. 352; 2014, p. 20 y 2024, p. 129), podríamos decir que el libro tiene, así mismo, dos caras: la que analiza la justicia desde fuera y la que analiza la justicia desde dentro. La primera, haría referencia a la justicia vista por la sociedad, por el público lego, sujetos pasivos de la justicia sobre los que se proyecta una imagen de la misma estereotipada, reservada y misteriosa. La segunda, referida a la justicia vista por los profesionales del ámbito jurídico, a los dilemas morales soportados por estos, a las distintas fórmulas de aprender, defender y aplicar el derecho que, a la postre, acaban formando distintos tipos de estudiantes, profesores, abogados y jueces. Y, consecuencia de esa concepción dual de la justicia en la obra de Zagrebelsky que trasciende al propio libro, este presenta, igualmente, dos fines. El primero, encaminado a mostrar la justicia al público profano, analizando los elementos, criterios y símbolos que puedan aproximarlos a la idea de justicia y a su comprensión. Y el segundo, destinado a los profesionales del ámbito jurídico, señalándoles el camino que debe seguir su actividad profesional para poder ser considerada una labor para con la justicia;

...una invitación a los juristas a hacer autocritica y a tener una dosis de autoironía (sic) y, una invitación, a quienes no son juristas, a la comprensión benévola o incluso a la admiración de quienes buscan su propia integridad en un campo tan difícil como el derecho (2024, p. 16).

Para ello, el italiano no incurre en idealizaciones desvinculadas de los problemas concretos que padecen la justicia y sus profesionales, ni complejas aspiraciones sobre el concepto de justicia que deba guiar la labor de los juristas, ni novedosos sistemas alternativos de solución de la conflictividad social. Más al contrario, centra sus esfuerzos en destacar la complejidad del derecho y de su ejercicio profesional, alejado de dogmatismos y utopías. En sus propias palabras, «el derecho no alcanza para hacer un mundo justo pero, sin el derecho, el mundo sería inconmensurablemente peor de lo que es» (2024, p. 16). Esta constatación de las limitadas capacidades del derecho en la ordenación de la vida social, perfilan los dos caminos principales por los que discurre la obra; recordar a los juristas la importancia del rigor profesional y de su función colaboradora con la justicia, y aclarar a los no juristas el carácter complejo y falible de la misma, como complejos y falibles son los seres humanos que, de uno u otro modo, participan en la misma.

2. La profesión

2.1 Una profesión difícil

La primera parte de la obra se encuentra dedicada a la profesión del jurista, genéricamente considerada, sin determinar las concretas funciones que pueden desempeñarse en el ámbito de la justicia, las cuales son analizadas en la parte segunda. El primero de los tres capítulos que la componen se destina a analizar la dificultad de la profesión del jurista y las preconcepciones o convencionalismos que sobre la profesión existen en la sociedad. Parte Zagrebelsky de que la conflictividad de la sociedad propia de nuestro tiempo implica una omnipresencia de juristas en

cada uno de los conflictos que se suceden, «ya sea por iniciativa propia o porque son llamados a intervenir» (2024, p. 17). Ciertamente, España y los países de su entorno presentan unas tasas de litigiosidad llamativas en relación con su población. Y esta tendencia al incremento de la litigiosidad no hace sino aumentar, según constata el Consejo General del Poder Judicial en su estadística sobre el año 2023 (CGPJ, 2023, p. 46) en el que se aprecia un incremento del 4,7% en el número de asuntos ingresados en los órganos judiciales respecto al año anterior.

Esta juridificación de los conflictos –seguramente, excesiva–, lleva al autor a concluir que «vivimos en una época jurídica» (2024, p. 17). Efectivamente, la gran mayoría de los conflictos suscitados en el ámbito social, laboral, deportivo, religioso, comercial, familiar, etc. terminan aterrizando en la mesa de trabajo de un jurista. Esto no debería implicar por sí mismo una juridificación de estos conflictos que colabore en el aumento de litigiosidad antes comentado. Dependerá del tipo de conflicto, de su entidad, de su repercusión social, del coste económico de su reclamación ante los órganos judiciales y, también, de la profesionalidad y habilidad del jurista para su resolución.

Los datos precisados sobre la litigiosidad pueden ser valorados desde dos puntos de vista. El primero de ellos consiste en la mera apreciación estadística de los datos relativos al número de procedimientos judiciales interpuestos anualmente en relación con el número de habitantes de un territorio concreto. De esta ratio, se pueden extraer conclusiones acerca de la poca entidad de los asuntos que son objeto de reclamaciones judiciales, el escaso éxito de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos como la mediación, la falta de formación de los profesionales en estas técnicas alternativas a la vía judicial, la cultura litigiosa de una sociedad, el papel de los poderes públicos, de medios de comunicación y de los profesionales del derecho para incentivar las reclamaciones, los litigios en masa caracterizados por un gran número de afectados, etc. Pero, desde el otro punto de vista, las altas tasas de litigiosidad también nos permiten extraer valoraciones sobre la cultura jurídica existente en una sociedad, sobre la importancia que los ciudadanos reconocen a sus derechos, su convicción en la defensa de los mismos, la reivindicación ante su atropello o su confianza en la justicia. Mientras del primer punto de vista la mayoría de conclusiones que podemos extraer tienen una connotación negativa y presentan las solicitudes ciudadanas de auxilio jurisdiccional como una cuestión folclórica o de poca entidad, el segundo punto de vista nos permite tomar conciencia del nivel de cultura jurídica existente en una sociedad, de la importancia que los ciudadanos aprecian de sus derechos y del conocimiento de los mismos, de lo afianzado del sistema estatal de resolución de conflictos frente a cualquier otro sistema alternativo. Las cuestiones de la justicia están abiertas a toda la sociedad y la sociedad participa de las mismas, desarrolla una cultura jurídica.

Todos, juristas y no juristas, pueden formarse una idea sobre la justicia, su funcionamiento y el papel desarrollado por sus actores principales. Sin embargo, las ideas conformadas por unos, juristas, y por otros, no juristas, no suelen a menudo coincidir. Con frecuencia, los juristas se perciben a sí mismos –al menos transmiten esa imagen, según el autor– como los custodios del derecho, veneradores del mismo, élite encargada de la defensa de una ciencia de conceptos válidos *a priori*. Sin embargo, ese papel cercano a la sacralidad no resulta, en absoluto, compartido por la sociedad profana que contempla el ámbito jurídico como una casta adinerada que se nutre de las desgracias ajenas (Zagrebelsky, 2024, p. 21). Más aún, la idea que los juristas tienen de sí mismos resulta contraria a la que la sociedad tiene de ellos. Cualquiera de estos planteamientos extremos será, seguramente, injustificado y motivado por circunstancias y personajes históricos que han alimentado una serie de arquetipos vinculados al ámbito jurídico, pero nos permiten apreciar algunas de las

cuestiones desarrolladas en la obra; la complejidad de la justicia, las diferencias existentes sobre sus contenidos y, en consecuencia, los inconvenientes de establecer conceptos objetivos de justicia.

