

CAP JURÍDICA CENTRAL

REVISTA DE LA ACADEMIA
DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA
Y
DE LA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

AGOSTO, 2019

CAP JURÍDICA CENTRAL

ISSN: 2550 - 6595

N.º 4 Primer semestre de 2019 - Quito-Ecuador - SEMESTRAL

Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador

CAP JURÍDICA CENTRAL difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del Derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos de la ciencia jurídica en el Ecuador y otros países.

Esta revista debe citarse así: CAP JURÍDICA CENTRAL. Quito, N.º 4, agosto 2019.

Los artículos publicados en original en esta revista serán de propiedad exclusiva de ésta.

Quedan prohibidos, dentro de los límites establecidos en la ley y bajo los apercibimientos legalmente previstos, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, ya sea electrónico o mecánico, el tratamiento informático, el alquiler o cualquier otra forma de cesión de la obra, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del copyright.

- La revista se sujeta a las normas emitidas por el COMMITTEE ON PUBLICATION ETHICS - CODE OF CONDUCT IN BEST PRACTICES GUIDELINES FOR JOURNALS EDITORS (COPE).
- La revista CAP Jurídica Central somete a los artículos originales recibidos al sistema antiplagio URKUND.
- Los artículos emitidos por los autores son enviados a pares revisores externos, bajo el sistema de BLIND PEER REVIEW.
- La instancia final responsable de la edición es la coordinación de la revista.

COMITÉ EDITORIAL

Manuel Atienza Rodríguez (Universidad de Alicante-España)
Antonio García Amado (Universidad de León-España)
Ramiro J. García Falconí (Universidad Central del Ecuador)
Agustín Grijalva Jiménez (Universidad Andina Simón Bolívar-sede-Ecuador)
Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn-Alemania)
Alí Lozada Prado (Universidad de Alicante-España)
Agustín J. Pérez Cruz Martín (Universidad A' Coruña-España)
Angélica Porras Velasco (Universidad Internacional SEK-Ecuador)

Entidades editoras:

Colegio de Abogados de Pichincha
Vicente Piedrahíta N15-134 (e4-62) y Av. 6 de Diciembre, Quito - Ecuador
Código postal 170403,
Correo electrónico: revistacap_juridica2.1@hotmail.com

Universidad Central del Ecuador
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales
Av. Universitaria s/n, Quito - Ecuador, Código postal 170129
Correos electrónicos: decanato.fjcps@uce.edu.ec subdecanato.fjcps@uce.edu.ec

Para suscripciones y/o cualquier comunicación dirigirse a:

Revista CAP Jurídica Central
Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales
Universidad Central del Ecuador, Quito - Ecuador
Correos electrónicos: decanato.fjcps@uce.edu.ec subdecanato.fjcps@uce.edu.ec

Codirectores de la revista:

Angélica Porras Velasco y Mauricio Enrique Pacheco

Coordinadora y responsable científica:

Eliana Alba Zurita

Edición de textos y diagramación:

Cristina Pólit García - Carlos Ortega Mora

Impresión:

Imprenta Voluntad

**MIEMBROS DE LA ACADEMIA
DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE PICHINCHA**

INES BALDEÓN BARRIGA
RENÉ BEDÓN GARZÓN
ALFREDO CORRAL PONCE
CÉSAR MONTAÑO GALARZA (Tesorero)
VÍCTOR GRANDA AGUILAR
ALÍ LOZADA PRADO
LENIN NAVARRO MORENO (Secretario)
LUIS PARRAGUEZ RUIZ
ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ
ANGÉLICA PORRAS VELASCO
HERNÁN RIVADENEIRA JÁTIVA (Presidente)
ISABEL ROBALINO BOLLE
FARITH SIMON CAMPAÑA
JULIO CÉSAR TRUJILLO (†)

**AUTORIDADES
DE LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR**

FERNANDO SEMPÉRTEGUI ONTANEDA
RECTOR

VICERRECTORES:

MARÍA AUGUSTA ESPÍN ESTÉVEZ
VICERRECTORA ACADÉMICA Y DE POSTGRADO

MARÍA MERCEDES GAVILÁNEZ ENDARA
VICERRECTORA DE INVESTIGACIÓN, DOCTORADOS E INNOVACIÓN

MARCO ARROYO POSSO ZUMÁRRAGA
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO Y FINANCIERO

EDWIN PATRICIO SÁNCHEZ PADILLA
DECANO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ
SUBDECANO FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

CÉSAR ROSENDO MUÑOZ PAZMIÑO
DIRECTOR DE LA CARRERA DE DERECHO

ÍNDICE GENERAL

- Una filosofía del derecho para el mundo latino.
Otra vuelta de tuerca.
MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ 17

- Pueblos arcaicos e Hispania romana. Sistema de castigo y control social
RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ 65

- ¿Cómo es posible la legitimada por vía de legalidad?
JÜNGER HABERMAS 101

- Algunas consideraciones sobre una posible etiología de las malas prácticas y la corrupción en el ámbito de las administraciones públicas
PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO..... 141

- Complejidad y delitos sistémicos
OMAR GABRIEL ORSI 201

- Iniciativas supranacionales ante la corrupción en el deporte y su incidencia en el ordenamiento jurídico español: el ejemplo del consejo de Europa
JAVIER SÁNCHEZ BERNAL 245

| | |
|---|-----|
| - Leyendo a Ferrajoli: Consideraciones sobre la jurisdicción MICHELE TARUFFO | 275 |
| - Descentralización en Ecuador ¿Un proceso inconcluso? KARINA TELLO TORAL Y GIOVANY LUCIO VÁSQUEZ..... | 297 |
| - Autores en este número..... | 347 |
| - Instrucciones para los autores | 351 |

**UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO PARA EL MUNDO LATINO.
OTRA VUELTA DE TUERCA**

**UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO
PARA EL MUNDO LATINO.
OTRA VUELTA DE TUERCA¹**

MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ²
UNIVERSIDAD DE ALICANTE - ESPAÑA

RESUMEN

El autor desarrolla los planteamientos que había formulado previamente en una especie de Manifiesto en favor de una filosofía del derecho para el mundo latino, que se publicó en el número 30 de la revista (2007), y subraya de qué manera se conecta con una visión argumentativa del derecho.

PALABRAS CLAVE:

Filosofía del derecho, mundo latino, postpositivismo.

¹ Artículo publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 37 (2014) ISSN: 0214-8676 pp. 299-318.

² Catedrático de Filosofía del Derecho y Derecho Internacional de la Universidad de Alicante-España. orcid.org/0000-0002-2308-6279

A PHILOSOPHY OF LAW FOR THE LATIN WORLD. A STEP FORWARD

ABSTRACT

The author elaborates on some theses previously formulated in a kind of Manifesto for a Philosophy of law for the latin world —relied in this Journal, issue 30, year 2007. The connection between this project and an argumentative approach to the law is specifically highlighten.

KEYWORDS:

Philosophy of Law, latin world, postpositivism

I.

I.1. Desde hace algunos años he estado dándole vueltas a la idea de si (y cómo) se podría proponer algo así como un modelo de elaboración de la filosofía del derecho para el mundo latino. Incluyo en el mundo latino, obviamente, a los países latinoamericanos, pero también a los países latinos de Europa, de manera que el concepto de *mundo latino* es más amplio que el de Hispanoamérica o el de Iberoamérica. De lo que se trata con ello es de incorporar a otros países europeos, además de España y Portugal, y, en particular, a Italia. Y la razón es bastante obvia: los estudios de filosofía del derecho han tenido un gran desarrollo en este país en los últimos tiempos. Para mostrar -si es que fuera necesario hacerlo- hasta qué punto es así, bastará con mencionar el nombre de Norberto BOBBIO, el padre de la actual iusfilosofía italiana, pero responsable también en gran medida de mucho de lo que se ha hecho en España en las últimas décadas (desde la introducción de sus ideas iusfilosóficas en los años sesenta del siglo XX por Elías DÍAZ) y cuya obra ha tenido y sigue teniendo igualmente una considerable influencia en muchos países latinoamericanos.

Pues bien, esa idea de una filosofía del derecho para el mundo latino la he ido modelando en varios escritos de los últimos años, pero en realidad creo que siempre ha estado en el trasfondo de todo mi trabajo intelectual: desde que comencé mi carrera académica con una tesis sobre la filosofía del derecho en Argentina (completada en 1976). En el año 2007 (ATIENZA, 2008), en el contexto de una discusión con Eugenio BULYGIN sobre el positivismo jurídico, propuse un Manifiesto (en forma de decálogo), en el que trataba de sugerir (después de defender la tesis de que el positivismo jurídico no podía considerarse como una concepción aceptable

del derecho) cómo habría que construir una filosofía (una teoría) del derecho con la vista puesta en los países latinos de Europa y de América. Me pareció también que las ideas expresadas en ese Manifiesto eran compatibles, no exactamente con ser marxista, pero sí con muchas ideas que se encuentran en esa tradición de pensamiento y que haríamos mal en abandonar sin más; es decir, en suprimir de lo que podría considerarse como el acervo cultural de un filósofo del derecho de nuestra época y de nuestros mundos. Así lo expresé en un texto de 2009 titulado Por qué leer a Marx hoy (ATIENZA, 2009a). Volví otra vez al tema al ocuparme de la filosofía del derecho en Argentina en los últimos tiempos (ATIENZA, 2009b), insistiendo siempre en que ese tipo de teoría que yo proponía no tendría que ser positivista, debería comprometerse con un objetivismo mínimo en materia valorativa (sin ser por ello iusnaturalista), sustentar el pragmatismo filosófico en uno de los significados de esta última expresión, y esforzarse por insertar esa teoría o filosofía del derecho en la práctica jurídica: en las diversas prácticas jurídicas.

Y, finalmente, volví a ocuparme de esa cuestión en 2012, en mi contribución para el primer número de la nueva época de la *Rivista di filosofia del diritto*, para el cual, la dirección de la misma invitó a una serie de iusfilósofos a ofrecer una contestación a la pregunta de *¿Qué filosofía del derecho?* En ese trabajo (ATIENZA, 2012), partía de una discusión que había tenido lugar a propósito de un artículo de FERRAJOLI (2011) en el que este autor planteaba dos modelos de constitucionalismo: el garantista o normativo, el suyo; y el principialista o argumentativo, entre cuyos defensores me incluía. Los puntos a debatir eran estos tres: la conexión o separación entre el derecho y la moral; la contraposición entre las reglas y los principios; y la forma de entender la ponderación (en cuanto mecanismo argumentativo requerido por la aplicación de principios).

Dicho de manera sintética, mi opinión venía a ser que la obra de FERRAJOLI (y no era ni mucho menos la primera vez que discutía con él en relación con estas cuestiones) cumple con algunas de las exigencias que yo trazaba en aquel Manifiesto, pero se aleja del mismo en dos aspectos de considerable relevancia: en su adhesión al positivismo jurídico (por mucho que insista en que el positivismo jurídico que él defiende está bastante alejado de lo que él acostumbra a llamar *paleopositivismo*) y en su escepticismo (o, como él prefiere denominarlo, *no-cognoscitivismo*) en materia moral.

Pero permítanme que les lea aquel Manifiesto, antes de seguir adelante y cumplir con lo que sugiere el subtítulo de mi conferencia: *Otra vuelta de tuerca*.

- 1. Si el derecho -como alguna vez se ha escrito- es «una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo», una práctica social, entonces la teoría del derecho tiene, de alguna manera, que formar parte de esa práctica. Una consecuencia de ello es que el teórico del derecho no puede ser ajeno a los valores de esa práctica, ni puede tampoco concebir su participación en la misma en términos puramente individuales. Lo que debería guiar nuestro trabajo, en definitiva, no es el afán de originalidad, sino de participar cooperativamente con otros en la mejora de esa práctica.*
- 2. La elaboración de una teoría del derecho completamente general, válida para cualquier sistema jurídico, es una empresa de valor limitado. Pero, además, no es nada obvio que la teoría jurídica al uso, el paradigma anglo-americano dominante (positivista o no), sea verdaderamente general. Por eso, ante el riesgo cierto de*

que la globalización en la teoría del derecho responda más bien a lo que se ha llamado la «globalización de un localismo», podría ser de interés desarrollar teorías del derecho -digamos- regionales, de acuerdo con los diversos círculos de cultura hoy existentes. El multilateralismo parece una estrategia deseable, y no sólo en el ámbito de la política internacional.

3. *Los países latinos, de Europa y de América, constituyen uno de esos círculos culturales.*

Aunque con niveles de desarrollo económico, político, científico, tecnológico, etc. diferentes, esos países son sumamente afines desde el punto de vista de sus sistemas jurídicos y de sus lenguas, poseen una rica tradición de pensamiento jurídico, y en todos ellos el Estado constitucional opera como un ideal regulativo para el desarrollo del derecho y de la cultura jurídica. En muchos de esos países la filosofía del derecho ocupa hoy un lugar académicamente destacado, lo que explica que exista un buen número de cultivadores de la disciplina con un alto nivel de competencia técnica. ¿Cómo explicar entonces que la producción iusfilosófica se limite en buena medida a comentar o discutir ideas y teorías surgidas en otros ámbitos culturales y destinadas también muchas veces a tratar con problemas característicos de esos otros ámbitos?

4. *Lo anterior no es una invitación al localismo en la teoría del derecho, sino a distinguir entre lo puro o fundamentalmente local y lo que tiene -o puede tener- un valor genuinamente general o universal*

(en relación, al menos, con el universo del Estado constitucional).

Las teorías iusfilosóficas de ámbito regional podrían configurar una útil mediación ente lo local y lo universal y contribuir así a una globalización más equilibrada en la teoría del derecho.

- 5. La filosofía del derecho no es un género retórico, pero una forma equivocada de practicar la teoría jurídica consiste en desentenderse de quiénes son los destinatarios de los escritos iusfilosóficos y de quiénes pueden hacer uso de las ideas que se encuentran en ellos.*

Quizá no tenga sentido producir obras destinadas únicamente a otros filósofos del derecho, y menos aún cuando sus destinatarios directos parecerían ser intelectuales a los que todo lo que se genera fuera de su ámbito cultural les es ajeno.

- 6. Otro error, que frecuentemente va de la mano del anterior, es el de olvidar que una teoría del derecho sólo merece la pena si se ocupa de problemas relevantes y que esa relevancia viene fijada por los intereses de la comunidad jurídica ampliamente entendida.*

Además de algún otro factor de carácter exógeno, no es absurdo pensar que la falta de atención a los problemas y a los destinatarios puede constituir la principal explicación de la insatisfactoria situación de la filosofía del derecho en los países latinos: un (al menos en muchos casos) alto nivel de sofisticación

técnica y una (en general) escasa influencia en la cultura jurídica y en la práctica del derecho de sus respectivos países.

- 7. Un modelo de teoría del derecho pragmáticamente útil y culturalmente viable en nuestros países bien podría consistir en combinar estos tres ingredientes: método analítico, objetivismo moral e implantación social. Cada uno de ellos está especialmente vinculado a una de las grandes concepciones del derecho bajo las cuales se suele clasificar, entre nosotros, a los filósofos del derecho: el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica del derecho.*
- 8. Positivismo jurídico y filosofía analítica no son, obviamente, términos sinónimos pero, dada la estrecha vinculación existente entre ambos, es razonable considerar que el método analítico es uno de los aspectos más valiosos que el positivismo jurídico puede dejar como herencia a la cultura jurídica. Ese método suele cifrarse en el uso y aceptación de ciertas distinciones (por ejemplo, entre enunciados descriptivos y prescriptivos, o entre explicar y justificar) que, por lo demás, no deberían entenderse en un sentido rígido: entre lo descriptivo y lo prescriptivo pueden existir «puentes» y explicar una decisión puede contribuir notablemente a su justificación.*
- 9. Algo parecido puede decirse de la relación entre el iusnaturalismo y el objetivismo moral y la unidad de la razón práctica, si bien la manera más adecuada de sostener estas dos últimas tesis no consiste en*

recurrir al derecho natural, sino a alguna forma de procedimentalismo o constructivismo moral. En todo caso, las dos principales razones para rechazar el no cognoscitivismo ético (y el relativismo, pero obviamente no como posición de ética descriptiva) son: 1) no permite reconstruir aspectos importantes de la práctica jurídica (en particular, de la justificación de las decisiones judiciales); 2) es autofrustrante. La alternativa debería ser un objetivismo moral (mínimo) que, frente al relativismo, defienda la tesis de que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección y, frente al absolutismo, la de que los juicios morales (como los de los tribunales de última instancia) incorporan razones últimas (en el razonamiento práctico), pero abiertas a la crítica y, por tanto, falibles.

- 10.** *Los aspectos más valiosos de las teorías críticas del derecho giran en torno a la necesidad de insertar el derecho (y la teoría del derecho) en el medio social y plantearse su potencial de transformación social. Esa concepción (o una cierta manera de entenderla) muestra así la necesidad de que la teoría del derecho incorpore ciertas categorías que generalmente quedan fuera del análisis (conflicto, trabajo, poder, necesidad social), asuma el carácter histórico del derecho y de las categorías jurídicas y preste atención a los elementos desigualitarios e ideológicos del derecho (también de los derechos del Estado constitucional).*

I. 2. Trataré ahora de desarrollar esos diez puntos teniendo en cuenta, (incorporando) algunos aspectos presentes en los trabajos a los que antes hacía referencia y en algunos otros de los últimos tiempos. Muchos de esos escritos forman parte de polémicas con iusfilósofos del mundo latino que defienden posturas más o menos alejadas de la mía: BULYGIN, GUASTINI, COMANDUCCI, CHIASSONI, LAPORTA, GARCÍA AMADO, HABA o FERRAJOLI. Y versan sobre temas tales como el positivismo jurídico, el constitucionalismo, la ponderación, el objetivismo moral, o la función de las teorías argumentativas del derecho. La tesis última que voy a defender aquí es que una filosofía del derecho.

Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca que cumpla con los requisitos establecidos en ese Manifiesto significa hoy, fundamentalmente, una que se centre en la dimensión argumentativa del derecho. Veámoslo.

II.

II. 1.³ El autor de la frase *el derecho es una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo* es Carlos NINO, pero algo muy semejante podría encontrarse en DWORKIN, en general en los autores que integran el paradigma constitucionalista, en los hermenéuticos y los que se consideran dentro de la tradición iusnaturalista (FULLER contrapuso al normativismo de un Kelsen o de un HART su visión del derecho como una empresa, una actividad, con la que tratan de lograrse determinadas finalidades), en los realistas jurídicos (particularmente los norteamericanos), etc. El que pueda ser aceptada por muy diversas concepciones del derecho no quiere decir, ni mucho menos, que se trate de una tesis trivial. No lo es cuando se considera a qué (a qué otra concepción del derecho) se opone, y qué consecuencias tiene.

Pues bien, se opone, hablando en términos generales, al positivismo normativista, esto es, a la que probablemente haya sido (sigue siendo) la concepción del derecho dominante en el mundo latino. Podría pensarse quizás que esto no es así (o no necesariamente) dado que, precisamente, una tesis esencial del positivismo (de cualquier tipo) es la de las fuentes sociales del derecho. Pero la idea de que el derecho es una práctica social expresa algo más: no sólo el carácter artificial, convencional si se quiere, del derecho, sino su dimensión valorativa, sin la cual la idea de práctica social se desvanecería.

Por eso, no se considera la dimensión del derecho como práctica social cuando el mismo se reduce a un lenguaje (el lenguaje de

³ La numeración hace referencia a cada uno de los puntos del Manifiesto.

los enunciados legislativos) y el papel de la teoría o de la filosofía del derecho al análisis de ese lenguaje. Como se sabe, esa es la tesis defendida por BOBBIO en un famosísimo trabajo de 1950 (BOBBIO, 1950) que se considera como el origen de la iusfilosofía analítica en Italia y que sigue funcionando como paradigma en muchos centros del mundo latino. BOBBIO, por cierto, cambió esa manera de entender el derecho y la teoría jurídica en trabajos posteriores [en alguno de los cuales parece haberse aproximado al realismo jurídico (BOBBIO, 1980), pero ese esquema inicial de BOBBIO no ha perdido del todo su carácter programático. Así, en un trabajo reciente y significativamente titulado *Manifesto di una filosofía analítica del diritto*, Riccardo GUASTINI (2012) parte del *presupuesto ontológico-jurídico* de que *el derecho no es más que un lenguaje, un discurso: el conjunto de enunciados formulados por la autoridad normativa; y de que la filosofía del derecho sería, en consecuencia, un método consistente en el análisis lógico del lenguaje* (p. 52). Afirmaciones ambas que también parecerían valer para FERRAJOLI [piénsese en su monumental *Principia iuris* (FERRAJOLI, 2010)] y para muchos otros autores del mundo latino cuyas obras gozan de una considerable influencia.

Y las consecuencias teóricas y prácticas de asumir una u otra concepción son considerables.

Pensemos, por ejemplo, en el tema de la interpretación. Para los iuspositivistas como GUASTINI (1990) o BULYGIN (1992) interpretar consiste simplemente en pasar de un enunciado (una disposición) a otro (a una norma: el enunciado interpretado) lo que requiere de una regla semántica (un canon de interpretación). Por supuesto, la interpretación es vista también por estos autores como una operación importante en el derecho, pero según ellos

no habría en ella nada de particular, simplemente porque lo único que estarían considerando (sobre todo en el caso de BULYGIN) es el plano formal o lógico del derecho. Por razones parecidas, la interpretación no juega tampoco un papel muy importante en la obra de FERRAJOLI, al igual que ocurre en la de KELSEN.

Sin embargo, las cosas son muy distintas para quien ve el derecho como una práctica social, pues desde esta última perspectiva la interpretación adquiere una importancia esencial: mediante la interpretación se trata de desarrollar los valores de esa práctica, sin salirse de la misma: interpretar no es inventar. No se puede, por ello, interpretar sin asumir un punto de vista interno a la práctica, esto es, sin aceptar los valores de la práctica; el propósito de la interpretación ha de ser el de desarrollar esos valores de una manera coherente. Y esto significa que no es posible tampoco establecer una separación estricta entre la labor de los teóricos generales del derecho, la de los dogmáticos o la de los operadores prácticos del derecho. La teoría jurídica, en definitiva, no puede ser puramente descriptiva y explicativa: es también, esencialmente, normativa: dirige la práctica y se integra con ella.

II. 2. Lo anterior no supone, naturalmente, negar que el derecho consista en un conjunto de enunciados, en un sistema normativo. Consiste en eso, pero no sólo en eso. O sea, la práctica social que es el derecho no puede entenderse sin la noción de sistema, de sistema normativo, pero incorpora también una dimensión valorativa. Dicho de otra manera: el derecho es una práctica autoritativa que pretende lograr ciertos valores.

Y esa doble dimensión (autoritativa y valorativa) se traslada también al campo de la interpretación. Interpretar en el derecho

es una actividad esencial (a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en la moral), por el papel sobresaliente de la autoridad, pero se interpreta para satisfacer ciertos valores. Al interpretar se produce el paso de un enunciado (el enunciado a interpretar, la disposición) a otro (el enunciado interpretado, la norma), lo cual puede expresarse en una operación lógica, pero lo que guía la interpretación no puede ser otra cosa que valores, de manera que una teoría de la interpretación tiene que contener también, necesariamente, un elemento axiológico: una filosofía moral y política.

II. 3. Otra consecuencia importante de una u otra forma de concebir el derecho afecta precisamente a la idea misma de la filosofía del derecho para el mundo latino. Pues si uno parte de una concepción positivista del derecho como la que se acaba de señalar, entonces no parece que tenga sentido expresarse en esos términos. ¿En qué podría diferenciarse una filosofía del derecho para el mundo latino con respecto a la filosofía del derecho *tout court*? Mientras que las cosas no son ya así si se asume la otra concepción.

O sea, si la filosofía del derecho se concibe como una reflexión a partir de nuestras prácticas jurídicas, entonces es posible pensar en una iusfilosofía más o menos diferenciada de otras, puesto que en la misma tendrían que traslucirse los rasgos peculiares de esas prácticas. Rasgos que, obviamente, desaparecen cuando el trabajo iusfilosófico se centra en (y se reduce a) operaciones tales como la de caracterizar el lenguaje prescriptivo frente al descriptivo, las normas de mandato frente a los permisos, las lagunas normativas frente a las axiológicas, etcétera.

II. 4. Otra forma de expresar la anterior idea consistiría en afirmar que una concepción positivista del derecho tiene pretensiones exclusivamente cognoscitivas, aunque se trate de un conocimiento puramente formal del derecho. Mientras que para la concepción del derecho como una práctica social a las pretensiones cognoscitivas se añadiría otra (la fundamental) de carácter práctico o político. El filósofo del derecho no trataría exactamente o en lo esencial de alcanzar nuevos conocimientos (de buscar un tipo de originalidad como la que pudiera representar una nueva forma de caracterizar la diferencia entre las reglas y los principios o de entender la validez), sino más bien de elaborar conceptos que puedan contribuir a hacer avanzar la práctica.

II. 5. Vista como práctica teórica, la filosofía del derecho es una actividad que requiere de ciertos elementos sin los que no podría existir una comunidad iusfilosófica. Así, quienes desarrollan la práctica tienen que compartir ciertas finalidades, aunque se trate de finalidades dadas en un plano más bien abstracto. Entre sus miembros tendría que darse cierto grado de conocimiento mutuo, es decir, tendrían que tomarse unos a otros en serio en cuanto interlocutores. Y hay un tipo de debate, la controversia (el debate -tal y como lo entiende DASCAL (DASCAL, 2007)- basado en argumentos, y que ocupa una posición intermedia entre una discusión científica y una mera disputa entre conflictos de preferencias que son irresolubles) que debería jugar un papel de gran importancia como medio de expresión iusfilosófico.

III.

III. 1. La expresión *globalización de un localismo* es de BOAVENTURA SANTOS, y sirve muy bien para expresar sintéticamente mucho de lo que ocurre en el mundo global con la cultura, incluida la cultura iusfilosófica. Conviene entonces adoptar cierta actitud de cautela o de sospecha en relación con las modas iusfilosóficas que se nos imponen (básicamente desde el mundo anglosajón) y, en todo caso, en relación con la manera de tratar esos tópicos de moda. Por ejemplo, ¿es la distinción entre positivismo jurídico incluyente, excluyente y normativo la más relevante que puede trazarse para discutir acerca del positivismo jurídico? ¿No merecería la pena tener en cuenta también la dimensión histórica de esa dirección del pensamiento jurídico? ¿Y se puede presentar el debate en torno al positivismo jurídico de la misma manera en los países anglosajones y en los del mundo latino: tiene las mismas connotaciones ser un iusnaturalista (si es que esa fuera la única alternativa al positivismo jurídico) en Buenos Aires o en Madrid que en Harvard o en Oxford? ¿Y por qué olvidar, en todo caso, contribuciones a esa polémica tan importantes como la de CARRIÓ [quizá el primer *positivista incluyente*: nada menos que en 1970 (CARRIÓ, 1986) la de SCARPELLI [que defendió a mitad de los años sesenta y con una extraordinaria penetración lo que ahora suele llamarse positivismo normativo o valorativo (SCARPELLI, 1965)] o la de GONZÁLEZ VICÉN [en varios trabajos de los años cincuenta y sesenta del siglo XX que, en mi opinión, representan la mejor caracterización -en clave histórica- que tenemos del positivismo jurídico (GONZÁLEZ VICÉN, 1979)].

III. 2. Que la filosofía del derecho representa una aproximación general al fenómeno jurídico es algo que no ofrece ninguna duda. Pero lo que no es ya tan obvio es cómo de general ha de ser

esa aproximación. Por supuesto, existen enfoques -enfoques valiosos- que son, por así decirlo, completamente generales y que sería absurdo abandonar: por ejemplo, el del análisis lógico de los conceptos básicos del derecho. Pero la filosofía del derecho no se acaba ahí, no tiene por qué acabarse ahí. Recuérdese la famosa polémica entre HART y DWORKIN, una de cuyas claves es el propósito del primero de construir una teoría descriptiva del derecho y que pretende servir para cualquier sistema jurídico (mínimamente desarrollado), mientras que el objetivo del segundo era el de construir una teoría normativa circunscrita al derecho de los Estados Unidos (y, por extensión, al de los derechos de los Estados constitucionales). ¿Pero supone lo anterior un criterio para optar, digamos, por HART frente a DWORKIN? Y, por cierto, ese carácter menos general del enfoque de DWORKIN, ¿le hace ser por ello menos *universal*? ¿No tendría entonces sentido proponerse elaborar, de manera central, una teoría del derecho de los Estados constitucionales del mundo latino que, desde luego, no podría prescindir de los otros enfoques a que me he referido, pero que pusiera el acento en las peculiaridades de nuestros sistemas jurídicos?

III. 3. Al fin y al cabo, la filosofía del derecho viene a ser (al menos, desde cierto punto de vista) una filosofía regional o particular en relación con la filosofía general, pero eso, claro está, no tiene por qué llevar a dejar de considerarla como una filosofía. En mi opinión, la mejor filosofía del derecho es probablemente la que mantiene una adecuada (y estrecha) conexión con la filosofía general, lo que significa que recibe de esta última ciertos materiales (ideas) que, debidamente transformados en el mundo jurídico, pueden revertir luego al campo de origen. Me parece que una ilustración de esa manera de proceder la encontramos en la teoría del discurso de ALEXY. Como se sabe, él toma la

noción de HABERMAS (de la filosofía general), pero no se limita a aplicarla sin más al campo jurídico, sino que la enriquece y la transforma con lo que, al final, lo que regresa al campo de la filosofía general es una idea más articulada y que seguramente los filósofos generales harían muy bien en tomar en cuenta. ¿Y no cabría pensar en que algo parecido podría tener lugar entre la filosofía del derecho *tout court* y, por ejemplo, la filosofía del derecho del mundo latino si bien, en uno y otro caso, el *movimiento* de las ideas no tendría por qué provenir siempre del primero de los campos: de la filosofía general o de la filosofía del derecho *tout court*?

III. 4. No es fácil, en todo caso, precisar en qué debería ser distinta esa filosofía del derecho del mundo latino en relación con otras filosofías del derecho *regionales*. Pero me parece que esos posibles rasgos diferenciales tendrían que buscarse en relación con la materia o los problemas preferentes de estudio, con el método a emplear y con la función o finalidad perseguida. Me limitaré a hacer, al respecto, algunas preguntas que, yo creo, tiene sentido plantearse y tratar de contestar, quizás como una tarea previa a la de fijar del todo esas características. ¿Estamos los filósofos del derecho del mundo latino volcados (u orientados preferentemente) a las cuestiones que tenemos razones para considerar como las más relevantes en nuestras culturas jurídicas? ¿Nos hemos preocupado por desarrollar las herramientas metodológicas que podrían servirnos a nosotros (y a los otros operadores jurídicos) para resolver o esclarecer los problemas relevantes que plantean el funcionamiento de nuestros sistemas jurídicos? ¿Hemos reflexionado suficientemente sobre cuál tendría que ser el papel de la filosofía del derecho en el conjunto del saber jurídico (tal y como es practicado en nuestros medios) y de los saberes sociales y de la filosofía (tal y como se dan también en nuestros medios)?

¿Y acaso las respuestas a todas esas preguntas no nos llevarían a procurar elaborar una filosofía del derecho menos *seguidista* que la que solemos practicar?

III. 5. Estar inserto en una tradición de pensamiento es probablemente uno de los requisitos necesarios para poder hacer de manera significativa filosofía del derecho. Pero para que exista una tradición no basta con que hayan existido pensadores de talla suficiente y con que ellos hayan producido obras importantes. Se necesita también que se hayan creado instituciones, esto es, organizaciones con fines compartidos por quienes la integran y que aseguren cierta continuidad, cierta pervivencia, a lo largo del tiempo.

En el mundo latino no faltan esos autores relevantes. Sin salir del siglo XX, se podrían dar unos cuantos nombres que permitirían, a partir de ellos o de sus obras, fundar una tradición. Me limito a señalar tres: Norberto BOBBIO, Carlos VAZ FERREIRA y Carlos NINO. Hemos carecido sin embargo, y me parece que en buena medida seguimos careciendo, de instituciones capaces de hacer fructificar esas obras, de darles continuidad.

¡Qué diferencia con lo que ha ocurrido en el ámbito anglosajón!

La influencia de AUSTIN llega hasta mediados del siglo XX y es con él, con su concepción imperativista del derecho, con quien discute fundamentalmente HART. Al igual que es al positivismo hartiano al que DWORKIN toma como modelo que pretende superar. Los integrantes del movimiento *Critical Legal Studies* se afanan por mostrar los límites del liberalismo dworkiniano. Etcétera.

IV.

IV. 1. La presencia del Estado constitucional como forma de organización política aceptada casi sin excepciones en el mundo latino parecería ofrecer una base sólida sobre la que edificar una filosofía del derecho para estos países. Pero para ello hay dos obstáculos que habría que superar y que, en buena medida, están en el centro de la discusión en los últimos tiempos. Uno es el formalismo en cuanto concepción, ideología, profundamente arraigada en nuestra cultura y que, simplificando, viene a consistir en reducir el derecho a reglas y en aislar el derecho de otros fenómenos sociales y culturales.

El otro, el defecto opuesto, consiste en ignorar que el derecho es -aunque no sea sólo eso- un fenómeno autoritativo en el que las reglas tienen que jugar un papel preponderante; en reducir, por así decirlo, el derecho a principios, a valores; y en hacer, por tanto, que el derecho pierda uno de sus rasgos de identidad y pase a ser considerado como un capítulo más de la moral. Quizá no exista un término aceptado por todos para designar esta segunda concepción, pero yo creo que podría servir el de *neo-constitucionalismo*, en el sentido que le atribuyeron quienes acuñaron el término y, en general, quienes se califican a sí mismos de *neo-constitucionalistas*. Pues bien, se trata, así entendida, de una concepción del derecho que no es compatible con el constitucionalismo post-positivista de autores como DWORKIN, como ALEXY o como NINO. La filosofía del derecho del mundo latino, en mi opinión, debería ser constitucionalista, pero no neo-constitucionalista.

V.

V. 1. Hay una curiosa ficción que, a lo largo de los últimos años, he podido ver que aceptan muchísimos iusfilósofos del mundo latino y en la que se basan también las agencias de evaluación de la investigación que operan, con creciente influencia, en el contexto de nuestras universidades. La ficción consiste en suponer que la filosofía del derecho supone un tipo de actividad semejante a la de la matemática, la física y la biología, en el sentido de que, tanto en un campo como en los otros, existen instituciones de ámbito mundial que integran a la comunidad de sus cultivadores (la IVR para los iusfilósofos), organizan congresos de ámbito mundial en los que se discuten los avances en la materia siguiendo las reglas del diálogo racional, etc. Las cosas, sin embargo, no son exactamente así: entre cómo están organizadas esas disciplinas científicas y cómo lo está la filosofía del derecho existen diferencias muy considerables. Cito un texto de un artículo reciente (ATIENZA, 2012):

No existe ninguna estructura institucional en la que los trabajos iusfilosóficos puedan competir entre sí en un plano de igualdad, en la que cualquier idea pueda llegar a imponerse a sus rivales si es que cuenta con mejores argumentos en su favor. Y no existe porque ese tipo de diálogo -de diálogo racional- presupone ciertos requisitos que están manifiestamente ausentes en el ámbito de la filosofía del derecho. Está ausente, sin ir más lejos, el interés en escuchar por parte de quienes -se supone- tendrían que ser los destinatarios de esos mensajes. Y no hay, por otro lado, por qué considerar que se trata de un desinterés culpable: no hay nada que reprochar a quien no te escucha porque

simplemente no conoce tu lengua o porque vive y trabaja inserto en un tejido institucional -en una cultura jurídica- que cuenta con sus reglas propias de funcionamiento, las cuales le llevan a comportarse de manera autopoietica. Simplemente, el derecho no es como las matemáticas, como la biología o como la física. Hoy por hoy, la ciencia del derecho (en el sentido amplio e impreciso de la expresión) sigue siendo, en muy buena medida, una ciencia de cada pueblo o de cada cultura. Por lo demás, esa relación de asimetría comunicativa que caracteriza a la filosofía del derecho tiene, naturalmente, algunas excepciones y, en todo caso, no es una razón para dejar de escuchar a quien, aunque no esté en disposición a su vez de escucharnos, sin embargo, tiene algo interesante que decirnos. Pero lo que no parece tener mucho sentido -para expresarlo de manera cruda- es empeñarse en escribir textos iusfilosóficos que parecerían tener como objetivo último el de aparecer citados -naturalmente, solo en nota a pie de página- en alguna obra de un autor anglosajón. Podemos aspirar a más. (p. 128)

V. 2. Si se deja de creer en ficciones como la que acabo de señalar, es probablemente más fácil que se acepte la necesidad, o la conveniencia, de una *implantación política* de la filosofía del derecho que asuma como una de sus funciones la de mediar entre lo local y lo global; lo que no podrá hacerse si no se construye, a su vez, una teoría de ámbito regional dirigida a dar cuenta y a guiar las prácticas jurídicas en el contexto de nuestros Estados constitucionales.

Entiéndaseme bien, no se trata de ir contra organismos como la IVR que, en términos generales, juegan un papel positivo, ni de defender una especie de *nacionalismo iusfilosófico* que seguramente traería males semejantes a los producidos por el nacionalismo en el campo de la política: el populismo, la confusión ideológica, etc. Se trata de no engañarse y de construir una filosofía del derecho apoyada sobre el suelo firme que supone la realidad de nuestros derechos y de nuestras culturas jurídicas.

VI.

VI. 1. Vuelvo sobre un punto anterior. Nos empeñamos muchas veces en escribir textos iusfilosóficos dirigidos a un destinatario que no existe, porque no está en condiciones de escuchar o porque no está dentro de sus intereses el hacerlo. Y nos olvidamos, al mismo tiempo, de que contamos con un auditorio potencial de enormes dimensiones y que reposa sobre un suelo fértil en el que podrían crecer y fructificar las ideas iusfilosóficas.

También aquí (estoy hablando de un pragmatismo bien entendido) haríamos bien en seguir el modelo de la iusfilosofía anglosajona que en muchos aspectos ha sabido institucionalizar con éxito la teoría del derecho. Además, nosotros estamos, en relación con ellos, en una situación de cierta superioridad que deberíamos ser capaces de aprovechar. Pues mientras que ellos viven inmersos prácticamente en una sola cultura, nosotros tenemos acceso por lo general a varias de ellas: a la nuestra (a las nuestras) y, con ciertas limitaciones, también a la suya. Pero para que esto se convierta realmente en una ventaja es necesario que en lugar de navegar sin rumbo, perdidos de un lado para otro, sepamos con alguna precisión cuál es nuestro puerto de destino y cuáles las mercancías que tendríamos que desembarcar.

VI. 2. La metáfora anterior la utilizaba IHERING para dar cuenta de cuál era en su opinión la función (práctica) del jurista (semejante a la del marino que tiene que llevar a puerto determinadas mercancías) que, por supuesto, sirve también para el filósofo del derecho. Las fronteras entre el trabajo del jurista práctico, del que elabora la dogmática jurídica y del filósofo del derecho son (o deberían ser) fluidas. Hace algunos años, DWORKIN (2007) escribió un texto (proveniente de una conferencia) defendiendo

que los juristas (en particular los jueces -sobre todo, los jueces constitucionales-) debían y podían ser filósofos. Tenía razón, pero quizás merezca la pena hacer notar que al hablar de los filósofos cuyas obras recomendaba leer a los juristas de su país, aparte de a los filósofos clásicos, sólo incluía, entre los contemporáneos, a autores estadounidenses.

Como se ve una vez más, una prueba de que una concepción no ya *regionalista*, sino bien *localista* de la filosofía del derecho puede llegar a tener un alcance muy universal.

VI. 3. La falta de pragmatismo es, en mi opinión, el defecto fundamental de la filosofía del derecho que se suele elaborar en el mundo latino. Pero a lo que me refiero, como antes decía, es a un pragmatismo bien entendido que nada tiene que ver con el pragmatismo ramplón del jurista que vive a ras de suelo y que no es capaz de entender que en el derecho se necesitan teorías precisamente para poder ser suficientemente prácticos.

Ni tampoco con el *nuevo pragmatismo* de RORTY y compañía, cuyo escepticismo radical en relación con la razón -práctica y teórica- no puede significar otra cosa que la negación de la filosofía del derecho; por lo menos, de la que aquí se pretende bosquejar.

El pragmatismo al que estoy apelando podría entenderse, básicamente, como una actitud o un presupuesto último del pensamiento iusfilosófico, consistente en dar primacía a la práctica. Es, pues, obvio que bajo ese rubro caben no una sola, sino una pluralidad de concepciones iusfilosóficas.

VII.

VII. 1. ¿No cabría pensar en que existe alguna conexión entre la incapacidad de los filósofos del derecho del mundo latino para incidir significativamente en la cultura jurídica de nuestros países y el excesivo seguidismo del paradigma anglosajón (no de su orientación pragmatista general -que me parece completamente adecuada-, sino en relación con la agenda de problemas, la forma de tratarlos y las finalidades concretas que ese paradigma establece)? ¿Puede extrañarnos que los juristas no filósofos del derecho hayan decidido prescindir de nosotros cuando nosotros no parecemos aspirar a otra cosa que a comentar ideas surgidas en otros contextos y a ser actores muy secundarios de representaciones que tienen lugar, en realidad, en escenarios muy lejanos? ¿Qué tal si nos tomáramos en serio el lema que, según KANT, sintetizaba el espíritu de la Ilustración: ¡atrévete a pensar!/? ¿O tal vez no hemos llegado aun, en este considerable fragmento de humanidad que representa el mundo latino, a la mayoría de edad?

VII. 2. Quizá no sea fácil determinar cuáles son los problemas iusfilosóficos relevantes.

La noción de relevancia es, naturalmente, relativa a la concepción del derecho y de la filosofía del derecho que se tenga. Es más, un criterio que habría que considerar a la hora de optar por una u otra concepción de la filosofía del derecho podría ser el de tener en cuenta cuáles son los problemas relevantes que cada una de esas concepciones lleva a tratar.

Pero si se está de acuerdo en que la noción de problemas relevantes supone algo así como *relevantes para la comunidad*

jurídica entendida en un sentido amplio, eso tendría que llevarnos probablemente a cerrar las puertas a mucho de lo que BOBBIO llamó en una ocasión *filosofía del derecho de los filósofos*, precisamente porque si no se cuenta con cierto grado de familiaridad con el derecho, es imposible dar satisfacción a esa exigencia de relevancia. Pero el cumplimiento de la condición de relevancia, desde luego, es compatible con -por no decir que exige habitualmente- grados muy elevados de abstracción. Y conviene no olvidar que muy abstracto no quiere decir muy abstruso. Y que si lo que se pretende es escribir para un público amplio, que vaya más allá del configurado por los propios iusfilósofos (cuando no por los iusfilósofos que han escrito sobre tal tema o que siguen tal orientación), entonces hay ciertos consejos fáciles de dar pero seguramente más difíciles de seguir y que ni siquiera merece la pena explicitar aquí por su obviedad.

VIII.

VIII. 1. Desde luego, supone una considerable simplificación reducir a esas tres concepciones (el positivismo jurídico, el iusnaturalismo y la teoría crítica) el panorama actual de la filosofía del derecho. Pero a veces las simplificaciones pueden estar justificadas y, en todo caso, no cabe duda de que esas tres orientaciones (entendidas en un sentido suficientemente amplio) muestran tener un arraigo y una permanencia en el tiempo que no pueden deberse a una mera moda intelectual; quiero decir que tienen que estar apuntando, cada una de ellas, a algún ingrediente importante de la experiencia jurídica. Lo cual no debe llevar tampoco a proponer lo que sería una *pseudo* síntesis conciliadora que, en mi opinión, significaría todo un acto de traición a la filosofía. Cito de nuevo un pasaje del mismo trabajo al que antes me refería (ATIENZA, 2012):

Entiéndaseme bien. No estoy abogando en favor de un sincretismo iusfilosófico que tome un poco de aquí y otro poco de allá, dirigido a armar una especie de componenda intelectual en la que cada cual pueda reconocer algo de lo suyo, de manera que al final pueda llegarse a algo así como a un acuerdo negociado. No es así, obviamente, como hay que construir una teoría que merezca la pena e incluso el nombre de tal. De hecho, mi opinión sobre el positivismo jurídico (en todas sus formas) es que se trata de una concepción del derecho históricamente periclitada a la que, simplemente -para utilizar el título de un trabajo escrito conjuntamente con Juan RUIZ MANERO-, debemos dejar atrás; al igual que la filosofía del derecho

-pero hace ya cosa de un par de siglos- debió dejar atrás las doctrinas del derecho natural; y, en relación con las llamadas teorías críticas del derecho, mi objeción fundamental a las mismas es que, simplemente, no están en condiciones de dar cuenta del derecho del Estado constitucional y, en consecuencia, no pueden tampoco guiar las prácticas jurídicas que se desarrollan en ese contexto. Pero, al mismo tiempo, aunque uno no pueda ser ya ni positivista, ni iusnaturalista, ni crítico, no veo ninguna razón para dejar de apropiarse de lo que pudiera haber (de lo que hay) de valioso en esas (o en otras) tradiciones, para no tener hacia ellas -si se me permite hablar así- una actitud no sólo pragmática, sino incluso oportunista. (pp. 126-127)

IX.

IX. 1. La herencia dejada por el positivismo a nuestra cultura jurídica es un tanto ambigua y necesita de alguna clarificación. Quizá la precisión más importante a hacer consista en distinguir entre el positivismo de los juristas (de los cultivadores de la dogmática jurídica y de los juristas prácticos) y el de los teóricos del derecho. El de los primeros ha sido, fundamentalmente, un positivismo formalista que sigue lastrando gravemente nuestra cultura, pero que raramente ha sido defendido por los filósofos del derecho del mundo latino. Es más, el positivismo metodológico que ha prevalecido entre nosotros (siguiendo las huellas de KELSEN o de HART) es simplemente incompatible con el formalismo jurídico, entendida esta última expresión en su sentido usual (y peyorativo).

IX. 2. A los positivistas jurídicos (empezando por BOBBIO) les debemos una preocupación por la clarificación conceptual y la construcción de un método de análisis del lenguaje de los que sería insensato prescindir: de la actitud y del método. No se trata, pues, de olvidarse de las aportaciones iuspositivistas a la teoría del derecho, sino de considerarlas, en general, más como un punto de partida a la hora de estudiar un determinado problema (por ejemplo, el de la interpretación), que como un punto de llegada.

IX. 3. La necesidad de superar el positivismo jurídico, el tipo de positivismo que ha prevalecido en la teoría del derecho del mundo latino y que sigue aun teniendo una considerable fuerza, se debe a estos dos factores a los que ya anteriormente me he referido.

Por un lado, al reducir el derecho a un fenómeno de autoridad, el positivismo configura una concepción excesivamente pobre del

derecho y que para nada da cuenta de la experiencia jurídica que caracteriza el derecho del Estado constitucional. Y, por otro lado, al sostener la tesis del escepticismo moral se renuncia a poder edificar una teoría verdaderamente práctica del derecho: no es casual que el positivismo jurídico haya sido considerado por los propios positivistas [como PRIETO (2000) o ATRIA (1999)], como una teoría del derecho que carece de una teoría de la argumentación jurídica, o que (como en el caso de FERRAJOLI) se construya una teoría ambiciosa del derecho dirigida a la protección y salvaguarda de los derechos fundamentales..., que sin embargo, no puede fundamentar.

X.

X. 1. La superación del positivismo jurídico no supone (no debe suponer) una vuelta al derecho natural. Al igual que hoy, en la época del constitucionalismo, no tiene ya sentido ser un partidario del positivismo jurídico, el iusnaturalismo dejó de ser una concepción del derecho acorde con los tiempos desde hace algo más de dos siglos.

Para decirlo con GONZÁLEZ VICÉN, desde que, con el fenómeno de la *positivización* que tuvo lugar en Europa desde finales del XVIII, el derecho dejó de ser considerado como un orden de la conducta con validez para todos los tiempos y lugares y pasó a ser contemplado como algo histórico, como una creación humana relativa a sociedades concretas (lo que solemos llamar tesis de las fuentes sociales del derecho), y que requería un tipo de elaboración teórica que no podía ser ya la de las doctrinas iusnaturalistas.

Es más (tanto GONZÁLEZ VICÉN como BOBBIO lo señalaron en alguna ocasión), el propio término *filosofía del derecho* empieza a ser usado a comienzos del XIX para tratar, aproximadamente, de las mismas cuestiones que hasta entonces se contenían en los tratados de *derecho natural*.

Pues bien, lo que el constitucionalismo contemporáneo critica a los partidarios del positivismo jurídico no es que estos últimos consideren el derecho como un fenómeno artificial, como una creación humana, sino:

- 1) Su pretensión de que el derecho puede identificarse, interpretarse, etc. prescindiendo de la moral, o sea, el aislamiento del derecho en relación con la razón práctica;

- 2) El escepticismo axiológico (bien se emplee esa expresión o bien la de no-cognoscitismo o relativismo moral), o sea, la negación de que los juicios de naturaleza ética sean susceptibles de justificación racional.

Considerar como iusnaturalista a toda concepción del derecho que niegue las dos anteriores tesis no es más que una maniobra retórica en la que los autores positivistas vienen a coincidir precisamente con algunos iusnaturalistas (como FINNIS), aunque cada uno de ellos lo haga con propósitos muy distintos: los primeros, para denotar una concepción del derecho, dadas las connotaciones muy negativas (intolerancia política, arcaísmo conceptual, etc.) que el rótulo de *iusnaturalismo* tiene (y par cause) en muchos ámbitos de la cultura jurídica de los países latinos; los segundos, para seguir sosteniendo una versión aristotélico-tomista del derecho natural que, sorprendentemente, tendría que ser el fundamento de la reflexión jurídica en las sociedades globalizadas del presente, pero que acaba por servir de vehículo (lo que ya no tendría por qué suponer una sorpresa) para la defensa de tesis extremadamente conservadoras a propósito de temas tales como el aborto, la eutanasia, el matrimonio entre personas del mismo sexo o el trato a los inmigrantes (FINNIS, 2012: 76). El constitucionalismo jurídico (el tipo de concepción en la que se puede incluir a autores como DWORKIN, ALEXY, NINO, MACCORMICK) es realmente una posición distinta a la del positivismo jurídico y a la del derecho natural. Y es precisamente esa vía la que debería transitar sobre todo la filosofía del derecho del mundo latino.

X. 2. El derecho no puede entenderse sino en el contexto de la razón práctica, cuyo carácter unitario (una unidad presidida por la moral) constituyó, quizás, el principal empeño teórico

de Carlos NINO. Como él no se cansó de defender, el derecho no es un fenómeno insular, y la filosofía del derecho tiene que entenderse en términos de interconexión con la filosofía moral y la filosofía política. Ahora bien, la existencia de muchos puentes entre el derecho, la moral y la política no implica (y NINO, desde luego, era bien consciente de ello) reducir el derecho a los otros fenómenos. En particular, no supone negar al razonamiento jurídico justificativo cualquier tipo de autonomía en relación con el razonamiento moral. Esta última sería (como se indicó en (III.2) una tesis típica del neoconstitucionalismo, pero no del constitucionalismo jurídico. O sea, el razonamiento jurídico contiene siempre un fragmento de razonamiento moral, pero esas razones morales (por paradójico que pueda parecer) pueden en ocasiones justificar que se acuda a razones autoritativas (razones jurídicas) que no serían las mejores desde un punto de vista estrictamente moral el derecho y la moral, en definitiva, están lejos de ser fenómenos coextensivos.

X. 3. El objetivismo moral, cuando se entiende de manera adecuada, puede resultar una tesis bastante más fácil de aceptar de lo que muchos creen. Y, desde luego, es un presupuesto necesario para hacer filosofía del derecho con sentido. 1) De entrada, conviene recordar que el positivismo jurídico no se ha caracterizado comúnmente por ser contrario al objetivismo ético, sino por sostener la tesis de la separación entre el derecho y la moral. Como se sabe, los positivistas de la Jurisprudencia analítica inglesa (BENTHAM y AUSTIN) fueron objetivistas éticos. A diferencia de KELSEN o de ROSS que defendieron (sin duda, influidos por el positivismo lógico de la época) tesis fuertemente no-cognoscitivistas en materia moral. Pues bien, lamentablemente, es ese nocognoscitivismo (bastante ajeno al gran desarrollo que ha conocido la filosofía moral en las últimas

décadas) lo que parece estar en la base de lo que hoy, en el mundo latino, sostienen autores positivistas tan influyentes como FERRAJOLI, GUASTINI, COMANDUCCI o BULYGIN. 2) Además, los no-cognoscitivistas parecen empeñados en negar el objetivismo ético basándose en (atrincherados tras) una concepción de la verdad que sólo sería aplicable a los enunciados de la ciencia natural y de la ciencia formal. Pero el objetivismo ético no está comprometido con la tesis de que existen *verdades éticas* en el mismo sentido en que se habla de verdades en el ámbito de la ciencia. Como recientemente ha escrito (DWORKIN, 2011: pp. 42-43), es cierto que en el mundo de la moral no existen *morons* que sean los equivalentes a los *átomos* del mundo físico. Pero ser objetivista en materia moral significa simplemente considerar que los juicios morales pueden estar o no justificados en términos racionales; no que sean verdaderos o falsos, sino correctos o incorrectos. 3) La clave radica entonces en preguntarse cuáles son esos criterios de corrección, y la respuesta (la respuesta en la que, con diferencias de énfasis, vienen a coincidir las diversas concepciones de la ética a las que suele denominarse constructivistas) es que son los que determina el procedimiento de la discusión racional, cuyas reglas rigen tanto en relación con cuestiones teóricas como prácticas.

Y dado que una de esas reglas es la del carácter abierto del diálogo racional, lo que de ahí se sigue es que el procedimiento permite arribar a juicios de validez objetiva, pero no absoluta: nuevos argumentos no considerados hasta el momento podrían hacer que tuviésemos que corregir un juicio considerado hasta entonces como correcto. O sea, el objetivismo moral no es absolutismo moral: los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, no de verdad absoluta.

XI.

XI. 1. Uno de los mayores déficits de la teoría jurídica del mundo latino (y de la teoría jurídica *tout court*) es que se ha construido sin considerar apenas el conocimiento social disponible. Y esa carencia tiene seguramente mucho que ver con una inadecuada relación con la tradición de pensamiento que se inicia con Karl MARX. En general, puede decirse que los teóricos del derecho han dejado en las últimas décadas de leer a MARX.

No digo que hayan dejado de ser marxistas, lo que resultaría enteramente comprensible, sino que han dejado de considerar su obra como la de un autor clásico que todavía tiene muchas cosas que decirnos. Pues de la misma manera que es recomendable leer la *Ética* a Nicómaco o la *Retórica* de ARISTÓTELES sin que, naturalmente, ello presuponga la aceptación de la esclavitud o de la teoría de los silogismos en bloque, uno puede leer a MARX -y obtener de ello un provecho considerable- sin necesidad de pensar que el comunismo es un estadio necesario en el desarrollo de la historia, que el derecho y el Estado están destinados a extinguirse, etc. En particular, hay una serie de ideas que se encuentran en el pensamiento de MARX y que son de gran valor para la construcción de una teoría del derecho para el mundo latino en el sentido que aquí se está defendiendo.

