

teoría & derecho

REVISTA DE PENSAMIENTO JURÍDICO

REVISTA SEMESTRAL. JUNIO 25/2019

teoriayderecho.tirant.com

teoriayderecho.com

CONSEJO EDITORIAL:

María José Añón Roig

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia (Coordinadora)

María Luisa Cuerda

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Jaume I

Fernando Flores Giménez

Profesor Titular de Derecho Constitucional. Universidad de Valencia

Ángel M. López y López

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

Tomás S. Vives Antón

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia (Director)

COMITÉ CIENTÍFICO:

Ana Cañizares Laso

*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

Jorge A. Cerdio Herrán

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

José Ramón Cossío Díaz

*Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia
de la Nación y miembro de El Colegio Nacional*

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot

*Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones
Jurídicas de la UNAM*

Owen Fiss

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la
Universidad de Yale (EEUU)*

José Antonio García-Cruces González

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

Luis López Guerra

*Catedrático de Derecho Constitucional de la
Universidad Carlos III de Madrid*

Marta Lorente Sariñena

*Catedrática de Historia del Derecho de la
Universidad Autónoma de Madrid*

Javier de Lucas Martín

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

Víctor Moreno Catena

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid*

Francisco Muñoz Conde

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Angelika Nußberger

*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de
Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)*

Héctor Olasolo Alonso

*Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario
(Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya
(Holanda)*

Luciano Parejo Alfonso

*Catedrático de Derecho Administrativo de la
Universidad Carlos III de Madrid*

Tomás Sala Franco

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

Ignacio Sancho Gargallo

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

Ruth Zimmerling

*Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz
(Alemania)*

Han formado parte del Comité Científico: Gregorio Peces-Barba
Martínez; Rosario Valpuesta Fernández y Emilio Beltrán

Asistente a la dirección: Víctor Merino Sancho
Corrector ortotipográfico y de estilo: Pablo Miravet Bergón

PVP número suelto: 89 euros (IVA incluido)
PVP suscripción anual (2 números): 169 euros (IVA incluido)

Redacción, Administración y Suscripción
Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia Tel.: (+34) 963610048 Fax: (+34) 963694151
E-mail: teoria.derecho@uv.es; teoria@tirant.com. Sitios web: <http://teoriayderecho.tirant.com>; <http://teoriayderecho.com>

Correspondencia: C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

Edita: Tirant lo Blanch
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia

© Tirant lo Blanch
Telfs.: 96/361 00 48 - 50
Fax: 96/369 41 51
Mail: tlb@tirant.com
<http://www.tirant.com>
ISSN: 1888-3443
Depósito legal: V - 2840 - 2007

SUMARIO

DEBATE

Juicio político e *impeachment* en el presidencialismo americano

Presentación	11
<i>Fernando Flores Giménez</i>	
El proceso de <i>impeachment</i> en los Estados Unidos: ¿Derecho o política?	14
<i>Helena Alviar García</i>	
Los juicios políticos en América Latina: reflexiones sobre el caso colombiano	32
<i>Jorge Eduardo Londoño Ulloa</i>	
Revocación del mandato presidencial en Venezuela: instrumento controvertido en su sistema presidencial	52
<i>Elia Domingo Barberá</i>	
(Des)control político en Ecuador: historia, legislación y realidad	82
<i>Ramiro Rivadeneira Silva</i>	
La responsabilidad del poder presidencial en México. Un debate actual	104
<i>Luis Efrén Ríos Vega</i>	

ESTUDIOS

Reivindicación de la concepción kantiana del Derecho y del delito: tras la libertad.....	134
<i>Tomás S. Vives Antón</i>	
Kant sobre el Derecho penal.....	158
<i>Manuel Jiménez Redondo</i>	
La conformación jurídico penal de la corrupción como delito. Su significación y las soluciones ofrecidas en el pensamiento histórico moderno.....	178
<i>Manuel Luis Ruiz Morales</i>	
Partidos políticos y responsabilidad penal: una reflexión en torno al sistema de penas....	206
<i>José León Alapont</i>	
Interpretación y construcción del Derecho	238
<i>Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz</i>	

TEMAS DE HOY

Democracia callejera.....	270
<i>Alejandro Nieto</i>	
Normas de edición de la revista	285
Normas éticas y declaración de buenas prácticas	295

SUMMARY

DEBATE

Political judgment and impeachment in American presidentialism

Presentation	11
<i>Fernando Flores Giménez</i>	
Impeachment in the United States: law or politics?.....	14
<i>Helena Alviar García</i>	
Impeachments in Latin America: reflections on the colombian case.....	32
<i>Jorge Eduardo Londoño Ulloa</i>	
The revocation of the presidential mandate in Venezuela: a controversial instrument in its presidential system	52
<i>Elia Domingo Barberá</i>	
Political (un)control in Ecuador: history, legislation and reality	82
<i>Ramiro Rivadeneira Silva</i>	
Presidential liability in Mexico. A current debate.....	104
<i>Luis Efrén Ríos Vega</i>	

STUDIES

Vindication of kantian conception of law and crime: after freedom.....	134
<i>Tomás S. Vives Antón</i>	
Kant about criminal law	158
<i>Manuel Jiménez Redondo</i>	
The establishment of corruption as crime. Its meaning and offered solutions in the historical modern thought	178
<i>Manuel Luis Ruiz Morales</i>	
Political parties and criminal responsibility: a reflection on the system of penalties.....	206
<i>José León Alapont</i>	
Interpretation and construction of the law.....	238
<i>Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz</i>	

ACTUALITY

Street democracy	270
<i>Alejandro Nieto</i>	
Author guidelines	385
Ethical guidelines	395

DEBATE

Presentación

Fernando Flores Giménez

El proceso de *impeachment* en los Estados Unidos: ¿Derecho o política?

Helena Alviar García

Los juicios políticos en América Latina: reflexiones sobre el caso colombiano

Jorge Eduardo Londoño Ulloa

Revocación del mandato presidencial en Venezuela: instrumento controvertido en su sistema presidencial

Elia Domingo Barberá

(Des)control político en Ecuador: historia, legislación y realidad

Ramiro Rivadeneira Silva

La responsabilidad del poder presidencial en México. Un debate actual

Luis Efrén Ríos Vega

PRESENTACIÓN

Fernando Flores Giménez

Profesor de Derecho Constitucional. Universitat de València

América es un continente con una forma de gobierno común, el presidencialismo. Este se asienta en dos rasgos esenciales, una legitimidad democrática dual, basada en el hecho de que tanto el presidente como el congreso son electos por el pueblo; y una especial rigidez del sistema, en el que ambos poderes son electos para un periodo fijo, por lo que su permanencia es, en principio, independiente de la voluntad del otro.

El debate en torno a si es el presidencialismo o, por el contrario, el parlamentarismo, el mejor sistema para propiciar regímenes democráticos estables, tuvo relevancia en los años ochenta del siglo XX, en buena medida en torno al *paper* de Juan Linz, «Democracy: Presidential or Parliamentary, Does It Make a Difference?» (1985), un texto que, precisamente, fue la culminación de un proyecto —*The Role of Political Parties in the Return to Democracy in the Southern Cone*— que tenía a América Latina como objeto de interés.

Los problemas que Linz atribuía al presidencialismo —la rigidez y confrontación de legitimidades comentada, la imposibilidad de gobiernos plurales o de coalición, la tendencia de los presidentes al autoritarismo, la dificultad para que estos rindan cuentas, y la facilidad para los *outsiders* de acceder a la política— fueron entonces ampliamente debatidos, y aún hoy siguen en el centro de muchos de los análisis y propuestas para mejorar los sistemas políticos latinoamericanos.

Teniendo presente este punto de partida, lo cierto es que, si nos fijamos en los sistemas constitucionales americanos vigentes, desde el estadounidense hasta el argentino, comprobamos que existen diversos mecanismos de relación (legislativa, de control, de conformación de otros órganos constitucionales...) entre ejecutivo y legislativo, que muestran que en ellos la separación de poderes está lejos de ser pura.

Entre todos esos mecanismos de relación y contrapeso, en el ámbito del control del segundo sobre el primero, destaca el juicio político o *impeachment*, es decir, el proceso legal por el cual el legislativo delibera para remover al presidente de su cargo.

Este instrumento constitucional, en principio de carácter excepcional, ha venido aumentando su frecuencia desde los años noventa, planteando la cuestión de si, en realidad, no se ha convertido en un medio jurídico para superar, en determinados casos, la rigidez o prevalencia presidencial características del modelo, posibilitando una suerte de «golpes legislativos» poco compatibles con su función inicial.

La presidenta Rousseff, en Brasil; de Lugo, en Paraguay; de Kuczynski, en Perú; de Clinton (y de Nixon), en su momento, y actualmente de Trump, en EE. UU... Estos casos, y algunos más, justifican la pregunta sobre la naturaleza, intención —por el uso no siempre nítido que se hace— e incluso utilidad del juicio político y del *impeachment*, e

invitan a pensar que una comprensión e interpretación estrictamente institucional de estos mecanismos, sin tener presente las condiciones particulares de cada país, de su historia, de cada contexto político concreto, así como de las circunstancias de los actores políticos que intervienen en cada caso, puede resultar incompleta y no satisfactoria.

En esta línea de interés, el presente número de *Teoría & Derecho* plantea llevar a cabo el estudio de cómo los sistemas constitucionales de varios países americanos regulan los mecanismos de control político sobre el presidente de la república, su funcionalidad, eficacia y aplicación concreta. Cinco son los países a examen: México, Colombia, Estados Unidos, Ecuador y Venezuela. Cada uno con una historia, una regulación constitucional y un momento presente diferente al de los demás. Una variedad que muestra el diferente encaje que los mecanismos del control presidencial han encontrado en los diferentes países del continente americano, y cuyo examen revela algunas disfuncionalidades desde la perspectiva constitucional.

El primer estudio, a cargo de Helena Alviar sobre el *impeachment* en EE. UU., nos advierte de que juzgar a un presidente es un proceso muy difícil en el que intervienen muchos factores que no tienen tanto que ver con la Constitución como con el clima político del momento. Para Alviar, el *impeachment* debe ser comprendido como un asunto que refleja la batalla sobre la ideología económica, cultural y política predominante en un momento histórico, y propone un acercamiento a la figura desde los Estudios Críticos del Derecho, asumiendo en consecuencia que el Derecho positivo es un ordenamiento con lagunas jurídicas, y que la interpretación —la capacidad hermenéutica de delimitar y decidir qué constituye el delito o la falta— con intencionalidad política es intrínseca a la aplicación de la figura. El *impeachment* se visualiza, así, como un campo de confrontación política en el que la judicatura habrá de jugar un papel esencial.

El segundo, a cargo del senador Londoño Ulloa, tiene como protagonista central a Colombia, si bien dedica sus primeras páginas a centrar el debate en torno a la vinculación entre la figura de los juicios políticos y los sistemas democráticos, y a describir los rasgos generales del juicio político en los países de América Latina, rasgos que lo distinguen claramente del *impeachment* norteamericano, de origen anglosajón.

En cuanto a Colombia, Londoño nos relata cómo la regulación de la responsabilidad de los mandatarios políticos es una constante desde sus primeras constituciones. No obstante, ningún presidente de la República ha sido acusado por la Cámara de Representantes (salvo el caso Samper en 1996, sin mayores consecuencias), lo que da idea de su escasa aceptación y operatividad, un extremo que se ha confirmado con la declaración de inconstitucionalidad en 2015 de una reforma dirigida al «reequilibrio de la separación de poderes» en el país.

Resulta especialmente interesante el artículo sobre Venezuela, de Elia Domingo. Su interés radica en el enfoque teórico y práctico del planteamiento en torno a la figura de la revocación de mandato presidencial como instrumento de poder ciudadano y democracia participativa establecido por la Constitución de 1999. En su parte teórica, Domingo aborda la configuración conceptual y constitucional del mecanismo revocatorio, que no

depende en este caso de la voluntad legislativa sino de la confianza popular. En su vertiente práctica, estudia las dos activaciones que ha experimentado la revocación presidencial en Venezuela, la de 2004, con el presidente Chávez, realizada; y la de 2016, frente al presidente Maduro, intentada sin éxito.

Una mirada esencialmente política es la que aporta Ramiro Rivadeneira, ex defensor del pueblo del Ecuador, sobre la historia y actualidad del juicio político en su país. En realidad, Rivadeneira realiza un recorrido por la inestabilidad política ecuatoriana que ha caracterizado su historia republicana, una historia repleta de cambios políticos realizados a la sombra de constituciones semánticas y propiciados por la fuerza del caudillismo y el olvido del Estado de Derecho. El marco jurídico actual prevé la capacidad del Congreso para realizar el juicio político al presidente de la República, como también al resto de autoridades del Estado.

La última contribución tiene por objeto a los Estados Unidos de México y su autor es Luis Efrén Ríos Vega. Este describe a la presidencia mexicana como «una de las versiones contemporáneas de la antigua monarquía absoluta», cuya única limitación es temporal, seis años irrepetibles en los que incluso la sola voluntad presidencial puede reformar, por sí sola, la Ley Suprema de la Unión. Una historia democrática en comparación con el entorno, de estabilidad política, social y económica, explica la protección extrema del presidente frente a cualquier tipo de responsabilidad. En México, a pesar de los conocidos casos de corrupción que han caracterizado a sus gobiernos, nunca se ha sentenciado a un presidente a través de la figura del juicio político o penal.

Sin embargo, la reciente llegada de López Obrador a la máxima magistratura del país ha puesto sobre la mesa el debate sobre la exigencia de responsabilidad de la presidencia, bien por la vía de la revocación del mandato presidencial, bien por la del juicio al presidente por delitos electorales o de corrupción, ambos mecanismos en sede parlamentaria en estos momentos, como iniciativa de reforma constitucional.

En definitiva, cinco países y cinco formas de entender el alcance de la libertad de acción del presidente, así como de la capacidad del legislativo y del cuerpo electoral de fiscalizarlo, en el presidencialismo americano. Un recorrido breve que recuerda la importancia de la historia constitucional como precedente que explica el presente, y que, en lo concreto, apunta a la dificultad de que la revocatoria presidencial, el juicio político y el *impeachment* actúen con la autonomía jurídica suficiente que los haga verdaderos merecedores de la consideración de instituciones normativas con un peso específico más allá del campo de batalla político.

EL PROCESO DE *IMPEACHMENT* EN LOS ESTADOS UNIDOS: ¿DERECHO O POLÍTICA? IMPEACHMENT IN THE UNITED STATES: LAW OR POLITICS?

Helena Alviar García

*Profesora titular de la Facultad de Derecho
Universidad de los Andes (Colombia)*

RESUMEN

El artículo argumenta que el *impeachment* no es simplemente una regla o conjunto de reglas precisas que describen lo objetable del desempeño de un presidente y que estas reglas se pueden descifrar usando las técnicas tradicionales de la interpretación constitucional. Por el contrario, el texto propone entender el *impeachment* como un asunto que refleja la batalla sobre la ideología económica, cultural y política predominante en un momento histórico. Para lograr este objetivo, el artículo presenta las ideas tradicionales acerca del *impeachment*: cuáles son sus usos; su justificación en relación con el sistema de frenos y contrapesos; los principales debates acerca de su aplicación adecuada, así como las posibilidades que constitucionalistas contemporáneos le ven a esta figura en relación con el actual presidente de los Estados Unidos. Luego, se hace un breve resumen de dos experiencias previas, el caso de Nixon y el caso de Clinton, para enmarcar la discusión en términos alejados de la doctrina constitucional y más cercanos a un debate político. Finalmente, se propone una relectura a partir de los Estudios Críticos del Derecho y una descripción del radicalismo conservador que el presidente Trump encarna.

PALABRAS CLAVE

Impeachment de Donald Trump, interpretación constitucional, interpretación originalista, interpretación sistemática, Estudios Críticos del Derecho.

ABSTRACT

This article argues that impeachment is not a precise rule or set of rules that describe what could be criminal behavior by a President and that these rules can be unveiled using traditional constitutional interpretative technique. Rather, it proposes understanding impeachment as an issue that demonstrates a battle over dominant economic, cultural and political ideology. In order to achieve this goal, the article starts out by presenting mainstream ideas about impeachment. Then it provides a brief description of two previous experiences with impeachment in the United States, Nixon and Clinton. Finally, the text proposes a different reading of the debate using Critical Legal Studies and describing radical conservative ideas embodied in president Trump.

KEY WORDS

Impeachment of Donald Trump, constitutional interpretation, originalist interpretation, systematic interpretation, Critical Legal Studies.

EL PROCESO DE IMPEACHMENT EN LOS ESTADOS UNIDOS: ¿DERECHO O POLÍTICA?

Helena Alviar García

Profesora titular de la Facultad de Derecho
Universidad de los Andes (Colombia)

Sumario: Introducción. 1. ¿Cuáles son las reglas constitucionales que regulan el proceso de acusación de un presidente de los Estados Unidos? ¿Cuáles han sido los principales debates interpretativos? 1.1. El procedimiento. 1.2. La conducta reprochable que puede dar inicio al proceso. 1.2.1. Interpretación historicista. 1.2.2. Interpretación textual. 1.2.3. Interpretación sistemática. 1.3. Los detractores y defensores del presidente Trump: la traducción partidista del debate técnico hermeneúutico. 1.3.1. Argumentos a favor de juzgarlo. 1.3.2. Perspectiva pragmática. 2. Dos antecedentes del siglo XX: Richard Nixon y Bill Clinton. 2.1. Richard Nixon. 2.2. Bill Clinton. 3. Otra lectura del *impeachment*: una propuesta desde los Estudios Críticos del Derecho. 4. Conclusión. Notas. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Las investigaciones que rodean a Donald Trump son múltiples y parecen inspiradas en la tradición de las novelas latinoamericanas sobre dictadores. Mientras escribo estas líneas, el actual presidente de los Estados Unidos tiene procesos abiertos por asuntos tanto personales como relacionados con su campaña. Una lista (lejos de ser exhaustiva) de las investigaciones de que es objeto incluiría la cooperación de su campaña con los rusos para ganar las elecciones en el 2016, los múltiples conflictos de interés en relación con sus compañías, el acoso sexual a —por lo menos— cinco mujeres y el soborno de una estrella porno que alega ser su amante.

Muchos ciudadanos estadounidenses observan con una mezcla de incredulidad, asco y horror la cadena de escándalos que ha caracterizado esta presidencia y consideran que Trump es una persona que tiene unas convicciones equivocadas sobre lo que está bien y lo que está mal, que su desempeño político se inclina más a polarizar que a congregar y que exhibe una manifiesta falta de respeto por las instituciones, razones que se estiman suficientes para separarlo de su cargo mediante un proceso de *impeachment*.

Trump ha argumentado que su popularidad es tan grande que podría disparar a alguien en la Quinta Avenida de Nueva York y no perdería votos (*The Guardian*, 2016). Puede tener razón. Donald Trump acapara el respaldo del 93% de la base republicana (Hutzler, 2018)¹. El otro presidente republicano que ha alcanzado este nivel de aprobación en su partido ha sido George W. Bush, justo después de los ataques terroristas del 11 de septiembre (Bump, 2018). Con la conformación actual del Congreso de los Estados Unidos, pensar que podrían lograrse las mayorías necesarias para un *impeachment* es francamente ilusorio.

Pero mas allá de las mayorías en el Congreso, si se analizan dos antecedentes anteriores —el de Nixon en los setenta y el de Clinton en los noventa—, cabe concluir que el enjuiciamiento de un presidente es un proceso muy difícil en el que intervienen muchos factores relacionados no tanto con la Constitución de los Estados Unidos cuanto con el clima político del momento.

El objetivo principal del presente texto es argumentar que el *impeachment* no es simplemente una regla o conjunto de reglas precisas destinadas a determinar lo objetable del desempeño de un presidente y que estas reglas pueden descifrarse recurriendo a las técnicas tradicionales de la interpretación constitucional. Por el contrario, este artículo argumenta que es un proceso que guarda conexión con la ideología económica, cultural y política de un contexto histórico específico. En este sentido, el hecho de que no haya prosperado el enjuiciamiento de Trump a pesar de los múltiples actos contrarios a la ley que ha cometido no tiene que ver con las fallas en la aplicación de que dispara el proceso ni con el arreglo institucional que lo rodea o con la falta de poder de los demócratas; está relacionado con la fortaleza del discurso radicalmente conservador de Trump en los ámbitos económico, cultural y político. Entender el *impeachment* como un asunto que refleja la batalla sobre la ideología económica, cultural y política predominante en un momento histórico exige clarificar varios temas. Implica, entre otras cosas, explicar los esfuerzos que han adelantado varios académicos estadounidenses con la finalidad de argumentar que existen herramientas hermenéuticas adecuadas para delimitar lo que se entiende por «otros delitos y faltas graves» y revestir de validez jurídica tanto el contenido (cuáles son las conductas reprochables) como el procedimiento (quiénes participan en el proceso).

Para demostrar su argumento principal, este artículo se desarrollará de la siguiente manera. En primer lugar, se presentarán las ideas tradicionales sobre el *impeachment*: sus usos, su justificación en relación con el sistema de frenos y contrapesos, los principales debates acerca de su aplicación adecuada, así como las posibilidades de aplicación de esta figura que determinados constitucionalistas contemporáneos sopesan en relación con el actual presidente de los Estados Unidos. Posteriormente, se hará un breve resumen de dos experiencias previas, los casos Nixon y Clinton, para enmarcar la discusión en términos alejados de la doctrina constitucional y próximos al debate político. Por último, se propondrá una relectura de las posibilidades de la figura del *impeachment* a partir de una descripción del radicalismo conservador que Trump encarna.

1. ¿CUÁLES SON LAS REGLAS CONSTITUCIONALES QUE REGULAN EL PROCESO DE ACUSACIÓN DE UN PRESIDENTE DE LOS ESTADOS UNIDOS? ¿CUÁLES HAN SIDO LOS PRINCIPALES DEBATES INTERPRETATIVOS?

En principio, las definiciones y procedimientos que contiene la Constitución de los Estados Unidos para adelantar un proceso de enjuiciamiento y acusación son relativamente claros. En esta sección procederé a traducir y analizar los artículos correspondientes.

1.1. EL PROCEDIMIENTO²

Se dijo una y otra vez que, si la conformación de la Cámara de Representantes cambiaba en noviembre de 2018, era muy probable que por lo menos se intentara iniciar un proceso contra Donald Trump. El breve resumen del procedimiento que aparece en esta sección evidencia que todo el poder inicial radica en este órgano.

El *impeachment* comienza en el Comité Judicial de la Cámara de Representantes. El proceso puede iniciarse como consecuencia de una petición ciudadana, de la acusación presentada por un gran jurado o por la petición de una asamblea legislativa estatal. Desde finales del siglo XX, la ley prevé la figura del asesor legal independiente encargado de investigar y referir los casos al Comité (Tribe y Matz, 2018: 128). Kenneth Starr asumió este cargo en el caso de Bill Clinton y Robert Mueller en el caso de Donald Trump (Ruiz y Landler, 2017). El Comité Judicial no se somete a reglas probatorias específicas o, como veremos mas adelante, a una definición concreta de «otros delitos y faltas graves». Por el contrario, los miembros del Comité tienen un amplio poder discrecional, de ahí que antes de noviembre de 2018 se afirmara que, si cambian las mayorías de la Cámara, el proceso contra Trump era casi seguro.

Una vez el Comité vota favorablemente (por mayoría simple) uno o varios artículos que exigen la investigación, estos artículos se llevan a la plenaria de la Cámara de Representantes. Si la plenaria aprueba el o los artículos (votados de manera independiente), debe seleccionar uno o varios fiscales que representarán el caso ante el Senado. Este o estos fiscales deben ser miembros de la Cámara³. La Cámara notificará al Senado su decisión de acusar al presidente y posteriormente empieza el enjuiciamiento propiamente dicho por parte del Senado. Es interesante notar que quien preside el juicio es el presidente de la Corte Suprema de Justicia. Luego de testimonios y deliberaciones, el Senado vota artículo por artículo a la pregunta: culpable o no culpable.

1.2. LA CONDUCTA REPROCHABLE QUE PUEDE DAR INICIO AL PROCESO

La sección 4 del artículo 2 de la Constitución de los Estados Unidos establece:

«El presidente, el vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán separados de sus puestos al ser acusados y declarados culpables de traición, cohecho u otros delitos y faltas graves»⁴.

La redacción es muy vaga y existen diversos temas que podrían ser objeto de análisis y debate. Sin embargo, a efectos del argumento principal de este artículo solo se describirán algunas herramientas hermenéuticas que se han propuesto para interpretar lo que se entiende por «otros delitos y faltas graves». En la siguiente sección se presentará la interpretación historicista y, posteriormente, la sistemática. Finalmente, se presentarán algunas conclusiones.

1.2.1. Interpretación historicista

Esta escuela, también llamada originalista, se concentra en el análisis de documentos históricos de finales del siglo XVIII para revisar cuáles eran los objetivos de los constituyentes originarios de los Estados Unidos. Uno de sus principales defensores, el fallecido juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Antonin Scalia, argumentaba que esta herramienta hermenéutica era la única que permitía dar soluciones «en Derecho» (en oposición a decisiones políticas influenciadas por el contexto). De esta forma, el estudio de la intención de los *founding fathers* —padres de la Constitución— constituye la forma democrática de dar contenido a la Constitución, dado que los intérpretes posteriores (los jueces y, en el caso del *impeachment*, los miembros del Congreso) no están representando a los ciudadanos de los Estados Unidos, cosa que sí sucedió durante la redacción de la Constitución⁵. De hecho, para Scalia (1989), el objetivo de la Constitución era precisamente:

«[...] prevenir que la ley promueva cambios en los valores originales que la sociedad que adoptó la Constitución consideró fundamentalmente indeseables».

Scalia defendió esta idea casi 20 años después frente a sus detractores, que lo acusaron de respaldar una «constitución muerta» (*a dead constitution*):

«Si usted adopta la filosofía de que la Constitución no es estática, sino que se transforma de época en época para que diga cualquier cosa —lo que probablemente será lo que la gente quiera que diga—, efectivamente se está eliminando el propósito mismo de la Constitución» (Scalia, 2008).

En su libro *Impeachment: A Citizen's Guide*, Sunstein (2017: 16-34) argumenta que el proceso de acusación es imposible de entender si no se enmarca dentro de los objetivos principales de los constituyentes y de lo que se ha llamado el excepcionalismo americano. Este excepcionalismo se traduce, entre otras cosas, en el rechazo a toda costa de la monarquía y en la protección de la igualdad formal. En otras palabras: nadie está por encima de la ley. Este principio se encuentra consagrado en la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776:

«Sostenemos como evidentes por sí mismas dichas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad».

En consecuencia, el establecimiento de un procedimiento para juzgar y condenar a un presidente era una pieza fundamental para evitar la concentración de poder en cabeza de una figura similar a la de un rey. Sin embargo, la determinación de los actos

que darían inicio al proceso y del arreglo institucional correspondiente generó fuertes controversias. Por una parte, era importante que el proceso no fuera tan amplio y flexible que permitiera el enjuiciamiento de cualquier presidente por parte la oposición y por razones meramente políticas; por otra, sin embargo no podía ser tan limitado y rígido que evitara el progreso de cualquier enjuiciamiento, lo que conduciría inevitablemente al autoritarismo.

Si entendemos entonces que el enjuiciamiento de un presidente tiene como finalidad general evitar la concentración de poder, es necesario analizar cómo se define esta concentración y qué tipo de poder es el que preocupa. Nos detendremos en la segunda cuestión.

En relación con el tipo de poder, los constituyentes originarios no se preocuparon por la concentración de poder económico, aunque este es un tema muy relevante en las discusiones actuales, dado que Donald Trump acumula un considerable poder económico y que algunos de los argumentos a favor de su enjuiciamiento están relacionados con actos de abuso financiero. Este debate se discutirá mas adelante. Por ahora, es importante establecer que, a efectos de la interpretación historicista, los constituyentes norteamericanos consideraron que la acumulación se refería al abuso del poder oficial.

La cuestión más difícil, entonces, es cómo definir los «otros delitos y faltas graves» que llevarían a un enjuiciamiento como consecuencia de una concentración de poder. En su libro *To End a Presidency: The Power of Impeachment*, Tribe y Matz (2018: 35) describen cómo esta frase ha sido objeto de múltiples interpretaciones a través del tiempo:

«Algunos políticos han sugerido que declarar los Estados Unidos una monarquía sería casi el único acto por el cual se debería juzgar a un presidente. Otros han insistido que cualquier actuación inconstitucional por parte del ejecutivo sería suficiente para iniciar el proceso».

En relación específicamente con el contenido de los actos reprochables, estos dos autores describen de la siguiente manera la intención de los constituyentes:

«[...] nadie en la Convención Constituyente objetó que se incluyeran grandes y peligrosas ofensas más allá de traición y cohecho. Esto sugiere que la cláusula debería cubrir este propósito general. Como mínimo, parecería que al incluir esta frase luego de las palabras ‘traición’ y ‘cohecho’, Mason no tenía en mente un conjunto específico de actos reprochables» (Tribe y Matz, 2018: 37).

En consecuencia, sostienen que, desde la perspectiva historicista, el hecho de haber dejado la figura abierta significa que los fundadores de los Estados Unidos consideraron la posibilidad de brindarle un significado acorde con el contexto en el que fuera a aplicarse. A pesar de ello, concluyen que la conducta debe ser muy seria, dados los dos delitos que contiene la frase.

En conclusión, la interpretación originalista abre la puerta al enjuiciamiento entendiendo el mecanismo como una forma de prevenir el poder absoluto. De esta forma, no todos los actos inconstitucionales o inapropiados serían suficientes para activar el proceso. Se necesitaría una conducta casi tan grave como la traición y el cohecho, inimaginables en el contexto histórico de la Convención Constituyente.

1.2.2. Interpretación textual

La interpretación textual o literal es muy similar a la interpretación originalista e incluso puede decirse que es un producto de la misma. De acuerdo con esta orientación hermenéutica, la frase «otros delitos y faltas graves» no se refiere a dos conductas diferentes, sino que constituye una reiteración de la misma idea.

Según esta corriente, el concepto que se ha traducido al español como «grave» corresponde en inglés a *high*, es decir, «alto», y no se refiere a algo muy serio, sino al hecho de que son delitos cometidos por altos funcionarios en ejercicio de sus funciones. En palabras de Noah Feldman y Jacob Weisberg (2018):

«Otros delitos y faltas son “altos”⁶ cuando se relacionan con el ejercicio de obligaciones muy precisas a su cargo. Pueden ser delitos en el sentido de encontrarse en el Código, pero la frase implica que se puede ir más allá del mismo. “Otros delitos y faltas graves” son, entonces, acciones presidenciales que contradicen, socavan y anulan la democracia y el Estado de Derecho. Son acciones que debilitan la libertad e igualdad de los individuos y las capacidades de las otras ramas del gobierno».

1.2.3. Interpretación sistemática

Desde el punto de vista de la interpretación sistemática, la manera de entender el contenido de la cláusula sería radicalmente diferente. Esta escuela hermenéutica propone entender la Constitución como un documento «vivo» y cambiante. La expresión «vivo» encuentra una de sus más famosas expresiones en esta frase que Thurgood Marshall pronunció en 1987: «Planeo celebrar el bicentenario de la Constitución como un documento vivo» (Sunstein, 2017: 65).

Describir el texto constitucional de esta manera tiene importantes consecuencias. En primer lugar, ya no se trataría de establecer históricamente qué sucedió en el momento de redactar cualquier cláusula, qué se incluyó, qué quedó fuera, cuáles eran las preocupaciones del momento y cómo se manifiesta el excepcionalismo norteamericano. Se trata, por el contrario, de analizar el periodo actual, cómo se relacionan los ciudadanos contemporáneos con la Constitución y cuáles son las posiciones prevalentes frente a las preguntas constitucionales fundamentales⁷. Desde esta perspectiva, es un deber de la Corte entender las variaciones del contexto y la manera en que van transformándose los valores sociales. La pregunta que los jueces deben responder es la siguiente: ¿cómo se definen de manera contemporánea esos valores sociales?

Para entender la aplicación de las cláusulas fundamentales en el presente, algunos académicos han propuesto lo siguiente: la Constitución contiene un sistema amplio de valores que deben guiar la interpretación. Tres ejemplos de valores que irradian la constitución serían la tradición⁸, la democracia⁹ y la moralidad¹⁰.

Dar contenido a la frase «otros delitos y faltas graves» a la luz de cualquiera de estos principios no es una tarea fácil. Sunstein concluye diciendo que la perspectiva originalista constituye la única manera de resolver el tema:

«Aun si uno no está de acuerdo con el originalismo, es posible ver su valor al analizar el *impeachment*. Puede que parezca oportunista hacerlo así, pero tiene una lógica irrefutable. Frankfurter, Breyer y Dworkin están preocupados por los cambios en el contexto y los valores. No quieren congelar los conceptos de libertad, igualdad ante la ley y debido proceso. Por el contrario, quieren incorporar a estos conceptos nuevas lecciones. Estoy de acuerdo. Pero en relación con el *impeachment*, los problemas que se enfrentaron en 1787 no son tan diferentes de los que enfrentamos hoy. Es cierto, el presidente es mucho más poderoso hoy en día y, claro, puede cometer faltas graves que los fundadores no imaginaron: el uso de drones y armas nucleares, la vigilancia electrónica, abusos de autoridad bajo el Clear Air Act. Pero las preocupaciones abstractas que los motivaron: traición, cohecho, corrupción, malversación de la fe pública y el grave abuso del poder presidencial, no son diferentes de lo que nos preocupa hoy. *Son exactamente los mismos*»¹¹ (Sunstein, 2017: 77).

Tribe y Matz (2018: 42) proponen una interpretación menos originalista (aunque con varias referencias a la intención de los fundadores). Se inclinan por atribuir un peso importante a la corrupción y exigen la prueba de la intención que posiblemente se podría traducir en un grave daño para la nación. Por otra parte, debe ser tan trascendental el daño que hace imposible esperar hasta la siguiente elección. En últimas, su apuesta es sistemática:

«Basados en el texto constitucional, su estructura e historia, estos principios arrojan una definición aceptable de lo que son los actos que ameritan juzgamiento».

1.3. LOS DETRACTORES Y DEFENSORES DEL PRESIDENTE TRUMP: LA TRADUCCIÓN PARTIDISTA DEL DEBATE TÉCNICO HERMENÉUTICO

En esta sección, y a manera de ejemplo, presentaré los argumentos principales de quienes consideran que el presidente Trump debe ser acusado por la Cámara de Representantes y juzgado por el Senado, así como los de quienes consideran que juzgarlo sería un error, postura que denomino «visión pragmática». No incluyo un análisis de sus defensores en el partido republicano, pues su argumento es muy simple: hasta el momento, el presidente no ha cometido ningún «delito u acto grave» que pueda comprobarse y que pueda ser objeto de un proceso (Mascaro y Peoples, 2018).

1.3.1. Argumentos a favor de juzgarlo

Un primer tema que ha obsesionado a académicos y políticos en los Estados Unidos es determinar si las actuaciones de Donald Trump antes de llegar a la presidencia serían objeto de juicio. Concretamente: ¿qué sucede si su elección fue producto de un crimen? Esta pregunta se refiere a su cooperación con los rusos para socavar la campaña de Hillary Clinton y promover su elección.

En su libro *The Case for Impeachment*, Allan Lichtman (2017), historiador político que enseña en American University, presenta una argumentación amplia y flexible en defensa del enjuiciamiento de Donald Trump. El texto incluye la supuesta colaboración con los rusos durante la campaña como un acto de traición (una de las ofensas claras que justificarían el inicio del proceso de *impeachment*). Sin embargo, la Constitución de los Estados

Unidos define la traición de la siguiente manera: «La traición contra los Estados Unidos solo consistirá en hacer la guerra en su contra o en unirse a sus enemigos, impartiendoles ayuda y protección»¹². En otras palabras, tendría que haberse presentado en un momento de guerra contra los rusos para que se cumpliera este requisito¹³.

Adicionalmente, el libro incluye una interpretación fascinante de lo que podría incluir el término «otros delitos y faltas graves»: mentir, su actitud agresiva contra las mujeres y toda su política en relación con el calentamiento global como un crimen contra la humanidad. Otros académicos¹⁴ han propuesto que el eje del caso no sería la cooperación con los rusos, sino la corrupción, los conflictos de interés y el recibo de pagos por parte de gobiernos extranjeros.

En su primera entrevista antes de tomar posesión, que fue publicada en *The New York Times*, Donald Trump (2016) afirmó:

«La ley está totalmente de mi lado, el presidente no puede tener conflictos de interés [...] Yo entiendo porque esto es así, de cierta forma todo lo que hace un presidente podría implicar un conflicto de interés».

Muchos alegan que esta es una interpretación equivocada de la ley. Efectivamente, las empresas de Trump se están enriqueciendo de múltiples maneras desde que asumió el cargo de presidente. Las ganancias son enormes. Entre otros muchos beneficios indebidos, cabe citar la publicidad gratuita que reciben sus clubes privados cada vez que los visita, la reducción de los costos de agua para sus campos de golf propiciada por la revocatoria de una directriz de la Agencia de Protección del Medio Ambiente y los ingresos que reciben sus hoteles cuando en ellos se hospedan funcionarios extranjeros (Feldmand y Weisberg, 2017: 7).

Otro argumento a favor del *impeachment*, aunque más difícil de concretar, sería el ataque permanente de Trump a instituciones democráticas como los jueces y la prensa. Estas arremetidas configuran la interpretación literal señalada arriba, ya que por medio de estos actos está «contradiendo, socavando y anulando la democracia y el Estado de Derecho y son acciones que debilitan la libertad e igualdad de los individuos y las capacidades de las otras ramas del gobierno»¹⁵.

Hay tantos ejemplos de su hostilidad hacia los jueces que el Brennan Center for Justice tiene una página dedicada a este tema significativamente denominada *In His Own Words: The President's Attacks on the Courts* («En sus propias palabras: Los ataques del presidente a las Cortes») que contiene tuits y discursos sobre este tema. Un par de ejemplos serían los siguientes. En primer lugar, llamó «supuesto juez» al magistrado cuya sentencia se opuso a la prohibición para personas de algunos países (predominantemente musulmanes) de viajar a los Estados Unidos. Por otra parte, describió el sistema judicial como «descompuesto e injusto» cuando un juez se opuso a la finalización del programa para legalizar hijos de inmigrantes ilegales llamado DACA (Brennan Center for Justice, 2017).

En la misma línea, Trump ha declarado que la prensa es la «enemiga del pueblo» (Fox Business, 2018), que los periodistas son deshonestos¹⁶ y que la libertad de expresión es

desagradable (*The Guardian*, 2017). Estos ataques han generado más de 300 editoriales en periódicos de los Estados Unidos en defensa de los valores de la prensa libre (BBC, 2018).

La lectura más radical de las posibilidades de *impeachment* la encarna un ala del partido demócrata encabezada por Maxine Waters. Waters es una representante demócrata por California que ha sostenido que el Congreso es la única institución autorizada para definir en qué consisten las ofensas objeto de enjuiciamiento:

«De lo que se trata el *impeachment* es lo que defina el Congreso. Ninguna ley dictamina lo que es. La Constitución dice “otros delitos y actos graves” y nosotros definimos eso» (Schwartz, 2017).

En últimas, Waters afirma que, en este tema, la separación entre Derecho y política es artificial. Aunque muchos miembros de su partido la han criticado por su radicalismo, para nadie es un secreto que, si los demócratas tuvieran la mayoría en la Cámara de Representantes, el *impeachment* sería una posibilidad real.

1.3.2. Perspectiva pragmática

Muchos otros académicos y miembros del partido demócrata consideran que adelantar el proceso traerá consecuencias inesperadas; además de ser la manera más antidemocrática de enfrentarse a un líder elegido popularmente, convertirá a Trump en un héroe.

Tribe y Matz argumentan que el diseño constitucional está lejos de ser una ciencia exacta y que muchas veces los resultados de un arreglo institucional pueden ser contrarios a lo esperado:

«El diseño constitucional es más arte que ciencia y sus implicaciones no se pueden predecir fácilmente [...] La dinámica de poder en el sistema federal es fluida, controversial y cambiante. Las reglas establecidas para restringir pueden empoderar, herir o alterar sin rumbo toda la estructura gubernamental. Las palabras pueden describir un sistema de gobierno, pero la operación del mismo (especialmente con el paso del tiempo) puede sorprender hasta al más cauteloso de los profetas» (Tribe y Matz, 2018: 15).

Estos autores reiteran una y otra vez que la cláusula del *impeachment* debe ser utilizada en los casos más extremos, cuando sea previsible que pueda producirse una catástrofe inminente a consecuencia de los abusos de poder por parte del presidente. Advierten, además, que, por desagradable que nos parezca un líder, separarlo del cargo a través de este medio debe ser la última opción¹⁷.

Más adelante alegan que el temor a ser juzgado puede destruir a una persona por fuerte que esta sea. El problema no es que no se le deba juzgar porque se verá afectado personalmente; el problema es que distrae y debilita al líder del país más poderoso del mundo (Tribe y Matz, 2018: 102).

Adicionalmente, ambos autores argumentan que el *impeachment* es muy riesgoso para el arreglo institucional —el sistema de frenos y contrapesos—, pues confiere un poder excesivo al Congreso y podría transformar el sistema presidencialista norteamericano en un sistema parlamentarista (Tribe y Matz, 2018: 102).

2. DOS ANTECEDENTES DEL SIGLO XX: RICHARD NIXON Y BILL CLINTON

La Cámara de Representantes tomó la decisión de juzgar al presidente Bill Clinton, pero el Senado finalmente no lo condenó. Richard Nixon renunció antes de ser juzgado, pues había asumido que el enjuiciamiento era inevitable.

Estos dos antecedentes son importantes porque muestran de una parte que la votación en el Congreso se divide, casi exactamente, de acuerdo con las diferencias partidistas. Por otra parte, demuestran que los hechos reprochables que resultaron de la investigación contra Nixon son más numerosos y más claros en términos legales. Lo que es un hecho es que lo que acabó definiendo la suerte de estos expresidentes no fueron las herramientas de interpretación.

2.1. RICHARD NIXON

Richard Nixon pertenecía al Partido Republicano. Su ideología, sin embargo, no era excesivamente conservadora en los ámbitos económico y social. De hecho, muchas de sus iniciativas fueron abiertamente progresistas. Por ejemplo, creó la Agencia de Protección del Medio Ambiente, promovió la idea de la autodeterminación de los pueblos indígenas de Estados Unidos, firmó leyes que prohibieron la discriminación sexual en la educación superior y viajó a la China para mejorar las relaciones bilaterales entre EE. UU. y el país asiático.