2.2 Cliché

No obstante, esta imagen popular generada sobre la figura del jurista no es aplicada al resto de profesiones. Según analiza el autor, existen tres profesiones en las que las actuaciones de los profesionales que la componen generan una reputación extensiva. Las personas aglutinamos distintas experiencias sobre el trato con los profesionales de distintos ámbitos a lo largo de nuestra vida. De tal modo, encontraremos médicos, pescaderos, ingenieros, ebanistas, etc. que hacen correctamente su oficio y otros que no lo hacen correctamente. Profesionales que son diligentes, educados y competentes y otros que serán negligentes, maleducados e incompetentes. Sin embargo, rara vez se suceden expresiones en la sociedad tales como todos los médicos son malos profesionales, todos los pescaderos son corruptos, todos los ingenieros son maleducados o todos los ebanistas son incompetentes. Por el contrario, la mala actuación de un profesional en el ámbito de la justicia sí da lugar a este tipo de generalizaciones; todos los jueces –o la magistratura– son corruptos, todos los abogados son inmorales o todos los profesores de derecho son vagos. Según se desarrolla en la obra, los profesionales de la justicia –junto con políticos y periodistas– comparten lo que el autor denomina «responsabilidades difusivas», en virtud de las cuales los juicios de valor realizados sobre un profesional se extienden más allá del individuo y acaban afectando a la categoría entera de la que forma parte (2024, p. 25). Así, el magistrado que opera de forma incorrecta en el ámbito de su profesión enfanga la magistratura en su conjunto, el político que se corrompe mancha la política como tal y el periodista que escribe un artículo sobre noticias falsas infama el periodismo. ¿A qué se deben este tipo de generalizaciones? ¿Por qué se circunscriben a estas tres profesiones y no a otras? ¿Por qué un médico, pescadero o ingeniero es responsable únicamente del trabajo que personalmente ha realizado mientras que la actuación personal se proyecta –frecuentemente en su aspecto negativo– al conjunto de la profesión a la que pertenece cuando hablamos de juristas, políticos o periodistas? Según refiere el autor, juristas, políticos y periodistas cargan en sus hombros el deber de servir a la justicia, al bien común y a la veracidad fáctica (2024, p. 25), respectivamente.

Esta conclusión merece, a mi juicio, sino una crítica, al menos, una reflexión. Compartiendo la afirmación de que las acciones ejecutadas por los concretos profesionales de un sector acaban proyectándose y emponzoñando a la categoría a la que pertenecen; compartiendo igualmente que la capacidad de proyección de las calificaciones negativas es superior a la capacidad de proyección de las acciones nobles o alabanzas y, compartiendo también que las profesiones del jurista, el político y el periodista son, posiblemente, en las que más acentuadamente se aprecia esa proyección negativa del individuo a la categoría en que se enmarca, no parece que estas sean las únicas profesiones que sufran esta circunstancia. De un lado, al igual que el jurista persigue –o debe perseguir– la justicia como fin último de su profesión, el político debe perseguir el bien común y el periodista la verdad de los hechos narrados, entiendo que el resto de profesiones existentes persiguen igualmente un fin más o menos loable o, al menos, satisfacen una necesidad del conjunto de la sociedad. Así, el médico tiene como fin la salud –la conservación de la salud, el alargamiento de la vida y el alivio del dolor–; el policía tiene como fin la protección de la seguridad ciudadana y la garantía de la convivencia; el ebanista tiene como fin la elaboración de muebles en madera con el mayor preciosismo posible; y el ingeniero hidráulico el diseño, la construcción y operación de sistemas de abastecimiento de agua. De este modo, todas las profesiones que pudiéramos enumerar podrían tener

un fin beneficioso para destinatarios y, a gran escala, para la sociedad en su conjunto. Igualmente, el resto de profesiones suelen verse salpicadas por la fama negativa derivada de malas actuaciones de profesionales concretos. Así, la fama de chapuceros generada en torno a algunos albañiles suele proyectarse, a menudo, a la totalidad del gremio, la condena por corrupción de un policía mancha igualmente la imagen del cuerpo, y el banquero ladrón enturbia igualmente el nombre y la confianza en la banca.

Entonces, si del resto de profesiones puede predicarse un fin beneficioso para la sociedad y las malas actuaciones del profesional individualmente considerado se proyectan igualmente sobre la imagen del colectivo al que pertenecen, ¿a qué obedece esa distinción entre las profesiones del jurista, del político y del periodista respecto al resto? ¿Qué diferencias pueden existir en estas tres profesiones que provoquen que los efectos de esa traslación de la mala fama del profesional al colectivo al que pertenece sean más evidentes y más generalizados?

Si damos por cierto que el resto de profesiones también sirven, en última instancia, a fin socialmente beneficioso y que en todas se produce, en mayor o menor medida, una proyección del prestigio individual al colectivo, debemos analizar los fines de estas tres profesiones en relación con el resto para evaluar si existe alguna causa que justifique su diferenciación. Y este, creo, es precisamente el motivo que justifica tal distinción; las diferencias existentes entre los fines de cada profesión. No que existan profesiones con fines socialmente loables y otras que carezcan de ellos, sino el contenido de dicho fin. Me explico. Si un paciente acude al médico con placas en la garganta y el médico decide amputarle una pierna sin que esta se encuentre afectada de mal alguno, resulta evidente que ese médico se ha desviado en su fin consistente en la conservación de la salud, el alargamiento de la vida y el alivio del dolor. Si un policía en el ejercicio de sus funciones observa cómo se produce un robo sin que intervenga para evitarlo, está faltando a su fin consistente en la protección de la seguridad ciudadana y la garantía de la convivencia. Si un ingeniero hidráulico diseña una presa y para aumentar sus beneficios ahorra coste de los materiales provocando que esta colapse y se destruya, habrá faltado igualmente a los fines de su profesión. En estos casos, resulta evidente que los profesionales han fallado a los fines de su profesión y que estas prácticas afectarán negativamente al colectivo profesional del que forman parte. Por el contrario, si el médico hubiese detectado correctamente la enfermedad y aplicado la medicación correspondiente con la consiguiente recuperación del paciente, si el policía hubiese intervenido en el atraco, evitándolo y deteniendo a sus autores, y si el ingeniero hubiera destinado los costes oportunos a los materiales de la presa para que la misma soportase las presiones debidas habrían actuado de conformidad con los fines de sus profesiones. Estos ejemplos, deben tomarse, lógicamente, con todas las reservas y matices que la labor profesional de cada sector requiere y no significa que el resultado de su trabajo sea evaluable de forma simplista y alternativa del tipo bien o mal. Pero sí es cierto que los destinatarios de esos trabajos aprecian de una forma más nítida y elemental la corrección o incorrección de los mismos y, en consecuencia, cuentan con mayores fundamentos para evaluar la labor profesional realizada y, por último, para criticarla y proyectar esa crítica al conjunto de la profesión.