Así: el pragmatismo (la primacía de la praxis); el enfoque funcional, crítico y materialista de los fenómenos sociales; la propuesta de considerar el derecho a partir de una concepción global de la sociedad, lo que lleva a abrir los saberes jurídicos hacia las ciencias sociales; o el compromiso con un proyecto político-ético de emancipación humana en el que el derecho no tendría por qué verse relegado.

XI. 2. Sin embargo, los iusfilósofos que vienen de esa tradición siguen, por lo general, manteniendo dos tesis que dificultan o hacen imposible que el derecho de los Estados constitucionales pueda jugar ese papel emancipatorio. Reconocer esta función, por cierto, no implica una idealización de los sistemas jurídicos (incluidos los del Estado constitucional). El derecho contemporáneo (el de los Estados constitucionales) es, desde el punto de vista político-moral, un fenómeno esencialmente ambiguo, necesariamente vinculado con todos los procesos tanto de dominación como de emancipación social. De ahí lo inadecuado de sostener la tradicional tesis marxista consistente en ver el derecho como un elemento meramente superestructural y al que se atribuye una relevancia más bien escasa en el conjunto de la sociedad. Tesis, por lo demás, que resulta agravada al haber calado ampliamente entre los científicos sociales y los filósofos, los cuales (al menos en el ámbito de nuestra cultura) creen poder explicar los fenómenos sociales (o incidir significativamente en los mismos) ignorándolo prácticamente todo sobre uno de sus componentes esenciales.

La otra tesis es la del escepticismo en materia de ética, la imposibilidad de construir un discurso objetivo sobre lo correcto y lo incorrecto. En esto, los autores de inspiración marxista (los *críticos*) vienen a coincidir ampliamente con los positivistas, pero mientras que para estos últimos el no-cognoscitividad en materia de moral no tendría por qué afectar en principio a su concepción del derecho (que suele tener, por lo general, pretensiones tan solo de tipo cognoscitivo o descriptivo), en el caso de los autores *críticos* (o de los positivistas que defienden una implantación política de la iusfilosofía -como es el caso de FERRAJOLI-) las consecuencias son más bien letales pues, simplemente, no parece que una pretensión de guiar la práctica, de hacer avanzar un

programa de emancipación social, sea compatible con la falta de criterios moralmente justificados para criticar un tipo de práctica y proponer otra en su lugar.

A veces, autores de inspiración marxista (estoy pensando también aquí en CAPELLA o en FERRAJOLI) parecen pensar que la dificultad que se acaba de señalar puede superarse apelando a algún tipo de convención que el desarrollo histórico de las sociedades habría hecho surgir. Pero la debilidad de esa concepción de la justicia (quizás heredera del historicismo y el no-cognoscitivismo del propio MARX en esta materia) me parece manifiesta. Si el único fundamento al que podemos apelar es la convención misma, ¿cómo se puede defender que un programa que pretende instaurar una sociedad -pongamos por caso- erigida sobre los principios de igualdad y solidaridad es superior a la hoy dominante que viene a ser la materialización de los principios del neo-liberalismo? ¿Acaso la concepción neoliberal no se basa también en una convención ampliamente aceptada en muchos sectores de nuestras sociedades?

XI. 3. Los autores *críticos* (en un sentido amplio que incluye tanto a los de inspiración marxista como a realistas radicales -como HABA-) han estado ocupados con excesiva frecuencia más en ser críticos que en desarrollar una teoría del derecho que pudiera servir realmente para transformar el derecho y la sociedad. Han incurrido así en lo que en alguna ocasión he denominado *el dilema del crítico*. Se trata de lo siguiente (ATIENZA, 1996). Los juristas críticos (y, muy en particular, los del movimiento *Critical Legal Studies*) se caracterizan por sostener tres tesis que se dirigen, respectivamente, contra el esencialismo, el formalismo y el liberalismo; esas tres tesis son las del carácter contradictorio, indeterminado e ideológico del derecho. Pues bien, si las mismas

se entienden en un sentido fuerte o radical, el problema que se plantea es que el crítico se niega a sí mismo, pues si el derecho fuera absolutamente contradictorio, indeterminado e ideológico, entonces sería imposible -o inútil- cualquier tipo de teoría jurídica, incluida la suya; dicho de otra manera, la versión fuerte es insostenible. Pero si las tesis se entendieran en un sentido débil, entonces el crítico entra en crisis de identidad pues, obviamente, no hace falta ser un *crítico* para sostener eso.

Pues bien, la manera de salir del dilema radica, por un lado, en despreocuparse un tanto de esos afanes de radicalidad y poner en su lugar una mayor dosis de pragmatismo político y de sentido de la responsabilidad (en relación con el primer cuerno del dilema); y, por otro lado (para escapar del segundo cuerno), en aceptar fragmentos más o menos extensos de teorías que bien podrían haberse elaborado dentro del paradigma liberal y/o analítico. Un buen ejemplo de lo que quiero decir lo suministra la temática de los derechos humanos; en particular, de los derechos sociales. Lo que ahora tenemos son teorías demasiado escoradas hacia el lado del liberalismo político (aunque se trate de un liberalismo progresista, como el de DWORKIN o NINO) y que, en consecuencia, no consiguen dar cuenta adecuadamente de los derechos sociales.

Pero para lograr esto último no es preciso prescindir, por ejemplo, de los tres principios elaborados por NINO para la justificación de los derechos humanos (autonomía, inviolabilidad y dignidad). Bastaría con reinterpretarlos o, quizás mejor, con añadir otros tres principios procedentes de la tradición socialista (el principio de las necesidades básicas, de cooperación y de solidaridad) para dar paso así a una teoría sobre el concepto y la fundamentación de los derechos humanos más acorde con la noción de Estado

constitucional con la que, seguramente, muchos iusfilósofos del mundo latino están comprometidos.

XII.

XII. 1. Por qué todo lo anterior se conecta con una visión argumentativa del derecho no es, en mi opinión, difícil de explicar. El derecho no es, por supuesto, únicamente argumentación, pero la dimensión argumentativa del derecho es particularmente relevante en el contexto del Estado constitucional. Ese enfoque permite conectar de una manera que me atrevo a calificar de *natural* la teoría con la práctica: permite volver operativas para los juristas muchas de las construcciones doctrinales elaboradas en el marco de la teoría del derecho (la teoría de las fuentes, de los enunciados jurídicos, de la validez, de la interpretación). Conecta a la filosofía del derecho con la filosofía general (teoría general de la argumentación, filosofía moral y política) y con los saberes sociales (psicología cognitiva, teoría de la decisión, sociología jurídica). Y lleva, en definitiva, a tener que servirse del método analítico para, sobre la base de cierto objetivismo moral (sin el cual no cabría hablar propiamente de criterios de corrección ni de argumentación jurídica justificativa), facilitar la toma de decisiones encaminadas a mejorar el derecho y la sociedad. Además, hablando en términos generales, en el mundo latino carecemos de una sólida cultura argumentativa, de manera que contribuir a desarrollar ese enfoque entre los juristas puede tener un cierto efecto de irradiación hacia otras instituciones sociales, lo que sería, sin duda, de un gran valor: la capacidad argumentativa de los ciudadanos es una condición necesaria para poder calificar a una sociedad de democrática.

BIBLIOGRAFÍA

ATIENZA, M. “Prólogo a Juan Antonio Pérez Lledó. *El Movimiento*”, *Critical Legal Studies*. Madrid, Tecnos, 1996.

_____. “¿Es el positivismo jurídico una teoría aceptable del Derecho?”, *Ideas para una filosofía del Derecho. Una propuesta para el mundo latino*. Lima, Universidad Inca Garcilaso, 2007.

_____. *¿Por qué leer a Marx hoy?*, SALAZAR CARRIÓN L., y CÓRDOVA A. Ciudad de México, Fontamara, 2009a.

_____. “Una nueva visita a la filosofía del Derecho en Argentina”, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. Buenos Aires, año 7, N.º 14, 2009b.

_____. “Una teoría pragmática del diritto”, *Rivista di filosofia del diritto. Journal of Legal Philosophy*. Vol. I, 2012.

ATRIA, F. “Del derecho y el razonamiento jurídico”, *Doxa*. N.º 22, 1999.

BOBBIO, N. *Teoria della scienza giuridica*. Torino, Giappichelli, 1950.

_____. *Contribución a la teoría del Derecho*. RUIZ MIGUEL, A. (ed.), Valencia, Fernando Torres, 1980.

BULYGIN, E. “Sull’ interpretazione giuridica”, *Analisi e diritto*. 1992.

CARRIÓ, G. “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, *Notas sobre derecho y lenguaje*. 3.^a edición aumentada. Buenos Aires, Abeledo-Perrot. 1986.

DASCAL, M. “Tipos de polémicas y tipos de movimientos polémicos”, MARAFIOTI, R. (ed.). *Parlamentos: Teoría de la argumentación y debate parlamentario*. Buenos Aires, Biblos, 2007.

DWORKIN, R. ¿Deben nuestros jueces ser filósofos?, *Estudios de Derecho*. N.º 144, Medellín, 2007.

_____. *Justice for Hedgehogs*. Boston, Harvard University Press, 2011.

FERRAJOLI, L. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid, Trotta, 2010.

_____. “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”, *Doxa*, N.º 34. Publicado también en FERRAJOLI, L., et al. *Undebate sobre el constitucionalismo*. Madrid, Marcial Pons, 2011.

FINNIS, J. “What is the Philosophy of Law?”, *Journal of Legal Philosophy*. 2012.

GONZÁLEZ VICÉN, F. *Estudios de Filosofía del Derecho*. Universidad de La Laguna, 1979.

GUASTINI, R. *Dalle fonti alle norme*. Torino, Giapichelli, 1990.

_____. “Manifiesto di una filosofía analítica del diritto”. *Rivista di filosofía del diritto. Journal of Legal Philosophy*. 2012.

PRIETO, L. “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, *Doxa*. N.º 23, 2000.

SCARPELLI, U. *Cos è il positivismo giuridico?* Milano, Edizioni di Comunità, 1965.

PUEBLOS ARCAICOS E HISPANIA ROMANA.
SISTEMA DE CASTIGO Y CONTROL SOCIAL

**PUEBLOS ARCAICOS E HISPANIA ROMANA.
SISTEMA DE CASTIGO Y CONTROL SOCIAL¹**

RAMIRO J. GARCÍA FALCONÍ²

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR, QUITO - ECUADOR

RESUMEN:

La ocupación romana a la Península Ibérica, que inicia en el año 218 A.C. y dura hasta el siglo V, en que cae el Imperio Romano, no solo genera nuevas relaciones sociales y culturales, sino que afecta ámbitos como el Derecho y, por supuesto, la manifestación más violenta de éste, la penal. Si bien muchos de los conflictos se resolvían bajo los usos y costumbres ancestrales de los pueblos hispánicos, el Derecho romano tiene una impregnación importante, conforme lo demuestran las fuentes epigráficas que se conservan hasta el presente, tanto en lo penal, como en lo procesal.

¹ Artículo entregado por el autor el 15 de marzo de 2019 y aprobado el 25 de junio de 2019

² Catedrático de Derecho penal y Derecho procesal penal de la Universidad Central del Ecuador. orcid.org/0000-0002-6343-563X

PALABRAS CLAVE:

Ocupación, fuentes epigráficas, *Ius Gentium*, *deditium*, Ley de *Urso*, *actio noxalis*.

ABSTRACT:

The Roman occupation of the Iberian Peninsula, which began in 218 B.C., and lasted until the fifth century when the Roman Empire fell, not only generated new social and cultural relations, but also affected areas, such as law and, of course, the more violent manifestation of it: criminal law. Although many of the conflicts were resolved under the ancestral customs and habits of the Hispanic people, Roman law has an important influence, as evidenced by the epigraphic sources that are preserved to the present, both in criminal and procedural subjects.

KEY WORDS:

Occupation, epigraphic sources, *Ius Gentium*, *deditium*, *Ursus Law*, *actio noxalis*.

Para un mejor entendimiento del objeto de este trabajo, considero fundamental delimitar cronológicamente el concepto que denominamos *España prerománica*, dejando de lado la denominación de *pueblos primitivos* o *indígenas*, pues de estos y especialmente de su interacción jurídica, tenemos poca información. De hecho, la que se posee no está muy lejos de la ocupación romana en la Península Ibérica, realizada en el año 218 A.C.³.

Si recogemos los datos arrojados por estudios arqueológicos recientes, la presencia del hombre en España data de hace más de medio millón de años y desde entonces, hasta la ocupación romana, dicho territorio no estuvo integrado por una comunidad homogénea, sino por diferentes pueblos, que llegaron en diferentes épocas, con características étnicas y culturales totalmente diferentes. A la llegada de los pueblos indoeuropeos, como los íberos y los celtas, debe añadirse la de otros, provenientes del Mediterráneo Oriental, como los griegos, fenicios y cartaginenses, quienes modificaron no solo la arquitectura de la zona mediterránea española, de la que aún queda claras muestras, sino que, sin duda, ejercieron influencia en su cultura y normas de convivencia⁴.

³ LALINDE ABADÍA, J. *Iniciación histórica al Derecho español*. 6ª. Edición, Barcelona, EUB, 2004, p. 27.

⁴ GACTO FERNÁNDEZ, E. *Manual Básico de Historia del Derecho*. Madrid, LAXES, 1997, p. 15.

1. Los derechos en la Península Ibérica preromana

Como adecuadamente apunta TOMÁS Y VALIENTE⁵, existen dos líneas doctrinales en el estudio de la historia del Derecho, una que en base al pensamiento aristotélico, complementado posteriormente por SANTO TOMÁS, considera que el ser humano, como animal político, requiere vivir en sociedad y, por tanto, siempre estará regido por normas jurídicas y un poder político natural a éste. Conforme esta línea de pensamiento, siempre existió sociedad, Derecho y política. Otra línea doctrinal se decanta, a su vez, por considerar que el ser humano vivió en un inicio en una suerte de *estado de gracia*, al cual se refieren los teólogos, o estado de naturaleza *-status naturae-* para constituir posteriormente un *status societatis*, como consecuencia del pecado original y en el que la existencia de una autoridad y un Derecho positivo se hacen necesarios. Si algo nos ha enseñado el estudio de los diferentes pueblos primitivos, en diferentes entornos y latitudes, es que siempre existieron estructuras de poder y control social, en donde una clase dirigente tenía la posibilidad de emitir normas y exigir su cumplimiento para asegurarse de la sumisión de una mayoría sometida, ya sea a través de codificaciones de normas, como en el caso de los pueblos sumerios, acadios y semitas o de *culturas jurídicas*, tal es el caso de la Grecia Micénica. El caso de los pueblos hispanos prerománicos no es diferente, como veremos a continuación.

En primer lugar, nos referimos a los pueblos preromanos, utilizando deliberadamente el plural, pues como ya se analizó anteriormente, fueron varios grupos humanos los que se asentaron

⁵ TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español*. Madrid, Tecnos, 2007, p. 71.

en la Península Ibérica, sin que constituyan una unidad política, cultural y menos aun jurídica. Al parecer, cada uno de ellos tenía un sistema de resolución de conflictos, de base consuetudinaria y religiosa.

Respecto de las manifestaciones jurídicas de estos pueblos, existen fundamentalmente dos fuentes:

- a) Las inscripciones epigráficas de diversas clases, entre las que se destacan las *tesseras* de hospitalidad; y,
- b) Noticias literarias de escritores griegos y latinos⁶.

Cuando hablamos de fuentes epigráficas, nos referimos a aquellos objetos que contienen inscripciones, los cuales representan pactos: los pactos o tratados de hospitalidad y las llamadas *tesseras* de hospitalidad. Los primeros son aquéllos por los cuales una persona o grupo entra a formar parte del derecho de otro y las *tesseras* son aquellos medios materiales de dichos pactos, hechos de piedra o de algún metal. Varias de éstas se conservan hasta hoy, como el Bronce o tabla de Astorga y el Bronce de Palencia⁷.

Estos pactos permitían reducir los niveles de hostilidad entre diferentes grupos y pueblos y se dividían en pactos de hospicio u hospitalidad propiamente dichos y relaciones de clientela. Los primeros se celebraban en condiciones de igualdad entre las partes, sea entre grupos o entre un individuo y un grupo. Su finalidad,

⁶ TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español...* op. cit., p. 75.

⁷ MORÁN MARTÍN, R. *Materiales para un Curso de Historia del Derecho Español*. T. I, Madrid, UNED, 1999, pp. 58-59.

como lo anota TOMÁS Y VALIENTE⁸, consiste en extender al *hospes* o huésped el derecho del grupo, a cuya protección se acoge, mientras que las relaciones de clientela se producían cuando el pacto se concertaba entre una parte más débil y otra más fuerte, de manera que el cliente busca la protección jurídica del patrón, a cambio de una relación de sumisión y obediencia, al punto que dentro de la denominada *devotio ibérica*, el cliente se consagraba a una divinidad para que ésta le aceptase en lugar de la vida del patrono, en tal caso si el patrono moría en combate, el cliente se suicidaba por no haberle cuidado con la debida diligencia. La ruptura del pacto, aun cuando involuntaria, se restablecía con el suicidio.

En cuanto a las fuentes literarias, éstas hacen referencia a los escritos que sobre los pueblos que habitaban la Península Ibérica nos han legado autores griegos y latinos. Sobre ellos debe decirse que la mayoría de los escritos que conocemos son incompletos, dispersos y realizados en diferentes épocas. La gran mayoría fueron de autoría de personas que nunca pisaron el territorio al cual se referían y, menos aun, pudieron interactuar directamente con los pueblos que habitaban en dicha península; es decir, son escritos, basados en testimonios de terceros, como viajeros, comerciantes y soldados, matizados por la perspectiva cultural de quienes los realizaban.

Si en lo jurídico, en general, resulta muy difícil encontrar referencias en lo relacionado con la España preromana, en lo penal lo es aun más todavía. Evidentemente, como en todas las sociedades arcaicas, contaban con un sistema de control social y

⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F. *Manual de Historia del Derecho Español...* op. cit., p. 78.

las manifestaciones de éste, a manera de castigos, deben haberse producido, sin duda. Una referencia que cabe señalar es la expresada por Estrabón, cuando hace referencia a la proliferación de bandas de pillaje, entre los pueblos que habitaban la zona costera, comprendida sobre las tres rías de Coruña, Betanzos y El Ferrol. Al parecer, la vida de aventura y pillaje era bastante frecuente entre los pueblos arcaicos de la Península Ibérica, especialmente los lusitanos, sin embargo, muchos de estos grupos terminaron convirtiéndose en ejércitos de resistencia ante los invasores, como en el caso de Viriato y sus hombres⁹.

De la misma forma, en lo relacionado a la aplicación de penas, al referirse a estos mismos pueblos, se señala que: *a los criminales se les despeña, y a los parricidas se les lapida, sacándolos fuera de los límites de su patria o de su ciudad*¹⁰.

⁹ GARCÍA BELLIDO, A. *España y los españoles hace dos mil años*. 2ª. ed. Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1945, p. 131.

¹⁰ *Ibidem*, p. 136.

2. Romanización jurídica de Hispania

Cuando hablamos de *romanización jurídica*, nos referimos al proceso por el cual los diferentes pueblos que habitaban la Península Ibérica, entre el siglo III A.C. y el siglo V D.C., asumieron como propia la estructura jurídica impuesta por Roma. Es un proceso por etapas y toma varios siglos, pues la ocupación es gradual y con diferentes condiciones e intensidades, dependiendo de la zona a la que hagamos referencia. Para muestra vale señalar que cuando los pueblos que habitaban la actual Andalucía, ya llevaban más de dos siglos de dominación romana, las legiones seguían luchando al mando de Augusto para someter los últimos levantamientos de los pueblos del norte¹¹.

Para la época de la ocupación romana a la Península Ibérica, se encontraba vigente en Roma la Ley de las XII Tablas (451-449 A.C.), nombre que proviene de su publicación en doce tablas de madera, redactadas por una comisión de diez personas (*decemviri legibus scribundis*) y su promulgación respondió sobre todo a los reclamos de los plebeyos, porque el Derecho se encontraba fijado por escrito. Muchos de sus preceptos recogían aquellas normas de conducta no escritas, de carácter consuetudinario y nacidas dentro de la comunidad, en el Derecho primitivo de la *civitas*, denominadas como *mores* y que a las de mayor jerarquía y respeto se denominaba como *mores maiorum*, cuya validez religiosa radicaba en la creencia de la comunidad de que éstas representaban aquello que las divinidades consideraban como adecuado y ético. La importancia de las XII Tablas fue tanto jurídica como política, pues representaba la realización

¹¹ ESCUDERO, J. A. *Curso de Historia del Derecho*. Madrid, Solana e hijos, 1995, p. 110.

del modelo de convivencia planteado por la *polis* griega, que implicaba la existencia de normas escritas e igualdad de todos los ciudadanos ante el ordenamiento jurídico¹². Vale señalar que la interpretación de los *mores maiorum* se encomendaba al colegio de Pontífices, presidido por el *Pontifex Maximus*, de los cuales se designaba uno que cada año atendiera los conflictos patrimoniales de los ciudadanos. Esta actividad interpretativa se la denominaba *jurisprudencia pontifical*¹³.

El Derecho romano republicano se caracteriza por realizar una clara distinción entre *ius* y *lex*, así el primero tiene relación con *iudex*, *iudicium*, *iudicare*, *iudicatio*, términos que harían pensar en un origen procesal del Derecho y que éste se hubiera construido en base a casos específicos (FALLRECHT)¹⁴, así como a aquello que se consideraba como justo, esto es a la *iustitia*, que se remonta a la suprema justicia de los dioses y es por tal razón que las primeras manifestaciones del *ius* en Roma suponen una justicia divina, cuyos intérpretes son los sacerdotes, como hemos visto anteriormente¹⁵.

La *Lex*, por su parte, se refiere al concepto de norma objetivada, es decir, la fijación de un precepto que vincula porque se ha establecido de manera adecuada y cuyos requisitos formales son inmanentes a ella, que ha de ser objeto de *dicere*, *dare* o *rogare*.

¹² PARICIO, J. y FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Historia del Derecho Romano y su recepción europea*. Madrid, Ramón Areces S.A., 1997, p. 59.

¹³ BETANCOURT, F. *Derecho Romano Clásico*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001, p. 46.

¹⁴ KASER, M. *Das altrömische ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichteder Römer*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949, p. 63 y ss.

¹⁵ FUENTESECA, P. *Historia del Derecho Romano*. Madrid, Europa Artes Gráficas, 1987, p. 186 y ss.

A través de la *Lex*, se realiza el *ius* y constituyen las dos caras del sistema jurídico, sin perderse de vista el origen religioso de aquello que se consideraba como jurídico y legal, en la que los sacerdotes son los encargados de *adivinar* la voluntad divina y por esa vía interpretar jurídicamente las normas¹⁶. Vemos que en esto existe coincidencia con el proceso de interpretación y aplicación de la Ley en el pueblo hebreo, en el cual son justamente los sacerdotes, miembros de la tribu de Leví, a quienes se les delega esa función¹⁷.

El *Ius*, entendido como sistema jurídico, se manifestaba fundamentalmente entre órdenes, el *Ius civile*, el *Ius honorarium* y el *Ius gentium*. El primero es, sobre todo, el Derecho propio de los ciudadanos romanos y solo aplicable a ellos. Los extranjeros no tenían acceso a él, salvo que se les hubiera concedido el *commercium*, que les habilitaba para ciertas relaciones jurídicas y el *conubium*, que les posibilitaba contraer matrimonio¹⁸. Este sistema jurídico regulaba las relaciones jurídicas entre los *pater familiarum* y contemplaba tanto los aspectos sustantivos, como los procesales. Estaba compuesto en la república fundamentalmente por los *mores maiorum*, las XII Tablas y nuevas fuentes del Derecho, como los senado consultos, los edictos de los magistrados y mención especial merece la ley pública, votada por el pueblo en los comicios¹⁹.

¹⁶ FUENTESECA, P. *Historia del Derecho Romano...* op. cit., p. 187.

¹⁷ GARCÍA FALCONÍ, R. y LARENAS, M. *Los albores del Derechos Penal en Derecho penal y Criminología*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

¹⁸ PARICIO, J. y FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Historia del Derecho Romano y su recepción europea...* op. cit., p. 88.

¹⁹ RASCÓN GARCÍA, C. *Manual de Derecho Romano*. 2ª. ed., Madrid,

En cuanto al *Ius honorarium*, éste se crea con la función de renovación y adaptación del Derecho romano a las nuevas condiciones económico-sociales. Se le denomina así al Derecho creado por los magistrados encargados de la administración de la justicia, fundamentalmente el pretor y secundariamente, en ámbitos específicos a los ediles curules, se consideraba un honor al ejercicio de una magistratura y de ahí el nombre de *honorario*²⁰. Los edictos de los pretores fueron muy importantes, especialmente en materia civil, pues tuvo una influencia notable en el desarrollo del ordenamiento jurídico romano y de manera especial en el procesal, puesto que constituían una suerte de promesas de protección de derechos que antes del edicto no estaban reconocidos²¹.

Finalmente, el *Ius Gentium* se desarrolla en Roma como consecuencia del intercambio con otros pueblos, sobre todo en el ámbito comercial. Su denominación no alude a un Derecho extranjero, sino a un Derecho romano accesible para los extranjeros²². Es una forma de Derecho romano internacionalmente aplicable a quienes, no siendo ciudadanos romanos, mantienen relaciones jurídicas con Roma, ya sea por actividades de comercio o simplemente por habitar en ella sin ser ciudadanos. Las relaciones jurídicas entre los romanos y los peregrinos y entre ellos se regulaban a través de este sistema. Un aspecto interesante es la acepción que le da Gayo al *Ius Gentium*, quien

Tecnos, 1996, p. 83.

²⁰ DE CHURRUCA, J. *Introducción histórica al Derecho Romano*. Bilbao, Universidad de Deusto, 1994, p. 97.

²¹ RASCÓN GARCÍA, C. *Manual de Derecho Romano...* op. cit., p. 87.

²² PARICIO, J. y FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Historia del Derecho Romano y su recepción europea...* op. cit., p. 93.

señala que:

*Todos los pueblos se rigen por leyes y costumbres y usan en parte su propio derecho y en parte el derecho común de todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo establece para sí, ese es suyo propio, y se llama derecho civil [...]; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los pueblos y se llama derecho de gentes, como dijéramos que es el derecho que usan todas las naciones*²³.

Esta división es importante para el objeto de estudio del presente trabajo, pues la relación jurídica de Roma y los pueblos que habitaban la Península Ibérica fue desarrollándose progresivamente a lo largo de los siglos y modificando su estructura y contenidos.

En el caso de los pueblos hispanos, así como de otros a los que Roma sometió, se diferenciaba entre aquéllos que aceptaron pacíficamente su hegemonía, con quienes firmaron tratados (*foedera*) y aquéllos otros que ofrecieron resistencia militar y que debieron ser sometidos por la fuerza, a quienes se les exigía la rendición incondicional (*deditio*). En el caso de la *foedus* o pacto, debe señalarse que Roma, en principio, respeta la organización propia de los pueblos que conquista, siempre que no se opongan a ella. Es un pacto que se hacía con un general romano y en muchos casos fue entendido como un tipo de tratado de hospitalidad, lo cual no corresponde realmente con el sentido de dichos acuerdos, pues en el caso de los *pactos equitativos* (*foedus aequum*), se

²³ PETIT, E. *Tratado elemental de Derecho Romano*. México, Editora Nacional, 1969, § 6.2.b.

firmaban en un marco de amistad y cierta igualdad, pero en los *pactos inícuos* (*foedus iniquum*) se acordaba una sumisión sin ambages a la soberanía romana. Cualquier acto que los romanos pudieran considerar como una forma de rompimiento del acuerdo les liberaba de sus obligaciones de respeto y podían constituir el motivo para una intervención armada, como en el caso de la ciudad de Segeda, en la que se pretendió construir una muralla, que los romanos entendieron como una forma de romper los pactos suscritos con Sempronio Graco²⁴.

La *deditio* constituye el desenlace de la resistencia armada, de quienes han decidido no capitular, que tenía fundamentalmente el carácter de rendición incondicional, de manera tal que las ciudades vencidas bajo este régimen quedan como *ciudades dediticias*, que unas veces subsisten pagando un tributo a Roma y otras son simplemente arrasadas y sus habitantes esclavizados, como en el caso de Numancia en el año 133 A. C.²⁵.

Es en el 19 A. C. que se produce la conquista total de la Península Ibérica, con el sometimiento de cántabros y astures, por parte de Augusto, dos siglos después del primer desembarco romano. Durante todo este tiempo, los habitantes de la península fueron considerados peregrinos y eso no cambió hasta el año 73 ó 74 de nuestra era, cuando el emperador Vespasiano concede la latinidad a toda España²⁶ y de cuyo contenido no queda más referencia que la de un texto de Plinio en su *Historia Natural*²⁷.

²⁴ ESCUDERO, J. A. *Curso de Historia del Derecho ...* op. cit., p. 111.

²⁵ Íbidem, p. 111.

²⁶ LALINDE ABADÍA, J. *Iniciación histórica al Derecho español*. 6ª. ed., ... op. cit., p. 61.

²⁷ *Universiae Hispaniae. Vespasianus Imperator Augustus, iactatum*

Posteriormente, en el 212 el emperador Antonio Caracalla promulga una Constitución, en la cual otorga la ciudadanía romana a todos los súbditos del imperio, según el texto que conocemos de ésta y con el cual concluye el proceso de romanización de los pueblos que habitaban la Península Ibérica²⁸.

Si bien el otorgamiento de la ciudadanía a todos los habitantes de la Hispania romana los ubicaría bajo la égida jurídica del Imperio, son pocas las evidencias de la aplicación del Derecho romano. Uno de los aspectos fundamentales de la concesión de la ciudadanía a todos los súbditos del Imperio Romano, por parte de Caracalla, es el de eliminar la diferenciación existente, hasta ese entonces, entre ciudadanos latinos y peregrinos, cobrando fuerza la mera distribución social, llamándose *honestiores* a los de clase social alta y *humiliores* a los de clase inferior²⁹.

Las leyes que se emitieron y de las que existe constancia son fundamentalmente municipales, como la *Ley de Urso*, también conocida como *Lex coloniae Genetivae Juliae*, que dataría del

procellis rei publicae latium tribut.

²⁸ Es menester ante todo referir a la divinidad las causas y motivos (de nuestros hechos); también yo tendría que dar gracias a los dioses inmortales porque con la presente victoria me honraron y guardaron salvo. Así, pues, creo de este modo poder satisfacer con magnificencia y piedad su grandeza al asociar el culto de los dioses a cuantos miles de hombres se agreguen a los nuestros. Otorgo, (pues), a todos cuantos se hallan en el orbe de la ciudadanía romana, sin que quede nadie sin una ciudadanía excepto los dediticios. En efecto, conviene que todos, no solo contribuyan en todo lo demás, sino que participen también de la victoria. Y esta constitución manifiesta la grandeza del pueblo romano [...]. D'ORS, A. *Epigrafía jurídica de la España romana* (Trad.). Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1953, p. 203.

²⁹ ESCUDERO, J. A. *Curso de Historia del Derecho...* op. cit., p. 118.

44 A. C.; se conservan de ésta unos cincuenta capítulos en cuatro bronzes³⁰; contiene varias disposiciones de naturaleza penal, de las que ya nos ocuparemos más adelante. De la misma forma, la *Lex Salpensana* y la *Lex Malacitana*, de la cual se han descubierto fragmentos muy pequeños, que no nos permiten tener una idea cabal de su contenido original, al igual que varios fragmentos de cuerpos normativos, entre los cuales cabe destacar los *Fragmentos hispalenses*, pues en la parte que ha sido conservada, se refiere a la obligación de devolver los fondos que se tuvieran de la caja municipal en los treinta días siguientes a su recepción y a la necesidad de rendir cuentas de los negocios realizados con dinero del municipio ante los *decuriones*, quienes podían sancionar a los que hubieran incumplido esta norma o defraudado alguna suma. Estos fragmentos, se presume, datan del siglo I³¹.

Ésta y otras leyes regulaban diferentes aspectos de la vida en comunidad del pueblo a las que estaban destinadas y tenían varias disposiciones con contenido penal, como analizaremos a continuación.

³⁰ GACTO FERNÁNDEZ, E. *Manual Básico de Historia del Derecho...* op. cit., p. 42.

³¹ FERNÁNDEZ NIETO, F. J. "El Derecho en la España romana", en MENÉNDEZ PIDAL, R. *Historial de España*. T. II, Madrid, XX, Espasa-Calpe, 1982, p. 185.

3. El Derecho penal romano imperante durante la ocupación de la Península Ibérica

Conforme se ha señalado anteriormente, la ocupación de la Península Ibérica por parte de Roma inicia en el 218 A. C., con el desembarco del ejército romano en Ampurias, es decir, en la época republicana. La dominación romana sobre los pueblos hispanos durará hasta el siglo V de nuestra era, en la cual se produce la denominada *invasión de los bárbaros* y, por tanto, la caída del Imperio Romano de Occidente. En el caso de la Península Ibérica, la transición jurídica se produce con la llegada de los visigodos, como consecuencia de la firma de un acuerdo con Roma en el 418, por el cual recibieron tierras en Aquitania y posteriormente en el año 507, se trasladaron hacia el sur, luego de ser derrotados por los francos, hasta situar Leovigildo, su capital, en Toledo (entre los años 568 y 586). En tal virtud, la dominación romana sobre los pueblos asentados en la Península Ibérica duró casi seis siglos, durante los cuales no solo se produjeron cambios políticos, sino también jurídicos, que, para los propósitos de este trabajo, son los que deben considerarse como relevantes.

A la llegada de los romanos a la actual España, Roma era una república en crisis económica, en la que la desigualdad en el reparto de los recursos generó una serie de tensiones entre la clase dominante y el pueblo llano, que entra en un proceso de progresiva pauperización, agravada sobre todo en el siglo II A. C.³². En esa época, el Derecho penal imperante, si es que se puede llamar así al sistema de aplicación de castigos, al igual que en las demás sociedades arcaicas, va íntimamente ligado a

³² PARICIO, J. y FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Historia del Derecho Romano y su recepción europea...* op. cit., p. 99.

lo religioso. En Roma, la distinción entre *ius* y *fas*, entendida la primera como norma que determinaba lo lícito, conforme al criterio de los hombres, y el segundo, como la medida de lo que era o no propicio a los dioses, de manera que lo que actualmente denominamos como Derecho penal, siempre estuvo impregnado de un componente mágico-religioso, por el que era la *pax deorum* el interés máximo que una sociedad debía proteger; la sanción, además de constituirse en un castigo a una conducta ilícita, tenía la propiedad de aplacar a los dioses y su función expiatoria era fundamental³³.

Muchas de las infracciones cometidas en esa época se consideraban expiadas con el *piaculum*, ofrenda sacrificial o entrega de una cantidad patrimonial. Tales los casos como el de la viuda que contrajere nupcias antes de haber transcurrido un año de luto, la concubina que hubiera violado la prohibición de tocar el altar de Juno o el marido que, sin justa causa, hubiera repudiado a su mujer. En este último caso, debía entregar al culto de Ceres la mitad de su fortuna y la otra mitad, a la mujer indebidamente repudiada³⁴.

El *piaculum*, sin embargo, no era suficiente para expiar la ira de los dioses, en todo tipo de delitos, pues la responsabilidad penal de mayor gravedad exigía que el transgresor responda con su propia persona y, eventualmente, con sus bienes frente a la ofensa. A esto se denomina como la *scelus inexpiabile*. De los testimonios existentes hasta la fecha, aparecen dos formas de manifestarse

³³ RASCÓN GARCÍA, C. *Manual de Derecho Romano*. Madrid, Tecnos, 1996, p. 136.

³⁴ SANTALUCÍA, B. *Derecho Penal Romano*. Madrid, Ramón Areces S.A., 1990, p. 28.

el castigo sacralizado o *supplicium*, como se le denomina en clara referencia a su finalidad expiatoria asignada a la pena. Por una parte, el abandono de la persona que hizo la transgresión y la entrega de sus bienes al dios ultrajado (*consecratio capitis et bonorum*) y por otra, la pena de muerte considerada también como sacrificio expiatorio (*deo necari*)³⁵.

Uno de los primeros temas que debe tomarse en cuenta es que en el Derecho penal romano, el concepto de delito requiere la existencia de una voluntad contraria a la ley en la persona capaz de obrar, la cual no rigió en los primeros tiempos, aunque posteriormente se consideró como fundamental a la voluntad antijurídica del agente; asimismo, tampoco existe delito alguno si esta voluntad no se concreta en un hecho punible³⁶.

En el Derecho penal, como en las demás áreas jurídicas, la relación de éste con lo mágico-religioso es una constante. La forma en que se imponían las penas y las conductas, consideradas como delitos, nos remiten necesariamente a una concepción expiatorio – religiosa de la pena; baste recordar que las vestales, que violaban su voto de castidad, eran enterradas vivas, así como también se ejecutaba a aquéllos que hacían encantamientos para provocar la muerte de otro³⁷. De igual forma, en delitos como el parricidio o el *perduellio*, se imponía la pena de muerte, pero dentro de ritos de claro sesgo expitario - religioso; así, al parricida y al reo de *perduellio* se les colgaba del *árbol infelix*, que era aquel que no

³⁵ SANTALUCIA, B. *Diritto e processo penale nell' antica Roma*. Milán, Giuffré, 1989, p. 4.

³⁶ MOMMSEN, T. *El Derecho Penal Romano*. DORADO PEDRO (Trad.). Madrid, La España Moderna, pp. 94 y 103.

³⁷ RASCÓN GARCÍA, C. *Manual de Derecho Romano. ...op. cit.*, p. 138.

tenía frutos o cuyos frutos no eran comestibles, pero que además se consideraban de mal augurio, como los de frutos negros, las zarzas y todos aquéllos que entonces se consideraban bajo la protección de dioses infernales³⁸.

La sanción religiosa más frecuente era la *sacratio capitis*, con la cual se consagraba el delincuente a la divinidad, en consecuencia, el declarado *homo sacer*, objeto de la *sacratio*, pasaba a ser propiedad de los dioses, es decir, cualquier ciudadano podía privarle de su vida y de esta manera, expiar el delito cometido³⁹.

El Derecho penal romano tiene como fundamento la *coercitio* del magistrado, que consiste en una facultad de decidir respecto de la imposición de castigos y es parte de su poder global, denominado como *imperium*, con el cual se encontraban investidos, tanto el rey, como los magistrados republicanos⁴⁰. Este poder se limitó, desde finales del siglo IV A. C., por la posibilidad de recurrir ante la asamblea del pueblo, mediante la *provocatio ad populum*. Hasta el siglo IV A. C., además de la *coercitio* del magistrado, se celebraban determinados procesos ante el pueblo reunido en asamblea; a partir de este siglo, aparecen las primeras *questiones extraordinariae*, como tribunales constituidos con carácter extraordinario, ante los que se celebran procesos públicos para redimir conductas consideradas como contrarias a los intereses de la colectividad, constituyendo el precedente de las *questiones*

³⁸ CANTARELLA, E. *Los suplicios capitales en Grecia y Roma*. Madrid, Akal, 1996, p. 165.

³⁹ KASER, M. *Das altrömische ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichteder Römer. ...op. cit., p. 72.*

⁴⁰ FUENTESECA, P. *Historia del Derecho Romano. ... op. cit., p. 214.*

perpetuae o tribunales permanentes, creadas a partir del siglo II A. C. para juzgar los *crimina*⁴¹.

Un aspecto de enorme interés, que cabe resaltar del análisis histórico del Derecho penal romano, es la constante lucha del pueblo por limitar y controlar el poder punitivo ejercido por los magistrados y los tribunales especiales creados, sobre todo dentro del esquema de las *questiones extraordinariae*; así, a partir de la *Lex Sempronia de capite civis*, votada en el 123 A. C., propuesta por Cayo Graco, todas las *questiones extraordinariae* debieron ser creadas con la participación del pueblo, se aplicó la *provocatio ad populum* en el sentido de que no se podía imponer una pena de muerte sin contar con la asamblea⁴².

Este principio de que una pena de muerte no puede ser impuesta a un ciudadano, sino a través de un juicio de la asamblea, tuvo ya un antecedente en las XII Tablas, la cual estableció un regla, según la cual, cuando estuviera en juego la vida de un ciudadano, dicha decisión debía reservarse a los comicios centuriados, pues, de acuerdo a lo señalado posteriormente por Cicerón⁴³, esta norma tendría su antecedente en una *lex sacrata* o deliberación jurada de la comunidad plebeya, motivada sobre todo por la utilización de los procesos capitales utilizados como arma política del patriciado, respecto de lo cual la plebe luchó para que esta atribución fuera transferida a la asamblea por curias (*de capite civis nisi per maximum comitatum ne ferunto*); por su parte, los patricios consiguieron insertar en el código decenviral el precepto que prohibía ejecutar a una persona que no hubiese sido

⁴¹ RASCÓN GARCÍA, C. *Manual de Derecho Romano*. ... *op. cit.*, p. 138.

⁴² RASCÓN GARCÍA, C. *Manual de Derecho Romano*. ... *op. cit.*, p. 138.

⁴³ CICERÓN. *pro Sestio*, pp. 30 y 65.

condenada regularmente (*indemnatum hominem interfici*), con lo cual se previno a futuro los procesos capitales revolucionarios dirigidos por los tribunos ante los *concilia plebis*⁴⁴.

Otro aspecto que debe analizarse, teniendo en cuenta los dos siglos que duró la *pacificación* de los pueblos ibéricos, por parte de los ejércitos romanos, hasta la victoria de Augusto en el 31 A. C., es el paralelismo existente entre el Derecho penal romano común y el Derecho de la guerra. En principio debe reconocerse que en buena parte los hechos punibles, según el Derecho de la guerra, eran los mismos delitos contra el estado, que establecía la legislación común a todos, sin embargo, conductas como la desobediencia a los mandatos de los magistrados, que en la legislación común no se tipificaba como delito, se consideraba una falta de enorme gravedad en el ejército. Los delitos sexuales, que no se consideraban como tales en la época republicana, así como el hurto, que merecía apenas una sanción pecuniaria, en el Derecho de guerra se consideraban delitos capitales, pues se estimaba que la lujuria relajaba la disciplina militar, así como el hurto cometido en el campo de batalla⁴⁵.

Las penas también diferían, pues aunque la pena de muerte se encuentre en primer lugar, tanto en las normas comunes, como en las militares, las penas corporales y de manera especial la flagelación fueron utilizadas de forma recurrente en el Derecho de guerra romano, así como la prisión como medio de disciplina militar.

⁴⁴ SANTALUCIA, B. *Derecho Penal Romano*. ... *op. cit.*, p. 47.

⁴⁵ MOMMSEN, T. *El Derecho Penal Romano*. Pedro Dorado, (Trad.). ... *op. cit.*, p. 33.

Son pocos los textos en los que se recoge aspectos puntuales del Derecho penal en la Hispania romana, sin embargo, como ya se señaló anteriormente, hay algunos aspectos puntuales que podemos apreciar, tanto en constituciones imperiales, como en leyes municipales, en las que se hace la diferenciación entre *delicta* y *crimina*, de acuerdo a aquello que se define como privado y público, división que, tanto en lo sustancial, como en lo adjetivo siempre fue difusa y sujeta a interpretación.

En cuanto a los posibles autores de los delitos, de acuerdo a los textos municipales, pueden ser, tanto hombres libres, como esclavos, siendo estos últimos responsables por sí mismos, independientemente de la responsabilidad de su dueño. Con seguridad, la fuga de esclavos debió ser frecuente, pues existe una constitución imperial del año 332 sobre los esclavos fugitivos para las Hispanias⁴⁶.

La *Ley de Urso* establece, en su capítulo 122 de manera fragmentaria, el delito de hurto cometido por un esclavo, lo cual daba lugar, seguramente, a una acción directa contra el esclavo o contra éste y su dueño, en caso de haber existido complicidad para el cometimiento del delito, en lugar de la *actio noxalis*⁴⁷. Normalmente el *dominus* respondía por los delitos cometidos por el *servus*, ya que la acción noxal no podía dirigirse propiamente contra éste⁴⁸. La responsabilidad

⁴⁶ MORÁN MARTÍN, R. *Materiales para un Curso de Historia del Derecho español*. T. I., Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2010, p. 191.

⁴⁷ FERNÁNDEZ NIETO, J. *Historia De España Antigua*. T. I: *Protohistoria*. Madrid, Cátedra, 2012, p. 143.

⁴⁸ NAVARRO-HORTELANO, C. "*Similitudines* en supuestos de *Noxae deditio*

noxal facultaba al propietario del esclavo a pagar la *litis aestimatio* o a entregarlo a la víctima del delito⁴⁹, bajo el principio general *noxae caput sequitur*⁵⁰. De acuerdo a esta facultad, se pueden establecer tres alternativas: en primer lugar, la *noxae deditio caput sequitur* y el pago de la pena *in solutione*; la obligación *noxal* como posibilidad con dos objetos simultáneos y; finalmente, el pago de la pena como obligación principal y la *noxae deditio* como *solutionis*⁵¹.

La misma *Lex Ursus* o *Ley de Urso*, en su capítulo 75, se refiere al daño en los edificios, estableciendo una sanción proporcional a éste. Los *Bronces de Vipasca*, asimismo, tipifican el hurto de mineral (II, 9 y 10) y los delitos de *peculatus* o *furtum* de bienes estatales⁵². En cuanto al abigeato, el *rescripto* de Adriano derivaba en que el *consilium* provincial solicitase información sobre el tipo de castigo que debía ser aplicado a los cuatrerros o bandas de ladrones especializadas en el robo de ganado⁵³, el cual incluía prácticas similares como la sustracción del establo o lugar de pasto; las circunstancias de comisión del delito podían

servi fructuarii", en *Boletín de la Facultad de Derecho*. N.º 14, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1999, p. 229.

⁴⁹ GIRARD. "Les acciones noxales", en *Nouvelle Revue Historique du Droit Français et Etranger*. París, Onzième Année, 1887, p. 409 y ss.

⁵⁰ D'ORS, J. *Derecho Privado Romano*. Pamplona, 1997, &373 nt. 1.

⁵¹ GIRARD. "Les acciones noxales", en *Nouvelle Revue Historique du Droit Français et Etranger*. ...op. cit., p. 47; LENEL, O. "Die Formeln der Actiones noxales", en *ZSS*, 1927, p. 29.

⁵² MORÁN MARTÍN, R. *Materiales para un Curso de Historia del Derecho español*. T. I, ... op. cit., p. 192.

⁵³ PAVÓN, P. "De abigeis puniendis: el *rescripto* de Adriano sobre el robo de ganado en la Bética", en *Gerión* 28. N.º 1, Junta de Andalucía, 2010, p. 276.

acarrear la pena de trabajo forzado hasta de forma permanente⁵⁴. El *rescripto* de Antonio Pío al preconsul de la Bética, en relación a los delitos de honestidad, sancionaba a los dueños de esclavos que los obliguen a realizar actos indecorosos que deriven en su propia venta⁵⁵. La regulación del Estado, a través de los gobernadores provinciales, les proveía credenciales y en caso de ser necesario, de un *apparitor*; incluso, la imposición de castigos en caso de oposición⁵⁶. El segundo *rescripto* de este emperador incluyó limitaciones a la huida, a través de luchas con fieras en el circo, que podían o no desembocar en la devolución a sus dueños; el desarrollo jurídico de estos cuerpos legales se centró en una casuística diferente, cuya proyección específica fue la esclavitud⁵⁷.

En Roma, los delitos religiosos y aquéllos que actualmente denominamos como delitos contra la salud pública, tenían relación con las prohibiciones de introducir cadáveres en la ciudad, dar sepultura e incinerar los cadáveres. La *Ley de Urso* contemplaba la descripción de estas conductas, en su capítulo 73, sin concordancia con las prácticas sociales y culturales de la época, tales como inhumar a los familiares en casa, provenientes de las XII Tablas, que fueron prohibiéndose y aplicadas por excepción⁵⁸.

⁵⁴ GARCIA DEL CORRAL, I. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona, 1889.

⁵⁵ MORÁN MARTÍN, R. *Materiales para un Curso de Historia del Derecho español*. T. I, ... *op. cit.*, p. 192.

⁵⁶ GONZÁLES ROMÁN, C. "El rescripto de Antonino Pío sobre los esclavos de *Iulius Sabinus* de la Bética", en *Gerón 21*. N.º 1, Granada, Departamento de Historia Antigua de la Universidad de Granada, 2003, p. 355.

⁵⁷ GONZÁLES ROMÁN, C. "El rescripto de Antonino Pío sobre los esclavos de *Iulius Sabinus* de la Bética", en *Gerón 21*. N.º 1, ...*op. cit.* p. 355.

⁵⁸ LÓPEZ MELERO, R. *Enterrar en Urso (Lex Ursonensis LXXIII-LXXIV)*.

En cuanto a los temas urbanísticos o ambientales, se penalizó el almacenamiento de tejas y construcción de fábricas, la razón era ajena a criterios de seguridad, sino que se enfocaba en la prevención de futuras rebeliones en las que grandes cantidades de tejas sean utilizadas con fines defensivos contra la autoridad central; los efectos penológicos de estas acciones iban desde la confiscación, hasta la venta de los inmuebles, cuya cantidad formaría parte de la hacienda pública⁵⁹.

Los delitos derivados de la mala gestión de fondos públicos, tanto en colonias, como en municipios se penalizaban con multas y la inhabilitación de los puestos en las magistraturas⁶⁰. La tipificación de estos delitos es el resultado de una tradición, que nace de una legislación sobre el *crimen repetundarum*, seguida por la *lex ursonensis* y la posterior *lex flavia municipalis*, *lex irnitana* y *lex Malaca*, describiendo las conductas de concusión, tráfico de influencias, peculado, aceptación de regalos, gratificación a los allegados por concesión de un bien público, participación en subastas de arriendos de tierras públicas y ventas del patrimonio de los municipios⁶¹.

S.H. Monográfico, N.º 5, pp. 115-118.

⁵⁹ MORÁN MARTÍN, R. *Materiales para un Curso de Historia del Derecho español*. T. I, ... *op. cit.*, p. 193.

⁶⁰ MORÁN MARTÍN, R. *Materiales para un Curso de Historia del Derecho español*. T. I, ... *op. cit.*, p. 192.

⁶¹ GARCÍA GARRIDO, M. "La concusión y el tráfico de influencias en la *lex ursonensis* y en las leyes municipales", en *Stod. Historia Antigua* 15. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997, p. 97.

4. El Derecho procesal romano en Hispania

La diferenciación que existe entre los juicios privados, en donde el magistrado tiene una acción de dirigir la actuación de los sujetos, y los juicios públicos, asistidos en un proceso de los *crimina*, iniciado por el gobernador provincial y los emperadores, implica una relación similar a la que existe entre el Derecho penal y el Derecho procesal.

La ley de Urso recoge una serie de figuras procesales como la supervivencia de las antiguas *legis actiones*, en especial la *manus iniectio* y el *uindex*; la aplicación de la *actio petitio persecutio* constituyó un problema al considerarse arcaica, ya que interviene para librar a quien adeuda y que posteriormente sufriría alteraciones⁶². El tratamiento que se debía dar a los esclavos incluía disposiciones *manumissio auindicta*, en el caso de menores o mujeres donde se requería la intervención de un *duovir*⁶³.

El aspecto procedimental de los municipios de la Bética lo podemos encontrar en la *Lex Irnitana*, que situaba a los *duo iuri iure dicundo*, bajo la administración de estas localidades, con el rol de citar a los testigos, nombrar a los jueces, recuperadores o árbitros de las causas, publicar edictos, fórmulas judiciales y demás documentos provinciales del gobernador, que pudiesen afectar a su jurisdicción; situación que, en terminos generales,

⁶² MORÁN MARTÍN, R. *Materiales para un Curso de Historia del Derecho español*. T. I, ...*op. cit.*, p. 192.

⁶³ BARJA DE QUIROGA, L. "Estructura compositiva de la *lex ursonensis*", en *Stvd. Historia Antigua* 15. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997, p. 51.

se encuentra a cargo de la figura del *dunui* en un plazo de tres días⁶⁴.

En la época republicana, la responsabilidad de revisión de multas correspondía a los comicios, es decir, los cargos en la escala política en orden ascendente *duviro*s, ediles y *cuestores* en razón del orden de importancia de las magistraturas⁶⁵. En Hispania, el encargado de las multas era el senado municipal a quien se le sumaba varias competencias correspondientes al gobernador, específicamente con respecto a delitos con penas graves⁶⁶. Cabe recalcar que los delitos de concusión y tráfico de influencias, que constan en la *lex de Urso*, *lex de Irni* y su relación con las *leges calpurnia de pecuniis repetundis*, *lex aulia repetundarum*, *lex iulia iudiciorum publicorum*, *lex iulia iudiciorum privatorum*, nos acercan a las llamadas acciones populares⁶⁷.

Finalmente, el desarrollo del Derecho procesal llevó a que las acciones populares se caractericen por ser extraordinarias y se perfeccionen en un ejercicio ordinario y privado, cuyo fin era precautelar la organización pública⁶⁸. Por otro lado, el

⁶⁴ MORÁN MARTÍN, R. *Materiales para un Curso de Historia del Derecho español*. T. I, ...*op. cit.*, p. 194.

⁶⁵ MENTXAKA, R. "Los requisitos para acceder a las magistraturas locales con base en los escritos de los juristas clásicos", en *Veleia* 28 9-67. Grupo de Investigación del sistema universitario vasco, 2011, p. 31.

⁶⁶ MORÁN MARTÍN, R. *Materiales para un Curso de Historia del Derecho español*. T. I, ...*op. cit.*, p. 194.

⁶⁷ GARCÍA GARRIDO, M. "La concusión y el tráfico de influencias en la *lex ursonensis* y en las leyes municipales", en *Stvd. Historia Antigua* 15. ...*op. cit.*, p. 97.

⁶⁸ MORÁN MARTÍN, R. *Materiales para un Curso de Historia del Derecho*

procedimiento privado por fórmulas tuvo su origen en provincias con características propias hasta configurar un *tertium genus* del proceso popular o recuperatorio, constituyéndose como un punto medio, entre lo público y privado, con fases del proceso civil (*ordo y cognitio*) como son: acciones de ley, formulario y extraordinario, incluso, el impacto de las *quaestiones perpertuae* y el proceso administrativo *multae dictio*⁶⁹.

español. T. I, ...*op. cit.*, p. 196.

⁶⁹ GARCÍA GARRIDO, M. *El Derecho Privado Romano. Casos, acciones, instituciones*. Madrid, Dykinson, 1997, p. 112.

BIBLIOGRAFÍA

BARJA DE QUIROGA, López. “Estructura compositiva de la *lex ursonensis*”, en *Stvd. Historia Antigua 15*. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

BETANCOURT, Fernando. *Derecho Romano Clásico*. Sevilla, Universidad de Sevilla, 2001.

CANTARELLA, Eva. *Los suplicios capitales en Grecia y Roma*. Madrid, Akal, 1996.

CICERÓN. *pro Sestio*.