Los hechos que dieron lugar a la investigación son bastante conocidos. En 1972 se descubrió que habían sido robados documentos en el Comité Nacional del Partido Demócrata de los Estados Unidos y que se habían colocado micrófonos para grabar las conversaciones en esta sede. La investigación determinó que los delincuentes que habían robado los documentos y colocado los micrófonos tenían una relación directa con el presidente Nixon. Aunque inicialmente no fue posible acreditar que el Gobierno había autorizado la comisión de estos ilícitos, sí pudo establecerse que había intentado pagar sobornos a los delincuentes y que la Casa Blanca había presionado a la CIA para que suavizara la investigación que estaba llevando a cabo el FBI¹⁸.

En principio, no era claro que, por sí solo, el pago de sobornos cumpliera con las exigencias de «otros delitos y actos graves». Sin embargo, una vez comenzó la indagación afloraron muchos otros actos reprochables, entre ellos mentir a los investigadores oficiales, ocultar o retener información relevante para los entes investigadores, aprobar, condonar o aconsejar a testigos para que brindaran falsos testimonios, intervenir —o intentar intervenir— en las investigaciones del Departamento de Justicia, el FBI y la oficina del fiscal especializado así como en las de los Comités del Congreso, aprobar, condonar o aceptar el pago de sobornos, emitir declaraciones públicas falsas, dirigir entidades a su cargo como la Agencia de Recaudación de Impuestos (*Internal Revenue Service*) o el FBI para que investigaran y acusaran ciudadanos ilegalmente y autorizar la creación de un ente secreto, financiado con recursos públicos, encargado del espionaje (Sunstein, 2017: 74-94).

Tras un largo proceso, el Comité Judicial de la Cámara de Representantes aprobó tres artículos que en términos generales acusaban al presidente Nixon de obstrucción a la Justicia y abusos de poder¹⁹.

2.2. BILL CLINTON

El caso de Bill Clinton es un poco menos controvertido. Empezó con una investigación relativa a las inversiones en finca raíz hechas por Bill y Hillary Clinton en 1994 que habían fracasado. La investigación fue adelantada por Kenneth Starr, fiscal especial cuyo mandato se extendió en el tiempo e incluyó progresivamente múltiples temas. Como parte de sus investigaciones, Starr investigó la relación de Bill Clinton con una becaria que trabajaba en la Casa Blanca, Monica Lewinsky. La indagación sobre esta cuestión terminaba con la siguiente frase de Starr: «Existe información suficiente y confiable que el presidente Clinton cometió actos que pueden llevar a un *impeachment*» (Kenneth Starr, citado por Sunstein, 2017: 101). Starr construyó su caso alrededor de dos hechos. El primero, que Clinton había rendido falso testimonio; el segundo, que había adelantado maniobras para obstruir la acción de la Justicia.

La acusación llegó hasta la plenaria de la Cámara de Representantes, que aprobó elevar la acusación ante el Senado. Como era de esperar, la mayoría de los que votaron a favor de enjuiciar al presidente eran republicanos y la mayoría de quienes votaron en contra eran demócratas. En el Senado se consideró que no era culpable en ninguna de las dos actuaciones (por falso testimonio y por obstrucción a la Justicia) (Sunstein, 2017: 103).

La conducta es reprochable, sin lugar a dudas. Monica Lewinsky se refirió a lo sucedido durante la presidencia de Clinton en un artículo que publicó en *Vanity Fair* en marzo de 2018. Aunque siempre ha sostenido que hubo consentimiento de su parte, en el artículo hace una reflexión sobre la diferencia de poder entre los dos protagonistas del episodio:

«A mis 44 años, estoy empezando (solo empezando) a considerar las implicaciones que tenía la diferencia abismal de poder entre el presidente y una pasante en la Casa Blanca. Estoy empezando a pensar que, en esas circunstancias, haber dado o no consentimiento es irrelevante [...] Él era mi jefe, era el hombre más poderoso del planeta. Era 27 años mayor que yo, con más experiencia para tomar una decisión diferente. Estaba en el punto más alto de su carrera, yo recién graduada de la universidad en mi primer trabajo» (Lewinsky, 2018).

Desde una perspectiva feminista, habría mucho que censurar a la actuación de Bill Clinton. Aprovechó que tenía mas poder para obtener el consentimiento, prevalimiento que, en efecto, podría interpretarse como acoso sexual. Por otra parte, una vez se desencadenó la investigación, Clinton dispuso de todos los recursos posibles para defenderse, mientras que Lewinsky sufrió el grueso de los costos en términos de prestigio y acceso al mercado laboral. A pesar de que el episodio es un evento que evidencia las diferencias de poder entre los hombres y las mujeres, afirmar que lo ocurrido ponía en riesgo el Estado de Derecho es excesivo.

Si se analizan las diferentes interpretaciones de los artículos constitucionales que definen el *impeachment*, el caso es muy difícil de sostener. Aun aceptando que Clinton incurrió en falso testimonio y que sus actos lograron obstruir la acción de la Justicia, no resulta posible afirmar que su actuación estuvo encaminada a poner en peligro la democracia y el Estado de derecho en los Estados Unidos.

Es fascinante constatar, además, que algunos senadores que fueron implacables con Clinton ahora tienen una opinión mucho más flexible sobre las condiciones para juzgar. Entre ellos el senador Lindsay Graham, que ha afirmado que, en el caso de Trump, todavía es muy pronto para saber si se han cumplido las condiciones constitucionales. Sin embargo, en 1999 Graham afirmó: «No es necesario haber sido condenado por un crimen para perder el cargo en esta República constitucional si el Senado determina que su conducta como un servidor público está claramente alejada de sus funciones oficiales». Lo mismo se aplica para los promotores del *impeachment*. La antes citada representante demócrata Maxine Waters sostuvo en 1998 que el proceso contra Clinton era equivalente a un «golpe de estado republicano» (Rieger, 2018).

En conclusión, la comparación entre los casos Nixon y Clinton demuestra que, más allá de las propuestas originalistas o pragmáticas, lo que define la posibilidad de ser juzgado o no tiene mucho que ver con la política. No con el clima político o con las mayorías partidistas, sino con la ideología predominante en un momento específico. Veámoslo.

3. OTRA LECTURA DEL *IMPEACHMENT*: UNA PROPUESTA DESDE LOS ESTUDIOS CRÍTICOS DEL DERECHO

En esta sección se propondrá un análisis inspirado en las tesis de los Estudios Críticos del Derecho. Uno de los aportes fundamentales de esta corriente consiste en que ha sido capaz de mostrar las luchas ideológicas que enmarcan el Derecho. Su análisis del marco político en el que habitan las leyes permite cuestionar la promesa de que, si se utilizan las herramientas interpretativas adecuadas, se llegará a la mejor solución posible en términos morales, de arreglo institucional o de protección del Estado de Derecho. Por otra parte, el énfasis en el componente ideológico de las decisiones demuestra que los operadores jurídicos optan por una solución que no es necesariamente natural, neutral o necesaria.

En una descripción de los temas fundamentales de los Estudios Críticos del Derecho, Duncan Kennedy explica estas dos ideas en los siguientes términos:

«Algunos temas fundamentales son los siguientes:

Primero, un fuerte énfasis en las lagunas, conflictos y ambigüedades en el ordenamiento jurídico positivo. Elementos que hacen inevitable la libertad de la interpretación extensiva. Así que afirmaría que se produce una radicalización de ideas tanto europeas como norteamericanas acerca de la inevitabilidad de las lagunas y conflictos, insistiendo en que existe mucha más indeterminación en el ordenamiento jurídico positivo de lo que reconoce la corriente dominante de pensadores del Derecho.

[...]

Una tercera idea importante es que los jueces y profesores de Derecho involucrados en la interpretación jurídica tienen la tendencia, primero, a encubrir o negar el grado de elección que existe en su práctica interpretativa y, segundo, a ignorar o negar las consecuencias distributivas o políticas de la elección entre las posibles interpretaciones. La práctica de los juristas, ya sean jueces o también académicos produce un discurso de necesidad. Esto significa que el intérprete presenta su posición como necesaria dentro del contexto de las ciencias jurídicas, o quizás si fuera un modernista osado, dentro del contexto del *policy analysis*. Esto involucra una negación tanto del grado de elección como del significado político de la elección. Así, el discurso jurídico no es transparente, es en realidad un discurso de elección e intención política presentado como un discurso de necesidad interpretativa» (Kennedy, 2004).

Los académicos citados en el presente artículo, entre ellos Tribe y Matz, Sunstein y Feldman, presentan un conjunto de herramientas hermenéuticas que en su opinión permiten, usando las palabras de Sunstein (2017: 170-175), «mantener la República».

Una narración alternativa sería la siguiente. La razón por la cual Trump probablemente seguirá en el poder es que representa la defensa de un nuevo estilo de neoliberalismo y ha sido capaz de traducir los valores culturales prevalentes de la derecha radical de los Estados Unidos. Estos dos factores cristalizan en la visión liberal clásica del Derecho, que incluye una estricta separación de poderes, la protección de la propiedad privada a toda costa, el mercado como el mejor distribuidor de recursos, la intervención del Estado encaminada a proteger el capital y la disminución de impuestos para los empresarios.

Desde el punto de vista económico, las políticas de Trump representan, de hecho, una visión ajustada del neoliberalismo: ha bajado los impuestos que pagan los más ricos, incluyendo los que pagan las compañías; ha eliminado regulaciones ambientales; y ha adelantado una gran disminución en el gasto público dirigida a la política social específicamente en temas como educación, salud, medio ambiente y subsidios por desempleo (Cozzolino, 2018: 61-67).

Junto con la economía política, una narración complementaria requeriría enfatizar lo que representa Trump desde el punto de vista cultural. En efecto, muchos académicos y periodistas han propuesto que su elección —y el hecho de que sea tan popular— refleja la lucha por el significado de lo que es ser un ciudadano de los Estados Unidos. Para la derecha radical, se ha perdido la esencia y el ideal representados por el hombre blanco protestante. Esta tesis se ha plasmado claramente en las políticas anti-inmigración y discriminatorias de su Gobierno. Una lista sucinta de la visión nacionalista y conservadora de Trump comprendería los siguientes extremos: la imposición de enormes restricciones para ciudadanos de Irán, Libia, Siria, Somalia, Yemen, Corea del Norte y Venezuela de viajar a los Estados Unidos; su descripción de mejicanos y centroamericanos como delincuentes y violadores; su iniciativa de promover la construcción de un muro en la frontera entre Estados Unidos y Méjico; su cruel orden de separar a los niños de sus padres cuando entran ilegalmente al país y su afán permanente por inflar las cifras de delincuencia entre la población negra y latina. Todas estas medidas forman parte de una cosmovisión xenófoba que considera que la raza blanca debe controlar no solo la esfera pública, sino también la economía de los Estados Unidos.

En estas condiciones, la interpretación de lo que es el *impeachment* será la más restrictiva posible no solo por el contenido económico de sus políticas, sino también porque se intentará proteger la estricta separación de poderes, la centralidad de la propiedad privada y el funcionamiento del mercado. En últimas, esa previsible interpretación restrictiva trae causa del hecho de que Trump encarna el ideal de hombre blanco americano que muchos quieren ver en la Casa Blanca.

4. CONCLUSIÓN

Si se abre un periódico de los Estados Unidos cualquier día de la semana, es posible encontrar una nueva razón para engrosar la frase «otros delitos o faltas graves». Por ejemplo, tan solo en la última semana de octubre de 2018 acaecieron los siguientes eventos. Un grupo de abogados presentó un caso ante un juez en Manhattan en el que acusaba a Trump, su empresa y tres de sus hijos de persuadir a personas pobres para invertir en negocios fraudulentos; el presidente ordenó el envío de tropas a la frontera con México para evitar la entrada de una caravana de centroamericanos que trataban de escapar de la violencia y la pobreza que caracteriza esa región; Trump anunció que, mediante un decreto administrativo, eliminaría la garantía constitucional que establece que cualquiera nacido en los Estados Unidos es un ciudadano de este país.

Después de analizar las diferentes interpretaciones del *impeachment* y de contrastarlas con la avalancha de posibles delitos cometidos por Trump, pueden extraerse varias conclusiones. En primer lugar, muchos ejemplos presentados en este artículo demuestran que, en todas sus actuaciones, el actual presidente ha demostrado que su lectura (y la de sus abogados asesores) de la Constitución y de la ley coloca al primer mandatario de los Estados Unidos por encima de las mismas. Por otra parte, su política económica, encaminada a proteger el capitalismo frente cualquier tipo de restricción regulatoria o impositiva, no solo fortalece radicalmente a los mas ricos de los Estados Unidos, sino que le beneficia a él y sus empresas de manera particular. Adicionalmente, su proyecto racial nacionalista desconoce claramente la diversidad cultural que caracteriza la nación americana en el siglo XXI. En últimas, una lectura originalista concluiría que la interpretación del sistema presidencialista es muy cercana al régimen absolutista, su política económica privilegia una especie de monarquía y su visión de la supremacía del hombre blanco frente a los migrantes se opone al mito fundacional de los Estados Unidos.

Una lectura inspirada por los Estudios Críticos del Derecho concluiría que, independientemente de la escuela interpretativa, el asunto refleja una batalla por la economía política global y local y por definir la esencia de ser un ciudadano estadounidense.

NOTAS

1. Este artículo trata de argumentar que, a pesar de su popularidad del 93% en la base republicana, estos no son los que salen a votar en masa.

2. Esta sección es un resumen de Tribe y Matz (2018: 109-150).
3. En el caso de Bill Clinton, por ejemplo, la Cámara seleccionó 13 fiscales, todos del Partido Republicano. *Vid.* Tribe y Matz (*Ibidem*: 130).
4. Traducción de la Constitución de los Estados Unidos. Disponible en: <<https://www.archives.gov/espanol/constitucion>>.
5. Para un análisis interesante del originalismo, *vid.* Hill (2013).
6. Reemplazo aquí la palabra *grave*, que se encuentra en la traducción oficial, por la palabra *alta*, que corresponde al razonamiento propuesto por Feldmand.
7. El magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Stephen Bryer es un defensor de esta escuela de interpretación. Para más información, *vid.* Bryer (2005).
8. Felix Frankfurter defendía la idea de estudiar cuidadosamente cómo la tradición se va transformando con el tiempo. Para más detalle, *vid.* Sunstein (2017: 73).
9. Para más detalle, *vid.* Sunstein (*Ibidem*: 73).
10. *Vid.*, por ejemplo, Dworkin (1997).
11. Cursiva en el texto original.
12. Constitución de los Estados Unidos, art. III, Sección 3, traducción oficial disponible en: <<https://www.archives.gov/espanol/constitucion>>.
13. Para un análisis algo más detallado sobre este tema, *vid.* Feldman y Weisberg (2017).
14. Entre ellos Feldman y en el artículo citado arriba.
15. *Vid.* Feldman y Weisberg (2017).
16. Como en el caso de los ataques a los jueces, existe una página dedicada a documentar estos abusos, promovida por la organización Pen. Disponible en: <<https://pen.org/trump-timeline/>>.
17. «Puesto de una manera simple, el juzgamiento debe ser el último recurso para evitar una catástrofe en manos del presidente. Este poder, está diseñado para momentos cuando la nación enfrenta peligros claros y el arreglo institucional no ofrece alternativa alguna» (Tribe y Matz, 2018: 23).
18. Este recuento se basa en la obra de Sunstein (2017: 88), que presenta un resumen fascinante de este episodio.
19. Para conocer el contenido específico de los artículos, *vid.* «Articles of Impeachment» en Watergate.info. Disponible en: <<http://watergate.info/impeachment/articles-of-impeachment>>.

BIBLIOGRAFÍA

- BRYER, Stephen (2005): *Active Liberty: Interpreting Our Democratic Constitution*, Nueva York: Vintage Books.
- COZZOLINO, Adriano (2018): «Trumpism as nationalist neoliberalism. A critical enquiry into Donald Trump's political economy», *Interdisciplinary Political Studies*, 4 (1), 61-67.
- DWORKIN, Ronald (1997): *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press.

- FELDMAN, Noah y Jacob WEISBERG (2017): «What are Impeachable Offenses? », *The New York Review of Books* [en línea] <<https://www.nybooks.com/articles/2017/09/28/donald-trump-impeachable-offenses/>>. [Consulta: 2/09/2018.]
- HILL, Jessie (2013): «Resistance to Constitutional Theory: The Supreme Court, Constitutional Change, and the “Pragmatic Moment”», *Texas Law Review* 1815, 91 [en línea] <<https://ssrn.com/abstract=2344472>>. [Consulta: 1/09/2018.]
- KENNEDY, Duncan (2004). [Entrevista realizada por Fernando de la Flor e Iván Blume.] En *50 THE-MIS-Revista de Derecho*, 323.
- LICHTMAN, Allan J. (2017): *The Case for Impeachment*, New York: Dey St., an imprint of William Morrow.
- SCALIA, Antonin (1989): «Originalism: The Lesser Evil», *University of Cincinnati Law Review*, 57 (3), 862.
- SUNSTEIN, Cass R. (2017): *Impeachment: A Citizen's Guide*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press.
- TRIBE, Laurence y Joshua MATZ (2018): *To End a Presidency: The Power of Impeachment*, Nueva York: Basic Books.

Recursos electrónicos

- BBC (2018): «Trump's 'dirty war' on media draws editorials in 300 US outlets» [en línea] <<https://www.bbc.com/news/world-us-canada-45204397>>. [Consulta: 4/09/2018.]
- Brennan Center for Justice (2017): «In His Own Words: The President's Attacks on the Courts», *Brennan Center for Justice* [en línea] <<https://www.brennancenter.org/analysis/his-own-words-presidents-attacks-courts>>. [Consulta: 1/09/2018.]
- BUMP, Philip (2018): «Why Is Trump So Much Popular With Republicans Than Past Presidents?», *The Washington Post* [en línea] <https://www.washingtonpost.com/news/politics/wp/2018/07/24/why-is-trump-so-much-more-popular-with-republicans-than-past-presidents/?utm_term=.a16d3b74bfd1>. [Consulta: 31/08/2018.]
- Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América (1776) [en línea] <<http://hmc.uchbud.es/Materiales/DeclararUSA.pdf>>. [Consulta: 5/09/2018.]
- Fox Business (2018): «Trump calls media 'enemy of the people'», *You Tube* [video en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=OtP3yDf4yuo>>. [Consulta: 5/09/2018.]
- HUTZLER, Alexandra (2018): «Donald Trump's Approval Ratings Among Republicans Is Far Less Impressive Than He Suggests, New Poll Indicates», *Newsweek* [en línea] <<https://www.newsweek.com/donald-trump-approval-rating-republicans-1061846>>. [Consulta: 31/08/2018.]
- LEWINSKY, Monica (2018): «Emerging from “The House of Gaslight” in the Age of #MeToo», *Vanity Fair* [en línea] <<https://www.vanityfair.com/news/2018/02/monica-lewinsky-in-the-age-of-metoo>>. [Consulta: 6/09/2018.]
- MASCARO, Lisa y Steve PEOPLES (2018): «GOP-and some democrats too-reject talk of impeachment», *The Chicago Tribune* [en línea] <<http://www.chicagotribune.com/news/nationworld/politics/ct-trump-impeachment-talk-20180822-story.html>>. [Consulta: 4/09/2018.]
- National Archives (1787): «Constitución de los Estados Unidos, Art. III, Sección 3» [en línea] <<https://www.archives.gov/espanol/constitucion>>. [Consulta: 9/09/2018.]
- RIEGER, John M. (2018): «Republicans were all for impeachment in 1998. Now, not so much», *The Washington Post*, [en línea], <https://www.washingtonpost.com/politics/2018/08/22/republicans-were-all-impeachment-now-not-so-much/?noredirect=on&utm_term=.b935afa36e3b>. [Consulta: 5/09/2018.]
- RUIZ, Rebecca y Mark LANDLER (2017): «Robert Mueller, Former FBI Director is Named Special Counsel for Russia», *The New York Times* [en línea] <<https://www.nytimes.com/2017/05/17/us/politics/robert-mueller-special-counsel-russia-investigation.html>>. [Consulta: 1/09/2018.]

SCALIA, Antonin (2008). *Scalia vigorously defends a 'dead' Constitution*. [Entrevista realizada por Nina Totenberg.] En National Public Radio, *Heard on All Things Considered* [en línea] <<http://www.npr.org/templates/transcript/transcript.php?storyId=90011526>>. [Consulta: 2/09/2018.]

SCHWARTZ, Ian (2017) «Maxine Waters: Impeachment is Whatever Congress says It is, No Law That Dictates Impeachment», *Real Clear Politics* [video en línea] <https://www.realclearpolitics.com/video/2017/09/21/maxine_waters_impeachment_is_whatever_congress_says_it_is_no_law_that_dictates_impeachment.html>. [Consulta: 5/09/2018.]

The Guardian (2016): «Donald Trump: I Could Shoot Somebody and Wouldn't Lose Any Voters» [en línea] <<https://www.theguardian.com/us-news/2016/jan/24/donald-trump-says-he-could-shoot-somebody-and-still-not-lose-voters>>. [Consulta: 31/08/2018.]

The Guardian (2017): «Trump Calls Free Speech Disgusting» [en línea] <<https://www.theguardian.com/us-news/live/2017/oct/11/trump-calls-free-speech-disgusting-minute>>. [Consulta: 4/09/2018.]

Trump, Donald (2016). *Donald Trump's New York Times Interview: Full Transcript*. En The New York Times, [en línea], <<https://www.nytimes.com/2016/11/23/us/politics/trump-new-york-times-interview-transcript.html>>. [Consulta: 5/09/2018.]

Watergate.info. «Articles of Impeachment», [en línea], <<http://watergate.info/impeachment/articles-of-impeachment>>. [Consulta: 5/09/2018.]

Fecha de recepción: 12 de febrero de 2019.

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2019.

LOS JUICIOS POLÍTICOS EN AMÉRICA LATINA:
REFLEXIONES SOBRE EL CASO COLOMBIANO
IMPEACHMENTS IN LATIN AMERICA: REFLECTIONS ON THE COLOMBIAN CASE

Jorge Eduardo Londoño Ulloa
Senador de la República de Colombia

RESUMEN

Los juicios políticos se encuentran vinculados a la esencia de la democracia en cuanto sirven de medio para la vigencia de los principios republicanos de igualdad ante la ley y responsabilidad de los gobernantes.

Los países de América Latina cuentan con la posibilidad formal de reclamar la responsabilidad política, incluso desde sus primeras piezas constitucionales, pero existen limitaciones prácticas de diseño y operatividad que dificultan su efectividad, como en el caso de Colombia.

PALABRAS CLAVE

Juicio político, frenos y contrapesos, legitimidad, buen gobierno.

ABSTRACT

Impeachment is linked to the essence of democracy as it serves as a mean for the application of the republican principles of equality before the law and the responsibility of the rulers.

The countries of Latin America have the formal possibility of claiming political responsibility, even from their first constitutional pieces, but there are practical limitations of design and operation that hinder their effectiveness, as in the case of Colombia.

KEY WORDS

Impeachment, check and balances, legitimacy, good government.

LOS JUICIOS POLÍTICOS EN AMÉRICA LATINA: REFLEXIONES SOBRE EL CASO COLOMBIANO

Jorge Eduardo Londoño Ulloa

Senador de la República de Colombia

Sumario: 1. Los juicios políticos y la democracia. 2. *Impeachment* o juicio político en América Latina? 3. El juicio político en Colombia. 3.1. El juicio político en las constituciones de Colombia. 3.2. El juicio político en la Constitución de 1991. 3.3. Dificultades en el trámite de los juicios políticos en el Congreso de la República. Bibliografía.

1. LOS JUICIOS POLÍTICOS Y LA DEMOCRACIA

La Carta Democrática Interamericana (2001) establece como principio fundamental de las democracias «[...] la subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al Estado de Derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad». Este es el punto desde el cual se originan los procedimientos y mecanismos de control y remedio de las desviaciones que pongan en riesgo la existencia, el mantenimiento y el fortalecimiento de las instituciones constitucionales orientadas a la garantía y efectividad de los derechos, libertades y deberes, en las que descansa su legitimidad.

Bajo esta premisa, no causa ninguna extrañeza que existan mecanismos de control que permitan reclamar y hacer efectiva la responsabilidad no solo judicial, sino también política del gobierno y de las altas autoridades del Estado. Lo que debería llamar la atención es que tales mecanismos de responsabilidad no se empleen en toda su dimensión a pesar de la evidente existencia de situaciones *inaceptables* que dan cuenta de la infracción de la constitución y la ley, bien por acción o por omisión. Entre esas situaciones inaceptables, siguiendo el texto del Código Iberoamericano de Buen Gobierno (2009), encontramos: «1. Un gobierno que ampare y facilite la corrupción. 2. Un gobierno que dificulte el escrutinio público sobre su toma de decisiones. 3. Un gobierno que no tome en cuenta las necesidades de sus ciudadanos. 4. Un gobierno irresponsable y que no rinda cuentas». Si ello en realidad resultara inaceptable —es decir, injustificable, inexcusable e inadmisibile—,

la reclamación de responsabilidad política sería la obvia consecuencia del incumplimiento de las promesas democráticas, aunque, claro está, difícilmente la realidad se acompasa con el deber ser, y ello en mayor grado en los países de América Latina, en los que se reflejan los malestares de las democracias: el hecho de poseer instituciones democráticas no significa necesariamente que exista un buen gobierno (Fukuyama, 2016: 27-28).

Al respecto, cabe destacar que, de acuerdo con los resultados del Índice de Democracia del año 2017 de la Unidad de Inteligencia de *The Economist* en el que se evalúan los componentes de proceso electoral y pluralismo, funcionamiento del gobierno, participación política, cultura política y derechos civiles, los países de América Latina y las Antillas presentan una calificación en promedio de 6,26, lo cual los sitúa en la categoría de *democracias imperfectas*, con las excepciones, por un lado, de Uruguay, con un resultado de 8,12 en la categoría de *democracia plena* y, por otro, de Venezuela, con 3,87 catalogada en la antípoda como *régimen autoritario*; pasando por los *régimenes híbridos*, con instituciones y procedimientos en ocasiones democráticos y a veces autoritarios, de Guatemala, Honduras, Bolivia, Nicaragua y Haití, valorados entre 5,86 y 4,03. En términos de realidades, instituciones menos sólidas se vinculan con menos acceso a derechos y, consiguientemente, menor calidad de vida.

En la lógica de la teoría de los frenos y contrapesos, la reclamación de responsabilidad política por la vía del juicio político debería ser inversamente proporcional a la efectividad y legitimidad del gobierno valorada de acuerdo con el criterio del cumplimiento de los fines de la organización política, de modo que, ante gobiernos menos efectivos y legítimos, mayor ocurrencia y justificación de juicios políticos. Sin embargo, no es tan sencillo, como una regla de tres, que pueda deponerse un gobierno sin valorar condiciones como la variable de las mayorías parlamentarias o las situaciones de conveniencia en términos del mal menor entre el cese del jefe del ejecutivo para el mantenimiento y la aplicación de la constitución o el daño que podría causar a la estabilidad institucional de un Estado la reorganización y recomposición de las fuerzas políticas llegado el escenario del retiro del jefe del ejecutivo, así como las implicaciones económicas, de seguridad ciudadana y las repercusiones en el plano internacional.

Ello plantea reflexiones sobre la figura del juicio político y su razón de ser, pues si el principio de responsabilidad y el mantenimiento de la constitución han sido concebidos como medios para la preservación de la *salud del Estado*, en ocasiones puede considerarse que no hacer uso efectivo del juicio de reclamación de responsabilidad política es la mejor manera de garantizar la estabilidad institucional. No obstante, también debe decirse que las razones por las cuales no prosperan tales juicios políticos pueden evidenciar, a la vez, enfermedades del Estado que impiden la eficacia del control bajo la premisa del flexible argumento de la gobernabilidad o la simple vulgaridad de la corrupción (Vélez, 2000), dando lugar a la invalidación de la relación inversa entre ineffectividad e ilegitimidad del gobierno frente a la efectividad del juicio político, lo cual supera los diseños normativos y se relaciona, más bien, con la cultura política.

De suyo, los juicios políticos enfrentan similares reparos a los que se han formulado a la antecesora y análoga figura del *impeachment* en el Derecho anglosajón (Berger, 1974: 5),

con las tensiones propias de los países de América Latina que la han incorporado (Pérez-Liñán, 2007). Por ejemplo: ¿si es un juicio político, los hechos que le sirven de motivo son solamente los catalogados como delitos? ¿Si existen delitos de por medio, el asunto debería ser sustanciado en sede judicial —con la garantía de la presunción de inocencia— en vez de ser resuelto por el congreso? ¿No es una *contradictio in adjecto* hablar de un *juicio* político frente a una cuestión que se resuelve conforme a la conveniencia y no como asunto reglado en términos de precepto y sanción y sin ninguna garantía de imparcialidad? ¿Si el ejecutivo y el legislativo tienen la misma legitimidad de origen, cómo puede el segundo enjuiciar políticamente al primero y removerlo?

Veremos cómo en los textos constitucionales de algunos países de América Latina está previsto el juicio político, cómo se abordan los problemas anteriormente expresados y, a partir de este análisis, indentificaremos semejanzas y diferencias para luego abordar específicamente el caso colombiano.

2. ¿IMPEACHMENT O JUICIO POLÍTICO EN AMÉRICA LATINA?

Consideramos impropio hablar de *impeachment* en América Latina, no tanto por el rechazo de un extranjerismo idiomático cuanto por el desencaje constitucional de esta figura anglosajona en nuestros actuales sistemas de gobierno, que no son parlamentarios y tampoco coinciden del todo en su diseño y procedimientos con el sistema presidencial de Estados Unidos; por ello, los juicios políticos en América Latina han adquirido unos visos propios que hoy permiten diferenciarlos de la figura matriz.

Si bien la responsabilidad de los encargados del gobierno ante los ciudadanos y el sometimiento a su control data desde la Antigüedad, como se aprecia en las clásicas referencias ateniense y romana (Sabine, ³1937), el *impeachment* es una construcción del Derecho inglés cuyos antecedentes se remontan a 1376, año en el que la Cámara de los Comunes dispuso el arresto de Lord William Latimer por la defraudación del tesoro público en negocios particulares hasta tanto satisficiera al rey Eduardo III, llegando desde tales tiempos a la Constitución de los Estados Unidos, como lo reseñó Alexander Hamilton en *El Federalista* (Nichols, 2006: 24-26).

El constitucionalismo latinoamericano estuvo influenciado por la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 desde sus primeros textos constitucionales (Piza, 1989), especialmente en lo referente a la separación de poderes, los órganos de gobierno y las declaraciones de derechos y, en menor medida —o, más bien de manera pendular—, en la división del territorio (Jaeger-Fine, 2017). De manera que las relaciones entre el ejecutivo y el legislativo, con sus consiguientes controles recíprocos, son trazables hasta el constitucionalismo norteamericano, aunque en 200 años de historia constitucional republicana y con las reformas constitucionales más o menos frecuentes en América Latina, que suman más de 227 en 19 países (Carpizo, 2009: 62) —por ejemplo, se cuentan 9 constituciones en el caso colombiano entre 1821 y 1991, sin mencionar los actos de reforma en

los periodos de vigencia de cada una de ellas—, han marcado distancia con el *impeachment* estadounidense, que se encuentra formulado en la Constitución en los siguientes términos:

ARTÍCULO UNO

Tercera Sección [...]

6. El Senado poseerá derecho exclusivo de juzgar sobre todas las acusaciones por responsabilidades oficiales. Cuando se reúna con este objeto, sus miembros deberán prestar un juramento o protesta. Cuando se juzgue al presidente de los Estados Unidos deberá presidir el del Tribunal Supremo. Y a ninguna persona se le condenará si no concurre el voto de dos tercios de los miembros presentes.

7. En los casos de responsabilidades oficiales, el alcance de la sentencia no irá más allá de la destitución del cargo y la inhabilitación para ocupar y disfrutar cualquier empleo honorífico, de confianza o remunerado, de los Estados Unidos; pero el individuo condenado quedará sujeto, no obstante, a que se le acuse, enjuicie, juzgue y castigue con arreglo a Derecho.

ARTÍCULO DOS

Cuarta Sección

El presidente, el vicepresidente y todos los funcionarios civiles de los Estados Unidos serán separados de sus puestos al ser acusados y declarados culpables de traición, cohecho u otros delitos y faltas graves.

El juicio político en las constituciones de América Latina

Los textos constitucionales de los países de América Latina que seguidamente se presentan, atribuyen al órgano legislativo la facultad de realizar juicios políticos contra dignatarios del alto gobierno:

Estado	Texto Constitucional
Argentina	<p>Art. 59. Al Senado corresponde juzgar en juicio público a los acusados por la Cámara de Diputados, debiendo sus miembros prestar juramento para este acto. Cuando el acusado sea el presidente de la Nación, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema. Ninguno será declarado culpable sino a mayoría de los dos tercios de los miembros presentes.</p> <p>Art. 60. Su fallo no tendrá más efecto que destituir al acusado, y aun declararle incapaz de ocupar ningún empleo de honor, de confianza o a sueldo en la Nación. Pero la parte condenada quedará, no obstante, sujeta a acusación, juicio y castigo conforme a las leyes ante los tribunales ordinarios.</p>
Brasil	<p>Art. 51. Compete privativamente a la Cámara de los Diputados:</p> <p>I. Autorizar, por dos tercios de sus miembros, la instauración de un proceso contra el presidente y el vicepresidente de la República y los ministros de Estado;</p> <p>II. Proceder a la toma de cuentas del presidente de la República, cuando no sean presentadas al Congreso Nacional dentro de los sesenta días después de la apertura de la sesión legislativa;</p> <p>[...].</p>

Estado	Texto Constitucional
Brasil (cont.)	<p>Art. 52. Compete privativamente al Senado Federal:</p> <p>I. Procesar y juzgar al presidente y al vicepresidente de la República en los crímenes de responsabilidad, así como a los ministros de Estado y los comandantes de la Marina, del Ejército y de la Aeronáutica en los crímenes de la misma naturaleza afines con aquellos;</p> <p>II. Procesar y juzgar a los ministros del Supremo Tribunal Federal, los miembros del Consejo Nacional de Justicia y del Consejo Nacional del Ministerio Público, el procurador general de la República y el abogado general de la Unión en los crímenes de responsabilidad;</p> <p>[...]</p> <p>Art. 85. Constituyen delitos de responsabilidad los actos del presidente de la República que atenten contra la Constitución Federal y, especialmente contra: 1. La existencia de la Unión; 2. El libre ejercicio del Poder Legislativo, del Poder Judicial, del Ministerio Público y de los Poderes constitucionales de las unidades de la Federación; 3. El ejercicio de los derechos políticos, individuales y sociales; 4. La seguridad interna del País; 5. La probidad en la Administración; 6. La ley presupuestaria; 7. El cumplimiento de las leyes y de las decisiones judiciales.</p> <p>Párrafo único. Esos delitos serán definidos en ley especial, que establecerá las normas de proceso y enjuiciamiento.</p> <p>Art. 86. Admitida la acusación contra el presidente de la República por dos tercios de la Cámara de los Diputados, será sometido a juicio ante el Supremo Tribunal Federal, en las infracciones penales comunes, o ante el Senado Federal en los casos de responsabilidad.</p> <p>1o. El presidente quedará suspendido en sus funciones: 1. En las infracciones penales comunes, una vez recibida la denuncia o la querrela por el Supremo Tribunal Federal; 2. en los delitos de responsabilidad después del procesamiento por el Senado Federal.</p> <p>2o. Si, transcurrido el plazo de ciento ochenta días, no estuviese concluido el juicio, cesará la suspensión del presidente, sin perjuicio del regular proseguimiento del proceso.</p> <p>3o. Entretanto no se dicte sentencia condenatoria, en las infracciones comunes, el presidente de la República no estará sujeto a prisión.</p> <p>4o. El presidente de la República, durante la vigencia de su mandato, no podrá ser responsabilizado por actos extraños al ejercicio de sus funciones.</p>
Chile	<p>Artículo 48. Son atribuciones exclusivas de la Cámara de Diputados:</p> <p>1) Fiscalizar los actos del Gobierno. Para ejercer esta atribución la Cámara puede, con el voto de la mayoría de los diputados presentes, adoptar acuerdos o sugerir observaciones que se transmitirán por escrito al presidente de la República, debiendo el Gobierno dar respuesta, por medio del ministro de Estado que corresponda, dentro de treinta días. En ningún caso, dichos acuerdos u observaciones afectarán la responsabilidad política de los ministros y la obligación del Gobierno se entenderá cumplida por el solo hecho de entregar su respuesta.</p> <p>Cualquier diputado podrá solicitar determinados antecedentes al Gobierno siempre que su proposición cuente con el voto favorable de un tercio de los miembros presentes de la Cámara, y</p> <p>2) Declarar si han o no lugar las acusaciones que no menos de diez ni más de veinte de sus miembros formulen en contra de las siguientes personas:</p>

Estado	Texto Constitucional
Chile (cont.)	<p>a) Del presidente de la República, por actos de su administración que hayan comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, o infringido abiertamente la Constitución o las leyes. Esta acusación podrá interponerse mientras el presidente esté en funciones y en los seis meses siguientes a su expiración en el cargo. Durante este último tiempo no podrá ausentarse de la República sin acuerdo de la Cámara;</p> <p>b) De los ministros de Estado, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, por infringir la Constitución o las leyes o haber dejado estas sin ejecución, y por los delitos de traición, concusión, malversación de fondos públicos y soborno;</p> <p>c) De los magistrados de los tribunales superiores de justicia y del contralor general de la República, por notable abandono de sus deberes;</p> <p>d) De los generales o almirantes de las instituciones pertenecientes a las Fuerzas de la Defensa Nacional, por haber comprometido gravemente el honor o la seguridad de la Nación, y</p> <p>e) De los intendentes y gobernadores, por infracción de la Constitución y por los delitos de traición, sedición, malversación de fondos públicos y concusión.</p> <p>La acusación se tramitará en conformidad a la ley orgánica constitucional relativa al Congreso.</p> <p>Las acusaciones referidas en las letras b), c), d) y e) podrán interponerse mientras el afectado esté en funciones o en los tres meses siguientes a la expiración en su cargo. Interpuesta la acusación, el afectado no podrá ausentarse del país sin permiso de la Cámara y no podrá hacerlo en caso alguno si la acusación ya estuviere aprobada por ella.</p> <p>Para declarar que ha lugar la acusación en contra del presidente de la República se necesitará el voto de la mayoría de los diputados en ejercicio.</p> <p>En los demás casos se requerirá el de la mayoría de los diputados presentes y el acusado quedará suspendido en sus funciones desde el momento en que la Cámara declare que ha lugar la acusación. La suspensión cesará si el Senado desestimare la acusación o si no se pronunciare dentro de los treinta días siguientes.</p> <p>Art. 49. Son atribuciones exclusivas del Senado:</p> <p>1. Conocer de las acusaciones que la Cámara de Diputados entable con arreglo al artículo anterior.</p> <p>El Senado resolverá como jurado y se limitará a declarar si el acusado es o no culpable del delito, infracción o abuso de poder que se le imputa.</p> <p>La declaración de culpabilidad deberá ser pronunciada por los dos tercios de los senadores en ejercicio cuando se trate de una acusación en contra del presidente de la República, y por la mayoría de los senadores en ejercicio en los demás casos.</p> <p>Por la declaración de culpabilidad queda el acusado destituido de su cargo, y no podrá desempeñar ninguna función pública, sea o no de elección popular, por el término de cinco años.</p> <p>El funcionario declarado culpable será juzgado de acuerdo a las leyes por el tribunal competente, tanto para la aplicación de la pena señalada al delito, si lo hubiere, cuanto para hacer efectiva la responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados al Estado o a particulares.</p>
Colombia	<p>Artículo 174. Corresponde al Senado conocer de las acusaciones que formule la Cámara de Representantes contra el presidente de la República o quien haga sus veces y contra los miembros de la Comisión de Aforados, aunque hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos. En este caso, será competente para conocer los hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos.</p>

Estado	Texto Constitucional
Colombia (cont.)	<p>Artículo 175. En los juicios que se sigan ante el Senado, se observarán estas reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El acusado queda de hecho suspenso de su empleo, siempre que una acusación sea públicamente admitida. 2. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones, o a indignidad por mala conducta, el Senado no podrá imponer otra pena que la de destitución del empleo, o la privación temporal o pérdida absoluta de los derechos políticos; pero al reo se le seguirá juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia, si los hechos lo constituyen responsable de infracción que merezca otra pena. 3. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema. 4. El Senado podrá cometer la instrucción de los procesos a una diputación de su seno, reservándose el juicio y la sentencia definitiva, que será pronunciada en sesión pública, por los dos tercios, al menos, de los votos de los senadores presentes.
Ecuador	<p>Art. 129. La Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político de la presidenta o presidente, o de la vicepresidenta o vicepresidente de la República, a solicitud de al menos una tercera parte de sus miembros, en los siguientes casos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por delitos contra la seguridad del Estado. 2. Por delitos de concusión, cohecho, peculado o enriquecimiento ilícito. 3. Por delitos de genocidio, tortura, desaparición forzada de personas, secuestro u homicidio por razones políticas o de conciencia. <p>Para iniciar el juicio político se requerirá el dictamen de admisibilidad de la Corte Constitucional, pero no será necesario el enjuiciamiento penal previo. En un plazo de setenta y dos horas, concluido el procedimiento establecido en la ley, la Asamblea Nacional resolverá motivadamente con base en las pruebas de descargo presentadas por la presidenta o presidente de la República. Para proceder a la censura y destitución se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional. Si de la censura se derivan indicios de responsabilidad penal, se dispondrá que el asunto pase a conocimiento de la jueza o juez competente.</p> <p>Art. 130. La Asamblea Nacional podrá destituir a la presidenta o presidente de la República en los siguientes casos:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Por arrogarse funciones que no le competan constitucionalmente, previo dictamen favorable de la Corte Constitucional. 2. Por grave crisis política y conmoción interna. En un plazo de setenta y dos horas, concluido el procedimiento establecido en la ley, la Asamblea Nacional resolverá motivadamente con base en las pruebas de descargo presentadas por la presidenta o presidente de la República. Para proceder a la destitución se requerirá el voto favorable de las dos terceras partes de los miembros de la Asamblea Nacional. De prosperar la destitución, la vicepresidenta o vicepresidente asumirá la Presidencia de la República. Esta facultad podrá ser ejercida por una sola vez durante el periodo legislativo, en los tres primeros años del mismo. En un plazo máximo de siete días después de la publicación de la resolución de destitución, el Consejo Nacional Electoral convocará para una misma fecha a elecciones legislativas y presidenciales anticipadas para el resto de los respectivos periodos. La instalación de la Asamblea Nacional y la posesión de la presidenta o presidente electo tendrá lugar de acuerdo con lo previsto en la Constitución, en la fecha determinada por el Consejo Nacional Electoral.