Por el contrario, en las profesiones de jurista, periodista y político la evaluación de la adecuación del trabajo realizado a los fines de la profesión no resulta tan nítidamente apreciable para el público lego en la materia. Y ello, porque entiendo que los fines de estas tres profesiones, a saber, la justicia, el bien común y la veracidad sobre los hechos resultan conceptos mucho más ambiguos que los correspondientes a otras profesiones. Como es sabido, el periodismo no pasa por sus mejores momentos. Las redes sociales como formas alternativas de información y

conocimiento de los hechos, la politización de los medios de comunicación o la proliferación de *fakes news* son solamente algunos ejemplos. Estas causas, unidas a otras como el estilo editorial del medio de comunicación, que actúa de filtro a la hora de ofrecer la noticia, o el afán de algunos profesionales por ser el primero en contar la exclusiva sin la confirmación de todos sus extremos, pueden ser algunas causas de la percepción que la sociedad tiene de algunos profesionales y su proyección al conjunto del periodismo. En el caso de la política, dejando al margen visiones partidistas, casos de corrupción, desvío de fondos públicos del fin previsto, etc., que han proliferado en los últimos años y, ciertamente, han deteriorado ostensiblemente la figura del político en concreto y de la política en general, debemos recordar cuál era el fin que habíamos convenido que debía guiar la política: el bien común. Ahora bien, ¿cómo determinamos el bien común? Sin ánimo de extender esta reflexión al ámbito de la distribución de los recursos públicos, de manera simplificada podemos indicar que la capacidad económica del Estado es limitada y que el dinero que se destina a un proyecto o pueblo concreto, se destina en detrimento de otros proyectos o pueblos que también se consideran necesitados de esa financiación. El fin de la política, esto es, el bien común, es un término sumamente ambiguo y su ejercicio, es decir, gestionar y tomar decisiones priorizando una serie de razones o argumentos en detrimento de otros, indefectiblemente genera el rechazo por los no favorecidos. Llegamos así al matiz que diferencia los fines de las tres profesiones analizadas respecto del resto y que genera esa especial capacidad de proyección negativa de sus profesionales al colectivo al que pertenecen: la ambigüedad. Es decir, la imposibilidad de conocer por el público lego si una actuación profesional es o no correctamente desarrollada en función de los resultados apreciados.

Y si periodismo y política tienen fines profesionales ambiguos, sin duda la justicia es el más ambiguo de todos. ¿Cómo se evalúa para el lego en derecho la actuación profesional del abogado que defiende al autor de un crimen repulsivo? ¿Cómo se evalúa la actuación del abogado cuando el autor del delito confiesa su culpabilidad *motu proprio*? ¿Cómo el de un juez que manda a prisión a terroristas aún con escaso fundamento legal o probatorio? La justicia es sin duda la profesión de la ambigüedad. Y no ya desde un punto de vista filosófico, atendiendo a las distintas concepciones de justicia que puedan existir en el conjunto de la sociedad, sino porque la naturaleza del propio procedimiento judicial es decisorio. Decidir, en la acepción que aquí nos atañe, significa, según la RAE, «formar juicio resolutorio sobre algo dudoso o contestable». Esto es, resolver una contienda sobre algo dudoso. Duda que podrá afectar a los hechos del caso, a la norma aplicable, a las pruebas practicadas, al ideal de justicia aplicable, etc. Y en todo juicio resulta una parte –más o menos– satisfecha y otra parte –más o menos– descontenta. Aparece, de nuevo, esa dualidad propia de la justicia que antes referíamos sobre el pensamiento del profesor Zagrebelsky. De tal modo, en toda aplicación de justicia habrá una parte descontenta, que juzgará desde su insatisfactoria posición la labor de los profesionales intervinientes generando una opinión al respecto –previsiblemente desfavorable– que acabará proyectándose a la justicia en su conjunto. Analicémoslo fríamente teniendo en cuenta el altísimo número de procedimientos judiciales desarrollados cada año en nuestro país; por cada procedimiento celebrado existe una parte –o varias– que, en base a sus legítimos argumentos, vislumbran la justicia desde una posición de crítica y reproche. Pensemos cuántos cientos de miles de reproches son generados anualmente contra la actuación de los profesionales intervinientes en un procedimiento –el juez, el abogado, etc.– y cómo estos se proyectan sobre el conjunto de la magistratura o la abogacía; tantos como procedimientos celebrados. En todo juicio hay un derrotado, un condenado a pagar alguna cantidad o un condenado a ingresar en prisión. En todo juicio hay, entonces, un/os potencial/es crítico/s de los profesionales intervinientes, críticas que, insufladas por el gran número de

procedimientos judiciales, se proyectarán hacia el conjunto profesional que corresponda maculando el fin último al que estos sirven, la justicia.

Este conjunto de críticas sobre los juristas han ido conformando una serie de clichés en torno a los mismos que son analizados por Zagrebelsky en el capítulo segundo de la primera parte. Términos como leguleyos, amoraes, rapaces, interesados o dogmáticos (2024, p. 49) son algunos ejemplos de la imagen que la sociedad tienen de los juristas –o de una parte importante de ellos– posiblemente arrastrados por la historia durante años con origen en algún suceso desagradable o justiciable descontento. Sin perjuicio de lo antes expuesto y partiendo de que cualquier generalización –y los clichés no dejan de ser la atribución a un colectivo de las características personales de uno o varios de sus componentes– es siempre injusta por su propio carácter generalista que omite a aquellos que no obran del modo criticado, sirve al menos para no caer en el desaliento y para valorar la dificultad de la labor del jurista, la frase del autor:

«¿Qué alma puede permanecer sana y qué rostro permanece bello en oficios que obligan a resistir las desgracias y miserias públicas, a analizarlas, a sopesarlas, a organizarlas de manera ordenada?» (2024, p. 60).

2.3. Símbolos

El capítulo tercero de la primera parte desarrolla un variado análisis de los símbolos que tradicionalmente han servido para representar la justicia. Según refiere el autor, desde las antiguas sociedades mesoamericanas o hebreas, la justicia era considerada como una virtud identificada con el orden, con el gobierno de forma ordenada. Y esa asociación entre las ideas de justicia y ejercicio del poder de forma ordenada provocó que la primera perdiera su especificidad, confundándose con el gobierno, no pudiendo ser explicada ni representada separadamente de éste (2024, pp. 69-70). Esa confusión entre la justicia y el arte de gobernar perdurará en la antigua Grecia rodeada de un importante componente mitológico y no será hasta época romana cuando se disociará la justicia del gobierno con la creación del derecho, la jurisprudencia y los juristas (2024, pp. 72-73). Con el tiempo, las distintas representaciones de la justicia irán prescindiendo de los atributos sagrados que la representaban y, pese a que en la Edad Media será representada frecuentemente acompañando a la figura del rey dando a entender la unificación de los poderes de gobierno y de justicia, ambos términos han llegado hasta nuestros días nítidamente diferenciados.

Como decíamos al principio, uno de los fines de la obra de Zagrebelsky es mostrar la complejidad del derecho y los símbolos han jugado un papel fundamental en la labor de representar y significar conceptos abstractos y complejos. Alegorías y representaciones sobre la justicia que han desarrollado durante siglos una fuerza imaginativa en sus observadores. Estas figuras y objetos vinculados al ámbito jurídico están, por tanto, encaminadas a despertar la conciencia, no el conocimiento, por lo que su eficacia dependerá de su capacidad de estimular esa fuerza imaginativa y despertar ese «excedente de significado» respecto de la cosa a la que se atribuye valor simbólico (2024, pp. 82-83).