D’ORS, Álvaro. *Epigrafía jurídica de la España romana*. Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1953.

_____. *Derecho Privado Romano*. Pamplona, 1997.

DE CHURRUCA, Juan. *Introducción histórica al Derecho Romano*. Bilbao, Universidad de Deusto, 1994.

ESCUADERO, José Antonio. *Curso de Historia del Derecho*. Madrid, Solana e hijos, 1995.

FERNÁNDEZ NIETO, Francisco Javier. “El Derecho en la España romana”, en MENÉNDEZ PIDAL, Ramón. *Historial de España*. Tomo II, Madrid, Espasa-Calpe, 1982.

_____. *Historia De España Antigua*. Tomo I: Protohistoria. Madrid, Cátedra, 2012.

FUENTESECA, Pablo. *Historia del Derecho Romano*. Madrid, Europa Artes Gráficas, 1987.

GACTO FERNÁNDEZ, Enrique. *Manual Básico de Historia del Derecho*. Madrid, LAXES, 1997.

GARCÍA BELLIDO, Antonio. *España y los españoles hace dos mil años*. 2.ª edición, Buenos Aires, Espasa-Calpe, 1945.

GARCÍA DEL CORRAL, Ildefonso. *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Barcelona, 1889.

GARCÍA FALCONÍ, Ramiro, y LARENAS, Melissa. “Los albores del Derechos Penal”, en *Derecho penal y Criminología*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2016.

GARCÍA GARRIDO, Manuel. *El Derecho Privado Romano. Casos, acciones, instituciones*. Madrid, Dykinson, 1997.

_____. “La concusión y el tráfico de influencias en la *lex ursonensis* y en las leyes municipales”, en *Stvd. Historia Antigua 15*. Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1997.

GIRARD. “Les acciones noxales”, en *Nouvelle Revue Historique du Droit Francais et Etranger*. Paris, Onzième Année, 1887.

GONZÁLES ROMÁN, Cristóbal. “El rescripto de Antonino Pío sobre los esclavos de *Iulius Sabinus* de la Bética”, en *Gerón 21*. N.º 1, Granada, Departamento de Historia Antigua de la Universidad de Granada, 2003.

KASER, Max. *Das altrömische ius: Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*. Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1949.

LALINDE ABADÍA, Jesús. *Iniciación histórica al Derecho español*. 6.ª Edición, Barcelona, EUB, 2004.

LÓPEZ MELERO, R. *Enterrar en Urso (Lex Ursonensis LXXIII-LXXIV)*. S. H. Monográfico, N.º 5.

MENTXAKA, Rosa. “Los requisitos para acceder a las magistraturas locales con base en los escritos de los juristas clásicos”, en *Veleia* 28 9-67. Grupo de Investigación del sistema universitario vasco, 2011.

MOMMSEN, Teodoro. *El Derecho Penal Romano*. PEDRO DORADO (Trad.). Madrid, La España Moderna, 1898.

MORÁN MARTÍN, Remedios. *Materiales para un Curso de Historia del Derecho español*. Tomo I, Madrid, UNED, 1999.

_____. *Materiales para un Curso de Historia del Derecho español*. Tomo I, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2010.

NAVARRO-HORTELANO, Carolina. “*Similitudines* en supuestos de *Noxae deditio servi fructuarii*”, en *Boletín de la Facultad de Derecho*. N.º 14, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 1999.

PARICIO, Javier y FERNÁNDEZ BARREIRO, A. *Historia del Derecho Romano y su recepción europea*. Madrid, Ramón Areces S.A., 1997.

PAVÓN, Pilar. “De *abigeis puniendis*: el *rescripto* de Adriano sobre el robo de ganado en la Bética”, en *Gerión* 28. N.º 1, Junta de Andalucía, 2010.

PETIT, Eugene. *Tratado elemental de Derecho Romano*. México, Editora Nacional, 1969.

RASCÓN GARCÍA, César. *Manual de Derecho Romano*. Madrid, Tecnos, 1996.

SANTALUCÍA, Bernardo. *Derecho Penal Romano*. Madrid, Ramón Areces S.A., 1990.

_____. *Diritto e processo penale nell’ antica Roma*. Milán, Giuffré, 1989.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *Manual de Historia del Derecho español*. Madrid, Tecnos, 2007.

¿CÓMO ES POSIBLE LA LEGITIMADA POR VÍA DE LEGALIDAD?

¿CÓMO ES POSIBLE LA LEGITIMADA POR VÍA DE LEGALIDAD?¹

JÜNGER HABERMAS²

UNIVERSIDAD JOHANN WOLFGANG GOETHE,
FRÁNCFORT DEL MENO, ALEMANIA

RESUMEN:

Voy a sostener la tesis de que la autonomización del sistema jurídico no puede significar una desconexión completa de derecho y moral, por un lado, y de política, por otro. El derecho, al convertirse en positivo, no rompe sus relaciones internas con la moral y la política. En la primera parte voy a bosquejar, a grandes rasgos, cómo el derecho moderno, con ayuda del Derecho Natural Racional, se diferenció del complejo tradicional que formaban moral, derecho y política. En la segunda parte me ocuparé de la cuestión de cómo del hundimiento del Derecho Natural Racional surge una idea de Estado de Derecho que de ninguna manera se limita a flotar impotentemente sobre una sociedad de alta complejidad y acelerado cambio. En la tercera parte, finalmente, estudiaré, desde una perspectiva interna, cómo derecho y moral se complementan hoy a la vez que se entrelazan.

¹ Artículo publicado en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N.º 5, 1988, pp. 21-45.

² Universidad Johann Wolfgang Goethe, Frankfurt del Meno, Alemania. Fue profesor de Filosofía en Heidelberg y profesor de Filosofía y Sociología en Frankfurt. Entre 1971 y 1980 fue Director del Instituto Max Planck en Stamberg. Desde 1994, es Profesor emérito de la Universidad Goethe de Frankfurt.

I.

RAZÓN Y POSITIVIDAD: SOBRE EL ENTRELAZAMIENTO DE DERECHO, POLÍTICA Y MORAL

I. 1. Si queremos entender por qué la diferenciación del derecho en modo alguno disuelve por completo el interno entrelazamiento de éste con la política y la moral, lo más adecuado es echar una ojeada retrospectiva sobre el nacimiento del derecho positivo. Este proceso se extiende en Europa desde fines de la Edad Media hasta las grandes codificaciones del siglo XVIII. También en los países del *common law* el derecho consuetudinario queda reorganizado bajo la influencia del derecho romano por el influjo ejercido por juristas de formación académica; en ese proceso el derecho queda sucesivamente adaptado a las condiciones del tráfico de la economía capitalista emergente y al poder burocrático de los Estados territoriales que entonces nacen. De este complicado proceso, rico en variantes y difícil de abarcar, voy a limitarme a un punto de especial importancia en el contexto de nuestras consideraciones relativas a filosofía del derecho. Lo que esa positivación del derecho filosóficamente significa puede entenderse mejor sobre el trasfondo de la estructura trimembre del sistema jurídico medieval, que entonces se derrumba.

Desde una cierta distancia cabe todavía reconocer en nuestras propias tradiciones jurídicas correspondencias con aquellos tres elementos, que de acuerdo con algunos planteamientos de sociología jurídica comparada, habrían conformado la cultura jurídica de las viejas civilizaciones³. El sistema jurídico se ve coronado en estas culturas premodernas por un derecho sacro

³ UNGER, R. M. *Law and Society*. Nueva York, 1976.

que se encargan de administrar e interpretar en cada caso especialistas en teología y en derecho. La pieza nuclear de ese sistema jurídico la constituye el derecho burocrático, *puesto* por el rey o emperador (quien es al mismo tiempo juez supremo) en concordancia con aquellas tradiciones de derecho sacro. Y ambos tipos de derecho se encargan de dar forma a un derecho consuetudinario, por lo general no escrito, que en última instancia proviene de las tradiciones jurídicas de cada etnia. En el Medievo europeo las cosas eran algo distintas, por cuanto que el Derecho Canónico de la Iglesia católica significó el mantenimiento ininterrumpido de la elevada técnica jurídica y conceptual del Derecho Romano *clásico*, mientras que el derecho burocrático de los edictos y leyes imperiales, incluso antes del redescubrimiento del *Corpus Iustinianum*, a lo menos conectaban con la idea de *Imperium Romanum*. Incluso el derecho consuetudinario se debía a la cultura jurídica mixta romano-germánica de las provincias occidentales del imperio y desde el siglo XII fue objeto de transmisión escrita. Pero en los rasgos esenciales se repite la estructura que nos es conocida por todas las culturas superiores: la ramificación en derecho sacro y derecho profano, quedando el derecho sacro integrado en el horizonte de una de las grandes religiones universales, que se refieren al orden del cosmos o a una historia de la salvación. Este derecho divino o natural no está a disposición del príncipe, sino que representa más bien el marco legitimador dentro del cual el príncipe, a través de sus funciones de administración de justicia y de *posición* (creación) burocrática del derecho, ejerce su dominio profano. En este contexto habla Max WEBER del *doble reino de la dominación tradicional*⁴.

⁴ Cfr. sobre este tema, SCHLUCHTER, W. *Die Entwicklung des okzidentalen Rationalismus*. Tubinga, 1980.

También en el Medioevo se conserva este carácter tradicional del derecho. Todo derecho recibe su modo de validez del origen divino de un derecho natural interpretado en términos cristianos. No puede crearse nuevo derecho si no es en nombre de la reforma o restauración del buen derecho antiguo. Pero esta vinculación a la comprensión tradicional del derecho contiene ya una interesante tensión, que se da entre los dos elementos del derecho del príncipe. Como juez supremo, el príncipe está sometido al derecho sacro. Pues sólo así puede transmitirse la legitimidad de ese derecho al poder profano. De este respeto transido de *pietas* ante un orden jurídico intangible recibe su legitimación el ejercicio del poder político. Pero al mismo tiempo, el príncipe, que está situado en la cúspide de una administración organizada por cargos, hace también uso del derecho como un medio que otorga a sus mandatos, por ejemplo en forma de edictos, un carácter obligatorio para todos. Por este lado, el derecho como medio del ejercicio del poder burocrático, sólo puede cumplir, empero, funciones de orden, mientras mantenga, por el otro, en forma de tradiciones jurídicas sacras, su carácter no instrumental, ese carácter que lo sitúa por encima del príncipe y que éste ha de respetar en su jurisprudencia. Entre esos dos momentos, el del carácter no instrumental del derecho que se presupone en la regulación judicial de los conflictos, y el carácter instrumental del derecho puesto al servicio de un determinado orden político, se da una indisoluble tensión. Esa tensión permanece oculta mientras no se ataque a los fundamentos sacros del derecho, y el pedestal que representa el derecho consuetudinario consagrado por la tradición se mantenga firmemente anclado en la práctica cotidiana⁵.

⁵ Cfr. SCHLOSSER. *Grundzüge der neueren Privatrechtsgeschichte*. Heidelberg. 1982.

I. 2. Pues bien, si se parte de que en las sociedades modernas cada vez pueden cumplirse menos estas dos condiciones, puede uno explicarse la positivación del derecho como una reacción a tales cambios⁶. A medida que las imágenes religiosas del mundo se disuelven en convicciones últimas de tipo subjetivo y privado y las tradiciones de derecho consuetudinario quedan absorbidas por el derecho de especialistas, que hacen un *usus modernus* de él, queda rota la estructura trimembre del sistema jurídico. El derecho se reduce a una sola dimensión y sólo ocupa ya el lugar que hasta entonces había ocupado el derecho burocrático. El poder político del príncipe se emancipa de la vinculación al derecho sacro y se torna soberano. A él le compete la tarea de llenar por su propia fuerza, por medio de una legislación política, los huecos que deja tras de sí ese derecho natural administrado por teólogos. En adelante todo derecho tiene su fuente en la voluntad soberana del legislador político. Legislación, ejecución y aplicación de las leyes se convierten en tres momentos dentro de un proceso circular único, gobernado políticamente; y lo siguen siendo, aun después de diferenciarse institucionalmente en poderes del Estado.

Con ello cambia la relación que guardaban entre sí aquellos dos momentos que eran el carácter sacro del derecho, por un lado, y la instrumentalidad del derecho, por otro. Cuando se han diferenciado suficientemente los papeles, y en ello radica el significado de la división de poderes, las leyes anteceden a la jurisprudencia. Pero, ¿puede un derecho político, que es susceptible de cambiarse a voluntad, irradiar todavía ese tipo

⁶ Este aspecto interno es pasado por alto por la interpretación funcionalista de este proceso de positivación; cfr. LUHMANN, N. *Rechtssoziologie*. Opladen, 1983.

de autoridad que irradiaba antaño el derecho sacro?, ¿mantiene el derecho positivo todavía un carácter obligatorio, cuando ya no puede recibir su autoridad de un derecho previo y superior, como sucedía antaño con el derecho burocrático en el sistema jurídico tradicional? A estas preguntas el positivismo jurídico ha dado siempre respuestas afirmativas⁷. En una variante, el derecho queda privado de su carácter normativo en general y queda definido exclusivamente en términos instrumentales: el derecho se considera exclusivamente como mandato de un soberano (AUSTIN). Con ello desaparece aquel primer momento del derecho tradicional como un residuo metafísico. La otra variante del positivismo jurídico se atiene a la premisa de que el derecho sólo puede cumplir su función nuclear de regulación judicial de los conflictos mientras las leyes que se aplican mantengan un momento de aquella incondicionalidad que tenían antaño. Pero este momento sólo puede radicar ya en la forma del derecho positivo, no en contenidos recibidos del derecho natural (KELSEN). Desde este punto de vista, el sistema jurídico, separado de la política y de la moral, con la jurisprudencia o administración de justicia como núcleo institucional, es el único lugar que queda, en que el derecho puede mantener su forma por su propia fuerza y con ello su autonomía. En ambos casos el resultado es que de la garantía metasocial de validez jurídica que antaño había representado el derecho sacro, puede prescindirse sin necesidad de buscarle sustituto.

Pero los orígenes históricos, tanto del derecho tradicional como del derecho moderno, hablan contra esta tesis. Pues el derecho antecede al nacimiento del dominio políticamente organizado, es decir, del dominio estatalmente organizado, mientras que el

⁷ HÖRSTER, N. *Recht und Moral*. Gotinga, 1972.

derecho sancionado estatalmente o el poder estatal organizado jurídicamente, surgen simultáneamente en forma de dominación política⁸. Según todas las apariencias, es la evolución arcaica del derecho la que empieza posibilitando la aparición de un poder político, en la que el poder estatal y el derecho estatal se constituyen recíprocamente. En esta constelación es difícil imaginar que alguna vez el derecho pudiera ser absorbido totalmente por la política o quedar escindido por completo del sistema político. Además, puede mostrarse que determinadas estructuras de la conciencia moral jugaron un papel importante en la aparición de la simbiosis entre derecho y poder estatal. Un papel similar juega la conciencia moral en el tránsito del derecho tradicional al derecho positivo profano, asegurado por el monopolio estatal del poder y puesto a disposición del legislador político. Aquel momento de incondicionalidad que incluso en el derecho moderno constituye un contrapeso a la instrumentalización política del medio que es el derecho, se debe al entrelazamiento de la política y el derecho con la moral.

I. 3. Esta constelación se establece por primera vez con la simbiosis entre derecho y poder estatal. En las sociedades tribales⁹ neolíticas operan típicamente tres mecanismos de regulación de los conflictos internos: las prácticas de auto auxilio (alianzas y venganzas de sangre), la apelación ritual a poderes mágicos (oráculos y duelos rituales) y la mediación arbitral como equivalente pacífico de la violencia y la magia. Pero tales mediadores carecen todavía de la competencia de decidir las disputas de las partes de forma vinculante y dotada de autoridad o

⁸ Sobre lo que sigue, cfr. WESEL, U. *Frühformen des Rechts*. Frankfurt, 1984.

⁹ Cfr. WESLER, U. *loc. cit.*, p. 329 y ss.

de imponer sus decisiones incluso contra el juicio de las lealtades dictadas por el sistema de parentesco. Junto con esta característica de urgibilidad, se echan también en falta los tribunales de justicia y los procesos y procedimientos judiciales. Además, el derecho permanece todavía estrechamente hermanado con la costumbre y las representaciones religiosas, de suerte que apenas puede distinguirse entre fenómenos genuinamente jurídicos y otros fenómenos. La concepción de la justicia subyacente a todas las formas de regulación de los conflictos está entrelazada con la interpretación mítica del mundo. La venganza, la represalia, la compensación sirven al restablecimiento de un orden perturbado. Este orden, construido de simetrías y reciprocidades, se extiende por igual tanto a las personas particulares y a los grupos de parentesco, como a la naturaleza y a la sociedad en conjunto. La gravedad de un delito se mide por las consecuencias del hecho, no por las intenciones del agente. Una sanción tiene el sentido de una compensación por el perjuicio surgido, no del castigo de un malhechor que se ha hecho culpable de la transgresión de una norma.

Estas ideas concretistas de justicia no permiten todavía una separación entre cuestiones de derecho y cuestiones de hecho. En los procedimientos jurídicos arcaicos confluyen juicios normativos, ponderación inteligente de intereses y afirmaciones relativas a hechos. Faltan conceptos como el de responsabilidad o imputabilidad y culpa. No se distingue entre propósito o intención y comportamiento descuidado. Lo que cuenta es el daño objetivamente causado. No existe separación entre derecho civil y derecho penal. Todas las transgresiones jurídicas son, en cierto modo, delitos que exigen se compensen los daños. Tales distinciones sólo resultan posibles cuando surge un nuevo concepto que revoluciona el mundo de representaciones morales. Me refiero al concepto de norma jurídica independiente de la

situación, de una norma jurídica que está por encima tanto de las partes litigantes, como del juez imparcial, es decir, de una norma jurídica previa y que se considere vinculante para todos. En torno a este núcleo cristaliza lo que L. KOHLBERG llama conciencia moral *convencional*. Sin tal concepto de norma el juez sólo puede tratar de convencer a las partes de que lleguen a un compromiso. Para ello puede valerse del influjo que ejerce su prestigio personal, del influjo que ejerce su *status*, que puede deberse a la riqueza o a la edad. Pero le falta poder político. No puede apelar todavía a la autoridad de una ley que de forma impersonal obligue a todos ni a la conciencia moral de los implicados¹⁰.

Propongo el siguiente experimento mental: supongamos que antes de que haya surgido algo así como una autoridad estatal se desarrollan ideas jurídicas y morales convencionales (en el sentido de KOHLBERG). Entonces un jefe, a la hora (por ejemplo) de resolver un conflicto, puede apoyarse ya en el carácter vinculante de normas jurídicas reconocidas, pero al carácter moralmente vinculante de su juicio no puede añadirle todavía el carácter fácticamente coercitivo de un potencial de sanción estatal. Y, sin embargo, su papel de jefe, que hasta ese momento descansaba sobre su influjo y prestigio fácticos, puede sufrir un cambio importante. Tres secuencias son importantes en este escenario. Tal jefe, en tanto que protector de normas intersubjetivamente reconocidas, participará, en primer lugar, del aura del derecho que él administra. La autoridad normativa del derecho se transmitiría de la competencia de juez al poder de mando del jefe, poder de mando ligado a la competencia de juez por vía de identidad personal. El poder táctico del influyente

¹⁰ POSIPIL, L. "Anthropologie des Rechts. Recht und Gesellschaft", in *Archaischen und modernen Kulturen*. Munich, 1982.

se transformaría entonces gradualmente en el poder dotado de autoridad normativa de alguien que puede dar órdenes y tomar decisiones colectivamente vinculantes. Pero para entonces se habría transformado también, en segundo lugar, la cualidad de las decisiones judiciales. Tras las normas jurídicas moralmente obligatorias, no estaría ya sólo la presión que en la vida cotidiana de una tribu se ejerce sobre los individuos para que se conformen a las normas, o el poder fáctico de una persona prominente, sino la sanción con que amenaza un príncipe dotado de poder político legítimo. Habría surgido así el modo de validez ambivalente que caracteriza al Derecho estatal, un modo de validez en que se funden reconocimiento y coerción. Pero con ello, y en tercer lugar, el poder político se habría hecho con un medio con cuya ayuda puede crear una organización de cargos y ejercer burocráticamente ese poder. Como medio de organización, el derecho recibe entonces, junto a su aspecto de incondicionalidad de derecho objetivo, también un aspecto instrumental.

Si bien estas consideraciones tienen también un contenido empírico¹¹, lo que ante todo me importa es la aclaración de relaciones conceptuales. Sólo en las imágenes del mundo que se van haciendo cada vez más complejas se forma una conciencia moral de nivel convencional (siempre en el sentido de L. KOHLBERG); sólo una conciencia ligada a normas ancladas en la tradición y moralmente obligatorias hace posible la transformación del poder fáctico en un poder normativo; sólo cuando se dispone de poder legítimo es posible imponer políticamente normas jurídicas; sólo el derecho coercitivo puede utilizarse para la organización del

¹¹ EDER, K. *Die Entstehung staatlich organisierter Gesellschaften*. Frankfurt, 1976; HABERMAS, J. *Zur Rekonstruktion des historischen Materialismus*. Frankfurt, 1976.

poder estatal; si se analiza en detalle este entrelazamiento de moral inserta en una imagen religiosa del mundo, poder jurídicamente legitimado y administración estatal organizada en forma jurídica, resulta clara la insostenibilidad de los dos conceptos positivistas de Derecho, a los que me he referido anteriormente.

I. 4. La reducción de las normas jurídicas a mandatos de un legislador político implica que el derecho se disuelve, por así decirlo, en política. Pero con ello se descompone el concepto mismo de lo político. Pues, bajo tal premisa, la dominación política ya no puede entenderse como poder legitimado jurídicamente. Pues un derecho que queda totalmente al servicio del sistema político pierde su fuerza legitimante. En cuanto la legitimación se entiende como operación propia del sistema político, estamos abandonando nuestros conceptos de derecho y política. La misma consecuencia se sigue de la otra idea de que el derecho positivo podría mantener su autonomía por sus propias fuerzas, mediante las operaciones dogmáticas de un sistema judicial fiel a la ley, autonomizado frente a la política y a la moral. En cuanto la validez jurídica pierde toda relación moral (y, por tanto, toda relación que vaya más allá de la decisión del legislador) con los aspectos de justicia, se torna difusa la identidad del derecho mismo. Pues se pierden entonces los puntos de vista legitimadores bajo los que el sistema jurídico pudiera verse obligado a mantener una determinada estructura.

Si damos por sentado que las sociedades modernas no pueden renunciar al derecho (ni con el pseudónimo de *derecho* pueden sustituirlo por otro equivalente funcional, es decir, por una práctica de tipo completamente distinta) la positivación del derecho plantea un problema, incluso ya por razones conceptuales. Pues al derecho sacro desencantado -ya un

derecho consuetudinario vaciado, que ha perdido su sustancia- hay que buscarle un equivalente que permita al derecho positivo mantener un momento de incondicionalidad. Se trata del equivalente que en el mundo moderno se desarrolló primero en forma de Derecho Natural Racional, el cual no sólo fue importante para la filosofía del derecho, sino que, en lo que a dogmática jurídica se refiere, tuvo una importancia directa para las grandes codificaciones y para la práctica judicial de desarrollo del derecho¹².

En este contexto quisiera llamar la atención sobre dos puntos: **a)** en el Derecho Natural Racional se articula una etapa nueva, postradicional, de la conciencia moral, que liga el derecho moderno a principios y lo asienta sobre el terreno de una racionalidad procedimental; **b)** Unas veces fue la positivación del derecho como tal y otras la necesidad de fundamentación nacida de esa positivación lo que pasó a primer plano como fenómeno necesitado de explicación; correspondientemente, las teorías del contrato social se desarrollaron en direcciones opuestas. Pero en ninguno de los dos casos lograron establecer una relación plausible entre los momentos de incondicionalidad e instrumentalidad, que caracterizan al derecho.

Ad a) El Derecho Natural Racional reacciona al hundimiento del derecho natural basado en la religión y en la metafísica y a la *desmoralización* de una política interpretada crecientemente en términos naturalistas y guiada por intereses de autoafirmación. En cuanto el Estado monopolizador de la violencia, logra, en su papel de legislador soberano, convertirse en fuente exclusiva del derecho, este derecho rebajado a medio de organización corre

¹² WIAKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Gotinga, 1969, p. 249 y ss.

el riesgo de perder toda relación con la justicia y con ello su genuino carácter de derecho. Con la positividad de un derecho que se vuelve dependiente del soberano estatal, no desaparece la problemática de la fundamentación, sino que no hace más que desplazarse hacia la base ahora mucho más estrecha que representa una ética profana, de tipo postmetafísico y desligada de las imágenes religiosas del mundo.

La figura más básica del derecho privado burgués es el contrato. La autonomía del contrato capacita a las personas jurídicas privadas para generar derechos subjetivos. Pues bien, en la idea del contrato social, esa figura de pensamiento es objeto de una interesante interpretación, para justificar moralmente el poder ejercido en forma de derecho positivo, para justificar moralmente la *dominación legal-racional* (en el sentido de WEBER). Un contrato que cada individuo autónomo concluye con todos los demás individuos autónomos sólo puede tener por contenido algo que razonablemente redunde en el bien de cada uno. Por esta vía sólo resultan aceptables aquellas regulaciones que puedan contar con el asentimiento no forzado de todos. Esta idea básica delata que la razón del derecho natural moderno es esencialmente razón práctica, la razón de una moral autónoma. Esta exige que distingamos entre normas y principios y procedimientos justificatorios, procedimientos conforme a los cuales podamos examinar si las normas, a la luz de principios válidos, pueden contar con el asentimiento de todos.

Con la idea de contrato social, al ponerse en juego tal procedimiento para la justificación de los órdenes políticos organizados jurídicamente, el derecho positivo queda sometido a principios morales. Desde la perspectiva de una lógica evolutiva (en el sentido de PIAGET) resulta obvia la hipótesis de que en el

tránsito a la modernidad es de nuevo un cambio de la conciencia moral el que marca la pauta a la evolución del derecho.

Ad b) El Derecho Natural Racional aparece en versiones distintas. Autores como HOBBS se sienten más bien fascinados por el fenómeno de que el derecho puede cambiarse a voluntad; autores como KANT se sienten fascinados por el déficit de fundamentación de ese nuevo derecho que se ha vuelto positivo. Como es sabido, HOBBS desarrolla su teoría bajo premisas que privan tanto al derecho positivo como al poder político de todas sus connotaciones morales; el derecho establecido por el soberano ha de arreglárselas sin un equivalente racional del derecho sacro desencantado. Pero, naturalmente, al desarrollar una teoría que no hace sino ofrecer a sus destinatarios un equivalente racional de aquel derecho sacro, HOBBS se ve envuelto en una contradicción realizativa (en el sentido que da a esta expresión K.O. APEL). El contenido manifiesto de su teoría, que explica cómo el derecho totalmente positivado funciona de forma ajena a toda moral, cae en contradicción con el papel pragmático de la misma teoría, que trata de explicar a sus lectores por qué podrían tener buenas razones como ciudadanos libres e iguales para decidir someterse a un poder estatal absoluto.

KANT hace después explícitos los supuestos normativos que la teoría de HOBBS lleva implícitos y desarrolla desde el principio su teoría del derecho en el marco de la teoría moral. El principio general del derecho, que objetivamente subyace a toda legislación, resulta para KANT del imperativo categórico. De este principio supremo de la legislación se sigue a su vez el derecho subjetivo originario de cada uno a exigir de todos los demás miembros del sistema jurídico el respeto a su

libertad en la medida en que esa libertad se pueda poner en concordancia con la igual libertad de todos conforme a leyes generales.

Mientras que para HOBBS el derecho positivo es, en última instancia, un medio de organización del poder político, para KANT cobra un carácter esencialmente moral. Pero tampoco en estas versiones más maduras logra el Derecho Natural Racional resolver la tarea que él mismo se propone de explicar racionalmente las condiciones de legitimidad de la dominación legal. HOBBS sacrifica la incondicionalidad del derecho a su positividad, en KANT el derecho natural o moral, deducido *a priori* de la razón práctica, cobra tal predominio, que el derecho amenaza con disolverse en moral: el derecho queda rebajado a un modo deficiente de moral.

KANT inserta de tal suerte el momento de incondicionalidad en los fundamentos morales del derecho, que el derecho positivo queda subsumido bajo el Derecho Natural Racional. En ese derecho, integralmente prejuzgado por el Derecho Natural Racional, no queda espacio alguno para el aspecto instrumental del derecho, del que el legislador político ha de servirse en las tareas de dirección que le competen. Tras hundirse el baldaquino del derecho natural cristiano, no quedan sino las columnas que representan una política interpretada en términos naturalistas, por un lado, y un derecho sustentado por el poder de decisión política, por otro. KANT reconstruye el edificio destruido procediendo a una simple sustitución: el Derecho Natural Racional, fundamentado en términos autónomos, es el encargado de ocupar el puesto vacante que había dejado el derecho natural de tipo religioso y metafísico. Con ello, en comparación con la estructura trimembre del derecho tradicional, cambia ciertamente la función mediadora de la

jurisprudencia o administración de justicia, que había transmitido la legitimación sacra al príncipe y a su dominación burocrática; ahora la jurisprudencia queda por debajo del legislador político y se limita a administrar los programas de éste. Pero ahora, los poderes del Estado, en sí diferenciados, quedan bajo la sombra de una *res publica noumenon* deducida a partir de la Razón, que debe encontrar en la *res publica phainomenon* una reproducción lo más fiel posible. La positivación del derecho, en tanto que realización de principios del Derecho Natural Racional, queda sometida a los imperativos de la razón. Pero si la política y el derecho pasan a desempeñar el papel subordinado de órganos ejecutores de las leyes de la razón práctica, la política pierde su competencia legislativa y el derecho su positividad. De ahí que KANT tenga que recurrir a las premisas metafísicas de su doctrina de los *dos reinos* para distinguir entre sí, de forma altamente contradictoria, legalidad y moralidad¹³.

¹³ KERSTING, W. *Wohlgeordnete Freiheit*. Berlín, 1984, p. 16 y ss.

II.

LA SUSTITUCIÓN DEL DERECHO NATURAL RACIONAL POR LA IDEA DE ESTADO DE DERECHO

II. 1. El Derecho Natural Racional no sólo se abandonó por razones filosóficas. La situación que ese derecho trataba de interpretar se hizo tan compleja que le resultó inabarcable. Muy pronto quedó claro que la dinámica de una sociedad integrada a través de mercados ya no podía quedar captada en los conceptos normativos del derecho ni mucho menos podía detenerse en el marco de un sistema jurídico proyectado *a priori*. Toda tentativa de deducir de principios supremos, de una vez por todas, los fundamentos del derecho privado y del derecho público, tenía que fracasar ante la complejidad de la sociedad y de la historia. Las teorías del contrato social -y no solamente las idealistas entre ellas- estaban planteadas en términos demasiado abstractos. No habían reflexionado sobre los supuestos sociales de su individualismo posesivo. No se habían confesado a sí mismas que las instituciones básicas del derecho privado, que son la propiedad y el contrato, así como los derechos subjetivo-públicos de protección frente al Estado democrático sólo podían prometer justicia bajo las condiciones de una ficticia economía de pequeños propietarios. Simultáneamente, las teorías del contrato social -y no solamente las que procedían en términos aprióricos- estaban planteadas en términos demasiado concretistas. No se habían percatado de la alta movilidad de la situación social y habían subestimado la presión adaptativa que ejerce el crecimiento capitalista y en general la modernización social.

En Alemania el contenido moral del derecho natural quedó separado de la teoría del derecho y fue primero proseguido por las vías paralelas que representan la dogmática del derecho privado y la idea de Estado de Derecho, para quedar después vaciado en términos positivistas en el curso del siglo XIX. Desde el punto de vista de la ciencia jurídica el derecho se agotaba en lo esencial en el código civil administrado por juristas. Aquí, en el sistema del derecho privado mismo, no por parte de un legislador democrático, habían de quedar asegurados los contenidos morales del derecho¹⁴. F. C. von SAVIGNY, que construyó la totalidad del derecho privado como un edificio de derechos subjetivos, opinaba, siguiendo a KANT, que la forma del derecho subjetivo es en sí misma moral. Los derechos subjetivos generales delimitan ámbitos de autonomía privada y garantizan la libertad individual por vía de facultades individuales. La moralidad del derecho consiste en que *a la voluntad individual se le señala un ámbito en el que puede dominar con independencia de toda voluntad extraña*¹⁵. Pero con el desarrollo fáctico del derecho quedó claro que los derechos subjetivos son algo secundario frente al derecho objetivo y que ni siquiera son capaces de ofrecer la base conceptual para el sistema del derecho privado. El concepto de derecho subjetivo es objeto entonces de una reinterpretación positivista y queda purificado de todas sus asociaciones normativas. Según la definición de B. WINDSCHEID los derechos subjetivos se limitan a transformar los mandatos del orden jurídico objetivo en facultades de sujetos jurídicos individuales.

¹⁴ COING, H. "Das Verhältnis der positiven Rechtswissenschaft zur Ethik im 19. Jahrhundert", in Blühdorn, J. und Ritter, J. (eds.). *Recht und Freiheit*. Frankfurt, 1970, p. 11 y ss.

¹⁵ SAVIGNY, F. C. von. *System des heutigen Römischen Rechts*. T. I, 1940, p. 333.

Una evolución paralela puede constatarse en la evolución de la idea de Estado de Derecho, que KANT, notémoslo bien, sólo había introducido bajo reservas hipotéticas. Los teóricos alemanes del siglo XIX están interesados ante todo en domesticar en términos constitucionales el poder administrativo de los monarcas. MÖHL y WELKER todavía defienden en el *Vormärz* que las leyes abstractas y generales son el medio apropiado para fomentar por igual en todos los ciudadanos *el desarrollo más multilateral posible, y racional, de todas las fuerzas espirituales y corporales*¹⁶. Pero tras la fundación del Reich, GERBER y LABAND desarrollan ya la teoría de la ley, como mandato del soberano, de una instancia legisladora no ligada en lo que a contenidos se refiere. Es este concepto positivista de ley el que, finalmente, los constitucionalistas progresistas de la República de Weimar, tales como HELLER, suponen al legislador parlamentario: *En el Estado de Derecho se llaman leyes, sólo las normas jurídicas dictadas por la asamblea legislativa y todas las normas jurídicas dictadas por la asamblea legislativa*¹⁷.

Me he detenido a recordar este desarrollo, que no es un desarrollo del que pueda decirse que sea típicamente alemán, porque en él la erosión que experimenta ese concepto de ley moralizado en términos de Derecho Natural Racional, puede explicarse desde la doble perspectiva del especialista en dogmática jurídica y del juez, por un lado, y del legislador, poco a poco parlamentarizado, por otro. En los países anglosajones, en que la idea de Estado de Derecho se desarrolló desde el principio como *rule of law*

¹⁶ Cfr. MAUSS, I. "Entwicklung und Funktionswandel des bürgerlichen Rechtsstaat", en Tohidipur, M. (ed.). *Der bürgerliche Rechtsstaat*. T. I, Frankfurt, 1978, p. 13 y ss.

¹⁷ HELLER, H. *Ges. Schriften*. T. II, Leiden, 1971, p. 226.

en consonancia con los desarrollos democráticos, el proceso judicial equitativo (*fair and due process*) fue el modelo de interpretación unitaria que se aplicó a la legislación a la vez que a la jurisprudencia o administración de justicia. En Alemania, la destrucción positivista del Derecho Natural Racional se efectuó por dos caminos separados. Ciertamente que tanto en la dogmática del derecho privado como en la teoría del derecho constitucional queda desmentida la construcción de KANT, conforme a la cual política y derecho quedaban sometidos a los imperativos morales del Derecho Natural Racional -pero ello por una doble vía, a saber: desde el punto de vista del sistema judicial, por un lado, y desde el punto de vista del legislador político, por otro. De ahí que a aquellos que, tras el hundimiento de la construcción que representó el Derecho Natural Racional, tampoco quedaron muy convencidos por la alternativa que representaba el positivismo jurídico, el mismo problema se les presentará de forma distinta por ambos lados.

Al problema se le puede dar en términos generales la siguiente versión. Por un lado, los fundamentos morales del derecho positivo no pueden explicarse en forma de un Derecho Natural Racional superior. Por otro lado, tampoco se los puede liquidar sin sustituirlos, so pena de privar al derecho de ese momento de incondicionalidad del que esencialmente necesita. Pero entonces hay que mostrar cómo en el interior del derecho positivo mismo puede estabilizarse el punto de vista moral de una formación imparcial del juicio y de la voluntad. Para satisfacer esta exigencia no basta con que determinados principios morales del Derecho Natural Racional queden positivados como contenidos del derecho constitucional. Pues de lo que se trata es precisamente de la contingencia de los contenidos de un derecho que puede cambiarse a voluntad. La moralidad integrada en el derecho

positivo ha de tener más bien la fuerza trascendadora de un procedimiento que se regula a sí mismo, que controla su propia racionalidad.

II. 2. Bajo la presión de este problema, aquellos sucesores de SAVIGNY que no querían darse por contentos con la interpretación positivista de los derechos subjetivos trataron de convertir al derecho científico de los juristas en fuente de legitimación. SAVIGNY, en su teoría de las fuentes del derecho, había asignado aun a la justicia y a la dogmática jurídica, la tarea todavía modesta y derivada de *poner en forma científica ante la conciencia, y de exponer, el derecho positivo procedente de la costumbre y la legislación*¹⁸. En cambio, G. F. PUCHTA sostiene a fines de siglo la idea de que la producción del derecho no ha de ser sólo asunto del legislador político, pues de otro modo el Estado no se fundaría en *derecho*, es decir, no podría ser Estado de Derecho. Antes bien, compete a la justicia, yendo más allá del derecho vigente, la tarea productiva de una prosecución y complementación constructivas del derecho vigente, dirigidas por principios¹⁹. Este derecho de los jueces habría de obtener del método científico de fundamentación, es decir, de los argumentos de una jurisprudencia que procede científicamente, esa autoridad independiente que PUCHTA quiere atribuirle. Ya PUCHTA ofrece un punto de apoyo para una teoría, que, desde la perspectiva de la jurisprudencia, hace derivar de una racionalidad procedimental inserta en el propio discurso jurídico los fundamentos legitimadores de la legalidad.

Desde la perspectiva del legislador, resulta obvia una interpretación análoga, aun cuando la discusión parlamentaria se enderece

¹⁸ SAVIGNY, F. C. von. *Allgemeine Natur der Rechtsquellen*. 1840, p. 44.

¹⁹ PUCHTA, G. H. *Vom Recht*. 1841, p. 52 y ss.

directamente a la formación de compromisos y no, como el discurso jurídico, a una fundamentación científicamente disciplinada de los juicios. También por este lado se planteó para aquellos que no podían conformarse con el positivismo democrático de la ley la cuestión de sobre la base de qué razones pueden pretender legitimidad las leyes producidas por mayorías parlamentarias. Ya KANT, siguiendo el concepto de autonomía de ROUSSEAU, había dado un primer paso para destacar en el procedimiento de la legislación democrática misma el punto de vista moral de la imparcialidad. Como es sabido, KANT convierte en piedra de toque de la juridicidad de cada ley pública el criterio de si podría haber surgido de la *voluntad unida de un pueblo*²⁰. Ciertamente que el propio KANT contribuyó a que en seguida se confundieran dos significados diversos de *universalidad* o *generalidad* de la ley: la generalidad o universalidad semántica de la ley abstractamente general vino a sustituir a aquella generalidad procedimental que caracteriza a la ley producida democráticamente como expresión de *la voluntad unida del pueblo*.

En Alemania, en donde la discusión sobre teoría de la democracia sólo revivió en los años veinte de este siglo, esta confusión tuvo dos desafortunadas consecuencias. Por un lado, se pasó por alto el prolijo *onus probandi*, que asume una teoría de la democracia, planteada en términos procedimentales, *onus probandi* que aún hoy está por desempeñar. En primer lugar habría que mostrar en términos de teoría de la argumentación cómo en la formación de la voluntad parlamentaria del legislador se compenetraban discursos relativos a objetivos políticos y discursos relativos a fundamentaciones morales con el control jurídico de las normas. En segundo lugar, habría que aclarar en qué se distingue un

²⁰ KANT, I. *Grundlegung der Metaphysik der Sitten*.

acuerdo alcanzado argumentativamente de un compromiso negociado y cómo el punto de vista moral se hace valer a su vez en las condiciones que han de cumplir los compromisos para poder ser considerados *fair*. Y en tercer lugar, y sobre todo, habría que reconstruir cómo habrían de institucionalizarse por vía de procedimientos jurídicos la imparcialidad de las decisiones del legislativo -empezando por la regla de la mayoría, pasando por las reglas que rigen las discusiones parlamentarias, hasta el derecho electoral y, la formación de la opinión pública en el espacio público político. Este análisis habría de dejarse guiar por un modelo que expusiese la conexión que se da entre los presupuestos necesarios de la comunicación, relativos a la formación discursiva de las decisiones colectivas, y una negociación de intereses que pueda considerarse *fair*. Sólo sobre este trasfondo podría analizarse críticamente el sentido normativo y la práctica efectiva de tales procedimientos²¹.

Pero además esa confusión de generalidad procedimental y generalidad semántica de las leyes dictadas por el parlamento tuvo como consecuencia que se pasara por alto la problemática autónoma de la aplicación del Derecho. Aun cuando la racionalidad procedimental (una racionalidad plena de contenidos morales) del legislativo quedara suficientemente asegurada institucionalmente, las leyes (se trate o no del derecho regulador que caracteriza al Estado Social) no tienen nunca una forma semántica tal que de ella resulte una determinación que sólo deje al juez una aplicación algorítmica. Como demuestra la hermenéutica filosófica²², las operaciones interpretativas

²¹ NEUMANN, U. *Juristische Argumentationslehre*. Darmstadt, 1986, p. 70 y ss.

²² ESSER, J. *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt, 1972.

en la aplicación de las reglas comportan siempre operaciones constructivas que desarrollan el Derecho. De ahí que el problema de la racionalidad procedimental se plantee de nuevo de forma distinta para la práctica de las decisiones judiciales y para la dogmática jurídica.

En los procedimientos legislativos, esta moralidad emigrada al Derecho positivo puede imponerse por vía de que los discursos sobre objetivos políticos queden sometidos a las restricciones del principio de que sean susceptibles de asentimiento general, es decir, a las restricciones del punto de vista moral que hemos de respetar cuando se trata de *fundamental* normas. Pero en una *aplicación* de normas, que resulte sensible al contexto, la imparcialidad del juicio no queda ya asegurada porque nos preguntemos qué es lo que todos podrían querer, sino preguntándonos si se han tenido adecuadamente en cuenta todos los aspectos relevantes de una situación dada. Antes de poder decidir qué normas, que a veces pueden colisionar entre sí y por tanto han de jerarquizarse a la luz de principios, han de aplicarse a un caso, hay que aclarar si la descripción de la situación es adecuada y completa en lo tocante a los intereses afectados. Como ha demostrado Klaus GÜNTHER²³, en los contextos de fundamentación de normas la razón práctica se hace valer examinando si los intereses son *susceptibles de universalización*, y en los contextos de aplicación de normas, examinando si se han tenido en cuenta de forma adecuada y completa todos los contextos relevantes a la luz de reglas que pueden colisionar entre sí. Y esto es lo que han de materializar los procedimientos jurídicos que hayan de institucionalizar la imparcialidad de la administración de justicia .

²³ GÜNTHER, K. *Das Prinzip der Unparteilichkeit und die funktionale Bestimmtheit des Rechts*. Ms, 1986.

II. 3. A lo que apunto con estas consideraciones es a la idea de un Estado de Derecho, con división de poderes, que extrae su legitimidad de una racionalidad que garantice la imparcialidad de los procedimientos legislativos y judiciales. Con ello no se habría obtenido otra cosa que un estándar crítico para el análisis de la realidad constitucional. Y sin embargo, esa idea no se limita a oponerse abstractamente (en un impotente deber-ser) a una realidad que tan poco corresponde a ella. Antes bien, la racionalidad procedimental, emigrada ya parcialmente al derecho positivo constituye (tras el hundimiento del Derecho Natural Racional) la única dimensión que queda en que puede asegurarse al derecho positivo un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques contingentes.

III.

LA RACIONALIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS INSTITUCIONALIZADOS JURÍDICAMENTE: CUESTIONES PRELIMINARES

III. 1. Para que en sociedades de nuestro tipo pueda ser posible una legitimidad mediante legalidad, la fe en la legalidad, que ya no puede contar con las certezas colectivas que antaño habían proporcionado la religión y la metafísica, tiene que apoyarse en cierto sentido en la *racionalidad* del derecho. Pero tampoco se ha confirmado la suposición de Max WEBER de que la base de la fuerza legitimadora de la legalidad es una racionalidad autónoma, exenta de moralidad, inmanente al derecho como tal. Una dominación ejercida en las formas del derecho positivo, obligadas siempre a justificarse, debe su legitimidad al contenido moral implícito de las cualidades formales del derecho. Pero el formalismo del derecho no debe pensarse en términos excesivamente concretistas ligados a determinados rasgos semánticos, sino que la fuerza legitimadora la tiene los procedimientos que institucionalizan exigencias y requisitos de fundamentación y justificación y la vía por la que se procede al desempeño argumentativo de tales exigencias y requisitos. La fuente de legitimación no debe buscarse tampoco en una sola dirección. No ha de buscarse sólo en un lugar, sea el legislador político o la administración de justicia. Pues bajo las condiciones de una política ligada a las obligaciones del Estado Social, ni siquiera el legislador democrático más cuidadoso puede ligar a la justicia y a la administración mediante la forma semántica de la ley; pues no es posible prescindir del derecho regulatorio ligado al Estado Social. Acerca del núcleo racional (en sentido práctico-moral) de los procedimientos jurídicos, sólo cabe decidir cuando

se analiza cómo a través de la idea de imparcialidad, tanto la fundamentación de las normas como la aplicación de regulaciones vinculantes establecen una conexión constructiva entre el Derecho vigente, los procedimientos legislativos y los procedimientos de aplicación del Derecho. Esta idea de imparcialidad constituye el núcleo de la razón práctica. Si dejarnos por el momento a un lado el problema de la *aplicación* imparcial de las normas, la idea de imparcialidad nos aparece desplegada, desde el aspecto sobre todo de *fundamentación* de las normas, en las teorías de la moral y las teorías de la justicia que proponen un procedimiento para poder enjuiciar las cuestiones prácticas desde un punto de vista moral. La racionalidad de tal procedimiento puro, previo a toda institucionalización, se mide viendo si en él el *moral point of view*, queda articulado de forma adecuada.

En la actualidad veo *tres candidatos serios* para tal teoría procedimental de la justicia. Los tres vienen de la tradición kantiana, pero se distinguen por los modelos a que recurren para explicar el procedimiento de toma imparcial de decisiones colectivas²⁴. John RAWLS sigue partiendo del modelo del contrato social e inserta en la descripción de la *posición original* las restricciones normativas bajo las que el egoísmo racional de las partes libres e iguales acaba conduciendo a la elección de principios normativamente correctos²⁵. La *fairness* de los resultados viene asegurada por el procedimiento por el que esos resultados se obtienen. L. KOHLBERG utiliza, en vez de eso, el modelo de G. H. MEAD de la reciprocidad de perspectivas entrelazadas entre sí. En vez de una *posición original* idealizada, tenemos una asunción

²⁴ HABERMAS, J. "Gerechtigkeit und Solidarität", in EDELSTEIN, W. und Nunner, G. (eds.). *Bestimmung der Moral*. Frankfurt, 1986.

²⁵ RAWLS, J. *A Theory of Justice*. Oxford, 1972.

ideal de rol (*ideal role-taking*) que exige del sujeto que juzga moralmente ponerse en lugar de todos aquellos que se verían afectados por la entrada en vigor de la norma en cuestión²⁶. A mi juicio, ambos modelos tienen la desventaja de que no hacen del todo justicia a la pretensión cognitiva de los juicios morales. En el modelo del contrato nuestras convicciones morales quedan asimiladas a decisiones de elección racional, y en el modelo de la *asunción de rol* a ejercicios empáticos de comprensión. De ahí que K. O. APEL y yo hayamos propuesto entender la argumentación moral misma como el procedimiento adecuado de formación de una voluntad racional. El examen de pretensiones de validez hipotéticas representa tal procedimiento porque quien quiere argumentar seriamente ha de estibar en las suposiciones idealizantes que comporta una forma de comunicación tan exigente como es el discurso práctico. Todo participante en una práctica argumentativa tiene que suponer pragmáticamente que en principio todos cuantos pudieran verse afectados podrían participar como iguales y libres en una búsqueda cooperativa de la verdad en la que la única coerción que puede hacerse es la coerción sin coerciones que ejercen los buenos argumentos²⁷.

No voy a entrar aquí en las discusiones acerca de teoría moral. En nuestro contexto nos basta constatar que existen candidatos serios para una teoría procedimental de la justicia. Pues sin tal constatación quedaría en el aire mi tesis de que el derecho procedimentalizado y la fundamentación moral de principios remiten el uno al otro. La legalidad sólo puede engendrar

²⁶ KOHLBERG, L. *The Philosophy of Moral Development*. San Francisco, 1981.

²⁷ HABERMAS, J. *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt. 1983.

legitimidad en la medida en que el orden jurídico reaccione reflexivamente a la necesidad de fundamentación surgida con la positivación del Derecho, y ello de suerte que se institucionalicen procedimientos jurídicos de fundamentación que sean permeables a los discursos morales.

III. 2. Sin embargo, no deben confundirse los límites entre derecho y moral. Los procedimientos que ofrecen las teorías de la justicia para explicar cómo puede entenderse algo desde un punto de vista moral sólo tienen en común con los procedimientos jurídicamente institucionalizados el que la racionalidad del procedimiento ha de garantizar la *validez* de los resultados obtenidos conforme a tales procedimientos. Pero los procedimientos jurídicos cumplen aproximativamente las exigencias de una racionalidad procedimental perfecta porque quedan ligados a criterios institucionales y a criterios independientes, recurriendo a los cuales puede establecerse desde la perspectiva de un no implicado si una decisión se produjo o no conforme a Derecho. El procedimiento que representan los discursos morales, es decir, los discursos no jurídicamente regulados, no cumplen esta condición. Aquí la racionalidad procedimental es imperfecta o incompleta. La cuestión de si se ha enjuiciado algo desde un punto de vista moral es algo que sólo puede decidirse desde la perspectiva de los participantes, pues aquí no hay criterios externos o previos. Ninguno de estos procedimientos puede prescindir de idealizaciones, si bien éstas -como ocurre en el caso de los presupuestos de la práctica de la argumentación- no tienen alternativa alguna, es decir, resultan inevitables en el sentido de una necesidad trascendental débil.

Por otro lado, son precisamente las debilidades de una racionalidad procedimental imperfecta de este tipo las que desde puntos

de vista funcionales explican por qué determinadas materias necesitan de una regulación jurídica y no pueden dejarse a reglas morales de corte postradicional. Sea cual fuere el procedimiento conforme al que hemos de juzgar si una norma podría encontrar un asentimiento no coaccionado, es decir, racionalmente motivado, de todos los posibles afectados, tal procedimiento no garantiza ni la infalibilidad, ni la univocidad ni la obtención del resultado en el plazo deseado. Una moral autónoma sólo dispone de procedimientos falibilistas de fundamentación de las normas. Este alto grado de indeterminación cognitiva se ve además reforzado porque una *aplicación* (que resulte sensible al contexto) de reglas sumamente abstractas a situaciones complejas -que hay que describir de la forma más adecuada posible y de la forma más completa posible en lo que se refiere a sus aspectos relevantes- entraña además una incertidumbre estructural adicional²⁸. A esta debilidad cognitiva responde una debilidad motivacional. Toda moral postradicional exige un distanciamiento respecto de las evidencias de las formas de vida en las que aproblemáticamente uno ha crecido. Y tales convicciones morales desconectadas de la eticidad concreta de la vida cotidiana no llevan sin más consigo la fuerza motivacional necesaria que haga también efectivos en la práctica los juicios morales. Cuanto más se interioriza la moral y cuanto más autónoma se vuelve, más se retira al ámbito de lo privado.

De ahí que en todos aquellos ámbitos de acción en que los conflictos, los problemas funcionalmente importantes, y las materias de importancia social exigen tanto una regulación unívoca como a plazo fijo, y vinculante, sean las normas jurídicas las encargadas de resolver las inseguridades que se presentarían

²⁸ GÜNTHER, K. *loc. cit.*

si todos esos problemas se dejasen a la regulación puramente moral del comportamiento. La complementación de la moral por un derecho coercitivo puede justificarse, pues, moralmente.

K. O. APEL habla en este contexto del problema de qué puede en definitiva exigirse en el contexto de una ética universalista, que como tal ha de ser por fuerza una ética exigente²⁹. Pues, incluso las normas moralmente bien fundadas sólo son exigibles en la medida en que aquéllos que ajusten a ellas su comportamiento puedan esperar que también los otros se comporten de conformidad con esas normas. Pues sólo a condición de una observancia de las normas practicada por todos, cuentan las razones que pueden aducirse para la justificación de tales normas. Pues bien, como de las convicciones morales no cabe esperar que cobren para todos los sujetos una obligatoriedad que en todos los casos las haga efectivas en la práctica, la observancia de tales normas sólo es exigible (si nos situamos en la perspectiva de lo que WEBER llamaba una ética de la responsabilidad) si cobran obligatoriedad jurídica.

Rasgos importantes del derecho positivo se tornan comprensibles si entendemos el derecho desde este punto de vista de una compensación de las debilidades de una moral autónoma. Las expectativas de comportamiento jurídicamente institucionalizadas cobran fuerza vinculante mediante su acoplamiento con el poder de sanción estatal. Se extienden a aquello que KANT llamaba aspecto externo de la acción; no a los motivos e intenciones, para los que no se puede forzar a nadie. La administración profesional

²⁹ APEL, K. O. "Kann der postkantische Standpunkt der Moralität noch einmal in substantielle Sittlichkeit aufgehoben werden?", in Kuhlmann, W. (ed.). *Moralität und Sittlichkeit*. Frankfurt, 1986.

del derecho fijado por escrito, público y sistemáticamente configurado, exonera a las personas jurídicas privadas de los costes que se exigen del individuo cuando se trata de la solución moral de los conflictos de acción. Finalmente, el Derecho positivo debe sus *rasgos convencionales* a la circunstancia de que es puesto en vigor por las decisiones de un legislador político y de que, en principio es cambiable a voluntad.

Esta dependencia del derecho respecto de la política explica también el carácter instrumental del derecho. Mientras que las normas morales son fines en si, las normas jurídicas son también medios para objetivos políticos. Pues no sólo sirven, como ocurre en el caso de la moral, para la solución imparcial de los conflictos de acción, sino también para la puesta en práctica de programas políticos. Los objetivos colectivos y las medidas políticas que los traducen a la práctica deben su fuerza vinculante a su forma jurídica. En este aspecto, el derecho se sitúa entre la política y la moral; y correspondientemente, como ha mostrado DWORKIN, en el discurso jurídico los argumentos relativos a interpretación de las leyes, en el caso de aplicación de éstas, se unen tanto con argumentos relativos a objetivos políticos, como con argumentos relativos a justificaciones morales.