Estado	Texto Constitucional
México	<p>Artículo 108. [...]</p> <p>El presidente de la República, durante el tiempo de su encargo, solo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común.</p> <p>[...]</p> <p>Artículo 110. Podrán ser sujetos de juicio político los senadores y diputados al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, los diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el jefe de Gobierno del Distrito Federal, el procurador general de la República, el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, los magistrados de Circuito y jueces de Distrito, los magistrados y jueces del Fuero Común del Distrito Federal, los consejeros de la Judicatura del Distrito Federal, el consejero presidente, los consejeros electorales, y el secretario ejecutivo del Instituto Federal Electoral, los magistrados del Tribunal Electoral, los directores generales y sus equivalentes de los organismos descentralizados, empresas de participación estatal mayoritaria, sociedades y asociaciones asimiladas a éstas y fideicomisos públicos.</p> <p>Los gobernadores de los Estados, diputados Locales, magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia Locales y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, solo podrán ser sujetos de juicio político en los términos de este título por violaciones graves a esta Constitución y a las leyes federales que de ella emanen, así como por el manejo indebido de fondos y recursos federales, pero en este caso la resolución será únicamente declarativa y se comunicará a las Legislaturas Locales para que, en ejercicio de sus atribuciones, procedan como corresponda.</p> <p>Las sanciones consistirán en la destitución del servidor público y en su inhabilitación para desempeñar funciones, empleos, cargos o comisiones de cualquier naturaleza en el servicio público.</p> <p>Para la aplicación de las sanciones a que se refiere este precepto, la Cámara de Diputados procederá a la acusación respectiva ante la Cámara de Senadores, previa declaración de la mayoría absoluta del número de los miembros presentes en sesión de aquella Cámara, después de haber sustanciado el procedimiento respectivo y con audiencia del inculcado. Conociendo de la acusación la Cámara de Senadores, erigida en Jurado de sentencia, aplicará la sanción correspondiente mediante resolución de las dos terceras partes de los miembros presentes en sesión, una vez practicadas las diligencias correspondientes y con audiencia del acusado.</p> <p>Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables.</p> <p>Artículo 111. Para proceder penalmente contra los diputados y senadores al Congreso de la Unión, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los magistrados de la Sala Superior del Tribunal Electoral, los consejeros de la Judicatura Federal, los secretarios de Despacho, los diputados a la Asamblea del Distrito Federal, el jefe de Gobierno del Distrito Federal, el procurador general de la República y el procurador general de Justicia del Distrito Federal, así como el consejero presidente y los consejeros electorales del Consejo General del Instituto Federal Electoral, por la comisión de delitos durante el tiempo de su encargo, la Cámara de Diputados declarará por mayoría absoluta de sus miembros presentes en sesión, si ha o no lugar a proceder contra el inculcado.</p> <p>Si la resolución de la Cámara fuese negativa se suspenderá todo procedimiento ulterior, pero ello no será obstáculo para que la imputación por la comisión del delito continúe su curso cuando el inculcado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación.</p>

Estado	Texto Constitucional
México (cont.)	<p>Si la Cámara declara que ha lugar a proceder, el sujeto quedará a disposición de las autoridades competentes para que actúen con arreglo a la ley.</p> <p>Por lo que toca al presidente de la República, solo habrá lugar a acusarlo ante la Cámara de Senadores en los términos del artículo 110. En este supuesto, la Cámara de Senadores resolverá con base en la legislación penal aplicable.</p> <p>Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los gobernadores de los Estados, diputados locales, magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados y, en su caso, los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, se seguirá el mismo procedimiento establecido en este artículo, pero en este supuesto, la declaración de procedencia será para el efecto de que se comunique a las Legislaturas Locales, para que en ejercicio de sus atribuciones procedan como correspondan.</p> <p>Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables.</p> <p>El efecto de la declaración de que ha lugar a proceder contra el inculcado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal. Si este culmina en sentencia absolutoria el inculcado podrá reasumir su función. Si la sentencia fuese condenatoria y se trata de un delito cometido durante el ejercicio de su encargo, no se concederá al reo la gracia del indulto.</p> <p>En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá declaración de procedencia.</p> <p>Las sanciones penales se aplicarán de acuerdo con lo dispuesto en la legislación penal, y tratándose de delitos por cuya comisión el autor obtenga un beneficio económico o cause daños o perjuicios patrimoniales, deberán graduarse de acuerdo con el lucro obtenido y con la necesidad de satisfacer los daños y perjuicios causados por su conducta ilícita.</p> <p>Las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados.</p>
Perú	<p>Artículo 99°</p> <p>Corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.</p> <p>Artículo 117°</p> <p>El presidente de la República solo puede ser acusado, durante su período, por traición a la patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el Artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.</p>
Venezuela	<p>Artículo 266. Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia:</p> <p>1[...]</p> <p>2. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del presidente o presidenta de la República o quien haga sus veces, y en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa previa autorización de la Asamblea Nacional, hasta sentencia definitiva.</p> <p>[...]</p>

Estado	Texto Constitucional
Venezuela (cont.)	Las atribuciones señaladas en el numeral 1 serán ejercidas por la Sala Constitucional; las señaladas en los numerales 2 y 3, en Sala Plena; y las contenidas en los numerales 4 y 5 en Sala Político Administrativa. Las demás atribuciones serán ejercidas por las diversas Salas conforme a lo previsto por esta Constitución y la ley.

El análisis de la regulación constitucional vigente en estos países, representativos en América Latina y con antecedentes de juicios políticos, permite disponer de una visión amplia de la responsabilidad política del ejecutivo tanto por su diseño normativo como por las condiciones socioeconómicas que han motivado situaciones de crisis constitucional resueltas en el marco del Estado de Derecho. Así, episodios como la renuncia de Fernando Collor de Mello en 1992 precipitada por el juicio político adelantado por el Congreso de Brasil por corrupción, la autorización en 1993 por el Congreso de Venezuela del enjuiciamiento del presidente Carlos Andrés Pérez ante la Corte Suprema de Justicia por escándalos de corrupción, la separación del ejercicio del cargo de Dilma Rousseff en 2016 por la votación mayoritaria del Congreso Nacional de Brasil para iniciar juicio político por violación de la Ley Presupuestaria y de la Ley de Probidad Administrativa y la renuncia del presidente de Perú Pedro Pablo Kuczynski en marzo de 2018 tras denunciarse actos de corrupción destinados a lograr mayorías en el Congreso para votar negativamente el juicio político que enfrentaba por encontrarse involucrado en pagos de la firma Odebrecht a una firma de la cual era socio dan cuenta de las implicaciones y consecuencias de los juicios políticos y la inestabilidad política que generan estas decisiones, incluso desde el acto de apertura, lo cual justifica las condiciones excepcionabilísimas de su procedencia.

El texto de la Constitución argentina sobre juicio político del presidente guarda una correspondencia casi textual con lo establecido al respecto por la Constitución de los Estados Unidos, mientras que en los demás países encontramos variaciones tales como la intervención de ambas Cámaras del legislativo (Brasil, Chile, Colombia, México) o la definición de los tipos de delitos que dan lugar al juicio político bajo la técnica de *numerus clausus* (Brasil, Chile, Ecuador, Perú). Bajo el entendimiento de la existencia de una definición constitucional del órgano competente, el procedimiento aplicable y las razones que dan lugar al juicio político, el control al ejecutivo ejercido por el legislativo se resuelve en términos de las reglas constitucionales, restándole peso al argumento de la legitimidad de origen equivalente entre el legislativo y el ejecutivo, dado que, en el marco de las reglas políticas, al definir las reglas constitucionales por medio de sus representantes, el pueblo dispuso soberanamente las consecuencias de la infracción de la ley y las prerrogativas del Congreso para tal fin. Es tanto como que, si no se quiere que la balanza se incline en favor del legislativo, el ejecutivo está obligado a mantener un comportamiento políticamente decente y ajustado a Derecho. Sin embargo, al no tratarse de un proceso judicial, sino de naturaleza política, para que prospere se exigen condiciones tales como las mayorías calificadas en el legislativo (Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, México), en ocasiones la calificación previa de la rama judicial (Venezuela) e incluso la intervención directa de dicha rama; este es el caso de Argentina, donde se exige constitucionalmente que en los juicios políticos contra el presidente quien debe presidir el Senado es el presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Teniendo en cuenta que la responsabilidad política que se reclama en el juicio político es distinta de la responsabilidad judicial de tipo penal, las sanciones imponibles no son incompatibles por ser de naturaleza distinta y, por ende, no se consideran violatorias del principio sancionatorio del *non bis in idem*. Así, la consecuencia de que prospere un juicio político nunca será, dada su naturaleza, la pena de prisión o cualquier otra de índole penal, sino que su resultado se ciñe a la separación del cargo, la declaración de indignidad política para desempeñar cargos públicos, la privación temporal o la pérdida de los derechos políticos, la censura o la destitución. En tal virtud, manteniéndose la competencia del órgano judicial para que, en aquellos casos en que también proceda la acción penal, esta pueda adelantarse, el juicio político no implica prejuzgamiento, así como tampoco violación de la presunción de inocencia en el ámbito judicial, pudiendo incluso presentarse responsabilidad política sin declaración de responsabilidad penal.

3. EL JUICIO POLÍTICO EN COLOMBIA

3.1. EL JUICIO POLÍTICO EN LAS CONSTITUCIONES DE COLOMBIA

«Los delitos de los mandatarios del Pueblo y de sus Agentes, jamás deben quedar impunes, pues nadie tiene derecho para ser más inviolables que los demás». Así decía la Constitución de Tunja de 1811, el primer texto constitucional republicano dictado tras la independencia de España por una provincia en la Nueva Granada después del Grito de Independencia de 1810, y estableció que a la Sala de Representantes del Congreso de la provincia le correspondería «[...] privativamente actuar y perseguir ante el Senado a todos los individuos, incluidos los secretarios de los tres poderes que en el ejercicio de sus funciones hayan violado o no observado la Constitución, por haber violado el sigilo en materias peligrosas al Estado; por haber sobornado o seducido a sus compañeros, y finalmente por vivir estragada y escandalosamente»; el Senado solamente podría tomar la decisión de separación del cargo, pero si el delito ameritaba mayor pena el funcionario era dejado en manos del juez competente. El juicio de residencia previsto en esta Constitución solo podía adelantarse contra el funcionario hasta sesenta días después de la dejación del cargo.

De manera similar, las constituciones de la Primera República Granadina, dictadas entre 1810 y 1819, de las provincias de Antioquia, Neiva y Mariquita, preveían juicios a cargo del legislativo, además del juicio de residencia para los altos dignatarios de la provincia, estableciendo también como consecuencia la separación, remoción o suspensión del acusado, así como la inhabilitación perpetua o temporalmente para acceder a empleos públicos.

En la Constitución de Cúcuta de 1821, la primera Constitución Nacional de Colombia, se estableció como función de la Cámara de Representantes el derecho exclusivo de acusar ante el Senado al presidente de la República, al vicepresidente y a los ministros de la Alta Corte de Justicia «[...] en todos los casos de una conducta manifiestamente contraria al bien de la República y a los deberes de sus empleos, o de delitos graves contra el orden social»; para ello, el Senado actuaba como una Corte de Justicia en el desarrollo del juicio,

y la sola aceptación de la acusación daba lugar a la separación del cargo. Esta Constitución también previó la exigencia de la mayoría de las dos terceras partes de los senadores para poder establecer condenas en estos juicios políticos, condenas que se limitaban a la deposición del enjuiciado y la declaración de su incapacidad para acceder a otros empleos honoríficos, lucrativos o de confianza en Colombia, «[...] pero el culpado quedará, sin embargo, sujeto a acusación, prueba, sentencia y castigo según la ley», añadía el texto constitucional.

La Constitución de 1830 introdujo la distinción entre delitos de responsabilidad y faltas graves cometidos por en presidente en el ejercicio de sus funciones, así como los delitos comunes que pudiera cometer dicho funcionario, estableciendo que, frente a los primeros, el órgano que ejercería el juzgamiento, como una Corte de Justicia, sería el Senado previa acusación de la Cámara de Representantes, mientras que respecto de los delitos comunes el Senado solo podía disponer la suspensión y disponer la remisión del caso al tribunal de justicia competente.

Bajo la Constitución de 1832 se mantuvo la competencia de la Cámara de Representantes para acusar al presidente ante el Senado, separando las acusaciones relacionadas con la conducta en el ejercicio de las funciones oficiales, caso en el cual las penas imponibles, al igual que en las constituciones anteriores, eran la suspensión, la destitución del acusado y «[...] a lo más, declararlo incapaz, temporal o perpetuamente, de servir destinos de confianza en la República; quedando, sin embargo, el acusado sujeto a acusación, juicio y sentencia en los tribunales competentes, si el hecho lo hiciera responsable a alguna pena, o indemnización ulterior». Si la acusación no versaba sobre la conducta oficial, la intervención del legislativo se limitaba a autorizar el juicio ante los tribunales competentes, lo que daba lugar a la suspensión en el ejercicio del cargo.

La Constitución de 1843 (Nueva Granada) estableció los requisitos de los actos relativos a la conducta oficial que daban lugar a responsabilidad por parte del jefe del ejecutivo, incluyendo entre ellos los que tuvieran por objeto favorecer los intentos u operaciones de una nación extraña o enemiga de la Nueva Granada, los actos contra la independencia o intereses de esta, los que tuvieran objeto impedir que se celebraran las elecciones previstas en la Constitución o coartar la libertad de elección, los actos dirigidos a impedir que las Cámaras legislativas se reunieran o a coartar la libertad e independencia del legislativo, negarse a sancionar las leyes o actos legislativos; o impedir que los juzgados o tribunales juzgaran sobre los negocios que fueren de la competencia del poder judicial, o coartarles la libertad con la que debían juzgar. En estos casos, previa acusación de la Cámara, el Senado podía imponer las sanciones de destitución o inhabilidad del presidente. En los casos de delitos comunes, el antejuicio del legislativo solo podía desembocar en la puesta a disposición del acusado para que fuera juzgado por la Corte Suprema de Justicia, lo cual comportaba la suspensión del cargo.

La Constitución de 1853 mantuvo la diferenciación entre los juicios contra el presidente por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones, así como las penas a imponer; y los delitos comunes, para los que se mantuvo el antejuicio del Congreso, con suspensión del cargo, y el enjuiciamiento ante el poder judicial. Durante la vigencia de esta Constitución se adelantó el juicio político contra el general José María Obando entre 1854 y 1855 bajo

cargo de mal desempeño de sus funciones presidenciales y de complicidad en los delitos de traición y rebelión por no oponer resistencia al golpe del general José María Melo, golpe del que tuvo conocimiento y respecto al cual no tomó medidas para impedirlo, razón por la cual fue destituido por el Congreso. Por su parte, la Corte Suprema de Justicia adelantó el proceso por los delitos de rebeldía y traición, por los que finalmente fue absuelto.

La Constitución de la Confederación Granadina de 1858 dispuso que *las causas de responsabilidad* contra el presidente fueran adelantadas por el Senado, previa acusación de la Cámara de Representantes o del procurador general. Cuando tales causas de responsabilidad tuvieran su origen en hechos que no estuvieran tipificados como delitos en el Código Penal, solo procedería la suspensión o destitución; por su parte, la Corte Suprema de Justicia conocería de las causas por delitos comunes contra el presidente de la Confederación, previa suspensión decretada por el Senado, previsión que se mantuvo bajo la Constitución de los Estados Unidos de Colombia de 1863.

En aplicación de estas disposiciones, el general Tomás Cipriano de Mosquera fue suspendido en el ejercicio del empleo en 1867 por el incidente diplomático derivado de la violación de la neutralidad de Colombia sin el consentimiento del Congreso en el conflicto entre Perú y España por el conflicto bélico por las islas productoras de guano, en razón de la adquisición de un barco para favorecer al Perú. Mosquera fue penalmente condenado con multa, pérdida de los derechos políticos y civiles y dos años de prisión, pena, esta última, que fue conmutada por la de destierro (Liévano, 1966).

La Constitución de 1886 estableció las reglas del juicio político contra el presidente de la República en los mismos términos en que lo conocemos hoy en día: la admisión de la acusación da lugar a la suspensión en el empleo. Si la acusación se refiere a delitos cometidos en ejercicio de funciones o a indignidad por mala conducta, la pena imponible es la destitución, la privación temporal o la pérdida absoluta de los derechos políticos. Si los hechos que dan lugar a la responsabilidad merecen otra pena, se seguirá juicio criminal contra el reo ante la Corte Suprema. Si la acusación se refiere a delitos comunes, el Senado se limitará a declarar si hay o no lugar a seguimiento de causa y, en caso afirmativo, pondrá al acusado a disposición de la Corte Suprema; la sentencia definitiva requiere al menos dos tercios de los votos de los senadores que concurren al acto.

Bajo esta regulación se presentaron dos intentos de juicio político. El primero, en 1921, contra el presidente Marco Fidel Suárez por haber pignorado sus sueldos para poder costear el tratamiento de la enfermedad de uno de sus hijos, juicio que no tuvo lugar en razón de la renuncia del presidente para evitar el juicio político por indignidad. El segundo juicio frustrado fue el del presidente Mariano Ospina Pérez, quien, para evitar el juicio por insolvencia moral y por no brindar las garantías necesarias en las elecciones presidenciales en medio del ambiente de violencia bipartidista originado en El Bogotazo, declaró el estado de sitio y cerró el Congreso en 1949.

En 1959 fue enjuiciado por indignidad el general Gustavo Rojas Pinilla, después de su exilio, bajo cargo de haber intervenido en favor de la entrega de un contrabando de ganado y de obtener ventajas en bancos para su beneficio personal y sus consocios. El Senado lo condenó a la pérdida de sus derechos políticos, a la revocación de su pensión oficial y a la

pérdida de su rango militar, aunque ocho años más tarde, en 1967, la Corte Suprema de Justicia le restituyó los derechos políticos.

3.2. EL JUICIO POLÍTICO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1991

La Constitución de 1991 previó en sus artículos 174, 175 y 178 disposiciones semejantes a las que se establecieron en el artículo 97 de la Constitución de 1886, y estableció la competencia del Senado para conocer de las acusaciones que formulara la Cámara de Representantes «[...] contra el presidente de la República o quien haga sus veces; contra los magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, los miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el fiscal general de la Nación», aun después de haber cesado en el ejercicio de sus cargos, en razón de los hechos y las omisiones ocurridos en su desempeño.

El texto constitucional estableció también la suspensión en el ejercicio del empleo por el solo hecho de la admisión de la acusación, la limitación de la sanción a la destitución, la privación temporal o la pérdida absoluta de los derechos políticos, sin perjuicio del juicio criminal ante la Corte Suprema de Justicia en caso de que el presidente hubiera incurrido en delitos en ejercicio del cargo.

Se mantuvo igualmente la regla conforme a la cual si la acusación versa sobre delitos comunes, el Senado solo puede declarar si hay lugar o no al seguimiento de causa y, en caso afirmativo, debe poner al acusado a disposición de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme al mandato de las primeras constituciones de Colombia, también se estableció la exigencia de la mayoría de dos tercios de los votos en el Senado para la imposición de las sanciones derivadas del juicio político.

Las disposiciones constitucionales sobre el juicio político se encuentran desarrolladas en los artículos del 327 al 366 de la Ley 5 de 1992 (Reglamento del Congreso), donde se establecen los aspectos orgánicos y de procedimiento en el seno de la Cámara y el Senado en el enjuiciamiento de los altos funcionarios, así como en las disposiciones subsistentes del Código de Procedimiento Penal, Ley 600 de 2000 (artículos del 419 al 468) y en los artículos del 344 al 366 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia.

Transcurrido más de un cuarto de siglo desde la aprobación de la Constitución de 1991, ningún presidente de la República ha sido acusado por la Cámara de Representantes. El caso en el que más cerca se estuvo de la incoación del juicio político fue el del presidente Ernesto Samper en 1996 por el ingreso de dineros del narcotráfico en su campaña a la Presidencia, cuya investigación fue precluida por la Cámara.

En 2016, el Senado de la República admitió por primera vez —en vigencia de la Constitución Política de 1991— una acusación formulada por la Cámara de Representantes contra de un magistrado de la Corte Constitucional, el Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, con la consecuente suspensión en el ejercicio del cargo y la remisión de la actuación a la Corte Suprema de Justicia por el delito de concusión: los hechos estaban relacionados con

la presunta exigencia de dinero para la decisión del caso Fidupetrol; la actuación del Senado continuó en lo correspondiente al juicio político por indignidad.

3.3. DIFICULTADES EN EL TRÁMITE DE LOS JUICIOS POLÍTICOS EN EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA

El hecho de que solamente se haya admitido un caso en el Senado de la República en ejercicio del juicio político previsto en los artículos 174 y 175 de la Constitución conduce a plantear la siguiente disyuntiva: bien constituye una manifestación de la probidad de los funcionarios aforados —presidente de la República o quien haga sus veces, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, miembros del Consejo Superior de la Judicatura y fiscal general de la Nación—, bien, por el contrario, es una circunstancia que pone en cuestión la operatividad y la eficacia del juicio político y mantiene viva la discusión sobre la necesidad de modificar las competencias del Congreso sobre la materia, como fallidamente se intentó con la introducción de la Comisión de Aforados en virtud del Acto Legislativo No. 02 de 2015 «Por medio del cual se adopta una reforma de equilibrio de poderes y reajuste institucional y se dictan otras disposiciones», ley declarada inconstitucional por la Sentencia C-373, de 2016, de la Corte Constitucional.

Este Acto Legislativo creaba la Comisión de Aforados, concebida como un organismo independiente del Congreso encargado de investigar y acusar a los magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, la Comisión Nacional de Disciplina Judicial y al fiscal general de la Nación. La Comisión de Aforados asumía, pues, la competencia atribuida a la Comisión de Investigaciones y Acusaciones de la Cámara de Representantes. La Corte Constitucional consideró que la asunción de estas competencias por la Comisión de Aforados —un órgano que no formaba parte de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial— implicaba una sustitución de la Constitución y afectaba los frenos y contrapesos establecidos por el constituyente de 1991.

En sus aspectos de diseño y de operación, el juicio político en cabeza del Congreso de la República presenta serias dificultades que impiden un ejercicio eficaz de esta figura, lo cual genera riesgos de credibilidad y confianza que minan la legitimidad del Congreso y afectan al acatamiento y la obediencia de la ley, dado que proviene de un organismo al que se cuestiona porque no es capaz de aplicar dentro de sí la ley que pretende que se aplique a los demás. De acuerdo con el Informe sobre Democracia en América Latina de la Corporación Latinobarómetro del año 2017, la mayor cualidad que esperan los ciudadanos de un régimen democrático —y de la cual se deriva la mayor determinante de confianza hacia las instituciones públicas— es el tratamiento de sus ciudadanos en condiciones de igualdad: «Un 59% de la región dice que lo más importante es el trato por igual, es decir un componente de la igualdad ante la ley, en el corazón mismo de la percepción de soberanía» (Corporación Latinobarómetro: 2017).

Definitivamente, no puede considerarse que existe un trato en condiciones de igualdad cuando los funcionarios aforados, las más encumbradas dignidades del Estado colombia-

no, no responden ante la ley como los demás servidores públicos, dado que, de los miles de denuncias que se han presentado en la Comisión de Investigaciones y Acusaciones de la Cámara de Representantes para el ejercicio del juicio político o del antejuicio para poder llevar el proceso ante la justicia durante la vigencia de la Constitución de 1991, solamente uno ha prosperado, lo cual evidencia las debilidades y disfuncionalidades de esta figura, cuyo diseño se muestra claramente inefectivo para cumplir su finalidad.

Considérese, por ejemplo, que los integrantes de la Comisión de Investigación y Acusación, en cuanto representantes a la Cámara, son juzgados por las mismas instituciones a las que pertenecen los funcionarios aforados que son pasibles del juicio político: la Corte Suprema de Justicia es la encargada de adelantar los procesos por los delitos que cometan los congresistas; el Consejo de Estado es la autoridad encargada de adelantar los procesos de pérdida de investidura contra los congresistas y de nulidad electoral contra los actos que declaran su elección, lo cual ha dado lugar a la manifestación de impedimentos de los integrantes de la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes para conocer de las actuaciones contra los magistrados de dichas corporaciones judiciales.

La Comisión de Investigación y Acusación carece de la capacidad institucional —y no cuenta con la suficiencia técnica, de infraestructura, medios y personal necesario— para tramitar y adelantar las denuncias que se presentan contra los funcionarios aforados: la Comisión está compuesta por 16 integrantes que no son de dedicación exclusiva, pues además de los deberes propios de esta Comisión deben cumplir sus funciones como integrantes de las comisiones constitucionales permanentes y las demás comisiones legales o accidentales. La Comisión solo cuenta con 8 funcionarios para el apoyo de sus integrantes: un secretario, un subsecretario, una secretaria ejecutiva, un operador de equipo, un asistente administrativo, un transcriptor, un mensajero y un conductor. No existe un cuerpo técnico para la práctica y el recaudo de pruebas, de modo que en ocasiones es necesario contar con la colaboración armónica del Cuerpo Técnico de Investigación, que es una Dirección perteneciente a la Fiscalía General de la Nación, por ende bajo la autoridad del fiscal general, que puede ser investigado por la Comisión de Investigación y Acusación.

La Comisión debe recurrir a funcionarios «prestados» de otras ramas para que auxilien sus investigaciones, entre ellos a los magistrados de los Tribunales de las salas penales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial y a los jueces para la práctica de pruebas, funcionarios, estos últimos, que deben adelantar actuaciones contra los magistrados de las Altas Cortes, que, para el caso de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia son sus superiores funcionales.

A estas limitaciones se suma que el término con que cuenta la Comisión para adelantar la investigación es de treinta días o, a lo sumo, de sesenta cuando se trate de delitos conexos o cuando sean dos o más los procesados.

Por otra parte, volviendo al punto sobre las dificultades que comporta hablar de juicio político cuando las decisiones no se toman bajo el apremio de estricta juridicidad, sino mediando consideraciones políticas tales como la pertenencia del enjuiciado a un partido político —particularmente, en los casos del presidente y el vicepresidente—, ese solo hecho

tiene peso en la decisión que puedan tomar los congresistas al resolver sobre la investigación, la acusación, la admisión del juicio o la condena, lo cual realmente afecta la imparcialidad del *juex político* e impide una decisión objetiva basada en los maleables conceptos del interés general y la búsqueda del bien común.

Asimismo, para el caso de los magistrados de la Corte Constitucional y del Consejo Superior de la Judicatura, que son elegidos, respectivamente, por el Senado y por el Congreso, se advierte la posibilidad de que los mismos congresistas que han participado en su elección, y que incluso hayan adoptado un papel activo en defensa o en contra de la aspiración o elección de dichos magistrados, aun como posición de bancada manifestando un criterio de partido, sean quienes se encarguen de juzgarlos, comprometiendo de entrada la imparcialidad que es propia de quien juzga.

De adeshala, la inviolabilidad de los congresistas por sus votos y opiniones en ejercicio de sus funciones, garantizada por el artículo 185 de la Constitución y respaldada por la Corte Constitucional en sentencias como la SU-047 de 1999 y la C-1174 de 2004 —la cual determina que no hay forma de responsabilizarlos porque voten en tal o cual sentido en los juicios políticos—, representa una dificultad adicional para pretender que la decisión en un juicio de tal naturaleza sea homologable a la que puede exigirse a un órgano judicial, individual o colegiado, cuando decide un caso con un criterio judicial y no político, aun bajo la posibilidad de idéntica configuración de hecho.

Es evidente, pues, que los juicios políticos en cabeza del Congreso son inviables en todas sus gamas y que, en tal virtud, el riesgo de impunidad se multiplica respecto de los funcionarios aforados abriendo fuentes de:

- Irresponsabilidad disciplinaria;
- Irresponsabilidad política por conductas indignas;
- Irresponsabilidad penal por delitos en ejercicio de sus funciones;
- Irresponsabilidad penal por delitos comunes, pues el antejuicio en el Congreso es requisito para la prosecución ante la jurisdicción; e incluso
- Irresponsabilidad patrimonial derivada del delito.

Bajo tales condiciones, difícilmente puede cumplirse el siguiente postulado formulado en la Constitución de Tunja de 1811: «Los delitos de los mandatarios del Pueblo y de sus Agentes, jamás deben quedar impunes, pues nadie tiene derecho para ser más inviolables que los demás».

El reto, pues, en estos tiempos de cambio, con antecedentes recientes como el copioso respaldo a la consulta anticorrupción del mes de agosto de 2018, es insistir en la reforma de los juicios políticos, dejando atrás las ataduras del pasado y entendiendo que lo que se encuentra bajo amenaza es el sustento mismo de la democracia por infracción de los principios republicanos de la igualdad ante la ley y la responsabilidad de los gobernantes, de manera que ninguna figura, institución o procedimiento puede sostenerse si no es conforme con las bases que soportan el Estado constitucional y democrático de Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- BERGER, Raoul (1973): *Impeachment: The constitutional problems*, Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press.
- CARPIZO, Jorge (2009): *Concepto de democracia y sistema de gobierno en América Latina*, Bogotá: UNAM-Universidad Externado de Colombia.
- CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO (2017): *Informe 2017*, Santiago de Chile [en línea] <<http://www.latinobarometro.org/latNewsShow.jsp>>. [Consulta: septiembre de 2018.]
- JAEGER-FINE, Toni (2017): «La Influencia de la Constitución de Estados Unidos en la Constitución Mexicana de 1917», en H. Fiz-Zamudio y E. Ferrer MacGregor (coords.), *México y la Constitución de 1917. Influencia extranjera y trascendencia internacional. Derecho comparado*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- LIÉVANO AGUIRRE, Indalecio (1966): *El proceso de Mosquera ante el Senado*, Bogotá: Editorial Revista Colombiana.
- NICHOLS, John (2006): *The Genius of Impeachment*, Nueva York: The New Press.
- OCDE (2014): *Colombia: La implementación del buen gobierno*, OECD Publishing.
- PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal (2007): *Presidential Impeachment and the New Political Instability in Latin America*, Cambridge: Cambridge University Press.
- PIZA ROCAFORT, Rodolfo (1989): «Influencia de la Constitución de Estados Unidos en las constituciones de Europa y América Latina», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 15.
- VÉLEZ VÉLEZ, Federico (2000): «El impeachment presidencial en Latinoamérica: corrupción o ardid político», *Sindéresis. Revista de la Auditoría General de la República*, 1.

Fecha de recepción: 12 de febrero de 2019.

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2019.

REVOCACIÓN DEL MANDATO PRESIDENCIAL EN VENEZUELA:
INSTRUMENTO CONTROVERTIDO EN SU SISTEMA PRESIDENCIAL
THE REVOCATION OF THE PRESIDENTIAL MANDATE IN VENEZUELA: A
CONTROVERSIAL INSTRUMENT IN ITS PRESIDENCIAL SYSTEM

Elia Domingo Barberá

*Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Valencia
Exletrada de la Administración de Justicia
Profesora Asociada Universidad de Valencia*

RESUMEN

El presente trabajo aborda desde una perspectiva teórico-práctica la consideración de la revocación del mandato presidencial en Venezuela como una institución cuya esencia original como instrumento del poder ciudadano se ha desvirtuado y ha ido convirtiéndose en un instrumento político mediante el que el poder legislativo, al verse desprovisto de otros medios institucionales, intenta limitar al poder ejecutivo y deponerlo en su mandato en un marco caracterizado por la progresiva impotencia de la Asamblea Nacional ante un poder ejecutivo plenipotenciario que controla el resto de poderes de la nación. Sin embargo, los acontecimientos analizados en el artículo muestran que el poder ciudadano, baluarte del nuevo constitucionalismo latinoamericano, se ha visto reducido a un simple principio que decora la Constitución venezolana.

PALABRAS CLAVE

Revocación del mandato presidencial, democracia participativa, control político, poder ejecutivo, poder legislativo, poder ciudadano.

ABSTRACT

The present work approaches from a theoretical-practical perspective the consideration of the revocation of the presidential mandate in Venezuela as an institution that has been distorted in its original essence as an instrument of citizen power. It has become a political medium in which the legislative power, being devoid of other institutional means, tries to limit the executive power and depose it in its mandate, having seen the National Assembly increasingly devoid of its capabilities and powers before a power executive plenipotentiary that controls the rest of the powers of the nation. However, in light of the events that will be described in the article, it is true that citizen power, a bulwark of the new Latin American constitutionalism, remains a simple principle that decorates the Venezuelan constitution.

KEY WORDS

Revocation of the presidential mandate, participatory democracy, political control, executive power, legislative power, citizen power.

REVOCACIÓN DEL MANDATO PRESIDENCIAL EN VENEZUELA: INSTRUMENTO CONTROVERTIDO EN SU SISTEMA PRESIDENCIAL

Elia Domingo Barberá

Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Valencia
Exletrada de la Administración de Justicia
Profesora Asociada Universidad de Valencia

Sumario: 1. Aspectos introductorios sobre la revocación del mandato presidencial. 2. La revocación del mandato presidencial en la Constitución de Venezuela. 3. El proceso de revocación del mandato del presidente Hugo Chávez de 15 de agosto de 2004. 3.1. Contexto y antecedentes políticos de la revocación del mandato del presidente Hugo Chávez. 3.2. Legitimidad, legalidad y naturaleza de las normas dictadas por el CNE sobre la revocación del mandato. 3.2. Controversias suscitadas en la realización y práctica del proceso de referendo revocatorio del presidente Hugo Chávez. 4. Las normas vigentes del CNE para la revocación del mandato presidencial en Venezuela. 5. EL intento de revocación del mandato del presidente Nicolás Maduro de 2016. 6. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. ASPECTOS INTRODUCTORIOS SOBRE LA REVOCACIÓN DEL MANDATO PRESIDENCIAL

El avance teórico y práctico de la implementación de instrumentos de democracia participativa en las democracias actuales ha conllevado la incorporación de la revocación del mandato en algunas constituciones, mecanismo que puede ser promovido en distintos niveles —local, estatal o nacional—. Sin embargo, la revocación del mandato político conferido por la ciudadanía a los gobernantes elegidos mediante las elecciones ha resultado

ser una institución de no fácil encaje en los sistemas y regímenes políticos actuales, especialmente si el mandatario a revocar es el del presidente de la nación, supuesto que suscita dudas y controversias beligerantes entre las distintas fuerzas políticas debido las consecuencias que tal revocación comporta.

La revocación del mandato puede ser definida sintéticamente como un derecho político que corresponde a los electores y cuyo carácter es voluntario, que se convoca directamente por estos y desemboca en una votación directa de la ciudadanía orientada a revocar el mandato otorgado a sus representantes políticos cuando ha perdido la confianza en ellos antes de que concluya el periodo por el que fueron elegidos¹.

Una característica propia de la revocación del mandato que la diferencia del resto de instituciones de democracia participativa (entre las que habitualmente se incluye) es que plasma la manifestación popular sobre *personas* y no sobre posiciones políticas o leyes (como sucede en el referéndum o el plebiscito). Adicionalmente, debe ser una medida instada por los propios electores y no por las instituciones estatales. La relevancia de sus consecuencias la ha convertido en el instrumento de democracia directa más cuestionado y criticado, lo que provoca que su reconocimiento constitucional, su desarrollo legislativo y su práctica sean deficientes y se vean sometidos a restricciones. Ello es así porque esta institución integra un elemento del que carecen el resto de instrumentos de democracia directa: las autoridades electas están sometidas a un constante control y los electores pueden retirarles su confianza a pesar de que no se haya cumplido el periodo para el que aquellas fueron elegidas. Ese elemento esencial de control directo de la ciudadanía es justamente lo que hace que no solo su teorización² y regulación sea de difícil encaje, sino también que las repercusiones en su ejercicio den lugar a eventuales controversias políticas entre el poder ejecutivo gobernante y las facciones opositoras.

Partiendo de —y enfatizando— la característica definitoria de la revocación del mandato relativa al control de los representantes políticos —y, en su caso, a su cese por pérdida de la confianza—, es necesario hacer referencia a los diversos instrumentos a través de los cuales se puede cesar a los mismos, si bien nos centraremos exclusivamente en la figura del presidente del ejecutivo³. Los diversos mecanismos existentes dependerán generalmente de cada sistema político, así como de la instancia que finalmente nombre al presidente de la nación. En los sistemas parlamentarios, la moción de censura es, normalmente, el medio a través del que puede revocarse el mandato que en el proceso de investidura el parlamento confirió al presidente para que gestionara el poder ejecutivo. Por el contrario, en los sistemas presidencialistas hay generalmente dos instrumentos políticos mediante cuya activación el presidente de la República es susceptible de ser cesado en su cargo antes de concluir el periodo por el que fue elegido: el *impeachment* o juicio político y la revocación del mandato. El *impeachment* contra el presidente de la nación es un procedimiento político regido por las garantías judiciales propias del debido proceso —el principio de defensa y de contradicción— en el que el órgano legislativo se plantea cesar al jefe del ejecutivo por los hechos que se le imputan y que derivan en su responsabilidad política. Al ser un proceso político y no judicial —supuesto en el existirían cargos y la competencia correspondería al poder judicial—, ha de estar motivado por un acto de irresponsabilidad o conducta

sancionable desde el punto de vista político. La potestad para instarlo será exclusivamente del órgano legislativo⁴.

Por el contrario, la revocación del mandato presidencial supone el cese del presidente de la nación decidido directamente por el pueblo en las urnas cuya causa principal es la pérdida de confianza del electorado en el presidente del ejecutivo. A diferencia del *impeachment*, en la revocación del mandato no existe una especie de «juicio» celebrado en sede parlamentaria en el que el presidente pueda presentar alegaciones en su defensa. La revocación es instada por un número determinado de ciudadanos (que varía según los países) y, una vez comprobado el cumplimiento de ciertos requisitos de la solicitud de revocación, el cese o la continuidad del presidente de la República se decide mediante votación de la ciudadanía. Para poder revocar su mandato, es necesario un determinado número de votos, así como, si así lo prevé la legislación, un cuórum que se considere representativo de la población. Por tanto, una revocación del mandato en sentido estricto debe ser sea instada y decidida posteriormente mediante votación directa por los ciudadanos.

Una prueba de la complejidad y el miedo político que entraña la revocación del mandato presidencial es que, cuando se aplica al presidente de la nación, esta figura se prevé en su forma pura (es decir, la instancia y la decisión final es realizada por los electores) únicamente en tres países regidos por sistemas presidenciales: Venezuela, Bolivia y Ecuador⁵. La inclusión en estos tres países de la figura de la revocación del mandato aplicada a todos sus representantes políticos surgió de la necesidad de crear respuestas sociales ante nuevos planteamientos y estructuras políticas que reivindicaba la ciudadanía. Así, se aprobaron nuevos e innovadores textos constitucionales que se consideran referentes del «nuevo constitucionalismo latinoamericano», una perspectiva alejada de los lineamientos del constitucionalismo tradicional. De acuerdo con el nuevo constitucionalismo latinoamericano, la constitución solo será legítima si proviene directamente del poder constituyente del pueblo, que se superpone a los poderes constituidos tradicionales mediante la aplicación de instrumentos de participación ciudadana que operarán de forma transversal en los textos constitucionales. El nuevo constitucionalismo latinoamericano no solo introduce la participación directa del pueblo como poder constituyente en la creación de la constitución: prevé asimismo la prolongación de dicha participación por medio de instrumentos que permitan recuperar la relación entre soberanía y gobierno⁶. Esta nueva estructura combina la democracia representativa y la democracia directa, convirtiéndose una en soporte necesario para que pueda existir la otra. Así, tanto autoridades electas como los partidos políticos quedarán limitados y controlados por la acción directa del pueblo. La revocación del mandato tiene extensa cabida en el marco de estos nuevos planteamientos, si bien hay que plantearse si de la teoría a la práctica el ejercicio del poder del ciudadano soberano se ha podido ver reflejado en esta institución aplicada al máximo representante de la nación.

En dos de los tres países arriba citados, Venezuela y Bolivia, han tenido lugar procesos de revocación presidencial, aunque el caso de Bolivia no puede considerarse un proceso puro de revocación presidencial, dado que fue iniciado por el propio Gobierno —incluso antes de que estuviera previsto en la Constitución— como una forma de paliar las controversias sociales generadas a raíz de la creación de una nueva Constitución, por lo que carece

de una de las premisas para que pueda considerarse una revocación del mandato pura, a saber, que la instancia sea ejercida por los electores⁷.

Por el contrario, en Venezuela sí se ha llevado a la práctica un proceso de revocación del mandato del presidente Hugo Chávez (2004), y se ha intentado otro respecto al presidente Maduro (2016).

Con pretensión de realizar un análisis basado en la experiencia, este artículo se centra en la práctica de la revocación del mandato presidencial en Venezuela, considerada como un ejemplo de instrumento de democracia directa y control ciudadano de la responsabilidad del ejecutivo —concretamente, del presidente de la República— aplicado en un sistema presidencial. A lo largo de la exposición se intentará exponer qué incidencia ha tenido la revocación del mandato del presidente de la República en un sistema presidencial como el de Venezuela, y será posible caracterizar la implementación práctica de esta figura no tanto como un mecanismo en manos del pueblo que se activa para que este pueda hacer oír su voz y ejerza de forma efectiva el control de su máximo representante político, sino más bien como un instrumento que ha sido utilizado y manipulado por los distintos poderes estatales —en especial, los poderes legislativo ejecutivo— para medir sus fuerzas en un escenario en el que el legislativo carece de otros instrumentos para poder frenar y ejercer cierto control de un ejecutivo que acumula un poder excesivo en un sistema basado en la separación de poderes.