Dentro de la miscelánea de símbolos vinculados al ámbito jurídico, Zagrebelsky destaca un patrón común en la representación de la justicia a lo largo de la historia y de los continentes: su carácter femenino. Una feminidad en la simbolización de la justicia que, según el autor, aparece en las más pretéritas figuraciones clásicas, como Themis o Dike, donde la justicia «es representada como una virgen sabia, hija del pudor, enemiga de la mentira, reflexiva, buena y bella en

todos los sentidos» (2024, p. 86). Una justicia femenina que el italiano identifica con la *Antígona* de Sófocles (2014), obra en la que Creonte simboliza la *lex*, entendida como la ley pública artificial y cambiante del Estado revestida de autoridad, mientras que Antígona simboliza el *ius*, la ley profunda y estable de los vínculos sociales (2009, p. 7), vinculada con «deber social de cuidar las tradiciones, de la reproducción, de administrar el hogar y de criar a los hijos» (2024, p. 97).

Esta representación femenina de la justicia heredada de las tradiciones clásicas y preclásicas se verá acentuada por el carácter maternal, protector y afectuoso derivado del cristianismo que, como señala el autor, evoca el papel de la madre como la intermediaria entre lo humano y lo divino, la dispensadora de gracias (2024, pp. 95-96).

Junto al género femenino, existen multitud de atributos a los que se recurre a la hora de representar la justicia de manera arquetípica. Posiblemente, el más reconocible de estos atributos y el más reproducido en obras artísticas, sedes de órganos judiciales y distintivos de bufetes y entidades vinculadas al mundo de derecho sea la balanza. Sobre la balanza, aclara el autor, que la constantemente representada en identificación de la justicia no es la balanza romana, que sostiene un plato frente al que se contraponen una unidad de peso determinada, sino la denominada balanza clásica, de platillos o de cruz. Esta última está formada por un eje vertical denominado astil cruzado por dos brazos de cuyos extremos penden dos platos. Este detalle no resulta baladí y conlleva importantes diferencias tanto en su funcionamiento como en sus evocaciones. La balanza romana cuenta con un solo plato teniendo un peso en el extremo contrario. Así, lo colocado en el plato será puesto en relación con el peso del otro extremo y, una vez estabilizado el plato, confirma que lo depositado en el plato pesa lo mismo que la unidad de peso del otro extremo, por ejemplo, 250 gramos. Sin embargo, en la balanza de cruz tal medida concreta o exacta no existe (2024, p. 102), sino que el peso de lo depositado en el plato se calibrará de forma relativa, en relación el peso de lo colocado en el plato contrario, no existiendo entre ellos referencia a ninguna unidad numérica o de medición del peso como eran los 250 gramos del ejemplo anterior. Así, en la balanza de cruz solo puede llegarse a la conclusión de que lo depositado en un plato pesa más o pesa menos que lo depositado en el plato contrario. De esta simbolización se coligen innumerables significados en orden a la justicia. En primer lugar, el carácter relativo de la misma, toda vez que el peso de uno de los platos, identificado con los argumentos, pruebas, derechos, etc. esgrimidos por una de las partes del litigio, debe ser puesto en relación con los mismos instrumentos que la parte contraria aporte en el suyo. De esta forma, en la justicia no existe un argumento, prueba o derecho que resulte siempre ganador, sino que, en virtud de ese carácter relativo, dichos instrumentos deberán ser considerados –pesados– en relación con los aportados por la otra parte en su plato. No existirían, por tanto, cartas ganadoras, derechos absolutos o triunfos seguros (García Amado, 2018, p. 52), que resulten vencedores con independencia de las razones, normas o pruebas que pudieran oponérsele. El resultado del pesaje en la balanza que simboliza la actuación de los tribunales reside, según Zagrebelsky (2024, p. 105), en una relación concreta, no en una verdad absoluta cuyo peso o capacidad de vencer en el pesaje pueda calibrarse de manera apriorística. Y significa, además, que por muy poderosas que sean los pesos –entendidos como argumentos, derechos, normas o pruebas– que una parte ponga en su plato de la balanza, también deben ser objeto de valoración los aportados por la otra parte en el suyo, aun cuando resulten perdedoras en el pesaje. Es más, de ese carácter relativo deriva la posibilidad de que los pesos colocados por una parte en su plato de la balanza sean superados por los aportados por el otro litigante y pierda el litigio, pero que esos mismos pesos le sirvan para salir vencedor en un pleito futuro en que su contrario aporte un peso menor. La solución alcanzada por la balanza no fija, en consecuencia, un resultado

en abstracto, que pueda servir para la predicción de casos futuros, sino un resultado en concreto, válido para ese pesaje en relación con esos específicos pesos aportados, pudiendo variar su desenlace al alterarse levemente el peso de los platos en otro procedimiento similar o futuro. Según este planteamiento, el carácter binario o disyuntivo propio de la calificación jurídica (García Amado, 2023, p. 514) se circunscribe únicamente al juicio –pesaje– concreto, no sirviendo como referencia para el futuro, ya que podría suceder que una parte que colocase en su plato de la balanza sus argumentos, derechos y pruebas y resultase vencedor en el procedimiento, tiempo después, enjuiciándose unos hechos idénticos y valiéndose de los mismos argumentos, derechos y pruebas resultase perdedor por haber pesado más los colocados por la parte contraria en su plato de la balanza.

Además, la representación de la balanza puede aludir también a interpretaciones sobre la función judicial y sobre la idea de justicia que pretenda aplicar el juzgador. Así, la función del juez puede identificarse con la mera constatación del resultado de la balanza, declarando vencedor a la parte que más peso haya depositado en su plato. O, por el contrario, puede dirigirse la función judicial a la búsqueda del equilibrio que debiera existir en la sociedad, evaluando el resultado de la balanza no por lo que efectivamente pesa –el ser–, sino lo que debería arrojar –el deber ser– reduciendo el desequilibrio entre fuertes y débiles, pobres y ricos, poderosos e insignificantes (Zagrebelsky, 2024, p. 105). Otra interpretación relacionada con el simbolismo de la balanza como representación de la justicia sería la encaminada a analizar la relación entre el delito cometido y el castigo previsto, colocando cada uno de ellos en los distintos platos y observando la relación de armonía o proporcionalidad entre sus pesos.

Junto a ello, Zagrebelsky analiza otros símbolos frecuentados en la representación de la justicia como son la espada, que «separa a los buenos y a los malvados o bien divide las malas razones de las buenas, una vez que con la balanza han sido comparadas y sopesadas» (2024, p. 101); o la venda en los ojos, figurando la ceguera de la justicia, símbolo de la ponderación y la imparcialidad (2024, p. 127) en alusión al desconocimiento del juzgador de las concretas circunstancias de las partes tales como la raza, religión, posición social, vínculos de amistad o enemistad que pudieran influir en el resultado de su decisión.