III. 3. La cuestión de la legitimidad de la legalidad ha hecho que en nuestras consideraciones quedara hasta ahora en primer plano el terna *derecho y moral*. Hemos aclarado cómo se complementan mutuamente un derecho exteriorizado en términos convencionales (siempre en el sentido que a esta expresión da L. KOHLBERG) y una moral interiorizada. Pero más que esta relación de complementariedad nos interesa el simultáneo entrelazamiento de derecho y moral. Este se produce porque en el Estado de Derecho se hace uso del derecho positivo como

medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación, que se hallan abiertas en dirección a argumentaciones morales. La moral ya no flota sobre el derecho (como todavía sugiere la construcción del Derecho Natural Racional) como un conjunto suprapositivo de normas. Emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo. Mas esta moralidad que no solamente se enfrenta al derecho, sino que también queda atada al derecho mismo es de naturaleza puramente procedimental. Se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada en un procedimiento de fundamentación de contenidos normativos posibles. Así, un derecho procedimental y una moral procedimentalizada pueden controlarse *mutuamente*. En los discursos jurídicos el tratamiento comunicativo de cuestiones práctico-morales queda, por así decirlo, domesticado por vía de institucionalización jurídica; ese tratamiento viene limitado, en lo que a método se refiere, por la vinculación al derecho vigente; en la dimensión objetiva viene limitado en lo tocante a temas y cargas de la prueba; en la dimensión social viene limitado en lo tocante a presupuestos de participación y a inmunidades y distribución de papeles; y en la dimensión del tiempo, en lo tocante a plazos de decisión. Pero, a la inversa, también la argumentación moral queda institucionalizada como un procedimiento abierto, que obedece a su propia lógica y controla así su propia racionalidad. La estructuración jurídica no penetra en el interior de la argumentación de modo que ésta quede atascada en los límites del derecho positivo. El derecho mismo deja en franquía y estimula una dinámica de fundamentación y justificación, que también puede llegar a trascender la letra del derecho vigente, de forma no previsible por éste.

Naturalmente, que a esta concepción habría que diferenciarla atendiendo a los diversos contextos que representan los discursos que se producen en las ciencias jurídicas, en los tribunales de justicia por parte de los jueces y por parte de los abogados, o también atendiendo a los diversos ámbitos de temas, desde las cuestiones próximas a la moral hasta cuestiones puramente técnicas. Entonces, la correspondiente práctica de toma de decisiones podría reconstruirse también desde el punto de vista de hasta qué punto los procedimientos jurídicos dejan espacio para la lógica de la argumentación o distorsionan sistemáticamente el juego argumentativo mediante restricciones en que implícitamente se hacen valer coacciones externas. Naturalmente, que tales efectos no solamente se reflejan en las regulaciones relativas a procedimientos jurídicos, sino también en el modo como tales regulaciones se llevan a la práctica. A veces se da una clase especial de argumentos que se presta muy bien a tal reconstrucción; en la práctica de decisiones judiciales es fácil, por ejemplo, someter a ese tipo de reconstrucción las fundamentaciones de las sentencias que ponen entre paréntesis puntos de vista normativos para sustituirlos por argumentos relativos a imperativos funcionales que se dan por supuestos. Precisamente en tales ejemplos queda claro que la justicia y el sistema jurídico reaccionan ciertamente a la sociedad, pero que no son autónomos frente a ella. La cuestión de si hay que someterse a imperativos sistémicos, bien sea de la economía o del aparato estatal mismo, incluso cuando tales imperativos quebrantan o merman principios bien fundados, no es algo que en última instancia se decida en los tribunales de justicia, tampoco en el espacio público jurídico, sino en las luchas políticas acerca del trazado de límites entre sistema y mundo de la vida.

Ahora bien, hemos visto que la fuerza legitimadora, que tiene su asiento en la racionalidad de los procedimientos jurídicos, no sólo se comunica a la dominación legal a través de las normas procedimentales de la jurisprudencia o administración de justicia, sino en mayor grado aún a través de los procedimientos del poder legislativo democrático: Que los procedimientos parlamentarios puedan tener un núcleo racional en sentido práctico moral, no es algo que a primera vista resulte tan plausible. Pues todo parece reducirse a la adquisición de poder político y a una competición (regida por ese poder) de intereses en pugna, de suerte que las discusiones parlamentarias serían accesibles a lo sumo a un análisis empírico, pero no a una reconstrucción crítica conforme al modelo de una negociación *fair* de compromisos, ni mucho menos de una formación discursiva de la voluntad colectiva. En este lugar no puedo ofrecer ningún modelo satisfactorio. Pero sí quiero subrayar la existencia de toda una serie de teorías de la constitución, centradas en torno a la idea del proceso que la constitución regula, las cuales se atienen a un planteamiento crítico-reconstrutivo³⁰. La regla de la mayoría, las normas de procedimiento parlamentario, las leyes electorales, etc., se analizan desde el punto de vista de cómo pueden asegurar en los procesos de decisión parlamentaria que se tengan presentes por igual todos los intereses afectados y todos los aspectos relevantes de la cuestión de que se trate. Una debilidad de estas teorías la veo, no precisamente en este planteamiento como tal, sino en que no desarrollan sus puntos de vista normativos a partir de una lógica de la argumentación moral ni tampoco los aplican a las

³⁰ CHOPER, J. *Judicial Review and National Political Process*, 1980; Ely, J. H. *Democracy and Distrust*. 1980; para una crítica de la obra de Ely, cfr. "The Past of Constitutional Theory -and Its Future", in *Ohio State Law Journal*. 1981, p. 223 y ss.

condiciones comunicativas que una dinámica de fundamentación ha de cumplir para no resultar distorsionada.

Por lo demás, el proceso intraparlamentario de decisiones sólo constituye un pequeño segmento de la vida pública. La calidad racional de la legislación política no sólo depende de cómo trabajan en el Parlamento las mayorías elegidas y las minorías protegidas. Depende también del nivel de participación y del nivel de formación de los participantes, del grado de información y de la claridad con que en el seno de la opinión pública quedan articuladas las cuestiones de que se trate. La calidad de la vida pública viene en general determinada por las oportunidades efectivas que abra el espacio público político con sus medios de comunicación y sus instituciones.

CONCLUSIÓN

La idea de Estado de Derecho, que he tratado de reformular, aunque apunte un poco alto, no por ello resulta delirante, sino que brota del suelo mismo de la realidad jurídica, para convencerse de ello basta tener presente que esa idea es el único criterio que tenemos para medir la autonomía del sistema jurídico. Si se cerrara esa dimensión en la que las vías de fundamentación jurídica se abren a la argumentación moral, ni siquiera podríamos saber ya qué podría significar eso de autonomía del derecho si no es autonomía sistémica. La autonomía no es algo que un sistema jurídico sobre por sí para sí sólo. Autónomo es un sistema jurídico sólo en la medida en que los procedimientos institucionalizados para la legislación y la administración de justicia garantizan una formación imparcial de la voluntad y del juicio y por esta vía permiten que penetre, tanto en el derecho como en la política, una racionalidad procedimental de tipo ético. No puede haber derecho autónomo sin democracia realizada.

Manuel Jiménez Redondo (Trad.)

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE UNA POSIBLE
ETIOLOGÍA DE LAS MALAS PRÁCTICAS Y LA CORRUPCIÓN EN
EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE UNA POSIBLE
ETIOLOGÍA DE LAS MALAS PRÁCTICAS Y LA CORRUPCIÓN
EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS¹**

PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO²

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPAÑA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO

RESUMEN:

De un somero examen de la realidad que se vive día a día en la Administración Pública, pueden identificarse planteamientos que favorecen la existencia de malas prácticas o casos de corrupción. Planteamientos que, pese a justificarse expresamente en el rechazo a aquel tipo de prácticas, ellos mismos, de manera inconsciente o consciente (en grave quebranto para el Estado de Derecho), llegan a facilitar, generando contradicciones y perplejidad jurídica. Tal vez la respuesta a los casos de malas prácticas o corrupción, que tanto daño están haciendo al Estado de Derecho y a la propia democracia, esté mucho más cerca de lo que pueda parecer.

En este trabajo se abordan, de manera muy sucinta, algunas causas de lo que entendemos integra la etiología de un problema de cada vez mayor calado, que mina peligrosamente la organización administrativa.

¹ Artículo entregado por el autor el 15 de marzo de 2019 y aprobado el 25 de junio de 2019

² Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Salamanca, España. orcid.org/0000-0002-6773-9622

PALABRAS CLAVE:

Administración Pública, malas prácticas administrativas, corrupción, organización administrativa, contratos públicos.

ABSTRACT:

From a brief analysis of each day reality in Public Administration, we could identify proposals which promote the existence of bad practices or corruption cases. These proposals, which reject such kind of practices, they also, unconsciously or consciously, cause a break in the state of Law, facilitating and generating contradictions and legal perplexity. Maybe the answers to these bad practices or corruption cases, which are causing severe problems to the state of Law and to proper democracy, may be much nearer than ever.

In this essay there are briefly treated some causes that we understand integrate the etiology of a severe problem, which seriously endangers administrative organizations.

KEY WORDS:

Public Administration, bad administrative practices, corruption, administrative organization, public contracts.

**1. CONSIDERACIONES PREVIAS:
EL COMPROMISO SOCIAL DEL CIUDADANO**

Pese a que el enfoque de este trabajo se orienta, como no podría ser de otra manera, desde una perspectiva jurídica, no por ello se desconoce que el problema de esa patología, que afecta de manera global a las Administraciones Públicas, denominada *malas prácticas administrativas* y que en su evolución más grave, alcanza el nivel de corrupción administrativa, no es estrictamente jurídico. Es más, podría afirmarse que, en gran medida, el problema tiene causas en una serie de elementos de naturaleza extrajurídica, pero de impacto en el Derecho, el cual regula la actividad pública y, sobre todo, en la forma de proceder de quienes actúan en el ámbito de una organización pública.

Sería presuntuoso, para quien tiene una importante limitación, disciplinar, abordar, siquiera a título de ejemplo, este variado y, como hemos dicho, extrajurídico listado de causas favorecedoras de una situación de relativo incumplimiento de las reglas, que ordenan el actuar de las Administraciones Públicas y sus servidores, pero sí podemos atrevernos e, incluso resulta necesario, en orden a poner en contexto posteriores argumentos, hacer algunas consideraciones en relación a varias cuestiones que, desde nuestro punto de vista, influyen significativamente en la situación, que actualmente se conoce³.

³ Situación que pasa por un escandaloso aumento de casos de malas prácticas y corrupción administrativas, lo cual podría no resultar novedoso o, incluso, ser fruto de un mejor acceso a la información y difusión de ésta, pero lo preocupante es que esta realidad se desarrolla en un marco mucho más amplio, que es el trazado por la denominada nueva cultura de la gestión pública que, aportando mecanismos e instrumentos de indudable bondad para la mejora de

En primer lugar, debe atenderse a la importancia de la base social sobre la que se asienta la organización administrativa, y ello desde una doble perspectiva.

Por un lado, desde la necesaria existencia de una serie de valores básicos, que conforman del pensamiento y sentir de la sociedad. Es indudable que muchos, incluso la totalidad de valores específicos que configuran los principios institucionales y las reglas del Derecho Administrativo, tienen su origen, su antecedente, en una serie de valores de mayor y más amplio calado, que la sociedad tiene adquiridos, a través de la interiorización individual en cada uno de sus miembros. Difícilmente alguien quien no tenga bien asumido por su educación y entorno social lo que es la honradez, rectitud, ecuanimidad, justicia, independencia, equilibrio, objetividad, neutralidad, equidad, etc. podrá ser un buen servidor público, (tanto a nivel de burocracia técnica, como de burocracia política), que interiorice y aplique los principios y reglas jurídicas ordenadoras de la actividad pública, que no son más que la cristalización de aquellos valores o, si se quiere, de la base ética que sostiene a la sociedad. Y es que, fuera de cualquier tipo de sombra o barniz ideológico o religioso, la sociedad debe tener muy claros una serie de parámetros éticos, cuya transgresión ha de tener el oportuno rechazo jurídico, pero también social.

la gestión pública y, por tanto, de la respuesta a la necesidades y expectativas de los ciudadanos, ha traído también una serie de disfuncionalidades o de desviaciones, que suponen una auténtica desatención, cuando no agresión, a los intereses generales que se tratan de satisfacer.

No se trata de caer en el pesimismo, ni de causar un innecesario y poco adecuado estado de alarma, pero sí hay que ser conscientes de que algo no acaba de funcionar bien y que, al respecto, ha de trabajarse mucho más y mejor.

Sin embargo, las medidas de valoración expuestas, cuando las convicciones éticas carecen de solidez y responden más a la inercia que a cualquier otro fundamento, pueden ser objeto de todo tipo de manipulación para escapar del molesto reproche⁴.

Obviamente, sin entrar en ruedos especulativos de fragilidad añadida por tener incorporados una indudable carga ideológica e incluso de posicionamiento político, lo que resulta indudable es que los planteamientos expuestos sobre la existencia de unos firmes valores básicos, que el ciudadano tenga interiorizado y que después perfile jurídicamente, cuando ha de proceder como administrado, político o funcionario público, chocan frontalmente con el relativismo moral, que desde ciertos sectores políticos y aquéllos que manejan la comunicación, se está imponiendo a la sociedad⁵. Es indudable, pese a que quizá no guste reconocerlo, que el deterioro moral de la sociedad tiene su reflejo en la Administración, como acertadamente ha indicado SANZ MULAS:

⁴ SABÁN GODOY. 1991, p. 97.

⁵ Un buen ejemplo de este relativismo moral o molición social es el que se puede apreciar en el propio lenguaje, que se emplea; se habla genéricamente de malas prácticas o de corrupción, cuando lo apropiado debería ser especificar en cada caso el tipo de infractor, o la sustitución del concepto de *régimen disciplinario* por el de *normas para la convivencia*. Sin duda, se juega con las palabras y se traslada a la sociedad una sensación de blandura, como si la semántica también tuviera que escucharse dulce, evitando, fundamentalmente, a quienes carecen de idoneidad para desarrollar una función pública, puesto que las consecuencias de su incorrecto proceder van, en su caso, a ser identificadas; habría que hacerlo de manera suave, por cuanto el rigor y la gravedad en la correcta calificación de un comportamiento parece alejado de los nuevos postulados que ordenan a la sociedad.

Los valores generales de una sociedad inciden de forma determinante en el comportamiento ético tanto de la Administración como de las personas que trabajan en ella. Es difícil que cuando el patrón de valores que se defiende como el ideal en una sociedad es el interés particular, pretendamos que una parte muy importante de esa sociedad como son las Administraciones Públicas, opere con un modelo ético y de valores radicalmente contrario al general⁶.

Debería ser preocupación de la Administración Pública proteger y perfeccionar a la sociedad en valores, sobre los que posteriormente sostener un sistema de derechos, pero también de deberes y exigencias, dando con su propio ejemplo un impulso moral a este objeto de posibilitar la existencia de mejores ciudadanos, en su caso, servidores públicos.

Por otro lado, muy vinculado a los valores que rigen el sentir y actuar de la sociedad es la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos, tanto desde el ejercicio responsable del fundamental derecho al sufragio, como en la utilización y empleo de los instrumentos y técnicas que el ordenamiento prevé para la mejor defensa de sus derechos e intereses, que no son únicamente los suyos particulares, sino también los de la colectividad de la que forma parte; se perfila como una pieza fundamental del sistema administrativo que, al menos teóricamente, se quiere implementar o se dice que se encuentra ya implementado.

Son muchas las ventajas de la participación ciudadana en los asuntos públicos, pero sus bondades, a los efectos que más nos

⁶ SANZ MULAS, A. p. 17.

interesan en el presente trabajo se pueden sintetizar en dos de indudable ascendencia sobre el fenómeno de la corrupción y las malas prácticas en las Administraciones Públicas. A saber:

- *Una buena participación ciudadana en los asuntos públicos es índice inequívoco de músculo democrático y, en consecuencia, de solidez del principio democrático como pared maestra del sistema.*

- *Entender que de la participación deviene conocimiento y, por tanto, control de los asuntos públicos⁷. Este control social es, en no pocas ocasiones, el único que llega a producir un efecto sanatorio o a impulsar la reacción del derecho ante casos de malas prácticas o de corrupción pública y ello por dos razones: en primer lugar, por la existencia y continua ampliación de una burocracia política de perfil moral y profesional muy bajo, que, entre otras deficiencias, suele carecer*

⁷ Cuestión que ya expuso tempranamente SÁNCHEZ MORÓN, al estudiar la participación del ciudadano en la Administración Pública, afirmando que: *A veces puede ser útil y conveniente un control individual. Pero los casos más frecuentes y efectivos son los del control que se realiza por las organizaciones sociales... ..es necesario ahondar en la necesidad de un control social ampliado a la esfera administrativa, diversificado, pluralista y democrático.* En este ámbito, la información era para SÁNCHEZ MORÓN la piedra de toque del sistema participativo de los ciudadanos (y hoy día, podemos afirmar, aun sigue siendo), señalando al respecto que: *La información administrativa aparece como el punto fundamental de todo control administrativo que no implique confusión con el aparato burocrático mismo. A nivel institucional parece coherente con un pluralismo democráticamente finalizado, extender, la información sobre actividades de la Administración a una pluralidad de sujetos, de manera que llegue a consentir un control de la acción administrativa por la opinión pública.* SÁNCHEZ MORÓN. 1980, pp. 269-271

de conciencia de responsabilidad por la gestión, salvo que los negativos resultados de esa gestión tengan efecto en los medios de comunicación y deba ser la presión social, espoleada por aquéllos, la que le conduzca a abandonar por manifiesta incapacidad u obligue al órgano administrativo o judicial competente a actuar contra su persona.

En segundo lugar, lamentablemente, por el cada vez más frecuente y estrepitoso fracaso de los controles ordinarios de la organización administrativa⁸ y, en ocasiones, del propio Poder Judicial.

⁸ Quedan ya para la historia de la Administración española algunos casos ciertamente llamativos, pero por su proximidad temporal se destacan los hechos protagonizados por un Teniente de Alcalde, quien presuntamente utilizó la tarjeta de crédito vinculada a la empresa municipal que presidía, por razón de su cargo político, para pagar gastos de productos de alimentación en un supermercado o costear servicios sexuales en un club de alterne gay. En este caso, como en otros, no son los controles internos de la Administración afectada los que detectan una práctica irregular, como la de emplear una tarjeta de crédito para fines no institucionales y, en cualquier caso sin justificar, es la fiscalía anticorrupción la que debe presentar una querrela contra el presunto infractor por un delito de malversación de caudales públicos. En este caso u otros similares, el fracaso de los medios de intervención y control del gasto son difícilmente justificables y suelen responder al patrón de entidad descentralizada, funcionalmente creada en huida del Derecho administrativo; pero la desviación, la mala práctica no tienen la evidencia pública de, por ejemplo, una promoción urbanística ilegal o un incremento patrimonial, sin posibilidad de ocultación, que también suelen pasar desapercibidos a los legañosos ojos de unos órganos administrativos de control y defensa de la legalidad, que se ven incluso sorprendidos por las actuaciones de la Fiscalía. Esta situación hace que el sistema punitivo del Estado se trastoque de tal manera que, por un lado, el Derecho administrativo pierda su carácter preventivo, de actuación *ex ante* y capacidad de reacción ante situaciones de incumplimiento; por otro, el Derecho penal,

En cualquier caso, pese a que la falta de participación de los ciudadanos es un hecho constatable, a pesar de los reconocidos esfuerzos normativos que se han realizado en los últimos tiempos, lo cierto es que de ella, quienes más se benefician son quienes por espurios motivos desean precisamente este *statu quo* poco inclinado a la participación, al conocimiento y al control, dejando en una mera declaración de buenas intenciones o de mero rédito político todas las declaraciones sobre la idea de buena administración como pilar fundamental de una democracia de calidad.

Sin duda, a mayor abundamiento, el nacimiento de la idea de buena administración, íntegra, como unos de sus paradigmas (vinculado al rendimiento democrático de un Estado), es decir, la participación ciudadana en un nuevo papel, más protagonista, el cual que han de tener los ciudadanos. Como ha señalado de manera muy acertada ARENILLA SÁEZ:

Parece que no cabe otra solución para salir de la situación actual que la clase política y, en especial los altos responsables de la gestión pública, asuman un cambio de gestión de estilo, basado en los requerimientos señalados por el ciudadano; tomar conciencia de que su actuación no acierta en los deseos del ciudadano y que éste, más allá de las

como disciplina de última *ratio*, pasa a ser Derecho de vanguardia y, prácticamente, la única reacción frente a los casos que nos ocupan. Y todo ello, sin entrar a conocer otra serie de actuaciones que, sin la trascendencia sancionadora apuntada, evidencian también el decepcionante proceder de algunos órganos de control que toleran y, por tanto, amparan toda una serie de absurdos pagados con dinero público.

manidas declaraciones comunes, debe ser el origen desde el que se diseñen las decisiones políticas y no sólo su destino. Al ciudadano no se le puede tratar como un elemento más del sistema, sino como el referente que verifica los logros alcanzados y el que señala los valores del sistema. [...]

La defensa y potenciación de la democracia vendrá como resultado de ese cambio de enfoque de gestión y de estilo de gobernar por parte de la clase política. Ese cambio es el que permite pasar de ciudadano usuario o contribuyente a ciudadano conformador de la gestión pública y a favor de una democracia operativa⁹.

Pues bien, siendo más precisos, esta participación ciudadana debemos conocerla en un triple sentido:

⁹ ARENILLA SÁEZ, M. *La reforma administrativa desde el ciudadano*. Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, pp. 155 - 156.

De manera más sintética, pero de forma absolutamente coincidente, aunque enfocado en el marco de la UE, resulta atinado traer a colación las palabras del Presidente de la Comisión de Europa, Don José Manuel Barroso, al indicar que: *La revitalización de los vínculos entre los pueblos de Europa y la UE hará a ésta más legítima y más efectiva. Dar la capacidad a los ciudadanos de participar en las decisiones que afectarán a sus vidas, garantizando entre otras cosas la transparencia sobre cómo se toman, ayudará a lograr estos objetivos.*

BARROSO, J. M. *Orientaciones políticas para la próxima Comisión Europea*. 2009, p. 33. Disponible en la página web: <http://www.dcca.dk/graphics/publikationer/Administrative%20lettelser/Smart%20Regulation%20executive%20summary%20Spanish.pdf>.

- Participación como reflejo del acceso a la información, cuyo impacto más inmediato se tiene en el principio de transparencia. Cuestión sobre la que merece la pena detenerse un instante para señalar que la transparencia administrativa, pese a constituir un pilar de la democracia, se configura, en no pocas ocasiones, como un principio de pura formalidad o apariencia, sin que inspire verdaderamente la vida pública y, especialmente, la actividad administrativa¹⁰.

Y siendo la idea de transparencia incuestionable y alineada con los parámetros constitucionales, a los que deben someterse las Administraciones Públicas, lo que sorprende es que en el momento político-jurídico en el que nos encontramos, con un Estado Democrático y de Derecho perfectamente consolidado y sin aparentes fisuras, aun debemos plantearnos aspectos, como la transparencia administrativa, que están en la base, integran la esencia misma de ese Estado Democrático y de Derecho. Sin duda, se trata de un principio democrático básico, que requiere de una continua reactivación.

Pese a que la transparencia suele percibirse y exponerse como reflejo o conocimiento de aspectos de corte más bien negativo, como el contrapeso al tradicional manto de opacidad del proceder público o vinculado al control de unas

¹⁰ Trabajo en el que se pone de manifiesto la necesidad de adoptar medidas, que garanticen la transparencia en la gestión de los asuntos públicos. PRIETO ROMERO, C. "El Ayuntamiento de Madrid: medidas de transparencia en la gestión pública", en *El Consultor*. N.º 7, 15 de abril de 2007, pp. 1060-1063.

potestades, que pueden ser ejercitadas en exceso o de manera indebida, no debe olvidarse la importancia del juego de este principio, respecto a la necesaria visibilidad de las muchas actuaciones positivas que desarrollan las Administraciones Públicas. Es éste un aspecto importante de la transparencia: proporcionar ejemplos meritorios, buenos ejemplos, que generen confianza en los ciudadanos y fortalezcan la habilitación legal de las Administraciones Públicas.

- Participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas.
- Participación de los ciudadanos en defensa del interés general, representado en el autocumplimiento de dicho interés, ejercitando ciertos derechos o desarrollando actividades, sin tener que pasar por una tramitación administrativa previa.

Proceder que supone una manifestación de la confianza del Estado, respecto al ciudadano respetuoso con el ordenamiento jurídico, que se autoimpone un régimen de cumplimiento, que, además, descarga a la Administración de intervenir en determinadas tareas autorizadas. Es ésta, dicho a grandes rasgos, la filosofía sobre la que descansa el sistema de declaraciones responsables y comunicaciones previas, incorporado a la normativa sobre procedimiento administrativo¹¹. Todo ello, sin perjuicio de las facultades de inspección y control *a posteriori*, que la Administración puede ejercer al objeto de verificar la exactitud de lo declarado.

¹¹ Véase el artículo 69 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Planteamiento que, en su conjunto, nos obliga a revisar la idea del ciudadano responsable, vinculado al interés común, al interés general, el cual difumina una tradicional visión *patológica* del ciudadano¹². Y es que, partiendo de las bondades que para el sistema supone articular mecanismos de participación ciudadana, la implicación de los ciudadanos en la gestión pública o, genéricamente, en los asuntos públicos trae como su primera causa una elevada conciencia del interés general.

Cualquier propuesta sobre buen gobierno o calidad en la Administración queda nihilizado, si no se sostiene sobre la, ya anticipada, existencia de una cultura colectiva de interés general, como piedra angular, además, de cualquier sistema democrático.

Y esta idea o concepto de interés general no debe limitarse al ámbito subjetivo de los empleados públicos o a su formalización jurídica en normas esencialmente de Derecho público. La idea de interés general debe alcanzar de manera natural y directa al conjunto de los ciudadanos, por cuanto el convencimiento social y generalizado, respecto a la existencia de una serie de valores e intereses, que trascienden a los particulares de cualquier individuo u organización, es manifestación inequívoca de fortaleza democrática y de legitimación del Estado y su Administración.

Esta afirmación no resulta baladí, a la vista de dos importantes consideraciones:

¹² En expresión empleada por el Preámbulo del D. R. 522/2006, de 28 de abril, por el que se suprime la aportación de fotocopias de documentos de identidad en los procedimientos administrativos de la Administración General del Estado y de sus organismos públicos, vinculados o dependientes.

En primer lugar, como han señalado autores, tales como FUKUYAMA¹³, los cimientos del buen gobierno, de una correcta gobernanza se encuentran en la propia sociedad, en el capital social de un Estado, por lo que la clave para el éxito del buen gobierno no es la imposición de patrones de conducta, sino alentar la educación, la capacitación y la cultura política.

Y ello con mayor intensidad, si tomamos como referente a la Administración Local, cuya proximidad al ciudadano hace que sea paradigma del principio de subsidiariedad, como principio que trae causa o supone una modulación del principio de descentralización, tratando de acercar las competencias, titularidades activas de una Administración, al igual que los recursos para ejecutarlas, a un nivel lo más básico y cercano al ciudadano posible; de tal forma que esa Administración más cercana al ciudadano tenga mejores posibilidades de éxito a la hora de responder a las necesidades y expectativas de éste. Y de ello, reiteramos, es ejemplo paradigmático la Administración Local.

En segundo lugar, por cuanto va a ser esa sociedad, esos ciudadanos los que se encarguen de definir y materializar el interés general, eligiendo a los representantes políticos (altos cargos de la Administración), que mejor interpretan o defienden su sentir, o siendo ellos mismos empleados públicos; de ahí que pueda afirmarse, que el Estado y la Administración son el fiel reflejo de la ciudadanía. Si los ciudadanos carecen de un auténtico sentido de interés general, de interés en los elementos comunes de su colectividad, sus vínculos con principios elementales del sistema

¹³ FUKUYAMA, F. *La construcción del Estado: gobernanza y orden mundial en el siglo XXI*. México, Ediciones B., 2004. p. 142.

democrático y de Derecho serán mucho más débiles, que los lazos familiares, sociales, partidistas o simplemente particulares, que pueda mantener o haber creado a lo largo de su vida, y en este marco, las prerrogativas y privilegios de la Administración, que sólo se justifican, desde la atención preferente al interés general, quedan expuestas al peligro de un uso desviado, orientado a la satisfacción de intereses alejados de las finalidades públicas de la Administración¹⁴.

Si la sociedad tiene bien asumida la idea de interés general, las directrices y criterios de buen gobierno tendrán un campo abonado para su desarrollo, resultando connatural el rendimiento del derecho/deber a una buena administración, que se sitúa por encima de cualquier interés particular o partidista.

Son muchos los ejemplos que podrían ponerse, tanto para reflejar la falta de un auténtico convencimiento respecto a la idea de interés general, y no tantos para evidenciar su existencia aun cuando la presencia de esta idea, al menos, hay que presumirla, si estamos ante un modelo democrático. Entre los casos de falta de convencimiento, por sus especialmente negativos efectos en el ámbito local (aunque son negativos en cualquier nivel), cabe apuntar, a título de ejemplo, el escaso aprecio al principio de continuidad de políticas públicas, cuya falta de rendimiento impide en muchos casos el buen fin, el cumplimiento de objetivos, de acciones públicas orientadas, como no podría ser de otra manera, a atender el interés general y, por tanto, a las necesidades y expectativas de los ciudadanos. Y todo por los cambios de

¹⁴ Sobre esta cuestión puede consultarse el trabajo de MAIRAL, H. *Las raíces legales de la corrupción. O de cómo el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*. Buenos Aires, Ediciones RPA. 2007.

gobierno de turno que, lejos de apreciar las políticas puestas en marcha por quienes hasta la fecha tuvieron las responsabilidades de gestión, y también a las personas que, sin especiales vinculaciones políticas, han podido estar trabajando en ellas, proceden (en uso de las competencias que le son propias y, por lo tanto, con impecable respeto a la legalidad) a cambiarlas incluso de manera antagónica, sin valorar la posibilidad de mantenerlas y seguir desarrollándolas por su bondad con el interés general.

Es la participación una de las principales vías, a través de la cual es posible dar cumplimiento a una obligación, que alcanza al conjunto de una sociedad democrática: a todos corresponde promover el bien común o, desde otro punto de vista, a todos corresponde facilitar las condiciones, en las cuales el rendimiento democrático, asentado sobre parámetros de buen gobierno, sea más pleno. Y aquí los ciudadanos tienen una responsabilidad propia, ya que se podrán formalizar técnicas e instrumentos de participación, se podrá facilitar la apertura de la Administración, etc., pero los efectos que se derivan del empleo de estas técnicas e instrumentos (en términos por ejemplo de transparencia y control), dependen de que aquéllos tengan asumida su condición y sean conscientes del significado importante de su proceder.

Se trata de potenciar el principio de ciudadanía activa, de tal manera que, tal y como se señala en el *Manual de la OCDE sobre información, consulta y participación en la elaboración de políticas públicas*¹⁵, las instituciones públicas se beneficien, con la existencia de ciudadanos activos y con el dinamismo de la sociedad civil, siendo preciso actuar en un doble plano:

¹⁵ GRAMBERGER, M. *Citizens as Partners: OECD Handbook on Information, Consultation, and Public Participation in Policy-Making*. OECD, 2001.

- Inversión en la educación cívica de adultos y jóvenes, respaldando todas las iniciativas que buscan el mismo objetivo.

- Incentivar a la sociedad, mediante la creación de un marco jurídico favorable, aportando ayudas, promoviendo sistemas de participación en la gestión de los asuntos públicos y favoreciendo el diálogo constante con la sociedad.

Pues bien, en conclusión, puede indicarse que se precisa un cambio, que afecte a la mentalidad y la cultura cívica de los ciudadanos y, consecuentemente, de los empleados públicos, y dicho cambio puede sintetizarse en la interiorización generalizada de la idea de interés general.

El Derecho, y en concreto el Derecho público, puede ayudar, regular, disciplinar, establecer pautas de comportamiento, pero no puede llegar por sí solo a modificar conductas, que supongan, en pocas palabras, establecer un vínculo con la legalidad y, por tanto, con la democracia y la real existencia de un Estado de Derecho, más sólidos e intensos que los existentes con el dinero, los amigos, la familia o un partido político.

El ciudadano es responsable, no puede eludir su compromiso social y, peor aun, su vinculación con el interés general.

2. APROXIMACIÓN A LA ETIOLOGÍA DE LAS MALAS PRÁCTICAS ADMINISTRATIVAS Y LA CORRUPCIÓN, DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICO - ADMINISTRATIVA

El resultado de un somero examen a la normativa más destacada de los países de nuestro entorno cultural y jurídico más cercano nos mostraría que, pese a la siempre posible mejora, en general puede afirmarse que se dispone de un bloque normativo muy adecuado para conducir la actividad administrativa, hacia los fines y objetivos públicos que le son propios y, además, no de cualquier manera, sino con un nivel de calidad óptimos; para el cuerpo jurídico-administrativo, la respuesta regular y continua a las necesidades y expectativas de los ciudadanos¹⁶ no es en sí mismo un objetivo, sino realmente un punto de partida. Es aquí donde quizá se está produciendo uno de los problemas a los que posteriormente y con mayor detenimiento nos referiremos: se plantea como objetivo lo que la norma nos exige como deber y, por tanto, es un punto de partida.

En cualquier caso, la idea que se trata en estos momentos de trasladar es la existencia de una batería de normas, cuya ejecución y desarrollo debería evitar conductas de malas prácticas o de corrupción, por la imposibilidad de que éstas puedan desarrollarse en un marco jurídico garantista, preventivo y preceptivo, con posibilidades de reacción y corrección de aquellas conductas irregulares o desviadas, susceptibles de causar algún daño a los intereses generales en cualquiera de sus formas de cristalización.

¹⁶ Como definición básica de calidad.

Añádase, también a ello, la constatación de la existencia de buenos servidores públicos y sistemas de control adecuados, tanto a nivel interno, como externo.

Pues bien, descrito, aunque haya sido en apretada síntesis, este panorama, la pregunta inmediata es sencilla, pero de respuesta compleja: ¿por qué se producen de manera reiterada casos de malas prácticas administrativas o de corrupción pública?

Es cierto que en cualquier organización compleja y mucho más del gigantesco tamaño que puede tener una Administración Pública, por ejemplo de nivel estatal, puede decirse que es inevitable la existencia de sujetos o elementos, cuyo proceder no se ajusta a las reglas marcadas por la organización; pero es también verdad que la patología de las malas prácticas y la corrupción se han extendido de manera preocupante¹⁷, generando en la sociedad, a nivel subjetivo, una sensación de inevitabilidad y creciente desprestigio de las Administraciones Públicas, incompatible y absolutamente contradictoria con la denominada *nueva cultura de la gestión pública*.

Al igual que en el epígrafe anterior, no es posible detallar de manera exhaustiva las causas del problema, ya que, como también se ha tratado de exponer en dicho epígrafe, hay factores de índole extrajurídica, que afectan al problema y, por tanto, generan causas extrajurídicas. Nos limitaremos, desde la visión que nos es propia, a apuntar algunas cuestiones, cuyo mantenimiento en nada ayudan a resolver el problema, es más favorecen su agravamiento y son, por tal razón, parte de la etiología de éste.

¹⁷ Hay autores que incluso llegan a hablar de una situación de corrupción endémica.

2. 1. Ultra preterición del Derecho Administrativo

Es sobradamente conocido y poco o nada podríamos añadir a un tema profusamente estudiado como es que la organización y la actividad administrativa se han visto afectadas por una tendencia denominada por la doctrina administrativista como *huida del Derecho administrativo*; es decir, la sujeción de determinadas formas organizativas y de gestión no a reglas de Derecho público, sino de Derecho privado.

Esta huida del Derecho administrativo tuvo y tiene su principal motivación, dicho sucintamente, en la mejor y más óptima atención a los intereses generales, desarrollando a su amparo y, por empleo del principio de descentralización funcional, una crecida Administración institucional, que en el conjunto de las Administraciones Públicas, ha generado una verdadera constelación de entidades y organismos en continua expansión.

En el marco de esta realidad organizativa, el Derecho administrativo decae, o en muchas ocasiones, se olvida en la confusión de reglas de actuación del Derecho privado o de caracterización gerencialista y unos principios y normas básicas de Derecho público, que deberían informar e incluso disciplinar la actuación del organismo o la entidad, pero que no logran traspasar el cascarón *ius* privatista y gerencialista de ese órgano descentralizado funcionalmente, que, sin embargo, recibe para su funcionamiento una generosa savia de dinero y medios públicos.

Siendo de lógica atención en el marco de nuestro trabajo la referencia a la huida del Derecho administrativo, máxime si se analiza la seriedad de este fenómeno, desde el punto de vista del

nexo que le une muchas veces con malas prácticas y casos de corrupción administrativa, no es a él al que dirigimos nuestra principal atención, sino al olvido del Derecho administrativo en el seno de la propia Administración¹⁸, lo cual es algo más que una huida por motivos organizativos del Derecho administrativo, es una auténtica ultra preterición de las reglas, que tratan de garantizar el acierto de la decisión administrativa y el buen empleo de los medios públicos, todo ello en orden a atender de la mejor manera los intereses generales.

Al objeto de evidenciar la postura apuntada, desde parámetros actuales, centramos nuestra atención en tres áreas de actividad administrativa, cuya regulación no ofrece grandes dificultades de interpretación, ni de aplicación: organización, procedimiento y régimen de personal.

Y decimos bien, desde parámetros actuales, ya que el problema del olvido del Derecho administrativo no es nuevo, si nos atenemos a referencias como las de BIELSA¹⁹, quien ya, a principios del pasado siglo, advertía sobre la falta de consideración del Derecho administrativo, teniendo presente que su aplicación es, muchas veces, incierta, arbitraria e infructuosa; por tal motivo, al no ser regularmente observado con relativa precisión, el Derecho administrativo puede reducirse a una serie de opiniones puramente doctrinales. Palabras que hoy día tienen plena vigencia y sentido tal y como podremos comprobar seguidamente, a la vista de las áreas sobre las que centramos nuestra atención.

¹⁸ Administración, en sentido estricto, como se refiere a ella la reciente Ley española 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

¹⁹ BIELSA, R. 1923, pp. 36-37.

**2. 1. 1. *Organización administrativa o
desorganización institucionalizada***

Entre los muchos postulados con los que se identifican los procesos de reforma y modernización administrativa, que de manera global se conocen en el conjunto de Administraciones Públicas, uno de ellos es el de la mejora de la organización administrativa.

Habitualmente estos planteamientos de perfeccionamiento organizativo suelen hacerse de manera comparativa con el sector privado, creyendo, de manera convencida e incluso con fe ciega, que la organización privada es modélica y representa una especie de panacea a los problemas de la Administración Pública. Realmente ni una cosa, ni otra, puesto que hay entidades privadas magníficamente organizadas y otras que no lo están tanto. La clave del eco del buen rendimiento de la organización privada está en que la desorganización suele conducir a la desaparición de la entidad, desde el momento en que el mercado, la sociedad, en su modalidad de consumidores, procede a su expulsión; de ahí que los referentes, habitualmente, siempre sean de éxito.

En el caso de la Administración Pública, no cabe su expulsión, habida cuenta de su monopolio y obligada existencia por mandato constitucional, pero se trata de aprender de las fórmulas y técnicas organizativas procedentes de organizaciones privadas, que se sostienen en un mercado altamente competitivo y severo con los errores. Nada que objetar a este planteamiento, pero sí a la nihilización de los que, hasta la fecha, han sido principios básicos de la organización administrativa y que, en gran medida, son los mismos que sostienen con éxito a las organizaciones privadas. Y todo ello con una diferencia importante: mientras la

aplicación de ciertos principios o metodologías organizativas en el sector privado depende de una decisión de carácter ejecutivo, en el caso de las Administraciones Públicas, estamos ante principios de obligado y legal cumplimiento. En definitiva, no se trata de preocupaciones o de orientaciones, sino de deberes, que en nuestra esfera y por imperio del principio de legalidad, han de ser atendidos, sin excusa.

Un breve repaso a los principios que, sin discusión, han de informar a la organización administrativa y la actuación de las Administraciones Públicas nos sitúa ante un marco exigente, de indudable calidad, en el que el ciudadano y sus intereses se encuentran perfectamente atendidos. Sucintamente:

- Principios esenciales a toda organización administrativa: eficacia, eficiencia, competencia, jerarquía, coordinación.
- Principios que definen los distintos modelos organizativos: centralización, desconcentración, descentralización.
- Principios determinantes de las relaciones entre órganos y Administraciones: coordinación, cooperación.
- Principios determinantes de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos: proximidad, servicio efectivo, transparencia, participación, responsabilidad.

Estos principios, que no son los únicos, pero sí precisos y suficientes para evidenciar la idea, que se pretende trasladar junto a las normas que los desarrollan o que establecen específicas reglas, a las que debe ajustarse el ejercicio de la

potestad organizativa²⁰, se encuentran incorporados a nuestros ordenamientos, dotados de un carácter preceptivo. No son una orientación o una declaración de buenas intenciones. Volviendo a insistir sobre una idea ya expuesta, estos principios no son ni tan siquiera un objetivo, sino un auténtico punto de partida.

Así las cosas, no resulta fácil de entender que se ponga la mirada en modelos organizativos privados, cuando la organización pública

²⁰ Pueden recordarse, por ejemplo, los límites materiales y financieros, que establecía el artículo 11 de la Ley española 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A saber:

1. *Corresponde a cada Administración Pública delimitar, en su propio ámbito competencial, las unidades administrativas que configuran los órganos administrativos propios de las especialidades derivadas de su organización.*

2. *La creación de cualquier órgano administrativo exigirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:*

a) *Determinación de su forma de integración en la Administración Pública de que se trate y su dependencia jerárquica.*

b) *Delimitación de sus funciones y competencias.*

c) *Dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.*

3. *No podrán crearse nuevos órganos que supongan duplicación de otros ya existentes si al mismo tiempo no se suprime o restringe debidamente la competencia de éstos.*

Pese a la claridad de los límites expuestos, no era infrecuente observar la creación de órganos sin crédito, duplicando otros ya existentes, etc.

La nueva regulación de la materia formalizada, genéricamente, en el artículo 91 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, resulta notablemente más laxa, por cuanto se refiere sólo a la Administración General del Estado, obviando la claridad y precisión del antedicho artículo 11 de la Ley 30/92, lo cual supone una cierta contradicción, habida cuenta del apasionado discurso oficial por poner coto a las denominadas *duplicidades* en la Administración.

está asentada en principios tan meridianos, cuya cristalización depende, en gran medida, de tener una auténtica voluntad de cumplimiento, desde el respeto al principio de legalidad.

2.1.2. La parametrización de los procedimientos administrativos

En cualquier Estado de Derecho, la exigencia del procedimiento para la formación de la voluntad administrativa es sinónimo de acierto y, tomando la perspectiva que más nos interesa, el procedimiento administrativo lo que hace es imponer a la Administración y a quienes en ella prestan servicio, el deber de objetividad y sometimiento a la Ley. Desde este punto de vista, como la jurisprudencia ha apuntado de manera muy acertada, el primer factor capaz de generar confianza entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos es que el comportamiento de aquéllas se adecúe a un procedimiento, que garantice que el obrar administrativo tenga más posibilidades de adecuarse al ordenamiento jurídico²¹.

Pues bien, no se trata de actuaciones administrativas en vía de hecho que, como también ha señalado la jurisprudencia, por sí mismas constituyen una forma de violencia sobre los

²¹ Véase por todas las STS, de 18 de octubre de 2000.

Desde el punto de vista normativo, el reconocimiento del derecho de los ciudadanos al procedimiento administrativo se contempla de manera expresa en algunos textos, como sucede, por ejemplo, de manera técnicamente destacada en la Ley peruana N.º 27444, por la que se aprueba el procedimiento administrativo general, en cuyo artículo IV.1.2, relativo a los principios del procedimiento, se establece el *principio del debido procedimiento*.

ciudadanos y sobre sus bienes, incompatible con lo que el poder público es y tiene que ser en un Estado de Derecho: servidor de los ciudadanos y escudo de sus libertades. Nos referimos a esos procedimientos, que visten de manera formal la atención a intereses particulares, clientelistas, ajenos, en definitiva, al principio de atención preferente al interés general, que debe inspirar toda actuación pública. Este tipo de casos suponen un nivel de agresión al ordenamiento y a los derechos de los ciudadanos de mayor calado inclusive que las actuaciones de hecho, ya que se están instrumentalizando normas y técnicas, que tratan de garantizar la objetividad y el acierto de una decisión pública para camuflar la atención a ilegítimos intereses. En otras palabras, el Derecho, la legalidad se utilizan como coartada de un fenómeno de corrupción, lo cual agrava considerablemente la vulneración cometida²².

En estos casos, el daño al Estado de Derecho es elevado e incuantificable, en términos de confianza y legitimidad social de la actuación administrativa, ya que mina aquello que es referente y técnica de garantía para los ciudadanos.

No son pocos los casos que podrían exponerse, a título de ejemplo; el amplio actuar administrativo está salpicado de estos supuestos de parametrización de las decisiones públicas, conocidos en la mayoría de los casos por la propia torpeza y grosera creencia de impunidad de sus autores, pero hay dos ámbitos en los que de manera prácticamente empírica puede apreciarse lo expuesto.

En primer lugar, en el ámbito de la selección del personal al servicio de la Administración.

²² Véase SABÁN GODOY, A. 1991, p. 18.

Por todos es conocido la importancia que tiene para cualquier organización, sea pública o privada, un buen reclutamiento del personal a su servicio. Idea que se refuerza si, además, tenemos presente que en el caso de un Estado de Derecho, el acceso a cargos y funciones públicas se suele reconocer a nivel constitucional²³ y, obviamente, se ha de conjugar con los principios de méritos y capacidad, que atienden a dos objetivos básicos:

- Asegurar que son los mejores quienes acceden al servicio público.
- Garantizar la imparcialidad de los procesos de selección, a través de parámetros objetivos, marcados por el mérito y la capacidad.

Hechos estos planteamientos sobre los que existe, obviamente, un generalizado acuerdo, la realidad nos muestra la adulteración de los procedimientos de selección, por ejemplo, como sucede de manera paradigmática con las denominadas convocatorias de procesos de selección para cubrir plazas en procesos de *consolidación de empleo temporal*, que pese a estar dirigidas a personas o colectivos determinados, no se tiene empacho en establecer como forma de acceso el “sistema de concurso de oposición libre”, valorándose únicamente como mérito, en la fase de concurso, el haber ocupado el puesto objeto de la convocatoria. Se trata de una muy reprochable práctica, que tiene como objetivo el vestir de formalidad jurídica el acceso a la condición de empleado público de personas que venían desempeñando funciones en la Administración convocante. En definitiva, mediante este tipo de procesos de selección, se

²³ En el caso de la Constitución Española, véase el artículo 23.

confiere una relevancia fundamental a un mérito solo alegable por determinados candidatos, que los sitúa en una posición de privilegio frente a los restantes concursantes, predeterminando a favor de aquéllos la resolución del concurso convocado.

De nada parece servir que, en España, hasta el propio Tribunal Constitucional haya establecido que existe vulneración del principio de igualdad y, por tanto, discriminación, cuando los méritos a valorar en la fase de concurso, suponen una auténtica referencia individualizada y concreta²⁴, ya que este tipo de convocatorias, increíblemente en un Estado que se dice de Derecho, se siguen publicando en Boletines y Diarios Oficiales²⁵.

²⁴ Véanse todas las STC 281/1993, de 27 de septiembre de 1993.

²⁵ El listado sería interminable, por lo que, a título meramente de ejemplo, se apuntan las siguientes referencias, que por su antigüedad, podemos entender superadas:

- Boletín Oficial del Estado N.º 304/2007, de 20 de diciembre: Orden APU/3753/2007, de 12 de diciembre, por la cual se convoca al proceso selectivo para ingreso, por el sistema general de acceso libre, en la Escala Técnica de Gestión de Organismos Autónomos, mediante el sistema de concurso-oposición, en el marco del proceso de consolidación del empleo temporal, en el ámbito del Ministerio de Defensa y sus organismos autónomos.

- Boletín de la Comunidad Autónoma de Madrid N.º 92, de 18 de abril de 2008: Resolución de 26 de marzo de 2008 del Rector de la Universidad Complutense de Madrid, por la cual se convocan a pruebas selectivas para proveer plazas de personal laboral fijo del grupo y nivel salarial A1, en el marco del proceso de consolidación de empleo temporal del personal laboral de esta Universidad.

- Boletín del Ayuntamiento de Madrid N.º 5707/2006, de 8 de junio: Bases generales por las que se regirán los procesos selectivos en ejecución del proceso especial de consolidación de empleo temporal.

Es muy posible que en algunos de estos supuestos lo que realmente pueda subyacer es la existencia de un buen empleado público en régimen temporal, a quien se pretende otorgar permanencia en su vínculo con relación a su función o trabajo. Este es el caso de un muy crecido número de funcionarios interinos, debido a un ilegal y abusivo empleo de esta figura²⁶. Pero el problema es que el respeto al principio de legalidad está por encima de cualquier interés, incluso de los que puedan resultar bondadosos para la propia Administración, ya que la línea entre buenas intenciones y otras, que no lo son tanto, resulta de una finura en ocasiones inapreciable. En definitiva, nada puede hacer ceder al principio de legalidad, ya que en el área de la ilegalidad no existen ni buenas ni malas intenciones, simplemente un comportamiento contrario a Derecho.

Esta práctica junto a otras, que la realidad y la jurisprudencia evidencian, convierten en muchos casos la oferta de empleo público de las Administraciones en parte integrante de lo que algún sector de la doctrina denomina el *sistema de botín* del partido vencedor de unas elecciones²⁷, sin desconocer que tal vez ni siquiera haya en ocasiones un trasfondo político, sino simplemente familiar,

²⁶ Figura que sería para otorgarle un tratamiento en profundidad como paradigma de mala práctica en la organización administrativa, que ha reclamado la atención del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, dando un completo giro a la inveterada situación que vivía este personal y el soterrado abuso al que la totalidad de Administraciones no ponía fin.

Véanse las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), asuntos C-184/15, C-16/15 y C-596/14.

²⁷ Véanse, entre otros, GONZÁLEZ PÉREZ, J. 2000, p. 87 y ss.; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. 2000, pp. 27-70.

afectivo o económico, que se atiende de manera desviada, habida cuenta de la existencia de un contexto favorecedor o adecuado para la degradación de los procedimientos de selección²⁸.

²⁸ La propia normativa sobre la materia, lejos de corregir algunas desviaciones sobre selección de personal, ha ido cediendo ante los incumplimientos. Buen ejemplo de ello son las garantías, que se deben anudar a los procesos de selección, desde el punto de vista de seguridad y certeza, respecto a la ordenación formal de ellos y que en la actualidad, desde la realidad normativa más próxima, no han sido previstas por la Ley española 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Nada queda ya de las obligaciones, que imponía el muy garantista artículo 18 de la Ley española 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, cuyo contenido otorgaba a cualquier aspirante una gran seguridad en relación al desarrollo de las pruebas de selección y plazos de ellas, evitando, al menos teóricamente, las arbitrariedades y falta de certeza, que se padecen en la ordenación de los procesos de selección. A saber:

Artículo 18 LMRFP. La oferta de empleo público

Las plazas dotadas que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes constituyen la oferta de empleo de la Administración del Estado.

Aprobada la Ley de Presupuestos Generales del Estado, el Ministro de la Presidencia propondrá al Gobierno para su aprobación la oferta anual de empleo de personal al servicio de la Administración del Estado.

La oferta de empleo deberá contener necesariamente todas las plazas dotadas presupuestariamente y que se hallen vacantes. Indicará asimismo las que de ellas deban ser objeto de provisión en el correspondiente ejercicio presupuestario y las previsiones temporales para la provisión de las restantes.

La publicación de la oferta obliga a los órganos competentes a proceder, dentro del primer trimestre de cada año natural a la convocatoria de las pruebas selectivas de acceso para las plazas vacantes comprometidas en la misma y hasta un 10 por 100 adicional. Tales convocatorias indicarán el calendario preciso de realización de las pruebas, que, en todo caso, deberán concluir antes del 1 de octubre de cada año, sin perjuicio de los cursos selectivos de formación que se establezcan.

Los Tribunales o las Comisiones de Selección no podrán aprobar ni declarar

Nada puede ser más reprochable y causar peor impacto en los ciudadanos. Idea que en el Derecho administrativo clásico se contemplaba como un principio básico del buen gobierno, por lo cual, nuevamente, poco o nada se innova y es que, tomando como referencia las palabras de MACAREL, a mediados del siglo XIX, dirigidas a los jóvenes estudiantes, enviados por el Virrey de Egipto para ser formados, según el modelo de la civilización europea, nos sorprende e incluso sonroja la actualidad del pensamiento:

Pero un principio que no solo debe tener lugar en las leyes secundarias, sino también en la Constitución misma, es el que declara la igualdad de todos los ciudadanos para desempeñar los empleos públicos.

En efecto, nada ofende más al ciudadano que los privilegios y parcialidades en la distribución de esta especie de favores, y el único medio de no llamar a su lado sino hombre dignos y capaces, es no vender los empleos sino al precio de los talentos y las virtudes.

que han superado las pruebas respectivas un número superior de aspirantes al de plazas convocadas. Cualquier propuesta de aprobados que contravenga lo anteriormente establecido será nula de pleno derecho.

Las demás Administraciones Públicas elaborarán y propondrán públicamente sus ofertas de empleo ajustándose a los criterios anteriormente expuestos. Esta norma era sistemáticamente incumplida, pero manifestaba la clara intención del legislador por objetivar y otorgar certeza en los procesos de selección, voluntad que parece que hoy día no existe.

No obstante lo expuesto, siguiendo con la referencia normativa de la Ley española 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, hay que decir que, por otro lado, el legislador sí ha tenido el acierto de impedir el acceso a los órganos de selección al personal de elección o de designación política, los funcionarios interinos y el personal eventual.

Por desgracia la experiencia acredita que este principio de la igual admisión de todos los ciudadanos, experimenta a veces restricciones o, cuando menos, interpretaciones que lo reducen a una pura abstracción metafísica.

Sin embargo, es conveniente que se consigne en la Constitución, a fin de mostrar que hay legisladores bastante sabios para quererlo en teoría, y que puede haber gobiernos bastante justos para ponerlo en práctica²⁹.

En segundo lugar, en materia de contratos de las Administraciones Públicas:

Con el objeto de no divagar en ruedos especulativos, se opta por señalar dos significativas referencias, que, sin duda, orientan la reflexión hacia el abandono de las previsiones de Derecho administrativo, regulando una materia de destacado impacto, tanto a nivel político, como económico³⁰.

²⁹ MACAREL, M. L. 1843, pp. 395-396.