2. LA REVOCACIÓN DEL MANDATO PRESIDENCIAL EN LA CONSTITUCIÓN DE VENEZUELA

En la Constitución de Venezuela, la revocación del mandato constituye un punto de transversalidad en la Carta Magna que cierra el binomio entre la participación ciudadana y el control político de la misma ciudadanía respecto a sus representantes. En la Constitución se presenta como un instrumento de democracia participativa que engloba las herramientas creadas en el texto constitucional de 1999 para establecer y consolidar la «[...] sociedad democrática participativa y protagónica proclamada en preámbulo de la Carta Magna. Esta democracia implicará la concepción de un pueblo que rige sus destinos directamente o a través de sus representantes electos, que deberán rendir cuentas de su actuación y responder ante sus electores por su programa de acción comprometido en las elecciones y cuyo mandato es revocable»⁸.

En las sesiones de debate de la constituyente se concibió la revocación del mandato como un referendo especial, e incluso como un tema central para perfilar la democracia participativa que pretendía instituir la nueva Constitución Venezolana, en la que el pueblo fuera el protagonista de su democracia y sus decisiones políticas; ello hizo necesario que, debido a la relevancia y las consecuencias de la revocación del mandato, se establecieran para su activación unos requisitos más rigurosos que para el resto de referéndums⁹. No se articuló solo como un dispositivo propio de la democracia participativa, sino también —o

especialmente— como una institución de control permanente del ciudadano respecto a sus representantes, control que la Constitución establece como su espina dorsal en los artículos 5 (que define el Gobierno de la república como revocable) y el artículo 62, que dispone que el control de la población respecto de los representantes —y, por ende, la revocación del mandato— se constituye como un medio necesario para desarrollar la democracia participativa y protagónica. La relevancia de la figura ha sido subrayada, entre otros, por Teodoro Yan Guzmán: «Lo más relevante de esta sesión fue la transmutación de su función natural: de mecanismo de control pasó a ser una vía para solucionar crisis políticas»¹⁰.

En cuanto a otros medios de control político, cabe matizar que en Venezuela no existe la posibilidad de llevar a cabo el proceso de juicio político como es característico en muchos de los sistemas presidencialistas. Las figuras sancionatorias del poder ejecutivo a las que hace referencia la constitución son el «voto de censura» (solo para el vicepresidente y los ministros del Gobierno) y la «declaración de responsabilidad política» (artículo 222 de la Constitución)¹¹, que puede recaer sobre funcionarios públicos (entre los que estaría incluido el presidente de la nación) y que puede efectuar la Asamblea Nacional. Ahora bien, para que prospere, la Asamblea Nacional deberá solicitar al poder ciudadano¹² que intente las acciones a que haya lugar para que dicha responsabilidad sea efectiva. El art. 266 de la Constitución dispone que corresponde al Tribunal Supremo de Justicia declarar si finalmente hay o no mérito para el enjuiciamiento del presidente de la República y que, en caso afirmativo, este alto tribunal conocerá de la causa, previa autorización de la Asamblea Nacional, hasta el dictado de una sentencia firme¹³.

Por tanto, la inclusión de la revocación del mandato presidencial abrió en Venezuela una nueva vía de control, no tanto por parte del poder legislativo cuanto por la misma ciudadanía, a la que la nueva Constitución de 1999 confería todo el protagonismo.

Como se ha comentado, los constituyentes fueron conscientes de la importancia que detonaba esta nueva inclusión constitucional y del posible manejo fraudulento que podía hacerse de ella, así como de las repercusiones que podía entrañar su mala utilización; el debate se centró en la determinación de los límites y requisitos necesarios hacer efectiva la revocación del mandato de los representantes políticos, incluida la del presidente de la República¹⁴.

A pesar de la gran relevancia que se atribuyó a esta institución, la profundización en su conocimiento ha sido escasa. Como podrá comprobarse, en la práctica de las revocatorias presidenciales llevadas a cabo en Venezuela las confusiones e interpretaciones dispares han sido muy importantes debido a la incertidumbre creada en torno al complemento de esta figura con el resto del articulado de la Constitución, a la carencia de un desarrollo legislativo coherente y al interés de las fuerzas políticas en utilizarlo como un instrumento a su favor.

Como se ha avanzado, en Venezuela se ha planteado en dos ocasiones el proceso de revocación del mandato presidencial. El primero, contra el presidente Hugo Chávez, sí llegó a término: el referendo se celebró el 15 de agosto de 2004. El segundo, contra el presidente Nicolás Nicolás Maduro, fue finalmente suspendido por el CNE por diversas causas, sin que el pueblo soberano pudiera pronunciarse.

3. EL PROCESO DE REVOCACIÓN DEL MANDATO DEL PRESIDENTE HUGO CHÁVEZ DE 15 DE AGOSTO DE 2004

3.1. CONTEXTO Y ANTECEDENTES POLÍTICOS DE LA REVOCACIÓN DEL MANDATO DEL PRESIDENTE HUGO CHÁVEZ

Después de la aprobación de la Constitución de Venezuela de 1999, texto que, como se ha comentado, suponía un cambio político sustancial respecto a los anteriores, las controversias políticas se circunscribieron al régimen transitorio necesario para realizar el cambio político. Al respecto, surgieron dificultades relativas a la creación de los nuevos poderes y organismos públicos, que fueron designados a dedo y sin respetar el principio de participación ciudadana, uno de los valores fundamentales de la nueva Constitución. Estas cuestiones suscitaron pugnas entre el Gobierno de Hugo Chávez y los partidos políticos de la oposición. A todo esto se unía el hecho de que el Gobierno de Hugo Chávez suponía una seria cortapisa para las políticas neoliberales imperantes en las décadas anteriores en Venezuela, dado que el nuevo Gobierno impulsó la aprobación de leyes que orientaron el modelo socioeconómico hacia el corporativismo y establecieron un mayor control del Estado sobre los medios de producción que debilitaban al sector privado¹⁵.

Una vez generado el malestar entre las filas de la oposición del Gobierno, se intentó deponer al presidente Hugo Chávez mediante movilizaciones y marchas durante los años 2002 y 2003¹⁶ a través de la solicitud de su renuncia, el fallido golpe de Estado de 11 de abril de 2002 y el paro petrolero que se prolongó desde diciembre de 2002 hasta febrero de 2003¹⁷. Las tensiones inherentes a este contexto propiciaron el inicio de negociaciones entre el Gobierno y la oposición con la intervención mediadora de fuerzas internacionales. Se creó la llamada Mesa de Negociación y Acuerdos, que celebró sesiones desde septiembre de 2002 a mayo de 2003 y concluyó con la firma de los Acuerdos entre la representación del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y los Factores Políticos y Sociales que lo respaldaban y la Coordinadora Democrática y las Organizaciones Políticas y de la Sociedad Civil que formaban la oposición. En el Acuerdo número 12 se consideró la utilización de la revocación del mandato establecida en el artículo 72 de la Constitución como una vía de solución de la crisis política que se había generado¹⁸. Sin embargo, antes y durante la consecución de los acuerdos comentados, y con anterioridad a la celebración del referendo revocatorio presidencial celebrado en 15 de agosto de 2004, la oposición intentó celebrar dos referendos sobre los que es preciso detenerse para entender la dinámica y el juego político que se suscitó en relación a esta institución:

- Un referendo consultivo que los partidos políticos y grupos civiles opositores al gobierno presentaron en noviembre de 2002 ante el CNE con 2 millones de firmas para activar la consulta popular sobre la renuncia presidencial. El CNE admitió la solicitud de este referéndum y aprobó la convocatoria para su realización, decisiones ambas que fueron anuladas por la Sentencia n° 3 de la Sala Electoral del TSJ de 22 de enero de 2003, corroborada por la Sentencia de la Sala Constitucional del TSJ de 3 de diciembre de 2003, resoluciones que alegaban vicios en la forma de elección de los componentes de la junta directiva del CNE y, por ende, declaraban nulas las

decisiones adoptadas por este órgano; además, otra Sentencia de la misma fecha, 22 de enero de 2003 (n.º 23), argumentó que el referendo consultivo solicitado para revocar al presidente no era la vía adecuada porque no tenía carácter vinculante.

- La solicitud de referendo revocatorio presidencial (el llamado «Firmazo»). El 20 de agosto de 2003, las fuerzas políticas opositoras al Gobierno presentaron ante el CNE la iniciática de revocación del mandato presidencial, solicitud apoyada por más de tres millones de firmas. Sin embargo, el CNE no admitió la solicitud por considerar que las firmas fueron recogidas antes de que el presidente del Gobierno hubiera cumplido la mitad de su mandato (requisito imprescindible estipulado por el artículo 72 de la Constitución para poder comenzar la el proceso de revocación del mandato político), así como por estimar que las planillas adjuntadas a la solicitud del revocatorio no cumplían los requisitos de forma y constituían, más bien, una proclama que chocaba con el propósito del numeral 12 del Acuerdo de mayo de 2003 firmado entre la oposición y el Gobierno al que antes hemos hecho referencia¹⁹.

La resolución dictada por el CNE ante la negativa de admitir la solicitud de la revocación del presidente presentada el 20 de agosto de 2003, junto con la firma de los Acuerdos entre la representación del gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y los Factores Políticos y Sociales que lo respaldaban, y la Coordinadora Democrática y las Organizaciones Políticas y de la Sociedad Civil que formaban la oposición, motivaron que el máximo órgano del poder electoral²⁰ elaborara normas para poder proceder a un posible proceso de revocación del mandato presidencial, habida cuenta de que la Asamblea Nacional no se había puesto de acuerdo para aprobar texto legislativo alguno que regulara la materia. La regulación del CNE se concretó en las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de mandatos de Cargos de Elección popular (Normas del CNE, resolución n.º 030926-465 de 25 de septiembre de 2003), que supusieron un punto de partida para poner en práctica el referendo revocatorio del presidente Hugo Chávez celebrado el 15 de agosto de 2004. Como podremos comprobar a lo largo de este trabajo, las Normas fueron ampliadas y se crearon otras Normas, Resoluciones e Instructivos complementarios que fueron dictándose para llevar a cabo la consecución del proceso revocatorio.

La figura de la revocación del mandato «[...] pasó a ubicarse en el centro del debate y de la acción política en Venezuela y fue reconocida y promovida por la comunidad hemisférica (y más allá de la misma) como el canal institucional apropiado para la tramitación y canalización del conflicto político del país»²¹.

La oposición no se hizo esperar, y en octubre de 2003 solicitó al CNE el inicio de un nuevo proceso de revocación del mandato del presidente Hugo Chávez, que culminó con la votación del mismo el 15 de agosto de 2004.

Sin embargo, este proceso estuvo marcado por cortapisas que cuestionaban tanto la legitimidad y naturaleza de las normas del referéndum revocatorio como el contenido y puesta en práctica de las mismas.

3.2. LEGITIMIDAD, LEGALIDAD Y NATURALEZA DE LAS NORMAS DICTADAS POR EL CNE SOBRE LA REVOCACIÓN DEL MANDATO

En lo que respecta a la legitimidad del CNE para dictar normas sobre la revocación del mandato, se cuestionaba el procedimiento de designación de los miembros de la Junta Directiva del CNE y, por ende, se declaraba la irregularidad de dicho órgano del poder judicial. Con motivo de la demora de la Asamblea Nacional en la designación de los miembros de la Junta Directiva, la Sala Constitucional del TSJ, con ocasión de la resolución de un recurso contra dicho retraso, dictó la Sentencia n° 2073 de 4 de agosto de 2003, que declaró la inconstitucionalidad de la omisión de la Asamblea Nacional por no pronunciarse sobre el nombramiento del CNE —como había ordenado la Sala electoral de dicho órgano—, instándola a que, en el plazo de 10 días, corrigiera la omisión y apercibiéndola de que, en caso de no cumplir dicho requerimiento, sería la Sala Constitucional la que nombraría a los miembros del órgano electoral a fin de cubrir el vacío legal originado. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo en la Asamblea Nacional, finalmente fue la Sala Constitucional del TSJ la que nombró a los miembros del órgano dirigente del poder electoral, todo ello ante la premura existente por cuanto se había generado la necesidad de concretar un proceso de revocación del mandato presidencial aconsejado y acordado en los Acuerdos entre la representación del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y los Factores Políticos y Sociales que lo respaldaban, y la Coordinadora Democrática y las Organizaciones Políticas y de la Sociedad Civil, que formaban la oposición. Por tanto, el proceso de designación de los miembros del máximo órgano electoral se apartó notoriamente de las previsiones establecidas por la Constitución venezolana, de ahí que existan serias dudas sobre la legitimidad de aquellos nombramientos, dada la intromisión del poder judicial en la conformación del nuevo poder electoral creado por la nueva Constitución²².

Otra cuestión que suscitó controversias fue la legalidad de las normas dictadas por el CNE. Comenzamos con la consideración que realiza al respecto Petzold-Pérnia²³ respecto a las Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de mandatos de Cargos de Elección popular (Normas del CNE, resolución n° 030926-465 de 25 de septiembre de 2003) que elaboró el CNE con ocasión del referéndum revocatorio de 2004. Según el autor citado, estas normas vulneraron el artículo 72 de la Constitución Venezolana, al tratar administrativamente el ejercicio del derecho político que este artículo consagra y haber reglamentado una materia reservada a la ley para su desarrollo, cuya competencia es de la Asamblea Nacional. Cabe señalar que el párrafo segundo del artículo 70 de la Constitución²⁴ establece la reserva de ley de la regulación de los medios de participación ciudadana, entre los que se encuentra la revocación del mandato regulada en el artículo 72²⁵.

En sentencias n° 2073 /2003, de 4 de agosto²⁶, y n° 2341/2003, de 25 de agosto²⁷, la Sala Constitucional del TSJ se pronunció sobre la procedencia de que el CNE regulara la materia del referendo revocatorio, y declaró que el CNE tenía competencia para dictar las normas sobre la revocación del mandato mientras no se aprobara la correspondiente ley por la Asamblea Nacional; esta competencia reforzaba el carácter y naturaleza atribuidos al poder electoral como nuevo poder de la nación autónomo e independiente²⁸.

Con base en estos argumentos jurisprudenciales de la Sala Constitucional del TSJ y en la aplicación del artículo 33.9 de la Ley Orgánica del Poder Electoral, así como del artículo 293 de la Constitución, el CNE dictó la normativa reguladora del proceso de revocación del mandato, comenzando por las Normas para Regular el Proceso de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular de 25 de septiembre de 2003 (modificadas en octubre de 2003), a las que siguieron una serie de Normas, Instrucciones y Resoluciones elaboradas por el mismo órgano que, como se ha comentado, regularon el proceso de revocación del mandato del presidente Hugo Chávez celebrado en agosto de 2004.

Todos estos aspectos resultan de interés para determinar la naturaleza de las normas elaboradas por el CNE. Rafael Chavero plantea dudas razonadas sobre la consideración de las mismas como normas de rango legal y no reglamentario, y considera que son normas de naturaleza administrativa y contenido legal. Basándose en los artículos 293 de la Constitución, y 33.29 de la Ley Orgánica del Poder Electoral²⁹, estima que no son actos dictados en ejecución directa e inmediata del texto constitucional.

La Sentencia 566/2004, de 12 de abril, de la Sala Constitución del TSJ, determinó que, ante la creación de las normas sobre la revocación del mandato, el poder electoral actuó en ejecución directa e inmediata del artículo 72 de la Constitución Venezolana³⁰.

Se pone énfasis en la cuestión de la naturaleza de las normas creadas por la CNE respecto a la revocación del mandato puesto que, dependiendo de la misma, la competencia para resolver las posibles controversias suscitadas en el proceso y sus normas corresponderá bien a la Sala Constitucional, bien a la Sala Electoral, ambas del TSJ. Como se verá más adelante, la cuestión de la competencia resultó un paradigma relevante en la consecución final del proceso de revocación del mandato del presidente Hugo Chávez.

3.3. CONTROVERSIAS SUSCITADAS EN LA REALIZACIÓN Y PRÁCTICA DEL PROCESO DE REFERENDO REVOCATORIO DEL PRESIDENTE HUGO CHÁVEZ

Para entender qué ocurrió en el proceso de revocación de mandato de Hugo Chávez —y, posteriormente, en el del presidente Nicolás Maduro—, cabe recordar los requisitos para poder revocar el mandato del presidente que establece en el artículo 72 de la Constitución venezolana³¹:

- Para la solicitud de revocación del mandato debe haber transcurrido la mitad del periodo para el cual fue elegido el funcionario, no pudiéndose solicitar más de una revocatoria durante el periodo de su mandato.
- Dicha solicitud debe pedirla un número no menor del 20% de los electores inscritos en la circunscripción correspondiente.
- Para el acto de la votación del revocatorio se requiere un cuórum mínimo de participación del 25% de electores inscritos en el censo electoral.

- Se requiere, además de que haya mayoría en la votación a favor de revocar el mandato de la autoridad cuestionada, que el número de votos que sustente esa mayoría sea igual o mayor al número de votos con los que en su día eligieron a dicha autoridad.

Sin embargo, hay que tomar en consideración una cuestión muy importante que ha sido clave para entender las actuaciones tanto del Gobierno como de la oposición: el artículo 233 de la Constitución venezolana dispone, como es lógico, que una de las causas de falta absoluta del presidente de la República sea la revocación de su mandato. Sin embargo, resulta paradójico el hecho de que, si esa falta absoluta se produce dentro de los cuatro primeros años, se procederá a una nueva elección presidencial en los treinta días siguientes, y que, por el contrario, si la falta absoluta del presidente se produce durante los dos últimos años, la persona que asumirá la Presidencia de la República hasta cumplir el periodo del mandato restante (dos años) será el vicepresidente del ejecutivo.

Al respecto, parecería que los constituyentes o bien no tuvieron en cuenta el fin de la revocación del mandato presidencial, o bien hicieron caso omiso de esta circunstancia, entendieron que era poco probable que la revocación se produjera y la trataron como una causa más de falta absoluta del presidente sin tener en cuenta sus particularidades. Es totalmente incongruente que, después de revocarse el mandato del presidente, tenga que sustituirle su mano derecha. Por esta razón, tanto en el proceso de revocación del mandato que se siguió contra el presidente Hugo Chávez como en el que posteriormente se solicitó contra el presidente Maduro, los plazos a tener en cuenta en el proceso fueron considerados de suma importancia, puesto que tan solo había un año para llevarlo a cabo (en concreto, el cuarto año del mandato presidencial). Esa cuestión marcó las pautas para que el Gobierno dilatará el proceso y la oposición presionara para acelerar los plazos.

Después de asentar estas premisas, es dable destacar no solo la dilatación en el tiempo pretendida por el Gobierno respecto al proceso seguido contra el presidente Hugo Chávez, sino también la falta de seguridad jurídica que lo caracterizó.

De acuerdo con las normas creadas en el 2003 por el CNE, la revocación del mandato en Venezuela se estructuraba en cuatro partes: la recolección de firmas para llegar al mínimo del 20% del censo electoral establecido en la Constitución y poder dar lugar a la solicitud del revocatorio, un proceso de verificación de dichas firmas, un proceso de reparo y, finalmente, la votación del referéndum revocatorio.

En cuanto a la recolección de firmas, el CNE debía entregar unas planillas numeradas y foliadas a los solicitantes del revocatorio y las firmas podían recogerse tanto de forma itinerante como en sitios preestablecidos, concretándose unas condiciones mínimas que tenían que contemplarse en las planillas³². Sin embargo, la oposición alegó que la entrega de los materiales se retrasó y que hubo incidentes y obstáculos para abrir las mesas destinadas a la recolección de las firmas por falta de acreditación de los distintos miembros. Asimismo, la oposición denunció la existencia de obstrucciones y amedrentamientos a los firmantes, así como cambios de instrucciones por parte del CNE para la recolección de las firmas. Según el Informe Integral de la Observación del Referendo Revocatorio Presidencial elaborado

por The Carter Center, las normas relativas a la recolección de firmas de forma itinerante generó un proceso complejo y prestó a confusiones³³.

Finalmente, se recolectaron 3,4 millones firmas y, una vez presentadas al CNE, se abrió el periodo de validación de las mismas. Esta parte de verificación se regulaba en los artículos 27 al 30 de la Normas de septiembre de 2003, pero esta regulación fue ampliada con instructivos del CNE. La Resolución n° 031120-794, de 20 de noviembre de 2003, relativa a las normas sobre los criterios de validación de las firmas y planillas de recolección sí fueron creadas por el CNE antes de las fechas previstas para la recolección de las firmas por parte de los solicitantes, que se realizó entre el 28 de noviembre y el 1 de diciembre de 2003. Pero para las cuestiones y problemas que posteriormente se suscitaron en esta fase de verificación, el CNE dictó el Instructivo sobre el Comité Técnico Superior de la fase de verificación de firmas del Referendo Revocatorio de 21 de enero de 2004, publicado en la *Gaceta Electoral* n° 186, de 5 de febrero de 2004, fecha, como se ve, posterior a la apertura del periodo de verificación, circunstancia que suscitó dudas sobre la transparencia de los criterios de dicha verificación. Además, «[...] las instrucciones eran vagas e incompletas, con decisiones lentas ante los problemas, así como el adiestramiento y los recursos fueron insuficientes, durando esta etapa más de 100 días y no 30 como establece el artículo 28 de las normas de septiembre de 2003»³⁴. Todo esto provocó que la verificación de las firmas no revistiera la seguridad jurídica necesaria. Los criterios de validación eran poco uniformes; específicamente, tres de ellos generaron serias controversias: el criterio de planillas planas³⁵, el de las huellas dactilares³⁶ y el denominado «acta mata planilla»³⁷.

En marzo de 2014, el CNE dio a conocer los resultados provisionales de la verificación de firmas y determinó que no se había obtenido el número necesario para convocar la revocación del mandato del presidente Chávez. Las quejas de la sociedad ante tales irregularidades y falta de transparencia motivaron que el 15 de abril el CNE convocara el periodo de reparo que preveía las Normas de septiembre de 2003 para que los firmantes de las 876.017 firmas que se habían regido por el criterio de verificación de «planillas planas» pudieran ser, en su caso, subsanadas por sus titulares³⁸.

Mientras tanto, la oposición recurrió ante la Sala Electoral del Tribunal Superior de Justicia, que falló que eran válidas 800.000 firmas y que, por tanto, se llegaba a los 2,7 millones de firmas, con lo que se cumplía el requisito del 20% establecido en la Constitución para convocar el referéndum revocatorio³⁹. Sorprendentemente, en Sentencia de 12 de abril de 2004, la Sala Constitucional del TSJ consideró incompetente a la Sala Electoral para resolver cuestiones relativas al proceso de revocación del mandato, y determinó que la única instancia competente en dicha materia era la propia Sala Constitucional recurriendo al siguiente argumento: dado que la Asamblea Nacional no había dictado la ley de desarrollo de la revocación del mandato prevista en el art. 72 de la Constitución y que el CNE era el órgano que había elaborado la normativa, esta era considerada un «[...] acto en ejecución directa e inmediata de la Constitución», por lo que declaraba la nulidad de cualquier decisión adoptada por la Sala Electoral en relación con el proceso de revocación por su falta de competencia en la materia, y ratificaba la de Sala Constitucional en las resoluciones dictadas por el CNE respecto a las firmas válidas obtenidas⁴⁰.

Ante tales hechos, se desató la controversia entre ambas Salas, de modo que el poder judicial se convirtió en el escenario de la pugna entre el Gobierno y la oposición. No es un dato menor que la sala Electoral estaba compuesta por más magistrados simpatizantes de la oposición, mientras que la Sala Constitucional contaba con más partidarios del Gobierno.

Paralelamente a las argucias jurídicas entabladas entre las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, en el marco del proceso de revocación finalmente se abrió el periodo de reparo comentado con anterioridad, en el que tampoco faltaron las irregularidades. Como se ha señalado, la finalidad de dicho reparo era que las personas cuyas firmas se habían considerado dudosas (un total de 876.017) y de las que dependía la continuación del proceso de revocación presidencial pudieran ratificarlas para que fueran consideradas válidas. De nuevo, al no existir ningún tipo de normas, el CNE dictó resoluciones e instructivos según la necesidad práctica, pero esta vez, bajo la asesoría de los observadores internacionales, se entablaron conversaciones entre el CNE y los distintos partidos para su elaboración. Se elaboró una lista de las personas afectadas para que convalidaran o no sus firmas (la denominada «Lista Tascón») cuya publicación tuvo consecuencias inesperadas: comenzaron a tomarse represalias contra los componentes la mentada lista, algunos de los cuales fueron incluso despedidos de los organismos públicos y de las empresas del Gobierno. Los funcionarios del Gobierno instaron aun a los votantes a «arrepentirse» y a retirar sus firmas, a pesar de que en su día su firma hubiera sido realizada de forma correcta⁴¹. Por tanto, el reparo sirvió al Gobierno no tanto para aclarar las dudas sobre las supuestas firmas dudosas cuanto para abrir la posibilidad de que los que habían firmado retiraran su apoyo a la solicitud de la revocación del presidente.

Finalmente, a pesar de todos los contratiempos, y después del periodo de reparto, se consiguió superar más del 20% de firmas necesarias para aceptar la solicitud de la revocación del mandato del presidente Hugo Chávez⁴². El 3 de junio de 2013, el CNE anunció la celebración del referendo revocatorio presidencial el 15 de agosto de 2004⁴³.

El periodo que transcurrió hasta la celebración del referendo de revocación de Chávez tampoco estuvo exento de episodios cuando menos desafortunados. Entre ellos destacan la incorporación de máquinas capta-huellas para emitir el voto por primera vez en Venezuela, que suscitaron dudas en cuanto a su veracidad⁴⁴; la sustitución en los días previos al de la votación de miembros de las juntas electorales municipales, así como de miembros de mesa; el incremento en poco tiempo en el Registro Electoral permanente de número de electores⁴⁵, registro al que incluso fueron incorporadas personas que constaban como fallecidas, así como de migraciones involuntarias de los electores hacia otros centros de votación; y, de nuevo, la creación tardía e *ipso facto* de las normas para gestionar la votación, que redundó en la falta de transparencia también en esta fase del proceso.

Aparte de algunos incidentes de violencia e intimidación, menos frecuentes que en los periodos del proceso previos, el día en que se celebró el referendo revocatorio el clima político fue más bien pacífico, si bien las dudas existentes sobre los instructivos y normas de actuación para ejercer el voto provocaron el retraso de las votaciones, una dilación que generó anomalías —planillas no rellenas completamente e incluso falta de firmas de los testigos correspondientes—.

El resultado de la votación fue el siguiente: 5.800.629 votos (59,09% de los votos válidos) a favor de la no revocación del presidente Hugo Chávez, y 3.989.008 (40,63% de los votos emitidos válidamente) a favor de la revocación del mandato. Finalmente, el presidente de la República no quedaba revocado en su mandato.

Estos resultados produjeron descontento, sobre todo si se toma en consideración que no se permitió que los observadores internacionales y los miembros ajenos al CNE accedieran a la Sala de Totalización ni al centro de operaciones informáticas del CNE, circunstancias que abonaron la hipótesis de fraude electoral. Sin embargo, The Carter Center, la OEA y algunos estudios de observadores independientes concluyeron que, a la vista de los datos oficiales ofrecidos, no cabía hablar de fraude electoral.

4. LAS NORMAS VIGENTES DEL CNE PARA LA REVOCACIÓN DEL MANDATO PRESIDENCIAL EN VENEZUELA

En 2007, el CNE elaboró nuevas normas que pretendían ser una recopilación aclaratoria mejor sistematizada del proceso a seguir en la revocación del mandato. Se dictaron las Normas para regular los Referendos Revocatorios de 27 de marzo de 2007 (disposiciones centradas en la reglamentación de la organización y votación del referendo revocatorio) y las Normas para regular el Procedimiento de Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección popular de 6 de septiembre de 2007 (que versan sobre la secuencia del proceso de promoción y solicitud del referendo revocatorio). La nueva regulación estableció parámetros distintos a los de las normas elaboradas en 2003 y 2004, especificó qué sujetos debían solicitar la revocatoria y estableció plazos supuestamente más claros. La aprobación de esta normativa intentó paliar el efecto de incertidumbre e inseguridad jurídica que se vivió en el proceso de revocación presidencial de 2004. Nada más lejos de la realidad: si analizamos esta legislación, se aprecia que incluso se aplican trámites que se alejan de las previsiones del artículo 72 de la Constitución y convierten la revocación del mandato en un mecanismo cuya activación tropieza cada vez con más cortapisas.

Esta nueva normativa establece nuevas fases en el proceso de revocación. La primera estriba en la solicitud de promoción de referendo, que solo podrán realizar determinadas organizaciones y que debe ir acompañada por la adhesión del 1% de firmas de los electores de la circunscripción correspondiente. La segunda fase consiste en la recolección de firmas de la ciudadanía que respalde la celebración del referéndum (20% del censo electoral). La tercera es, propiamente, la convocatoria del referéndum y su votación, siempre que se cumplan los requisitos de las dos fases anteriores. Las nuevas normas de 2007 se desvían del artículo 72 de la Constitución, puesto que obligan a que la conformación de agrupaciones o asociaciones cumpla ciertos requisitos para que puedan ser sujetos activos solicitantes de la revocación del mandato y establecen una cortapisa administrativa innecesaria y dilatoria para que los ciudadanos puedan solicitar la revocación. La obligación de acompañar a la

propuesta el 1% de manifestaciones de voluntades es un requisito no previsto en el artículo 72 de la Carta Magna y puede ser reputada anticonstitucional⁴⁶.

Hay que tener en cuenta que, en sede de la Asamblea Nacional, no se propuso ninguna ley durante este tiempo que desarrollara el artículo 72 de la Constitución, por lo que no se cuestionó que fuera el CNE quien continuara elaborando la normativa con base en las sentencias ya mencionadas y dictadas en el proceso de revocación del presidente Hugo Chávez.

Esta nueva normativa⁴⁷, considerada a la luz de los acontecimientos acaecidos en el intento de revocación del mandato del actual presidente Nicolás Maduro propuesto en el 2016, ha convertido a la revocación del mandato en un instrumento de ornamento constitucional que en estas condiciones no puede considerarse una realidad política.

5. EL INTENTO DE REVOCACIÓN DEL MANDATO DEL PRESIDENTE NICOLÁS MADURO DE 2016

En las elecciones nacionales de 2015 para elegir a los componente de la Asamblea Nacional, la oposición obtuvo mayor número de escaños que el Gobierno. La Asamblea Nacional pasó a estar dominada, pues, por la oposición, circunstancia que generó un contexto de marcada contraposición entre el poder legislativo y el poder ejecutivo en Venezuela. En el ínterin entre los comicios y la toma de posesión de los nuevos diputados, la Audiencia Nacional saliente, conformada por mayoría chavista, aprobó el nombramiento de 13 nuevos magistrados del TSJ y 21 suplentes para 12 años, entre los que se encontraban miembros de la militancia política favorable al Gobierno⁴⁸.

Una vez consolidada la nueva conformación de la Asamblea Nacional, el TSJ tuvo como pauta de actuación decretar una serie de sentencias que limitaron el poder de la Asamblea Nacional a través de la declaración de inconstitucionalidad de leyes aprobadas en sede parlamentaria⁴⁹. Incluso se atribuyó poderes que no estaban establecidos en el artículo 266 de la Constitución, iniciándose con estas resoluciones la confrontación entre los poderes estatales. De este modo, y a pesar de no tener la mayoría en la Asamblea Nacional, el Gobierno se aseguraba la complicidad de un importante aliado —el poder judicial— para contrarrestar al poder legislativo, dominado por la oposición mayoritaria.

Ante la crisis económica, social y política y la nueva coyuntura caracterizada por la contraposición entre los distintos poderes estatales, la MUD (Mesa de Unidad Democrática), plataforma que configuraba el sector de la oposición, sugirió las siguientes propuestas para poder deponer al ejecutivo:

- La enmienda constitucional para recortar el periodo constitucional de Nicolás Maduro y reducirlo. El inconveniente era que dicha modificación no podría tener carácter retroactivo, por lo que no solucionaría el problema de la inmediata destitución del ejecutivo.

- La creación de una nueva asamblea nacional constituyente mediante una renovación en pleno del poder público nacional y la permisión de la repetición de las elecciones adelantadas. Se consideró, no obstante, que dicho proceso iba a ser demasiado largo y que no estaba orientado a destituir del poder al presidente. Además, para poder convocar a una asamblea constituyente dentro de la Asamblea Nacional se exigían 111 votos a favor en el parlamento: la oposición solo disponía de 109 de los 112 diputados de la MUD, dado que los parlamentarios de la MUD electos por Amazonas habían sido inhabilitados para la juramentación por una sentencia del TSJ.
- La convocatoria del referendo revocatorio. El problema de optar por esta vía estribaba en que el plazo para que pudiera llevarse a cabo el proceso de revocación presidencial tenía que concluir antes del 10 de enero de 2017⁵⁰, fecha en que comenzaba el quinto año de mandato del presidente Maduro, puesto que, por imperativo constitucional, si la votación al revocatorio era posterior a dicha fecha, en caso de revocarse el mandato del presidente no se convocarían nuevas elecciones, sino que el vicepresidente sustituiría al presidente. Por tanto, se disponía de menos de un año para llevar a cabo el procedimiento de revocación del mandato del presidente Maduro y para que este tuviera los efectos deseados por la oposición: el cambio de Gobierno.

Ante esta situación, la MUD optó por solicitar un nuevo proceso de revocación del mandato del presidente de la República, petición iniciada formalmente el 26 de abril de 2016, cuando el CNE aprobó la entrega del formulario para la activación del revocatorio. Perro antes de dicha entrega los partidarios del oficialismo alegaron varias objeciones que, a su juicio, impedían que el CNE aprobara la solicitud inicial. Se cuestionó la legitimidad de la MUD para presentar la solicitud alegando que las organizaciones políticas son mediadoras y que en asamblea interna debían aprobar convertirse o no en mediadoras de los electores. Efectivamente, este supuesto sí está contemplado en las normas de 2007 (aunque no está previsto como requisito en el texto constitucional), por lo que la MUD tuvo que cumplir el trámite de recabar la autorización de su asamblea para poder actuar como solicitante de la revocación presidencial; ello demoró ello los plazos de inicio, contingencia que favorecía al oficialismo. Entregados los formularios correspondientes por parte del CNE⁵¹, el primer paso era la obtención de 1% de firmas que avalaran la solicitud de propuesta por la MUD para instar el proceso de revocación. Entre los días 28 de abril y 2 de mayo de 2016 se consiguieron más de 1.850.000 manifestaciones de voluntad. Sin embargo, las reglas del juego fueron interpretadas y modificadas por la CNE en el sentido de que se requería el 1% de los ciudadanos inscritos en el registro electoral por estado (y no a nivel nacional, al ser el referéndum de circunscripción nacional); por lo tanto, el porcentaje era más exigente y complejo. Igualmente, se añadieron dos nuevas pautas no previstas en la normativa de 2007⁵². Por una parte, una «auditoría» que había sido solicitada por el Partido Socialista Unido de Venezuela (el partido del Gobierno); esta suponía un trámite nuevo para la «digitalización y digitación de planillas con las manifestaciones de voluntad» y necesitaba nuevos criterios de validación y nulidad⁵³. Por otra, un nuevo trámite de au-

toexclusión en el que los ciudadanos pudiesen remover sus actas de voluntad de la base de datos del CNE entre el 13 y 17 de junio. Salvadas estas dos nuevas cortapisas establecidas por el CNE, se procedió a la validación de las firmas⁵⁴ por las personas que se adherían a la propuesta de revocación entre los días 20 a 24 de junio⁵⁵. Como es obvio, todas estas circunstancias dilataban enormemente los plazos para poder llevar a cabo la votación de la revocación presidencial antes del 10 de enero de 2017. Nos obstante, una vez seguido el proceso pautado por el CNE, finalmente se consiguió el porcentaje requerido, y el 27 de julio de 2016 se emitió informe por la Comisión de participación política y financiación (Copafi) por el que se consideraba que la MUD sí tenía la autoridad administrativa para solicitar la convocatoria de la fase de participación. El 2 de agosto de 2016, la MUD presentó escrito solicitando que se procediera a la recogida del 20% de firmas que apoyaran la iniciativa de referendo revocatorio del presidente de la República⁵⁶. Hasta el 24 de agosto el CNE no se pronunció para aceptar la solicitud. Quedaba solo pendiente la concreción de los centros de recolección de firmas, que debía haberse emitido en un plazo máximo de quince días y que se alargó sin justificación hasta el 21 de septiembre, día en el CNE aprobó la forma y condiciones de la recolección. Paradójicamente, el CNE estableció por segunda vez unos parámetros nuevos para interpretar el requisito del 20% de las firmas, al considerar que este porcentaje debía ser a nivel estatal; no tenía, así, en cuenta el hecho de que se trataba de un revocatorio de circunscripción nacional. Así, si en alguno de los estados no se lograba el 20% de las firmas en relación con el censo electoral respectivo, el CNE podía anular el proceso de revocación. Este requisito constituía un impedimento injustificado y totalmente antijurídico, dado que no estaba previsto ni en la Constitución ni en ninguna norma reguladora del revocatorio. Sin motivo ni explicación aparente, el CNE fijó un plazo para realizar la recolección de firmas —del 26 al 28 de octubre— en lugar de concretar una fecha inmediata a la resolución de aceptación de la solicitud, que debía haber sido próxima al 21 de septiembre, dado que no quedaba otro trámite pendiente, con lo que esta fase se aplazó en más de un mes. El CNE llegó a manifestar en uno de sus comunicados que el referendo podría celebrarse a mediados del primer trimestre de 2017, ya que, si se cumplían los requisitos, la consulta sería convocada a inicios de diciembre y a partir de esa fecha deberían computarse 90 días para constituir el día de la votación del referendo conforme establecía la normativa⁵⁷. Además, el CNE declaró que, debido a la necesidad de disponer de más tiempo para recolectar las firmas y para proceder a su oportuna comprobación, las votaciones de la revocatoria del mandato presidencial no se realizarían sino hasta mediados del primer trimestre de 2017.

Sin embargo, en un comunicado oficial fechado el 20 de octubre de 2016 el CNE suspendió el proceso de recolección de 20% de firmas aduciendo que acataba las órdenes judiciales dictadas en «medidas precautelativas» por algunos tribunales de la República⁵⁸ que ordenaban posponer cualquier acto que pudiera haberse generado como consecuencia de la recolección del 1% de manifestaciones de voluntad que respaldaban la solicitud presentada por la MUD sobre la revocación del mandato presidencial⁵⁹. Cabe matizar que el hecho de que existieran indicios de fraude en la recolección de firmas relativas al requisito del 1% del censo electoral podía afectar al estado de Amazonas, pero no al resto del país, al encontrarse ante un revocatorio de circunscripción nacional. Sin embargo, la paradójica interpretación

previa que ya habían realizado tanto el CNE como la Sala Electoral del TSJ respecto al 1% de firmas a nivel estatal sirvió de pauta para que el Poder Electoral suspendiera la revocatoria presidencial. A este respecto, José Ignacio Hernández considera que «[...] no se tomó en cuenta que, según el Consejo Nacional Electoral, un millón trescientos cincuenta y dos mil cincuenta y dos (1.352.052) de electores sí manifestaron válidamente su voluntad, y que solo sobre esa base se desarrolló el procedimiento de validación, en el cual lograron participar trescientos noventa y nueve mil cuatrocientos doce (399.412) electores, quienes pudieron validar su manifestación escrita de voluntad, cumpliendo así con el requisito del uno por ciento (1%). Por ello, los diez mil novecientos noventa y cinco (10.995) electores que supuestamente habrían usurpado la identidad de personas fallecidas no participaron en el trámite de validación, con lo cual cualquier irregularidad cometida en ese trámite no pudo haber afectado la decisión final del Consejo Nacional Electoral, cual fue declarar que se logró cumplir con el trámite del uno por ciento (1%)»⁶⁰. Efectivamente, las decisiones de los tribunales penales sobre el supuesto delito de fraude no tenían por qué incidir en la suspensión del proceso revocatorio, puesto que en la consecución del mismo ya se tomaron las medidas oportunas, se realizaron las comprobaciones correspondientes y fueron rechazadas las firmas que no cumplían los requisitos de validación. Con su actuación, el CNE resolvió dos veces sobre la misma cuestión: primero, en el mismo proceso de validación de las firmas, donde fueron rechazadas las dudosas durante el trámite de «digitalización y digitación de planillas con las manifestaciones de voluntad» (trámite que, como se ha dicho, el CNE estableció arbitrariamente), amén del trámite de validación de dichas firmas; y segundo, ante el posible fraude investigado por los tribunales penales de algunos estados —que, como medida cautelar, ordenaban la suspensión del proceso revocatorio acatando la decisión del CNE sin argumentación jurídica—. En línea con la opinión expresada por Hernández, la eventual existencia de fraude debía investigarse respecto a las personas que lo habían cometido o propiciado, pero ello no autorizaba a invalidar todo un proceso electoral en el que ya se habían realizado las depuraciones correspondientes: era prácticamente imposible que se hubieran contabilizado las supuestas firmas fraudulentas, dado que todas las manifestaciones de voluntad fueron comprobadas exhaustivamente dos veces (como ya se ha dicho, en el trámite de digitalización y en la validación) y se rechazaron las que generaban dudas y no habían sido validadas correctamente.

A esta cuestión hay que añadir el hecho de que la competencia para poder resolver sobre el proceso de revocación del mandato con incidencia a nivel nacional no podía ser asumida por tribunales ordinarios, e incluso me atrevo a decir que ni tan siquiera por la Sala Electoral del TSJ, según la sentencia de la Sala Constitucional del TSJ dictada el 12 de abril de 2004 con ocasión del proceso revocatorio del presidente Chávez y obviamente aplicable al revocatorio del presidente Maduro una vez considerada competente para resolver sobre cuestiones relativas al proceso de revocación del mandato solamente a la Sala Constitucional. Los tribunales ordinarios penales se extralimitaron en sus decisiones y el CNE al acatarlas de forma aleatoria, puesto que no solo se adoptaban medidas cautelares: debería haberse presentado contra ellas el oportuno recurso o incidente procesal con los argumentos pertinentes ante la Sala Constitucional del TSJ para poder proceder a la suspensión del revocatorio presidencial.

Ante tales decisiones y acontecimientos, la revocatoria presidencial contra Nicolás Maduro estaba abocada al fracaso no solo por las resoluciones adoptadas sobre su suspensión, sino también porque, en el caso de que el proceso hubiera seguido adelante, la fecha para celebrar la votación del referéndum se habría establecido con posterioridad al 10 de enero de 2017 y, si hubiera sido revocado el presidente, habría ocupado su cargo su vicepresidente, desenlace que intentaba evitar por todos los medios la oposición y los solicitantes del revocatorio.