Finalmente, aunque menos frecuentado, encontramos la rodilla desnuda, símbolo de la justicia como clemencia, «de la misericordia hacia el suplicante, es decir, el ablandamiento de la mecanicidad de la balanza y de la implacabilidad de la espada» (2024, p. 127). Pudiera parecer que esta cualidad clemente y moderadora del castigo resulta contraria a las cualidades predicadas de la venda y la justicia ciega de la que se deriva una igual aplicación de la justicia a las partes con independencia de las circunstancias personales. Sin embargo, este aspecto atenuador no guarda, en mi opinión, relación con la venda en los ojos y sus evocaciones, de la que únicamente se espera una omisión de las circunstancias personales de las partes y un trato igual para las mismas. Por el contrario, este aspecto moderador guarda relación con la balanza, con aquello que la parte vencida en el procedimiento haya depositado en su plato de la balanza. Según decíamos antes, el carácter relativo del pesaje de la balanza, y por ende de la justicia, obliga a tener en consideración lo depositado por el vencido en su plato de la balanza, esto es, las circunstancias, pruebas, argumentos, derechos, antecedentes, propósitos de enmienda, gravedad de los hechos, reincidencia, etc. Ahora bien, la atención de estas circunstancias no resulta incompatible con el carácter ciego o imparcial de la justicia simbolizados por la venda, ya que estas circunstancias no son tenidas en cuenta para la aplicación de justicia, es decir, para decidir cuál de los dos platos pesa más y por tanto quién resulta vencedor del litigio. Por el contrario, estas circunstancias se ponderarían una vez

resuelto el litigio, a la hora de concretar o aplicar la pena impuesta al vencido, donde dicho carácter atenuante o moderador del castigo no implicaría un trato desigual de los elementos depositados por las partes en la balanza.

3. Los profesionales

La segunda parte de la obra analiza las distintas actividades que pueden desempeñarse en torno al derecho, ya sea desde su aprendizaje inicial como estudiante universitario, ya sea mediante el ejercicio profesional que dicha formación permite desarrollar, bien como jueces, abogados o profesores. Ciertamente, existen otras múltiples formas de desarrollo profesional además de las analizadas en la obra, como pueden ser el ejercicio del notariado, el registro de la propiedad o mercantil, la fiscalía, la inspección laboral y de Hacienda, o la asesoría jurídica tanto dentro como fuera de una entidad empresarial. No obstante, la lista de profesiones no mencionadas en la obra pudiera volverse incalculable en nuestro actual mercado laboral, sometido a constantes cambios que provocan la aparición de nuevas profesiones mientras otras caen en desuso, nuevas formas de desempeño del trabajo, nuevas herramientas, nuevos mercados, etc. Con todo, puede que las escogidas por el profesor Zagrebelsky condensen cuestiones fundamentales que resulten, al menos parcialmente, extrapolables al resto de profesiones jurídicas no analizadas. Además, mientras que las profesiones omitidas en la obra podrían circunscribirse, con sus obligados matices, al trabajo en la administración pública y en la empresa privada, las escogidas por el italiano condensan las labores más prototípicas, simbólicas y conflictivas del ámbito jurídico.

El estudio abordado por Zagrebelsky cuenta además con la siguiente particularidad que pudiera resultar extensible al conjunto de profesiones del mercado laboral: de las actividades analizadas en torno al derecho, sólo el estudiante presenta una actitud pasiva, esto es, recibe clases, es instruido. Por el contrario, tanto el abogado, mediante la defensa o acusación que desarrolla, el juez al decidir y fundamentar sus sentencias y el profesor al instruir o enseñar, desarrollan un papel activo. Ciertamente, también pudiera decirse que el estudiante estudia. Sin embargo, en mi opinión, esa actividad del estudiante, que comúnmente llamamos estudiar, se encamina a la fijación o comprensión de conceptos que han sido previamente facilitados al estudiante. Así, una vez ha sido instruido, el estudiante puede iniciar el estudio y procesar la enseñanza recibida. De igual modo, podríamos establecer relaciones bilaterales en función del papel desarrollado por cada una de estas figuras; el estudiante demanda instrucción y el profesor se la proporciona, el abogado demanda amparo o protección para los derechos de su patrocinado y el juez se la reconoce.

Sirva también como excusa de las omisiones a otras profesiones contenidas en la obra que, como el propio Zagrebelsky ha señalado y hemos comentamos anteriormente, las cuatro facetas analizadas: estudiante, profesor, abogado y juez han sido desempeñadas por él mismo, lo que le reconoce, además de una amplia y variada trayectoria profesional, la autoridad para el análisis de las mismas desde su propia experiencia. Esto es, se aúnan en estas reflexiones la observación y la autocrítica.

3.1. Abogados

Zagrebelsky presenta la figura del abogado como un mediador, como aquel sujeto que realiza la primera transformación encaminada a la actuación de la justicia, esto es, hacer «entrar la multifacética experiencia de la vida en la tipicidad del derecho» (2024, p. 139). Acudir al abogado, presupone, entonces, admitir un papel dependiente

de la persona que requiere la asistencia, una falta de autonomía, conocimiento o pericia de la persona que acude al despacho del letrado. Tal circunstancia pudiera resultar predicable de cualquier profesión, en el sentido que se acude a un profesional para obtener un resultado que uno mismo no conoce, no puede o no quiere hacer. Sin embargo, esta circunstancia adquiere especial notoriedad en el ámbito de la abogacía cuando alguien acude al letrado para la defensa de sus personales derechos. Dicho extremo puede ser debido a la falta de formación, pericia o confianza del cliente en el ámbito jurídico y de la consiguiente necesidad de asesoramiento por un profesional cualificado, pero también es resultado de una imposición *ex lege* para algunos –la mayoría– de los procedimientos judiciales. Con las escasas excepciones previstas en las normas procesales, el ciudadano no puede defender sus derechos en sede judicial sin la asistencia del abogado. Esta circunstancia supone «un peaje que pagar para acceder a la administración de justicia». Dejarse representar por un abogado es «reconocerse niño» ante el funcionamiento de la máquina del Estado (Zagrebelsky, 2024, p. 141).

Estas deducciones, aunque cargadas de simbolismo, merecen, a mi juicio, algunas matizaciones. De un lado, porque solicitar el auxilio de un profesional y, en consecuencia, reconocerse lego en una materia no implica el autorreconocimiento de un carácter infantil. Mas al contrario, infantil resultaría la actitud obcecada de intentar asumir unas funciones para las que no se cuenta con preparación, desconociendo los riesgos que dicha actuación puede conllevar y la gravedad de los resultados que se pueden suceder. Por el contrario, reconocerse lego en una materia –que no implica ser un ignorante, simplemente no contar con formación en esa especialidad de esa concreta actividad– y, sopesando la importancia y repercusión de los intereses en juego, solicitar la intervención y auxilio de un profesional experto en la rama supone un gran ejemplo de madurez e inteligencia. ¿A alguien se le ocurría prescindir de la asistencia médica para superar una enfermedad de gravedad, practicándose a sí mismo una intervención o tratamiento? ¿Alguien osaría restaurar una obra de arte de incalculable valor y antigüedad por él mismo, sin contar con los medios y formación adecuada? ¿O construiría sin los debidos conocimientos la casa bajo cuyo techo vivirá su familia con el riesgo de que se derrumbe? La respuesta a estas preguntas, salvo casos de extrema inconsciencia u osadía, es consabida. Por tanto, contratar el servicio de un profesional experto en la materia correspondiente no implica un tratamiento infantil ni una baja percepción de sí mismo. Todo lo contrario.