³⁰ Políticamente, a través de la contratación pública, se cristalizan buena parte de las acciones y proyectos, que los ciudadanos perciben del partido político en el gobierno. La otra cara de la moneda muestra que, en el ámbito de la Unión Europea, los contratos públicos representan, con un 16,3% del PIB comunitario, un sector muy significativo de la economía europea, porcentaje muy similar al que pudiera aportarse de otras regiones o Estados. Esta voluminosa actividad económica de la Administración, monopolística, en algunas grandes inversiones, genera, si el principio de legalidad no rinde de manera adecuada, lo que algunos autores como SABÁN GODOY han calificado como el "sustrato fáctico de la corrupción". SABÁN GODOY. 1991.

Por un lado, podemos apuntar una selección de las indicaciones realizadas desde la Dirección General de Fondos Comunitarios del Ministerio de Economía y Hacienda del Gobierno de España a resultas de la información recibida por los órganos de control nacionales y comunitarios, en relación a la gestión de fondos públicos, en este caso, de origen comunitario. A saber:

- Incumplimiento, por parte de las empresas públicas y entidades asimiladas, de la normativa sobre contratos de las Administraciones Públicas, en materia de licitación, publicación y adjudicación de obras y servicios.
 - Ampliación de las contrataciones por *modificados y complementarios de obras*, que dan lugar a incrementos del coste primitivo del proyecto, en porcentajes o cuantías muy elevadas, además de la adjudicación, sin nuevo concurso, al contratista inicial, cuyas causas (circunstancias no previstas o necesidades nuevas) no están suficientemente justificadas³¹.
 - División irregular y artificial de proyectos, con la cual se eluden las obligaciones contractuales sobre publicación y adjudicación, acudiendo a procedimientos directos, sin publicidad, en los Boletines o Diarios oficiales³².

³¹ En puridad, no es suficiente con indicar que estas causas se han producido, es preceptivo motivarlas suficientemente, justificando los hechos que las han originado de manera sobrevenida e imprevisible.

³² El fraccionamiento de los contratos es una de las más burdas corruptelas, que se pueden realizar en el ámbito de la contratación administrativa. En cualquier caso, si se procede de manera necesaria al fraccionamiento del objeto del contrato, deberá justificarse debidamente en el expediente, razonando los motivos de la división del contrato.

- Recurso a los procedimientos de urgencia en la tramitación o negociados directos en la adjudicación, sin justificación suficiente, conforme a las normas de contratación pública³³.
- No sometimiento de las fundaciones y demás entidades creadas por la Administración para la realización de servicios públicos (organismos, sociedades, etc.) a la normativa sobre contratación pública.
- Introducción de cláusulas discriminatorias en los pliegos de licitación, relativas a circunstancias ajenas al objeto del contrato³⁴.

Prácticas, sin duda, elocuentes de un actuar poco comprometido con las más elementales reglas de la contratación pública.

Por otro lado, el bloque normativo español, en materia de contratos del sector público, que al igual que modificaciones y elaboraciones anteriores del grupo normativo, en materia de contratación del sector público, viene motivado por la necesidad de adecuar este régimen a las exigencias del Derecho comunitario, pero también a sentencias de condena al Reino de España por incumplimiento de las Directivas europeas, en materia de contratación³⁵.

³³ La tramitación de urgencia debe estar motivada, en razones de necesidad inaplazable o de interés público.

Por su parte, los procedimientos negociados deben observar de manera escrupulosa la normativa reguladora de la materia, evitando situaciones creadas de manera artificial.

³⁴ Por ejemplo, cláusulas referidas a la ubicación geográfica de las ofertas.

³⁵ Entre otras, véanse las Sentencias del Tribunal de Justicia de las

Situación de incumplimiento a la que se debe añadir la realidad proyectada por la actividad jurisdiccional correctora de comportamientos difícilmente explicables en el espacio de un Estado de Derecho.

2. 1. 3. La amnesia en el modelo de personal al servicio de la Administración

De manera muy sintética puede decirse que en el contexto de la nuevas fórmulas organizativas y también de la que ya hemos denominado nueva cultura de la gestión pública, existe una cierta desmemoria, respecto al sentido y significado que tiene adquirir la condición de servidor público, tanto como miembro de la burocracia técnica de la Administración (genéricamente, personal), como de la burocracia política (también de manera general, autoridades).

Es difícil explicar algo que está en la propia esencia de la organización administrativa de la Administración orientada al sufragio, a la asistencia, a la atención, a la respuesta de los ciudadanos y sus necesidades e intereses, de acuerdo a una organización jerarquizada y responsable, en la cual se asume, sin posibilidad de abandono, el ejercicio de las competencias propias.

Comunidades Europeas, de 17 de noviembre de 1993, 15 de mayo y 16 de octubre de 2003 y 13 de enero de 2005.

De manera más reciente, puede consultarse la ponencia del Prof. GIMENO FELIU, J. M. *La aplicación de la legislación contractual tras la entrada en vigor de las nuevas Directivas de contratación pública. El efecto directo y las consecuencias prácticas*. Disponible en la página web <http://cantabria.es/documents/16608/3745123/Ponencia+de+Jos%C3%A9+2Mar%C3%ADa+Gimeno+Feliu.pdf>. Consultado el 3 de marzo de 2017.

Pero es un hecho fácilmente constatable que, en la práctica, el concepto de servidor público se ha difuminado, perdiendo nitidez los perfiles que definían, sin lugar a dudas, la prevalencia de los intereses generales a los que se orientaba su actividad profesional, respecto a cualquier otro interés distinto a aquéllos.

Esta afirmación puede tener dos lecturas o interpretaciones. A saber:

- En primer lugar, desde la perspectiva del desarrollo de la función pública que se trate, su inmunidad ante eventuales perturbaciones de carácter laboral reflejada en la idea de inamovilidad. Contingencias que sí pueden acontecer en organizaciones de naturaleza privada, cuya existencia se justifica en la obtención de un lucro, pero no en el ámbito público, donde el objetivo, ya varias veces declarado, es la atención al interés general y solo desde esa perspectiva de atención al interés general, puede entenderse la inamovilidad en el empleo, salvo que medie causa disciplinaria para ser removido³⁶.

³⁶ Perspectiva compleja y extremadamente frágil, por cuanto puede llevar a erróneas apreciaciones, respecto al tratamiento disciplinario, retributivo y de carrera, que ha de otorgarse a los servidores públicos, integrados en la burocracia técnica de la Administración. Tomando como paradigma de personal al servicio de la Administración al funcionario público, no vamos en este momento a profundizar sobre el vínculo de sujeción especial, que une al funcionario con la organización a la que sirve, pero sí hacer dos consideraciones:

En primer lugar, afirmar la necesidad de una vinculación especial con la Administración, de quien en forma manifiesta ejecuta la voluntad de ésta, en orden a satisfacer intereses generales, empleando titularidades activas públicas de carácter superior, con

- En segundo lugar, desde la asimilación como propios de los intereses generales, que el Derecho administrativo trata de garantizar y que a su amparo cristalizan, el servidor público sabe que la labor que desarrolla no es un trabajo cualquiera, ya que los buenos o malos resultados de éste afectarán a la sociedad, que le ha otorgado su confianza, ubicándole en una posición jurídica privilegiada.

Pues bien, ambas lecturas convergen en la prioridad que se otorga al interés general, como eje sobre el que pivota cualquier actuación administrativa, en la que necesariamente estará presente algún servidor público.

Esta interiorización del interés general, su presencia, como elemento orientador de la actividad, no resulta baladí por diversas razones, pero, particularmente, debido a la especial ordenación de las Administraciones Públicas, de acuerdo, entre otros, al citado principio de jerarquía, que inicialmente hace de cada servidor público un órgano de control³⁷. En otras palabras,

el apoyo material de medios y fondos igualmente públicos.

En segundo lugar, denunciar que, tradicionalmente, se haya utilizado esa sujeción especial del funcionario público para someterle a unas magras condiciones laborales. Situación que incluso hoy día se reproduce, cuando al plantearse procesos de reforma y cambio de la Administración en la tan nombrada nueva cultura de la gestión pública, el tratamiento del régimen de personal recibe una escasa o ninguna atención, desconociendo que el elemento personal es fundamental para el buen fin de dichos procesos de reforma y modernización.

³⁷ Esta consideración del superior jerárquico como órgano de control, respecto a quienes están a él subordinados, se expresaba de manera inequívoca en el artículo 64 del Decreto Real 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de

existen y son necesarios los órganos de control específico, pero ello no es obstáculo para entender, también, que cualquier órgano, servido por un titular físico, en el desarrollo o gestión ordinaria de su función pública, de conformidad al principio de legalidad, garantiza los intereses generales, controlando que en su área de actividad ellos sean atendidos de manera satisfactoria, impidiendo cualquier agresión o menoscabo.

Dejar que la comprobación o inspección del necesario y obligado cuidado al interés general sea solo tarea de órganos específicos de la Administración que se trate o, inclusive, de órganos externos a aquélla, es un absoluto desacierto, cuyas consecuencias pueden percibirse, a través de los casos de malas prácticas o de corrupción que nos están afectando.

Funcionarios Civiles del Estado, al prever que:

Al incorporarse a su puesto de trabajo, los funcionarios serán incorporados por sus Jefes inmediatos de los fines, organización y funcionamiento de la unidad administrativa correspondiente y, en especial, de su dependencia jerárquica y de las atribuciones, deberes y responsabilidades que les incumben.

Pero no acababa ahí la labor del superior jerárquico, el artículo 65 de la misma norma apuntaba una actitud, que en la actualidad, por el nivel de implicación que solicita, sería, en parámetros de gerencia, la solicitada para quien tiene responsabilidades en materia de personal.

Los Jefes solicitarán periódicamente el parecer de cada uno de sus subordinados inmediatos acerca de las tareas que tienen encomendadas y se informarán de sus aptitudes profesionales, con objeto de que puedan asignarles los trabajos más adecuados y de llevar a cabo un plan que complete su formación y mejore su eficacia.

Actualmente, emplear el término *jefe* o *superior jerárquico* siendo, en puridad atinado, habida cuenta que uno de los principios básicos, que sostiene la organización administrativa es el de jerarquía, no parece muy correcto, en la nueva semántica de la gestión pública, que prefiere hablar de personal directivo o incluso de líder.

La cuestión planteada resulta aún más preocupante, si cabe, cuando tras examinar el bloque normativo sobre personal y, genéricamente, sobre actuación administrativa, se confirma una de las primeras ideas expuestas en el inicio de este trabajo: las normas regulan un perfil de servidor público, perfectamente alineado con el varias veces citado principio de atención preferente al interés general. Es más, se ha configurado un grupo de normas orientadas expresamente a establecer un marco de valores y principios, que orienten el proceder de los servidores públicos, hacia los fines de buen gobierno y buena administración, que nos interesan. Normas que, además de su valor intrínseco en perfilar la figura del servidor público, muestran de manera inequívoca la reacción del legislador, ante los no pocos supuestos de malas prácticas administrativas o de corrupción, en los cuales se manifiesta la fragilidad o inexistencia de cualquier idea o principio de servicio público, en personas que jamás debían haber accedido al cargo, que les permitió beneficiar sus intereses particulares o clientelistas, anteponiéndolos a aquellos generales, a los que se comprometió servir cuando tomó posesión de su puesto en la Administración Pública.

Evidentemente, esta idea, que parte de una nítida diferenciación entre intereses públicos y privados, en definitiva, entre sector público y sector privado, se debilita hasta su quiebra, cuando esa división, esa frontera de intereses, deja de ser meridiana para difuminarse o incluso desaparecer, a la vista de las pasarelas o puertas giratorias, que, sin empacho, son construidas por la burocracia política para trasladarse de un sector a otro, sin demasiados problemas o condicionamientos, mostrando las máculas de un incorrecto sistema de incompatibilidades y las contradicciones, entre el discurso comúnmente

aceptado sobre conflicto de intereses y el proceder de estos integrantes de la burocracia política³⁸.

2. 2. Sustitución de las reglas y postulados propios del Derecho Público

Habiendo ya apuntado de manera general la existencia de un cuerpo jurídico-administrativo adecuado, su sustitución por otras pautas o criterios de naturaleza privada y, en ocasiones, extrajurídica, nos parece inadecuado y, además, al atribuirle una importancia exagerada, causa de incoherencias y perjuicios al interés general.

³⁸ Es muy significativo que un tanto por ciento muy elevado de las quejas tramitadas por el Defensor del Pueblo europeo tengan que ver con la falta de transparencia, que se observa en los casos de burocracia política o altos funcionarios, quienes entran en la Administración y cuando no son nuevamente elegidos, no alcanzan la cuota de poder pretendida o, simplemente, sus expectativas no se ven respondidas salen empleados en la empresa privada, que los recibe con los brazos abiertos.

Y si lo expuesto es significativo, mucho más lo es y además preocupante hasta el descorazonamiento de cualquiera que tenga una mínima sensibilidad con el interés general, que no se aprecia ninguna voluntad entre los partidos políticos de afrontar una solución, que pasa por establecer un riguroso régimen de incompatibilidades, que garantice que quien ha sido depositario de la confianza de los ciudadanos y, por ella, ha sido conocedor de informaciones y contactos, vedados a cualquier otra persona, no utilice ese *know how* en su propio beneficio y en favor de la empresa que lo contrata, ya que salvo en realidades de fantasía, donde sólo existe la virtud, quién puede negar la verdadera motivación de esas contrataciones. Como ha señalado algún autor, a nivel periodístico, por esta vía la política se convertirá en gestión empresarial y los políticos, burocracia política de la Administración, en sus agentes. GONZALEZ, J. *El País*. 5 de mayo de 2008.

Lamentablemente, no estamos ante una adaptación analógica de la sistemática y metodología empleada, esencialmente por organizaciones privadas, en ciertas áreas de la Administración Pública; realmente, estamos ante el seguimiento de unos postulados, que se argumentan como indiscutibles, en tanto que parecen ser los únicos que pueden conducir hacia la pretendida modernización y mejora de la Administración.

Se olvida que si bien este tipo de reglas, pueden tener un valor positivo, en el ámbito privado, sin desmerecerlas completamente, quizá no lo sean tanto en el ámbito público y, mucho menos, si supone el completo desplazamiento del Derecho administrativo. Pero no es éste el pensamiento dominante, entre buena parte de la burocracia política y ciertos sectores de la burocracia técnica, que parecen haber encontrado en este tipo de reglas y técnicas organizativas, la panacea de la gestión pública o, tal vez, el marco de flexibilidad adecuado, en el que todo o, casi todo, tiene encaje. Y ello en aplicación de un engañoso principio de legitimación por eficacia³⁹, además del lanzamiento de imagen, que supone realizar actuaciones públicas, con instrumentos, que parecen ser vistos por los ciudadanos con frescura y a todo color, frente a un Derecho, que se les presenta con olor a tiempos pasados y en blanco y negro.

También, en este caso, centramos nuestra atención en varias realidades del entorno público, que muestran bien a las claras esta sustitución del Derecho administrativo.

³⁹ Sobre la justificación por la eficacia, puede consultarse la obra de NIETO, A. 2008.

Resulta paradigmática la realidad que ha generado y genera el Modelo E.F.Q.M.⁴⁰ de Excelencia, aplicado a la Administración Pública, en el cual sus criterios de autoevaluación de corte privado y de gerencia se han pretendido aplicar, sin demasiadas adaptaciones a la organización administrativa, que tiene que ajustarse forzosamente a un modelo, que no parece prever, ni conocer las peculiaridades básicas de la organización administrativa.

No es posible, por las obvias limitaciones de extensión del trabajo, hacer un análisis pormenorizado del modelo de calidad y su poco encaje en el ámbito de la Administración Pública, no tanto por resultar incompatible con ésta, sino porque el espacio que se trata de ocupar en la organización pública, con este tipo de modelos y sus criterios, ya está colmado en gran medida por las reglas propias del Derecho administrativo. Reglas, que son directamente rechazadas, o, en el mejor de los casos, cuestionadas por su incapacidad de afrontar los nuevos retos de la gestión pública, de ahí la conquista de los modelos de calidad en la organización pública. Sin duda, se trata de un error, fruto en el mejor de los casos del desconocimiento, pero la ignorancia de una materia no autoriza ni justifica su rechazo⁴¹. Sería y, lamentablemente, es evidentemente torpe y peligroso para el interés general negarle las normas que verdaderamente lo garantizan.

⁴⁰ Fundación Europea para la Gestión de la Calidad. EFQM (European Foundation for Quality Management). Disponible en la página web <http://www.efqm.org/>.

A nivel iberoamericano, habría que tener presente la Fundación Iberoamericana para la Gestión de la Calidad (FUNDIBEQ). Disponible en la página web <http://www.fundibeq.org/>.

⁴¹ Véase BIELSA. 1923, p. 35.

Veamos, entonces, de manera muy sucinta, en algunos aspectos concretos, por la imposibilidad material antes citada, cada uno de los criterios del modelo de calidad, relativo a sus ventajas en comparación con el sistema jurídico-administrativo.

2. 2. 1. Criterio 1: liderazgo

Este criterio plantea:

Cómo los líderes desarrollan y facilitan la consecución de la misión y la visión, desarrollan los valores necesarios para alcanzar el éxito a largo plazo e implantan todo ello en la organización, mediante las acciones y los comportamientos adecuados, estando implicados personalmente en asegurar que el sistema de gestión de la organización se desarrolle e implante.

Ya hemos expuesto que, desde nuestro punto de vista, en la organización administrativa este concepto de liderazgo no puede sustituir al principio de jerarquía, como ordenación vertical de los distintos órganos que integran la Administración, traducándose en la atribución de facultades de gestión y dirección de los órganos superiores sobre los subordinados.

Un superior jerárquico, por mandato legal, como ya hemos expuesto con anterioridad, tutela la legalidad, en su ámbito de competencia, y debe estar implicado en el buen rendimiento de sus subordinados, a través del conocimiento de sus aptitudes, organizando el área de su competencia, con el objeto de alcanzar de la mejor manera posible los fines

propios del servicio que se trate. De manera más precisa, el superior jerárquico despliega su actividad en dos ámbitos fundamentales para la organización:

- Impulso y dirección de la actividad de los órganos inferiores.
- Ejercicio de facultades de inspección, vigilancia o control sobre la actividad de los subordinados.

Sin duda, en este superior jerárquico pueden identificarse cualidades propias del denominado líder por el modelo de calidad, pero en ningún caso debe olvidarse la posición y habilitación, que le otorga el ordenamiento jurídico, respecto a quienes se encuentran a él subordinados.

2. 2. 2. Criterio 2: política y estrategia

Cómo implanta la organización su misión y visión, mediante una estrategia claramente centrada en todos los grupos de interés y apoyada por políticas, planes, objetivos, metas y procesos relevantes.

Éste es uno de los criterios, que suele contraponerse al régimen de organización, basado en el Derecho administrativo, teniendo presente, como así apunta alguno de los subcriterios del modelo, que las políticas y estrategias públicas se marcan, a través de la identificación de las necesidades y expectativas actuales y futuras de los grupos de interés, con fundamento en la medición del rendimiento, la investigación, el aprendizaje, y la creatividad.

Ante este tipo de planteamientos, podrían exponerse muchos argumentos, que quizá nos llevarán a recomendar la lectura de cualquiera de los muchos manuales generales sobre Derecho administrativo, pero baste recordar la relevancia que este Derecho ha otorgado tradicionalmente a la planificación y al ejercicio de la potestad organizativa, cuyo empleo, salvando los elementos reglados, está sujeta a un notable margen de discrecionalidad, ya que es objetivo de cualquier potestad administrativa y mucho más de ésta, proceder, de manera actualizada, en cada momento, de la forma más adecuada para el interés general.

Pero aún hay más, por un lado, las necesidades y expectativas de quienes el modelo de calidad denomina grupo de interés y que, desde nuestra posición, identificamos como ciudadanos o sociedad en general, tiene una primera concreción jurídica a nivel constitucional y, posteriormente, en la normativa de desarrollo. Por otro lado, la Administración y el Derecho, que regulan y disciplinan su actuar, dan forma a un programa político, el cual define, en el marco constitucional, qué es lo atinado para el interés general y constituye el programa elegido democráticamente por los ciudadanos.

En consecuencia, el sistema, llamémosle tradicional, tiene una obligada flexibilidad de adaptación al interés general, a las necesidades y expectativas de los ciudadanos, que de no verificarse, no es un problema imputable al sistema normativo, sino a quienes o bien lo desconocen o por razones que son desconocidas, no tienen interés en aplicarlas correctamente, generando un estado de inoperancia, que conduce al rechazo y la sustitución.

**2. 2. 3. Criterios 3 y 7 :
*personas y resultados en las
personas***

Cómo gestiona, desarrolla y aprovecha la organización el conocimiento y todo el potencial de las personas que la componen, tanto a nivel individual, como de equipos o de la organización en su conjunto; y como planifica estas actividades, en apoyo de su política, estrategia y del eficaz funcionamiento de sus procesos.

Qué logros está alcanzando la organización en relación con las personas que la integran.

Estos criterios, que por razones de obligada síntesis, se atienden de manera conjunta, abordan esencialmente, con absoluta sensatez, lo que debería ser un adecuado modelo de función pública, en el cual el personal integrante sea bien atendido en dos ámbitos fundamentales: régimen jurídico de personal y régimen retributivo.

El personal al servicio de la Administración, como responsable de formar, interpretar y ejecutar la voluntad de ésta, debe ser objeto de una atención preferente, que, en muchos aspectos, se plasma en el Derecho, pero que, en todo caso, ha de recibir el impulso de la burocracia política competente para actuar, teniendo pleno convencimiento de la importancia del trabajo que ha de desarrollar este personal, en la medida en que por sus manos pasa la atención al interés general. Y si hablamos de la convencida atención de la burocracia política, citamos también la atención y comprensión de la sociedad, a quien este personal sirve.

Resulta lamentable plantear procesos de reforma administrativa, de nueva cultura de la gestión pública o de cualquier proceso similar, identificado por la semántica que se prefiera, de manera ajena al personal. Es más, los propios ciudadanos y, por tanto, la burocracia política deberían estar conscientes de la importancia de tener servidores públicos bien seleccionados, correctamente preparados, motivados profesionalmente y dignamente remunerados⁴². Si estas consideraciones, que resultan elementales para cualquier organización compleja, no son atendidas y, además, en el propia organización existen diferencias, que incluso rozan el agravio comparativo, el resultado no puede ser peor; siendo un sarcasmo hablar de modernización, pues ésta no mejora, y algo contradictorio tratar de exigir al personal público que haga de su profesión su medio de vida, bajo el principio de servicio a los demás, cuando no hay proporción, respecto a lo que la organización pública es capaz de ofrecerle.

2. 2. 4. Criterio 4: alianzas y recursos

Cómo planifica y gestiona la organización sus alianzas externas y sus recursos internos en apoyo de su política, estrategia y del eficaz funcionamiento de sus procesos.

Este criterio pasa necesariamente, desde la visión de un administrador, por el tamiz de los principios de coordinación y cooperación.

⁴² Si, con carácter general, la sociedad es cada vez más indiferente a la actividad pública e, incluso, a casos de malas prácticas o de corrupción, con una tolerancia singularmente sorprendente, mucho más lo es en relación a la situación del personal al servicio de la Administración, que es quien ha de responder a sus necesidades y expectativas. Véase NIETO. 2008, p. 156.

Hablar de alianzas externas nos conduce al principio de cooperación, como informador de las relaciones, entre las distintas Administraciones, sujeto a un régimen jurídico específico, que tutela la competencia propia de cada Administración y la preferente atención al interés de los ciudadanos, con independencia de las distribuciones de competencia, que a aquéllos les resulta ajena, desde el punto de vista de la necesaria satisfacción de sus necesidades e intereses.

Por lo tanto, la cooperación, como cualquier alianza de personas u organizaciones, solicita de las Administraciones un ejercicio armónico, leal y coordinado de sus respectivas competencias. No obstante, la principal mácula, que presenta esta bondadosa técnica organizativa, es que su ejercicio reside en el campo de la voluntad de la burocracia política de las Administraciones, que se sitúan en un plano de absoluta igualdad, sin posibilidades, en principio, de exigencia coactiva, (que ya no sería cooperación). Por tal razón, en muchos casos la cooperación, como principio informador de la organización administrativa (lógico y natural, por otra parte, en Administraciones que se reúnen bajo los intereses de un único Estado), llega a difuminarse por la presencia de elementos políticos y en cualquier caso hasta extrajurídicos, llegando, inclusive, a ser utilizada como un auténtico instrumento de negociación política en perjuicio de los ciudadanos y, por tanto, del interés general.

En lo atinente a la planificación de recursos internos, ésta pasa por la vigencia del principio de coordinación, entendido como principio esencial de la organización administrativa; supone el antecedente de otros principios organizativos, como el de eficacia y eficiencia, por cuanto supondrá evitar la reduplicación de esfuerzos y la existencia de acciones divergentes e, incluso,

contradictorias. Es más, siguiendo el planteamiento doctrinal más generalizado, la coordinación no sólo es la técnica o principio, que deben seguir organizaciones de diversos ramos o sectores para conseguir una unidad de acción, sino también la tendencia de las organizaciones jerarquizadas, cuando sus dimensiones obligan a conjuntar y armonizar los esfuerzos en orden a conseguir el mismo objetivo.

2. 2. 5. Criterio 5: procesos

Cómo diseña, gestiona y mejora la organización sus procesos para apoyar su política y estrategia, para satisfacer plenamente a sus clientes y otros grupos de interés, generando cada vez mayor valor.

Cambiar este criterio a la exigencia del procedimiento administrativo, en la medida que, entre otros aspectos, supone el establecimiento de procesos estandarizados, especialmente necesarios para llevar a efecto la política y la estrategia.

Aunque ya nos hemos referido a la importancia del procedimiento administrativo, podemos volver a convenir de forma muy sencilla que una de las notas características más sobresalientes del Derecho administrativo, es la de tratarse de un Derecho garantizador, al equilibrar el peso de los notables privilegios que pone a disposición de las Administraciones Públicas, lo cual se manifiesta en la sujeción de la actuación administrativa a una serie de exigencias y condicionantes legalmente establecidas, que determinarán la validez de su proceder. Por tanto, el procedimiento es el cauce formal de la actuación administrativa y de sus servidores, quienes habrán de ajustar su proceder a las reglas que lo regulan.

Se debe ordenar del procedimiento que tutelaré la eficacia y acierto de la decisión administrativa, además de la posición jurídica de los ciudadanos, otorgando la visión de niveles de calidad adecuados, alineados con las razonables exigencias de la nueva cultura de la gestión pública.

Y es que la necesaria y obligada calidad o eficacia de la actividad administrativa, que, como deseada panacea, a todos los males públicos motiva y autoriza las iniciativas de gerencia, puede alcanzarse plenamente con la vigencia y máximo rendimiento del principio de legalidad, con el cual se integra de forma angular el procedimiento administrativo, sin perjuicio de las especiales coyunturas, a las que es necesario acudir, a técnicas que tienen su origen en el sector privado y que, efectivamente, pueden tener un resultado óptimo y beneficioso, aunque siempre con el norte fijado en el interés general.

En otras palabras, el primer indicador de calidad de la actuación administrativa se encuentra en la propia vigencia del principio de legalidad y su rendimiento, habida cuenta que la legalidad administrativa, tal y como hemos indicado, en la medida que atiende de forma prioritaria al interés general, el interés de todos los ciudadanos. Así, un procedimiento administrativo, impulsado de oficio en todos sus trámites, de una manera ágil, ordenado con celeridad, en el cual se facilite al interesado el ejercicio de sus derechos, se le informe y finalice con una resolución expresa y motivada, (entre otras exigencias), será un procedimiento, una actividad de gran calidad, altamente apreciada por los ciudadanos.

**2. 2. 6. Criterios 6 y 8:
resultados en los clientes y en
la sociedad**

*Qué logros está alcanzando la organización en
relación con sus clientes externos.*

*Qué logros está alcanzando la organización en la
sociedad a nivel local, nacional e internacional,
(según resulte pertinente).*

Con carácter previo, hay que tener presente que la identificación del ciudadano como cliente de la Administración, está en franco retroceso, tras unos momentos en que se empleó esta concepción, sin considerar la trascendencia social y jurídica del concepto.

Hecha esta advertencia inicial, es conocido que la sociedad reclama nuevas prestaciones, mejor atención y una mayor calidad de los servicios; por ello, la legitimidad de la acción pública está en función cada día más de su eficacia y la percepción que de ella tengan los ciudadanos. Y esa eficacia sólo podrá lograrse en tanto y en cuanto pueda construirse una Administración moderna, al servicio y con participación de la sociedad, que desde la perspectiva de los principios de proximidad y servicio efectivo, garantice la convivencia y el bienestar, que asegure bienes y servicios de calidad y sea receptiva y orientada al ciudadano. Es esta una idea básica, que ha de informar el sentido y aplicación de las potestades y el resto de titularidades activas de la Administración, sin constituir tanto una cuestión de mera calidad o de modelo de gestión, como de pura legalidad en el cumplimiento de los fines y objetivos que plantea el ordenamiento jurídico.

A la vista de las consideraciones expuestas, parece dejarse claro que el Derecho administrativo, como Derecho propio de la Administración, tiene, además de obligada vigencia y aplicación por mandato legal, un papel muy importante que jugar en la modernización y mejora del funcionamiento de las organizaciones públicas⁴³. Se trata de un instrumento valioso, que ha sido fatalmente denostado e incluso degradado, respecto a su utilidad, en orden a facilitar un cada vez mejor servicio a los ciudadanos.

No se trata de hacer oposición a modelos de calidad u otro tipo de planteamientos similares, sino la aplicación del principio de legalidad: burocracia *versus* actos de gerencia. Estamos ante un frente común, no hay diferencias en la intención de mejorar un servicio, atender de manera eficaz a los ciudadanos o luchar

⁴³ Resulta muy destacable observar que en proyectos que tienen como objetivo adecuar el funcionamiento de la Administración a las nuevas exigencias de una sociedad dinámica, prácticamente la totalidad de las propuestas técnicas, (ya que el resto son de clara naturaleza política, aunque con necesaria formalización jurídica), pasan por reivindicar actuaciones, que para el Derecho administrativo son tan sencillas y evidentes, que hasta sorprende que deban emplearse recursos humanos y materiales para llegar a este tipo de resultados:

- Agilización de procedimientos.
- Coordinación de todas las Áreas afectadas en la tramitación de acuerdos y reuniones para poner en común criterios jurídicos.
- Control riguroso de expedientes.
- Comprobación de que los acuerdos adoptados se ajusten a la legalidad.
- Fomento de la transparencia.
- Aumentar el personal actuante.
- Disposición de más medios.

Véase sobre esta cuestión el muy interesante e ilustrativo trabajo de VARONA ARCINIEGA *et al.* 2007.

contra las malas prácticas, no puede haberla; pero tampoco cabe ceder lo que es un espacio propio de un régimen jurídico, cuyo sentido es el interés general: el responder a las necesidades y expectativas actuales y futuras de los ciudadanos.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN Y PROPUESTA

No podemos afirmar que la aplicación del Derecho administrativo conlleve una absoluta inmunidad frente a fenómenos de malas prácticas y corrupción. Ni tan siquiera, de ser posible, que no lo es, una aplicación mecánica nos puede asegurar ese resultado. Pero de lo que sí podemos estar seguros, a la vista de la propia experiencia que la realidad nos muestra muy crudamente, es que preterir el Derecho administrativo, cuyo objeto es la Administración como principal instrumento para la atención y garantía del interés general, conlleva a los indeseados resultados por todos conocidos.

Es más, tal y como hemos tratado de evidenciar, la aplicación del Derecho administrativo o su consideración como cuerpo regulador propio de la Administración debe ser entendido en un contexto de valores e interiorización de la idea de bien común o interés general, por parte de toda la burocracia, política y técnica, que asume responsabilidades específicas en el ámbito de la gestión pública. Pero no sólo ellos, también quienes, en su condición de operadores económicos, agentes empresariales, sociales o simples ciudadanos, contribuyen con su actitud y proceder al buen fin de la Administración Pública. Por tal razón, los elementos metajurídicos del Derecho administrativo, bajo el común denominador del tantas veces citado interés general o bien común, deben estar presentes en el conjunto de la sociedad, conformarla y vertebrarla por interés de todos.

Ahí, entendemos se encuentra la esencia, la raíz del problema. No reconocerlo supone actuar en distintos sectores, apreciar causas y debilidades, tal y como hemos apuntado en los epígrafes precedentes, pero no se alcanzará una respuesta global, en relación a los problemas de malas prácticas y de corrupción pública.

Y es que resulta más sencillo hacer análisis jurídicos y propuestas en áreas concretas, que afrontar una cuestión medular, que se vincula a la propia madurez cívica de la sociedad que se genera, esencialmente, desde los primeros años en que el niño comienza a identificar el entorno en el que está creciendo. Como muy bien expresa la significativa cita atribuida a Pitágoras: *Educad a los niños y no será necesario castigar a los hombres.*

Pero mientras somos capaces de mejorar como sociedad, lo cual requerirá, sin duda, esfuerzo y tiempo de categoría generacional, debemos emplear de la manera más correcta y perfeccionada el Derecho administrativo. Y esa parece ser la tendencia. Hemos pasado de períodos, donde la satanización de esta disciplina era la práctica habitual a plantear como soluciones novedosas para una mejor gestión de los asuntos públicos, tratando de minimizar los casos de malas prácticas y corrupción, lo que a todas luces han de ser consideradas como reactivaciones de principios y técnicas sobradamente conocidas en el Derecho administrativo más clásico. Tal vez su novedad se base en que habían caído en un olvido tan profundo, que generando una especie de amnesia jurídica colectiva, pocos recordaron que esos principios y valores siempre habían estado ahí, a disposición de quienes tenían la obligación ejercer sus competencias, de acuerdo a ellos. De nada sirve criticar lo ya pasado y debemos dar la bienvenida a la proscripción de las duplicidades en la organización administrativa, el respeto al principio de autoridad, la objetividad en la contratación pública, el mérito y la capacidad en el reclutamiento de personal, la responsabilidad por la indebida utilización de fondos públicos, el considerar al ciudadano como eje sobre el que debe pivotar toda actuación pública... y así un largo etc., que nos muestra el valor del Derecho administrativo o, alzando más la mirada, de la legalidad como pared maestra de un

Estado Democrático y de Derecho, principal herramienta además frente a casos de malas prácticas o de corrupción pública y, por tanto, como inequívoca manifestación de calidad democrática, evitando los males que actualmente afectan a su propia esencia. Así, podemos verlo reflejado en el *Libro blanco sobre el futuro de Europa. Reflexiones y escenarios para la Europa de los veintisiete en 2025*⁴⁴, al identificar la indiferencia y desconfianza hacia la actuación de los poderes públicos como un campo abonado para la retórica nacionalista y populista.

La democracia requiere un esfuerzo permanente de contribución por parte de todos, en cuanto se refiere al Derecho Administrativo y su objeto, la Administración; dicho aporte se concreta en la corrección y el respeto a sus reglas, desde una interiorización de los valores y principios sobre los que se asienta una sociedad cívica y formada.

⁴⁴ Disponible en la página web https://europa.eu/european-union/sites/europaen/files/whitepaper_en.pdf. Consultado el 9 de marzo, 2017.

COMPLEJIDAD Y DELITOS SISTÉMICOS

COMPLEJIDAD Y DELITOS SISTÉMICOS¹

OMAR GABRIEL ORSI²

MINISTERIO PÚBLICO FISCAL (ARGENTINA)

oorisi@mpf.gov.ar

RESUMEN:

Pese a los avances tecnológicos y las reformas procesales, la baja eficiencia en la investigación de los delitos sistémicos -en especial, los de cuello blanco- no pudo ser sustancialmente mejorada. El trabajo desarrolla el potencial de los modelos de la complejidad y de las metodologías formales para la resolución de este tipo de problemas.

PALABRAS CLAVE:

Modelos, complejidad, metodología, investigación penal, delitos sistémicos.

¹ Artículo entregado por el autor el 15 de marzo de 2019 y aprobado el 25 de junio de 2019

² Ministerio Público Fiscal (Argentina) oorsi@mpf.gov.ar
Es doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España y abogado por la Universidad de Buenos Aires, Argentina, con estudios en Ciencias Antropológicas en la misma universidad y de especialización en la Pontificia Universidad Católica de Argentina y en la Universidad de Chile.

ABSTRACT:

Despite technological advances and procedural reforms, the low efficiency of systemic crimes investigation -specially white collar crimes- could not be substantially improved. The work develops the potential of the complexity models, and formal methodologies for solving this kind of problems.

KEY WORDS:

Models, complexity, methodology, criminal investigation, systemic crimes.

1. Introducción

Pese a los esfuerzos, los sistemas penales de diversos países mantienen un comportamiento errático: mientras pueden tratar con rapidez y eficiencia cierto tipo de delitos -como los detectados en flagrancia- no ocurre lo mismo con otros -como los delitos sistémicos-. La dificultad para responder eficazmente ante los delitos sistémicos radica, entre otras razones, en que ellos no se encuentran claramente separados de la estructura de orden, como ocurre con la construcción simbólica del crimen organizado y el terrorismo; por el contrario, ellos se ubican en una zona preliminar, y no pueden ser separados tajantemente del devenir social lícito.

Esta característica incide notablemente sobre los sistemas de prevención, investigación y prueba de esta particular forma de delitos, y determina la imposibilidad de tratarlos con las mismas herramientas empleadas en los delitos de *cuello azul*. Los delitos sistémicos, como categoría que engloba todo delito del poder³ y de productividad económica de *cuello blanco*⁴, requiere de otras tecnologías y saberes, a los que la práctica judicial no parece adaptarse con facilidad. El objetivo del presente trabajo consiste en reflexionar sobre el potencial que presentan los modelos de tratamiento de la complejidad en la investigación y prueba de los delitos sistémicos.

³ RUGGIERO. 2005.

⁴ SUTHERLAND. 1949.

2. Aproximación al enfoque de la complejidad

Los avances en el campo de la complejidad no surgieron repentinamente, sino que fueron madurando a lo largo del tiempo. Muchos de sus postulados y herramientas eran antiguos, pero se reformularon, combinaron y aceleraron en un momento en particular: la II Guerra Mundial y el posterior período de *guerra fría*, movidos por la necesidad de desarrollar potencial bélico.

Entre esas necesidades, se encontraban las de procesar e intercambiar información, de manera ágil y segura, entre las áreas operativas, de análisis y de comando, ante la eventualidad de un ataque masivo⁵, formas de detectar naves a grandes distancias, desarrollar nuevos materiales, acertar a un objetivo en movimiento, decodificar un mensaje encriptado, instalar un rumor, liberar energía de la materia, puntuar los ciclos de la economía o ejercer control sobre las masas en momentos críticos, entre otros. Este esfuerzo, impulsado por sectores vinculados a la defensa, involucró también al campo empresarial y académico, marcando así el rumbo de la agenda en los años posteriores.

Fue la necesidad -material e intelectual- la que llevó, tanto a aumentar la inversión, como a aguzar el ingenio. Y una de las formas de hacerlo fue reunir expertos de distintos campos para encontrar las respuestas -operativas-, que se estaban buscando. La estrategia no fue entonces sumar miradas de disciplinas consolidadas sobre un mismo tema, sino converger hacia una nueva forma de conocimiento para lidiar con problemas que, por su complejidad, ninguna de ellas había podido resolver satisfactoriamente.

⁵ BARAN. 1964; KLEINROCK. 2010.

En el ámbito científico se produjo, por la misma época, una suerte de cambio copernicano. Encorsetadas por una visión mecanicista del mundo, y expurgados todo vestigio de holismo o animismo, diversas disciplinas comenzaban a advertir la estrechez de sus enfoques y a percibir su matriz común. En este ámbito, basado principalmente en los procesos de comunicación e información, confluyeron una serie de iniciativas, provenientes de distintos campos: la teoría clásica de sistemas, la verbal o semántica, la teoría de la información, la de juegos, la de decisión, la de autómatas, la de colas, la de conjuntos, la de gráficas o grafos, la de redes, la computarización-simulación, y la teoría cibernética, entre otras⁶. El enfoque, centrado en relaciones más que en entidades, permitió condensar así una serie de principios o herramientas útiles para toda clase de objetos, incluso aquellos de los que tratan las ciencias sociales.

La nueva perspectiva deja suficientemente en claro que no existen límites para la clase de modelo aplicado al estudio de la realidad, y que la aproximación, lejos de ser patrimonio de las denominadas *ciencias duras*, tuvo conspicuos representantes en las ciencias sociales⁷. También queda claro que las distintas ciencias enfrentaban un tipo de problema similar, y que éste podía separarse de la naturaleza del objeto: la salud mental, un circuito de telecomunicación, el funcionamiento físico del cerebro, la guía de un misil, la composición química de una sustancia, la estructura social o el lenguaje. Puede decirse que ese tipo de perspectiva no se circunscribe ni a un referente empírico determinado, ni a un saber en particular: se ubica, por así decir, en los límites de las disciplinas, en sus puntos de contacto.

⁶ WIENER. 1950; VON BERTALANFFY. 1976.

⁷ BATESON. 1985.

3. Modelos de complejidad en ciencias sociales

La corriente señalada en el punto anterior explora ciertas regularidades, independientes del tipo de objeto, de modo que acepta naturalmente que sus categorías no *son* lo abordado, sino un modelo, una ideación útil, en todo caso, para comprender u operar sobre determinados aspectos de la realidad⁸. Un modelo es una forma de lenguaje, una construcción humana de sentido. Los modelos se aproximan de cierto modo a las metáforas, los íconos o los símiles, ya que se espera que guarden algún tipo de relación con aquello que mentan.

Los modelos orientados al tratamiento de la complejidad se distinguen, sin embargo, por poseer un tipo específico de consistencia interna, debido al empleo de herramientas formales como la lógica o la matemática⁹. Puesto que manejamos sus pautas constructivas, podemos extender sus derivados, de modo que si el modelo resultó útil para tratar algunos aspectos de un objeto, es posible que lo sea para otros. La capacidad para establecer derivaciones formalmente confiables facilita, a su vez, la otra clave de bóveda de todo conocimiento operativo: la posibilidad de mapear el modelo contra la información aportada por las técnicas de construcción de datos. La modelización sirve, tanto para explorar las aristas relevantes de un problema, como en una etapa ulterior validar la opción escogida para tratarlo.

Los modelos pueden agruparse en cuatro clases, según la forma en que construyen su objeto de conocimiento, el tipo de inferencia

⁸ KORZYBSKI. 1951.

⁹ REYNOSO. 2011.

que apliquen y el propósito que persiguen, tal como se observa en la siguiente tabla¹⁰:

| Perspectiva del objeto | Tipo de inferencia | Propósito | Modelo |
|-------------------------------|-------------------------------------|-------------------------------------|--------------------|
| Simplicidad organizada | Análítica, deductiva, determinista | Explicación | Mecánico |
| Simplicidad desorganizada | Estética, abductiva, indeterminista | Comprensión | Discursivo |
| Complejidad desorganizada | Sintética, inductiva, probabilista | Correlación | Estadístico |
| Complejidad organizada | Emergente, determinista | Descripción estructural - procesual | Sistémico |

En este sentido, y a la hora de vincularse con los hechos, el procedimiento judicial se basa principalmente en modelos hermenéuticos o interpretativos, con el propósito de comprender un evento -conducta delictiva-, estructurado de manera simple, mediante la aplicación de los dictados de la lógica (deductiva) y de la experiencia (analogías). La aplicación de un modelo de estas características implica una forma de construir, procesar y validar información, lo cual explica el peso de la prueba testimonial y, en general, de los relatos.

Frente a ello, poca atención se ha prestado a los modelos formales específicamente orientados al tratamiento de la complejidad,

¹⁰ Basada en REYNOSO. 2011.

desarrollados por otros saberes, tal como es el caso de la teoría de redes. Para describirlo someramente, el enfoque de redes -como otros de este tipo- se caracteriza por desplazar el eje, desde los atributos de un ente a las relaciones entre ellos. Una tabla puede contener un conjunto de variables, dimensionadas conforme una serie de atributos, tal como es de utilización regular en la investigación en ciencias sociales. El siguiente es un ejemplo muy sencillo de tabla atributiva:

| | Universidad | Grado | Publicación | Investigación |
|----------------|--------------------|--------------|--------------------|----------------------|
| Matilda | Andina | Abogada | A | Salamanca |
| Lautaro | Andina | Antropólogo | B | Random Inc. |
| Rocío | Pompeu | Abogada | C | Salamanca |
| Gino | Bologna | Sociólogo | A | Random Inc. |

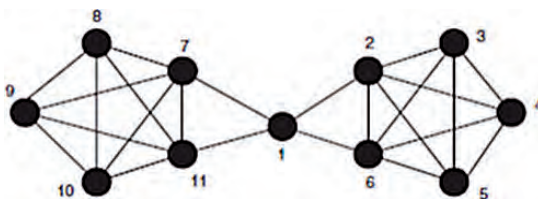
Esta representación permite exponer, de manera amigable, información sobre cada entidad: por ejemplo, que Rocío obtuvo el grado en Derecho en la Universidad Pompeu Fabra, que publicó el artículo “C” y que forma parte de un grupo de investigación de la Universidad de Salamanca, y así sucesivamente.

La siguiente es una tabla relacional, construida a partir de la información anterior:

| | Matilda | Lautaro | Rocío | Gino |
|----------------|----------------|----------------|--------------|-------------|
| Matilda | X | X | XX | X |
| Lautaro | X | X | - | X |
| Rocío | XX | - | X | - |
| Gino | X | X | - | X |

Esta tabla ya no se centra en los atributos, sino en las relaciones entre entidades. La tabla nos permite ver que Matilda es quien

tiene más puntos en común con las restantes personas; que Lautaro y Gino, además de su relación con Matilda, se conectan entre sí; y que Rocío solo tiene contacto con Matilda, aunque más estrecho que el que poseen las restantes personas. Ahora bien, esa matriz de relaciones permite construir una representación gráfica, en forma de red. La representación -para otros datos, con once personas en lugar de cuatro- tiene el siguiente aspecto¹¹:



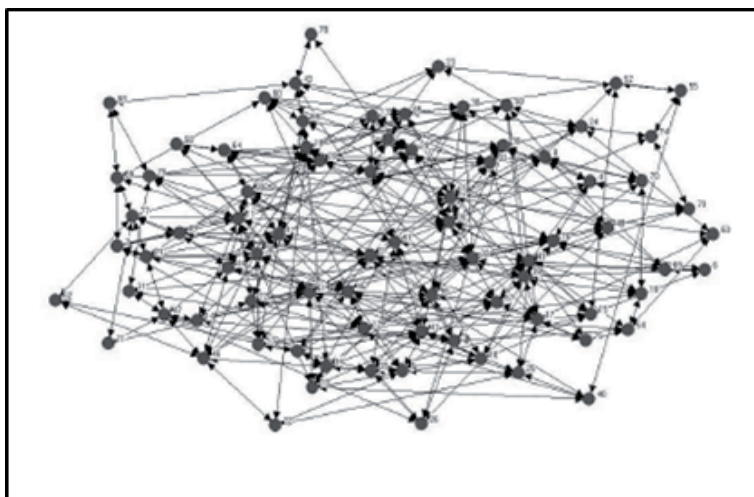
En este tipo de representaciones, las entidades -en el ejemplo, nuevamente, personas- se denominan *nodos* -representados por un punto- y sus relaciones *vínculos* o *lazos* -representados por una raya. Los datos, al ser transformados en un grafo, nos permiten percibir otras cosas: por ejemplo, que si (1) no estuviera, tendríamos dos grupos fuertemente cohesionados, pero aislados entre sí.

La matriz correspondiente permite apreciar el poder visual del grafo anterior:

¹¹ Extractado de BALLESTER *et al.* 2006.

| | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 | 6 | 7 | 8 | 9 | 10 | 11 |
|----|---|---|---|---|---|---|---|---|---|----|----|
| 1 | X | X | - | - | - | X | X | - | - | - | X |
| 2 | X | X | X | X | X | X | - | - | - | - | - |
| 3 | - | X | X | X | X | X | - | - | - | - | - |
| 4 | - | X | X | X | X | X | - | - | - | - | - |
| 5 | - | X | X | X | X | X | - | - | - | - | - |
| 6 | X | X | X | X | X | X | - | - | - | - | - |
| 7 | X | - | - | - | - | - | X | X | X | X | X |
| 8 | - | - | - | - | - | - | X | X | X | X | X |
| 9 | - | - | - | - | - | - | X | X | X | X | X |
| 10 | - | - | - | - | - | - | X | X | X | X | X |
| 11 | X | - | - | - | - | - | X | X | X | X | X |

Aunque en los ejemplos mencionamos personas y vínculos personales, cabe retener que puede tratarse de cualquier cosa y tipo de relación. Si seguimos en el plano humano, se analiza un conjunto mayor de vínculos dentro de una organización; la representación gráfica puede llegar a tener un aspecto similar al siguiente¹²:



Al presentar la primera tabla, narramos debajo los atributos de una de las personas y pudimos haber continuado con las restantes: la tabla facilita esa exposición y permite “moverse” dentro de los datos, centrarse en algunos, contextualizar, comparar. Una vez dimensionadas las variables, los datos pueden procesarse por diversos métodos, tales como el estadístico. Del mismo modo, es imprescindible retener que el enfoque de matrices y grafos, va más allá de la representación gráfica de datos; ello se debe a que, reunidas determinadas condiciones, los modelos de redes -como ocurre con las matrices- muestran algunas propiedades formales comunes, que permiten inferir aspectos significativos para toda configuración de red.

Existen ciertamente muchos modelos, basados en el enfoque de redes. Conviene mencionar aquí una línea que se va abriendo paso de manera consistente, basada en las redes libre de escala, que son las que se adaptan a un número mayor de referentes empíricos, si son comparadas con la restante perspectiva -las redes aleatorias¹³. En general, la mención apunta a destacar la capacidad del enfoque basado en redes libre de escala para aplicarse a objetos y datos de distinto tipo, con el potencial que ello implica en la investigación de cualquier clase de delito complejo.

¹³ BARABÁSI. 2003; REYNOSO. 2011.

4. Irrupción del modelo en el campo penal

El ingreso del enfoque de la complejidad al sistema penal puede remontarse al auge, en la década de los ochenta del siglo pasado, de la problemática de las organizaciones delictivas y la consecuente demanda de seguridad¹⁴. El estudio jurídico de tales fenómenos conservaba, en ese entonces, los símiles tomados de los enfoques organizacionales, aplicados a asociaciones de objeto lícito, especialmente del mundo empresarial. Desde un polo ideal, puede decirse que estos enfoques partían de un arquetipo jerárquico, piramidal, que guardaba a su vez redundancia con la estructura normativa: ello se expresa incluso en la redacción de los delitos, al distinguir los integrantes de la asociación, tanto de sus jefes, como de otros roles preeminentes: los promotores, directores, fundadores, financiadores u organizadores¹⁵.

Si bien estos modelos fueron útiles, en su momento, para reducir las múltiples manifestaciones del fenómeno a un conjunto limitado de relaciones -como por ejemplo, la construcción de la figura de los *capos* de la mafia o los *zares* del narcotráfico-, no expusieron igual rendimiento a la hora de iluminar el funcionamiento de estructuras más flexibles, organizadas en función de objetivos concretos: fue en especial el impacto de una serie de atentados terroristas los que inclinaron el campo de investigación hacia estructuras *celulares*, en detrimento de otras formas de organización más vastas o contextualmente articuladas¹⁶.

¹⁴ ZAFFARONI, E. 2001; ANIYAR DE CASTRO. 2003; GRAFE ARIAS. 2009; ORSI. 2007a.

¹⁵ ORSI. 2008a; BUENO ARÚS. 2009; LLOBET ANGLÍ. 2010; WAINWRIGHT. 2016.

¹⁶ APARICIO DÍAZ, y PONTE GARCÍA. 2009.

Como ocurriera con los anteriores modelos jerarquizados, el Derecho volvió a recurrir entonces a símiles tomados de las formas de organización del mundo lícito, en particular de su núcleo articulador, es decir, las estructuras económicas¹⁷. En éste también se había operado el desplazamiento, desde ciertas formas de producción -como el taylorismo y el fordismo- a otras -como el *kanban* o, luego, el modelo *silicon valley*-, con las consecuentes teorizaciones asociadas a las nuevas formas de organización -más flexibles, descentralizadas y adaptables a entornos cambiantes- y de gerenciamiento -con el procesamiento de información masiva e instantánea a través de ordenadores-. La tecnología necesaria también se encontraba madura: ella se produjo, en un derrotero para nada aleatorio, primero, en el terreno bélico para pasar luego a las fuerzas de seguridad, -como material de inteligencia especialmente orientado a la prevención-, y de allí al campo de trabajo del investigador judicial.

El impacto generado por ambos órdenes de fenómenos, sin perjuicio de sus características diferenciales, derivaron en la generación de un importante caudal de reflexiones, respecto de la capacidad del funcionamiento en red de organizaciones y personas¹⁸. En lo que toca al campo penal, la teoría de redes quedó así inicialmente asociada a un conjunto delimitado de fenómenos -integrado, básicamente, por distintos tipos de sujetos grupales clandestinos y violentos-; este proceso de síntesis, con sus más y sus menos, probó, sin embargo, el potencial del enfoque para la investigación de toda clase de *delito complejo*.

¹⁷ ALBERT. 1992; ATILES. 1994; ORSI. 2007b.

¹⁸ KREBS. 2001, 2004; WU *et al.* 2014; POVEDA CRIADO. 2015.

El estudio de atentados terroristas permitió comprobar la utilidad de los lazos débiles y de las estructuras flexibles para evitar la detección y ejecutar acciones de manera eficiente¹⁹. Por su parte, el enfoque de mundo pequeño -donde es posible navegar toda la red en pocos pasos- brinda una buena explicación sobre la capacidad de articular acciones, entre personas que no se conocen o que se conocen poco entre sí²⁰. Además, la capacidad de resiliencia de una red permite estudiar el modo en que determinadas organizaciones delictivas podían continuar actuando, aun luego de ser detectadas y parcialmente desmanteladas²¹.

De otro lado, varias de las medidas de red permitieron identificar diferentes funciones y posiciones de actores claves, cuya relevancia resulta de cierto modo análoga a los roles cumplidos dentro del entramado delictivo: en particular, esas aproximaciones permiten individualizar a personas con menor exposición y mayor poder de control sobre el flujo de acontecimientos, es decir, los roles propios de los organizadores, financistas y otras formas de intervención mediata en los hechos²². Finalmente, aunque sin agotar el listado, también permite detectar dentro de la red distintas formas de agrupación, caracterizadas según su grado de cohesión o tipo de relación o de control diferencial entre sus integrantes²³.

¹⁹ GRANOVETTER. 1973; APPADURAI. 2006; BADIA I DALMASES. 2011.

²⁰ STROGATZ. 2003; SAGEMAN. 2000.

²¹ AYLING. 2009.

²² CARLEY, KRACKHARDT, Y LEE. 2002; PAOLI. 2004; BALLESTER *et al.* 2010; MARTÍ, Y ZENOU. 2009; MORSELLI. 2009; BOUCHARD, Y NGUYEN. 2010; CALDERONI. 2011; LAUCHS, KEAST, Y CHAMBERLAIN. 2011; SANTA AGRESTE *et al.* 2015.

²³ DUNNE, Y SHNEIDERMAN. 2013.