Otro apunte importante es que durante la consecución del intento para solicitar la revocación del mandato del presidente Maduro, la Asamblea Nacional (que, recordémoslo, estaba compuesta por mayoría de diputados de la oposición del Gobierno) aprobó el 20 de abril de 2016 en segunda vuelta el proyecto de Ley Orgánica de Referendos, quedando pendiente que el propio presidente Maduro la promulgara o que, si este lo pedía, fuera sometida a examen de constitucionalidad por el TSJ⁶¹. Al respecto, tanto los diputados de la facción del Gobierno como el CNE alegaron que dicha ley era inconstitucional, puesto que la competencia para la regulación de los referendums correspondía al poder electoral. Estas declaraciones apuntaban a que la ley «[...] no superaría una revisión del Tribunal Supremo de Justicia»⁶². Visto que la tendencia de las resoluciones de la Sala Constitucional del TSJ desde que la Asamblea Nacional estaba compuesta por mayoría de miembros de la oposición a la bancada del Gobierno era el rechazo y la neutralización de las leyes aprobadas por el poder legislativo⁶³, la oposición interesada en su aprobación consideró la posibilidad de dejar este proyecto de ley pendiente de aprobación⁶⁴, optando por la aplicación de las normas del CNE dictadas en el 2007 para la consecución del referendo revocatorio contra el presidente Maduro que la misma oposición ya había solicitado a través de la MUD. Hay que tener en cuenta que el proyecto de ley pretendía, sobre todo, acortar los plazos establecidos en las normas dictadas por el CNE sobre el revocatorio, si bien, aunque la ley hubiera sido aprobada, no se habría aplicado al proceso solicitado de revocación de Maduro por cuanto el proceso de su promulgación era posterior al revocatorio presidencial que ya estaba tramitándose.

Los argumentos aducidos por el CNE y por los diputados del partido oficialista relativos a la incompetencia de la Asamblea Nacional para legislar sobre los referendums⁶⁵ resultan del todo incongruentes. Cabe recordar que las sentencias de la Sala Constitucional del TSJ n° 2073, de 4 de agosto, y n° 2341/2003, de 25 de agosto, dictadas en el revocatorio del presidente Chávez (y anteriormente comentadas) concluyeron fallando que el CNE tenía competencia para dictar las normas sobre la revocación del mandato mientras la Asamblea Nacional no aprobara la correspondiente ley. También la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica de Procesos Electorales, aprobada el 31 de julio de 2009, es clara en este punto cuando dispone: «Hasta tanto la Asamblea Nacional dicte la ley que regule los procesos de referendo el Poder Electoral a través del CNE desarrollará los instrumentos jurídicos especiales para regularlos». Parece ser que, después de doce años, el poder electoral pretende atribuirse las competencias correspondientes al poder legislativo, tendencia que constituye una usurpación de poderes estatales propicias a conservar las directrices que marca el poder ejecutivo.

6. CONCLUSIONES

El sistema presidencial establecido en Venezuela se ha articulado y gestionado de forma que el poder ejecutivo adquiere preeminencia respecto del resto de poderes y puede incidir directamente en la composición de los integrantes del poder electoral y del poder judicial. Ante esta situación, los instrumentos previstos en la Constitución venezolana para deponer el mandato del presidente del ejecutivo antes del término de su legislatura y su posible reelección quedan faltos de fuerza. Dado que la constitución venezolana no prevé el *impeachment* y que la declaración de responsabilidad contra el presidente de la República queda supeditada a la consideración del TSJ (compuesto por simpatizantes del Gobierno), poco margen de actuación le queda al poder legislativo para controlar las acciones del poder ejecutivo, lo que imposibilita la funcionalidad y eficacia de los sistemas de control propios de un sistema presidencial.

La revocación del mandato presidencial ha sido concebida como la única alternativa para poder ejercer el control del poder ejecutivo nacional, si bien manipulada de cierta forma por el poder legislativo en el sentido de que realmente este poder no es la instancia legítima para interponer la revocación: se trata, por el contrario, de una potestad única y exclusivamente de la ciudadanía, inherente a su soberanía única, intransferible e independiente de los poderes estatales. Tanto en el revocatorio del presidente Chávez como en el de Maduro, han sido las facciones de los partidos opositores del Gobierno que componen el poder legislativo las que han impulsado y liderado la revocación presidencial, convirtiendo esta institución en un medio de fuerzas políticas institucionales y en un instrumento del poder ciudadano.

No se ha querido comprender la base social y ciudadana de esta institución. Prueba de ello es que durante todos estos años no se ha establecido una legislación acorde con el espíritu de la misma en la que se depuraran incongruencias como el hecho de que la sustitución del presidente, en caso de ser revocado, la asuma el vicepresidente de la República si se efectúa dentro de los dos últimos años del mandato legislativo. El alejamiento de la posibilidad de una actuación directa de los ciudadanos, y el hecho de que tengan que recurrir a organizaciones políticas que cumplan determinados requisitos, disuaden a estos de solicitar la revocación.

Partiendo de esta premisa, la realidad práctica de los dos procesos de revocación presidencial en Venezuela nos abocan a entender el abuso cometido por el poder ejecutivo mediante la utilización instrumental del poder judicial y el poder electoral como fieles aliados, estrategia que ha dejado carente de fuerza al poder legislativo especialmente en el proceso de revocación del presidente Maduro.

En ambos procesos, y a pesar de los doce años transcurridos entre uno y otro, la forma de proceder del ejecutivo resultó similar ante la impunidad que este sentía. Las irregularidades en la forma de elaborar las normas; la inseguridad jurídica al establecer nuevas instrucciones y resoluciones a medida que se iban generando las nuevas etapas; las intimidaciones realizadas en la práctica a los firmantes tanto de las propuestas como de las solicitudes de revocación presidencial; las interpretaciones del CNE siempre tendentes a dilatar

los plazos para que el revocatorio presidencial se produjera dentro de los dos últimos años del mandato presidencial; y, sobre todo, las Sentencias del TSJ que avalaban las decisiones dirigidas a favorecer los intereses del Gobierno han hecho que la revocación del mandato deje claro el poder plenipotenciario del poder ejecutivo en Venezuela y quede como un principio de intenciones que, en la práctica, ha provocado innumerables controversias y puesto en jaque mate el protagonismo de la ciudadanía tan anhelado en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, y ha quedado reducido a un instrumento de lucha entre el poder legislativo y el poder ejecutivo en el marco de un sistema presidencialista. Aparte de que estos procesos han patentizado el desequilibrio en el sistema presidencial venezolano entre estos dos poderes de la nación, la ciudadanía ha quedado desprovista de su poder original.

NOTAS

1. *Vid.*, entre otros, García Pelayo (1984); Cronin (1989); y Ayala (2004).
2. En relación con el encaje teórico de la revocación del mandato, debemos remontarnos a la idea de mandato imperativo *versus* mandato representativo, siendo este último el que ha imperado en nuestros sistemas constitucionales. Sin embargo, la revocación del mandato necesita una suerte de mandato imperativo que permita ejercer un control directo entre el ciudadano como soberano del Estado y el representante político. Recordemos que el concepto de mandato representativo político limita esta ecuación en pro de dar libertad al representante para realizar las gestiones políticas sin tener que estar sometido constantemente al parecer de su poderdante. Dado que este artículo busca otro fin, simplemente se deja un breve comentario al respecto.
3. Como se ha comentado, dependiendo de la intención de los legisladores la revocación del mandato variará en función de la autoridad a revocar, el ámbito al que se circunscribe, así como los requisitos para que pueda llevarse a cabo. La misma se puede aplicar tanto a representantes políticos del nivel local, regional, estatal e incluso nacional. Este último es el caso abordado en el presente trabajo, centrado en el presidente de la nación.
4. Al respecto, *vid.* Zimmerman (1997). Resulta interesante la matización que realiza Díaz Martín (2001), para quien el *impeachment* es fruto de la responsabilidad fiduciaria entre ejecutivo y legislativo.
5. La revocación del mandato está contemplada en otros países con sistema presidencialista, entre los que encontramos a Estados Unidos, Canadá, Argentina, Colombia, Perú, Panamá, México, a nivel local o estatal, e incluso a algunos representantes políticos a nivel nacional, Solo en Ecuador, Venezuela y Bolivia se aplica de forma genérica a todos los representantes políticos, incluido el presidente de la República.
6. Sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano, *vid.* Viciano Pastor (2006).
7. Para un estudio exhaustivo de la revocación del mandato presidencial en Bolivia, remito a Domingo Barberá (2016).
8. Combellas (2005).
9. Al respecto, el constituyente Rodolfo Sanz basaba la inclusión de la revocación del mandato en tres principios: «La cualidad de elección, el traslado del carácter revocatorio de la función de la revocatoria revocatoria (*sic*) al pueblo, la necesidad de garantizar la legitimidad y de mantener la estabilidad y la gobernabilidad». Diario de Debates, *Gaceta Constituyente*, Asamblea Nacional Constituyente de la República de Venezuela, octubre-noviembre 1999, p. 26.

10. Guzmán (2012).

11. El artículo 222 de la Constitución venezolana dispone: «La Asamblea Nacional podrá ejercer su función de control mediante los siguientes mecanismos: las interpelaciones, las investigaciones, las preguntas, las autorizaciones y las aprobaciones parlamentarias previstas en esta Constitución y en la ley, y mediante cualquier otro mecanismo que establezcan las leyes y su reglamento. En ejercicio del control parlamentario, podrán declarar la responsabilidad política de los funcionarios públicos o funcionarias públicas y solicitar al poder ciudadano que intente las acciones a que haya lugar para hacer efectiva tal responsabilidad».

12. El poder ciudadano en Venezuela está integrado por el defensor del Pueblo, el contralor general de la República y el fiscal general de la República.

13. El art. 266 de la Constitución de Venezuela, apartado 2, establece: «Son atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia: [...] 2. Declarar si hay o no mérito para el enjuiciamiento del presidente o presidenta de la República o quien haga sus veces y, en caso afirmativo, continuar conociendo de la causa previa autorización de la Asamblea Nacional, hasta sentencia definitiva».

14. La sesión de la Asamblea Constituyente donde se trató la revocación del mandato se celebró en el 25 de octubre de 1999 (en concreto, se debatió el artículo 76, que en la redacción final pasó a ser el 72). La votación del artículo fue confusa ante las varias propuestas que se presentaron para determinar con claridad los requisitos de la revocación del mandato; tanto, que finalmente se decidió aplazar la decisión sobre la revocación del mandato y crear una Comisión especial para la elaboración del texto del artículo y su posterior aprobación, celebrada en sesión de la Asamblea Constituyente el 12 de noviembre de 1999.

15. Se crearon 49 leyes-decreto, entre ellas la Ley de hidrocarburos, la Ley de Pesca y la Ley habilitante de tierras, donde se reestructuraban aspectos sobre las petroleras, así como sobre los procesos de regularización de la propiedad privada. *Vid.* Vinogradoff (2003).

16. Entre ellas cabe mencionar la marcha de 23 de enero de 2002 y la de 4 de febrero del mismo año, así como otras organizadas por la oposición que cesaron ante el paro obrero.

17. Kornblith (2014a).

18. El Acuerdo n° 12 disponía: «Las partes, en cumplimiento del objetivo establecido en la Síntesis Operativa para buscar acuerdos con el fin de contribuir a la solución de la crisis del país por la vía electoral, coincidimos en que dicha solución se logra con la aplicación del artículo 72 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la que se prevé la eventual celebración de referendos revocatorios del mandato de todos los cargos y magistraturas de elección popular que han arribado a la mitad del período para el cual fueron elegidos (gobernadores, alcaldes, legisladores regionales y diputados a la Asamblea Nacional), o arribarán a dicha mitad en el transcurso de este año, como es el caso del presidente de la República conforme a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia del 13 de febrero de 2003. Tales referendos, incluyendo los ya solicitados y los que se solicitaren en adelante, serán posibles si son formalmente requeridos por el número exigido de electores y se aprueban por el nuevo Consejo Nacional Electoral, una vez que se establezca que se han cumplido los requisitos constitucionales y legales».

19. Resolución del CNE n° 030912.461.

20. El máximo órgano del poder electoral en Venezuela es el Consejo Nacional Electoral, en adelante CNE

21. Kornblith (2014a).

22. En Venezuela, una de las innovaciones de la Constitución de 1999 fue la nueva elaboración de un sistema constitucional basado en cinco poderes, (y no en los tres poderes tradicionales del constituciona-

lismo). Estos poderes era, el legislativo, el ejecutivo, el judicial, el electoral y el poder ciudadano. Esta base pentapartita de la división de poderes significa que el poder electoral goza de autonomía e independencia garantizando su sujeción a la Constitución y a la ley, y liberándolo del sometimiento a otros poderes (art. 294 de la Constitución de Venezuela). Por su parte, el artículo 296 de la Constitución de 1999 establece que incluso tres de sus cinco miembros serán postulados por la sociedad civil, uno de ellos por las facultades de ciencias jurídicas y políticas de las universidades nacionales, y uno por el poder ciudadano, para posteriormente ser designados por la Asamblea Nacional, pero no prevé en ningún caso la posibilidad de que sea el TSJ el que designe a sus componentes.

23. Petzon-Pernía (2004).

24. Art. 70 de la Constitución venezolana: «Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato [...]. La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo».

25. El art. 72 también hace referencia expresa a la reserva de ley para la revocación del mandato de los cuerpos colegiados.

26. La sentencia 2073, de 4 de agosto, de la Sala Constitucional establece: «A fin que no se haga nugatorio tal derecho, y para lograr la primacía de las formas constitucionales, la Sala estima que el Consejo Nacional Electoral puede dictar normas dirigidas al ejercicio de esos derechos políticos, los cuales perderán vigencia cuando se dicten las normas respectivas para la Asamblea Nacional; a objeto de garantizar el carácter normativo de la Constitución».

27. La sentencia 2341/2003, de 25 de agosto, de la Sala Constitucional, asienta lo siguiente en su considerando tercero: «La Sala garantiza, al poder electoral, que ella nombre en forma provisoria la mayor autonomía tal como corresponde a uno de los poderes públicos».

El órgano rector del poder electoral, conforme al artículo 293.1 constitucional, podrá desarrollar la normativa que le asigna la Ley Orgánica del Poder Electoral, elaborar los proyectos de leyes que le corresponden con exclusividad conforme a la Disposición Transitoria Tercera de la citada Ley, y presentarlas ante la Asamblea Nacional.

Corresponde al poder electoral la normativa tendente a la reglamentación de los procesos electorales y los referendos, en desarrollo de la Ley Orgánica del Poder Electoral, en particular la que regula las peticiones sobre los procesos electorales y referendos, así como las condiciones para ellos, la autenticidad de los peticionarios, la propaganda electora, etc., sí como resolver las dudas y vacíos que susciten las leyes electorales».

28. Hay que aclarar que hasta entonces no se había aprobado regulación alguna en relación a procesos electorales ni referendums, y que estaba vigente la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política de 1998 anterior a la Constitución de 1999. Al respecto, la Sala Constitucional del TSJ, en sentencia n° 628, de 23 de abril de 2004, determinó que «[...] la Ley Orgánica del Sufragio y Participación Política (publicada en la *Gaceta Oficial* n° 5.223 Extraordinario del 28 de mayo de 1998) que es preconstitucional, si bien contiene un conjunto de normas que se refieren a “referendos”, las mismas como se desprende de su texto (véase, Título V, “De los Referendos”) no se compadecen con los referendos contemplados en la Constitución de 1999 (v. artículos 181 y 185 de la Ley citada), y por tanto no tiene aplicación dicha Ley en los procesos referendarios actuales». Esta ley fue derogada por la Actual Ley Orgánica de Procesos Electorales aprobada por la Asamblea Nacional el 31 de julio de 2009.

29. Al respecto, *vid.* Antella (2009), que cita los argumentos vertidos por Chavero Gazdik (2004).

30. Esta sentencia relativa a la sentencia dictada por el mismo órgano el 20 de diciembre de 2001, argumenta: «La Sentencia antes citada aclaró que “[...] la calificación de acto dictado en ejecución directa de la Constitución, esta (*sic*) referida a la forma de cómo un determinado acto jurídico se articula con las normas constitucionales, es decir si su ejecución obedece en primer término a una disposición legal que regula su práctica o si deriva directamente de una norma constitucional que no requiere de ley alguna que regule el ejercicio del derecho o de la atribución que fundamenta el acto. Es un hecho bastante generalizado que los derechos fundamentales y la normativa que se refiere a la creación de órganos de los poderes públicos y su habilitación, en la mayoría de las constituciones vigentes en distintos países, son considerados de aplicación inmediata y directa”. En este orden de ideas, puede observarse que no se ha dictado una ley para regular ninguna de las modalidades “referendarias”, de tal manera que la normativa elaborada a tales efectos por el Consejo Nacional Electoral son actos en ejecución directa e inmediata de la Constitución, fundados en el artículo en la Disposición Transitoria Octava de la Carta Magna. La invocatoria de la Ley Orgánica del Poder Electoral y el mismo artículo 293 constitucional a los solos efectos de fundamentar la competencia, pero no hay texto legal pre o postconstitucional que regule los procesos de referendos revocatorios de mandatos de cargos de elección popular».

31. El art. 72 dispone: «Todos los cargos y magistraturas de elección popular son revocables. Transcurrida la mitad del período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria, un número no menor del veinte por ciento de los electores o electoras inscritos en la correspondiente circunscripción podrá solicitar la convocatoria de un referendo para revocar su mandato. Cuando igual o mayor número de electores o electoras que eligieron al funcionario o funcionaria hubieren votado a favor de la revocación, siempre que haya concurrido al referendo un número de electores o electoras igual o superior al veinticinco por ciento de los electores o electoras inscritos o inscritas, se considerará revocado su mandato y se procederá de inmediato a cubrir la falta absoluta conforme a lo dispuesto en esta Constitución y en la ley. La revocación del mandato para los cuerpos colegiados se realizará de acuerdo con lo que establezca la ley. Durante el período para el cual fue elegido el funcionario o funcionaria no podrá hacerse más de una solicitud de revocación de su mandato».

32. Planillas que fueron establecidas previamente por el Directorio del CNE. *Vid.* Nota de Prensa del CNE (2003).

33. The Carter Center (2005).

34. Según manifestaciones ofrecidas en The Carter Center (2005).

35. A criterio del Gobierno, los instructivos repartidos sobre cómo realizar el proceso recolección de firmas señalaban que los firmantes debían rellenar personalmente de su puño y letra sus datos en las planillas, requisito que la oposición alegaba que en ningún momento se había sugerido. En las normas a aplicar en el momento de recolección de firmas —concretamente, las normas 20 de noviembre de 2003 que establecen el Proyecto de Normas sobre los criterios de validación de las firmas y las planillas de recolección de firmas, Resolución 031120-794, únicas encontradas sobre las fechas que señala el Gobierno que se instruyó sobre esta materia— no hay ninguna alusión a dicho requisito. Parece ser que se elaboró un instructivo, pero solo se hizo llegar a los funcionarios, del CNE desconociendo este hecho el resto de agentes que intervinieron en la recogida de firmas. *Vid.* Álvarez, Malpica, Domingo Mújica y Casado (2004).

36. En el informe elaborado por The Carter Center (2005) se lee literalmente: «La revisión de las huellas dactilares por el CTS también se hizo con base en las directrices disímiles y, a menudo contradictorias, respecto a lo que constituía una huella válida o inválida. Ante la confusión que causaban las diferentes instrucciones, era muy común ver a distintos trabajadores del CNE aplicar criterios completamente diferentes para juzgar las huellas, frecuentemente discrepando respecto a huellas similares. Los supervisores

no impusieron una aplicación uniforme de los criterios de huellas, y se mostraron renuentes a comentar los criterios que se seguían, con los observadores internacionales».

37. En los nuevos instructivos para la recolección de firmas creados por el CNE se estableció, entre otras pautas del proceso, que se levantaran actas en las que se concretara cada día el número de firmas recogidas. Sin embargo, estos instructivos fueron entregados con dos días de antelación, lo que generó confusión entre los mismos trabajadores del CNE y conllevó que algunos no cumplimentaran las actas como se señalaba. Esta cuestión fue tenida en cuenta para que el CNE invalidara las planillas porque existían errores en las actas. Obviamente, la oposición protestó al considerar que el problema era de índole técnico —administrativo— y totalmente imputable a los trabajadores del CNE, por lo que no debían anularse las firmas que reflejaban los derechos de los ciudadanos. Sin embargo, el CNE hizo caso omiso a estos argumentos.

38. Los observadores de la OEA y de The Carter Center respaldaron esta iniciativa de abrir dicho periodo de reparo, si bien mostraron diferencias en cuanto a los criterios que el CNE preveía para el procedimiento de reparación.

39. Sentencia n° 24, de 15 de marzo de 2004, de la Sala Electoral del TSJ.

40. La sentencia de 12 de abril de 2004 de la Sala Constitucional se dictó con motivo de un recurso de avocamiento presentado por el Comando Nacional de Campaña Ayacucho en respaldo de la posición del Gobierno, que cuestionaba la competencia de la Sala Electoral del TSJ sobre cuestiones del revocatorio.

41. The Carter Center (2005). El 13 de mayo de 2004, The Carter Center y la OEA emitieron un comunicado en el que se apoyaba la idea de que solo podían excluirse las firmas de quienes alegaban no haber firmado, pero no de quienes retiraban la firma por arrepentimiento. Finalmente, más de 90.000 personas optaron por retirar sus firmas.

42. Se consiguieron un total de 2.553.051 firmas válidas, superando por tanto el 20% requerido.

43. Hay que tener en cuenta que el 19 de agosto de 2004, el presidente Chávez cumplía las dos terceras partes del periodo presidencial, por lo que, si quedaba revocado su mandato después de esta fecha, no habría nuevas elecciones y pasaría a ocupar el cargo de vicepresidente hasta terminar el periodo de mandato en el 2007, todo ello en aplicación del art. 233 de la Constitución venezolana.

44. Las instrucciones de verificación de las máquinas donde se iban a emitir los votos se dictaron solo tres días antes de la votación, produciendo un considerable retraso en el momento de la votación.

45. No puede determinarse si los registros se intentaron por personas simpatizantes de la oposición o por simpatizantes del Gobierno. Ante tal hecho de incertidumbre en el Registro Electoral, el CNE dictó la Resolución n° 040629-1055, por la que se creaba una comisión técnica *ad hoc* para la depuración de dicho Registro.

46. Para un análisis detallado de las normas de 2007 del CNE sobre revocación del mandato, *vid.* Domingo Barberá (2016: 223-263).

47. El marco jurídico de la revocación del mandato actualmente está contenido en las normas del CNE de 2007 referenciadas, la Ley Orgánica del Poder Electoral y la Ley Orgánica de procesos electorales y su reglamento.

48. Se produjeron jubilaciones anticipadas de los anteriores miembros del TSJ, y alguno de ellos declaró que fueron extorsionados y amenazados para anticipar dicha jubilación. Al respecto, *vid.* Menéndez (2016).

49. Al respecto *vid.*, Casal Hernández (2017), donde el autor hace un análisis de las sentencias dictadas por el TSJ que revocaron las leyes aprobadas por la AN.

50. El periodo electoral del presidente Nicolás Maduro se inició el 10 de enero de 2013, finalizando, por tanto, después de 6 años, el 10 de enero de 2019. Recordemos que, según lo establecido en la Constitución, la revocación del mandato presidencial solo podía solicitarse una vez cumplida la mitad del mandato, es decir, a partir del 10 de enero de 2016.

51. El CNE tenía que entregar unos formularios oficiales a la MUD para que esta pudiera recabar las manifestaciones escritas de apoyo del 1% de los votantes a la propuesta de solicitud de revocación del mandato. Sin embargo, el CNE se demoró y solicitó a la MUD la entrega de dichos formatos el 9 de marzo, el 15 de marzo y el 7 de abril. No fue sino hasta el 26 de abril cuando se libró el oficio para la entrega del formulario, demorándose los trámites de inicio 48 días. Al respecto, *vid.* Hernández (2017).

52. Los dos nuevos trámites establecidos arbitrariamente por el CNE eran totalmente innecesarios si lo que se quería era dar seguridad jurídica al hecho de las manifestaciones de voluntad realizadas, puesto que para dicho fin se había previsto en las normas de 2007 la validación de las firmas obrantes en la propuesta de solicitud de la revocación del mandato. Es obvio que el interés de esta maniobra era única y exclusivamente el retraso y la dilatación del proceso de revocación para que se realizara con posterioridad al 10 de enero de 2016.

53. Hernández G. (2017: 799).

54. La validación de las firmas sí está prevista en el artículo 10. 6 de las Normas de 6 de septiembre de 2007.

55. A pesar de las colas que hacía la gente para poder validar las firmas, no se dejó entrar a las instalaciones para proceder a dicha validación hasta después de las 4 pm, existiendo quejas por parte de la ciudadanía que vieron limitados sus derechos. Al respecto, *vid.* Mozo Zambrano (2016).

56. Paralelamente, el partido PSUV (Partido Socialista Unido de Venezuela) presentó solicitud para inhabilitar la inscripción de la MUD como partido político, lo que provocó que el CNE se pronunciara con más retraso sobre la admisión de la solicitud.

57. Lares Martiz (2016).

58. En octubre, los tribunales regionales de Aragua, Arabobo, Monagas, Apure y Bolívar anularon en sus respectivos estados la recolección de firmas del 1% alegando acusación por fraude.

59. Comunicado del CNE (2016).

60. Hernández (2017: 813-814).

61. *BBC* (2016).

62. Esta consideración fue vertida por Luis Almagro, secretario general de la OEA. Cfr. Almagro (2016).

63. *Vid.*, al respecto, Manrique (2016).

64. *La Razón* (2016).

65. Si bien trata en concreto sobre el poder judicial, cabe mencionar la sentencia dictada por la Sala Constitucional del TSJ nº 341 del TSJ, de 5 de mayo de 2016, en la que, con ocasión de la solicitud de pronunciamiento realizado por el presidente Nicolás Maduro sobre la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia aprobada en la Audiencia Nacional, el alto tribunal hizo una interpretación restrictiva del artículo 204 de la Constitución, siguiendo los criterios aducidos por el ejecutivo. Centrándo-

nos en los argumentos aducidos por el presidente de la República, solo en cuanto al poder electoral (dejando de lado en este trabajo la materias correspondientes al TSJ y al Poder Ciudadano) consideraba que la iniciativa legislativa sobre la materia electoral correspondía exclusivamente al poder electoral en interpretación del art. 204.6, por lo que se puede deducir de este argumento que, según el ejecutivo venezolano, la Asamblea Nacional no tendría competencia para presentar iniciativas legislativas sobre dicha materia y solo podría discutir las iniciativas que en su caso se presenten por el poder electoral. Continuando las explicaciones del ejecutivo, en caso de que la AN se negara a realizar la correspondiente discusión sobre la iniciativa, el proyecto se sometería a referendo aprobatorio. El Gobierno defendía que la asignación de la iniciativa legislativa tiene carácter excluyente a favor del poder electoral en materia electoral. Al respecto, podríamos señalar que el artículo 204.3 no acota ninguna materia concreta para la competencia de la iniciativa legislativa de la AN; por tanto, el poder legislativo podría presentar iniciativas legislativas en cualquier materia, por lo que desde este punto la interpretación debería ser extensa, como no ocurre con el art. 204.6, donde sí limita la materia a la que el poder electoral puede presentar iniciativas legislativas. Por tanto, la iniciativa legislativa es restrictiva respecto al poder electoral, pero no respecto al legislativo. No obstante lo comentado, cabría cuestionar qué ha pasado con la aprobación de las normas elaboradas por el CNE en 2007 sobre el proceso de revocación del mandato y por qué el poder electoral, con base en estos argumentos del ejecutivo, no elevó la iniciativa correspondiente a la Asamblea Nacional para su discusión y, en su caso, sometimiento a referendo. Tras la aprobación de las normas de 2003 sobre la revocación del mandato elaboradas por el CNE, la Sala Constitucional del TSJ declaró en las sentencias n° 2073 /2003, de 4 de agosto, y n° 2341/2003, de 25 de agosto, que aquellas eran constitucionales, siempre y cuando se hubieran dictado con carácter supletorio hasta que se aprobara por la AN la correspondiente ley sobre dicha materia. Ahora bien, según el argumento aducido por el presidente Maduro cabe plantearse cuándo podrá dictar dicha ley la AN si el CNE no presenta la iniciativa legislativa en materia de revocación del mandato, puesto que el poder electoral es el único con potestad para ello. Las normas dictadas por el CNE siempre serán supletorias de las leyes de la AN, que nunca llegarán a dictarse porque el mismo poder electoral vetará al poder legislativo si procede directamente a dictarlas él mismo.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Tulio, Freddy MALPICA, José Domingo MÚJICA y Jorge CASADO (2004): *Expediente fraude a la democracia, caso Venezuela* [en línea] <<http://www.labotellaalmar.com/documentos/informe-venezuela.pdf>>. [Consulta: 22/12/2015.]
- ANTELLA, Ricardo (2009): «Régimen jurídico del referéndum revocatorio» [en línea] <<http://biblioteca2.ucab.edu.ve/anexos/biblioteca/marc/texto/AAR8242.pdf>>. 43 [Consulta: 02/06/2018.]
- AYALA C., Carlos (2004): *El referendo revocatorio: una herramienta ciudadana de la democracia*, Los Libros de El Nacional. Colección Minerva, 21, Caracas: CEC.
- BREWER-CARIAS, Allan (2016): «Nuevo secuestro del derecho del pueblo a la realización del referendo revocatorio presidencial perpetrado por la Sala Electoral, algunos tribunales penales y el poder electoral», *Revista de Derecho Público*, 147-148 (julio-diciembre), 384-396.
- CARPIZO, Jorge (2006): «Características esenciales del sistema presidencial e influencias para su instauración en América Latina», *Boletín mexicano de derecho comparado*, 39 (115), 57-91.
- CASAL HERNÁNDEZ, Jesús María (2017): *Asamblea Nacional, conquista democrática versus demolición autoritaria*, Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- CHAVERO GAZDIK, Rafael J. (2004): «Justicia politizada, un pecado imperdonable: Comentarios a la actuación del TSJ ante la convocatoria de un referendo revocatorio presidencial», en *La guerra entre las Salas del TSJ frente al referéndum revocatorio*, Caracas: Aequitas, 111-153.
- COMBELLAS, Ricardo, (2005): «El proceso constituyente y la Constitución de 1999», en E. Plaza y R. Combellas (coords.), *Procesos constituyentes y reformas constitucionales en la historia de Venezuela: 1811-1999*, Caracas: Universidad Central de Venezuela, 765-807.

- CRONIN, Thomas E. (1989): *Direct Democracy, The Politics of Initiative, Referendum, and Recall*, Twentieth Century Fund Book.
- DÍAZ MARTÍN, José Manuel (2001): *La responsabilidad política en los sistemas democráticos*, Valencia: Corts Valencianes.
- DOMINGO BARBERÁ, Elia (2016): *La revocación del mandato presidencial: la experiencia en la República Bolivariana de Venezuela y en el Estado plurinacional de Bolivia*, Tesis Doctoral, Valencia: Universitat de València.
- GARCÍA CAMPOS, Alán: «La revocación del mandato: un breve acercamiento teórico» [en línea] <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/qdiuris/cont/1/cnt/cnt3.pdf>>. 25. [Consulta: 12/06/2015.]
- GARCÍA PELAYO, Manuel (1984): *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid: Alianza Editorial.
- GUZMÁN, Teodoro Yan (2012): «Legados normativos para democratizar la revocatoria de mandato desde el (neo)constitucionalismo Latinoamericano», en R. Viciano Pastor y R. Martínez Dalmau (eds.), *Estudios sobre el nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, Valencia: Tirant lo Blanch, 299-328.
- HERNÁNDEZ G., José Ignacio (2017): «La violación del derecho al referendo revocatorio presidencial en Venezuela», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 67, LXVII (267), septiembre-diciembre, 791-818.
- KORNBLITH, Miriam (2014a): «Revocatoria del mandato presidencial en Venezuela: definición y puesta en práctica», en A. Lissidini, Y. Welp, D. Sovatto (comps.), *Democracias en movimiento. Mecanismos de democracia participativa en América Latina*, México: Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 131-166.
- (2014b): «La revocatoria de Mandato: lecciones a partir de la experiencia Venezolana», en Y. Welp y S. Uwe (coords.), *La dosis hace el veneno: análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Quito: CNE de Ecuador e Instituto de la Democracia.
- MANZANO SÁNCHEZ, María de la Paz (2000): «Caracterización y problemática del presidencialismo iberoamericano», *Derecho PUCP*, vol. 53, 267-312.
- PETZON-PERNÍA, Hermman (2004): «Acerca del Artículo 72 de la Constitución o el referéndum revocatorio», en F. Parra Aranguren (ed.), *Ensayos de derecho Administrativo: libro homenaje a Nectario Andrade Labarca*, vol. III, Caracas: TSJ, 447-459.
- VERDUGO SILVA, Julio Teodoro (2014): «Bolivia: entre la expectativa de uso y los intentos fallidos de activación», en Y. Welp y U. Serdült (coords.), *La dosis hace el veneno. Análisis de la revocatoria del mandato en América Latina, Estados Unidos y Suiza*, Quito: CNE e Instituto de la Democracia, 135-158.
- VICIANO PASTOR, Roberto (2006): «Caracterización General de la Constitución Venezolana de 1999», en R. Viciano Pastor, Roberto y L. Salamanca (coords.), *El sistema político en la Constitución Bolivariana de Venezuela*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZIMMERMAN, Joseph F. (1997): «Revocación del mandato legislativo» [en línea] <<http://www.democraciaparticipativa.net/documentos/RecallsUSA.htm>>. [Consulta: 10/08/2015.]

Fuentes primarias

- Acuerdos entre la representación del Gobierno de la República Bolivariana de Venezuela y los Factores Políticos y Sociales que lo apoyan y la Coordinadora Democrática y las Organizaciones Políticas y de la Sociedad Civil que la conforman (2003) [en línea] <<http://www.oas.org/OASpage/eng/Venezuela/Auerdo052303.htm>>. [Consulta: 20/01/2015.]
- ALMAGRO, Luis (2016): *Informe sobre la Carta Democrática Latinoamericana*, Organización de los Estados Americanos.
- Comunicado del CNE de 20 de octubre de 2016, Poder Electoral acta medidas cautelares ordenadas por tribunales de la República [en línea] <http://www.cne.gov.ve/web/sala_prensa/noticia_detallada.php?id=3483>. [Consulta: 15/10/2017.]
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Diario de Debates, *Gaceta Constituyente*, Asamblea Nacional Constituyente de la República de Venezuela, octubre-noviembre 1999.

Ley Orgánica de Procesos Electorales aprobada por la Asamblea Nacional el 31 de julio de 2009.

Normas del CNE. Resolución n° 030926-465, de 25 de septiembre de 2003.

Normas para Regular el Procedimiento de Promoción y Solicitud de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular, de 6 de septiembre de 2007, Resolución n° 070906-2770

Normas para Regular los Procesos de Referendos Revocatorios de Mandatos de Cargos de Elección Popular. Resolución del CNE n° 030926-465, de 25 de septiembre de 2003.

Normas para Regular los Referendos Revocatorios, de 27 de marzo de 2007, Resolución n° 070327-341.

Nota de Prensa del CNE (2003): «CNE presentó planillas oficiales para referendos revocatorio», 8 de octubre, [en línea] <http://www.cne.gon.ve/web/sala_prensa/noticia_detallada.php?id=1665>. [Consulta: 04/02/2015.]

Sentencia 2073/2003, de 4 de agosto, de la Sala Constitucional del TSJ de Venezuela

Sentencia 2341/2003, de 25 de agosto, de la Sala Constitucional del TSJ de Venezuela

Sentencia 566/2004, de 12 de abril, de la Sala Constitución del TSJ de Venezuela.

Sentencia n° 24, de 15 de marzo de 2004, de la Sala Electoral del TSJ de Venezuela.

Sentencia n° 628/2004, de 23 de abril, Sala Constitucional del TSJ de Venezuela.

Sentencia 341/2016, de 5 de mayo, Sala Constitucional del TSJ n° 341 del TSJ de Venezuela.

The Carter Center (2005): *Informe Integral de la observación del Referendo Revocatorio Presidencial elaborado* [en línea] <www.cartercenter.org>. [Consulta: 12/12/2015.]

Prensa en línea

BBC (2016): «Venezuela aprueba una ley para activar el referéndum de Maduro», 21 de abril [en línea] <https://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160420_america_latina_venezuela_ley_asamblea_revocatorio_maduro_dp_dgm>. [Consulta: 10/10/2017.]

LARES MARTIZ, Valentina (2016): «En Venezuela descartan referendo revocatorio contra Maduro en 2016», *El tiempo*, 21 de septiembre [en línea] <<https://www.eltiempo.com/mundo/latinoamerica/venezuela-descartan-referendo-revocatorio-contra-maduro-en-2016-31745>>. [Consulta: 10/07/2018.]

La Razón (Caracas) (2016): «Asamblea Nacional/ Seis meses, siete leyes, múltiples trabas», 6 de julio [en línea] <<https://www.larazon.net/2016/07/asamblea-nacional-seis-meses-siete-leyes-multiples-trabas/>>. [Consulta: 15/09/2018.]

MANRIQUE, Mildred (2016): «TSJ neutraliza a la Asamblea Nacional de Venezuela con 28 sentencias en contra», *800 noticias*, 12 de octubre [en línea] <<http://800noticias.com/tsj-neutraliza-a-la-asamblea-nacional-de-venezuela-con-28-sentencias-en-contra>>. [Consulta: 15/09/2018.]

MELÉNDEZ Lorena, (2016): «Exmagistrados del TSJ denunciaron que fueron extorsionados y amenazados para dejar sus cargos», *runrún.es*, 17 de febrero [en línea] <<http://runrun.es/nacional/venezuela-2/248932/ex-magistrados-del-tsj-denunciaron-que-fueron-extorsionados-y-amenazados-para-dejar-sus-cargos/>>. [Consulta: 10/08/2017.]

MOZO ZAMBRANO, Reynaldo (2016): «En Caracas miles se quedaron sin validar su firma», *Efecto Cocuyo*, 4 de junio [en línea] <<http://efectococuyo.com/politica/en-caracas-miles-se-quedaron-si-validar-su-firma/>>. [Consulta: 10/05/2018.]

VINOGRADOFF, Ludmila, (2003): «La oposición venezolana inicia el proceso para revocar el mandato de Hugo Chávez», ABC Internacional, 19 de agosto [en línea] <https://www.abc.es/hemeroteca/historico-19-08-2003/abc/Internacional/la-oposicion-venezolana-inicia-el-proceso-para-revocar-el-mandato-de-hugo-chavez_202032.html>. [Consulta: 25/01/2014.]

Fecha de recepción: 12 de febrero de 2019.

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2019.

(DES)CONTROL POLÍTICO EN ECUADOR: HISTORIA, LEGISLACIÓN Y REALIDAD POLITICAL (UN)CONTROL IN ECUADOR: HISTORY, LEGISLATION AND REALITY

Ramiro Rivadeneira Silva

RESUMEN

El artículo aborda el control político en Ecuador desde una perspectiva realista: Ecuador no ha alcanzado la madurez democrática que permita a sus ciudadanos convivir en un Estado de Derecho, de seguridad jurídica y bienestar político. Si bien las diversas Constituciones ecuatorianas han establecido de manera clara los principios de relacionamiento político, entre ellos los del juicio político, estos no se han materializado para el cumplimiento de los fines democráticos debido a que las relaciones de poder no han respetado la normativa constitucional. La historia ecuatoriana ha estado marcada por caudillos, civiles y militares que han accedido al poder sin respetar el Estado de Derecho, y las propias Fuerzas Armadas han desempeñado un rol político y han sido actores clave, visibles o no, en los momentos de desestabilización democrática. Los golpes de Estado y las dictaduras han sido una constante, así como la redacción de nuevas constituciones que, por las mismas razones de quebrantamiento continuo del Estado democrático, nunca terminan de insertarse en la vida política del país.

PALABRAS CLAVE

Constitución, control político, juicio político, Fuerzas Armadas, poder, golpe de Estado, dictadura.

ABSTRACT

The article addresses political control in Ecuador with a realistic perspective: Ecuador has not reached the democratic maturity that allows its citizens to coexist in a state of law, legal security and political well-being. Although the various Ecuadorian Constitutions have clearly established the principles of political relations including the political judgement, they have not been materialized for the fulfillment of democratic purposes as the power relations have not respected the constitutional norms. Ecuadorian history has been marked by warlords, civilians and military who have come to power without respecting the rule of law, and the armed forces that played a political role being key actors, visible or not, at times of destabilization of democracy. The coups d'état and dictatorships have been a constant, as well as the drafting of new constitutions that for the same reasons of continuous breakdown of the democratic State, never ceased to be inserted into the political life of the country.

KEY WORDS

Constitution, political control, political judgement, armed forces, power, coup d'État, dictatorship.

(DES)CONTROL POLÍTICO EN ECUADOR: HISTORIA, LEGISLACIÓN Y REALIDAD

Ramiro Rivadeneira Silva

Sumario: Introducción. 1. Control político. Parte conceptual. 2. Rol político de las Fuerzas Armadas. 3. Constituciones, caudillismo y quebrantamiento del Estado de Derecho. Notas. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Me han invitado a escribir sobre control político en mi país, Ecuador y, tras haber aceptado el reto, me hago cargo de que es un despropósito. ¿Cómo profundizar en el análisis de un principio que apenas se ha configurado en el papel, pero que sucumbe cuando la realidad del poder político lo enfrenta? El tema bien podría ser el (des)control político en Ecuador, o quizás, para ser más exactos, el control del poder más allá de lo político.

A lo largo de 188 años de vida como país —en ocasiones, bajo un régimen de corte republicano y en otras de carácter dictatorial—, en Ecuador han estado vigentes veinte Constituciones, sin contar con las reformas operadas sobre las mismas, ha habido 99 mandatarios (a un promedio menor de dos años por mandatario) distribuidos en 21 dictaduras, 30 personas encargadas del poder —en ocasiones porque constitucionalmente les correspondía, pero en otras no—, 20 nombrados por decisión de convenciones extraordinarias y apenas 28 elegidos por sufragio popular.

Ciñéndonos a la etapa democrática que siguió a la última dictadura militar, a partir de 1979, cabe destacar que, de nueve gobernantes legítimamente elegidos, solamente cuatro terminaron su mandato, uno sigue en funciones, tres fueron derrocados por movimientos civiles, políticos y militares y un presidente murió mientras ejercía su cargo¹. El derrocamiento de tres presidentes, la tercera parte de los que fueron elegidos por votación popular, es un dato no menor a la hora de analizar la inestabilidad política en Ecuador².