Sentado lo anterior, pudiera parecer que el imperativo legal que preceptúa la intervención obligatoria del letrado en la defensa de los intereses del sujeto en la mayoría de los procedimientos judiciales previstos en el ordenamiento obedece a cuestiones distintas de las antes referidas. Sin embargo, la esencia de tal imposición tiene los mismos fundamentos. La actuación ante la administración de justicia exige el conocimiento de cuestiones formales y materiales propias de la práctica forense del derecho sin las cuales se haría imposible el correcto funcionamiento de los juzgados y tribunales. Ello no implica que la justicia sea un cuerpo hermético inaccesible para los no juristas. Tampoco es una crítica a las actuales tendencias encaminadas a adaptar el lenguaje de las resoluciones judiciales a un público lego en formación jurídica que, a la postre, es su destinatario y no los profesionales intervinientes (Muñoz Álvarez, 2010). Pero facilitar al destinatario de la resolución judicial el completo conocimiento del contenido de la misma, prescindiendo de tecnicismos excesivos y barroquismos innecesarios, no implica reducir la totalidad del proceso judicial a unas prácticas cándidas y simples que, al final, redundarían en contra de las garantías del justiciable. Es por ello que la práctica forense ante la administración de justicia exige contar con los oportunos conocimientos necesarios para desarrollar de forma adecuada –al funcionamiento de la propia administración de justicia y a los intereses, derechos y garantías del justiciable– la defensa jurídica. Con todo, existen

procedimientos en los que, debido al carácter dispositivo que lo preside, a la escasa cuantía de lo discutido y al carácter simplificado del procedimiento, el ordenamiento jurídico prevé que la persona pueda representarse a sí misma sin la intervención de abogado.

Especial atención merece la dicotomía sobre el papel del abogado planteada en este capítulo según la cual el abogado es considerado, de una parte, un sujeto del proceso que actúa en interés de la justicia o en auxilio del juez, y de otra, el sujeto que actúa en defensa de los intereses de su cliente, actuando de conformidad con los mismos (2024, pp. 141-142). Ambas posiciones pueden fácilmente entrar en colisión, de manera que servir al interés de la justicia y servir a los intereses del cliente se conviertan en posiciones incompatibles. ¿Qué interés debe prevalecer y qué interés debe ser sacrificado en la actuación del abogado: la colaboración con la justicia en la búsqueda de la verdad o la defensa de los intereses de su cliente?

La pregunta parece no tener una respuesta concluyente, sino que dependerá de las concretas circunstancias e implicaciones del caso y, fundamentalmente, del sentido profesional y deontológico que asuma el abogado en el ejercicio de su profesión. Así, el abogado defensor del cliente cuyo cometido es ganar el caso aún a riesgo de sacrificar su función colaboradora con la justicia y el abogado cuyo objetivo es colaborar con la justicia aún a riesgo de sacrificar los intereses de su cliente conviven en la práctica de la abogacía. Podríamos decir, incluso, que ambas tendencias conviven en la propia figura del abogado quien en cada encargo profesional y en cada actuación judicial debe superar el dilema consustancial a su profesión y optar por cuál de los dos cometidos va a desempeñar. Así, «esta duplicidad de lealtades expone a los abogados y a su conciencia ético-profesional» a muchas cuestiones a menudo ignoradas por la ciudadanía, sumiéndolos en dilemas morales que, con los años, acaban permeando, imponiéndose un estilo al otro y forjando el carácter definitivo como profesional (Zagrebelsky, 2024, p. 143).

Estas circunstancias nos ilustran sobre los constantes dilemas y compromisos morales que se suceden en el ejercicio de la abogacía y que recientemente está dando lugar a numerosos estudios sobre el estrés, ansiedad o síndrome *burnout* en esta profesión (Jorge Barrio, 2016). A ello, se suman los clásicos dilemas propios del ejercicio de la profesión, como recuerda el autor en relación con el epígrafe *La conciencia del abogado* al tratar los casos en que el abogado, consciente de la culpabilidad de su defendido, asume la defensa del mismo. El ejemplo no debe ser ocasional si tenemos en cuenta que una de las claves de la relación abogado-cliente es la confianza. Con todo, sigue existiendo en la conciencia popular una incompreensión sobre la imagen del abogado defensor y una traslación al mismo de las críticas que recaen sobre su cliente. Como señala Zagrebelsky, «el público profano, quizás con cierta superficialidad, piensa que defender a alguien que ha cometido una mala acción y abogar por su inocencia equivale a hacerse corresponsable» (2024, p. 152). En realidad, pueden ser variados los argumentos que puede encontrar el abogado para justificar su actuación a sabiendas de la culpabilidad de su cliente. En ocasiones, dicha actuación puede obedecer a una designación como abogado de oficio que vincula al abogado en la defensa del cliente. También pueden entrar en juego aspectos como la amistad, la fama del defendido y la consiguiente publicidad del letrado o simplemente la cuantía de los honorarios. Igualmente aceptable resultaría la justificación de la actuación del letrado conocedor de la culpabilidad de su cliente y de una previsible sentencia en su contra que centre su labor en garantizar el debido proceso y juicio justo de su cliente, evitando cualquier vulneración de sus derechos.

3.2. Jueces

El segundo capítulo de la segunda parte se encuentra dedicado a la función judicial. Si bien Zagrebelsky ejerció brevemente la abogacía tras su formación universitaria, pasando a desarrollar su carrera como profesor, debemos recordar que en el año 1995 fue nombrado juez del Tribunal Constitucional italiano, del que llegó a ser presidente en el periodo comprendido de enero a septiembre de 2004. En consecuencia, las reflexiones de este capítulo cuentan con un importante peso vivencial acumulado durante el ejercicio en primera persona por el autor.