5. Adaptación del modelo a los delitos sistémicos

Luego de la irrupción del enfoque reticular aplicado al crimen organizado y el terrorismo, el auge de los delitos de naturaleza económica impulsó las primeras iniciativas por adaptar a ellos dicho modelo. La tarea se vio, sin embargo, dificultada por el hecho de que, tanto el sesgo teórico, como la configuración de los dispositivos, no se encontraba adaptado a la complejidad diferencial del fenómeno. En efecto, el cambio de foco hacia los delitos sistémicos no sólo implica un mero desplazamiento de objeto: la aproximación, al articular de manera consciente el subsistema ilícito -oculto- con el lícito -visible-, acarrea una redefinición, tanto de los tipos de nodos, como de los vínculos relevantes, otrora reducidos a contactos -generalmente físicos o telefónicos- entre personas.

Aunque como hemos visto, no se trata de una exportación mecánica de las herramientas generadas para los delitos comunes, esta nueva aproximación también arroja algunos resultados alentadores. El enfoque sirve para iluminar los procesos de influencia y captura del estado, identificando los actores y nexos entre las esferas estatales y no-estatales²⁴. De otro lado, también muestra utilidad para el estudio de los delitos de cuello blanco -como el blanqueo de capitales de origen delictivo-. El enfoque, debidamente adaptado, demuestra así buenas prestaciones a la hora de iluminar diversas formas de articulación, posición o relación social, propias del nuevo objeto, como la de influencia o mando, la disponibilidad estratégica de recursos, las relaciones cooperativas o independientes, la equivalencia de roles en función de similitudes estructurales, la intermediación entre partes poco

²⁴ GARAY SALAMANCA, y SALCEDO-ALBARÁN. 2012.

conectadas o las formas de cohesión entre personas o grupos de personas²⁵. Como se observa, las categorías reticulares recién enunciadas resultan compatibles con sus símiles jurídicos de autoría -por determinación, dominio funcional, autoría mediata o paralela-, de cooperación -necesaria, accesoria- o de formas asociativas -roles dentro de una organización-, entre otras²⁶.

En este sentido, y de las muchas aristas que presenta el tema, queda claro en todo caso que la adaptación del enfoque reticular a las distintas modalidades de delitos sistémicos, requiere de un trabajo específico. Por un lado, el mayor esfuerzo de adaptación -en comparación con los delitos extrasistémicos-, los cuales involucran primeramente a los insumos; por otro lado, en los casos de delitos clandestinos, nodos y vínculos quedan definidos de cierto modo, por su carácter natural (por ejemplo, personas y lugares, relación familiar y contacto telefónico). Pero los nodos de los delitos de cuello blanco -como el fraude al estado, el pago de *coimas*, el blanqueo de capitales y la financiación ilegal de partidos políticos-, pueden ser subcategorizados no solo en personas físicas, sino en cuentas, bancos, empresas o cualquier forma de persona jurídica o dispositivo formal o material de organización. Del lado de los lazos, estos también se multiplican: funciones dentro de una sociedad, representación de sociedades, titularidad de cuentas bancarias, intervención en operaciones financieras, comerciales, jurídicas, notariales, entre otros negocios jurídicos. Cada ítem mencionado admite además

²⁵ VON NEUMANN, y MORGENSTERN. 1953; HUBBEL. 1965; COLEMAN. 1972; GRANOVEITER. 1973; FREEMAN. 1977; BURT. 1982; MARSDEN. 1984; LOZAREZ COLINA. 1996; MONSALVE. 2003; ROGGERO, y SILBERTIN-BLANC. 2008.

²⁶ MICELI, ORSI y RODRÍGUEZ GARCÍA. 2017.

otras dimensiones: por ejemplo, la dirección de una transferencia o intensidad, de conformidad a un rango de montos.

Otro foco de complejidad radica en que, tanto la red, como las posiciones y funciones dentro de ella, tienden a solaparse; en otras palabras, y por tratarse de delitos sistémicos, lo usual es que sean los mismos dispositivos de organización y estructura de la esfera lícita los empleados en la comisión de delitos. Es por ello relevante que los modelos aplicados a estos fenómenos, en lugar de emplear variables naturales, personales o de sentido común, se construyan en función de las reglas de orden del sistema al cual son aplicados. La siguiente tabla expone un ejemplo de adaptación de las señales de alerta, establecidas por una institución para prevenir casos de lavado²⁷ y su conversión a un valor significativo para la teoría de redes²⁸.

²⁷ GAFISUD. 2012.

²⁸ Tomado de MICELLI, ORSI y RODRÍGUEZ GARCÍA. 2017.

| Señales jurídicas de alerta | Señales reticulares de alerta |
|---|---|
| Movimientos de dinero no acordes al perfil económico. | Atributo inusual de lazo |
| Las personas que reciben las remesas no tienen relación con los migrantes. | Atributo de un nodo o clase nodo comparado con atributo de otro nodo o clase de nodos |
| Creación de gran cantidad de empresas de papel, sin tener la logística ni los medios necesarios para su funcionamiento. | Atributo inusual de un grupo de nodos |
| Compañías que no registran proveedores locales de las mercancías exportadas. | Atributo inusual de un grupo de nodos |
| Productos exportados que no serían originarios del país A. | Atributo inusual de un grupo de nodos |
| Precios de comercialización en el exterior son superiores a los del mercado local. | Atributo de un grupo de nodos comparado con atributo de otro grupo de nodos |
| Exportación de un bien al país productor del mismo | Atributo inusual de un lazo o grupo de lazos |
| Estratificación de fondos para evitar controles. | Atributo específico de un nodo o grupo de nodos |
| Actividad económica declarada diferente a la actividad económica realizada. | Atributo real de un nodo o grupo de nodos diferente a lo declarado |
| Transferencias enviadas y recibidas no tienen relación con las declaradas | Atributo de un lazo o conjunto de lazos comparado con atributos declarados |
| Información y documentación presentada incompleta. | Atributo específico de un nodo o grupo de nodos |
| Giro de cheques por montos altos cobrados en el exterior. | Atributo específico de un lazo o grupo de lazos |
| Los pagos provienen de países diferentes al que se exportaron los productos. | Atributo específico de un grupo de nodos |
| Transferencias a otros países donde no se realizó la actividad comercial. | Atributo específico de un lazo o grupo de lazos |
| Circulación de dólares en billetes en de alta denominación registrados en listas reservadas. | Atributo específico de un lazo o grupo de lazos |
| Canje de billetes de alta denominación por billetes de baja denominación. | Atributo específico de un lazo o grupo de lazos |

6. Uso de modelos en la fase de investigación

Lo visto hasta aquí nos lleva a resaltar la importancia del momento metodológico del proceso de investigación, como articulador entre los modelos de la complejidad y las técnicas que ellos utilizan, cuestión relevante no sólo por tratarse de un requisito inescindible de la aplicación de ese tipo de modelos, sino por su falta de desarrollo acabado en el campo penal.

Es posible postular que, en el estado actual, la metodología de investigación penal ha perdido espesor por dos razones. De un lado, porque las técnicas especiales aplicadas a los denominados *delitos complejos* -como la denuncia anónima, el arrepentido, el agente encubierto, el testigo protegido, entre otras- no requieren de mecanismos de inferencia demasiado sofisticados, sino que ellas se producen, en última instancia, bajo la forma de *relato*, como el testimonio o la confesión²⁹. Del otro lado, porque las nuevas herramientas de procesamiento de la información, además de no emplearse de manera sistemática, quedan reducidas a su aspecto instrumental. Esta última situación puede llevar a que el director jurídico del proceso de investigación se desentienda de ellas y, eventualmente, entregue su ejecución a otros expertos, usualmente ubicados en una institución o estructura distinta, en el entendimiento de que solo se trata de *apretar un botón*.

Bajo esta doble constricción, los modelos para abordar la complejidad pierden gran parte de su potencial, si es que no se encuentran acompañados de una estructura operativa y de una dirección metódica desde los inicios de la investigación: en otras palabras, no se puede suplir, sin pérdida, por un informe técnico

²⁹ DEL ROSAL BLASCO. 2009; SOTOMAYOR ACOSTA. 2010.

o un peritaje, aunque sean esas sus formas de materialización procesal.

Es necesario así prestar debida atención a los diferentes momentos que conforman la metodología de investigación de esta especial clase de delitos, por las complejidades que presenta. En efecto, los casos simples suelen caracterizarse por la comunicación al investigador de una hipótesis suficiente sobre el conflicto. Los de investigación compleja, en cambio, por presentar un indicio fragmentario del evento delictivo, que requiere por ello de una construcción secuenciada de la hipótesis del caso. El paso del indicio al caso supone así una forma de inferencia específica, basada en conocimiento imperfecto: si los indicios sugieren una configuración general similar a otra conocida, podemos, con los recaudos del caso, tratarla como si fuera igual³⁰.

La formulación inicial del caso resulta, pues, un momento importante en las investigaciones complejas. Si la hipótesis ha sido deficientemente formulada -por falta de consistencia interna-, si es estrecha -por circunscribirse a una sola de las posibilidades- o tendenciosa -por excluir vías de indagación de manera arbitraria o dirigir imputaciones aviesas-, ello introducirá un sesgo altamente nocivo en los pasos posteriores. De la otra mano, no toda conjetura determina mecánicamente la amplificación de las hipótesis: lo que puede ser norma en la actividad científica, no lo es en el terreno jurídico penal, donde el alcance y profundidad de la tarea se encuentra encorsetada por los principios que rigen el debido proceso. Las hipótesis deben ser amplias, pero sustentables y razonables, con límite en las

³⁰ PIAGET. 1969; PEIRCE. 1970; JAMES. 1984; BATESON. 1985; MANDELBROT. 1987; DARWIN. 2003.

conexiones excepcionales, las inferencias meramente posibles o las imputaciones tendenciosas.

Modelizar el problema que suponen las hipótesis es, pues, otro momento importante de la investigación: las hipótesis son, entonces, el marco general, el cual debe anticipar la configuración del fenómeno, cuya modelización opera como guía de la investigación³¹. La modelización es una operación conceptual que permite dimensionar el objeto, mediante el análisis de sus componentes principales, de modo de derivar variables e indicadores -atributivos o relacionales- que admitan alguna forma de mapeo con la realidad, en el caso jurídico, a través de los medios de prueba³².

Para el éxito de esta operación resulta relevante atender, en primer lugar, al esquema que propone el tipo delictivo, como elementos indiciarios que anticipan la posible existencia del delito: los vinculados a la lesividad y la conducta que realiza el tipo o los elementos, materiales o normativos, jurídicamente indispensables. Junto a esas variables o dimensiones primarias pueden ubicarse otras accesorias, como las formas eventuales de intervención en el hecho -por ejemplo, instigación, autoría mediata, participaciones secundarias-, o las fases de preparación y agotamiento del delito, entre otras. El modelo normativo debe a su vez ser complementado con otras regularidades, provenientes de su forma de realización, ya que las conductas y elementos previstos de manera abstracta en la norma suelen concretarse a través de formas regulares de ejecución, o modos comisivos:

³¹ ORSI. 2018.

³² GALTUNG. 1966; SAMAJA. 1993; AXELROD. 2004; ARMATTE. 2006; ARROYO MÉNDEZ y HASSAN COLLADO. 2007.

por caso, ciertas modalidades de blanqueo de capitales o de fraude impositivo se caracterizan, en determinados lugares y épocas, por el uso de operaciones financieras, entidades, plazas y personas jurídicas específicos, que no responden a la racionalidad o regularidad del tipo de negocio que le sirve de causa aparente. Estos aspectos conllevan -como hemos visto en el punto previo- una mayor articulación con la realidad que los componentes normativos, incrementando la complejidad de la tarea.

Las variables e indicadores inferidos de ambas formas modélicas -normativas y extra normativas- priorizan entonces algunos aspectos del fenómeno, orientando la búsqueda de prueba y facilitando el mapeo de la información adquirida. Si el núcleo de la inferencia de hipótesis es anticipar analógicamente la o las configuraciones probables, la modelización del caso persigue dos objetivos básicos:

- a) Operativizar el criterio por el cual se han admitido hipótesis alternativas o, lo que es lo mismo, dimensionar los elementos esenciales de los componentes de una clase; y,
- b) Hacer lo propio con aquellos puntos que se encuentran, de modo excluyente, en cada hipótesis.

La fase de modelización inicial prefigura así los núcleos que deben ser acreditados o descartados durante la investigación. La ejecución de la prueba sobre los tópicos comunes es siempre relevante, pues hace a todas las hipótesis en danza; la de los dirimientes juega un rol aún más importante: descartar alternativas inadecuadas y, con ello, simplificar el marco de búsqueda y las medidas probatorias subsecuentes. Esta función de descarte es

primordial en el reajuste de las hipótesis provisionarias conforme la realidad que va revelando el caso. Es por ello crítico que el descarte opere con certeza³³.

Otro momento importante es la delimitación del campo en el que se inscribe la conducta. La delimitación del campo de búsqueda es una operación, basada en el modelo exploratorio, que permite identificar los ámbitos o lugares que cobijan información relevante para la investigación. Mientras que la modelización racionaliza el fenómeno en función de las hipótesis típicas y las regularidades conductuales, la delimitación del campo permite iluminar los distintos contextos en que se inscribe la conducta.

Como se observa, es imprescindible que los investigadores dispongan de una reconstrucción previa y proactiva de las conductas y contextos propios de los conflictos de su competencia, con sus reglas y pautas de orden. Y es fundamental que ese conocimiento previo no quede circunscripto a la experiencia personal de los operadores, sino que se traduzca en dispositivos operativos. Es necesario entonces, tal como hemos visto en el punto previo con el ejemplo de las tipologías sobre blanqueo, que los modelos exploratorios del campo jurídico se objetiven también en un dispositivo informático especialmente adaptado para el almacenamiento y entrecruzamiento de información.

Una vez que comienza a incorporarse la información, otro momento crucial de la investigación es detectar los patrones subyacentes en el conjunto de datos. La inferencia de hipótesis, la modelización del caso y la delimitación del campo permiten descartar alternativas de imposible cumplimiento, prefigurar

³³ POE. 1996.

los caminos que debe seguir la investigación y puntuar, dentro de ellos, algunos elementos, relaciones y entornos críticos. La búsqueda de patrones, por su parte, apunta a inferir regularidades en el objeto, según la heurística aplicada al caso³⁴.

³⁴ HANSON. 1985; WATANABE. 1985; SCHÜRMANN. 1996.

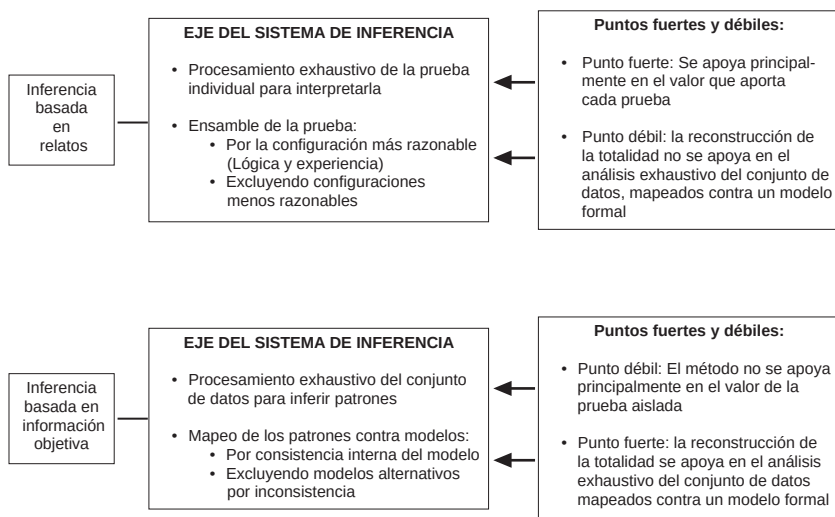
7. Uso de modelos como herramienta probatoria

Como ocurre con la etapa de investigación, en este caso también se advierte un repliegue del espesor de la etapa probatoria, en función del peso adquirido por los relatos, en especial desde el pasaje de los sistemas penales de la escritura a la oralidad. Por diversas razones -derivadas de la primacía dada a la voluntad, tal como se observa en el derecho a la acción y en la negociación- los relatos no requieren de operaciones alambicadas a la hora de motivar una resolución, puesto que ellos siguen la gramática empleada por los propios jueces y jurados³⁵.

Pero más allá de toda consideración al respecto, lo concreto es que los delitos sistémicos parecen requerir de un esfuerzo mayor. En primer lugar, porque resulta difícil obtener testimonios o confesiones confiables, en particular cuanto mayor es el poder de la organización, o más radicalizada la puja entre factores de poder. En segundo lugar, porque, en esos contextos, las voluntades pueden ser dirigidas para disputar mercados o esferas de poder, amplificando el problema. En tercer lugar, porque al carecer de exhaustividad, pueden apuntar a responsabilidades menores, sin comprometer los núcleos reproductivos de los delitos económicos. Finalmente, porque su propio modo de realización sugiere otra fuente de datos complementaria, más rica y confiable: si se trata de conductas complejas, coordinadas, con participación múltiple e impacto institucional o económico, lo esperable es que dejen un rastro instrumental o documental calificado.

En todo caso, es claro que no existe oposición entre ambos sistemas, de modo que pueden utilizarse de manera conjunta, para potenciar sus virtudes y compensar sus debilidades.

³⁵ ORSI. 2018.



La ventaja comparativa del enfoque basado en información objetiva es que brinda una buena plataforma integrar datos de fuente y lenguaje diverso -que es donde radica gran parte de la complejidad de los delitos sistémicos-, de modo de facilitar su clasificación, orden e interpretación. Esos datos, insistimos, no se expresan en el mismo código del operador judicial, tal como ocurre con los testimonios o las confesiones, lo cual complica la apreciación directa de la prueba. Para validarlos será necesario reconstruir los patrones que anidan en esa información y *mapearlos* contra un modelo, de manera dinámica, mediante una metodología confiable³⁶.

³⁶ HACKING. 1996; MARCET GARCÍA, PALACIOS-CALLENDER, y MARCET

Ahora bien, uno de los principales escollos radica en si esas construcciones, además de su consistencia interna, pueden ser razonablemente traducidos al lenguaje judicial, o si son, ora irreductibles, ora la empresa de tal dificultad que la desalienta. En este sentido, y tal como hemos visto para la conducta, también puede señalarse la existencia de una analogía, para validar o descartar la hipótesis del caso, entre ambas formas modélicas -redes y jurídica-³⁷. En efecto, existe hoy día un razonable acuerdo sobre la importancia adquirida por la reconstrucción indiciaria dentro del sistema probatorio³⁸. Este esquema coloca el eje en el factor relacional: el valor probatorio proviene aquí de la integración del conjunto de indicios. La operación, al ser integral, abarca cualquier elemento pertinente y útil: el diferencial radica en la integración de todos los elementos en un contexto coherente, movimiento que reafirma tanto el valor individual de cada prueba como el de la reconstrucción o explicación del caso.

Como se observa, el sistema de prueba indiciaria coincide estructuralmente con la metodología propuesta para la investigación y acreditación de los delitos complejos, ya que ambas son, en esencia, operaciones de mapeo: al requisito de pertinencia y acreditación inequívoca de los indicios -*graves y precisos*-, se suma la necesidad de adecuación no contradictoria dentro un contexto concreto -*concordantes*-. La ventaja del

SÁNCHEZ. 2016.

³⁷ ALEX. 1989.

³⁸ SILVA MELERO. 1944; JUANES PECES. 1989; BAJO FERNÁNDEZ. 1991; ASENCIO MELLADO. 1992; ATIENZA. 1997; RUSSO y ABET. 2001; PASTOR ALCOY. 2003; PARRA QUIJANO. 2007; GUZMÁN. 2011; SUÁREZ. 2011; CORDÓN AGUILAR. 2012.

sistema propuesto radica en que, en este caso, el contexto a) es un modelo formal dotado de consistencia interna, b) que admite contrastación empírica mediante una metodología controlable, y c) que permite el descarte de modelos alternativos.

El que ambas formas de inferencia y prueba compartan una base común tiene, pues, importantes consecuencias. De un lado, reafirma el valor jurídico del método propuesto y la posibilidad de traducirlo a un lenguaje común, que fomente el trabajo transdisciplinario o su valoración en juicio. De otro lado, pone en evidencia que un método de esas características excede el alcance propio del peritaje: en realidad, se trata de una herramienta para construir, contrastar y mejorar el propio método de inferencia y validación judicial.

Existe, finalmente, una prestación adicional del enfoque reticular, vinculado a su potencial persuasivo y su aptitud para adaptarse al sistema de audiencias orales, en las que suelen resolverse algunos aspectos centrales del proceso. Suele vincularse a las audiencias con los discursos argumentativos, contruidos en un registro expresivo y emotivo, destinado a generar adscripción y empatía: sin embargo las audiencias incorporan día a día otros recursos, como imágenes, filmaciones, gráficas o representaciones visuales de diverso tipo (tal como ocurre en paralelo en la enseñanza o en el dictado de conferencias, con el empleo de presentaciones o infografías) por su capacidad de apelar a un sentido primordial del ser humano para relacionarse y construir su entorno. Esa apelación al componente visual se relaciona directamente con la capacidad que poseen ciertas herramientas —como tablas, matrices, conjuntos, grafos, gráficos, funciones, curvas normales, organigramas, diagramas de flujo, entre otros— de representar o evocar información

compleja de manera aprehensible, extremo que resulta más dificultoso cuando se apela, exclusivamente, al lenguaje oral o escrito³⁹.

Así, aun cuando la faceta constructiva del procesamiento y análisis de información se produce mediante un lenguaje distinto al de los jurados o jueces, esta dificultad se revierte a la hora de exponer el resultado, en particular si no se utilizan imágenes de manera fragmentaria, con sentido emotivo. En efecto, las representaciones a que aquí aludimos no sólo operan positivamente por el hecho de esquematizar aquello que es complejo, sino porque, a diferencia de lo que ocurre con un testimonio o un documento, implican siempre su inscripción dentro de un patrón de orden: la redundancia entre la descripción y la regla refuerza así el valor persuasivo del medio, esto es, el poder visual de la expresión gráfica. La clasificación ordenada de las partes de una configuración, en sí valiosa para cualquier observador externo, se verá reforzada en la medida en que esa construcción haya sido generada mediante procedimientos teóricos y metodológicos fundados.

³⁹ BRANDES, KENIS, y RAAB. 2005.

8. Consideraciones finales

La comunicación a través de dispositivos es algo inherente al modo de vida actual. Muchas de esas comunicaciones nos son impuestas, como las operaciones bancarias o los trámites administrativos. Existe además un enorme cúmulo de información que entregamos voluntariamente, en particular quienes no vivieron, o no han prestado debida atención, al proceso histórico que llevara al desarrollo tecnológico⁴⁰. Un evidente peligro, claro está, en especial porque la capacidad de almacenamiento -siendo antes un problema- crece ahora de manera exponencial, mientras se gestan, a la par, ordenadores cada vez más veloces.

Pero también una oportunidad, ante ataques graves, si es que se hace un uso prudente y dentro de estrictos marcos de legalidad. Dentro de ese marco -insistimos, de derecho penal mínimo, de estricto apego a su condición de *ultima ratio* y de respeto a rajatabla de las garantías que rigen el debido proceso- creemos que es posible aplicar a las investigaciones penales complejas algunas de las herramientas elaboradas por otros saberes. La alta eficiencia que puede aportar esta estrategia a la investigación de los delitos sistémicos no es sólo un valor de por sí, sino que su empleo en esos casos puede ayudar a equilibrar, de algún modo, la falta de equidad que caracteriza a la persecución penal, casi siempre centrada en determinado tipo de delitos -los de *cuello azul*- o en otros que dicta la coyuntura -peleas de poder-.

Pese a que, como habrá advertido el lector, no se trata ni de teorías nuevas, ni de herramientas desconocidas para el sistema penal, su aplicación se encuentra por demás demorada y reducida

⁴⁰ BARAN. 1964.

a conflictos simples. Demora paradójica para los discursos de ley y orden, de maximización de la herramienta penal y de inocuización -física y simbólica- del imputado, pues ellos se siguen solazando en métodos y recursos toscos, que cuesta poner a consideración del resto de la comunidad académica. Lejos de la dificultad teórica o de los costos -que no son muchos- que pudiera insumir la aplicación del enfoque de la complejidad a los delitos sistémicos, podemos conjeturar que la reticencia obedece a razones estructurales, a constricciones que escapan a las consideraciones de este trabajo, y que se encuentran inexorablemente imbricadas con la selectividad y los efectos materiales concretos -no supuestos- de los dispositivos de criminalización.

BIBLIOGRAFIA

ALBERT, M. *Capitalismo contra capitalismo*. Buenos Aires, Paidós, 1992.

ALEXY, R. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.

ANIYAR DE CASTRO, L. “La sombra de ‘El Padrino’. Concepto criminológico del delito organizado”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. N.º 42, 2003.

APARICIO DÍAZ, L., y PONTE GARCÍA, M. “La célula terrorista de Madrid como célula independiente: un análisis jurídico del 11-M”, *Cuadernos de Política Criminal*. N.º 99, 2009.

APPADURAI, A. *Fear of Small Numbers. An Essay on the Geography of Anger*. London, Duke University Press, 2006.

ARMATTE, M. “La noción de modelo en las ciencias sociales”, *Empiria Revista de Metodología de Ciencias Sociales*. N.º 11, 2006.

ARROYO MÉNDEZ, M. y HASSAN COLLADO, S. “Simulación de procesos sociales basada en agentes software”, *Empiria Revista de Metodología de Ciencias Sociales*. N.º 14, 2007.

ASENCIO MELLADO, J. M. “Presunción de inocencia y prueba indiciaria”, VV. AA. *Los principios del proceso penal*. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1992.

ATIENZA, M. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. 2.^a edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ATILES, A. “La empresa-red: un modelo de división del trabajo entre empresas”, *Papers Revista de Sociología*. v. 44, 1994.

AXELROD, R. *La complejidad de la cooperación. Modelos de cooperación y la colaboración basada en los agentes*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.

AYLING, J. “Criminal organizations and resilience”. *International Journal of Law, Crime and Justice*. Vol. 37, 2009.

BADIA I DALMASES, F. “Entender las redes terroristas del mundo pequeño: hacia un mundo post-Al Qaeda”, *Documentos CIDOB*. N.º 7, 2011.

BAJO FERNÁNDEZ, M. “Presunción de inocencia, presunción legal y presunción judicial o prueba de indicios”, *Diario La Ley*. N.º 1, 1991.

BALLESTER, C., CALVÓ-ARMENGOL, A., and ZENOU, Y. “Who’s Who in Networks. Wanted: the Key Player”, *Econometrica*. Vol. 74, 2006.

- BARABASI, A. L.** *Linked: How Everything Is Connected to Everything Else and What It Means*. New York. Plume Books, 2003.
- BARAN, P.** “On Distributed Communications Networks”, *Communications Systems*. IEEE Transactions, Vol. 12, N.º 1, 1964.
- BATESON, G.** *Pasos hacia una ecología de la mente*. Buenos Aires, Lohlé, 1985.
- BOUCHARD, M., and NGUYEN, H.** “Patterns of Youth Participation in Cannabis Cultivation”, *Journal of Drug Issues*. Vol. 40, 2010.
- BRANDES, U., KENIS, P., y RAAB, J.** “La explicación a través de visualización de redes”, *Revista Redes Revista Hispana para el Análisis de Redes Sociales*. N.º 5, v. 9, 2005.
- BUENO ARÚS, F.** *Terrorismo: algunas cuestiones pendientes*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.
- BURT, R. S.** *Toward a Structural Theory of Action: Network Models of Social Structure, Perception and Action*. New York, Academic Press, 1982.
- CALDERONI, F.** “Where Is the Mafia in Italy? Measuring the Presence of the Mafia across Italian Provinces”, *Global Crime*. N.º 1, Vol. 12 2011.
- CARLEY, K. M., LEE, J. S., and KRACKHARDT, D.** “Destabilizing Networks”, *Connections*. Vol. 24, N.º 3, 2002.

- COLEMAN, J. “Systems of Social Exchange”, *Journal of Mathematic Sociology*. Vol. 2, 1972.
- CORDÓN AGUILAR, J. C. *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*. San Sebastián, Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2012.
- DARWIN, Ch. *El origen de las especies*. Madrid, Alianza, 2003.
- DEL ROSAL BLASCO, B. “¿Hacia el Derecho Penal de la postmodernidad?”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. N.º 8, 2009.
- DUNNE, C., and SHNEIDERMAN, B. “Motif Simplification: Improving Network Visualization Readability with Fan, Connector, and Clique Glyphs”, VV.AA. *Proceedings of the SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems*. Paris, ACM, 2013.
- FREEMAN, L. “A Set of Measures of Centrality Based on Betweenness”, *Sociometry*. Vol. 40, 1977.
- GAFISUD. *Reunión conjunta de tipologías Gafisud*. Quito, GAFISUD, 2012.
- GALTUNG, J. *Teoría y métodos de investigación social*. Buenos Aires, Eudeba, 1966.
- GARAY SALAMANCA, L., y SALCEDO-ALBARÁN, E. *Redes ilícitas y reconfiguración de Estados. El caso Colombia*. Bogotá, Vortex-ICTJ, 2012.

GRAFE ARIAS, F. *Reformas institucionales en materia de seguridad y sistemas judiciales en la lucha contra la impunidad en Iberoamérica*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2009.

GRANOVETTER, M. “The Strength of Weak Ties”. *American Journal of Sociology*. Vol. 78, N.º 6, 1973.

GUZMÁN, N. *La verdad en el proceso penal (Una contribución a la epistemología jurídica)*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2011.

HACKING, I. *Representar e intervenir*. México, Paidós, 1996.

HANSON, N. *Patrones de descubrimiento. Observación y explicación*. Madrid, Alianza Editorial, 1985.

JAMES, W. *Pragmatismo, un nuevo nombre para algunos antiguos modos de pensar*. Barcelona, Orbis, 1984.

JUANES PECES, A. “El principio de presunción de inocencia en la doctrina del Tribunal Constitucional, con especial referencia a si los indicios pueden destruir tal presunción”. *Poder Judicial*. N.º 6 esp., 1989.

KLEINROCK, L. “An Early History of Internet”, *SEEE Communications Magazine*. August, 2010.

KORZYBSKI, A. “The Role of Language in the Perceptual Processes”, **BLAKE, R.** and **GLENN, V.** (eds.). *Perception: an Approach to Personality*. New York, The Ronald Press Company, 1951.

- KREBS, V.** “Mapping Networks of Terrorist Cells”, *Connections*, Vol. 24, N.º 3, 2001.
- LAUCHS, M., KEAST, R., and CHAMBERLAIN, D.** “Resilience of a Corrupt Police Network: the First and Second Jokes in Queensland”. *Crime, Law and Social Change*. Vol. 57, N.º 2, 2011.
- LIOBET ANGLÍ, M.** *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*. Madrid, La Ley, 2010.
- LOZARES COLINA, C.** “La teoría de redes sociales”, *Revista de Sociología*. v. 48, 1996.
- MANDELBROT, B.** *Los objetos fractales*. Madrid, TusQuets, 1987.
- MARCET GARCÍA, E., PALACIOS-CALLENDER, M. y MARCET SÁNCHEZ, M.** “Diseño y programación de un software de transformación de matrices para el análisis de redes”, *Redes Revista Hispana para el Análisis de Redes Sociales*. v. 27, N.º 1, 2016.
- MARSDEN, P. V.** “Restricted Access in Networks and Models of Power”, *American Journal of Sociology*. Vol. 88, N.º 4, 1984.
- MARTÍ, J. DE, and ZENOU, Y.** *Social Networks*. Stockholm, Research Institute of Industrial Economics, 2009.
- MICELI, J., ORSI, O. y RODRÍGUEZ GARCÍA, N.** *ARS y sistema penal*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

MONSALVE, S. “John Nash y la teoría de juegos”. *Lecturas Matemáticas*. v. 24, 2003.

MORSELLI, C. *Inside Criminal Networks*. New York, Springer, 2009.

NEUMANN, J., and MORGENSTERN, O. *Theory of Games and Economic Behavior*. Princeton, Princeton University Press, 1953.

ORSI, O. G. *Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007a.

_____. *Lavado de dinero de origen delictivo*. Buenos Aires, Hammurabi, 2007b.

_____. *Asociaciones ilícitas terroristas y financiación del terrorismo*. Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008a.

_____. “Aportes metodológicos a la investigación y prueba de casos complejos”, RODRÍGUEZ GARCÍA, N. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (coords.). *Corrupción y desarrollo*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

PARRA QUIJANO, J. *Tratado de la Prueba Judicial*. 6.^a edición. Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2007.

PÁSTOR ALCOY, F. *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

- PEIRCE, Ch.** *Deducción, inducción e hipótesis*. Buenos Aires, Aguilar, 1979.
- PIAGET, J.** *Biología y conocimiento*. Madrid, Siglo XXI, 1969.
- POE, E.** *Los crímenes de la calle Morgue*. Madrid, Valdemar, 1996.
- POVEDA CRIADO, M. A.** *Delitos en la red*. Madrid, Fragua, 2015.
- REYNOSO, C.** *Redes sociales y complejidad: Modelos interdisciplinarios en la gestión sostenible de la sociedad y la cultura*. Buenos Aires, Editorial Sb, 2011.
- ROGGERO, P. et SIBERTIN-BLANC, Ch.** “Quand des sociologues rencontrent des informaticiens: essai de formalisation des systèmes d’action concrets”, *Nouvelles Perspectives en Sciences Sociales*. N.º 3, 2008.
- RUGGA RIVA, C.** *Il premio per la collaborazione processuale*. Milán, Giuffrè, 2002.
- RUGGIERO, V.** *Delitos de los débiles y de los poderosos*. Buenos Aires, Editorial Ad-Hoc. 2005.
- RUSSO, V. e ABET, A.** *La prova indiciaria e il giusto proceso*. Napoli, Jovene, 2001.
- SABATÉ, J.** “Desviación y control en las sociedades avanzadas”. *Revista de Sociología*. v. 28, 1987.

SAGEMAN, M. *Understanding Terror Networks*. Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2004.

SAMAJA, J. *Epistemología y metodología. Elementos para una teoría de la investigación científica*. Buenos Aires, Eudeba, 1993.

SANTA AGRESTE, S. C., DE MEOC, P., FERRARA, E., and FIUMARA, G. “Network Structure and Resilience of Mafia Syndicates”, *Information Sciences*. Vol. 351, 2015.

SCHÜRMAN, J. *Pattern Classification: a Unified View of Statistical and Neural Approaches*. Nueva York, Wiley, 1996.

SILVA MELERO, V. *Presunciones e indicios en el proceso penal*. Madrid, Instituto Editorial Reus, 1944.

SOTOMAYOR ACOSTA, J. “Criminalidad organizada y criminalidad económica: los riesgos de un modelo diferenciado de Derecho Penal”, *Revista de Estudios de la Justicia*. N.º 12, 2010.

STROGATZ, S. *The Emerging Science of Spontaneous Order*. New York, Hyperion, 2003.

SUÁREZ, J. “Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable”, *Revista de Derecho Principia Iuris*. v. 16, 2011.

SUTHERLAND, E. *White Collar Crime*. New York, Dryden Press, 1949.

- VON BERTALANFFY, L. *Teoría general de sistemas*. Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1976.
- WAINWRIGHT, T. *Narconomics: How to Run a Drug Cartel*. New York, Public Affairs, 2016.
- WATANABE, S. *Pattern Recognition: Human and Mechanical*. Nueva York, Wiley, 1985.
- WIENER, N. *Cibernética y sociedad*. Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1958.
- WU, E., CARLETON, R., and DAVIES, G. “Discovering Bin-Laden’s Replacement in al-Qaeda, Using Social Network Analysis: A Methodological Investigation”, *Perspectives on Terrorism*. Vol. 8, N.º 1, 2014.
- ZAFFARONI, E. “En torno al concepto de crimen organizado”, VIRGOLINI, J. E. S., SLOKAR, A. W., y ZAFFARONI, E. (coords.). *Nada personal. Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia*. Buenos Aires, Editorial Depalma, 2001.

INICIATIVAS SUPRANACIONALES ANTE LA CORRUPCIÓN
EN EL DEPORTE Y SU INCIDENCIA
EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL:
EL EJEMPLO DEL CONSEJO DE EUROPA

**INICIATIVAS SUPRANACIONALES ANTE LA
CORRUPCIÓN EN EL DEPORTE Y SU INCIDENCIA EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL:
EL EJEMPLO DEL CONSEJO DE EUROPA¹**

JAVIER SÁNCHEZ BERNAL²
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPAÑA
PROF. DE DERECHO INTERNACIONAL

RESUMEN:

El deporte ha visto potenciada, en los últimos años, su dimensión económica, dejando de ser únicamente una práctica social saludable. Este hecho ha favorecido la aparición de una nueva criminalidad, caracterizada por el fraude y la corrupción, vinculada a la manipulación de competiciones y a las apuestas deportivas. Ante esto, se ha visto incrementada la preocupación internacional por combatir estos comportamientos. En este contexto, el Consejo de Europa, institución supranacional, pionera en materia deportiva, aprobó en 2014 el Convenio sobre Manipulación de Competiciones Deportivas, que contiene políticas educativas y de concienciación, medidas preventivas y de cooperación, así como anima a los Estados a criminalizar determinados comportamientos ilícitos en el deporte.

¹ Artículo entregado por el autor el 15 de marzo de 2019 y aprobado el 25 de junio de 2019

² Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Salamanca, España. orcid.org/0000-0001-5619-1086

PALABRAS CLAVE:

Consejo de Europa, deporte, manipulación de competiciones, España, Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

ABSTRACT:

In the last years, sports have increased their economic dimension, being considered not only a healthy social practice. This fact has contributed for the appearance of a new criminality, based on fraud and corruption, linked to manipulation of sports competitions and sports bettings. Because of that, international concern for fighting against these behaviors has been strengthened. In this context, the Council of Europe, a supranational pioneering institution in sports area, approved the Convention on Manipulation of Sports Competitions in 2014. This text contains educational and awareness-raising policies, preventive and cooperative measures, and encourages each Party to criminalise several illicit acts in sports.

KEYWORDS:

Council of Europe, sports, manipulation of sports competitions, Spain, European Union Court of Justice.

1. Introducción

El deporte, en sus múltiples manifestaciones y disciplinas, se ha convertido, en los últimos tiempos, en una de las actividades sociales con mayor arraigo y capacidad de movilización. Se revela, además, como un elemento fundamental del sistema educativo y su práctica es importante en el mantenimiento de la salud³. Del mismo modo, como realidad colectiva, éste ha alcanzado unas dimensiones sociológicas, económicas, culturales y educativas que aportan valores -como el espíritu de equipo, la solidaridad, la tolerancia y el juego limpio- y modelos de comportamiento que traspasan todo tipo de límites y fronteras territoriales, sociales y económicas⁴. Ello explica que, en la actualidad, hablar de deporte signifique referirse a un fenómeno social de gran envergadura, de potente proyección mediática y de una internacionalización al alcance de pocos otros movimientos culturales y sociales⁵ o, incluso, económicos.

Con todo, a la vertiente social, se ha añadido una crecientemente relevante dimensión económica, que ha convertido a las distintas modalidades deportivas en un negocio que ha sido objeto de atracción de determinadas prácticas indeseables⁶, en la búsqueda de obtener un lucro personal utilizando el artificio, el engaño y la

³ DE VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho Penal del Deporte*. 2010, p.13.

⁴ BENÍTEZ ORTÚZAR. *El delito de "fraudes deportivos". Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286bis.4 del Código Penal*. 2011, p. 15.

⁵ MORILLAS CUEVA. *Derecho y deporte. Las múltiples formas del fraude en el deporte*. 2017, p. 5.

⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ. *Derecho Penal del Deporte ...op. cit.*, p. 485.

manipulación⁷. Por todo ello, puede decirse que el fenómeno del deporte es, hoy, transversal y se ve confrontado a nuevos retos y amenazas, tales como la presión comercial, la explotación de jóvenes jugadores, el dopaje, el racismo, la violencia, la corrupción o el blanqueo de dinero⁸. La adulteración de resultados ha comenzado a verse como un grave problema que, con carácter transnacional, se está manifestando con mucha virulencia, en gran medida propiciado por la globalización del juego por internet y las apuestas, que llegan a suponer una gran amenaza mundial para la integridad del deporte⁹. Precisamente este elemento transfronterizo de la corrupción motiva la creciente preocupación de las instituciones y organismos supranacionales por la prevención y la lucha eficaz contra ella, tarea que requiere una estrecha cooperación internacional¹⁰.

En este sentido y en primer lugar, pueden destacarse, en el contexto de la UNESCO, algunas de las medidas propuestas en los distintos textos de la Conferencia Internacional de Ministros y Altos Cargos encargados de la Educación Física y el Deporte (MINEPS).

Así, en la Declaración de Berlín, de 30 de mayo de 2013, (MINEPS V) y, en concreto, en la Comisión III, dedicada a *la preservación de la integridad en el deporte*, se reconoce ya que *la integridad del deporte se ve amenazada por el dopaje en el*

⁷ GARCÍA SILVERO. *Iniciativas para la reforma del deporte profesional y la represión del fraude deportivo en España*. Capítulo 6. 2009, p. 145.

⁸ COMISIÓN EUROPEA. *Libro Blanco sobre el Deporte*. 2007, p. 2.

⁹ ANDRÉS ALVEZ. *Análisis del Convenio del Consejo de Europa sobre la Manipulación de las Competiciones Deportivas*. 2014, pp. 101-102.

¹⁰ MORILLAS CUEVA. *Derecho y deporte. Las múltiples formas del fraude en el deporte ...op. cit., p. 4.*

deporte, la manipulación de las competiciones deportivas y las prácticas corruptas en los planos local, nacional, regional e internacional y se conmina a los Estados miembros de la UNESCO a adoptar una serie de políticas, entre las que caben destacarse: el compromiso a conceder la importancia debida y financiación a la investigación de las actividades delictivas que se producen en el ámbito del deporte; la garantía de que las autoridades de seguridad y jurídicas dispongan de la capacidad operativa adecuada para combatir la manipulación de las competiciones deportivas; la posibilidad de instauración de sanciones penales que sirvan como factor disuasorio contra la manipulación de las competiciones deportivas y contra el dopaje en el deporte o el establecimiento de organismos reguladores de las apuestas que mantengan una comunicación fluida con las autoridades de seguridad y las organizaciones deportivas para intercambiar información y proporcionar educación preventiva¹¹.

La misma línea ha seguido la Conferencia de Kazán, celebrada entre el 13 y el 15 de julio de 2017, (MINEPS VI), la cual en su Plan de Acción conecta el deporte con la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible e incluye en su política principal III *proteger la integridad en el deporte* y, en específico en lo que aquí nos interesa: la directriz III.4, la cual busca *fortalecer las medidas contra la manipulación de las competiciones deportivas*; dicho objetivo hará necesario adoptar *medidas legislativas y de aplicación de la ley concretas y forjando alianzas entre las administraciones públicas, las organizaciones deportivas y los operadores de apuestas*, así como potenciar la cooperación internacional¹².

¹¹ UNESCO. *Declaración de Berlín*. MINEPS V. 2013, pp. 12-16.

¹² UNESCO. *Plan de Acción de Kazán*. MINEPS VI. 2017, p. 6 y 13.

En un segundo lugar, más allá de documentos programáticos, la primera institución supranacional en aprobar una norma concreta en la lucha contra el fraude deportivo ha sido el Consejo de Europa, organización internacional que tiene como objetivo principal la defensa y protección de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, en particular los civiles y políticos. El Consejo de Europa aglutina prácticamente a la mayoría de Estados europeos -todos salvo Bielorrusia- y suma algunos otros geográficamente asiáticos -como Armenia, Azerbaiyán o Georgia- y del continente europeo -Groenlandia-. Como indicamos, esta organización ha sido pionera en responder normativamente a la corrupción en eventos deportivos, adoptando, en el 2014, el Convenio número 215, sobre Manipulación de Competiciones Deportivas, que comentaremos a continuación, y que nació con la intención de ofrecer una respuesta global a este problema¹³.

¹³ ANDRÉS ALVEZ. *Análisis del Convenio del Consejo de Europa ...op. cit.*, pp. 101-102.

2. El Consejo de Europa y el deporte

El Convenio sobre Manipulación de Competiciones Deportivas -en adelante, el Convenio sobre Manipulación de Competiciones o, simplemente, el Convenio- no es el primer esfuerzo del Consejo de Europa en la tutela del hecho deportivo. Si bien el deporte no aparece como un ámbito específico de promoción de la democracia, los derechos humanos y el Estado de Derecho en el Convenio de Londres, de 5 de mayo de 1949, fundacional de esta organización supranacional, se identificó tempranamente esta esfera como una actividad capaz de fortalecer la cohesión social, la cultura y la educación, en el seno de los países miembro del Consejo de Europa¹⁴.

Así, el deporte se incluyó en el ámbito institucional del Consejo de Europa en 1976, con la creación del Comité Directivo para el Desarrollo del Deporte -conocido por sus siglas, (CDDS) encargado, fundamentalmente, de promover los valores de la organización a través del deporte. Un paso posterior, en el contexto de la organización supranacional, fue la puesta en marcha de un foro específico dirigido a fomentar la cooperación entre los Estados miembro en la esfera deportiva. Así, el 11 de mayo de 2007, el Comité de Ministros adoptó el Acuerdo Parcial Ampliado sobre Deporte (EPAS), por sus siglas en inglés-, en la búsqueda de preservar la independencia y la autorregulación en el deporte y en la lucha contra ciertas conductas ilícitas, como el dopaje o la violencia, especialmente en el fútbol¹⁵.

¹⁴ PÉREZ GONZÁLEZ. *A propósito de la acción del Consejo de Europa en el ámbito del deporte: análisis del Convenio europeo sobre la Manipulación de Competiciones Deportivas*. 2015, p.76.

¹⁵ CONSEJO DE EUROPA. *Acuerdo Parcial Ampliado sobre Deporte*.

Desde el punto de vista sustantivo, destacan, en un primer momento, la Carta Europea del Deporte para Todos, adoptada en 1975, sin valor jurídico vinculante, que supone un primer eslabón en los esfuerzos del Consejo de Europa en el contexto deportivo. Se declara en este documento que todos tienen derecho a participar en actividades deportivas e identifica al deporte como un elemento de desarrollo sociocultural¹⁶. Supuso el preludeo del segundo gran documento en esta materia: la Carta Europea del Deporte, adoptada en 1992 y revisada en 2001, cuyos principios básicos, enunciados en el artículo 1, se centran en la promoción de la educación física y la práctica del deporte¹⁷.

Para finalizar estos comentarios preliminares, se ha de señalar que el Convenio que vamos a analizar no es el único instrumento normativo emanado del Consejo de Europa que busca luchar contra lo que se ha dado en llamar las *lacras del deporte*¹⁸. Esta institución supranacional ha luchado contra los aspectos negativos en el deporte a través de tres normativas supranacionales: el Convenio sobre Seguridad integrada y enfoque en seguridad y servicios en partidos de fútbol y otros eventos deportivos (Convenio N.º 218 del Consejo de Europa), abierto a la firma en 2016, aunque todavía no en vigor -y que viene a sustituir al Convenio sobre Violencia e irrupción de Espectadores, N.º 120 del Consejo de Europa-, el Convenio contra el Dopaje de 1989, en vigor desde el 1 de marzo de 1990 (Convenio N.º 135) y el texto que vamos a estudiar a continuación, el Convenio sobre

¹⁶ PÉREZ GONZÁLEZ. *A propósito de la acción del Consejo de Europa ...op. cit.*, p. 78

¹⁷ UNESCO. *Carta Europea del Deporte*. 1992.

¹⁸ PÉREZ GONZÁLEZ. *A propósito de la acción del Consejo de Europa ...op. cit.*, p. 79.

Manipulación de Competiciones Deportivas (Convenio N.º 215
del Consejo de Europa).

3. El Convenio sobre Manipulación de Competiciones Deportivas

Como venimos diciendo, este Convenio viene a suponer el tercero de los pilares de actuación del Consejo de Europa en la esfera deportiva. Fue adoptado en Magglingen-Macolin, Suiza, el 18 de noviembre de 2014. Según establece su artículo 32.4, el texto entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de un plazo de tres meses a partir de la fecha en que cinco Estados que lo hubieran firmado -entre ellos, al menos tres han de ser miembros del Consejo de Europa- hayan expresado su consentimiento en quedar obligados por el Convenio. A fecha de redacción de este trabajo, el Convenio ha sido firmado por 32 Estados miembro del Consejo de Europa, pero solo ratificado por tres: Noruega, Portugal y Ucrania, por lo que el texto normativo aún no se encuentra en vigor, al no contarse con la voluntad de cinco Estados en quedar obligados por el mismo. España, por su parte, firmó el texto el 7 de julio de 2015, no habiendo procedido, todavía, a su ratificación.

Además, tal y como se apuntará brevemente al final de este texto, la propia eficacia del Convenio ha sido puesta en tela de juicio, por cuanto días antes de la adopción del Convenio, Malta solicitó un Dictamen al Tribunal de Justicia de la Unión Europea -en adelante, TJUE- sobre la compatibilidad de la norma con determinadas disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -en adelante, TFUE-, en particular en lo que respecta a las apuestas deportivas ilegales en relación con algunas reglas fundamentales del mercado único, viéndose comprometida la eficacia, concretamente, de los artículos 18, 49 y 56 del Convenio. Si nuestro estudio es acertado, a fecha de elaboración de esta investigación dicho

Dictamen N.º 1/2014 no ha sido aun elaborado por el referido Tribunal.

En todo caso, el objetivo de las siguientes líneas es examinar el contenido del texto normativo, incidiendo en las bondades y avances que supondría consentir en obligarse por las disposiciones del Convenio, como mecanismo de lucha contra la adulteración fraudulenta de resultados deportivos.

3. 1. Estructura y propósitos del Convenio

El Convenio está formado por un Preámbulo y 41 artículos, distribuidos en 9 capítulos. El primero de estos capítulos -artículos 1 al 3- contiene la finalidad, los principios rectores que inspiran el texto y algunas definiciones relevantes. El segundo -artículos 4 al 11- recoge medidas de prevención y cooperación entre los Estados, además de *otras medidas*. El tercero, por su parte -artículos 12 al 14-, prevé herramientas de intercambio de información entre autoridades. El capítulo IV -artículos 15 al 18- contiene normas de derecho penal sustantivo y de cooperación en la vigilancia de su cumplimiento. El quinto, formado por los artículos 19 al 21, contiene una serie de medidas de carácter procesal, centradas en la competencia, el procedimiento penal y medidas de vigilancia del cumplimiento de la ley. El capítulo VI -artículos 22 al 25- se destina a las sanciones y las medidas de decomiso. El séptimo capítulo, integrado por los capítulos 26, 27 y 28, recoge herramientas de cooperación internacional en materia judicial y *en otros ámbitos*. El penúltimo, a su vez -formado por los artículos 29 al 31- contiene instrumentos de seguimiento del propio Convenio. Por último, el capítulo IX -artículos 32 al 41- se dedica a las disposiciones finales.

La razón de ser de este instrumento jurídico, expresada en el Preámbulo, reconoce el carácter transnacional y los vínculos de la criminalidad basada en la manipulación de competiciones deportivas con la delincuencia organizada, amén de considerarla una amenaza global a la integridad del deporte. La eficacia de la lucha contra estos comportamientos ilícitos pasa, para los redactores del texto, por conseguir una *cooperación nacional e internacional más intensa, rápida, sostenible y que funcione correctamente*.

Por su parte, la finalidad declarada del Convenio, referida en su artículo 1, es combatir la manipulación de las competiciones deportivas a fin de proteger la integridad y la ética deportivas respetando la autonomía del deporte. Para ello, se enumeran una serie de metas que deben alcanzarse respetando siempre los derechos humanos, y los principios de legalidad, proporcionalidad y protección de la vida privada y de los datos personales -artículo 2-. Estos objetivos específicos son los siguientes:

- Prevenir, detectar y sancionar la manipulación nacional o transnacional de las competiciones deportivas nacionales y transnacionales.
- Promover la cooperación nacional e internacional contra la manipulación de competiciones deportivas entre las autoridades públicas competentes, así como con las organizaciones y actores que participen en las competiciones y en el ámbito de las apuestas deportivas.

Los sujetos de referencia para este instrumento normativo -artículo 3.6-; las personas físicas y/o jurídicas a las que va dirigido el mismo son: los deportistas, su personal de apoyo

-entre los que menciona el Convenio a los entrenadores, directores deportivos, agentes, personal del equipo, personal médico o paramédico y cualquier otro responsable o persona que trabaje con los deportistas-; propietarios, accionistas, directivos o cualquier otro responsable de las entidades deportivas, árbitros, jueces o cualquier otra persona acreditada; así como al personal de las organizaciones deportivas nacionales e internacionales, que según la legislación correspondiente tuvieran en cada ámbito de competencia y modalidad deportiva¹⁹.

3. 2. Contenido del Convenio

A lo largo del articulado, el instrumento jurídico en estudio establece una serie de recomendaciones y obligaciones a los Estados parte, en aras a un combate eficaz contra la manipulación de competiciones deportivas. En efecto, el Convenio identifica la coordinación y cooperación entre todos los agentes involucrados en la práctica deportiva como una de las claves para conseguir los objetivos propuestos²⁰. Para conseguirlo, cada Estado coordinará las políticas y actuaciones de las autoridades públicas competentes para luchar contra la adulteración de resultados y alentará a las organizaciones deportivas, organizadores de competiciones y operadores de apuestas deportivas a implementar, cuando sea oportuno, las disposiciones del propio Convenio -artículo 4-.

¹⁹ ANDRÉS ALVEZ. *Análisis del Convenio del Consejo de Europa ...op. cit.*, p. 104.

²⁰ PÉREZ GONZÁLEZ. *A PROPÓSITO DE LA ACCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA ...OP. CIT.*, p. 82.

A) Obligaciones de cooperación y prevención

En primer término, se imponen una serie de obligaciones, en materia de prevención y coordinación a los diversos agentes involucrados en la práctica deportiva. A los Estados, en cooperación con el resto de organizaciones e instituciones deportivas, se les encomienda la tarea de valorar los riesgos inherentes a las prácticas de manipulación de competiciones y, en su caso, adoptar procedimientos y reglamentos que permitan combatir la manipulación de eventos deportivos -artículo 5-; todo ello, acompañado de medidas que fomenten la concienciación, educación, formación e investigación en este campo -artículo 6-.

Los Estados serán, también, los encargados de adoptar medidas legislativas y de cualquier otra índole, pertinentes para garantizar la transparencia de la financiación de las organizaciones e instituciones deportivas a las que apoyen económicamente, colaborar en el combate de estos frente a la manipulación de competiciones y retirar dicho apoyo económico, en caso de que las instituciones deportivas no apliquen finalmente las normas anti manipulación.