Los golpes de Estado en la historia del país son incontables: no ha existido una sola época, tampoco en el presente siglo, en la que el país haya estado a resguardo del riesgo

de sufrir un golpe de Estado. Incluso en el momento actual se vive lo que la doctrina ha empezado a denominar «golpe blando». Lamentablemente, no se ha alcanzado la madurez democrática suficiente. En ocasiones, estos quebrantamientos democráticos han tenido su origen en revueltas populares, y otras en acuerdos políticos de alto nivel, pero todas han tenido un denominador común: la atribución a la fuerza pública del rol de «garante de la democracia». En realidad, la milicia en Ecuador ha jugado un papel preponderante a la hora de destituir presidentes, colocar a otros o tomar directamente el poder —asumido por oficiales de alto rango—. Hay un acto ilegítimo que, de tanto repetirse, da la sensación de que ha acabado naturalizándose: ir a tocar la puerta de los cuarteles. Cada vez que esto ocurre, el daño a la democracia es profundo y doloroso.

En este escenario, reflexionar sobre el control político en Ecuador es contemplar un pasado y un presente de inestabilidad, un contexto revestido por una constitucionalidad plagada de principios garantistas, normas rígidas, claras y viables e instituciones aparentemente sólidas en el que, sin embargo, nunca falta un argumento jurídico para justificar lo injustificable: ganar los espacios de poder recurriendo a cualquier estrategia, unas estrategias en las que, generalmente, las formas son tanto más irrelevantes cuanto más prominentes sean aquellos espacios. De ahí que hay que saber distinguir los verdaderos defensores de la Constitución y quienes solo aparentan serlo. Es imposible realizar un análisis normativo y doctrinario sobre la materia que se nos ha propuesto y soslayar una realidad que supera, a veces sin clemencia, a los principios y valores constitucionales.

Para que exista un verdadero control político en cualquier Estado se requiere la convergencia de varios elementos —casi virtudes— que deben materializarse en un sistema realmente democrático, por lo que el control político queda descartado de plano en dictadura. Estos elementos aparecen plasmados en una Constitución reconocida como la norma básica estructural de una sociedad en que complementa una parte dogmática y una parte orgánica, regulan las responsabilidades claramente definidas de los distintos poderes del Estado, establece el procedimiento y la sanción por el incumplimiento de tales responsabilidades, pero, sobre todo, está revestida de un espíritu fuertemente democrático que implica el ejercicio del poder en nombre del pueblo y más allá de los intereses personales. La ausencia de estos elementos o su irrespeto se transforman en prácticas de poder ilegítimo, dentro del cual todo es posible.

1. CONTROL POLÍTICO. PARTE CONCEPTUAL

Nicolás Maquiavelo, el padre de la ciencia política moderna, introduce el estudio del poder político tanto en la defensa que realiza de la república en los *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* como en sus escritos sobre los principados desarrollados en su célebre obra *El Príncipe*.

«Es recién entonces cuando vemos claramente qué entiende el florentino por política. Cada disciplina tendrá una relación de poder propia, diferenciándose entre sí, por los actores que en ella influyen. Lo religioso se definirá por la subordinación del hombre a un dios; lo económico, por la

misma relación entre el rico y el pobre, y finalmente, lo político encontrará su campo de estudio en lo que respecta al poder del gobernante sobre el gobernado» (Schenoni, 2007).

Añade el autor que «[...] las relaciones de mando y obediencia, ya se den en el terreno religioso, económico o militar, constituyen relaciones políticas». En consecuencia, las relaciones políticas son relaciones de poder, pero no únicamente de poder entre gobernantes y gobernados, sino también relaciones de poder entre poderes.

La pregunta llega inmediatamente: ¿Qué es el poder? Parafraseando a San Agustín — cuando en relación a la política decía «[...] sabemos lo que es, pero no podemos definirla»—, podría decirse lo mismo del poder. No en vano, el concepto de poder ha sido analizado en todas las épocas por un sinnúmero de pensadores. Sin embargo, para no dejar escapar lo buscamos una definición que nos satisfaga. Al respecto, Weber (1964: 43) es claro: «Poder significa la probabilidad de imponer la propia voluntad, dentro de una relación social, aun contra toda resistencia y cualquiera sea el fundamento de esa probabilidad». Traemos a colación a Max Weber porque el desarrollo de su concepto de poder tiene una característica especial, el de la dominación, término por el que Weber entiende «[...] la probabilidad de encontrar obediencia a un mandato de determinado contenido entre personas dadas». En relación con esta cuestión, se ha observado que, en su relación con la configuración del poder político, «[...] la legitimidad puede entonces derivar de la racionalidad —dominación legal—, la tradición —dominación tradicional— o el carisma, las cuales representan los tres tipos puros de dominación legítima» (Guzzini, 2015: 106).

En política, por tanto, el ejercicio del poder puede ser la expresión de una dominación legítima, siempre que se presente en forma de legalidad, moralidad o liderazgo en su pretensión de obtener la obediencia de los gobernados.

Las técnicas y tácticas del uso del poder para imponer la autoridad también cobran importancia.

Cabe diferenciar tres formas básicas en las tácticas de imposición:

- Tácticas blandas: pedir, ser amable, adular.
- Tácticas racionales: explicar, disentir, negociar acuerdos y buscar consensos, apelar a la razón y prudencia, persuadir.
- Tácticas duras: ordenar, amenazar, ponerse furioso (Aluani, 1990: 26-27).

La historia del apoderamiento político en Ecuador puede analizarse perfectamente desde los conceptos expuestos. Lamentablemente, la dominación deviene ilegítima, dado que se ejerce sin considerar a las reglas del juego estipuladas en un ordenamiento jurídico que, en principio, debería garantizar la democracia y el Estado de Derecho. De hecho, muchas veces se lleva a cabo utilizando a conveniencia al propio ordenamiento constitucional.

Por ello, en nuestras sociedades —más allá de Ecuador incluyo a otros países latinoamericanos— debemos volver una y otra vez a pensar el significado de la constitución y repensar qué debemos hacer para que esta sea plenamente cumplida y tenga vigencia real. Reflexionando sobre el constitucionalismo moderno, cuyas raíces encuentra en las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII, Brewer-Carías (2000: 13) dice:

«Ha sido ese constitucionalismo el que ha enmarcado durante los últimos 200 años, el régimen político de todos los Estados del mundo, y particularmente el de los Estados latinoamericanos, caracterizado por los siguientes siete principios esenciales: la idea de constitución y su supremacía; la soberanía del pueblo, el republicanismo y la democracia representativa como régimen político; la distribución vertical del poder público, el federalismo, el regionalismo político y el municipalismo; la separación orgánica de poderes y los sistemas presidencial y parlamentario de gobierno; la declaración constitucional de los derechos del hombre y sus garantías; el rol del poder judicial como garante del Estado de Derecho y del principio de legalidad; y el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes».

A pesar de que este modelo de constitución es el que persiguen todos nuestros Estados, estos fracasan una y otra vez en sus intentos de materializarlo. El motivo ya lo hemos señalado. El ser humano no se resigna a someterse a normas que le impiden alcanzar sus objetivos políticos y busca evitar los controles que le resultan un obstáculo. Podrían analizarse uno por uno los siete principios esenciales expuestos y en todos encontraríamos que los desafíos que enfrentan son difíciles y que su plena consecución es aún lejana. Por ahora, sin embargo, vamos a referirnos de manera especial a algunos que tienen directa relación con el control político.

El primero es el Estado de Derecho. En palabras de Nogueira Alcalá (2000: 35):

«La afirmación del Estado de Derecho implica en nuestra realidad actual [...] el sometimiento del poder político a un encuadramiento y canalización de la acción política a través de un ordenamiento jurídico, el cual limita la potestad pública con el fin o función primordial de asegurar, proteger, garantizar y promover los derechos inherentes a la dignidad del ser humano».

Efectivamente, la actuación al margen del Estado de Derecho genera inseguridad jurídica, principio básico del respeto a los derechos humanos y la democracia. Los órganos, las autoridades y, en general, los servidores del Estado que no cuenten con normativa suficiente que regule la actuación del poder público o que ejerzan sus actividades con ausencia de controles para el cumplimiento de las normas, tarde o temprano guiarán su actuación mediante la concentración del poder, lo que permitirá que sus errores y desviaciones permanezcan impunes. Cabe recordar, en este punto, el aforismo de Lord Acton («El poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente»), pero añadir también que la impunidad es garantía de repetición de los hechos.

En segundo lugar, y por lo que hace a la separación de poderes, su utilidad radica en el establecimiento de un sistema de pesos y contrapesos que implique un control mutuo; su finalidad es, pues, que nadie pueda asumir atribuciones que corresponde a otra función del Estado. Se trata de una garantía de democracia y de bienestar político cuyo sustento es el respeto a la constitución como el gran pacto social al que todos debemos someternos.

La Carta Democrática Interamericana³, en su artículo 3, enfatiza que la separación e independencia de los poderes públicos es un elemento esencial de la democracia representativa. Su importancia, dice la Carta, es equiparable al respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales, al acceso al poder y su ejercicio con sujeción al Estado de Derecho y a la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, entre otros pilares del constitucionalismo democrático.

Por lo que respecta al principio de responsabilidad política, es preciso hacer hincapié en la palabra *política* y diferenciarla de otro tipo de responsabilidades como la penal, civil o administrativa: si estas últimas las asume todo individuo por el hecho de ser ciudadano, aun en el caso de que ejerza un cargo público, la responsabilidad política alcanza únicamente al ciudadano que ha asumido una función pública. Es la carga ética que le obliga a ser transparente en el ejercicio de sus funciones.

Cabe introducir aquí una breve digresión a fin de analizar si en el sector público la responsabilidad política corresponde únicamente a las cabezas institucionales. Desde mi punto de vista, la responsabilidad política, aun cuando no esté explícitamente normada, se aplica a los cargos de elección popular y a todos aquellos que ocupen un puesto de mando aunque sea de nivel medio, dado que las decisiones que tomen, los actos que realicen e incluso las omisiones en que incurran pueden generar un daño individual o colectivo por el que deban asumir responsabilidades políticas como la renuncia al cargo. Lo dicho también tiene su fundamento en el hecho de que un mal proceder de un funcionario de menor rango genera la responsabilidad política de uno mayor, e incluso de quien ejerce la titularidad del órgano público.

Las constituciones modernas establecen que el legislativo tiene la competencia para establecer la responsabilidad política de varios altos funcionarios, lo cual es correcto. Pero un funcionario medio —por ejemplo, un director departamental, que por supuesto nunca comparecerá ante el órgano legislativo— asume responsabilidad política frente a su superior jerárquico, lo cual significa que no está exento de ella. En el ejemplo, si la cabeza institucional conoce que en un determinado departamento de su institución se cometen actos de corrupción sin que el director departamental se percate, es legítimo exigir su renuncia no por haber cometido actos de corrupción —no los ha cometido y, por lo tanto, no ha incurrido en responsabilidad penal—, sino por no haber tenido la capacidad suficiente para controlar las situaciones anómalas acaecidas en su área de mando, pues, como se ha dicho, su omisión puede ocasionar inclusive el control político de la cabeza institucional.

Entiendo, por lo dicho, que el principio de responsabilidad política exige a todo funcionario público un comportamiento especial fundado en la honestidad y la transparencia, que se manifiesta en la apertura de la información, la rendición de cuentas y el fomento de la participación ciudadana en sus ámbitos de trabajo, todo ello con el fin de coadyuvar al fortalecimiento del Estado de Derecho y la democracia.

En la línea mencionada —se cita el dato por el carácter novedoso que tuvo en su contexto histórico—, la Constitución de 1845 ecuatoriana contemplaba un proceso político no solo para exigir responsabilidades a altas autoridades —como tradicionalmente sucede—, sino también a otros empleados públicos. Como atribución especial de la Cámara de Representantes, el texto constitucional establecía la siguiente previsión:

«Denunciar al Senado con los datos que tenga, a cualesquiera otros empleados públicos, por abusos de las atribuciones que les correspondan, o por falta de cumplimiento en los deberes de su destino; sin perjuicio de la jurisdicción que las leyes dan a los tribunales y juzgados sobre dichas

autoridades; y de requerir a las autoridades competentes, para que por las mismas causas les exijan la responsabilidad».

Otro de los principios liminares es el de la gobernanza democrática, que se aplica a todos los poderes, pero que cobra especial relevancia en el caso del poder legislativo, dada su competencia para ejercer el control político de las altas autoridades. Nos detenemos un momento en ella, trayendo nuevamente a Nogueira Alcalá (2000: 40-41):

«En el ámbito de los congresos nacionales o parlamentos es necesario modernizar los procedimientos legislativos para dotarlos de mayor eficacia, facilitando la conformación de comisiones mixtas para resolver conflictos intracamerales en los bicameralismos; dotar a los parlamentos de eficaces mecanismos de control de los actos de gobierno y la administración, dotar a los parlamentos de adecuados sistemas de información de las realidades económicas, sociales y culturales, como de las estadísticas e información ministerial; dotarlos de asistencia jurídica, científica y tecnológica relevante y suficiente para ejercer sus altas funciones».

Por supuesto, nada de esto tiene sentido sin la moralidad, la responsabilidad y la idoneidad que son exigibles al legislador para que funcione adecuadamente el sistema político, ya que «[...] de nada valen las normas constitucionales si no se apoyan en el comportamiento ético y cívico de quienes deben dar vida a las instituciones» (Salgado, 2004: 404).

Lo expuesto descansa en el deber ser; no obstante, la realidad es diferente. En esta, prima el afán de poder y la teoría del control político cede ante aquel, configurándose un poder político que trata de presentarse como un poder legítimo. La pregunta que ahora debe formularse es: ¿quién se ha apoderado del poder político en el país? Aun a riesgo de incurrir en la obviedad, la respuesta quizás deba enunciarse de la manera más sencilla: el que en un momento dado lo ha ostentado: presidentes legítimamente elegidos, gobernantes nombrados por asambleas constituyentes o congresos nacionales, asaltantes del poder bien a través de vías aparentemente democráticas, bien mediante el quebranto impudoroso de toda norma e institucionalidad concebida democráticamente.

De manera general, destacamos dos actores: los políticos a tiempo completo y las Fuerzas Armadas. Con respecto a los primeros, ya tendremos oportunidad de ver cómo logran alcanzar posiciones privilegiadas que les permiten hacerse con el poder muchas veces aun a costa de la estabilidad del sistema democrático. Por su parte, las Fuerzas Armadas han estado presentes en muchas situaciones de toma del poder, aunque a veces su intervención haya pasado desapercibida, y evidentemente ha sido visible en los golpes de Estado en los que ha participado abiertamente e inclusive en los casos en los que ha ejercido dictatorialmente el Gobierno del país.

En lo que sigue, no podemos dejar de referirnos tanto a aquellos actores políticos —que han brillado por su audacia para destruir el Estado de Derecho— cuanto a las Fuerzas Armadas —que han sido actores políticos permanentes en la vida del país—.

2. ROL POLÍTICO DE LA FUERZAS ARMADAS

Ecuador nació como Estado tras independizarse de la Gran Colombia. Su primera Constitución data de 1830 y su primer presidente fue Juan José Flores, militar venezolano que luchó en las guerras de la independencia a favor de los países americanos.

No es extraño que militares ocuparan el sillón presidencial de varios países de América recientemente independizados en supuesto reconocimiento a los servicios prestados, aunque quizás sí lo sea que decidieran permanecer en ese puesto durante la vida republicana. El origen de este poder político militar se remonta a las guerras de la independencia.

«El criterio difundido de un ejecutivo presidencial fuerte como razonara Bolívar en su mensaje al Congreso de Angostura, se hacía imprescindible para frenar la corriente de ambiciones de los altos mandos militares que pensaron que al terminar sus jefaturas en los campos bélicos, pasarían a ejercer el poder político por sobre el derecho que tenían los criollos civiles.
[...]

Lo difícil que fue el establecimiento del flamante poder de la nobleza criolla en medio de los altos mandos militares que impidieron conservar la integridad territorial que anhelaba Bolívar, por la confusión mental que generaron en los largos años de guerra al considerar que su triunfo les colocara en el sillón presidencial por sobre el derecho de los pueblos a ser gobernados por mandatarios sin uniforme, mediante la presencia de los pueblos en las urnas a través de bien organizados partidos políticos, único medio para expresar el poder civil» (Ortiz, 1995: 154-157).

No es fácil explicar la permanencia en el poder de los militares en la historia ecuatoriana, bien sea directamente o por su auspicio. No es que las constituciones ecuatorianas no hayan establecido formas de solución política de conflictos. De hecho, todas las constituciones han contemplado provisiones normativas suficientes para hacerlo. Sin embargo, en el momento de ponerlas en práctica han quedado en papel mojado porque el poder *de facto* ha primado según la posición que sobre el conflicto han adoptado las Fuerzas Armadas.

Ya tempranamente, la primera Constitución de 1830 atribuía a las Fuerzas Armadas la función de «mantener el orden público». La Constitución de 1835 y los textos constitucionales posteriores iban más allá, dado que les conferían la facultad de «sostener la observancia de la Constitución y las leyes». Incluso la vigente Constitución de 2008 establece: «Las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional son instituciones de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos». Estos enunciados han coadyuvado a una interpretación abusiva del rol constitucional de las Fuerzas Armadas en virtud de la cual se han identificado ante sí y ante la sociedad como «garantes de la democracia», sin considerar que esa garantía realmente recae en los órganos políticos y jurisdiccionales del Estado. Una excepción ejemplar para la época fue la Constitución de 1861, que únicamente señalaba que la fuerza armada es «esencialmente obediente y no deliberante». Una rápida retrospectiva histórica puede contribuir a mostrar el fenómeno.

El general Juan José Flores gobernó en dos ocasiones más al país: en 1839, elegido de conformidad con las normas constitucionales, y en 1843, año en que debía terminar su segundo periodo presidencial, pero durante el cual, con el objetivo de permanecer en el poder, convocó una Convención Nacional que lo eligió como presidente por tercera ocasión. Esta Convención dictó la tercera Constitución del Ecuador, conocida históricamente

como la «Carta de la Esclavitud», que, lejos de ser republicana, era de corte dictatorial (*Expreso*, 2013). Ni su ejercicio del poder ni la Constitución duraron mucho tiempo. El 6 de marzo de 1845 tuvo lugar el primer movimiento armado en la historia de Ecuador, conocido como la «Revolución Marcista», un proceso impulsado por políticos y militares, a quienes se unió el pueblo, que terminó derrocando a Flores.

En 1852, el general José María Urbina dio un golpe de Estado y convocó una nueva Asamblea Nacional Constituyente, que dictó la sexta Constitución ecuatoriana. En 1859 el presidente Robles disolvió el Congreso —contra norma expresa constitucional— porque este había revocado sus facultades extraordinarias para enfrentar un conflicto bélico con Perú. Estos acontecimientos aceleraron un nuevo golpe de Estado y Robles se vio obligado a dimitir del cargo. Tras su dimisión se sucedieron durante dos años los denominados «Gobiernos de la crisis», y el país vivió una situación de permanente inestabilidad política con varios gobiernos locales.

Ante esta situación, y mientras ejercía el Gobierno de Quito con el apoyo de las Fuerzas Armadas —al mando del expresidente general Juan José Flores, que no se resignaba a abandonar la arena política—, Gabriel García Moreno unificó en 1861 los diversos Gobiernos y convocó una Convención Nacional que nombró al propio García Moreno presidente por cuatro años. Se inicia entonces la denominada «época garciana», denominada de este modo por la fuerte influencia de García Moreno durante este periodo. En realidad, no es exagerado afirmar que la influencia del conservadurismo garciano ha marcado la historia de nuestro país hasta nuestros días.

En 1865 se elige por primera vez en Ecuador a un presidente por sufragio directo del pueblo. Impulsado por García Moreno, fue elegido Jerónimo Carrión. Sin embargo, y debido a que no podía dominar al nuevo presidente, García Moreno llevó adelante una oposición férrea en alianza con el Congreso que terminó con la renuncia de Carrión en 1867. Veamos lo anecdótico:

«Lamentablemente y a pesar de las buenas intenciones del Gobierno, en los últimos meses de 1867 ya era incontenible la oposición que le hacían desde las Cámaras y los círculos obedientes a la influencia garciana. Entonces, el general Julio Sáenz, comandante militar de la guarnición de Quito, se le acercó y le dijo: “Excelentísimo señor, manda a decirle el señor García Moreno que renuncie usted inmediatamente a la presidencia”» (Moncayo, 1923: 373)

Tras la renuncia de Carrión, asumió el cargo Javier Espinosa y Espinosa. Como señaló Nicolás Augusto González (s.f.: 463), recopilador de la época:

«García Moreno comprendió que si verificaba las elecciones para el nuevo Congreso estaba perdido; el 16 de enero de 1869 se presentó en Quito en algunos cuarteles y los comprometió para una revolución, así como el General Julio Sáenz, comandante general de la Plaza. En seguida se dirigió a casa del señor Espinosa, y le notificó que ya no era presidente de la República, porque tal era su soberana voluntad».

Una Junta de Notables nombró a García Moreno presidente interino y, en tal condición, convocó a una Convención Nacional para que aprobara una nueva Constitución, la de 1969, la llamada «Carta Negra», otro texto constitucional de corte dictatorial que fue

refrendado en referéndum popular. La Convención Nacional nombró a García Moreno presidente para los siguientes seis años.

Asesinado García Moreno en 1875, accedió a la presidencia Antonio Borrero. A pesar de sus marcadas diferencias con García —y de la presión ejercida por los liberales—, Borrero se negó a convocar una nueva Convención Nacional. Un nuevo golpe de Estado era inminente. Apoyado por los liberales y militares, Ignacio de Veintemilla —que ejercía como comandante de Guayaquil— se proclamó jefe supremo y llegó con sus tropas a Quito tras librar sangrientas batallas.

Borrero fue derrocado en 1883, durante su segunda dictadura. En el país se formaron tres Gobiernos, el proceso de cuya reunificación se conoce como el «periodo de la Restauración». El Gobierno estaba compuesto por liberales y conservadores, pero de ambas fuerzas surgió una tercera posición política: los denominados progresistas. Se convocó una Convención Nacional que expidió una nueva Constitución el 4 de febrero de 1884 —la décima Constitución ecuatoriana, que estuvo vigente 13 años, el mayor periodo en la historia republicana de Ecuador a lo largo el siglo XIX—.

El 5 de junio de 1895 tuvo lugar la Revolución Liberal, que propició ascenso al poder el general Eloy Alfaro, figura simbólica del pensamiento liberal en la historia ecuatoriana. Hasta el primer cuarto de siglo XX se sucedieron Gobiernos de corte liberal.

La Revolución Liberal trajo consigo profundos cambios, entre ellos la profesionalización del Ejército con la formación de oficiales y tropa a través de la creación del Colegio Militar y la Escuela de Clases. A este proceso se incorporaron soldados sin formación que habían acompañado a Alfaro en sus incontables batallas a lo largo del país y que buscaban un espacio de participación no solo militar, sino también político, de allí que la nueva milicia estuviera identificada con una orientación política: la liberal.

«Esta confesionalidad política del Ejército se mantuvo y aun se acentuó en las primeras décadas del siglo XX. A la inexistencia de un Partido Liberal constituido, suplió la fuerza armada como eje articulador del liberalismo y árbitro del poder. Decía el cónsul inglés en su informe: “Para llegar a ser presidente de la República del Ecuador es necesario poseer el control del Ejército”» (Ayala, 1992: 66).

Una vez finalizado su primer periodo en el poder, Eloy Alfaro, arguyendo que los gobernantes que le sucedieron se habían alejado de los principios del liberalismo, se declaró jefe supremo en 1906 y gobernó hasta 1911. La Asamblea Constituyente promulgó la decimosegunda Constitución del Estado, que estuvo vigente hasta 1929 —es decir, durante 23 años— y que hasta hoy ha sido la Constitución de mayor duración en la historia republicana.

La mirada sintética que hemos propuesto parece suficiente para relatar la historia política ecuatoriana del siglo XIX. Hay quienes afirman que la confrontación y la inestabilidad política de aquel siglo fueran las causantes de los golpes de Estado. Sin duda es así, pero en el siglo XX nada cambió. Entre 1922 y 1972 hubo «[...] más de 50 gobernantes, entre encargados del poder, presidentes interinos, dictadores y presidentes constitucionales, alternándose en los gobiernos *de facto* tanto civiles como militares» (Velasco, 2004: 18).

El último Gobierno militar ecuatoriano fue un triunvirato —los máximos representantes de las fuerzas aérea, marina y terrestre— que gobernó desde 1976 hasta 1979. Este triunvirato ascendió al poder mediante un golpe de Estado contra el General Guillermo Rodríguez Lara, que en 1972 había dado un golpe de Estado para derrocar al presidente Velasco Ibarra. Este último ejercía entonces su quinto periodo presidencial tras haber sido elegido presidente por votación popular, si bien en ocasiones anteriores también había accedido al poder a través de revueltas cívico-militares e incluso, en su primer periodo presidencial en 1934, cuando apenas había permanecido un año en el poder se declaró dictador porque el Congreso se opuso a sus reformas económicas. Velasco disolvió el Congreso y fue también derrocado por los militares.

Aun en el presente siglo XXI, en Ecuador han sido derrocados ya dos presidentes que accedieron a su cargo por elección popular; en ambas ocasiones la destitución tuvo lugar mediante revueltas populares, la primera de ellas dirigida por un coronel retirado. Si bien en estos casos las Fuerzas Armadas no accedieron al poder y se respetó la sucesión del correspondiente vicepresidente, su participación fue activa, dado que retiraron el respaldo al presidente, que dejó de contar con la protección necesaria para garantizar su seguridad.

Además del histórico que hemos revisado, existen varios análisis sobre el origen del fenómeno de la implicación en el poder político de las Fuerzas Armadas. Hay quienes consideran que se trata de ambición personal. Velasco (2004: 24) nos recuerda que Fernando Belaúnde Terry, expresidente peruano, señalaba que los militares «[...] creen que la Presidencia de la República es el último ascenso de su carrera». La ambición también trae causa de la pretensión de las Fuerzas Armadas de mantener los privilegios adquiridos, que tras décadas de acumulación de poder no son pocos.

En esa línea, por ejemplo, la Constitución de 1967 establecía que «[...] la ley determinará la colaboración que sin menoscabo de su misión fundamental deba prestar la Fuerza Pública al desarrollo económico y social del país». La propia Constitución de 2008 vigente va más allá y dispone: «Las Fuerzas Armadas solo podrán participar en actividades económicas relacionadas con la defensa nacional, y podrán aportar su contingente para apoyar el desarrollo nacional, de acuerdo con la ley». Estas previsiones constitucionales han abierto las puertas para que las Fuerzas Armadas realicen actividades ajenas a su función. Por ejemplo, tienen industrias de servicios profesionales como la ingeniería o producción de armamento que les reportan significativos ingresos, e incluso aquellos que se retiran de su carrera militar pueden ser contratados para trabajar en ellas.

El combate contra la izquierda también figura entre las primeras razones del fenómeno que estamos analizando y la historia así lo avala. A tal efecto, el comunismo fue designado como el enemigo a vencer. En estos casos, la participación de los militares no fue únicamente doméstica, sino también continental y estuvo respaldada e inclusive planificada y financiada por los Estados Unidos de Norteamérica⁴. Los ejemplos de presidentes derrocados a través de esta vía son numerosos: entre muchos otros, Jacobo Arbenz en Guatemala (1954), Velasco Ibarra en Ecuador (1961), Juan Bosch en la República Dominicana (1963), Salvador Allende en Chile (1973)⁵.

La corrupción y la injusticia social son otros factores a tomar en consideración, dicho esto en el sentido de que pueden activar a una milicia progresista, aunque, por supuesto, es preciso señalar que no pueden justificar un golpe de Estado. No hay que olvidar que los militares provienen de la propia sociedad y que, por lo tanto, reproducen sus características, entre ellas la conciencia de clase. Los estratos sociales a los que pertenecen la mayor parte de militares, aun hoy, son las clases media y baja. En esta línea, un ejemplo recurrente destacado por los autores ecuatorianos es la «Revolución Juliana», movimiento que estalló en 1925 y terminó con el dominio liberal del primer cuarto de siglo. Al respecto, Paz y Miño (2000: 34) señala:

«El 9 de julio de 1925 se produjo la “Revolución Juliana”, un movimiento de la “Liga de los Jóvenes Oficiales” del Ejército, que estableció una Junta de Gobierno e inauguró un periodo de profundas reformas en la economía del país. Las motivaciones del golpe militar fueron diversas, pero ante todo se proclamó la necesidad de liquidar el predominio de la “oligarquía plutocrática” expresada en la poderosa banca guayaquileña, a la que se inculcó por la depreciación monetaria, el alto costo de la vida, la escasez de divisas, el endeudamiento y penuria fiscales, las sobreemisiones inorgánicas de dinero y el clima de agitación social».

Las profundas reformas en materia económica a las que se refiere Paz y Miño efectivamente fueron tales y quedaron plasmadas en cambios muy relevantes, entre ellos la creación de instituciones vigentes hasta la actualidad —por ejemplo, el Banco Central, con poder para dirigir la política monetaria—; la Superintendencia de Bancos, que fue un mecanismo más para limitar la libertad con que la banca privada había operado; la Contraloría General del Estado, instituida como órgano de control en el manejo de los recursos públicos; el Banco Hipotecario, dotado de capacidad para conceder créditos para el desarrollo de proyectos productivos; o la Caja de Pensiones, que fue el antecedente del actual Instituto de Seguridad Social.

Hay quienes ven factores externos a la propia milicia, pero que promueven y aun avalan su participación en los golpes de Estado. Al respecto, Brewer Carías (2000: 20) señala:

«Los fracasos de la representatividad y participación democráticas, por los abusos de los partidos políticos han hecho surgir en América Latina la tentación autoritaria que, precisamente, se monta sobre el concepto de la concentración del poder, lo que se agrava aún más si al poder militar se lo erige como poder no subordinado».

No dejan de ser interesantes las referencias al rol de los medios de comunicación en la materia que nos ocupa. Al respecto, Velasco (2004: 24-25) apunta:

«El expresidente de Costa Rica, José Figueres, recoge otros dos factores que a su juicio tal vez han sido más influyentes en la desestabilización de la democracia en América Latina: las opiniones irresponsables y los medios de comunicación irresponsables. Los periódicos, la TV, la radio, así como llevan a los pueblos a la guerra internacionalmente, también los conducen al derrumbe de los gobiernos democráticos».

En Ecuador, la prensa también actúa según sus propios intereses. Córdova (2003: 2) señala la diferente calificación del golpe de Estado que los medios de comunicación realizaron en función del presidente al que se derrocaba. En los casos de Febres Cordero (1987)

o Mahuad (2000), usaron expresiones como «[...] “comedia bufa, pesadilla monstruosa, jornada trágica, golpismo, atentado contra la democracia”, sin embargo, cuando se trató de Bucaram en 1997 se referían a “revolución de las conciencias, amanecer de la dignidad, carnaval multicolor, campanada democrática, plebiscito espontáneo del pueblo”».

De cualquier modo, sería un despropósito afirmar que el poder en Ecuador lo han monopolizado los militares; también lo han ostentado caudillos políticos que han aprovechado la normativa para su beneficio o simplemente la han inobservado. A continuación, haremos una revisión histórica del fenómeno.

3. CONSTITUCIONES, CAUDILLISMO Y QUEBRANTAMIENTO DEL ESTADO DE DERECHO

A excepción de la primera Constitución, todas las demás han incorporado previsiones normativas sobre control político. Incluso aquellas caracterizadas por su fuerte impronta dictatorial no han dejado de lado la regulación de las relaciones de poder entre legislativo y ejecutivo, y esto incluye el juicio político de los congresos sobre los presidentes y sus gabinetes. De ahí que los conflictos políticos que han marcado la historia del país no puedan ser atribuidos a ausencia o insuficiencia normativa.

En referencia a la relación política entre legislativo y ejecutivo, la Constitución de 1830 atribuía al poder legislativo —ejercido por el Congreso de Diputados⁶— la competencia para admitir o rehusar la dimisión del cargo del presidente. A pesar de que el texto constitucional preveía que una de las posibles razones para reemplazar al presidente era la «[...] inhabilidad física o moral o por cualquier impedimento temporal», no establecía ni el órgano ni el procedimiento para declarar su cese. De hecho, aquella Constitución no hacía ninguna referencia a la posibilidad de destitución del presidente, aunque establecía responsabilidad del jefe de Estado por los actos que se mencionan a continuación:

- i)* Por entrar en conciertos contra la independencia y libertad del Estado, o de cualquier otro estado de la República;
- ii)* Por infringir la Constitución; atentar contra los otros poderes; impedir la reunión y deliberaciones del Congreso; negar la sanción a las leyes formadas constitucionalmente; y provocar una guerra injusta;
- iii)* Por abuso del poder contra las libertades públicas, y captar votos para su elección.

La Constitución calificaba estos actos como delitos, si bien no indicaba ningún procedimiento especial para sancionarlos. De ahí que identifiquemos vacíos que nos impiden determinar si el presidente podía ser juzgado directamente por el poder judicial, ya que no se preveía autorización del legislativo ni inmunidad parlamentaria ni fuero. En definitiva, la Constitución de 1830 no preveía ningún procedimiento que pudiera catalogarse como juicio político.

La Constitución de 1835 inaugura en el país lo que conocemos como juicio político, y lo hace siguiendo el modelo de los Estados Unidos de Norteamérica: se originaba en el poder legislativo —ya de composición bicameral—, procedía por acusación de la Cámara de Representantes dirigida a la Cámara de Senadores, órgano que llevaba adelante el procedimiento cuando la acusación se tuviera por objeto funciones oficiales y, en tal caso, podía destituir al acusado o inclusive declararlo temporal o perpetuamente incapaz de servir en los destinos públicos.

Hasta aquí vemos claramente cómo se articula la responsabilidad política, si bien, adicionalmente se abre la posibilidad de declarar la responsabilidad penal a través de juicio y sentencia de tribunal competente. La Constitución de 1835 añade que, si la acusación no tenía por objeto la conducta oficial, el Senado se limitaba a declarar si procedía o no causa penal y que, en caso de que procediera, lo entregaría al tribunal competente.

El juicio político que prevé la segunda Constitución ecuatoriana —y que, como veremos más adelante, se mantendría con el mismo procedimiento hasta la Constitución de 1966— se diferenciaba del modelo norteamericano por el hecho de que en Ecuador no se estableció que el Senado estaría presidido por el titular del poder judicial, excepción hecha de la Constitución de 1946, que disponía: «En los casos de enjuiciamiento al presidente de la República, al vicepresidente o al encargado de la función ejecutiva, el Senado será presidido por el presidente de la Corte Suprema».

Algunas cuestiones importantes a considerar en el modelo de juicio político señalado son las siguientes:

i) La acusación de la Cámara de Representantes no procedía solamente contra el presidente, sino también contra cualquier persona que se hallase encargada del poder ejecutivo, de los ministros y consejeros de gobierno e inclusive los jueces de Corte Suprema de Justicia.

ii) A partir de la aprobación de la Constitución de 1835 se han establecido prohibiciones específicas al presidente de la República. Si el texto de 1935 especificaba las prohibiciones de manera detallada, otras —por ejemplo, la Constitución de 1869— lo hacían de manera general «[...] por todos los actos de su administración en que haya comprometido gravemente el honor, la seguridad o la independencia del Estado, o infringido abiertamente la Constitución», una redacción que, por su amplitud y vaguedad, se presta a interpretación subjetiva.

Al respecto, cabe señalar que ya desde la Constitución de 1851 se había establecido que solo la Asamblea Nacional podría interpretar la Constitución o resolver las dudas que suscitase la inteligencia de su articulado; en su esencia, esta norma se mantuvo vigente durante aproximadamente 150 años, hasta que la vigente Constitución de 2008 atribuyó la competencia interpretativa a la Corte Constitucional. Esta línea, la supremacía constitucional —principio que, por supuesto, se mantiene hasta nuestros días—, fue específicamente establecida por primera vez en la Constitución de 1897. El texto constitucional de 1906 añadía: «Asimismo, solo al Congreso le corresponde declarar si una Ley o Decreto Legislativo es o no inconstitucional». Se instituía así en Ecuador una especie de control consti-

tucional concentrado de las leyes en el que no intervenía un órgano judicial, disposición que se mantuvo incluso cuando en 1945 se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales.

Es también destacable que, desde las constituciones tempranas, se otorgó importancia a la separación de poderes, no solo entre el legislativo y el ejecutivo —típicamente, mediante la prohibición de que el ejecutivo disuelva las Cámaras—, sino también entre el poder judicial y los otros dos poderes del Estado —a través del establecimiento de normas que le impiden ejercer competencias propias de este o interferir en sus procesos—. La Constitución de 1852 y las siguientes incorporaron la imposibilidad de coartar la libertad de los jueces y la Constitución de 1861 añadió la imposibilidad del poder legislativo de intervenir en los procesos judiciales. La inclusión de cláusulas específicas en este sentido ha sido una constante en todas las constituciones ecuatorianas.

Esta forma de control político pervivió largamente en el transcurso de la historia —prácticamente, mientras el sistema parlamentario fue bicameral—, pero debo señalar lo que considero uno de los limitantes para su mejor desarrollo, a saber, que el poder legislativo nunca sesionaba permanentemente, sino por períodos de sesenta o noventa días cada año y a veces hasta cada dos años, según lo estableciera la constitución de turno. Solamente a partir de la aprobación la Constitución de 1998 el órgano legislativo sesiona de forma permanente.

Cabe destacar dos hechos de connotación política ocurridos a finales del siglo XIX y relacionados con el control democrático entre poderes. El primero tuvo como protagonista al presidente Flores Jijón (1888-1892), quien renunció a la presidencia al mes de ser poseionado, renuncia que fue rechazada por el Congreso en virtud de sus atribuciones constitucionales relativas a la aceptación de la dimisión del cargo de presidente. El segundo, fue el escándalo de «La venta de la bandera» (1894-1895), que generó una revuelta que dio lugar a la renuncia del presidente Cordero en 1895. El Congreso no lo sancionó por causas en las que se le pudieran imputar razones oficiales, pero de acuerdo con lo que estipulaba la Constitución, remitió el caso a una instancia judicial. Cordero fue absuelto por la Corte Suprema de Justicia tres años después.

La Constitución de 1929 introdujo una reforma que, en principio, no parece muy significativa, pero que en la práctica tuvo efectos directos. La norma reformada, o mejor dicho «reforzada», hacía referencia a las atribuciones privativas de la Cámara de Diputados y establecía: «Examinar las acusaciones que se propusieren por sus propios miembros, por individuos particulares o por corporaciones [...] Si estimare fundadas dichas acusaciones, deberá presentarlas ante el Senado».

Hasta entonces, la Cámara de Diputados solamente podía conocer acusaciones que presentaran personas externas, por lo que la Constitución de 1929 ampliaba la capacidad de presentar acusaciones también a los propios diputados, con lo que se abrió la posibilidad de mostrarse de forma vistosa en la participación política, situación que en adelante provocó, no pocas veces, que congresistas con aspiraciones presidenciales adquieran fama política después de tener éxito en acusaciones directas al poder ejecutivo y, en consecuencia, allanar su camino a la Presidencia de la República. Mencionaremos dos casos para ilustrar esta dinámica:

El primero es el de José María Velasco Ibarra. Las elecciones de 1932 dieron el triunfo al liberal Martínez Mera, presidente que en 1933 encontraría una fuerte oposición en el Congreso Nacional. El presidente de la Cámara de Diputados, Velasco Ibarra, pidió ante el Congreso la renuncia del presidente de la República acusándolo de haber ganado las elecciones de manera fraudulenta y de haber ejercido la política internacional con ineptitud. El pedido de renuncia tuvo eco entre los congresistas, que aceptaron la moción por mayoría. Martínez Mera se negó a renunciar y obtuvo el respaldo político de su gabinete, lo que provocó que el Congreso emitiera un voto de desconfianza a los ministros de Estado, que cesaron en sus cargos. El presidente de la República nombró un nuevo gabinete y obtuvo la misma respuesta de desconfianza por el Congreso, que llegó a descalificar hasta a siete gabinetes conformados por el presidente cada vez que cesaban los anteriores. El conflicto político terminó con la destitución del presidente por parte del Senado, que lo condenó por mal manejo de la política internacional. Velasco Ibarra ganó las elecciones presidenciales de 1934.

El segundo hace referencia a la figura de León Febres Cordero, diputado nacional en el periodo 1979-1984. Febres se abanderó del caso conocido como «muñecas de trapo» —que imputaba un negociado en la adquisición de juguetes navideños para los hijos de los miembros de la Policía Nacional— contra el entonces ministro de Gobierno, que fue censurado y destituido del cargo. El caso obtuvo amplia cobertura mediática y es considerado como el hecho que catapultó a la presidencia de la República a Febres Cordero en las elecciones de 1984.

Casos como los mencionados son los que llevan a Verdugo (2009: 18) a sostener que «[...] los actores políticos han desplegado estrategias individuales de acción política para potenciar su poder de veto y lograr una posición privilegiada en el escenario de negociación tanto intraparlamentario como frente a otras funciones del Estado».

La Constitución de 1945 hacía referencia a la censura que podía realizar el Congreso a los ministros, en virtud de la cual cesaban en sus funciones y no podrían ocupar ninguna cartera de Estado durante los dos años siguientes. La Constitución de 1946 contenía una norma similar, pero especificaba que el censurado no podría volver a ser ministro durante los dos años posteriores «[...] ni en el mismo periodo presidencial».

También la Constitución de 1946 determinaba que, además de las prohibiciones y causas de responsabilidad establecidas para el presidente de la República, los ministros también eran responsables por soborno, concusión, malversación de fondos públicos, coacción indebida, negligencia o retardo en la ejecución de las leyes o decretos ejecutivos, introduciendo por primera vez en la norma constitucional delitos específicos vinculados a la corrupción.