Así, el italiano analiza la función judicial desde la perspectiva bifronte que sirve de prisma para el desarrollo de toda su obra y también del presente libro. Este aspecto dual desde el que Zagrebelsky, a menudo, acomete el análisis de fenómenos e instituciones lo ha desarrollado para referirse a la dualidad forma-sustancia (Zagrebelsky, 2014, p. 20), a la relación entre constitución y ley (Zagrebelsky, 2009, p. 352), a la tensión entre *ius* y *lex* (Zagrebelsky, 2004, p. 11) ejemplificados frecuentemente en las leyes defendidas por Antígona y Creonte (Fassó, 1983, p. 26), así como otros autores han hecho en otras materias, como la naturaleza de los principios (García Figueroa, 2005, p. 168). Así, el papel que el juez encarna dentro de la sociedad, investido de la consiguiente autoridad, presupone una dualidad y una diferencia de posiciones, «la de quien ejerce un poder sobre otro (el juzgador sobre el sujeto juzgado) y el lado de quienes sufren el ejercicio del poder (el sujeto juzgado ante el juzgador)» (2024, p. 175). Y esta dualidad se caracteriza por una asimetría entre las posiciones que el juez y el sujeto juzgado ocupan, que se resuelve en una posición de superioridad en favor del juez, respaldada por la fuerza de la ley que reviste su función. Este desequilibrio entre la posición del justiciable y la del juez –en representación de la fuerza del Estado– personifica, a juicio del autor, la división social y la ruptura de la armonía entre los ciudadanos. Así, del original equilibrio entre los ciudadanos, propio de la posición original (Rawls, 2012, p. 117) en que todos son iguales ante la ley, se produce una oscilación mediante la que el sistema estatal se sirve de uno de esos iguales, revistiéndolo de la fuerza de ley y colocándolo en una situación de superioridad respecto al resto. En consecuencia:

Los jueces son hijos -no de la justicia y la verdad sino- de la supremacía de la ley que da forma jurídica a las ideas de verdad y de justicia de quienes, teniendo la fuerza, logran dominar y manipular esa forma (Zagrebelsky, 2024, p. 175).

De forma similar a la analizada respecto de la figura del abogado, Zagrebelsky identifica distintas actitudes que puede adoptar el juez en el desarrollo de su función. Se muestran así, el juez técnico, regido en exclusiva por la ley y por el consecuencialismo propio del silogismo jurídico (2024, p. 17); el juez político, cuyas sentencias se encaminan a «fortalecer el vínculo de confianza del pueblo hacia las instituciones» descartando por arbitrarios los pronunciamientos que puedan erosionar tal vínculo (2024, p. 180); el juez empático, que se sitúa en la posición del acusado, identificándose con el mismo y mostrando compasión (2024, p. 182); el juez redentor, identificado con aquel que concibe la pena como medio para la reeducación y la rehabilitación (2024, p. 184); o el juez vengador, «orgulloso de sí mismo, de su misión, de los símbolos que rodean su poder», «protectores del bien y perseguidores del mal» (2024, p. 186), entre otros.

Resulta admisible pensar que, con independencia de la letra de la ley, la concepción de justicia que tenga el juez trascenderá en su forma de aplicarla. Y la escasez de criterios metodológicos sobre el proceso decisorio desarrollado por el juez para alcanzar sus conclusiones provoca en los justiciables una falta de previsibilidad del sentido de las resoluciones a la par que una orfandad de fórmulas de contraste de

la corrección y validez de dicho proceso decisorio. En ausencia de esos criterios, la decisión del juez únicamente puede ser examinada a través de la argumentación y fundamentación que justifique en la sentencia. No es esto un alegato en favor de la mecanización de la justicia, a la que parecemos abocados a la vista de los avances de la inteligencia artificial, que prive al juez de cualquier flexibilidad en sus decisiones, pero sí una llamada de atención sobre la escasez de instrumentos que permitan contrastar y calificar como correcta o incorrecta la solución decidida por el juez.

La función judicial ha evolucionado en los últimos tiempos, del mismo modo que lo ha hecho el ordenamiento y la propia concepción de justicia imperante. La sociedad pluralista propia de nuestro tiempo genera una casuística interminable que hace imposible su previsión en la ley. En consecuencia, la función judicial se transforma en búsqueda de nuevos mecanismos e instrumentos para la resolución de los casos. El juez ha dejado de ser «la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de ellas» (Montesquieu, 1906, p. 237). Del espíritu legalista se ha pasado a la búsqueda de la respuesta correcta propia de las teorías contemporáneas (Dworkin, 1989, p. 175) que indefectiblemente reconocen al juez una función creadora del derecho. De la subsunción a la ponderación de principios como mandatos de optimización (Alexy, 1993, p. 86). La función judicial se torna aún más compleja, no ya por imaginables dilemas morales y desproporcionadas cargas de trabajo a la que son sometidos los jueces, sino por la propia mutación del ordenamiento jurídico y de los mecanismos de interpretación, que exigen del juez unas cualidades sobrehumanas, hercúneas (Dworkin, 1989, p. 177).

3.3. Profesores

El tercer capítulo de la segunda parte lo destina el autor a la profesión a la que ha dedicado la mayor parte de su vida profesional, la docencia. Finalizados sus estudios universitarios en 1966, y tras un breve periodo de ejercicio de la abogacía, Zagrebelsky comienza su carrera como profesor de *Diritto costituzionale e dottrina dello Stato* en las Universidades de Sassari y Turín, a la que regresó tras su etapa como juez del Tribunal Constitucional italiano en el año 2004. Si atendemos a su dedicación temporal y a la mayoría de su obra (2018, 2019), la de profesor ha sido la actividad fundamental de su trayectoria profesional. No en vano continúa publicando obras relativas a la docencia (Zagrebelsky, 2022).

Esa cercanía y conocimiento de la situación de la docencia le hace ser especialmente (auto) crítico en este capítulo, en el que puede apreciarse una suerte de balance de la trayectoria profesional desarrollada (2024, p. 215). Consciente de la importancia del profesor en la vida de sus estudiantes, destaca la íntima dedicación a la propia labor necesaria en la docencia, centrada en la formación constante, el estudio y la escritura.

El italiano distingue dos concepciones del derecho que conllevan importantes implicaciones para el ejercicio de la docencia: la *scientia iuris* y la *prudentia iuris*. La *scientia iuris* la identifica con el aspecto metodológico, el razonamiento formal, las reglas de la lógica, la deducción extraída de axiomas y, en definitiva, una concepción del derecho guiada por su carácter científico que se centra en eliminar «todo elemento ajeno a la gramática del derecho» y que el autor define como «método jurídico» (2024, p. 218). Este planteamiento, reduce el derecho a su aspecto teórico y formal y, en consecuencia, prescinde de cualquier contenido práctico propio del ámbito de las relaciones sociales, dando como resultado el rigorismo, el formalismo o la inobservancia de la realidad social (2024, p. 219).

Frente a la *scientia iuris*, Zagrebelsky presenta la *prudentia iuris* como modelo identificado con saber proveer con lucidez y madurez, superador del rigorismo y estrecheces metodológicas de la *scientia iuris*. La *prudentia iuris* aúna el derecho como forma y el derecho como sustancia, lo teórico y lo concreto de la realidad social. Así, forma y sustancia se alimentan recíprocamente (2024, pp. 219-220).

De este posicionamiento se sirve el autor para distinguir dos modelos de profesores: el profesor que conoce las leyes y el profesor que calcula con el derecho. El profesor que conoce las leyes sería aquel que basa su docencia en el aprendizaje de las normas, desconociendo la distinción entre derecho y leyes, mediante un manual que resulta un compendio de textos legislativos y un tipo de examen consistente en preguntar sobre los más recónditos detalles de dicho manual. Del otro lado estaría el profesor que calcula con el derecho, identificado con aquel que prioriza las instituciones y la realidad social por encima de las normas y sus modos de armonización. Es este un profesor de signo conservador, en el sentido que atiende al derecho arraigado en la historia y la continuidad de las instituciones, desacralizando «mitos como el de la omnipotencia del derecho en manos de los políticos de turno» (2024, p. 224). Según este modelo, el derecho bebe de y, a su vez, alimenta a la historiografía. La ciencia del derecho mantiene su carácter científico, pero ya no se encuentra encerrada en sí misma, impidiendo la entrada de elementos externos a la ley, sino que, «por el contrario, es tributaria y colaboradora de las ciencias históricas» (2024, p. 225). Y siendo variados los elementos que pueden entrar al participar del mundo del derecho, éste no puede aprenderse únicamente con el estudio de los textos legislativos, sino que se precisa formación cultural.