El artículo 7, por su parte, contiene una serie de medidas, basadas en el buen gobierno deportivo, a ser aplicadas por las organizaciones deportivas y los organizadores de competiciones. Así, se exhorta a prevenir los conflictos de intereses -prohibiendo a los operadores deportivos a que apuesten en los eventos deportivos en los que participen y prohibiendo el uso y difusión de información privilegiada-, a cumplir las obligaciones contractuales y de cualquier otra naturaleza pertinentes, a informar sobre cualquier actividad, incentivo o contacto sospechoso para

poder vulnerar las normas anti manipulación. Del mismo modo, se pide de las organizaciones deportivas y de los organizadores de competiciones que apliquen sistemas eficaces de supervisión y de información, ante posibles vulneraciones de las normas anti manipulación y, en su caso, que impongan sanciones y medidas disciplinarias específicas, efectivas, proporcionadas y disuasorias. El último inciso de dicho precepto dispone la compatibilidad de la responsabilidad disciplinaria deportiva con las eventuales sanciones penales, civiles o de carácter administrativo; principio de compatibilidad también cristalizado en nuestra legislación deportiva, en concreto, en el artículo 5 del Real Decreto 1591/1992, sobre Disciplina Deportiva.

El ámbito de las apuestas deportivas ocupa un lugar preeminente en el Convenio. El artículo 9 impone a los Estados la necesidad de designar una autoridad regulatoria de las apuestas deportivas, quien ostente potestades de información, cooperación, regulación del ámbito de las apuestas y alerta ante actividades sospechosas. Respecto de los operadores de apuestas deportivas -artículo 10-, el Convenio busca evitar los conflictos de intereses, prohibiendo que los operadores de apuestas puedan participar apostando con los productos que ofrecen y evitando que la posición de patrocinador o co-propietario del operador de apuestas, respecto de una organización deportiva, pueda facilitar la adulteración de una competición, así como el uso ilegítimo de información privilegiada.

Se trata de involucrar a las organizaciones e instituciones deportivas en la tarea de las autoridades del juego de concienciar a propietarios y trabajadores sobre las consecuencias negativas de manipular una competición y de la forma de combatirla y, del mismo modo, de informar, sin dilación a las autoridades, respecto de cualquier apuesta irregular o sospechosa.

Especialmente interesante resulta el artículo 11 del instrumento normativo. Éste se dedica a prever diversos medios para combatir las apuestas deportivas ilegales, como medio para evitar la manipulación de las competiciones.

Algunas de las medidas que se sugieren en el propio texto son las siguientes:

- Cierre o limitación directa o indirecta del acceso a los operadores de apuestas deportivas remotas, y cierre de los operadores ilegales de operadores de apuestas *offline* situados en el territorio de un Estado parte;
- Bloqueo de los flujos económicos entre los operadores de apuestas deportivas ilegales y los consumidores;
- Prohibición de publicidad de los operadores de apuestas ilegales; y,
- Fomento de la concienciación de los consumidores acerca de los riesgos y consecuencias de las apuestas deportivas ilegales.

España ya ha avanzado terreno en este sentido, singularmente desde la entrada en vigor de la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de Regulación del juego y de su normativa de desarrollo, conformada por los Reales Decretos 1613 y 1614/2011, de 14 de noviembre, que desarrollan esta ley en lo relativo a los requisitos técnicos de las actividades de juego y a las licencias, autorizaciones y registros del juego, respectivamente. Destaca la labor de la autoridad regulatoria a nivel estatal, la Dirección General de Ordenación del Juego, dependiente del Ministerio de Hacienda

y Función Pública, así como de las Consejerías y Direcciones Generales de las Comunidades Autónomas, con competencias en materia de juego *online* y *offline*²¹.

B) Obligaciones de intercambio de información

Los artículos 12 al 14 configuran una serie de obligaciones centradas en el intercambio de información entre autoridades públicas, organizaciones deportivas, organizadores de competiciones, operadores de apuestas deportivas y plataformas nacionales de los distintos Estados parte. Con este fin, el artículo 13 impone designar una plataforma nacional contra la manipulación de competiciones, cuyas funciones principales vienen enunciadas en el artículo 13.1: servir como centro de información; coordinar la lucha contra la manipulación de competiciones deportivas; recibir, centralizar y analizar información sobre apuestas irregulares y sospechosas; alertar sobre incumplimientos de las previsiones del Convenio y de la normativa deportiva, y cooperar con otras organizaciones y autoridades, a nivel nacional e internacional, y con otras plataformas nacionales. Todo esto debe hacerse, según prescribe el artículo 14, garantizando la protección de los datos personales de todos los afectados.

C) Normas sobre Derecho penal sustantivo

El artículo 15 insta a los Estados parte a imponer sanciones penales a la manipulación de competiciones deportivas cometida por medio de prácticas coercitivas, corruptas o fraudulentas, de acuerdo al Derecho interno de los Estados. El artículo 17, por su parte, exige

²⁰ ANDRÉS ALVEZ. *Análisis del Convenio del Consejo de Europa ...op. cit.*, pp. 108-109.

tipificar como delito la complicidad intencionada en los delitos de corrupción deportiva. España cumple con la exigencia descrita en el artículo 15 desde que la Ley Orgánica 5/2010 introdujo en el Código penal el delito de corrupción en el deporte, como un subtipo de delito de corrupción entre particulares.

El primer numeral del artículo 16 impera a los Estados a tipificar como delito las conductas de blanqueo, definidas en determinados instrumentos normativos supranacionales; en concreto, el artículo 9.1 y 2 del Convenio del Consejo de Europa relativo al Blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, el artículo 6.1 de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el artículo 23.1 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, en los términos previstos respectivamente. El apartado 3º del artículo 16 de este Convenio prevé una cuestión interesante: la posibilidad de incluir la manipulación de competiciones deportivas en la normativa de prevención del blanqueo de capitales. En este sentido, el artículo 33.1 del Real Decreto 1614/2011 impone ciertas obligaciones a los operadores de apuestas, en materia de prevención de blanqueo de capitales, por ejemplo, la comunicación de operaciones sospechosas a la Comisión Nacional del Juego y al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias, órgano considerado la Unidad de Inteligencia Financiera en nuestro país.

El artículo 18, por último, prescribe a los Estados que tomen las medidas legislativas necesarias para garantizar que las personas jurídicas respondan de los delitos, comprendidos en los artículos 15 al 17 del Convenio, estableciendo el consiguiente sistema de responsabilidad de dichas entidades.

D) Competencia, aspectos procesales y de ejecución

El artículo 19.1 declara la competencia de la jurisdicción de un Estado parte respecto de los delitos mencionados en el Convenio, cometidos en su territorio, a bordo de un buque que enarbole su pabellón o de una aeronave registrada, de acuerdo a su Derecho interno o cometido por uno de sus nacionales o por una persona que resida habitualmente en su territorio. El párrafo 3.º impone la obligación de juzgar o extraditar *-aut dedere aut iudicare*, principio básico del Derecho internacional-, a los responsables de alguno de los delitos referidos en el Convenio, que no puedan ser extraditados a otro Estado parte por su nacionalidad.

En añadidura, el artículo 20 establece medidas de aseguramiento de las pruebas electrónicas, y el artículo 21 recomienda a los Estados a incluir medidas de protección de testigos, que puedan aportar información probatoria en un proceso abierto a un presunto responsable de los delitos referidos.

E) Obligaciones en materia de sanciones

Además de prever la necesidad de tipificar como delitos ciertas conductas, el Convenio pretende que las sanciones que se deriven de ellos sean efectivas, proporcionadas y disuasorias. El artículo 22 se dedica a las sanciones a las personas físicas, respecto de las cuales se dice que habrán de consistir en penas de privación de libertad, que puedan dar lugar a la extradición, amén de permitirse la imposición acumulada de penas pecuniarias. El siguiente precepto se dedica a las sanciones a las personas jurídicas. Tales consecuencias habrán de ser, como en el caso anterior, efectivas, proporcionadas y disuasorias, y podrán comprender la inhabilitación especial temporal o permanente del ejercicio

de actividades comerciales, la intervención judicial e, incluso, la liquidación de la persona jurídica, en añadidura a eventuales penas pecuniarias. El artículo 24 describe determinadas sanciones administrativas, mientras que el artículo 25 impone a los Estados prever el embargo y el decomiso:

- De los bienes, documentos y otros instrumentos empleados, o que fueran a serlo, para cometer los delitos enunciados en el Convenio.
- El producto de dichos delitos, o bien el valor equivalente a dicho producto.

F) Cooperación judicial internacional

Como se ha dicho anteriormente, la cooperación es otro de los pilares de este Convenio. Se establece que los Estados parte deben cooperar entre sí, de conformidad con las disposiciones del propio instrumento normativo y de otras normas internacionales y regionales aplicables, y otros acuerdos que hayan podido adaptarse, de acuerdo a los ordenamientos internos²². En el artículo 26 se incluyen medidas de cooperación judicial internacional en materia penal, el 27 amplía las medidas de cooperación, incluidas en el capítulo II, en aspectos de prevención y, por último, el 28 se focaliza en incluir medidas de cooperación entre las distintas organizaciones deportivas internacionales.

²² ANDRÉS ALVEZ. *Análisis del Convenio del Consejo de Europa ...op. cit.*, p. 116.

G) Medidas de seguimiento del Convenio

La herramienta jurídica en estudio apuesta por la creación de un Comité de Seguimiento para los fines previstos en la propia norma. Si bien profundizar en dicho Comité excede a los fines de este trabajo, no está demás citar que el artículo 30, se dedica a determinar las reglas de composición de dicha institución y el 31, a diseñar algunas funciones que se le encomiendan, como particularmente formular recomendaciones a los Estados parte, informar a las organizaciones internacionales y a los ciudadanos sobre actividades emprendidas al albor del Convenio, emitir dictámenes para el Comité de Ministros, entre otras.

H) Disposiciones finales

Por último, los artículos 32 al 41 contienen las llamadas *Disposiciones finales*, entre las que se encuentran las previsiones de entrada en vigor, efectos del Convenio y su relación con otros instrumentos internacionales, condiciones y medidas de salvaguarda, aplicación territorial, reservas, enmiendas, solución de controversias, denuncia y notificación.

4. **El Dictamen 1/2014 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Expusimos en el segundo epígrafe de esta investigación que la futura entrada en vigor y la eficacia del Convenio sobre Manipulación de Competiciones cuenta con un obstáculo relevante. Como dijimos, días antes de la adopción del texto Malta solicitó al TJUE un Dictamen acerca de la compatibilidad del entonces proyecto de Convenio con algunas disposiciones del TFUE. Los artículos más comprometidos por el pronunciamiento del Tribunal serán el 18, el 49 y el 56, en relación con la definición de *apuestas deportivas ilegales*, y, en resumen, se trata de determinar el grado de libertad de los Estados miembro de la UE para regular y/o limitar los juegos de azar²³. Hemos de decir, sin embargo, que si el estudio realizado ha sido acertado, hasta el momento de la preparación de este trabajo, este Dictamen, numerado como el 1/2014, no ha visto la luz, por lo que deja esta cuestión todavía sin resolver.

²³ PÉREZ GONZÁLEZ. *A PROPÓSITO DE LA ACCIÓN DEL CONSEJO DE EUROPA ...op. cit.*, p. 87.

5. A modo de conclusión

En estas consideraciones finales no puede dejar de ponerse de relieve la pertinencia de la adopción y ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de Competiciones Deportivas. El mayor logro de este instrumento es, sin duda, combinar en su articulado políticas de educación y sensibilización, respecto del problema de la manipulación de competiciones, así como prever herramientas de prevención, coordinación y cooperación, en distintos niveles, en el combate frente a estos comportamientos ilícitos. Se busca, asimismo, involucrar en esta tarea a todos los agentes y operadores que intervienen en el ámbito deportivo, singularmente a las autoridades públicas, organizaciones deportivas, organizadores de competiciones y operadores de apuestas deportivas, en el sentido en que son definidos en el propio texto.

Supone un hito relevante, también, la previsión de medidas de carácter penal, sustantivo y procesal, en especial, aquéllas tendientes a la tipificación del delito de manipulación de competiciones, a través del fraude y la corrupción y del blanqueo del producto de manipulaciones deportivas. Y ello, tanto para personas físicas, como jurídicas, solicitando a los Estados parte la adopción de medidas efectivas, proporcionadas y disuasorias. El mandato de incriminar las conductas de fraude y corrupción en el deporte, relacionadas con la manipulación de competiciones, debe valorarse también positivamente. En este sentido, inaugura un camino por el que no se habían adentrado otros instrumentos supranacionales sobre el combate a la corrupción, tales como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, el propio Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa o, en el contexto del Derecho comunitario, la Decisión Marco 2003/568/JAI.

Por último, hemos de reconocer que las previsiones del Convenio suponen un importante paso adelante en la lucha contra la adulteración de competiciones deportivas. A pesar de ello, en la futura entrada en vigor de la norma estará llamado a jugar un papel fundamental el Dictamen 1/2014 del TJUE, solicitado por Malta, en el cual el órgano jurisdiccional habrá de valorar, si las eventuales restricciones a las reglas del mercado único de la UE, contenidas en el Convenio, están justificadas y son, por ende, aplicables; de no ser así, ni la propia UE ni los Estados miembros de ésta podrían ratificar esta norma, lo que pondría en serio entredicho su eficacia²⁴.

²⁴ PÉREZ GONZÁLEZ. *A propósito de la acción del Consejo de Europa ...op.cit.*, pp. 88-89.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía impresa

ANDRÉS ALVEZ, Rafael. “Análisis del Convenio del Consejo de Europa sobre la Manipulación de las Competiciones Deportivas”. *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*. N.º 44, Cizur Menor, Aranzadi, 2014.

BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio Francisco. *El delito de “fraudes deportivos”. Aspectos criminológicos, político-criminales y dogmáticos del artículo 286bis.4 del Código Penal*. Madrid, Dykinson, 2011.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

GARCÍA SILVERO, Emilio Andrés. “Capítulo 6. Iniciativas para la reforma del deporte profesional y la represión del fraude deportivo en España”. CARDENAL CARRO, Miguel, GARCÍA CABA, Miguel María y GARCÍA SILVERO, Emilio Andrés (coords.). *¿Es necesaria la represión penal para evitar los fraudes en el deporte profesional?* Murcia, Laborum, 2009.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. “Derecho y deporte. Las múltiples formas del fraude en el deporte”. MORILLAS CUEVA, L. (dir.). *Respuestas jurídicas al fraude en el deporte*. Madrid, Dykinson, 2017.

Bibliografía con soporte web

COMISIÓN EUROPEA. *Libro Blanco sobre el Deporte*. Bruselas, COM, 2007, p. 391 final, <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52007DC0391&from=ES>> [Consulta: 21/02/2018].

CONSEJO DE EUROPA. *Acuerdo Parcial Ampliado sobre Deporte*. <http://www.coe.int/t/dg4/epas/about/history_en.asp>. [Consulta: 21/02/2018].

CONSEJO DE EUROPA. *Carta Europea del Deporte*. 1992, <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804c9dbb>. [Consulta: 21/02/2018].

CONSEJO DE EUROPA. *Convenio del Consejo de Europa sobre Manipulación de Competiciones Deportivas*. 2014, <<https://rm.coe.int/16801cdd7e>>. [Consulta: 21/02/2018].

PÉREZ GONZÁLEZ, Carmen. “A propósito de la acción del Consejo de Europa en el ámbito del deporte: análisis del Convenio europeo sobre la Manipulación de Competiciones Deportivas”. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*. N.º 8, Madrid, Universidad Carlos III, 2015, pp. 71-92, <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2477/1364>>. [Consulta: 21/02/2018].

UNESCO. *Declaración de Berlín. MINEPS V*. 2013, <<http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002211/221114s.pdf>> [Consulta: 21/02/2018].

_____. *Plan de Acción de Kazán. MINEPS VI. 2017*, <<http://unesdoc.unesco.org/images/0025/002527/252725s.pdf>>. [Consulta: 21/02/2018].

LEYENDO A FERRAJOLI:
CONSIDERACIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN

**LEYENDO A FERRAJOLI:
CONSIDERACIONES SOBRE LA JURISDICCIÓN¹**

MICHELE TARUFFO^{2 3}
UNIVERSIDAD DE PAVÍA, ITALIA

RESUMEN:

Los aspectos de la obra de L. FERRAJOLI que más atraen la atención de los procesalistas son los relacionados con la administración de justicia y los caracteres de la jurisdicción. El punto de partida fundamental queda fijado por FERRAJOLI al subrayar que la jurisdicción es una garantía secundaria para asegurar la protección judicial de los derechos. Y esta garantía tiene que ser general, ya que ningún derecho existe realmente sin una protección efectiva por parte de los tribunales.

¹ Artículo publicado en DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho. N.º 31, 2008, pp. 383-392.

² Catedrático de Derecho procesal civil de la Universidad de Pavía, Italia. orcid.org/0000-0002-9339-6803

³ Cfr. FERRAJOLI. Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia, 1. Teoria del diritto; 2. Teoria della democrazia. 3. La sintassi del diritto, Bari. Este artículo reproduce la intervención de FERRAJOLI, L. Seminario sobre Diritto e democrazia costituzionale. Discussendo Principia Juris di. Università di Bresica, 6 y 7 de diciembre de 2007.

En el contexto judicial, la justicia resulta bien administrada cuando las normas jurídicas se aplican correctamente y la verdad de los hechos en disputa se determina de acuerdo con las pruebas, tal como pretende la teoría clásica de la toma de decisiones judiciales. Sin embargo, pueden plantearse aquí algunos problemas (que son fácilmente resolubles), si tomamos en consideración los poderes discrecionales —que tienen muchos jueces— para interpretar las normas creando nuevos derechos y los casos en que *remedies precede rights*.

En cualquier caso, FERRAJOLI rechaza la denominada *objeción contra-mayoritaria*, subrayando que la fundamentación principal del papel de los jueces no radica en su elección popular sino en su actuación de acuerdo con el Derecho.

PALABRAS CLAVE:

FERRAJOLI, jurisdicción, poderes discrecionales.

ABSTRACT:

The proceduralist's attention is attracted mainly by the aspects of FERRAJOLI'S work dealing with the administration of justice and the characters of jurisdiction. The basic starting point is when FERRAJOLI stresses that jurisdiction is a secondary guarantee ensuring the judicial protection of rights. Such a guarantee has to be general, since no right actually exists without an effective protection offered by courts. In judicial contexts, justice is properly administered when legal rules are correctly applied, and the truth of the facts in issue is established, according to evidence and proof, as the classical theory of judicial decision-making claims. Some problems may arise, however, but may be easily

solved when one takes into account the discretionary powers -belonging to many judges- to interpret the rules creating new rights, and the cases in which *remedies precede rights*.

At any rate, FERRAJOLI rejects the so-called *counter majoritarian objection* outlining that the basic foundation of the judge's role is not a popular election, but relies upon the judge's compliance with the law.

KEYWORDS:

FERRAJOLI, jurisdiction, discretionary powers.

1. Si se hojea la obra magna de L. FERRAJOLI, es normal que la atención de un procesalista se concentre de forma especial en los puntos en los que el autor se ocupa de la jurisdicción y de las funciones que ésta cumple o debería cumplir en el contexto de un sistema democrático y de tutela de los derechos. Es, pues, sobre estos aspectos del pensamiento de FERRAJOLI que me propongo realizar algunas observaciones.

El punto de partida del discurso es la calificación de la jurisdicción como garantía secundaria, cuya función fundamental consiste en asegurar la justiciabilidad de las violaciones de los derechos⁴ FERRAJOLI aclara que se trata de garantías reparatorias que tienen la finalidad de eliminar o reducir el daño producido, o de intimidar y castigar a los responsables⁵, y que la jurisdicción no garantiza la satisfacción inmediata de los derechos, dado que este es el carácter propio de las garantías primarias, pero asegura la anulabilidad de los actos inválidos y la sanción de los actos ilícitos realizados en violación de las garantías primarias⁶. Aclara también que de hecho las garantías secundarias, y entre ellas la jurisdicción, pueden no darse y presuponen la creación de aparatos judiciales capaces de aplicarlas adecuadamente⁷. Finalmente, FERRAJOLI precisa que las garantías jurisdiccionales se articulan en una serie de sub-garantías de carácter específicamente procesal, como las reconocidas habitualmente en normas constitucionales o en principios fundamentales del proceso⁸.

⁴ *Op. cit.*, 1., p. 675 y ss.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Op. cit.*, 1, p. 677.

⁸ *Op. cit.*, 1, p. 678.

No se puede estar en desacuerdo con las líneas generales de esta concepción de las garantías jurisdiccionales (salvo alguna precisión que haré enseguida). Ésta tiene, en efecto, la ventaja de establecer con claridad la función fundamental de la jurisdicción como instrumento indispensable de la implementación de los derechos. Por un lado, esto implica que se abandonen fórmulas habituales como las que sostienen que la justicia es un servicio, una empresa, una rama de la administración pública, etc., siguiendo una línea de desvalorización de la jurisdicción que se combina con la exaltación de las diversas formas de justicia *privada*, como si la verdadera justicia la hicieran los árbitros (escogidos y pagados por las partes) y no los jueces (preconstituidos por ley y no retribuidos por sus *usuarios*).

Por otro lado, destaca claramente que la garantía jurisdiccional no puede no tener carácter general, en el sentido de que -al menos en principio- no existe realmente derecho alguno si éste no está acompañado de tutela jurisdiccional. Decir -como se hace a veces- que un derecho existe pero no goza de garantías jurisdiccionales y, por tanto, no es susceptible de una acción ante un juez, supone no haber entendido el vínculo intrínseco que debe darse, precisamente, entre la existencia de un derecho y la posibilidad de hacerlo valer en juicio en caso de violación o falta de implementación. FERRAJOLI apunta un fenómeno gravísimo, constituido por el hecho de que numerosos derechos fundamentales, a veces garantizados constitucionalmente, siguen careciendo de protección, en la medida en que no permiten ejercer una acción judicial y destaca, en particular, entre esos *derechos sin tutela los derechos sociales*⁹. Este fenómeno existe, ciertamente, y constituye una de las lagunas más graves

⁹ Ibídem.

de los sistemas jurídicos actuales, empezando por el italiano. Al respecto, la denuncia de FERRAJOLI es debida y no puede más que ser compartida. La triste observación que se puede hacer es que vivimos en sistemas que se contentan con hacer vacías proclamaciones retóricas de los derechos fundamentales, olvidando que sin garantía jurisdiccional no se trata más, precisamente, que de vacías proclamaciones retóricas.

2. El discurso de FERRAJOLI sobre la jurisdicción prosigue abordando la identificación de sus caracteres fundamentales, en particular: **a)** la aplicación a los casos concretos de las normas sustantivas violadas; y **b)** la determinación de los hechos sobre la base de las pruebas, como premisa necesaria para la adecuada aplicación de las normas sustantivas¹⁰. FERRAJOLI subraya, oportunamente, que el núcleo central de la jurisdicción consiste en la determinación del supuesto de hecho sujeto a juicio, en un acto declarativo o cognitivo con el que el juez determina los hechos y su *nomen juris*, aplicando las normas a los hechos. Textualmente: *el juicio es, en efecto, prueba del hecho, a la que es aplicada la norma y, a la vez, interpretación operativa de la norma aplicada al hecho*¹¹. A este análisis del juicio jurisdiccional se remite FERRAJOLI cuando dice, en otra parte, retomando las mismas definiciones y vinculándolas directamente con el principio de estricta legalidad que rige siempre que la jurisdicción desarrolla la función que le es propia, de aplicación sustantiva y, por tanto, de afirmación de la ley¹².

En esta forma de configurar la naturaleza fundamental de la jurisdicción resuenan las doctrinas clásicas acerca de la decisión judicial como aplicación de la ley sustantiva a los hechos del caso concreto que hayan sido objeto de una adecuada demostración probatoria, cosa que no es nueva en FERRAJOLI. Esto no impide, sin embargo, que pueda hacerse alguna observación sobre la misma e incluso plantear alguna duda.

Por un lado, poner tan clara y decididamente el acento en la aplicación de las normas sustantivas en la decisión judicial

¹⁰ *Op. cit.*, 1, pp. 879 y ss.

¹¹ *Op. cit.*, 1, p. 881, y análogamente p. 883.

¹² *Op. cit.*, 2, pp. 213 y ss.

permite dejar a un lado las teorías, que florecen especialmente, pero no sólo, en Estados Unidos, según las cuales la única justicia de la que se puede hablar en el ámbito de la jurisdicción es la justicia del proceso.

En la cultura jurídica y filosófica norteamericana la idea de la *procedural justice*, en sus distintas versiones (desde RAWLS a los psicólogos experimentales)¹³, ha tenido primordialmente el efecto de distraer la atención de la justicia o injusticia *sustancial* de la decisión judicial para concentrar el discurso sobre la justicia o injusticia del procedimiento, como si ésta pudiera absorber a aquélla, o asegurase a priori, la justicia del resultado final del procedimiento. Se trata de un discurso que no es nuevo (parecido al propuesto por LUHMANN en *Legitimation durch Verfahren*), que tiende a poner el acento en la legitimación y aceptabilidad de la decisión judicial, más que en su justicia sustancial: de ésta, por otra parte, se olvidan los adeptos de la *procedural justice*. Las versiones italianas de concepciones como éstas se concentran —como es sabido— en la idea del *giusto proceso*, que ha sido tan influyente que ha llevado incluso a la reforma del art. 111 de la Constitución¹⁴. Más allá de las contingentes motivaciones políticas (se trata, en realidad, de hacer *giusto* el proceso penal para algunos imputados excelentes) y del hecho que las garantías fundamentales del

¹³ Cfr., por ejemplo, LIND-TYLER, *The Social Psychology of Procedural Justice*. New York-London, 1988.

¹⁴ La reforma ha provocado una literatura amplísima, sin duda desproporcionada respecto de la importancia real del tema. Al respecto, cfr., por todos, COMOGLIO. *Ética e técnica del giusto processo*, Torino, 2004; CHIARLONI, 2000: “Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il processo civile”, en *Revista de Derecho Procesal*. p. 1010 y ss.

proceso ya existían desde hace tiempo, éste ha sido un factor que, una vez más, ha llevado a muchos a sostener que la función de la jurisdicción se agota en asegurar la justicia de los procedimientos jurisdiccionales, pero no involucra a la justicia sustancial de las decisiones judiciales. Respecto de estas concepciones, muy discutibles pero no por ello menos difundidas, el fuerte énfasis de FERRAJOLI en que la función esencial de la jurisdicción es la afirmación y la aplicación de la ley sustantiva y, por tanto, de la correcta aplicación de la ley como condición esencial de la justicia de las decisiones, debe tomarse en muy seria consideración. Cuando se trata de asegurar la implementación de los derechos fundamentales, pero también cuando se trata de determinar cualquier otra situación jurídica, la idea de que se hace justicia llevando a cabo un procedimiento *fair*, pero no asegurando la correcta aplicación de la ley, debería resultar al menos curiosa.

Por otro lado, resulta no menos esencial la afirmación de FERRAJOLI, confirmada y repetida en diversas ocasiones, según la cual la garantía jurisdiccional implica la determinación, basada en las pruebas, de la verdad de los hechos que están en la base de la controversia: *la legitimidad de la decisión reside en la garantía de la determinación imparcial de la verdad*¹⁵. También a este respecto FERRAJOLI hace referencia a concepciones clásicas sobre la naturaleza de la decisión judicial, de la función de la prueba y de la necesidad de una determinación verdadera de los hechos del caso. No se puede obviar, sin embargo, incluso adhiriendo absolutamente a la tesis de FERRAJOLI, que ésta va -en el panorama actual- netamente a contracorriente.

¹⁵ *Op. cit.*, 2, p. 214.

Ante todo, aunque parezca producirse una suerte de *retorno a la verdad* en el plano filosófico y epistemológico¹⁶, los *veriphobics* y los *deniers* de la verdad¹⁷ son aún numerosos, especialmente entre los juristas y, en particular, entre los procesalistas¹⁸.

En realidad, no todos los procesalistas comparten posiciones escépticas o indiferentes sobre el problema de la determinación de la verdad en el proceso¹⁹. Sin embargo, es importante que FERRAJOLI considere central entre las condiciones para la implementación de las garantías jurisdiccionales la determinación de la verdad sobre los hechos.

Las razones por las que es importante son, al menos, dos. La primera es que la justicia de la decisión judicial no puede dejar de suponer, como condición necesaria (aunque, obviamente, no suficiente), la determinación de la verdad de los hechos sujeto de la controversia: como muchos piensan, ninguna decisión puede considerarse justa si se funda en una reconstrucción errónea de

¹⁶ Entre la literatura italiana reciente, cfr., por ejemplo, MARCONI. *Per la verità. Relativismo e filosofia*. Torino; 2007; AMORETTI, M. C., y MARSONET, M. (eds.). *Conoscenza e verità*. Milano, 2005; , S. BORUTTI y L. FONNESU (eds.). *La verità. Scienza, filosofia, società*. Bologna. Cfr. también, a parte de las obras de GOLDMAN y de WILLIAMS citadas en la nota siguiente, LYNCH. *La verità e i suoi nemici*. tr. it. Milano, 2004.

¹⁷ La primera definición es de GOLDMAN. *Knowledge in A Social World*, Oxford. 1999, pp. 7 y 9; la segunda es de WILLIAMS. *Truth and Truthfulness. An Essay in Genealogy*. Princeton-Oxford, 2002, p. 5.

¹⁸ Al respecto, *vid.*, más ampliamente, TARUFFO. *La prova dei fatti giuridici. Nozioni generali*, Milano, 1992, p. 7 y ss.

¹⁹ Aparte del autor de estas páginas, sobre el que puede verse la nota precedente, cfr., en particular, UBERTIS. *Sistema di procedura penale. I. Principi generali*. 2.ª ed., Torino, 2007, p. 53 y ss.

los hechos²⁰. La segunda razón es que de esta forma se puede *reorientar* la función de las pruebas en un sentido epistémico, es decir, considerándolas como instrumentos para el descubrimiento de la verdad en el proceso, abandonando las recurrentes concepciones de la prueba como instrumento puramente retórico cuyo objetivo es producir una persuasión favorable en la mente del juez²¹.

La referencia a la determinación de la verdad de los hechos produce también consecuencias respecto de la forma de concebir el proceso y su función (o, si se prefiere, respecto de la ideología del proceso y de sus finalidades). Las teorías de la *procedural justice* mencionadas anteriormente excluyen de su radio de atención la calidad y el contenido de la decisión final y, por tanto -obviamente-, no tienen en cuenta en absoluto la eventualidad de que la verdad de los hechos sea o no establecida. Es más, se puede añadir que el sistema procesal al que estas teorías se adaptan mejor, esto es, el *adversarial system* norteamericano, no sólo resulta estructuralmente incapaz de asegurar el descubrimiento de la verdad, sino que está orientado, precisamente, en sentido opuesto: como dicen sus teóricos más coherentes, en el proceso adversarial la verdad no sólo no es un fin perseguible sino que es, incluso, fastidiosa y contraproducente²².

²⁰ Más ampliamente al respecto, cfr. TARUFFO. "Idee per una teoria della decisione giusta", en ID. *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*. Bologna, 2002, p. 219 y ss.

²¹ Sobre esta concepción *vid.*, también para referencias adicionales, TARUFFO. *La prova ... op. cit.*, pp. 62, 284, 329 y ss.

²² Cfr., por ejemplo, LANDSMAN. *The Adversary System. A Description and Defense*, Washington-London, 1984, pp. 36 y ss.

El problema es, sin embargo, de orden más general y, aquí, podrá ser sólo apuntado: deriva del hecho de que -como se observa a través del análisis estructural de los modelos procesales- si nos encontramos en un sistema procesal orientado exclusivamente a la resolución de la controversia e incardinado exclusivamente sobre la actividad de las partes, la verdad de los hechos no constituye ciertamente un objetivo que se considere digno de ser perseguido y, es más, puede ser un obstáculo a la solución eficiente del conflicto²³. Esta observación no es válida sólo para el proceso norteamericano, y puede valer en línea general para todos los tipos de procedimiento que estén estructuralmente fundados en la libre iniciativa de las partes y en la idea de que el proceso consiste en una competición en la que aquéllas combaten frente a un juez pasivo y neutral.

Surge, pues, una tensión -si no un verdadero conflicto- entre el valor representado por la determinación de la verdad como condición de justicia y de legalidad de la decisión y la idea de que el proceso es simplemente un lugar de enfrentamiento y de competición individual, que lleva por definición a una solución aceptable de la controversia.

Una implicación adicional de lo que dice FERRAJOLI acerca de la determinación de la verdad de los hechos afecta a la forma de concebir la cláusula constitucional del *justo proceso*, ya mencionado, y también cualquier otro principio de justicia del procedimiento, *due process of law*, debido proceso legal, etc. En síntesis, el problema puede ser formulado en estos términos:

²³ Cfr., en particular, el análisis ya clásico al respecto de DAMAŦSKA. *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*. tr. it. Bologna, 1986, p. 211 y ss.

¿estamos dispuestos a considerar justo un proceso que no asegure la obtención de decisiones justas? Según la concepción más difundida, pero también más banal y repetitiva, para la que el proceso es justo si asegura las garantías previstas como tutela de las partes, la respuesta puede ser positiva: si la calidad de la decisión no se considera relevante, y la justicia del proceso se valora sin tomar en cuenta los resultados que se obtienen, está claro que un proceso puede ser justo (en el sentido ya mencionado de la *procedural justice*) aunque no asegure la justicia de las decisiones que produce. Se puede decir también —como dicen muchos sin preocuparse de la circularidad del argumento— que es justa en cualquier caso la decisión que deriva de un proceso justo.

La concepción que parece más sensata es, en cambio, la que lleva a una respuesta negativa a la pregunta formulada: es imposible considerar justo un proceso que -aunque haga efectivas las garantías de defensa de las partes- pueda concluir con una sentencia injusta. Si además se considera, como se ha dicho hace un momento, que la justicia de la decisión final depende también -necesariamente- de la determinación de la verdad de los hechos, se infiere que un proceso no es justo si no está estructuralmente orientado a la búsqueda y al descubrimiento de la verdad. Parece evidente, por otra parte, que un proceso que se desarrolla correctamente puede producir decisiones injustas, si resulta errónea la determinación final de los hechos o si la norma se aplica de forma equivocada. Esta conclusión parece inferirse claramente de premisas razonables y aceptables, pero implica consecuencias relevantes dado que -como demostraría cualquier análisis comparado- muchos ordenamientos procesales (y, en particular, el proceso civil italiano) no están en absoluto estructurados de forma que se permita que se determine la verdad de los hechos.

3. La apelación a las concepciones clásicas de la decisión judicial, que FERRAJOLI pone en el centro de su concepción de la jurisdicción, es ciertamente compatible en sus aspectos fundamentales. Sin embargo, puede suscitar algunas perplejidades si no se entiende correctamente. Se trata de perplejidades quizás marginales respecto del núcleo fundamental del discurso de FERRAJOLI, pero que pueden no ser absolutamente irrelevantes.

Una primera perplejidad surge del hecho de que, como se ha visto más arriba, uno de los caracteres fundamentales de la jurisdicción radica en la aplicación de las normas sustantivas al supuesto de hecho concreto. De esta forma, sin embargo, se corre el riesgo de caer de nuevo en una concepción deductivista -o incluso mecanicista- de la decisión, con un juez visto como mero *aplicador* de normas preexistentes y preconstituidas.

La fuente de perplejidad radica en la constatación de que no siempre las cosas son así. Por un lado, no es extraño que el juez se encuentre en la situación de tener que decidir en ausencia de normas o de situaciones jurídicas preexistentes. Esto se produce siempre que se carece de una específica norma sustantiva ordinaria que gobierne el supuesto de hecho y, por tanto, se plantea la alternativa entre declarar que ese supuesto de hecho carece de calificación jurídica (y, en consecuencia, carece de tutela jurisdiccional) y buscar *en otra parte* (en las normas constitucionales directamente aplicables, en los principios generales del ordenamiento, en el *common law*, en la práctica comercial, etc.) un criterio sustantivo de juicio que permita calificar el supuesto de hecho como jurídicamente relevante y, en consecuencia, considerarlo como tutelable en sede jurisdiccional. La respuesta a este problema no radica sólo en la conocida teoría de las lagunas y de los métodos para colmarlas: el centro del

problema está en la configuración del poder del juez de buscar, y eventualmente crear, la regla sustantiva que necesita para decidir. Esto puede dar lugar a algún problema de aceptación en los ordenamientos de *civil law*, en los que se parte aún -aunque cada vez menos- de la premisa de que *rights precede remedies*, y que, por tanto, el juez debe determinar situaciones preexistentes de las que él está llamado a ocuparse. El mismo argumento crea menos problemas en los ordenamientos de *common law*, donde la premisa comúnmente aceptada es que *remedies precede rights* y que, por tanto, no hay nada extraño en que un derecho surja en el momento en que el juez declara que éste existe. Desde esta perspectiva, entonces, la función de la jurisdicción no es sólo declarar derechos una vez que éstos rigen, sino también crear derechos previamente inexistentes y que surgen precisamente con la decisión del juez que los reconoce.

Se intuye fácilmente que este problema asume una importancia especial precisamente en el ámbito de los derechos humanos y sociales: éstos surgen primero en la conciencia moral y social, y sólo después -a menudo con grave retraso- son reconocidos y regulados por los legisladores; y a veces, es más, este reconocimiento no se produce nunca. Así pues, si se limitase la función de la jurisdicción a declarar sólo lo que ya existe, se cerraría el camino a formas de garantía que podrían asegurar la ejecución de esos derechos, también en casos de inercia culpable de los legisladores. En algún caso, la prescripción de una jurisdicción *creativa* la realiza incluso el legislador: cuando, por ejemplo, la Constitución brasileña encarga al juez asegurar la ejecución de los derechos fundamentales -también en ausencia de normas legales ordinarias que los prevean- no hace otra cosa que atribuir a la jurisdicción una función de suplencia respecto de los otros poderes del Estado, precisamente con la finalidad

de asegurar que los derechos fundamentales sean protegidos. Algo similar sucedió, en ausencia de previsiones normativas de todo tipo, con las *institutional injunctions*, creadas a partir de los años setenta por los tribunales estadounidenses: con este remedio procesal los jueces sustituyeron al legislador ordinario y a los órganos administrativos encargados de la tutela de los derechos fundamentales en el interior de instituciones como cárceles u hospitales. Fueron los jueces los que, en diversos casos, dispusieron -extendiendo sus poderes de una forma hasta entonces nunca vista- a la reorganización de estas instituciones: ejercitando, pues, un poder no sólo creativo sino incluso organizativo y administrativo.

Las situaciones mencionadas pueden constituir casos límite, pero también los casos límite pueden tener su relevancia para indicar un camino a seguir. No debe olvidarse, sin embargo, que se plantean problemas análogos -quizás de forma menos evidente pero con la misma importancia- cada vez que se trata de aplicar normas ya existentes, pero que reenvían a principios, a conceptos indeterminados o a cláusulas generales. Es conocido que en esos casos no se está ante una pura y simple discrecionalidad interpretativa y que el juez debe recurrir a la denominada hetero-interpretación de la norma que debe aplicarse. No hay nada nuevo a este respecto: queda, sin embargo, el hecho de que en todos esos casos el juez no debe sólo aplicar una norma preexistente, sino que dispone de un poder *creativo* en la identificación de la regla que deberá aplicar a los hechos. Además, en esta operación el juez puede tener que establecer qué hechos deben probarse a los efectos de concretar adecuadamente el significado de la norma *abierta* (lo que puede poner en discusión diversos principios, como aquél por el que corresponde a las partes el monopolio de las alegaciones de los hechos relevantes que constituyen la base de la controversia).

FERRAJOLI es perfectamente consciente de estos problemas -viejos y nuevos- y reconoce que aquí se plantea el problema fundamental de la discrecionalidad interpretativa²⁴.

Sin embargo, tiende a discutir el problema sólo en el ámbito del juicio de constitucionalidad, mientras que respecto de la jurisdicción ordinaria piensa en un espacio interpretativo más reducido, según el modelo de la subsunción de los hechos bajo normas preestablecidas. Así, FERRAJOLI subraya que la jurisdicción dispone de una *esfera de lo decidible más reducida que la que está abierta a la legislación*, pero después reconoce que también la jurisdicción lleva a cabo una actividad *inevitablemente discrecional y marcada muy a menudo por juicios de valor*²⁵. Se trata de apuntes interesantes, pero que no recogen, seguramente, la importancia y la frecuencia de las situaciones en las que la jurisdicción no se limita a interpretar/aplicar normas sustantivas, sino que crea ella misma las situaciones sustantivas en las que se dan efectivamente los derechos.

²⁴ *Op. cit.*, 2, p. 74.

²⁵ *Op. cit.*, 2, p. 75.

4. Por este camino se alcanza otro problema de gran importancia: si se atribuye a los órganos jurisdiccionales no sólo una función de interpretación/aplicación de la ley preexistente, sino también una función creativa, surge el problema de la legitimación de los jueces para crear Derecho. Se trata de un tema clásico de la división de poderes (sobre el que, no por casualidad, FERRAJOLI apela a MONTESQUIEU²⁶) o -en términos más actuales- de la *counter majoritarian objection*, según la cual los jueces no electos y, por tanto, no legitimados por el consenso mayoritario, no podrían realizar actos de naturaleza sustancialmente legislativa. FERRAJOLI señala con razón²⁷ que, de este modo, se opera una confusión entre dos tipos irreductiblemente distintos de legitimación: la electiva, típica del poder político, y aquella -típica del poder jurisdiccional- caracterizada exclusivamente por la sujeción del juez a la ley. Por ello, considera inapropiada la solución consistente en elegir a los jueces, porque *el poder judicial es un poder-saber, más legítimo cuanto mayor es el saber*²⁸. Se puede estar sin duda de acuerdo en el punto de que la elegibilidad de los jueces no resuelve el problema (y que, es más, crea muchos otros desde el punto de vista de la independencia y de la imparcialidad del propio juez), del mismo modo que se puede estar de acuerdo en el hecho de que el juez no tiene ninguna legitimación política y no tiene ninguna necesidad de ella. Queda, en cambio, el hecho de que los jueces -y no sólo los jueces constitucionales-, por voluntad o necesidad, se hacen, cada vez más a menudo y con efectos más relevantes, con espacios en los que llevan a cabo una actividad creativa del derecho.

²⁶ *Op. cit.*, 2, p. 213.

²⁷ *Op. cit.*, 2, p. 214.

²⁸ *Ibidem*.

Como se ha dicho ya, en efecto, sucede cada vez más frecuentemente, por inercia o por incapacidad de los legisladores, y no sólo en los sistemas del *common law*, que *remedies precede rights*.

No parece infundada la impresión de que se trata de una tendencia probablemente imparable y que, en ocasiones, es también una tendencia elogiabile, si ésta implica una cierta medida de *stretching* de los principios tradicionales con el fin de tutelar de forma efectiva los derechos. El problema de la legitimación de los jueces para llevar a cabo este papel deberá plantearse en un plano distinto: no el de la legitimación política de tipo electoral, sino el de la implementación efectiva de las garantías de independencia y de imparcialidad de la magistratura²⁹.

(Traducción de Jordi Ferrer Beltrán)

²⁹ En este sentido, *vid. op. cit.*, 2, p. 218.

DESCENTRALIZACIÓN EN ECUADOR
¿UN PROCESO INCONCLUSO?

DESCENTRALIZACIÓN EN ECUADOR ¿UN PROCESO INCONCLUSO?^{1 2}

KARINA PATRICIA TELLO TORAL³ Y
ÁNGEL GIOVANY LUCIO VÁSQUEZ⁴

UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR, QUITO-ECUADOR
DOCENTES DE PREGRADO Y POSGRADO

RESUMEN:

La presente investigación analizó el proceso de descentralización en el Ecuador, período 2008 – 2018 a partir de dos paradigmas: el primero, la división político administrativa actual; y, el segundo,

¹ Artículo entregado por los autores el 15 de marzo de 2019 y aprobado el 25 de junio de 2019

² Tipo de artículo: Artículo de reflexión. Línea de investigación: Nueva organización territorial y procesos de transferencia de competencias. Investigador principal: Karina Tello Toral, coinvestigador Giovany Lucio.

³ Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Maestría Derecho Público por la U.P.M.F Grenoble II, Cursante del Doctorado en Derecho Constitucional en la Universidad de Buenos Aires. Docente de pregrado y posgrado en la Universidad Central del Ecuador. Correo: kptello@uce.edu.ec. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3444-151X>

Licenciatura en Ciencias Políticas, Maestría en Estudios Internacionales por la Universidad de París VIII. Maestría en Gobernanza Europea por Science Po Grenoble. Docente de Derecho Político, y Derecho Internacional en la Universidad Central del Ecuador. Correo: <https://orcid.org/0000-0003-2289-292X>

⁴ Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Central del Ecuador. orcid.org/0000-0003-2289-292X

el proceso de transferencia de competencias en cada uno de los niveles de gobierno. En cuanto a la metodología se utilizan los métodos sistemático y analítico aplicados al campo de las ciencias sociales. La investigación concluye estableciendo que el proceso de descentralización a partir de la Constitución de 2008 es un avatar inconcluso.

PALABRAS CLAVE:

Gobiernos Autónomos Descentralizados, niveles de gobierno, competencias, organización territorial, descentralización.

ABSTRACT:

This research analyzes the process of decentralization in the Republic of Ecuador during the 2008 – 2018 period through the structuring of two paradigms: first, the current administrative political division, and second, the process of competences in each one of the levels of government. Regarding the methodology in this proposal, are used the systematic and analytical methods applied to the field of Social Sciences. The investigation concludes stating that the process of decentralization from the Political Constitution of 2008 is an unfinished avatar.

KEY WORDS:

Decentralized autonomous governments, levels of government, competencies, territorial organization, decentralization.

Introducción

La descentralización se entiende como un sistema político-administrativo del Estado⁵, en el cual, el objetivo principal es la transferencia de competencias de decisión y gestión hacia los gobiernos locales. Así pues, las razones que han permitido este traspaso se evidencian en el orden político y económico. Primero, en lo referente a las relaciones de poder, el gobierno central se reserva sus competencias regalianas y cede a las colectividades locales ciertas competencias específicas como respuesta a las necesidades del territorio⁶. En consecuencia, el gobierno central se concentra en adoptar directrices, lineamientos y políticas nacionales, mientras que, los gobiernos subnacionales aplican las mismas en el territorio a través de políticas públicas locales.

Segundo, las causas económicas que permitieron el desarrollo de la descentralización son variadas, tanto en su origen como en el espacio, así pues, la puesta en marcha de la ideología neoliberal durante la década de los noventa permitió la consecución de una tercera globalización de orden financiero, lo cual conlleva una deslegitimación del rol del estado en torno a la gobernabilidad de la sociedad, es decir, esta ideología pretendía infundir una práctica política y económica que permita el libre desarrollo de

⁵ La legitimidad de la descentralización está ligada al desarrollo local que dispone de un mecanismo no sólo técnico sino político, pues está ligado al individuo y al territorio.

⁶ En otras palabras, según EPSTEIN, el Estado organiza su retirada de los territorios para gobernar de mejor manera a distancia y restaurar su autoridad (2015). EPSTEIN, RENAUD. "La gouvernance territoriale : une affaire d'État. La dimension verticale de la construction de l'action collective dans les territoires", en *L'Année sociologique*. v. 65, N.º 2, 2015, pp. 457-482.

las capacidades y libertades empresariales del individuo para preservar un marco institucional mínimo de regulación⁷. En consecuencia, la imposición ideológica neoliberal en los centros de poder mundial y posteriormente en la periferia ocasionó que el Estado se desligue de funciones planificadoras en torno a la producción, distribución y consumo de bienes y servicios que permitiría al mercado auto regularse sin intromisión estatal. De lo referido, los defensores de la descentralización encontraron un marco propicio para solicitar un traspaso de mejores prácticas desde los territorios, puesto que el Estado sufría un proceso de desmantelamiento.

Por tanto, las causas económicas y políticas se sintetizaron en el proceso denominado globalización, el cual marcó Europa y América Latina de manera distinta y permitió la incorporación de la descentralización como parte de una nueva ideología de renovación del Estado.

Es así que en el marco de la consolidación de la Unión Europea, la adopción del tratado de Maastricht suscrito en 1992 consolidó el Mercado Común y permitió la creación de una unidad económica y monetaria⁸. De esta realidad, los Estados establecieron una

⁷ En el proceso de la tercera globalización surge a partir de la aplicación de la ideología neoliberalismo, la cual permitió la reestructuración del Estado, en base a una reducción de competencias (Deng Xiaoping, Paul Volcker, Margaret Thatcher y Ronald Reagan).

⁸ Si bien en Europa el proceso de descentralización surge en los años de posguerra en Alemania e Italia, y se crean los *Landers* y regiones autónomas respectivamente. Por otro lado en Francia con el fin de enmendar las exacciones cometidas por el estado central, el país gallo en los años 80 comienza el proceso de descentralización. En este sentido, según François Mitterrand en un discurso realizado el

relación privilegiada hacia las colectividades locales para protegerlas del proceso de globalización y establecer la puesta en marcha de políticas públicas⁹ europeas para subsanar impactos de desindustrialización¹⁰ y promoción de empresas locales en el seno de las regiones, por tanto, estas entidades regionales comenzaron a tomar una importancia cada vez mas creciente en la estructura política de la UE.

En tanto que, en América Latina el proceso de descentralización se origino a partir de factores distintos; en efecto, el referido cambio no fomento políticas de apaciguamiento frente a la globalización como sus pares en Europa a través de la transferencia de competencias y desarrollo de políticas públicas locales desde el estado nación y la UE, sino que este conglomerado geográfico se insertó desde un paradigma de subordinación a las fuerzas económicas mundiales representadas por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial para reducir la intervención

15 de julio de 1981 señaló que: *Francia tuvo que centralizarse para constituirse como nación y ahora necesita descentralizarse para no deshacerse*. Por otro lado, en Europa se establece la política regional europea para permitir la convergencia y la competitividad regional y empleo, mediante varias políticas o fondos estructurales para evitar el desequilibrio territorial.

⁹ El paquete Delors II intensificó la política de cohesión, duplicando los recursos para las regiones de los nuevos integrantes de la UE, además se integra como un organismo consultivo de la UE, que disponen de voz directa en el proceso de integración. Además, uno de los fondos estructurales, denominado Fondo de Desarrollo (FEDER), es exclusivo para fomentar el desarrollo equilibrado de distintas regiones. Todos estos Fondos forman parte de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos.

¹⁰ El Fondo Social Europeo permite financiar formaciones para adquirir nuevos conocimientos y hacer frente a los cambios bruscos de la desindustrialización en grandes zonas industriales.

del Estado en ámbitos potencialmente prometedores para los inversionista como son los recursos naturales, banca, electricidad, agua potable y telecomunicaciones¹¹.

En efecto, la legitimidad del Estado en los años 80 y 90 sufrió un duro golpe a su estructura, como consecuencia de una crisis de gobernabilidad debido en gran parte a la ineficacia de una política fallida de industrialización añadida a la burocracia creciente e inoperante. En el caso ecuatoriano, la crisis del Estado ocurrió por un proceso de ingobernabilidad producto del excesivo endeudamiento durante los años ochenta y noventa¹² que conllevó al incumplimiento de los pagos de la deuda externa y de procesos inflacionarios a causa de la reducción del precio del petróleo.

En consecuencia, el estado central ecuatoriano como ente planificador se vió afectado por sus anteriores decisiones rentistas, lo cual ocasionó que el nuevo gobierno democrático en la década de los ochenta busque en el proceso de descentralización: i) el desarrollo del territorio a partir del estímulo de áreas deprimidas,

¹¹ Es interesante percibir que durante la década de los noventa, el FMI estableció la suscripción de Acuerdos Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. En el ámbito global, se encuentran el antecedente del proyecto del Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), los acuerdos multilaterales de la Ronda Uruguay de la Organización Mundial del Comercio (OMC), el sistema de instituciones afiliadas al Banco Mundial (BM) y la normativa emergente del Convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional (FMI). Granato y Odone. 2007.

¹² Al existir recursos financieros internacionales debido al alto costo del petróleo de los años 70, el Ecuador al ser un país petrolero podía garantizar el pago de la deuda que tomó para industrializar al país durante el proceso de planificación de la dictadura.

así como **ii**) la distribución de recursos¹³ y servicios a nivel nacional, en contra peso a la anterior política de los años setenta que privilegiaba el desarrollo de centros urbanos como espacios de industrialización: Quito (centro político) y Guayaquil (centro económico - importaciones y exportaciones).

De esta manera, la Constitución ecuatoriana del año de 1979 estableció una descentralización administrativa y una desconcentración nacional, empero la Codificación de 1996 que reformó la Constitución original del año 1979 añadió varios artículos sobre los regímenes seccionales autónomos dotándolos de autonomía funcional, administrativa y económica. Sin embargo, según VILLAVICENCIO, *no pasó de ser una simple declaración retórica, sin ninguna incidencia real en la organización territorial estatal y sus prácticas.*

Empero, esta norma sirvió de base para la expedición de varios cuerpos legales que impulsaron la descentralización, entre ellos la Ley de Modernización, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos de 1993; la Ley de Descentralización y Participación Social; la Ley Especial de distribución del 15% del gobierno central para los gobiernos seccionales y su Reglamento expedidos en 1997.

Posteriormente, la Constitución Política de 1998 (CPE, 1998) establece que todas las competencias son descentralizables, bajo un esquema *voluntario* para gobiernos autónomos seccionales y de obligatoriedad para el gobierno central¹⁴. Así pues, este

¹³ Constitución Política del Ecuador. Decreto Supremo 000, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979, (Art. 118-28). Impreso.

¹⁴ Art. 226 de la Constitución Política del Ecuador, de 1998, establecía:

sistema se denominó de manera peyorativa como competencias a la carta, puesto que los gobiernos seccionales solicitaban al gobierno central competencias de acuerdo a sus intereses, lo cual ocasionó diferencias en la repartición de competencias y la correspondiente mirada de situaciones.

Esta Constitución Política de 1998 sirvió de marco para la adopción de normas como la Ley Orgánica de las Juntas Parroquiales Rurales; el Reglamento a la Ley de Descentralización del Estado y Participación Social y Plan Nacional de Descentralización; y más tarde, la Ley Orgánica de Régimen Municipal. En consecuencia, estas normas legales convirtieron a los municipios en los actores principales del proceso de descentralización.

Finalmente, la Constitución de 2008 (CRE, 2008) establece que las competencias son descentralizables bajo un esquema *obligatorio y progresivo* (Art. 239 46), así el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD) define a la descentralización como la *transferencia obligatoria, progresiva y definitiva de competencias con los respectivos talentos humanos y recursos financieros, materiales y tecnológicos, desde el gobierno central hacia los gobiernos autónomos descentralizados* (Art. 105 33). En conclusión, la entrega de competencias de la Constitución Política de 1998 muta desde una voluntad de los GADs en asumirlas hasta una obligatoriedad en su puesta en práctica y progresividad en su entrega a partir de la Constitución Política de 2008.

“La descentralización será obligatoria cuando una entidad seccional la solicite y tenga capacidad operativa para asumirla”. COOTAD, (Art. 68).

En el presente artículo se analizará, si el proceso de descentralización ha promovido la organización territorial y las transferencias de competencias hacia los GADs durante el período 2008-2018.

El objetivo general de la presente investigación es identificar la existencia de una eficaz organización territorial y transferencias de competencias durante el proceso de descentralización en el período 2008-2018.