Aprovechamos para mencionar que durante el siglo XX Ecuador tuvo dos constituciones de duración especial: la de 1938, que fue redactada por una Asamblea Constituyente pero que nunca entró en vigor porque el presidente elegido por la Asamblea decidió no promulgarla; y la de 1945, una Constitución muy ponderada por su contenido y los avances que planteaba —por ejemplo, la creación del Tribunal de Garantías Constitucionales,

primer antecedente de la actual Corte Constitucional, así como del Tribunal Supremo Electoral, órgano garante de la independencia de los procesos electorales—, pero que apenas estuvo vigente algo más de un año, debido a que el presidente, José María Velasco Ibarra —que para entonces fungía de dictador, dado que había sido colocado en el cargo tras una revuelta denominada «La Gloriosa»—, no se sentía cómodo con aquella Constitución, y cuestionaba que el texto constitucional fortaleciera varios órganos diferentes al ejecutivo, por lo que convocó a una nueva Asamblea Constituyente que redactó y aprobó la Constitución de 1946 (Vega, 1986: 120-121).

La Constitución de 1979, con la que el país retornó a la democracia, estableció la unicameralidad en el sistema parlamentario. Las dos constituciones siguientes han mantenido este modelo legislativo, que tiene su sede en el órgano inicialmente denominado Cámara Nacional de Representantes. Fue una reforma radical que implicó un cambio sustancial del modelo hasta entonces existente del enjuiciamiento político, dado que, al haber un solo órgano legislativo, terminó el sistema en el que una Cámara acusa y la otra conoce y decide.

El periodo de casi 20 años en el que estuvo vigente la Constitución de 1979 se caracterizó por la alta conflictividad y el intenso enfrentamiento entre los poderes ejecutivo y legislativo. Respecto a la norma que preveía el cese de los ministros en caso de haber sido sancionados, vale recordar un episodio de marcada prepotencia por parte del entonces presidente Febres Cordero (1984-1988) en un caso que afectaba a su ministro de Gobierno, Robles Plaza.

«Los diputados interpelantes [...] acusan a Robles Plaza de haber cometido graves violaciones a los derechos humanos. En los días previos a la interpelación, el país vive un clima de incertidumbre y miedo. Robles Plaza califica a los parlamentarios de “miserables encubridores de terroristas y narcotraficantes”. [...] Al mismo tiempo, Robles Plaza no da la cara en el Congreso. El juicio político se inicia sin su presencia [...]. Durante este proceso, el “Congreso recibe pruebas de más de 100 ejecuciones extrajudiciales, 180 casos de tortura y unos 200 casos más de violaciones de derechos humanos perpetrados por la policía desde 1984”, reseña el informe 1988 de Amnistía Internacional. Pese a las presiones de la cúpula militar y policial, el Congreso censura a Robles Plaza pero Febres Cordero se niega a acatar la resolución y lo mantiene al frente del Ministerio de Gobierno, desafiando a la mayoría de ecuatorianos que se pronuncia, en encuestas, comunicados, cartas, huelgas, manifestaciones y demandas legales, por su inmediata separación» (Tamayo, 2008: 70-71).

Robles Plaza se mantuvo en el cargo durante aproximadamente tres meses y renunció poco antes de las nuevas elecciones presidenciales. En la siguiente Constitución (1998), la redacción de la norma constitucional fue modificada en estos términos: «La censura producirá la inmediata destitución del funcionario, salvo en el caso de los ministros de Estado, cuya permanencia en el cargo corresponderá decidir al presidente de la República».

Otro hecho particular ocurrido durante la vigencia de la Constitución de 1979 fue la destitución del presidente Abdalá Bucaram, que gobernó desde agosto de 1996 hasta febrero de 1997. En los cinco escasos meses de su mandato, hubo múltiples manifestaciones de rechazo a su forma de gobernar y a la corrupción reinante. En este escenario, durante una marcha popular de gran dimensión, el Congreso Nacional votó una resolución, aprobada por mayoría simple, en la cual declaró su «incapacidad mental para gobernar». Este acto no

contó con ningún documento que pudiera sustentar la decisión legislativa. Adicionalmente, el Congreso tampoco respetó la regla de la sucesión presidencial, en virtud de la cual le correspondía ejercer la presidencia a la vicepresidenta, Rosalía Arteaga, y en su lugar nombró presidente interino, figura inexistente, al presidente del Congreso, Fabián Alarcón.

El precepto de la Constitución de 1979 que sirvió de apoyatura para la destitución del presidente Abdalá Bucaram señalaba que el presidente cesaba en el cargo, entre otras razones, por «[...] incapacidad física o mental permanente, declarada por la Cámara de Representantes». La norma no era nueva en la historia del país: las constituciones del siglo XIX ya la contemplaban, con algunas variantes pero sin cambios sustanciales. La Constitución de 1852 hacía referencia a la «[...] imposibilidad perpetua física o moral»; mientras que la Constitución de 1884 aludía a la «[...] imposibilidad física o mental declarada por el Congreso»; la Constitución de 1869 la mejoró estableciendo que la vacancia del presidente se produciría, entre otras razones, por el «[...] impedimento físico o mental que, calificado previamente por la Corte Suprema y el Consejo de Estado, inhabilite al presidente para el ejercicio de sus funciones». Por su parte, la Constitución de 1998, con el antecedente expuesto, decía: «[...] por incapacidad física o mental que le impida ejercer el cargo, legalmente comprobada y declarada por el Congreso Nacional».

La Constitución de 1998 establecía específicamente todas las autoridades contra las que el legislador podía iniciar un juicio político. Entre ellas destaca a los vocales del Tribunal Constitucional, pero no incluyó ni a los miembros de la Corte Suprema de Justicia ni a los del Consejo de la Judicatura, órganos ambos de la función judicial. No es coherente la diferencia de trato entre el Tribunal Constitucional y la función judicial, puesto que ambas instancias cumplen funciones jurisdiccionales. Tenía incluso más sentido incluir al presidente de la Corte Suprema de Justicia como cabeza del Consejo de la Judicatura, pues sus atribuciones se extendían más allá del conocimiento de procesos judiciales, por lo que habrían podido establecerse responsabilidades en sus acciones administrativas.

La Constitución de 2008 es más coherente: excluye del juicio político a la Corte Constitucional e incorpora al Consejo de la Judicatura, pero no a la Corte Nacional de Justicia. La coherencia radica en que dispensa el mismo tratamiento a dos órganos de naturaleza jurisdiccional. Adicionalmente, hay que señalar que el Consejo de la Judicatura está conformado por vocales que no tienen ninguna responsabilidad en el campo jurisdiccional, incluido su presidente, ya que sus atribuciones se ciñen únicamente al ámbito de gobierno, administración y disciplina de la función judicial.

Aunque se trata de una cuestión polémica y digna de debate, mi posición personal es que los órganos jurisdiccionales como la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional deben estar sujetos al enjuiciamiento político. Hay quienes no lo consideran así y fundamentan su toma postura en la independencia y la imparcialidad. Aunque este es, sin duda, un argumento de peso, la práctica nos demuestra que muchas veces estos órganos procedieron de forma políticamente equivocada, olvidándose incluso de respetar los procesos jurisdiccionales constitucionales y legales y fallando contra norma expresa. ¿Quién debería en estos casos activar un nivel de control que pueda poner límites a una actuación

indebida y a veces hasta abusiva? Creo que, dado el nivel de responsabilidad que tienen sus altos cargos, control político por parte del órgano legislativo es procedente.

Por otro lado, es verdad que, en este punto, y en virtud de la actuación abusiva del legislativo, la historia no me da la razón. Entre noviembre y diciembre de 2004, el Congreso Nacional cesó al Tribunal Supremo Electoral, a la Corte Suprema de Justicia y al Tribunal Constitucional —a estos últimos argumentando que sus miembros habían sido designados de forma ilegal un año y medio antes—. Adicionalmente a la cesación de sus cargos, el Congreso inició juicios políticos contra algunos de los vocales del Tribunal Constitucional. El fundamento de estos procesos fue el cuestionamiento de dos resoluciones que había emitido el órgano constitucional.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013), en conocimiento del caso, señaló: «El Derecho ecuatoriano prohibía juzgar a los vocales del Tribunal Constitucional por el contenido jurídico de sus votos y, en particular, por la inconformidad del poder legislativo con una sentencia judicial» (pár. 224). La Corte no sustenta la falta de competencia en la imposibilidad de iniciar un juicio político, sino en el hecho de que el fondo del proceso político puede afectar la independencia de poderes.

De hecho, la Corte indica que, como ha señalado anteriormente, «[...] los jueces solo pueden ser removidos por faltas de disciplina graves o incompetencia y acorde a procedimientos con debidas garantías» (pár. 200) y recuerda su jurisprudencia en el caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, en el que acepta la procedencia de un juicio político siempre que se respete el debido proceso.

Por lo expuesto, considero que es viable un juicio político contra los jueces de la Corte Constitucional siempre que en él no se valoren sus decisiones jurisdiccionales, puesto que ello atentaría a la independencia de poderes. Lo considero posible en la medida en que no existe ninguna otra forma de control externo del órgano constitucional, lo que, me parece, tampoco conjuga con la democracia, además de que no todos sus actos necesariamente descansan en sentencias —por ejemplo, realizar acuerdos políticos previos al dictado de una resolución—, lo cual puede ser valorado en un juicio político independientemente del contenido de la sentencia; y, por último, porque un juicio político que se cña al debido proceso cumple con una de las premisas básicas de procedencia.

La Constitución vigente de 2008 establece que la Asamblea Nacional podrá proceder al enjuiciamiento político por incumplimiento de las funciones que les asignan la Constitución y la ley no solo a las autoridades del ejecutivo, sino también de los otros poderes. Las constituciones ecuatorianas fueron unánimes en establecer tres poderes del Estado: ejecutivo, legislativo y judicial; únicamente la vigente Constitución de 2008 ha instaurado un nuevo modelo, que establece dos más: el electoral y el de transparencia y control social.

El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, CPCCS, como órgano de la función de transparencia y control social, ha asumido una serie de atribuciones, pero cabe mencionar de manera especial aquella que tradicionalmente correspondía al órgano legislativo: la designación de varias autoridades del Estado. Este órgano de participación ciudadana ha adquirido, pues, competencias que le otorgan gran cantidad de poder, lo

que fue cuestionado por algunos actores sociales y políticos. La controversia llevó a una consulta popular que permitía a un CPCCS transitorio evaluar y cesar a las autoridades, lo que evidentemente entraba en contradicción con la normativa constitucional del juicio político, pues se abría una posibilidad ajena a la Constitución de censura de las autoridades del Estado.

En el momento de escribir estas líneas, el CPCCS transitorio ha cesado a 27 autoridades, entre otras el Consejo de la Judicatura, el Consejo Nacional Electoral, el Tribunal Contencioso Electoral, el Defensor del Pueblo, y ha nombrado a sus sustitutos sin respetar la normativa constitucional ni legal. Incluso ha cesado a magistrados de Corte Constitucional sin que en este momento el país cuente con el órgano concentrado de control constitucional.

Este hecho nos hace pensar que, en este trabajo —en el que tanto hemos reflexionado sobre los golpes de Estado—, posiblemente dejemos pendiente el tratamiento de los golpes blandos: la toma del poder sin derramamiento de sangre a través de estrategias que aparentan respeto al Estado de Derecho como la utilización de la función judicial u otros órganos del poder público o incluso el voto popular, pero mediante procesos y fines ilegítimos que, aunque a primera vista no lo parezcan, no por ello son menos dañinos para la democracia.

Para concluir, podemos afirmar que a casi 200 años de su independencia, la democracia en Ecuador aún no se ha desprendido de sus propios poderes políticos que, una y otra vez, retornan para retomar el poder, aunque ello signifique pisotear la Constitución y el Estado de Derecho. Entonces quizás sea oportuno terminar con la siguiente reflexión de Paz y Miño (1992: 266): «Así, pues, en la historia del país los caudillos —civiles o militares— asumieron un papel providencial, considerándose hombres indispensables, capaces de imponer autoridad incluso por encima de la Constitución y las leyes».

NOTAS

1. El presidente Jaime Roldós Aguilera, el primero en el retorno a la democracia, falleció en un accidente de aviación. Aunque no ha sido judicialmente demostrado, se han encontrado sólidos indicios que permiten suponer que fue víctima de un atentado en el que estuvo directamente vinculada la CIA.
2. En menos de diez años, desde 1996 hasta 2006, Ecuador tuvo siete presidentes.
3. La Carta Democrática Interamericana fue aprobada por Asamblea General extraordinaria de la Organización de Estados Americanos, OEA, en Lima, Perú, el 11 de septiembre de 2001.
4. En mi opinión el libro más completo respecto a esta posición corresponde a Philip Agge, *Diario de la CIA, la Compañía por dentro*. Agge es un exagente de la CIA que escribió detalladamente sobre sus prácticas y muchos de los golpes de Estado que tiene a su haber en América Latina.
5. Posiblemente, el derrocamiento de Allende sea el más visible ejecutado por el denominado Plan Cóndor, que consistió en acciones militares especializadas coordinadas por los Estados Unidos de Norteamérica que combatieron a los gobiernos de izquierda y progresistas de Latinoamérica. Uno de sus puntales fue la Escuela de las Américas, del Ejército de los Estados Unidos, conocida por enseñar y promover, en nombre de la seguridad, violaciones de los derechos humanos. En ella se instruyeron miles de militares de países americanos que posteriormente alcanzaron, inclusive, el poder en sus países.

6. La primera Constitución fue unicameral, lo que cambió en las siguientes constituciones: estas establecieron un sistema bicameral que, a excepción de la Constitución de 1945 —que apenas duró un año—, se mantuvo hasta la Constitución de 1979.

BIBLIOGRAFÍA

- ALUANI, Makram (1990): *La Ciencia del Control Político*, Venezuela: Alfadil Ediciones.
- AYALA, Enrique (1992): «El Ejército Ecuatoriano en la Revolución Liberal (1895-1912)», en J. Núñez Sánchez (ed.), *Historia Política del Siglo XX*, Quito: Editora Nacional, 59-98
- BREWER-CARÍAS, Allan (2000): «América Latina: retos para la Constitución del Siglo XXI», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung A.C. y Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, CIEDLA, 13-33.
- CÓRDOVA, Gabriela (2003): *Anatomía de los golpes de Estado: la prensa en la caída de Mahuad y Bucaram*, Quito: Ediciones Abya-Yala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013): Caso Tribunal Constitucional vs. Ecuador [en línea] <<http://www.corteidh.or.cr>>. [Consulta: 30/10/2018.]
- Expreso (2013): «Carta de la Esclavitud» [en línea] <<https://www.expreso.ec>>. [Consulta: 25/09/2018.]
- GONZÁLEZ, Nicolás (s.f.): en Eloy Alfaro, *Obras Completas. Escritos Históricos*, t. IV (2012), Quito: Consejo Nacional Electoral.
- GUZZINI, Stefano (2015): «El poder en Max Weber», *Relaciones Internacionales*, 30 [en línea] <<http://www.repositorio.uam.es>>. [Consulta: 15/08/2018.]
- MONCAYO, Abelardo (1923): «Añoranzas», Quito: Talleres Tipográficos Nacionales, en Avilés, Efrén, «Carrión Dr. Jerónimo», *Enciclopedia del Ecuador* [en línea] <<http://enciclopediaelecuador.com>>. [Consulta: 26/09/2018.]
- NOGUEIRA, Humberto (2000): «Estado de Derecho, buen gobierno, gobernabilidad o gobernanza», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung A.C. y Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, CIEDLA, 35-53.
- ORTIZ, Marcelo (1995): *Origen del Poder Político en el Ecuador*, Quito: Gráficas San Pablo.
- PAZ y MIÑO, Juan (1992): «Una aproximación histórica al 'populismo' en Ecuador» en J. Núñez Sánchez (ed.), *Historia Política del Siglo XX*, Quito: Editora Nacional, 259-277
- (2000): *Cuando el oro era patrón*, Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- SALGADO, Hernán (2004): «Teoría y práctica del control político. El juicio político en la Constitución ecuatoriana», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. I, Montevideo: Konrad - Adenauer - Stiftung A.C., 381-405.
- SCHENONI, Luis Leandro (2007): «El concepto de lo político en Nicolás Maquiavelo», *Andamios. Revista de Investigación Social*, 4 (7), 207-226 [en línea] <<http://www.scielo.org.mx>>. [Consulta: 12/08/2018.]
- TAMAYO, Eduardo, (2008): *Gobierno de León Febres Cordero (1984-1988) Resistencias al autoritarismo* [en línea] <<http://www.alainet.org/publica/resistencias/>>. [Consulta: 20/10/2018.]
- VELASCO, Lisímaco (2004): *Civiles + Militares = (El hábito no hace al monje)*, Quito: Casa de la Cultura Ecuatoriana Benjamín Carrión.
- VERDUGO, Julio (2009): *El juicio político como mecanismo de fiscalización y control político en la Función Legislativa Ecuatoriana: 1978-2007*, Quito: Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional.
- VEGA, Silvia (1986): *La Gloriosa*, Quito: Editorial El Conejo.
- WEBER, Max (1964): *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva* [en línea] <<http://www.zoonpolitikonmx.files.wordpress.com>>. [Consulta: 15/08/2018.]

Fecha de recepción: 12 de febrero de 2019.

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2019.

LA RESPONSABILIDAD DEL PODER PRESIDENCIAL EN MÉXICO. UN DEBATE ACTUAL PRESIDENTIAL LIABILITY IN MEXICO. A CURRENT DEBATE

Luis Efrén Ríos Vega

*Director General de la Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila (México)*

RESUMEN

La responsabilidad presidencial en México es un debate actual. En los siglos XIX y XX, el presidente de la República ha asumido la concentración del poder sin contrapesos. En realidad, la responsabilidad del primer mandatario de la nación ha sido una norma ambigua, compleja y de imposible aplicación constitucional: a partir de su inmunidad, el presidente es impune de sus actos. Desde la etapa del México independiente (1810) hasta la era revolucionaria (1910) y constitucional (1917), el poder presidencial no ha asumido responsabilidad por sus actos arbitrarios. En la situación actual del Gobierno presidencial (2018-2024), sin embargo, se plantea la idea de establecer dos figuras constitucionales para que el presidente rinda cuentas ante el pueblo: por un lado, la revocación de su mandato por medio de una consulta popular; por otro, permitir su enjuiciamiento por cualquier delito sin necesidad de un control parlamentario hasta que exista una sentencia condenatoria. En el presente trabajo se describe los retos y desafíos a discutir de estas reformas constitucionales.

PALABRAS CLAVE

Responsabilidad oficial, poder presidencial, juicio político, inmunidad parlamentaria y fuero constitucional.

ABSTRACT

There is a current debate in Mexico regarding the presidential liability. In the XIX and XX centuries, the president of the Republic has concentrated the power without any counterpart. In fact, the responsibility of the chief executive has been an ambiguous, complex and impossible to comply constitutionally: from their immunity, the president is unpunished. Since the independence of Mexico (1810) to the revolutionary era (1910) and constitutional one (1917), the presidential power has not assumed any responsibility for their arbitrary acts. In the current presidential government (2018-2024), however, some ideas have arisen to establish two constitutional figures to ensure the presidential accountability: on the one hand, the withdrawal of their mandate through a popular consultation; on the other hand, to enable their prosecution for any crime without requiring any parliamentary control until the issue of a condemnatory sentence. In this article, challenges are described in order to discuss the aforementioned constitutional reforms.

KEY WORDS

Official responsibility, presidential power, political judgment, parliamentary immunity, constitutional privilege.

LA RESPONSABILIDAD DEL PODER PRESIDENCIAL EN MÉXICO. UN DEBATE ACTUAL

Luis Efrén Ríos Vega

Director General de la Academia Interamericana de Derechos Humanos
Universidad Autónoma de Coahuila (México)

Sumario: Introducción. 1. El debate histórico en el contexto presidencial mexicano. 1.1. La «República independiente» (1810-1910). 1.2. La «República revolucionaria e institucional» (1910-2000). 1.3. La «República de la democracia electoral» (2000-2018). 2. El debate actual de la responsabilidad presidencial. 2.1. La revocación del mandato presidencial. 2.2. La inmunidad presidencial. 3. Reflexiones finales. Notas. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En México, la figura presidencial es fundamental para entender el sistema de gobierno de su «República representativa, democrática, laica y federal»¹. En gran medida, los actos presidenciales definen la vida pública de la Federación. El poder del ejecutivo es tan relevante en la historia de nuestro país que ha significado el poder de reformar la Ley Suprema de la Unión por la sola voluntad presidencial² (Elizondo Mayer 1995; Gutiérrez y Sánchez 1995; Béjar Algazi 2012); incluso, de manera reciente el presidente actual dejó sin efectos —por escrito— la obligatoriedad de la propia Constitución por no estar de acuerdo con una parte de su contenido, sin sufrir ninguna responsabilidad³. Los poderes del presidente mexicano, por ende, son de tal envergadura que dominan la voluntad del propio constituyente reformador. La alta concentración del poder de la nación en una sola persona, el titular del «Supremo poder ejecutivo de la Unión», representa la principal característica de funcionalidad de este sistema político: una persona gana en forma personal y popular el poder (elección directa con mayoría de votos)⁵ para definir en gran medida el rumbo de un país. En ella se encarna el poder político más fuerte que le da rectoría a las instituciones de la República. Una presidencia fuerte que tiene ventajas y desventajas. Pero, independientemente de ello, la idea de que los actos presidenciales han de estar sujetos a responsabilidad es un deber constitucional, ya que implica un poder que tiende a ejercerse de manera absoluta aunque limitada temporalmente: seis años. Suficiente, sin embargo, para dominar e

imponer arbitrariamente en ese período su voluntad de gobierno por encima de los demás: el «Estado mexicano se deposita en la “Presidencia Imperial”» (Krauze, 1997) que —durante la mayor parte del siglo XX— operó bajo el sistema de una «dictadura perfecta» o del «partido de dominación hegemónica»⁶ que garantizó la «impunidad presidencial».

En cada período sexenal, la renovación de la banda presidencial transita en las últimas décadas (a veces con orden⁷, a veces de manera muy conflictiva⁸) para dar continuidad al mayor depósito del poder público que, por un lado, expresa la voluntad popular mayoritaria, pero también, por otro, alinea las facultades más significativas para gobernar el país bajo el mando de una persona (Weldon, 1997). El único límite constitucional para evitar la perpetuidad del poder es no volver a desempeñar el cargo «en ningún caso y por ningún motivo»⁹. Llegar, pues, a la Presidencia del Gobierno de México implica, sin duda, alcanzar la más alta responsabilidad política, de modo que, en clave constitucional, el ejercicio del cargo debe controlarse y limitarse de manera racional bajo la concepción del Estado de Derecho. En el siglo XXI no debe constitucionalizarse la idea del monarca presidencial, omnímodo y omnipresente.

En efecto, la presidencia mexicana es todavía una de las versiones contemporáneas de la antigua monarquía absoluta. Una sola persona es la que detenta el poder para gobernar dentro de su período, sin límites ni controles de otros poderes que lo equilibren suficientemente. «Quitarle poder al rey» es una asignatura pendiente de nuestro proceso de consolidación democrática. El abuso de las facultades presidenciales en nombre del pueblo, por tanto, se traduce en una situación que llega a poner en crisis a toda la nación por el gran poder constitucional que representa¹⁰; por ende, exige un sistema adecuado de responsabilidad presidencial que controle (política y jurídicamente) el mal gobierno sexenal. Los tiempos de la presidencia imperial deben quedar atrás para discutir los actos presidenciales sujetos a «vínculos, contrapesos y sanciones que limiten su poder político».

Desde la vida independiente a la fecha, el presidente ha sido la referencia más relevante para construir (o destruir) las instituciones de la República. En las diferentes etapas de guerra, paz o reforma del siglo XIX; o en las situaciones de inestabilidad política, crisis económica o de desarrollo en los siglos XX o XXI, el titular del poder ejecutivo ha asumido de la manera más amplia las facultades de jefe de Estado, de Gobierno y comandante de las Fuerzas Armadas¹¹. Estas jefaturas le han permitido dominar el poder. Le han facilitado, sin duda, enfrentar los problemas bajo un solo mando. El Gobierno de México depende en gran medida de una persona. En pleno siglo XXI, sin embargo, esto es inaceptable. Las etapas de la independencia o de la revolución son parte de la historia. En el contexto del mundo global, es decir, en la etapa del Estado de Derecho, este debe ser reconstruido, cuidado y fortalecido. La figura de la «presidencia responsable» es parte de la idea de un buen gobierno que hay que discutir para limitar el abuso del poder y para que la vida institucional del país no dependa de una sola persona.

En este sistema presidencial en su versión fuerte, ¿cuáles han sido o deben ser sus verdaderos contrapesos? En realidad, la historia del presidencialismo mexicano demuestra que el ejecutivo de la Unión no solo ha detentado un gran poder en su período de gobierno¹², sino que ante los abusos o excesos presidenciales no ha existido un verdadero sistema de

control para fincar alguna responsabilidad por la manera arbitraria de gobernar. El presidente ha sido impune. En gran medida, por el contexto político de reelegir a una persona o a un mismo partido; por las reglas presidenciales —no escritas— que le daban continuidad a la alta concentración del poder: cada presidente sabía —en la era del partido hegemónico— que si *perseguía* a su *antecesor* abría la posibilidad de ser *perseguido* por su *sucesor*. Existían, ciertamente, ajustes de cuentas políticas con el régimen sexenal anterior; golpes de responsabilidad política que más bien reafirmaban en todo inicio sexenal el poder presidencial, pero ningún presidente era responsable ante la nación. ¿Por qué? El propio diseño constitucional —no solo la práctica política— es una garantía idónea para asegurar una alta inmunidad a la figura presidencial: solo por traición a la patria o delitos graves puede ser llevado a juicio bajo un sistema de «responsabilidad limitada» (Arteaga Nava, 1999: 1262) que, a fin de cuentas, está controlado por el propio poder presidencial. Ningún presidente de la República ha sido llevado a juicio en serio durante su encargo en la era constitucional vigente, no obstante la arbitrariedad en el ejercicio de su poder.

A diferencia, pues, de otros sistemas de gobierno (presidenciales o parlamentarios) más consolidados en términos constitucionales —que lo son porque no dependen del poder de una sola persona—, la figura presidencial en México acumula un alto poder sin contrapesos fuertes. En realidad, su único control ha sido sus propios límites, el llamado «estilo personal de gobernar» (Cosío Villegas, 1974). En la propia teoría constitucional mexicana, incluso, han sido hasta explicables las facultades *metaconstitucionales* del presidente (Cosío Villegas, 1972; Carpizo, 1978; Serrano Migallón, 2006) para entender en la práctica el consenso que tenía el poder que iba más allá de sus atribuciones constitucionales. Los otros poderes, legislativo y judicial, no fueron capaces de ejercer verdadero control del poder presidencial¹³. En el balance general, el presidente los ha superado por su supremacía en el poder presupuestal, político y popular, aun en la era del presidencialismo débil (Crespo, 2005). Llevar, pues, a juicio a la figura presidencial por sus actos arbitrarios ha sido impensable. La idea de la «Presidencia Imperial» que, en mayor o menor medida está presente en las diferentes etapas del contexto político mexicano, ha ido evolucionado en nuestra vida constitucional. A veces más fuerte, a veces menos, pero siempre y en todo caso el ejecutivo de la nación se ha convertido en la potestad constitucional más importante por el gran efecto de dominio (positivo o negativo) que tienen para la nación las acciones presidenciales.

Sin embargo, el debate sobre la «responsabilidad presidencial» está presente hoy en la agenda política de la llamada *Cuarta Transformación* del país que encabeza el presidente Andrés Manuel López Obrador (2018-2024). En la época del régimen priista (1929-2000), por ejemplo, los expresidentes de la República asumían la regla del ostracismo político (autoexilio, destierro o silencio) para tener un retiro tranquilo: no entrometerse más allá de su sexenio. Se trataba del «respeto al sexenio ajeno es la paz», como afirmaba la clase política tradicional parafraseando a Benito Juárez. Eso les garantizaba «impunidad absoluta». Es cierto que el gran poder presidencial que detentaron les daba como quiera cierta influencia en la clase política. Pero en realidad los poderes presidenciales se asumían plenamente por su titular en su período sexenal. No más allá. En la época de la alternancia

política (2000-2018), por el contrario, los cinco expresidentes recientes (Salinas, Zedillo, Fox, Calderón y Peña) están más presentes en el debate político, por lo cual la idea de fincarles responsabilidad por sus actos de gobierno es un debate actual que se abrirá, según el presidente López Obrador, con la reforma constitucional sobre la consulta popular: ¿punto final o juicio a expresidentes? Esa será una consulta que pondrá a discutir la responsabilidad política del poder presidencial de los últimos treinta años.

Por lo tanto, la responsabilidad del cargo presidencial es un asunto pendiente en la agenda del constitucionalismo mexicano. En realidad, la doctrina tradicional (Tena Ramírez, 1981) se ocupó más de desarrollar la garantía de la inmunidad presidencial como un privilegio que le dio carta blanca. «Jugar a quitarle poder al presidente» para evitar la corrupción y la impunidad es una etapa del constitucionalismo mexicano que, desde hace más de tres décadas, apuesta por una forma de gobierno que no deposite en una sola persona el porvenir de nuestra próximas generaciones, sino que piensa en la construcción de una vida institucional que continúe al margen de la encarnación presidencial. Diseñar un nuevo modelo de responsabilidad presidencial es parte de esta tarea de reingeniería constitucional (Sartori, 2001). A fin de evitar que, como en el pasado, esta figura excepcional de control se utilice para debilitar la funcionalidad del Estado mexicano, en el nuevo entendimiento de la estabilidad gubernamental la «institución presidencial debe tener inmunidad, pero su titular no debe gozar de impunidad».

El presidente López Obrador, incluso, planteó desde su campaña la idea de un modelo diferente de responsabilidad presidencial: por un lado, el pueblo podrá revocar su mandato; por otro, podrá ser juzgado durante su encargo por cualquier delito sin necesidad del fuero. ¿En qué medida son adecuadas estas propuestas? En realidad, ¿se podrá institucionalizar una garantía de sanción de los actos arbitrarios presidenciales?, o bien, ¿este tipo de figuras a debate solo van a reafirmar el poder presidencial con un mayor peso popular que impida un adecuado control de su actuación? Hoy, por ende, la presidencia imperial puede llegar a configurar un nuevo rostro: el «presidencialismo populista» que apela a la voluntad del pueblo como la forma más legítima de no someterse a ningún control ni responsabilidad institucional; al final, el presidente hace lo que el pueblo quiere. Si el pueblo quiere enjuiciar a los expresidentes de la República, es válido exigir a los mismos la responsabilidad presidencial; si no, debe existir amnistía con punto final. ¿En qué va parar este nuevo «estilo personal de gobernar»?¹⁴. Es parte de los retos y desafíos del sistema presidencial mexicano.

En este artículo pretendo describir la situación actual de la responsabilidad presidencial en México. Me interesa realizar una breve contextualización histórica y constitucional del papel de la figura presidencial que, hasta ahora, no ha sido sometida a un verdadero sistema de responsabilidad política que implique un equilibrio real entre los poderes. Luego identificaré la agenda de discusión que se está dando en el Congreso de la Unión en torno a unas iniciativas de reformas constitucionales sobre la responsabilidad (política y legal) del presidente. Al final, expondré algunas reflexiones que sintetizan mi perspectiva sobre el tema en el contexto de las democracias latinoamericanas.

1. EL DEBATE HISTÓRICO EN EL CONTEXTO PRESIDENCIAL MEXICANO

La responsabilidad de la figura presidencial es una característica propia de la forma republicana de gobierno (González Oropeza, 2000: 231). En una «República democrática»¹⁵ (Carpizo, 2011: 1047 ss.) no solo se debe renovar el poder ejecutivo de manera periódica a través del principio de elecciones libres (contra poderes hereditarios y vitalicios), sino que su ejercicio, además, debe limitarse de manera constitucional (principio de división de poderes) para evitar la arbitrariedad (contra poderes omnímodos). En consecuencia, la responsabilidad política del cargo presidencial debe ser una garantía de «contrapeso popular» como una forma excepcional de enjuiciar, en términos de oportunidad política, los errores que den lugar a un mal gobierno presidencial. En la democracia republicana, el pueblo, que tiene el inalienable derecho a alterar o modificar su forma de gobierno¹⁶, debe tener también el derecho de revocar el mandato de su presidente elegido popularmente, bajo ciertas condiciones y límites. Ese sería el modelo coherente de la responsabilidad política en nuestro sistema presidencial. Sin embargo, nuestra constitución no define con claridad esta responsabilidad presidencial.

En efecto, en términos generales el problema de la responsabilidad política en los sistemas presidenciales, a diferencia de los parlamentarios¹⁷, reside en la fuente de su legitimidad: el pueblo es el que elige en forma directa a su presidente; *ergo*, solo el pueblo puede controlar de la misma manera su responsabilidad en clave política. La legitimidad del control político que pueden asumir el legislativo o el judicial para suspender o inhabilitar a un presidente siempre ha sido una cuestión difícil de entender en el sistema presidencial mexicano. En primer lugar, porque el Congreso no ejerce un control jurídico y, por tanto, juzgar la investidura presidencial lo va a colocar siempre en una posición de poder que en la mayoría de los casos será difícil de decidir contra el poder presidencial. En segundo lugar, porque la autoridad judicial a la que corresponda juzgar un asunto de responsabilidad presidencial en realidad no realiza ningún control político; en todo caso, su actuación implicará una responsabilidad legal. En ambos casos, la responsabilidad política se ve desnaturalizada porque, en realidad, es un tipo de control que pretende juzgar, en términos de oportunidad, la actuación presidencial por la pérdida de la confianza como razón suficiente para activar la suspensión o destitución del cargo (De la Garza Santos, 2008: 179 ss.).

Por su regulación constitucional y su práctica, esta responsabilidad política del presidente de la República ha sido ambigua, confusa e impracticable. Desde 1824 a la fecha, la responsabilidad política no ha sido entendida como un control político que permita suspender, destituir o inhabilitar a un presidente durante su encargo. En México, la idea de atribuir responsabilidad al presidente durante su sexenio ha sido prácticamente imposible.

En la historia constitucional de la responsabilidad presidencial pueden destacarse dos hechos que explican el problema actual. Por un lado, la impunidad de los actos arbitrarios es la regla general por la supremacía del poder ejecutivo, que le ha dado funcionalidad autoritaria al sistema político. Por otro, la mayor responsabilidad del presidente radica en su intromisión indebida en las elecciones¹⁸, intromisión que, en los siglos XIX y XX, dio lugar a diferentes acusaciones de fraude electoral y corrupción que nunca concluyeron en

sanción. Dicho de otra manera: el mayor poder de la «Presidencia Imperial» fue reelegirse o imponer a su sucesor con el indebido control electoral (Salceda, 1952); al final, el ataque a la democracia fue impune por la falta de juicio político contra el presidente. Por eso, el «régimen de inmunidad presidencial» se mantuvo funcional: ultrajaban las elecciones sin ninguna sanción y cometían actos de corrupción con total impunidad, incluso tras el cambio político que generó la alternancia en el poder no se pudo imputar ninguna responsabilidad por una doctrina judicial «pro presidencial de sus poderes» que, por tratarse de cuestiones políticas, los hace libres de juicio desde la tesis de Vallarta¹⁹ a la actual jurisprudencia electoral de la estricta «inmunidad presidencial» que exige estándares muy elevados para reprochar al presidente una responsabilidad electoral.

Pues bien, desde el constitucionalismo de 1824 a la fecha existen tres etapas cuya descripción es necesaria para entender la responsabilidad política del presidente y que, sin duda, están claramente diferenciadas entre sí por el contexto político que se desarrolló durante estos dos siglos. El inicio de la «República independiente» (1810-1910), el de la «revolución-constitución» (1910-2000) y el de la «democracia electoral» (2000-2018). En cada una de ellas la característica común es la misma: el presidente de México no ha sido sujeto de responsabilidad (política o legal) por sus posibles actos arbitrarios de gobierno. El abuso presidencial, sin embargo, sí ha tenido una sanción: el exilio o el destierro. Es una pena *de facto* que la propia práctica del sistema presidencial ha impuesto a los presidentes que, sin ser juzgados en forma debida, han sido expulsados del país. Pero, ¿qué ha pasado con la responsabilidad presidencial en la historia del constitucionalismo mexicano?

1.1. LA «REPÚBLICA INDEPENDIENTE» (1810-1910)

En el «México independiente», la concentración del poder presidencial a través de la primacía de su reelección dictatorial en un contexto de guerra e inestabilidad política fue un signo distintivo. Se requería, sin lugar a dudas, un presidente fuerte que constituyera la República y enfrentara, además, los conflictos (internos y externos) de ingobernabilidad: invasiones, guerras, conspiraciones, golpes de Estado. El presidente, por ende, era un militar o caudillo que exigía un gran poder presidencial.

En primer lugar, durante la primera mitad del siglo XIX, la figura de Antonio López de Santa Anna fue clave para ocupar la presidencia en diversas ocasiones, por lo que ejerció un poder en gran medida dictatorial. Fue presidente electo (1833, 1843 y 1847), una vez presidente provisional (marzo-junio de 1839) y dos veces dictador (1841-1843 y 1853-1855). En 1844, sin embargo, fue desaforado por el poder legislativo y el poder judicial. En este contexto histórico y político, en el que se enmarcan las primeras dos Constituciones mexicanas (1824 y 1857), la figura del ejecutivo desborda por completo los cauces constitucionales. Las constantes amenazas que enfrentó la recién nacida República mexicana exigían un liderazgo militar incluso heroico. La inestabilidad política era evidente. En forma interna, las constantes amenazas de las élites políticas se concretaron en una serie de conjuras de sectores conservadores que buscaban constantemente romper el orden constitucional. Por otra parte, España, Estados Unidos y Francia representaban

una serie de amenazas que ponían en riesgo a la nación. El intento de reconquista española en 1829 (exitosamente repelida por Santa Anna); la guerra de Texas entre octubre de 1835 y 1836; la primera invasión por parte de Francia (entre 1838 y 1839); la guerra contra Estados Unidos de 1846 a 1848; y la segunda invasión del Imperio francés ordenada por Napoleón III (1862 a 1867), constituyeron amenazas externas que demandaban un poder ejecutivo con una gran capacidad de mando. La figura de Santa Anna, principalmente, representó el liderazgo de héroe nacional que le permitió detentar en gran medida el poder presidencial. El castigo a sus excesos: el exilio. La «sacralidad del ejecutivo», por tanto, expresó la irresponsabilidad total como sello principal de la actuación de Santa Anna (Arteaga Nava, 1999: 1262).

En la segunda mitad del siglo XIX, la concentración del poder presidencial volvió a ser el signo imperante. Con la restauración de la República (1867), la nación exigía de nuevo a un poder ejecutivo fuerte que permitiera la consolidación del frágil Estado mexicano. Este contexto explica en gran medida por qué, entre 1857 y 1911, el país fue gobernado por dos presidencias: la de Benito Juárez (1857 a 1872) y la de Porfirio Díaz (1876 a 1911), con los períodos intermedios de cuatro años de Lerdo de Tejada (1872 a 1876) y de Manuel González Flores (1880 a 1884). En este caso, el abuso presidencial de Porfirio Díaz generó una revolución. Ese fue su juicio: ser derrocado y desterrado.

Durante este período (independentista y de reforma) del régimen presidencial, la responsabilidad política del poder ejecutivo inicia en 1824 con el Acta Constitutiva de la Federación. La práctica, sin embargo, implicó una serie de abusos debido al contexto de inestabilidad. Las disputas políticas facciosas de la época eran motivo de acusaciones contra el presidente en turno. Hubo una instrumentación política de esta figura para desestabilizar las gestiones presidenciales mediante la acusación de secretarios y gobernadores. En esta Constitución Federal se implementaba un procedimiento de responsabilidad complejo. El Congreso era el órgano investigador y acusador y correspondía a la Suprema Corte de Justicia decidir la culpabilidad. En todo caso, la Cámara ante la cual se hacía la acusación se erigía en gran jurado, y para declarar la suspensión del cargo presidencial y ponerlo a disposición de la Corte se requería una mayoría calificada de las dos terceras partes de los presentes²⁰. Posteriormente, la Constitución de 1857 denomina delitos oficiales a la responsabilidad política, con lo cual se establece que el Congreso de la Unión (entonces unicameral) actuaría como jurado de acusación encargado de investigar y declarar la culpabilidad del funcionario por infracción de la Constitución y leyes federales por mayoría absoluta de votos. Como el Congreso definía la culpabilidad, el funcionario condenado era separado del cargo y sometido inmediatamente a la jurisdicción de la Suprema Corte para la aplicación de la sanción respectiva, aprobada por mayoría absoluta. Hasta 1870 no se aprobó la primera ley del Congreso sobre delitos oficiales de los altos funcionarios de la Federación. Hasta 1900, la Suprema Corte poseía la facultad de investigar los delitos a través de un fiscal. En esta etapa que rige el constitucionalismo de 1857 se presentaron una serie de juicios políticos contra secretarios de Estado y gobernadores. La doctrina de la Suprema Corte desarrollada principalmente por el ministro Ignacio Vallarta es, sin duda, la más importante para revisar la responsabilidad oficial en cuestiones políticas. No existió

la práctica de sancionar la responsabilidad política del presidente (o sus altos funcionarios) por sus ataques a la democracia.

El signo de esta época fue, por tanto, utilizar la responsabilidad de los funcionarios públicos como una forma de desestabilizar la gestión del poder ejecutivo, por lo que, en realidad, no constituía una forma de control adecuada, sino una vía de presión o de desestabilización política. Benito Juárez o Porfirio Díaz, sin embargo, no fueron enjuiciados. Pero sí hay precedentes de la Corte en los que se revisó la procedencia o no de los juicios de responsabilidad contra altos funcionarios. El único que fue objeto de una acusación de corrupción fue el expresidente Manuel del Refugio González Flores, pero como parte del abuso de Porfirio Díaz para controlar su lucha por el poder de ser reelecto (Bulnes 1920).

En síntesis, la cuestión de la responsabilidad política se discute en sede judicial. En gran medida, para revisar asuntos electorales o de conflictos internos en los estados. La doctrina de la «inmunidad presidencial», a mi juicio, comienza aquí: a partir de diferentes cuestiones de legitimidad que se discutieron en el caso de Jalisco, la Corte hace prevalecer las ideas del entonces diputado Vallarta basadas en el precedente norteamericano *Luther vs. Borden* [1849] para no revisar los actos de las autoridades, porque son cuestiones políticas que no deben ser juzgadas en estricto Derecho (González Oropeza, 2000: 243ss.). Luego, en la Corte impondría su tesis de la competencia de origen para no revisar las cuestiones electorales que eran parte de las responsabilidades presidenciales para mantener su dictadura presidencial. Al proscribirse la revisión judicial de esos actos, el presidente se hizo inmune contra todo posible juicio en su contra. Al final se garantizó la impunidad²¹.