3.4. Estudiantes

Paradójicamente, el último capítulo –con la salvedad de las breves conclusiones para las que el autor reserva las últimas páginas– se encuentran dedicadas a la etapa inicial del jurista y momento común compartido por todos ellos con independencia de su definitiva vocación profesional: la figura del estudiante.

Avivado por su experiencia profesional, Zagrebelsky defiende «la atracción intelectual y emocional de los estudiantes» como deber primordial de la enseñanza (2024, p. 237). Critica así las tendencias docentes encaminadas a la mera impartición de la materia, «como si fuera una cosa inanimada y sin capacidad de generar atracción» (2024, p. 238), los sistemas –voluntarios o forzosos– de impartición de docencia a distancia, que impiden el necesario trato entre alumno y profesor y relegan al estudiante a un rol exclusivamente pasivo. Aboga por un papel comprometido del profesor con aquellos estudiantes que muestran su entusiasmo y vocación por la justicia, aun cuando su experiencia le recuerde las frecuentes disrupciones entre el derecho y la justicia, entre los ideales y la realidad de la vida exterior al aula (2024, p. 247).

Zagrebelsky se muestra igualmente crítico con los actuales modelos de exámenes, encaminados a «determinar cuánta materia ha sido transferida del profesor o desde el libro hacia la mente del estudiante» (2024, p. 250). Este sistema de enseñanza se limita a exigir al alumno la retención y almacenamiento de información, prescindiendo de incentivar la capacidad crítica. Partidario de eliminar el examen como comúnmente se lo concibe, el autor se muestra partidario de un modelo de evaluación que permita «comprobar, ante todo, si el tiempo dedicado al estudio ha nutrido o no el espíritu, si lo ha puesto o no en movimiento» (2024, p. 251). La materia, así, es necesaria en una cierta cantidad, pero inocua sin el fuego que la inflame. La pasión y el espíritu crítico del estudiante son la llama que debe prender e inflamar al profesor.

A la vista de esta crítica del autor al modelo de examen no puede esperarse una consideración diferente del actual sistema de evaluación y calificación. Considerar la calificación como una suerte de pesaje de la materia retenida por alumno servirá para medir una cantidad, en este caso de ese material almacenado. Ahora bien, si lo que se pretende es prender la llama del estudiante y calibrar el interés despertado, dicho sistema se muestra inservible. No significa esto que el italiano se muestre partidario de un sistema de evaluación que omita por completo contrastar las materias aprendidas por el estudiante, ya que «como todas las subidas, también el progreso en el ámbito del conocimiento debe sufrir controles y prueba de obstáculos» (2024, p. 152). El aprendizaje de la materia es necesario, como necesaria es la materia en una cierta cantidad para que se produzca el fuego. Ahora bien, prestar atención exclusivamente a la materia hace olvidar la valoración del espíritu. Así, lejos de los sistemas de calificación numérica, propios de los sistemas de evaluación de la materia aprendida por el estudiante, el italiano propone una alternativa coherente con su idea de lo que debería ser objeto de calificación para evaluar si el «estudio ha nutrido o no el espíritu, si lo ha puesto o no en movimiento». Y para ello, no servirían los tradicionales modelos de medición de la materia aprendida por el alumno mediante su concreción en cifras del cero al diez, si no un sistema disyuntivo, ya que «la chispa no se enciende poco o mucho; simplemente se enciende o no se enciende» (2024, p. 252).

Bibliografía

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. E. Garzón Valdés, Colección el Derecho y la Justicia, CEC.
- Consejo General del Poder Judicial (2023). *La justicia dato a dato. Año 2023. Estadística judicial*. Ed. CGPJ.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Fassó, G. (1983). *Historia de la Filosofía del Derecho. Vol. 1. Antigüedad y Edad Media*. Pirámide.
- García Amado, J. A. y Atienza Rodríguez, M. (2018). *Un debate sobre ponderación. Academia Plurinacional de Estudios Constitucionales*. Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia.
- García Amado, J. A. (2023). *Argumentación jurídica. Fundamentos teóricos y elementos prácticos*. Tirant lo blanch.
- García Figueroa, A. (2005). *La teoría del Derecho en tiempos del constitucionalismo, en Neoconstitucionalismo(s)*. Trotta.
- Jorge Barrio, V. (2016). La abogacía ¿una profesión de riesgo? *Diario La Ley*, 8682.
- Montesquieu, C.L. (1906). *Del espíritu de las leyes*. Trad. S. García del Mazo. Librería general de Victoriano Suárez.
- Muñoz Álvarez, G. (2010). La modernización del lenguaje jurídico. *Diario La Ley*, 7384.
- Rawls, J. (2012). *Teoría de la justicia*. FCE - Fondo de Cultura Económica.
- Sófocles. (2014). *Antígona*. Trad. J. F. Polo Arrondo. Rialp.
- Zagrebelsky, G. (1996). *La crucifixión y la democracia*. Ariel.
- Zagrebelsky, G. (2004). La Ley, el Derecho y la Constitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 72, 11-24.
- Zagrebelsky, G. (2005). *Historia y Constitución*. Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2007). *Imparare democrazia*. Einaudi.
- Zagrebelsky, G. (2008). *Principios y votos. El Tribunal constitucional y la política*. Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2009) *Intorno alla legge. I diritto come dimensione del vivere comune*. Einaudi.
- Zagrebelsky, G. (2012a). *Giustizia costituzionale*. Il Mulino.
- Zagrebelsky, G. (2012b). *Simboli al potere. Política, fiducia, speranza*. Einaudi.

- Zagrebelsky, G. (2014). *La ley y su justicia. Tres capítulos de justicia constitucional*. Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2016). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. (11ª ed.). Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2017). *Libres siervos. El Gran Inquisidor y el enigma del poder*. Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2018). *Diritto allo specchio*. Passaggi Einaudi.
- Zagrebelsky G. y Canfora L. (2020). *La máscara democrática de la oligarquía. Un diálogo al cuidado de Geminello Preterossi*. Trotta.
- Zagrebelsky, G. (2021). *La Giustizia come professione*. Passaggi Einaudi.
- Zagrebelsky, G. (2019). *Mai più senza maestri*. Il Mulino.
- Zagrebelsky, G. (2022). *La lezione*. Einaudi.
- Zagrebelsky, G. (2023). *Tempi difficili per la Costituzione. Gli smarrimenti dei costituzionalisti*. Laterza.
- Zagrebelsky, G. (2024). *La justicia como profesión*. Palestra.