Para lo cual, en el presente trabajo se analizará la descentralización en torno a: A) la división político administrativa actual; y, B). El proceso de transferencia de competencias en cada uno de los niveles de gobierno.

En cuanto a la metodología a utilizar se aplicarán los métodos: por un lado, el sistemático, el cual partiendo del análisis de los componentes, medio y estructura sobre la cual opera la descentralización de competencias en los distintos niveles de gobernabilidad del Estado permitirá tener una comprensión sistémica del orden o reglas establecidas. Por otro, se utilizará el método analítico, que consistirá en la desmembración de la organización territorial y sus distintas competencias frente a la norma que regula su comportamiento, esto a fin de identificar causas, naturaleza y efectos provocados con su aplicación. Este método además, permitirá conocer el objeto de estudio planteado, para finalmente extraer conclusiones sobre como la norma ha impactado a la sociedad y su realidad en la actualidad.

I. ORGANIZACIÓN TERRITORIAL EN PROCESO DE CONFORMACIÓN

La descentralización es un proceso permanente, el cual, mantiene una estrecha relación con la estructuración de la organización territorial denominada tradicionalmente como *división político administrativa*. En efecto, en el plano legal la CRE, 2018 propuso una variación en cuanto a la organización territorial en relación a la CP, 1998, así pues, la Tabla 1 explica esta evolución:

Tabla I.

Cuadro comparativo de la organización territorial ecuatoriana y sus regímenes especiales.

| Situación | Constitución de 1998 | Constitución de 2008 | Análisis |
|---|--|--|---|
| Organización Territorial | <ul style="list-style-type: none"> - Provincias - Cantones - Parroquias Rurales | <ul style="list-style-type: none"> - Regiones - Provincias - Cantones - Parroquias Rurales | Se aumentan las regiones como nueva forma de organización territorial, aunque aún no se han constituido. |
| Régimen Especial – Forma de gobierno diferente dentro de las organizaciones territoriales. | <ul style="list-style-type: none"> - Circunscripciones territoriales de pueblos y nacionalidades indígenas - Distritos Metropolitanos - Islas Galápagos (Instituto Nacional Galápagos) | <ul style="list-style-type: none"> - Circunscripciones territoriales de nacionalidades y pueblos indígenas - Distritos Metropolitanos - Islas Galápagos | No se han constituido hasta ahora Distritos Metropolitanos autónomos, ni circunscripciones territoriales de pueblos y nacionalidades indígenas. |

Elaboración propia

Fuente: CPE, 1998 y CRE, 2008

Tabla 1 datos comparativos

El cuadro comparativo establece diferencias, tanto en la creación de la región como nueva estructura así como una inexistente constitución de la misma. De esta manera, la región forma parte una nueva organización territorial sin que se encuentre aún constituida, lo mismo ocurre con las circunscripciones territoriales de pueblos y nacionalidades indígenas como regímenes especiales, que a pesar de haber sido establecida su creación en la anterior CP, 1998 aún no se han materializado. Finalmente, en este mismo orden de ideas, a partir del año 2008, los Distritos Metropolitanos requieren nuevos requisitos para su conformación, lo que ha dado como resultado que ningún distrito metropolitano autónomo se haya constituido.

1.1. Regiones como nueva forma de organización territorial

En la CRE, 2008 se estableció que la organización territorial ecuatoriana se conformaría por regiones, provincias, cantones y parroquias rurales (Art.242 46). Así pues, la región se iza como nueva forma de organización territorial, aunque, una imagen concomitante puede ser percibida a inicios de la República, pues se estableció en 1830 un antecedente a partir de la existencia de tres departamentos, sin embargo, desde 1835 con Vicente Rocafuerte como Presidente, hasta el año 2008, la organización territorial únicamente estuvo conformada por provincias, cantones y parroquias¹⁵.

¹⁵ En la Constitución de 1830 se estableció: *“El territorio del Estado se divide en departamentos (Quito, Guayaquil y Cuenca), provincias, cantones y parroquias”*. (Art. 53 12 CPE)
En la Constitución de 1835 se estableció: *“El territorio de la República se divide en provincias, cantones y parroquias...”*. Esta organización territorial estuvo vigente hasta la Constitución de 1998, siendo la Constitución de 2008 la nueva organización. (Art. 82 17)

Así pues, la creación de regiones surgió con el ánimo de hacer frente de manera grupal a los desafíos que enfrentan los conglomerados territoriales, los cuales presuponen fortalezas como: identidad cultural, solidaridad técnica y presupuestaria entre provincias y correlación de sistemas ecológicos¹⁶. Por lo tanto, el nuevo paradigma buscaba superar las diferencias y desigualdades en el territorio ecuatoriano (equilibrio interterritorial)¹⁷, en donde el desarrollo económico ha sido bicentralista (Quito y Guayaquil), además, los territorios organizados horizontalmente, con superficies y poblaciones equivalentes¹⁸ permite la creación de un Estado *policéntrico*.¹⁹

Sin embargo, ésta planificación territorial se quedó en buenas intenciones puesto que hasta la actualidad no se ha conformado ninguna región, primero por una actitud conformista del gobierno Central y segundo por una inacción de los gobiernos provinciales.

¹⁶ CRE (Art. 244 46) y COOTAD (Art. 15 8) establecen los criterios para la conformación de regiones.

¹⁷ El COOTAD señala: *“La organización territorial del Estado y la asignación de competencias y recursos garantizarán el desarrollo equilibrado de todos los territorios, la igualdad de y el acceso a los servicios públicos. (Art 3.f)*

¹⁸ Dentro de los requisitos que establece el COOTAD, se encuentra i) 20.000 Km. 2, ii) 5 % población nacional, en ningún caso una región podrá tener el 20% del territorio nacional. (Art.15)

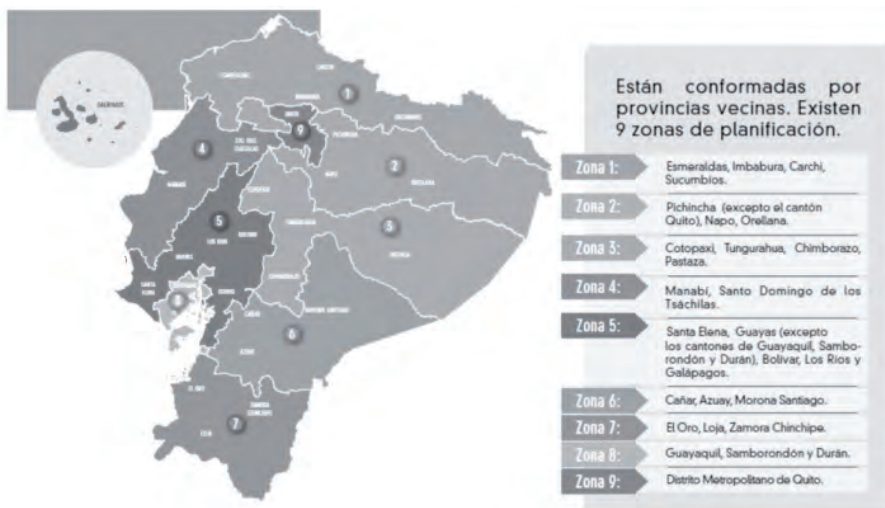
¹⁹ Empero, la constitución de esta nueva organización territorial ha traído críticas al considerarse como un proceso dirigido por el Gobierno Central, que limitó la conformación de Manabí por sí sola como una región o la conformación de una región Amazónica. Como señala VICIANO: *“Los criterios identitarios de la población pueden no coincidir con los tecnocráticos del Estado.”*

En lo referente al Gobierno Central es menester explicar antecedentes legales que permitieron al Ejecutivo desligarse de la toma de decisión en cuanto a la conformación de regiones:

- En un primer momento, la Disposición Transitoria Primera de la Constitución original de Montecristi establecía en el numeral 9, el plazo para la expedición del COOTAD y al mismo tiempo señalaba que el plazo para la conformación de regiones autónomas en ningún caso excedería el plazo de ocho años.
- El COOTAD en cumplimiento al mandato constitucional estableció en su Disposición Transitoria Tercera que las regiones en ocho años se conformarían por iniciativa de los gobiernos provinciales, empero, si no existía iniciativa de los gobiernos provinciales dentro del referido plazo, el Presidente de la República podía enviar el proyecto de conformación de regiones a la Asamblea Nacional para que el legislativo lo apruebe. Así pues, si el Ejecutivo hubiese conformado las regiones, posiblemente un prospecto serían las zonas de planificación del SENPLADES que se pueden encontrar en el gráfico 1, que actualmente son zonas de desconcentración.

• **Gráfico 1**

Zonas de Planificación Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (SENPLADES)



Fuente: Figura en Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo: Quito, Ecuador: Senplades. <http://hitcloud.senplades.gob.ec/zona-administrativa-de-planificacion>

Sin embargo, el Ejecutivo se desliga de esta facultad de conformar regiones por enmienda constitucional, puesto que, dentro de los primeros cambios que se realizaron a la Constitución original de Montecristi²⁰ se eliminó el plazo de 8 años para la conformación de regiones y por ende la iniciativa del Presidente de la República

²⁰ Ecuador. Enmienda a la Constitución de la República del Ecuador de 2015, , Suplemento del Registro Oficial N. 653, 18 de diciembre de 2015. (Art. 15 3). Impreso.

de constituir las. Por lo tanto, el órgano legislativo de los gobiernos provinciales será el único órgano que promueva el proceso de creación de región²¹.

De esta manera queda claro, que el Ejecutivo mediante cambio de normativa constitucional se deslindó de su facultad regulatoria en torno a la creación de regiones, puesto que, en el año 2016 se vencía el plazo de 8 años para conformar las regiones por parte del Presidente de la República, así pues, es menester señalar que este cambio fue utilizado como estrategia política, ya que en el 2015 se enmienda la CRE, lo cual permite al Presidente no ser parte del proceso de conformación de regiones. Es evidente, que el año 2016 y 2017 constituyen un período álgido para la continuidad del proceso político de Alianza País, ya que la campaña electoral y las elecciones presidenciales se desarrollaban en este lapso de tiempo, por lo tanto, el Ejecutivo deslinda su responsabilidad ya que no desea abrir frentes que podrían poner en peligro la continuidad del movimiento del poder²².

Por otro lado, los gobiernos provinciales no han promovido el proceso de conformación de regiones, puesto que, la creación de éste nivel *supra* de gobierno debilita las estructuras clientelares

²¹ Proyecto de Ley se enviará a la Asamblea Nacional, órgano que tiene 120 días para pronunciarse, Estatuto de Autonomía que se enviará a la Corte Constitucional para que en 45 días emita un informe, y finalmente se llamará a consulta popular para que el cuerpo electoral de las provincias se pronuncie a favor o en contra. COOTAD (Art. 16, 8)

²² Con la declaratoria de inconstitucionalidad de las Enmiendas del 2015, la disposición transitoria primera, numeral 1 regresa a su texto original lo que implica que se siguen manteniendo el plazo de 8 años para la conformación de la región.

que se desarrollan en sus territorios provinciales. En este mismo sentido, el desequilibrio de las poblaciones de las provincias que conforman la región limita un poder de decisión homogéneo en el seno de la región, donde las provincias con mayor densidad poblacional obtendrían mayor poder de decisión que sus pares menores en el órgano legislativo de la región. (COOTAD, Art.33, 2010) Además, otra causa que evita la conformación de regiones es la utilización de mecanismos administrativos como convenios de mancomunidades y consorcios²³, los cuales representan mayores beneficios sin una pérdida de poder de decisión.

Por último, cabe señalar que el panorama en los siguientes años no es propicio para la conformación de regiones, ya que la situación económica álgida que sufre el país no permite mayores egresos que otorgaría el estado a las regiones. Así pues, según el artículo 244 de la CRE, 2008 se establece que: *La ley creará incentivos económicos y de otra índole, para que las provincias se integren en regiones* (Art. 46 CRE). Asimismo, la creación de una región conlleva aumento de burocracia lo cual aumenta el coste de funcionamiento del Estado²⁴.

²³ La CRE, 2008 señala: *Los gobiernos autónomos descentralizados regionales, provinciales, distritales, cantonales o parroquiales rurales y los de las circunscripciones territoriales indígenas, afro ecuatorianas y montuvias podrán formar mancomunidades entre sí, con la finalidad de mejorar la gestión de sus competencias y favorecer sus procesos de integración (...).* (Art. 243 46) En tanto que el COOTAD establece que: *Las mancomunidades y consorcios que se constituyan podrán recibir financiamiento del presupuesto general del Estado para la obra o proyecto objeto del mancomunamiento (...).* (Art. 285 60)

²⁴ El Art. 117 del COOTAD original establecía la participación de las regiones en la recaudación de varios impuesto, con las reformas del COOTAD se deroga el literal a) que corresponde al impuesto a la renta de herencias, donaciones manteniendo la competencia el gobierno

1. 2. Regímenes Especiales entre continuidad sin materialización

Los regímenes especiales son formas de gobierno diferentes a sus pares dentro de la organización territorial existente, puesto que, los primeros se constituyen por razones de alta densidad poblacional, relaciones étnico culturales y por motivos de conservación ambiental de territorios vulnerables.

En este marco es necesario efectuar un análisis del tipo de Régimen Especial con sus respectivas características, nivel de territorio y forma de gobierno.

Tabla 2

Cuadro sobre Regímenes Especiales

| Régimen Especial | Razones de Conformación | Nivel dentro de la organización territorial | Forma de Gobierno diferente |
|---|---|---|---|
| Distrito Metropolitano | Alta densidad poblacional (7% población nacional – población mayor a la requerida para conformar una región). | Cantonal | Gobierno metropolitano (podrá asumir competencias de región provincia, cantón dentro de su circunscripción territorial) |
| Islas Galápagos | Conservación Natural | Provincial | Consejo de Gobierno |
| Circunscripciones territoriales de pueblos y nacionalidades indígenas | Étnico cultural | Depende de la población puede encontrarse en provincias, cantones o parroquias. | Libre determinación de los pueblos |

Elaboración propia

Fuente: Constitución Política de 2008 y COOTAD 2010

central y refleja la actitud de desinterés de fortalecer regiones.

A partir del cuadro precedente, en las siguientes líneas se analizará cada uno de los regímenes especiales.

1. 2. 1. Distritos Metropolitanos.

Los distritos metropolitanos como se señaló en el cuadro que precede es un Régimen Especial a nivel cantonal, por razones de alta densidad poblacional. En lo referente a su evolución histórica, la primera Constitución que señala la figura del *Distrito Metropolitano* (D.M.) es la Constitución de 1979, incluidas las reformas de 1983²⁵. Posteriormente, en la CPE de 1998 se estableció en su artículo 238 la posibilidad de constituir distritos metropolitanos como un tipo de organización especial por razones demográficas. Asimismo, en la Constitución Política de 2008, en su artículo 242, establece al D.M. como una forma de gobierno diferente que el cantón, con mayores competencias y por ende mayores recursos. Así pues, la creación de los D.M. ya dispone de una historia de cerca de cuatro décadas, sin embargo, una diferencia sustancial es que la norma actual añade al régimen especial de los distritos metropolitanos competencias propias de la región, provincia y cantón en su circunscripción territorial.

Asimismo, la nueva Carta Magna establece los requisitos para la conformación de distritos metropolitanos; el primer elemento que surge es i) el nivel de densidad poblacional, así pues, el porcentaje requerido asciende al 7% de la población nacional. ii) un proyecto de ley, iii) un estatuto de autonomía y finalmente, iv) una consulta popular.

²⁵ BARRERA, Augusto. (coord). *Ecuador un modelo para (des)armar, descentralización, disparidades y modelo de desarrollo*. Quito, Abya-Yala 1999. Impreso.

De esta manera, en lo referente al primer requisito, los únicos cantones que disponen del número poblacional requerido en la República del Ecuador son las ciudades de Quito y Guayaquil. Por ello, en las Zonas de Planificación del SENPLADES que constan en el gráfico 1, siete zonas de planificación se asimilan al concepto de región y dos al concepto de Distrito Metropolitano, sin embargo, en el caso del cantón de Guayaquil se propone la fusión²⁶ con los cantones de Samborondón y Durán²⁷. En la actualidad no existe ningún Distrito Metropolitano Autónomo completamente constituido, empero, un caso especial constituye el D. M. de Quito, puesto que, la Ley Orgánica del Régimen del Distrito Metropolitano de Quito²⁸ de 1993 cumple la función de creación y de delimitación territorial²⁹, es decir, ésta norma formaliza el requisito de Ley. Sin embargo, para concluir el proceso de distritalización hace falta la elaboración del Estatuto de Autonomía³⁰ y el sometimiento del mismo a consulta popular.

²⁶ Dentro del COOTAD, se establece la posibilidad de fusionarse a los cantones y parroquias rurales y como incentivo, el Gobierno Central beneficiará con una obra a los dos cantones o parroquias fusionadas. (Artículos 23 y 27 del COOTAD)

²⁷ Los cantones Guayaquil, Samborondón y Durán, dentro de su proceso de crecimiento, han convertido a estos territorios en cantones circunvecinos, donde no se diferencia dónde empieza o termina cada cantón (SUING, p. 39), a pesar que el cantón Guayaquil por sí solo cumple el requisito de población.

²⁸ Ley Orgánica del Régimen del Distrito Metropolitano de Quito. Registro Oficial N.º 345, de 27 de diciembre de 1993

²⁹ Así, en el art. 1 de la Ley de Régimen del Distrito Metropolitano se establece: *El cantón al que pertenece la capital de la República se denomina Distrito Metropolitano de Quito.* Y en el Art. 5 *“El territorio del Distrito Metropolitano de Quito es el mismo que constituye el cantón Quito.* (Arts. 1, 2)

³⁰ En el año 2009, el Instituto de la Ciudad presentó un borrador de

Estos nuevos requisitos que permitirían la conformación del D.M surgen como contraparte a la obtención de mayores competencias asignadas a este régimen especial. Por ello, el cantón Quito está parcialmente constituido como Distrito Metropolitano y por ende no dispone de la capacidad legal para asumir competencias de los GADs regionales y provinciales en su circunscripción territorial³¹.

En conclusión, es menester indicar que los Distritos Metropolitanos, en este caso concreto Quito, devienen procesos inconclusos de descentralización, puesto que no disponen de todos los requisitos necesarios para asumir mayores competencias y por ende mayores recursos técnicos y financieros.

1. 2. 2. Islas Galápagos

Las Islas Galápagos se establecen como un régimen especial en razón de sus particularidades ambientales y por constituir patrimonio natural de la humanidad³². El territorio de Galápagos está administrado por un Consejo de Gobierno, órgano que viene a eliminar al Instituto Nacional de Galápagos (INGALA).

Estatuto de Autonomía ante el Concejo Metropolitano para que éste sea discutido y aprobado por el Concejo Metropolitano, el cual fue promovido por el anterior Alcalde Paco Moncayo. (SUIING)

³¹ Art. 266 CRE y Art. 73 COOTAD.

³² Las Islas Galápagos fueron inscritas en 1978 como Patrimonio Natural en base a los siguientes criterios: vii) puesto que contiene fenómenos naturales superlativos o áreas de belleza natural; viii) ocho sitios representativos de las etapas más importantes de la historia de la tierra; ix) ser ejemplos eminentemente representativos de procesos ecológicos y biológicos en curso en la evolución; y, x) hábitats naturales más representativos

Según la Constitución, éste Consejo de Gobierno estaría integrado por un representante de la Presidencia de la República e integrado por los alcaldes de los municipios de la provincia de Galápagos, y representante de las juntas parroquiales y otros que determine la ley, en este caso, la disposición transitoria vigésima sexta del COOTAD integró a los Ministros del área ambiental, turística y planificación.

Sin embargo, con el surgimiento de la Ley Orgánica de Régimen Especial de la provincia de Galápagos (LOREG) se derogaron las disposiciones transitorias del COOTAD que regulaban este territorio³³. Así, esta Ley de 2015 reguló la integración del Consejo de Gobierno, que actualmente está conformado por:

1. El representante del Presidente de la República;
2. El Ministro de Ambiente;
3. El Ministro de Turismo;
4. El Ministro de Agricultura, Ganadería y Pesca;
5. SENPLADES;
6. Los alcaldes de los tres cantones de la provincia de Galápagos; y,
7. Un representante permanente de los presidentes de las juntas parroquiales rurales de la provincia de Galápagos. (Art. 10, LOREG).

³³ Se derogan las disposiciones transitorias vigésima sexta, vigésimo séptima, vigésimo octava, vigésima novena y trigésima del COOTAD (2010), que regulaba la conformación, atribuciones del Consejo del Gobierno, atribuciones de la Secretaría Técnica del Consejo de Gobierno de la provincia de Galápagos, recursos económicos de este Consejo, entre otros temas.

De esta manera, una vez desglosada la composición del Consejo queda demostrado que la mayoría de integrantes representa a la Función Ejecutiva y no a los GADs, a pesar de que su regulación se enmarca de forma macro en el COOTAD y específica en LOREG. Por lo tanto, es menester indicar que el Estado retoma su actitud centralista en post de la salvaguarda de las islas, puesto que los GADs no disponen de los recursos para hacer frente a una problemática internacional de conservación, sobre todo en el tema de seguridad marítima, regulación de turismo, y planificación territorial³⁴. Así pues, en lo referente a la normativa internacional³⁵, el Estado Parte dispone de legación pasiva para cumplir con las obligaciones emanadas de los tratados internacionales, en este sentido, la política pública debe ser subsidiaria cuando los GADs no pueden cumplir con su cometido y necesitan de la fuerza coercitiva del Estado y la planificación territorial para hacer frente a estos riesgos.

Por lo tanto, la creación de un Consejo de Gobierno en Galápagos busca interrelacionar a los actores del Gobierno Central y a los

³⁴ El Gobierno constituyó de esta manera como un Régimen Especial a Galápagos, puesto que debió hacer frente a la inscripción de las islas en la lista de patrimonios en peligro de la UNESCO, por lo tanto, era necesario implementar Políticas Públicas que permitan una salida de esta lista. Sin embargo, según UNESCO, en su reporte 2018 sobre las Islas Galápagos aún existen factores que afectan al bien patrimonial como son: la pesca ilegal, gobernanza, identidad, cohesión social, actividades ilegales, impactos de turismo, especies invasoras, marco legal y alojamiento.

³⁵ La República del Ecuador ratificó la Convención para la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural de 1972, la cual obliga a identificar, proteger, conservar, rehabilitar y transmitir a las generaciones futuras el patrimonio cultural y natural situado en su territorio (Art. 4).

GADs con una supremacía de los primeros. En conclusión, la recentralización en este caso concreto a criterios de los autores deviene una acción positiva del Estado, porque los procesos de descentralización sólo incorporan una arista local y no permiten hacer frente a problemas transnacionales.

1. 2. 3. Circunscripciones territoriales de pueblos y nacionalidades indígenas

Las circunscripciones territoriales de pueblos y nacionalidades indígenas, afro ecuatorianas y montubias (CTT) son un régimen especial por razones de salvaguarda étnico cultural. En el ámbito histórico, la lucha de los pueblos sobre todo indígena es un largo proceso, sin embargo, las primeras reacciones desde las bases se desarrollan a partir de los años 60 en Cayambe, y posteriormente, en la sierra Central, en los años 90 durante la Conmemoración de la conquista española por parte del Estado. En este marco, los indígenas rechazan esta visión colonizadora y consideran que lo que debe conmemorarse es un renacimiento de las culturas ancestrales, así pues, estas reivindicaciones de orden político, económico y cultural se plasman parcialmente en las constituciones de 1998 y 2008. En el marco político, en lo referente al ámbito territorial, los indígenas pretendían disponer del derecho a la autonomía en sus territorios, es decir, delimitar las normas que regulen sus relaciones sociales, de acuerdo a su propia cosmovisión, en un ámbito geográfico exclusivo, empero, este anhelo no se ha materializado.

En este orden de ideas, es menester indicar que la Asamblea Constituyente del Ecuador de 1997-1998, (70 curules) no dispuso de una fuerte representación indígena en el seno de este órgano deliberativo (Pachacutik, 7 curules), puesto que la

Constituyente estuvo dominada por la alianza de tres partidos políticos: Partido Social Cristiano (22 curules), Democracia Popular (11 curules) y Frente Radical Alfarista, (5 curules). En este marco de relaciones de poder de derecha, el movimiento indígena³⁶ propuso la conformación de autonomías, sin embargo, tras varias negociaciones, se logró la inclusión de CTT como régimen especial, sin llegar a una autonomía *stricto sensu*.

Así, la CPE de 1998, en el artículo 241 señalaba que: *La organización, competencias y facultades de los órganos de administración de las circunscripciones territoriales indígenas y afro ecuatorianas, serán reguladas por la ley*. Empero, la ley que regulaba las CTT no se expidió durante el período 1998-2008 (10 años); es decir, durante diez años no existió la norma inferior que determine el procedimiento, y otras normas para lograr su conformación.

Con estos antecedentes, en la CRE de 2008 continúa con este régimen especial y no cambia de perspectiva, como es el anhelo de ciertos grupos indígenas, en consecuencia, el COOTAD establece el proceso de conformación de las CTT, desde una perspectiva colonial, para lo cual establece ciertos elementos para su conformación: i) la elaboración de un estatuto de funcionamiento, ii) una consulta popular, y iii) a pesar de que no se señala expresamente, este estatuto debe someterse a control de constitucionalidad, como los estatutos de autonomía de la región y del distrito metropolitano.

Empero, en la puesta en marcha de la conformación de este régimen de gobierno se han presentado varias dificultades para su

³⁶ Partido político Pachakutic, ECUARUNARI y CONFENIAE

conformación, por ejemplo: i) se optó por un régimen especial en el marco de la propia división política administrativa del Estado, es decir, la conformación de una CTI sólo puede ocurrir dentro de los límites territoriales de una parroquia, un cantón, o una provincia, situación ajena a la realidad y ii) en las CTI regirá el gobierno que corresponda al nivel de gobierno en donde éstas se establezcan. En conclusión, estos requisitos en lugar de ser una solución devienen trabas administrativas para la conformación de las CTI, puesto que este régimen especial no se enmarca en las fronteras de la organización territorial actual, es más, ciertas CTI podrían sobrepasar el territorio de provincias y cantones para unirse a otras divisiones administrativas. En este orden de ideas, la CTI si bien es regulada por autoridad proveniente de estos pueblos y nacionalidades, aún queda sujeta a una división política administrativa actual.

En conclusión, es menester indicar que las CTIs devienen procesos inconclusos de descentralización, puesto que ninguna población indígena, afro ecuatoriana o montubia ha concluido el proceso de conformación y, por ende, no han asumido competencias del nivel de gobierno al que pertenecen, deviniendo en un proceso inconcluso de descentralización.

II. UN PROCESO DE TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS PARCIAL

Las competencias según el COOTAD, 2010 *son las capacidades de acción de un nivel de gobierno en un sector* (Art. 113 34); así pues los sectores se constituyen como *áreas de intervención y responsabilidad que desarrolla el Estado*. (Art. 109 34) A su vez, los sectores se dividen en privativos, estratégicos y comunes, cada uno de los cuales dispone de un nivel de cierre o de apertura a los niveles de gobierno en el proceso de descentralización.

De esta manera, los sectores privativos disponen de competencias no susceptibles de descentralización, sino que corresponde exclusivamente al Gobierno Central como prerrogativas esenciales del Estado³⁷. En un estudio comparativo entre la Constitución de 1998 y 2008 se establece diferencias entre un Estado Neoliberal y un Estado Post keynesiano de orden estructuralista, en efecto, en la Carta Magna expedida en la década de los 90 buscaba un Estado mínimo y esto como corolario de las ideas del Consenso de Washington, *a contrario sensu*, la Constitución Política de 2008 establece un Estado planificador e inversor³⁸, por lo tanto, no es de extrañar que sus competencias sean más amplias sobre todo en temas de salud, educación, seguridad social y vivienda.

³⁷ Seguridad y defensa, relaciones internacionales, planificación nacional, políticas económicas, sector social, recursos naturales. (Art. 261 de la CRE, 2008)

³⁸ La política macro-económica fue desarrollada por el Estado Central en el ámbito tributario, aduanero, arancelario; fiscal y monetario; comercio exterior y endeudamiento. (Art. 261 CRE, 2008). Así pues, permitiendo una demanda desde el Estado, con el fin de establecer políticas distributivas y redistributivas del Estado.

En cambio, en lo referente a los sectores estratégicos, el COOTAD (2010) señala que: *La facultad de rectoría y la definición del modelo de gestión de cada sector estratégico corresponden de manera exclusiva al gobierno central* (Art. 111 34), sin embargo, la norma permite que pueda existir una facultad o competencia concurrente con otros niveles de gobierno. El artículo precedente no define claramente cuáles serán las facultades y competencias de los GADs, por lo tanto, se presupone que será la puesta en marcha de la gestión, la cual ya es desarrollada por los gobiernos locales.

Por último, los sectores comunes son aquellos susceptibles de descentralización, así pues, las competencias transferidas a los GADs se enmarcan en este sector. De esta manera, las competencias nacen de la Constitución, el COOTAD y de las Resoluciones del Consejo Nacional de Competencias³⁹.

En este sentido, cada uno de los sectores disponen de competencias propias, así pues, a partir de esta relación se establece una clasificación de competencias, en un primer momento, las competencias exclusivas y concurrentes, las cuales dependen de los distintos niveles de gobierno que intervienen en su gestión, así como competencias de orden adicional y residual que dependen de las fases del proceso de transferencia.

³⁹ Dentro de sus competencias se encuentra: organizar e implementar el proceso de descentralización, asignar y transferir las competencias adicionales, determinar las competencias residuales que deban ser transferidas a los gobiernos autónomos descentralizados, y determinar los plazos y procedimientos para su transferencia (Art. 119, Art. 35 COOTAD).

2. 1. Competencias intrínsecas y compartidas

2. 1. 1. Titularidad que corresponde a un solo nivel de gobierno

Las competencias exclusivas de los gobiernos locales son aquellas cuya titularidad pertenece a un solo nivel de gobierno,⁴⁰ sin embargo, el COOTAD señala que la gestión de estas competencias exclusivas puede realizarse de manera concurrente entre diferentes niveles de gobierno (Art.114 34). En consecuencia, esta ambigüedad derivada de la norma oscurece el sentido de las competencias exclusivas, puesto que si la gestión es concurrente en ningún momento deviene exclusiva.

La Constitución y el COOTAD guardan una relación armoniosa, puesto que el COOTAD transcribe de manera textual lo establecido en la Carta Magna. Así pues, el siguiente cuadro determina las competencias por nivel de gobierno.

⁴⁰ No confundir con los sectores privativos que establecen competencias exclusivas del gobierno Central. Estas competencias exclusivas de los GADs se enmarcan dentro del sector común.

Tabla N.º 3

Competencias Exclusivas de los GADs

| Competencia | Región | Provincia | Cantón | Parroquia Rural |
|--|---|---|---|--|
| Planificación del Desarrollo y de Planes de Ordenamiento Territorial articulados con otros niveles de gobierno | Articulada con el Gobierno Central, provincial, cantonal y parroquial | Articulada con el Gobierno Central, regional, cantonal y parroquial | Articulada con el Gobierno Central, regional, provincial y parroquial | Articulada con el Gobierno provincial y cantonal |
| Agua | Gestionar el ordenamiento de cuencas hidrográficas | -Obras en cuencas y microcuencas -Planificar, construir, operar y mantener sistemas de riego | Prestación del servicio público de agua potable | Gestionar, coordinar y administrar los servicios públicos que le sean delegados. Vigilar la calidad de los servicios públicos. |

| | | | | |
|----------------------------------|-------------------------|---------------------------|--|---|
| <p>Uso y Ocupación del Suelo</p> | <p>N/C</p> | <p>N/C</p> | <p>- Control sobre el uso y ocupación del suelo en el cantón</p> <p>-Elaborar y administrar los catastros inmobiliarios urbanos y rurales;</p> <p>-Delimitar, regular, autorizar y controlar el uso de las playas de mar, riberas y lechos de ríos, lagos y lagunas, sin perjuicio de las limitaciones que establezca la ley;</p> <p>-Preservar y garantizar el acceso efectivo de las personas al uso de las playas de mar, riberas de ríos, lagos y laguna</p> | <p>N/C</p> |
| <p>Sistema Vial</p> | <p>A nivel regional</p> | <p>A nivel provincial</p> | <p>A nivel cantonal (urbana)</p> | <p>En coordinación con los gobiernos provinciales</p> |

| | | | | |
|-------------------------|---|---|---|---|
| Tránsito y transporte | Tránsito y el transporte terrestre regional | N/C | Tránsito y el transporte terrestre dentro de su circunscripción cantonal; | N/C |
| Actividades productivas | Actividades productivas regionales | Actividades productivas provinciales, especialmente las agropecuarias | N/C | Actividades productivas comunitarias |
| Ambiental | Fomentar Seguridad Alimentaria | La gestión ambiental provincial | - Depuración de aguas residuales, manejo de desechos sólidos, actividades de saneamiento ambiental -Regular, autorizar y controlar la explotación de materiales áridos y pétreos, que se encuentren en los lechos de los ríos, lagos, playas de mar y canteras | Biodiversidad y la protección ambiental |

| | | | | |
|---------------------------|-----|-----|---|---|
| Infraestructura | N/C | N/C | <p>Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de salud y educación, así como los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo, de acuerdo con la ley.¹</p> <p>- Preservar, mantener y difundir el patrimonio arquitectónico, cultural y natural del cantón y construir los espacios públicos para estos fines</p> | <p>- Los equipamientos y los espacios públicos de la parroquia</p> <p>- Vigilar la ejecución de obras</p> |
| Cooperación Internacional | Sí | Sí | Sí | Sí |

| | | | | |
|-------|---|-----|---|---|
| Otras | <ul style="list-style-type: none"> - Determinar las políticas de investigación e innovación del conocimiento - Otorgar personalidad jurídica, registrar y controlar a las organizaciones sociales de carácter regional; | N/C | <ul style="list-style-type: none"> - Gestionar los servicios de prevención, protección, socorro y extinción de incendios | <ul style="list-style-type: none"> - Promover la organización de los ciudadanos de las comunas, recintos y demás asentamientos rurales con el carácter de organizaciones territoriales de base |
|-------|---|-----|---|---|

Elaboración propia

Fuente: Constitución Política de 2008, con su enmienda, COOTAD, con sus reformas del 2011.

En relación a las competencias exclusivas de la región es importante analizar que al no existir regiones estas competencias exclusivas siguen en manos del Gobierno Central, así pues, competencias como planificación, vialidad, tránsito, cuencas hidrográficas y agua aún no han sido materializadas. De esta manera, la descentralización en el nivel regional es un proceso que aún no ha iniciado. Las causas de este fracaso son correlativas a la falta de vectores (interés por competencias) que permitan la unión entre provincias y por ende establezcan *spillovers* o factores de derrame, los cuales produzcan efectos de cascada en cada una de las provincias.

En lo referente al siguiente nivel de gobierno, la provincia dispone de competencias importantes para el desarrollo del país en temas ligados a la planificación, vialidad en zonas rurales, riego⁴¹,

⁴¹ La competencia del riego genera conflictos interinstitucionales, puesto

actividades productivas, agropecuarias, y gestión ambiental, sin embargo, la realidad no va de la mano con la atribución de recursos puesto que no se ha fortalecido la capacidad tributaria de los gobiernos provinciales en la generación de recursos propios.

En cuanto a los municipios, las competencias son mayores en relación a los otros niveles de gobierno, puesto que se consideraba que este nivel de administración pública disponía de una proximidad al ciudadano y sus problemas, por lo tanto, podría ser el interlocutor válido entre ciudadanía y Estado, así pues, las teorías de democracia deliberativa atribuyen a este tipo de GADs la posibilidad de estructurar política pública a partir de aportes del ciudadano común. En efecto, este nivel de gobierno ha obtenido *la hegemonía de un poder local sobre los otros* (CARRIÓN, p. 27). De esta manera, las relaciones de poder entre administración municipal y ciudadanía se enmarca en un proceso clientelar entre el cacique y sus favorecidos. En relación al proceso de descentralización, este nivel de gobierno dispone de mayores competencias, así como mayores recursos⁴² en relación a otros niveles de gobierno. De esta manera, cabe preguntarse si

que intervienen en este sector la Secretaría Nacional del Agua, el Ministerio de Agricultura, Ganadería, Acuacultura y Pesca, y los gobiernos provinciales, además el agua es un instrumento de clientelismo político. Cifras del año 2009 señalan que: *La población campesina e indígena cuenta con sistemas comunales de riego, representan, según el CNRH hoy SENAGUA, el 86% de los usuarios, sin embargo solo tienen el 22% del área regada y, lo que es más grave, únicamente acceden al 13% del caudal, en tanto que el sector privado que representa el 1% de la UPA's, concentra el 67% del agua.* (GAYBOR, p. 15).

⁴² A parte de ser partícipe del 67% de la distribución de la totalidad de los GADs, se ven beneficiados de los impuestos: predial urbano y rural, vehículos, alcabalas, plusvalía, patente, 1.5 por mil, juegos, espectáculos públicos, materiales áridos y pétreos.

estas competencias y recursos han servido para llevar bienestar a los ciudadanos o se han convertido en un espacio para fortalecer una carrera política a partir del clientelismo⁴³.

En cuanto a las parroquias rurales la relación con los municipios es de orden clientelar porque al no contar con recursos suficientes para cumplir con las competencias enmendadas necesitan efectuar alianzas políticas para promover obras en beneficio de su comunidad. Si bien en un inicio el Consejo Nacional de Juntas Parroquiales surgió como un ente que permitía visibilizar desde la movilización hasta la aprobación de la norma, en la actualidad, este órgano no lleva los intereses de las parroquias hacia la arena política, y por tanto, a logros válidos para este nivel de gobierno.

2. 1. 2. Titularidad compartida con otros niveles de gobierno

Las competencias concurrentes son aquellas cuya titularidad corresponde a varios niveles de gobierno en razón del sector o materia. Dentro de las competencias concurrentes se encuentra: el Registro de la Propiedad ejemplo expreso tanto en la norma constitucional como en el COOTAD que establece que esta competencia le corresponde al gobierno central (sistema nacional) y al gobierno municipal (sistema cantonal⁴⁴ que alimentará al sistema nacional).

⁴³ Para constatar esta afirmación, cabe recolectar información sobre las diferentes reelecciones en estos niveles de gobierno y futuras elecciones en otros órganos de gobierno.

⁴⁴ “El sistema público de registro de la propiedad será administrado de manera concurrente entre el Ejecutivo y las municipalidades.”

Otro ejemplo de competencia concurrente son los sectores estratégicos como se explicó *ex ante*. Finalmente, un ejemplo que no nace de una competencia exclusiva establecida en la CRE, 2008 ni el COOTAD es el ejercicio concurrente de actividades para la forestación y reforestación con fines de protección ambiental emitido por el Consejo Nacional de Competencias (CNC) a través de Resolución No. 007-CNC-2012.

2. 2. Competencias Adicionales y Residuales

El CNC transfiere las competencias hacia los GADs de acuerdo a un proceso administrativo que determina el COOTAD, este procedimiento se estructura de varias fases; i) informes habilitantes donde se analiza el estado de la competencia y la capacidad operativa de los GADs, ii) Informe de la Comisión de Costeo⁴⁵, donde se determina la capacidad de los GADs de asumir competencias, iii) si el GAD puede asumir la competencia, ésta es entregada a través de una Resolución del CNC, y posteriormente se habilitan recursos, en teoría no existe entrega de competencias sin recursos para su ejercicio, iv) si el GAD no puede asumir la competencia el CNC debe realizar el fortalecimiento institucional correspondiente, para que puedan los GADs asumir las competencias.

(Art. 265 CRE)

La administración de los registros de la propiedad de cada cantón corresponde a los gobiernos autónomos descentralizados municipales. El sistema público nacional de registro de la propiedad corresponde al gobierno central, y su administración se ejercerá de manera concurrente con los gobiernos autónomos descentralizados municipales... (Art. 142 COOTAD).

⁴⁵ *Un representante de la Entidad que entrega la competencia, un representante del SENPLADES, un representante del ministerio de Finanzas y tres representantes de los GADs que asumen la competencia.* (Art. 123 COOTAD)

Esta sucesión de fases permite comprender las competencias adicionales y residuales, las cuales son entregadas por el CNC hacia los GADs, cabe señalar que el CNC dispone también la potestad de emitir resoluciones que entregan competencias de orden exclusiva y concurrente.

En este orden de ideas, la definición de los dos tipos de competencias que la norma señala presenta una distinción puesto que, la diferencia reside en el principio de subsidiariedad⁴⁶ y progresividad, los cuales están incluidos en la competencia adicional más no en la residual, ya que las adicionales devienen competencias que se añaden durante el proceso evolutivo de la descentralización, es decir el Estado se deslinda de ciertas prerrogativas con el fin de fortalecer los GADs y residuales no son parte de las competencias privativas del Estado, por lo tanto, son residuos de regulación que pueden ser entregados a los GADs.

⁴⁶ El Art. 3 literal d) del COOTAD, 2010 establece una definición para el concepto de subsidiariedad.

Tabla 4

Cuadro comparativo de competencias adicionales y residuales

| Competencias Adicionales | Competencias Residuales | Análisis |
|---|---|--|
| - Son parte de los sectores o materias comunes | - No forman parte de los sectores estratégicos, competencias privativas o exclusivas del gobierno central. | Tanto las competencias adicionales como residuales formarían parte de los sectores comunes |
| - No están asignadas expresamente por la Constitución o este Código a los gobiernos autónomos descentralizados - Serán asignadas por el Consejo Nacional de Competencias | - No están asignadas en la Constitución o en la ley a favor de los gobiernos autónomos descentralizados - Serán asignadas por el Consejo Nacional de Competencias. | Se establece tanto en las competencias adicionales como residuales que no están de forma explícita en la CRE ni en el COOTAD y que las entrega el Consejo Nacional de Competencias |
| En base al principio de subsidiariedad y progresividad, que en la norma es tratada como una característica de la descentralización. | X | La subsidiariedad supone privilegiar la gestión de los servicios, competencias y políticas públicas por parte de los niveles de gobierno más cercanos a la población. |

Fuente: COOTAD, 2010

Elaboración propia

En todo caso, según Gustavo Bedón, las definiciones de competencias adicionales y residuales *no son conceptos materiales sino referenciales relacionados con la progresividad por fases para la transferencia de competencias* (p. 221), que se explicó al inicio de este punto.

Tabla 5
Plazo de entrega de transferencias de competencias

| Competencia | Plazo Máximo |
|--|--------------|
| Nuevas Exclusivas Constitucionales | 0 a 4 años |
| Adicionales / sectores de alta descentralización | 4 a 8 años |
| Residuales | Permanente |

Fuente: Planificación del Desarrollo y Ordenamiento Territorial.

En este marco es importante señalar que el CNC no ha entregado ninguna competencia adicional, ni residual a los GADs, porque se encuentran aún en proceso de entrega de competencias exclusivas a los gobiernos locales.

CONCLUSIONES

En lo referente a la organización territorial, el proceso de descentralización está en vía de construcción, en efecto, la voluntad política es parte principal del andamiaje que permitirá construir regiones, de esta manera, sin la constitución de regiones, las competencias de este nivel de gobierno siguen en manos del gobierno central y por ende no ha existido un proceso de descentralización en este nivel de gobierno.

En cuanto a los DM y CTT como regímenes especiales se observa que están normadas pero aun no se materializan, porque no se han constituido por requisitos legales y voluntad política del GAD municipal como es el caso de los DM o por trabas normativas que impiden la conformación de los CTT. En consecuencia, las competencias y recursos no se deslindan del Estado Central y de los otros niveles de gobierno.

En el Plan Nacional de Descentralización, elaborado por el Consejo Nacional de Competencias 2012-2015, se propuso transferir e implementar el 100% de las competencias exclusivas hasta el año 2015, meta que no se ha cumplido hasta la actualidad, puesto que el proceso de descentralización es un *continuum*, más su dinámica no está supeditada a un plazo específico.

No se han transferido competencias adicionales ni residuales a los GADs, puesto que aún no se concluye el proceso de transferencia de las competencias exclusivas. El Estado no se ha deslindado de competencias sino que existe una tendencia a la re-centralización.

El Estado Central ha buscado ser un Estado fuerte en los últimos años debido a su concepción ideológica de desarrollo basado en

una inversión desde lo público y a una demanda estructurada desde el Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- BARRERA, Augusto** (coord.). *Ecuador un modelo para (des) armar, descentralización, disparidades y modelo de desarrollo*. Quito, Centro de Investigaciones Ciudad, 1999.
- BEDÓN, Gustavo**. *La Nueva Organización Territorial y el Nuevo Modelo de Descentralización en el Ecuador: Descentralización y Sistema Nacional de Competencias en el nuevo ordenamiento jurídico ecuatoriano*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.
- CARRIÓN, Fernando**. La descentralización en el Ecuador de hoy: sus alternativas. *Revista Íconos*. Quito, FLACSO, 2008.
- CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN**. Registro Oficial de la República del Ecuador N.º 303, Quito, 19 de octubre de 2010.
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**. Decreto Legislativo N.º 000, Registro Auténtico. Quito, 13 de agosto de 1835. <https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1835.pdf>
- CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**. Decreto Supremo N.º 000. Registro Oficial de la República del Ecuador N.º 800. Quito, 27 de marzo de 1979. <https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1978.pdf>

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial de la República del Ecuador N.º 449. Quito, 20 de octubre de 2008.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Registro Oficial N.º 1. Quito, 11 de agosto de 1998.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. *Codificación de 1996*. Ley N.º 000. Registro Oficial de la República del Ecuador N.º 969. Quito, 18 de junio de 1996.

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Quito, 23 de septiembre de 1830. <https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdf>https://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdfhttps://www.cancilleria.gob.ec/wp-content/uploads/2013/06/constitucion_1830.pdf.

CONVENCIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO MUNDIAL, CULTURAL Y NATURAL DE 1972. *Instrumentos Normativos*. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Página web: <http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13055&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html>.

DICTIONNAIRE DE L'HISTOIRE DE FRANCE. Unes effigie omniprésente. Larousse, 2005. Web page: <http://www.larousse.fr/archives/histoire_de_france/page/194>.

ENMIENDAS A LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR. Suplemento del Registro Oficial N.º 653. Quito, Ediciones Legales, 2016.

GAYBOR, Antonio. *Acumulación Capitalista en el campo y despojo del agua*. 1.ª edición. Quito, Foro de los Recursos Hídricos, Simposio dirigido por CEDLA - Universidad de Ámsterdam, 2010.

LEY ORGÁNICA DE RÉGIMEN ESPECIAL DE LA PROVINCIA DE GALÁPAGOS. Registro Oficial de la República del Ecuador N.º 520, Quito, 11 de junio de 2015.

LEY ORGÁNICA DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO. Registro Oficial de la República del Ecuador N.º 345. Quito, 27 de diciembre de 1993.

MORALES, Marco. *La Nueva Organización Territorial y el Nuevo Modelo de Descentralización en el Ecuador*. Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.

OLEAS Montalvo, Julio. “Ecuador 1980-1990: crisis, ajuste y cambio de régimen de desarrollo”, *América Latina en la historia económica*. Scielo, abril de 2017. Página web: <<https://dx.doi.org/10.18232/alhe.v24i1.724>>.

ORTIZ, Santiago, (coord.). *Balance de la Descentralización en el Ecuador: 1998-2016*. Quito, Editorial Corporación Alemana, 2017. Página web: <<http://www.amevirtual.gob.ec/wp-content/uploads/2018/01/Balance-de-la-Descentralizacion-en-Ecuador-2017.pdf>>.

PLAN NACIONAL DE DESCENTRALIZACIÓN. Resolución N.º 003-CNC-2012, Registro Oficial de la República del Ecuador N.º 673. Quito, 30 de marzo de 2012.

RENAUD, Epstein. *Gouverner à distance: Quand l'Etat se retire des territoires.* Paris, Editions Esprit, 2006.

RESOLUCIÓN No. 007-CNC-2012, Suplemento del Registro Oficial de la República del Ecuador N.º 727, Quito, Ecuador, 19 jun. 2012.

SUING, José. *Gobiernos Autónomos Descentralizados.* Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2012.

_____. *Derecho Municipal.* Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2017.

SENPLADES. LINEAMIENTOS PARA LA PLANIFICACIÓN DEL DESARROLLO Y EL ORDENAMIENTO TERRITORIAL: *estrategias para el fortalecimiento del Sistema Nacional Descentralizado de Planificación Participativa.* Quito, 2010.

VICIANO, Pastor. “Algunas consideraciones sobre la organización territorial del Estado”, Andrade, Santiago, Grijalva, Agustín, y Storini, Claudia. (edits.). *La nueva Constitución del Ecuador. Estado, derechos e instituciones.* Quito, Corporación Editora Nacional, 2009.

VILLAVICENCIO, Gaitán. “Gobiernos seccionales en Ecuador: estatismo y estatalidad en crisis (1998-2009)”, *Revista*

*de Ciencias Sociales y Humanas. Quito, Ecuador
Universitas, 2010.*

NOTA

Una tendencia a re-centralizar justamente es la competencia de infraestructura de educación y salud puesto que con las enmiendas a la Constitución de 2015, el Gobierno Central retomó esta competencia y a los GADs municipales se condiciona la realización de infraestructura de educación y salud previa autorización del Ente rector. Así el artículo reformado establecía: “Planificar, construir y mantener la infraestructura física y los equipamientos de los espacios públicos destinados al desarrollo social, cultural y deportivo”. Sin embargo, con la declaratoria de inconstitucionalidad formal de las Enmiendas Constitucionales del 2015, la competencia de infraestructura de educación y salud retorna a los gobiernos autónomos descentralizados.

AUTORES PARA ESTE NÚMERO

MANUEL ATIENZA
UNIVERSIDAD DE ALICANTE, ESPAÑA

RAMIRO J. GARCÍA FALCONI
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR, QUITO-ECUADOR
DOCENTE DE PREGRADO Y POSGRADO EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR.

JÜNGER HABERMAS
UNIVERSIDAD JOHANN WOLFGANG GOETHE, FRÁNCFORT DEL MENO, ALEMANIA

PEDRO T. NEVADO-BATALLA MORENO
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPAÑA
PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO

OMAR GABRIEL ORSI
MINISTERIO PÚBLICO FISCAL (ARGENTINA)
OORSI@MPF.GOV.AR

JAVIER SÁNCHEZ BERNAL
UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, ESPAÑA
PROF. DE DERECHO INTERNACIONAL

MICHELE TARUFFO
UNIVERSIDAD DE PAVÍA, ITALIA

KARINA TELLO TORAL Y GIOVANY LUCIO VÁSQUEZ
UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR, QUITO-ECUADOR
DOCENTES DE PREGRADO Y POSGRADO
EN LA UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADOR

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

**INSTRUCCIONES A LOS AUTORES
PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS
EN LA REVISTA CAPJURÍDICA**

1. La Revista CAP Jurídica Central es una publicación del Colegio de Abogados de Pichincha, difunde artículos sobre temas relacionados con las ciencias jurídicas en general. Su objetivo es impulsar el estudio riguroso en el campo del derecho, a través del intercambio de opiniones, análisis y reflexiones sobre los problemas más contemporáneos del Derecho en el Ecuador y otros países.

2. Los autores al presentar sus contribuciones a la Revista CAP Jurídica Central declaran que son titulares de su autoría y derechos de publicación, mismos que ceden al Colegio de Abogados de Pichincha. Si el autor llegare a presentar el artículo, ya publicado, a otra revista deberá notificar el particular al editor de la revista.

3. El artículo debe ser remitido en soporte digital a los correos decanato.fjcps@uce.edu.ec subdecanato.fjcps@uce.edu.ec revistacapjuridica@gmail.com o la dirección del Colegio de Abogados de Pichincha: Vicente Piedrahíta N 15-134 (e4-62) y Av. 6 de Diciembre, Quito, a la atención de Revista CAP Jurídica Central

4. Los criterios de presentación de colaboraciones se detallan a continuación:

- Los documentos deberán ser colaboraciones originales e inéditas que no hayan sido publicadas en ningún otro medio, e incluirán, en su primera página, título, resumen analítico (de 100 palabras aproximadamente), de 5 a 7 palabras clave. Las

secciones que conformen el texto deberán resaltarse. En caso de contar con figuras, estas se deberán entregar numeradas.

- Las colaboraciones en Revista CAP Juridica Central pueden ser: Artículos de investigación, de reflexión, comunicaciones en congresos, reseñas de libros, entre otros, con primacía de contenido científico-académico y, deberán contener como mínimo 15 páginas y máximo 30. Esta cantidad, puede variar dependiendo de las observaciones en el dictamen de los pares ciegos o del acuerdo entre el autor y el Consejo Editorial. Las referencias bibliográficas de los artículos deberán apearse a las normas de estilo de la *Modern Language Association* MLA o del Modelo Editorial Latino ML de pie de página.
- Deberán ser escritos en formato *Microsoft Word*, en letra *Times New Roman* de 12 puntos, con interlineado de 1.0, en hoja tamaño A4, con márgenes superior e inferior de 2.5 cm, y derecho e izquierdo de 3 cm. Todas las páginas estarán enumeradas y, al inicio de cada párrafo se utilizará sangría.
- En relación con el autor o autores, se incluirá su nombre completo, adscripción institucional, correo electrónico y teléfonos.
- Debido a que la revista CAP Jurídica Central se publica semestralmente, la fecha límite para la recepción de los artículos será el mes de julio para el primer número del año y enero para el segundo.
- Los editores y demás responsables de la revista se reservan el derecho de realizar las correcciones de estilo y modificaciones editoriales que creyeren convenientes.

- Los artículos serán evaluados por el Comité Editorial y se someterán a un proceso de evaluación basado en el sistema par ciego, quienes resolverán sobre su publicación conservando el anonimato del autor. Los trabajos no serán devueltos al autor.
- Los autores recibirán información de la eventual aceptación o rechazo de sus trabajos mediante un dictamen que puede ser “publicable”, “no publicable” o “publicable con observaciones.
- La inclusión de los originales aceptados queda sujeta a la disponibilidad del número de la publicación correspondiente.
- La recepción de un trabajo no implica ningún compromiso de publicación por parte de la Revista, y de no contar con la declaración jurada, no procederá a la evaluación del artículo.
- El Consejo Editorial seleccionará los trabajos de acuerdo con rigurosos criterios formales y de contenido, esperándose que haya un aporte original al mejor conocimiento del fenómeno objeto de análisis o perfeccionamiento de la disciplina pertinente a dicho estudio.
- El artículo será dictaminado por dos evaluadores que podrán ser miembros del Consejo Editorial, o un miembro del Consejo y otro que será escogido por el Director según el tema de estudio. El dictaminador desconocerá el nombre del autor o de los autores del artículo.

- El dictaminador del artículo tendrá 22 días hábiles, para evaluar y enviar sus observaciones con respecto al artículo, las cuales podrán incluir:
 - Si aceptan, rechazan o sugieren revisiones previas a su publicación.
 - Comentarios para el autor (indicando, en su caso, puntos a reconsiderar, explicar o modificar),
 - Sugerencias para ampliar las posibilidades de desarrollo del tema (sitios web de especial interés, referencias bibliográficas, otros documentos).