1.2. LA «REPÚBLICA REVOLUCIONARIA E INSTITUCIONAL» (1910-2000)

En la segunda etapa del régimen presidencial, la de la «revolución institucional» (1910-2000), la responsabilidad presidencial es prácticamente letra muerta. El dominio de la Presidencia sin responsabilidad se explica por la consolidación de la «Presidencia Imperial» y, sin duda, es parte de su funcionamiento autoritario²².

En primer lugar, la etapa posrevolucionaria (1917-1929) se caracterizó por la permanente inestabilidad de la silla presidencial. Los principales liderazgos revolucionarios se disputaron el poder en medio de traiciones y asesinatos. No había tiempo para llevar a juicio a los presidentes que eran asesinados antes de concluir su mandato. Hasta la fundación del llamado Partido Revolucionario Institucional (1929) no se creó el modelo de la denominada «dictadura perfecta»: la regla de oro garantizaba la impunidad de la figura presidencial. Por encima de los excesos presidenciales, existía la protección institucional para que el presidente continuara en el poder sin responsabilizarle por sus abusos. En ese sentido, el presidente goza de una inmunidad absoluta que pretende conferir una gran estabilidad al ejercicio del poder. Se trata del periodo de más de setenta años de mandato de un solo partido hegemónico bajo la sucesión presidencial priista (1929-2000). Cada presidente elegía a su sucesor: no solo tenía el poder más absoluto durante su sexenio y fijaba la reformas

constitucionales que imprimían sello propio a su sexenio, sino que además detentaba el poder de elegir al presidente. No había, pues, ninguna responsabilidad política.

Pero los excesos presidenciales por el fraude electoral, justamente, dieron lugar a una serie de cambios constitucionales que tuvieron por objeto garantizar elecciones democráticas. En efecto, la historia del cambio político (Cárdenas Gracia, 1994; Cansino, 2000) demuestra que la primera cuestión de la democracia electoral fue el «fraude electoral»²³. El Gobierno presidencial manipulaba la conformación de la voluntad popular a través del control gubernamental que no estaba sujeto a procedimientos confiables para autenticar el sufragio. Las elecciones no eran limpias ni dignas. La cuestión de la legitimidad electoral escenificó la lucha democrática: conflictos postelectorales que en gran medida provocaron inestabilidad, polarización y violencia en la sociedad. El objetivo del movimiento democrático era uno: que el voto contara y se respetara de manera veraz, porque desde el porfiriato (1876-1911) hasta el régimen priista (1929-2000) la clase política dominante consolidó la «regla de la elección simulada»: ganaba el que contaba los votos, no el que tenía más. El fraude electoral se institucionalizó en gran parte del siglo XX: el neoporfirismo electoral²⁴.

Nuestro sistema de gobierno calificaba pues en las cínicas y supuestas democracias de persona única (Porfirio Díaz) o partido único (Partido Revolucionario Institucional²⁵) que suelen otorgar escrupulosamente a cada ciudadano un voto, y solo uno, [para esa persona] o ese partido (Dworkin, 2003: 210). No cabe duda de que la versión más acabada de este régimen antidemocrático lo constituyó el modelo del «partido hegemónico» (Sartori, 2000: 279 ss.), la llamada «dictadura perfecta», en la que el presidente entrante era designado por el presidente saliente²⁶: ni la elección ni el elector importaban porque el sistema presidencial era tan fuerte que podía imponerse aun en contra de la voluntad mayoritaria y luego, por supuesto, lograr los consensos de legitimación necesarios para cada período gubernamental. El problema de nuestra democracia tiene entonces su origen en el fraude del «sufragio efectivo»: primero por la reelección de una sola persona, y luego por la reelección de un solo partido, que se mantenía el poder mediante la misma cláusula antidemocrática: contar los votos a su favor y, cuando era necesario, de manera fraudulenta. El diagnóstico, por tanto, era muy claro: la falta de comicios auténticos que permitieran una expresión libre de la voluntad popular desencadenó una revolución (1910)²⁷, pero luego esa misma falta de legitimidad causó la «caída del sistema»²⁸ postrevolucionario que encarnaba el PRI, un proceso gradual de transición política que concluyó en la alternancia del poder (1977-2000).

Desde luego, esta cuestión original, la organización fraudulenta de las elecciones, implicó una primera temática en la transición: el problema de diseñar la garantía procedimental de la regla de la mayoría a prueba de este tipo de fraudes. Es decir, el sufragio debe ser escrutado de manera auténtica, sin error ni dolo de por medio: en una democracia, el voto contará y se computará de manera objetiva e imparcial. Se trataba de garantizar la autenticidad del sufragio que se rige por la ley de los números: el que tiene la mayoría de votos, gana. La solución, por ende, se centró en la construcción de un procedimiento confiable para hacer el cómputo de los votos.

Este problema se resolvió, ante todo, colmando las insuficiencias institucionales y resolviendo los temas claves (credencial para votar, el órgano electoral autónomo y garantía de la justicia electoral) a fin de asegurar la certeza y veracidad del sufragio. Las nuevas reglas electorales, en efecto, se pactaron, diseñaron y blindaron a través de una serie de reformas constitucionales (1988-2007) que crearon un nuevo andamiaje institucional para la República: uno de los sistemas electorales más especializados tanto para organizar elecciones como para resolver sus conflictos. La finalidad era obvia: desterrar la vieja práctica porfiriana que hizo suya el PRI al predicar la fórmula del fraude electoral: «El que cuenta los votos, gana la elección».

En este contexto presidencial, ¿cómo se explica el juicio político? A efectos constitucionales, y bajo la idea de la renovación moral, el presidente Miguel de la Madrid plantea una reforma constitucional (1982) que, por primera vez, distingue los diferentes tipos de responsabilidades de los funcionarios públicos: política, penal, administrativa y civil; la responsabilidad patrimonial no se introdujo hasta la reforma de 2002. La responsabilidad presidencial se rige por un principio de casos limitados: durante su encargo, solo puede ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común sobre los que corresponde decidir a la Cámara de Senadores. El juicio político solo procede contra secretarios o directores generales de la Administración Pública descentralizada o paraestatal²⁹. En esta época, el juicio político fue, en realidad, un instrumento más del poder presidencial para perseguir a los adversarios políticos que desafiaban el sistema.

1.3. LA «REPÚBLICA DE LA DEMOCRACIA ELECTORAL» (2000-2018)

La tercer etapa de responsabilidad presidencial está marcada por el régimen de la alternancia política garantizada por las instituciones de la democracia (2000-2018). La elección presidencial de 2000 generó la primera alternancia partidista. Los cambios electorales provocaron cambios presidenciales. Debido a que han accedido al poder en un marco de elecciones libres, competidas y polémicas, los presidentes de los últimos tres sexenios han ejercido el poder de una manera diferente, con mayores límites y controles. Pero al final, sus actos arbitrarios han quedado también en total impunidad.

Este contexto se explica porque el régimen presidencial se encontró con un Congreso dividido y con una integración política compuesta por una pluralidad de partidos políticos en los Gobiernos federal, estatales y municipales (Crespo, 2005). Los mandatos de los presidentes Fox y Calderón fueron, por ejemplo, los primeros en los que los presidentes dejaron de tener un poder político hegemónico: dejaron de hacer los informes presidenciales, carecían de mayorías parlamentarias y gobernadores afines a su proyecto político, por lo que sus poderes metaconstitucionales dejaron de funcionar.

En efecto, el presidente de la alternancia política dejó de tener el poder de designar a su sucesor, pero el poder presidencial se transformó nuevamente en esa mala práctica de la historia mexicana consistente en tratar de influir en la elección. En la primera sucesión de la alternancia partidista, ciertamente, el uso del poder generó la primera responsabilidad de la figura presidencial. El caso *López Obrador* [2005] supuso la persecución penal del o-

sitor para descalificarlo de la contienda presidencial por un delito fabricado o inexistente (Cárdenas Gracia, 2006). El 7 de abril de 2005, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión decidió por mayoría declarar procedente el inicio del proceso penal contra el entonces jefe de Gobierno del Distrito Federal, Andrés Manuel López Obrador³⁰. En esa declaratoria, previa a cualquier juicio penal, se restringió de plano el derecho político de ser electo en su vertiente de seguir manteniendo las prerrogativas inherentes del cargo popular³¹, y dio lugar, en consecuencia, a la posibilidad de que al inculpado se le pudieran suspender la totalidad de sus derechos ciudadanos por el dictado de un auto de formal prisión. No me interesa discutir el fondo del caso *López Obrador*, es decir, si era delito o no el supuesto incumplimiento como autoridad responsable de una suspensión de amparo en el caso *El Encino*. Lo que sí, en cambio, me parece relevante destacar es que este asunto explica la primera responsabilidad presidencial juzgada.

La elección presidencial de 2006 ha sido la más polémica de los últimos años. En ella, el expresidente Fox, a partir de un acuerdo de neutralidad que el órgano electoral le comunicó y de una suspensión de propaganda gubernamental que la Suprema Corte decretó, debía abstenerse de expresar una serie de declaraciones contra el candidato opositor López Obrador, así como de hacer uso de ciertos recursos públicos para no entrometerse en la campaña. No lo hizo. Es más, su participación fue muy activa, a grado tal que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) señaló que su actuación puso en riesgo «la validez de los comicios»³². ¿Se le aplicó una sanción? No. Más allá de la validez de la elección, la violación cometida por el presidente, ni siquiera se sanciona. Fue impune su indebida actuación en la intromisión de los comicios presidenciales.

En el período presidencial de Calderón, por otra parte, la responsabilidad presidencial se juzga bajo la doctrina «pro inmunidad»: el presidente difícilmente es responsable de sus actos de intromisión en procesos electorales. En primer lugar, el caso *Calderón* [2009, 2010 y 2012] es relevante para entender la doctrina electoral de la inmunidad presidencial. Veamos:

En el contexto de la elección federal legislativa (2009), se presentó una denuncia contra el presidente de la República por la presunta contratación y/o adquisición de tiempos en radio y tv, derivada de la difusión de un promocional de la revista *Vértigo*³³, transmitido en televisión abierta, en pleno proceso electoral (29 y 30 de junio y 1 de julio) y que, además, hacía alusión a la imagen y logros del presidente en materia de seguridad y combate al crimen organizado, cuyo contenido era similar al que el partido oficial, Acción Nacional, transmitía como propaganda electoral dentro de sus tiempos de radio y tv durante la etapa de campaña. La autoridad electoral determinó que en los promocionales no se identificaba al partido del Gobierno ni su logo, y que tampoco se resaltaban la plataforma electoral de dicho partido político de cara al proceso electoral en curso, sino que la difusión de los promocionales obedeció a una genuina actividad periodística amparada en las libertades de expresión, información y trabajo. El TEPJF, por su parte, determinó confirmar la resolución en razón de que la inclusión de la imagen del titular del Ejecutivo guardaba una relación estrecha entre la información contenida en la revista y el contenido del promocional

denunciado, por lo que no se advertía que su contenido tuviera por objeto la promoción de la imagen del presidente de manera aislada, independiente del reportaje correspondiente y sin ninguna relación, en tema y contenido³⁴.

Posteriormente, en pleno proceso electoral (2010), el presidente de la República, Felipe Calderón, dirigió un mensaje a la nación mediante el sistema denominado «cadena nacional» relacionado con el tema de la seguridad pública y el crimen organizado³⁵. Dos semanas después, el presidente Calderón pronunció otro discurso en ocasión de un evento denominado «Facilidades administrativas en materia de simplificación tributaria», donde trató temas relacionados con la publicación del Decreto en el que se «Otorgan facilidades administrativas en materia de simplificación tributaria». Finalmente, el 1 de julio, previa convocatoria, el titular del poder ejecutivo federal ofreció una conferencia de prensa donde abordó asuntos en materia laboral y generación de empleos. Todos estos mensajes fueron difundidos por diversos medios de comunicación con la inclusión de aquellas entidades federativas que se encontraban en pleno proceso electoral local (14 entidades federativas). El Partido Revolucionario Institucional (PRI) presentó una denuncia de hechos contra Felipe Calderón Hinojosa en su calidad de titular del poder ejecutivo federal ante el Consejo General del Instituto Federal Electoral (IFE), cuya competencia para conocer y resolver las quejas que pudieran plantearse contra el presidente de la República en la comisión de conductas contrarias a la prohibición de difundir propaganda gubernamental en los medios de comunicación social durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales y locales y hasta la conclusión de la respectiva jornada comicial. El TEPJF, por su parte, absolvió al presidente por falta de sanción prevista en la ley. Por un lado, estableció que la inmunidad presidencial significa que el titular del ejecutivo federal no pueda ser reconvenido por ciertos hechos («solo por traición a la patria y delitos graves del orden común») en ejercicio de sus funciones y durante el mandato. El objetivo es evitar obstrucciones a su actuación regular durante el mismo³⁶. Esta inmunidad presidencial, empero, no exime al presidente de responsabilidad, pero la misma está determinada «como una responsabilidad electoral de base constitucional y configuración legal»³⁷. Ahora bien, en el caso ni la Constitución ni la ley electoral preveían un catálogo de sanciones a imponer al presidente de la República por difundir propaganda gubernamental en tiempo prohibido, por lo que, en interpretación estricta, como si fuese un delito, no debía aplicarse analogía ni mayoría de razón para imponerle una sanción. Es decir, el presidente es tratado como una persona con derechos fundamentales que, aunque viola la Constitución en forma directa, es impune porque no hay una sanción expresa en la ley.

Finalmente, en el contexto de la elección presidencial (2012) se presentó nuevamente una denuncia contra el presidente de la República por haberse promocionado de manera personalizada a través de la distribución de 72.400 cartas en las que felicitaba personalmente a los ganadores de créditos hipotecarios³⁸. En primera instancia, el entonces Instituto Federal Electoral concluyó que el procedimiento especial sancionador era fundado, dado que el contenido de la carta constituía propaganda gubernamental, al señalar cifras y acciones desplegadas durante su Gobierno en materia de vivienda que implicaron la promoción

de obras públicas realizadas durante su mandato. Por tanto, al haber sido distribuidas las cartas con dinero público durante el transcurso del proceso electoral, se infringió el principio imparcialidad en la utilización de los recursos públicos por parte de los entes gubernamentales denunciados. Sin embargo, el TEPJF, revocó la resolución prevista porque concluyó que el contenido de la carta enviada a los derechohabientes no tenía el propósito de promocionar la imagen del presidente, sino que su objetivo real era únicamente informar de la fecha límite que tenían los ganadores de los créditos para ejercer formalmente los mismos, con independencia de que la carta tuviera el nombre y la firma del servidor público denunciado³⁹.

Pues bien, la doctrina judicial de la responsabilidad presidencial en materia electoral parte de la base de que el titular del ejecutivo, por la naturaleza de su cargo y como primer garante del orden constitucional, tiene el *deber de cuidar* que sus comunicaciones (orales u escritas) o incluso el desarrollo de sus funciones no contengan elementos que puedan influir en las preferencias electorales o en la opinión pública, a favor o en contra de determinada opción política, durante el normal transcurso de los procesos electorales, razón por la que debe ser *particularmente escrupuloso* con la información gubernamental que transmite a los medios de comunicación social para su posterior difusión. Dicho deber de cuidado prevé una *directriz de medida o autocontención*, entendida como un *principio rector del servicio público* según el cual en el contexto de los procesos electorales constituye un elemento esencial para la conservación y protección de los principios de equidad e imparcialidad, pues impide la realización de actos que, en simple apariencia, encuentran apoyo en una norma, pero en realidad generan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico (*ilícitos atípicos*). En este sentido, dado que el presidente de la República es un recurso humano cúspide de la pirámide gubernamental, debe ser considerado como un recurso público cuyo ejercicio debe ajustarse a los principios de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficacia⁴⁰. No obstante, en todos los casos señalados prevaleció la falta de responsabilidad de la figura presidencial, sobre todo por una tendencia interpretativa muy estricta que exige estándares muy altos para configurar la responsabilidad presidencial.

En suma, las elecciones presidenciales de la alternancia política (2000, 2006, 2012 y 2018) han garantizado la renovación de la banda presidencial en diferentes partidos políticos. Hoy nadie puede afirmar que la democracia electoral no garantiza la alternancia de todos los tres partidos más fuertes (de derecha, de centro y de izquierda). Pero este cambio electoral todavía no ha generado una transformación constitucional en la responsabilidad presidencial, a pesar de que existe una doctrina de jurisprudencia electoral que ha avanzado en discutir la configuración de los ataques a la democracia por parte del presidente en el contexto electoral. Ahora bien, el actual presidente ha sumido un nuevo discurso político. Esa es la ventaja: colocar en el debate el tema a partir de la propia propuesta presidencial: juzgar al presidente sin fuero y durante su encargo por cualquier delito (actos de corrupción, delitos electorales, entre otros) y celebrar, además, una consulta de revocación popular, a la mitad de su período, sobre el mandato presidencial. Ese es el debate actual.

2. EL DEBATE ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PRESIDENCIAL

En el contexto de la elección presidencial de 2018, el debate sobre la responsabilidad presidencial formó parte esencial de la campaña del presidente López Obrador. En ella se plantearon diferentes propuestas que, al menos en el discurso, plantean un cambio radical del poder presidencial: «No habrá impunidad, fueros ni privilegios» y «habrá una consulta para preguntarle a los mexicanos si continúa en la presidencia o no»⁴¹.

Estas dos ideas configuran el debate actual sobre la responsabilidad de la figura presidencial.

2.1. LA REVOCACIÓN DEL MANDATO PRESIDENCIAL

En la etapa de la transición política (2000-2018) y en el marco de un mayor pluralismo político, algunas entidades federativas comenzaron a desarrollar su constitucionalismo local a fin de incorporar una serie de instituciones diferentes a las federales para definir su régimen interior. La idea de establecer la «revocación del mandato» como una consulta popular para decidir si un representante electo (gobernador, alcaldes o diputados locales) puede ser destituido de su cargo por el voto de la mayoría del pueblo, planteó una serie de cuestiones constitucionales. Por un lado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación fijó jurisprudencia firme en el sentido de que la revocación del mandato es inconstitucional por prever un tipo de responsabilidad que no está contemplado por la Constitución⁴²; por otro, recientemente la Corte no siguió este precedente en el caso *Distrito Federal* [2017]⁴³ porque, con base en la concepción de la democracia directa como complementaria de la representativa, no declaró la invalidez de la norma por falta de votación calificada.

Pues bien, el debate de la revocación del mandato tiene ahora su lugar en sede legislativa por la iniciativa de reforma constitucional presentada por Morena, partido político del presidente. En efecto, la iniciativa⁴⁴ aprobada en la Cámara de Diputados incluye los siguientes puntos:

i) Establece el derecho de votar en las consultas sobre revocación del mandato para destituir a los representantes de elección popular en la jornada de las elecciones intermedias o cuando lo soliciten los ciudadanos y haya transcurrido, al menos, la mitad de la gestión.

ii) La revocación del mandato presidencial será convocada por el Congreso de la Unión a petición de: *a)* el presidente de la República; *b)* el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes de cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión; y *c)* la ciudadanía en un número equivalente, al menos, al tres por ciento de los inscritos en la lista nominal de electores.

iii) Este proceso se solicitará durante el primer periodo ordinario del segundo año de la Legislatura. La votación se realizará el mismo día de la jornada electoral federal (elección intermedia).

iv) La revocación de mandato será vinculante siempre que concurra a votar al menos el cuarenta por ciento de los inscritos en la lista nominal de electores.

v) Los sujetos a quienes sería aplicable la revocación de mandato mediante consulta ciudadana son: el presidente de la República, los diputados federales, senadores, gobernadores de las entidades federativas, diputados locales, los integrantes de los ayuntamientos, el jefe de Gobierno de la Ciudad de México y los integrantes de las alcaldías.

vi) El Instituto Nacional Electoral será el encargado de verificar las solicitudes de revocación de mandato y organizará y calificará las consultas de revocación de mandato.

vii) Para el caso local, las constituciones estatales podrán establecer que se realice el proceso de revocación del mandato del gobernador.

En el debate parlamentario celebrado en la Cámara de Diputados destaca, por un lado, la defensa de la revocación del mandato como una garantía de rendición de cuentas ante el pueblo: el poder presidencial debe someterse a la voluntad popular. Por el contrario, la oposición argumenta que la propuesta es una simulación porque la revocación del mandato debe ser un derecho de la ciudadanía y no una prerrogativa del presidente, es decir, la revocación es una figura para controlar el poder y no un instrumento para reafirmar la popularidad presidencial en una elección intermedia⁴⁵.

Una aclaración final. Es una reforma constitucional que aún no ha sido aprobada por el constituyente reformador. En el Senado de la República, la Comisión de Puntos Constitucionales aprobó, con el voto de los partidos de oposición (PRI, PAN, MC, PRD), negar la aprobación en sus términos de la minuta enviada por la Cámara de Diputados⁴⁶. En el ámbito del sector empresarial, la Coparmex también expresó su rechazo diciendo que se trata de una «jugada tramposa» con el objetivo de incluir al presidente en la boleta de la elección intermedia, mientras permanece en funciones, y también denunció que ello podría abrir la puerta para conseguir una nueva confirmación del mandato al término del sexenio. Por su parte, el presidente López Obrador reafirmó que, aun cuando no se apruebe la reforma, él va a someterse a una consulta popular para decidir si continúa o no⁴⁷. Incluso, suscribió un compromiso de no reelección frente a los cuestionamientos de la oposición, pero insistió en su compromiso de consultar a la ciudadanía su revocación del mandato⁴⁸. El 12 de junio de 2019, la Comisión Permanente del Congreso aprobó un segundo período extraordinario de sesiones en el Senado para la discusión de varios temas, entre los que destacan la reforma sobre la revocación de mandato. El debate se ha abierto incluso a una serie de foros con expertos e instituciones para discutir el tema como parte de la reforma electoral⁴⁹.

2.2. LA INMUNIDAD PRESIDENCIAL

En México, la inmunidad de los altos funcionarios es una figura controvertida por dos razones. Por un lado, se abusa, por un lado, frecuentemente del fuero para proteger la corrupción política y, por otro, la norma que lo regula es vaga e imprecisa, lo cual sin duda abona a la interpretación favorable de lo que se pretende evitar: la impunidad de los altos funcionarios (Artega Nava, 1999: 1271 ss.).

Políticos sin escrúpulos y privilegios leídos en forma extensiva son, pues, el binomio de la desnaturalización de una garantía institucional del cargo público representativo que, en principio, es aceptable en la medida en que trate de equilibrar dos finalidades a tutelar: el ejercicio libre de la representación sin favorecer la corrupción política. El privilegio del cargo oficial es una cuestión controvertida en las democracias actuales (Martínez Sospedra, 2004): plantea un problema de igualdad (Martín de Llano, 2006) que hay que resolver mediante una interpretación estricta y justificada de la diferencia de trato a favor de los altos funcionarios que, excepcionalmente, enfrentan acusaciones artificiosas que pretenden impedir el ejercicio libre de la representación política (Treves, 1973: 116). La finalidad del fuero constitucional, por tanto, radica en evitar presiones indebidas sobre los miembros del Parlamento durante el ejercicio de su mandato popular (Loewenstein, 1979: 256 ss.). No por ello es una figura que presenta problemas fundamentales que pueden deteriorar el gobierno representativo, no obstante la larga tradición constitucional que desde Inglaterra y en las constituciones americanas existe para proteger al representante del castigo penal durante su mandato popular (Chafetz, 2007: 207ss.), tradición que se ha trasladado a la mayoría de las democracias constitucionales bajo diferentes matices y particularidades a partir de dos modelos generalmente aceptados que regulan la autorización o no de la Asamblea Legislativa para perseguir a los parlamentarios por ciertos delitos (Wigley, 2003: 25).

En primer lugar, el problema del abuso del fuero por parte de la clase política causa el descrédito de la representación en México. El caso *Romero* [2006], por ejemplo, es simbólico porque pone en evidencia la finalidad de lograr la impunidad mediante un mal uso del fuero: tener inmunidad para evitar las acusaciones de delitos que no tienen relación alguna con el ejercicio libre del cargo porque se cometieron antes de una elección, por lo que el privilegio parlamentario puede llegar a ser un premio a la impunidad: cometer el delito para llegar al poder y luego, por supuesto, ser recompensado por su clase política para buscar la protección de conductas reprochables que no merecen la tutela de la inmunidad política: el que financia campañas ilegales con dinero público, en efecto, no merece las prerrogativas parlamentarias que emanan del mandato de las urnas porque traiciona la voluntad popular. En el caso citado, no se trataba, pues, de la injusticia de dejar fuera a un candidato de la oposición por la persecución penal del opositor para descalificarlo de la contienda electoral por un delito fabricado o inexistente; el problema era que el sistema electoral permitiera la postulación de candidatos que pretenden eludir la acción de la justicia con el fuero parlamentario. Carlos Alberto Romero Deschamps, líder sindical que había sido acusado por el desvío de recursos públicos a la campaña presidencial del PRI en el caso *Pemexgate* [2002] y que, además, dio motivo a una de las multas más fuertes que se han impuesto a un partido en México (1.000 millones de pesos), fue amparado por la inexistencia del riesgo para el interés público por estar sujeto a un auto de formal procesamiento. Dicha persona obtuvo una suspensión de amparo en contra de la baja del padrón electoral causada por la formal prisión dictada en su contra. Ello fue debido a que, aun cuando había sido suspendida su credencial para votar por la causa penal, fue a sacar una nueva con su nombre completo para evitar la restricción de su derecho a ser votado y, mediante esta maniobra en fraude de ley, consiguió registrarse de nuevo como elector y participar como candidato a senador por la vía plurinominal por la Coalición Alianza por

México en las elecciones federales de 2006. La lectura política era obvia: el líder sindical necesitaba el fuero legislativo para evitar el proceso penal en su contra por el *Pemexgate*, objetivo que lograría mediante la postulación del cargo popular por la vía de la lista plurinominal que su partido presentaría en las elecciones (Cárdenas Gracia, 2005). Esto es: la norma de la presunción de inocencia permitiría que a alguien no se le pudiera seguir un juicio penal mientras conservara su fuero parlamentario.

En segundo lugar, el fuero legislativo es una figura complicada porque, como requisito de procedibilidad para una orden de aprehensión, es una norma difícil de aplicar debido a su deficiente regulación e imprecisión. Desde 1984 a la fecha, se han presentado un sinnúmero de iniciativas legislativas para tratar de regular con mayor precisión la inmunidad parlamentaria: un tema recurrente, por ejemplo, radica en la acotación del fuero a delitos graves⁵⁰. En la reforma política [2010], el PRI, el PAN y el PRD vuelven a retomar el tema para reformar la figura del fuero: uno para pretender un control judicial en lugar de la autorización política; los otros, para eliminar de plano el fuero en materia penal. En todas estas propuestas el discurso político coincide en mayor o menor medida en la necesidad de modificar los privilegios parlamentarios (fuero e inviolabilidad de libertad de expresión) para evitar que la inmunidad se convierta en impunidad. Lo más problemático, empero, radica en las diferentes lecturas, extensivas o restrictivas, de que la norma puede ser objeto a la hora de resolver una controversia concreta.

En el debate actual, y como parte del discurso de campaña del presidente López Obrador, se planteó la propuesta de aprobar una reforma constitucional para que el poder presidencial pueda ser juzgado por delitos electorales o de corrupción. En tal sentido, el partido Morena presentó su iniciativa, que plantea lo siguiente:

i) El presidente de la República, durante su encargo, podrá ser acusado por cualquier delito como cualquier ciudadano y deberá enfrentar el juicio penal sin fuero y en libertad.

ii) La inmunidad presidencial significa, por ende, que el presidente podrá ser vinculado a un proceso penal, sin ser privado de su libertad y sin necesidad de una declaratoria de procedencia por parte de la Cámara de Diputados.

iii) El presidente podrá acudir a la Suprema Corte de Justicia para impugnar el auto de vinculación del proceso.

iv) En caso de que recaiga sentencia condenatoria contra el presidente, el juez deberá comunicarlo a la Cámara de Diputados para que la mayoría absoluta apruebe la retirada de la inmunidad y el cese de la función. La Cámara de Senadores, por su parte, deberá aprobar el desafuero con el voto de los dos tercios de los presentes.

v) La responsabilidad civil, administrativa o patrimonial se aplicarán sin necesidad de retirar la inmunidad.

Esta iniciativa, sin embargo, no se aprobó⁵¹. Pero eso no quiere decir que en un próximo debate parlamentario vuelva a discutirse. Es un tema pendiente en la agenda de este período sexenal.

3. REFLEXIONES FINALES

El sistema político mexicano posterior a la Revolución y durante la gran parte del siglo XX, fue excepcional en América Latina por cuatro razones: *i*) la ausencia de gobiernos encabezados por militares; *ii*) la ausencia de rupturas del orden constitucional; *iii*) la hegemonía de un solo partido político que se reeligió en el poder (1929-2000); y, *iv*) la alternancia política sin violencia ni golpes de Estado. El fraude electoral, sin embargo, fue el mecanismo principal para renovar el poder. En contraste, pues, con las dictaduras militares latinoamericanas, la narrativa de la «democracia perfecta» dio estabilidad política y desarrollo social, económico y cultural a nuestro país mediante la centralidad de la figura presidencial. En ella recayó la funcionalidad del sistema político, pero también generó su principal desgaste: dado su poder central, el presidente ha sido impune por los actos que ha cometido contra del interés de la nación. La doctrina «pro inmunidad presidencial» es parte de una forma de privilegiar los poderes del presidente para evitar cualquier tipo de responsabilidad.

Durante la transición democrática, por tanto, el presidencialismo mexicano ha venido debilitándose por sus excesos y privilegios. El contexto de la alternancia política comenzó a generar una mayor pluralidad política en el congreso, una mayor competencia en las elecciones y el desmantelamiento de la concentración del poder presidencial. No obstante, la responsabilidad presidencial fue y ha sido todavía nula. A diferencia de la tendencia de las últimas décadas en América Latina, en México nunca se ha sentenciado a un presidente a través de la figura del juicio político o penal. Ni durante su encargo ni después se ha generado una polémica de responsabilidad presidencial.

En los últimos años, por el contrario, se ha desarrollado un debate intenso en los países de América Latina sobre la responsabilidad en el sistema presidencial. En el período que va de 1992 a 2018, se han dado al menos diez casos de juicio político que han llevado a la destitución —o, en algunos casos, a la renuncia anticipada— del presidente⁵². Por lo menos, la legitimidad de los casos de Lugo y Rousseff ha sido fuertemente cuestionada. Ambos procesos han sido calificados como «golpes de Estado»⁵³, y se ha acusado a los miembros de la judicatura de entrar en contubernio con determinados poderes económicos, supuestamente enemistados con los gobiernos sometidos a juicio, especialmente con los medios de comunicación.

Este problema plantea el problema del «golpe de Estado por la vía judicial»: ¿los jueces son los que destituyen indebidamente a los presidentes? Este tipo de reciente enjuiciamiento a los presidentes populares se califica como un nuevo factor de inestabilidad política en la región latinoamericana (Pérez-Liñán, 2009), por lo que el juicio político puede convertirse en una alternativa más eficiente para los diversos grupos de oposición que, bajo circunstancias diferentes, habrían optado por la vía militar para intentar derrocar a un gobierno adverso a sus intereses. En este sentido, el cese de golpes militares como forma de destitución del presidente puede considerarse como una ruptura importante con el pasado, independientemente de la plausibilidad de la tesis de que el mecanismo judicial viene impulsado por intereses del mismo tipo. Sin embargo, el problema radica en la legitimidad de los juicios políticos para que no se abuse de ellos en forme ilegítima.

En México, las recientes elecciones presidenciales de 2018 generaron una nueva legitimidad: un presidente respaldado por un amplio apoyo popular que cuenta con un gran poder presidencial para gobernar. En este contexto, el actual presidente plantea una nueva forma de configurar la responsabilidad presidencial bajo el derecho inalienable del pueblo de alterar o modificar su forma de gobierno. Pero ¿qué tan pertinentes son estas propuestas?

Desde la concepción popular del poder presidencial, parecen cuestionables dos referencias. Por un lado, proponer la revocación del mandato presidencial como una ratificación del mismo en la que el presidente puede consultar al pueblo su permanencia (o no) en el contexto de las elecciones federales intermedias constituye una nueva forma de entrometerse en la democracia electoral para sacar una ventaja indebida: el presidente estará haciendo campaña para él y su Congreso. La revocación del mandato es un derecho de la ciudadanía (o de la oposición) para deliberar la responsabilidad política en forma popular y directa, pero no es una prerrogativa del poder presidencial de la que pueda hacer uso para mantener o fortalecer su popularidad a costa del gobierno representativo. Por otra parte, plantear el enjuiciamiento del presidente por cualquier delito, en libertad y sin necesidad de una declaratoria del procedencia por parte del Congreso no solo puede plantear un problema de inestabilidad en caso de que se abuse de la denuncia presidencial, sino que además puede convertirse en una verdadera simulación, ya que, aun cuando a un presidente se le lleve a juicio y se le condene, existirá el control político del Congreso de retirar la inmunidad y el cese del cargo presidencial, por lo que esa combinación del control legal sometido al político puede dar lugar a una mayor impunidad: ningún partido de un presidente va permitir el cese de su líder presidencial, aun cuando un juez lo condene de manera legítima.

En suma, actualmente el régimen presidencial reclama una mayor concentración del poder: el período neoliberal, afirma el presidente López Obrador, desmanteló las facultades presidenciales para privilegiar el sistema político y económico de unos cuantos, por lo que la construcción de los órganos autónomos que limitan al poder del presidente deben reformarse para devolver al presidente su rectoría en la política nacional. Si, a la par, la nueva responsabilidad presidencial se va basar en una concepción popular antes que en un control político y jurídico razonable y legítimo de su inmunidad, es claro que podemos iniciar una nueva etapa del presidencialismo mexicano que puede fortalecer el poder de una sola persona que manipula o abusa de la consulta popular para la toma de decisiones. Eso lo hará más impune. El presidente popular, en efecto, alegrará que sus decisiones presidenciales, por más arbitrarias o ilegales que sean, están amparadas por el respaldo del pueblo y que, por ende, no es responsable de ninguna de ellas. Este es el contexto de un presidencialismo popular sin límites institucionales ni rendición de cuentas.

NOTAS

1. *Vid.* artículo 40 de la Constitución mexicana.
2. Como ninguna otra constitución contemporánea, la de los Estados Unidos Mexicanos ha sufrido en cien años de vigencia más de setecientas reformas a iniciativa, sobre todo, del presidente de la República. En su gran mayoría, los cambios han sido para concentrar más poderes a la Unión. El poder presidencial

para modificar la Constitución mexicana, por tanto, ha sido casi absoluto durante todo el sistema presidencial desde 1917. El poder constituyente ha sido sometido a la rectoría de una sola persona, la del ejecutivo de la Unión.

3. En forma reciente, la reforma constitucional en materia educativa (2012-2013) se dejó sin efectos por el presidente de la República mediante un acto administrativo: el memorándum presidencial que en la esfera administrativa proveyó la inejecución de la norma. De ese tamaño es el poder presidencial sin responsabilidad. Disponible en: <<https://lopezobrador.org.mx/2019/04/16/115887>>. [Consulta: 17/06/2019.]. Obviamente, la decisión fue un acto político para presionar al Congreso de la Unión para aprobar su iniciativa de reforma que modificaba el texto constitucional que ordenó su inaplicación, por estimarlo injusto a los intereses políticos que en campaña se comprometió a defender en materia educativa. De cualquier forma, es un abuso presidencial.

4. *Vid.* artículo 80 de la Constitución mexicana.

5. *Vid.* artículos 81 y 83 de la Constitución mexicana.

6. *Vid.* el debate entre Vargas Llosa y Octavio Paz, en *El País*, «Vargas Llosa: México es la dictadura perfecta», 1 de septiembre de 1990.

7. Durante los siglos XIX y XX, el poder presidencial en México se renovó bajo un sistema electoral muy cuestionable que implicó una característica en común: la reelección de una persona o de un mismo partido político, a través del fraude electoral. «Ganaba quien contaba los votos, no quien tenía más votos». En cualquier caso, los procesos de renovación presidencial durante el siglo XIX motivaron un movimiento revolucionario bajo el lema «sufragio efectivo, no reelección» que, al final, generó un nuevo orden constitucional (1910-1917). Después, el modelo de un solo partido hegemónico (el Partido Revolucionario Institucional) reelecto de manera sexenal bajo la supremacía política de la figura presidencial (1929-2000), generó otro cambio político: la alternancia de partidos políticos (derecha, centro e izquierda) mediante la democracia electoral (2000-2018).

8. En la etapa contemporánea de la transición (2000-2012), las elecciones presidenciales fueron muy competidas, conflictivas y pusieron en tela de juicio a las propias instituciones electorales. Al final, terminó de consolidarse el sistema de la democracia electoral (2012-2018), a pesar del alto grado de desconfianza de la ciudadanía por las malas prácticas de los diferentes partidos políticos, la falta de neutralidad gubernamental, el contexto de una cultura antidemocrática de la sociedad mexicana y una muy desgastada figura presidencial por sus excesos.

9. *Vid.* artículo 83 de la Constitución mexicana.

10. La institución presidencial es un criterio de primacía constitucional. Por citar un ejemplo actual: el salario del presidente, por disposición constitucional (véase artículo 127), es el tope de los salarios de todos los funcionarios. Una regla que, a primera impresión, parece razonable para evitar abusos salariales. Pero si el presidente impone su poder político para fijar su salario, sin criterios objetivos ni racionales, los salarios de los demás pueden ser «o muy altos o muy bajos» En cualquier sentido, es un abuso discrecional del poder presidencial basado en su propia concepción de austeridad republicana, por lo que la Suprema Corte de Justicia (2019) invalidó la parte conducente de la ley de remuneraciones federal para que el poder legislativo imponga los salarios de los funcionarios públicos bajo los principios de certeza y racionalidad y con parámetros objetivos (acción de inconstitucionalidad 105 y 108/2018). Es decir: el presidente no puede abusar de su poder para imponer su salario porque, al final, ello impacta en todas las remuneraciones adecuadas y proporcionales que les correspondan a los servidores públicos como garantía necesaria para ejercer dignamente una función estatal.

11. *Vid.* artículo 80 de la Constitución mexicana.

12. *Vid.* artículo 89 de la Constitución mexicana.

13. En la etapa de cambio político (1994-2018), hay dos referencias que venían imponiendo la idea de una presidencia limitada por el papel del poder judicial como juez constitucional, pero también por los organismos públicos autónomos que en materia económica, de derechos humanos y sectores estratégicos, venían desarrollando una política con estándares diferentes a la discrecionalidad presidencial. Este proceso de democratización del poder presidencial también se evidenció por el contexto de un Congreso dividido y plural en la era de la alternancia electoral (2000-2012), el cual debilitó la figura presidencial.

14. En estos primeros meses del mandato presidencial, López Obrador plantea un nuevo estilo: cada mañana, en una comparecencia ante los medios, fija la agenda de la República. En ella explica su política, sus acciones y emite sus juicios presidenciales sobre la agenda pública que tiene un peso de gran relevancia porque cuenta con la mayoría en el congreso. Luego, durante los fines de semana, recorre el país para hacer eventos populares en donde da a conocer sus programas sociales, realiza consultas y desarrolla su quehacer presidencial con gran apoyo popular.

15. *Vid.* artículo 40 de la Constitución mexicana.

16. *Vid.* artículo 39 de la Constitución mexicana.

17. Como regla general, la responsabilidad política en los sistemas parlamentarios se realiza mediante el procedimiento de «moción de censura», que permite juzgar en términos políticos la pérdida de la confianza del Parlamento hacia el ejecutivo que conforma el gobierno. El gobierno se designa y se revoca por el Parlamento, a partir de otorgar o retirar su confianza.

18. El mayor desarrollo legislativo de las causales que dan motivo a enjuiciar a un presidente se establecen en la primera Ley de los delitos oficiales de los altos funcionarios de la Federación de 3 de noviembre de 1870, entre las que destacan los ataques a las instituciones democráticas, a las formas de gobierno republicano, representativo y federal, y a la libertad del sufragio. Es decir, la intromisión en las elecciones da lugar a juicio político a la figura presidencial.

19. En México, la doctrina Iglesias del siglo XIX plantea la no judicialización de las elecciones por el principio de la competencia de origen: ninguna autoridad, por vía de amparo, puede ser cuestionada en cuanto a su legitimidad porque a fin de cuentas emite actos de autoridad que afectan a los particulares aunque no reúnan los requisitos para ser designados como autoridades. La vía, en todo caso, es el juicio de responsabilidad. Esta tesis se mantuvo vigente hasta hace tres décadas, cuando se constituyó un juez electoral que conoce del control constitucional de todas las elecciones.

20. *Vid.* artículo 40 de la Constitución Federal de 1824.

21. Para revisar la evolución histórica del juicio político en el constitucionalismo del siglo XIX y XX, *vid.* González Oropeza (2000); y De la Garza Santos (2008).

22. En México, la Presidencia «[...] es una especie de sistema político solar donde los diversos protagonistas colectivos (poder legislativo y judicial, burócratas, gobernadores, ejército, caciques, grupos corporativizados de obreros y campesinos, prensa, empresarios, iglesia, universidad, intelectuales, partidos de oposición, etcétera) giran alrededor del sol presidencial-priista con diversos grados de subordinación» (Krauze, 1997).

23. Toda acción engañosa de los actores políticos para contradecir la autenticidad o la libertad del sufragio. El tipo de fraude electoral más característico en el México antidemocrático residió en la vulneración de la autenticidad del sufragio: votantes falsos, robo y llenado de urnas, falsificación de actas, cómputos adulterados, boletas quemadas, etc. No se sabía con certeza el resultado electoral; la única certeza era que ganaba el candidato oficial.

24. En términos históricos, el neoporfirismo implica una profunda intención de analizar, sin prejuicios añejos, el papel de Porfirio Díaz en la construcción de la República. Esta lectura se realiza por una nueva generación de historiadores que pretenden hacer hincapié en la continuidad (en lugar de la ruptura) entre el Porfiriato y la Revolución, así como el reconocimiento consecuente de la deuda que el sistema político posrevolucionario tiene para con su predecesor, según la tesis de Garner. Este revisionismo histórico, a mi juicio, no solo debe explicar una determinará cara del Porfiriato (héroe o villano), sino sobre todo reconstruir las piezas que permiten identificar tanto las prácticas, buenas o malas, que continuaron en el siglo XX. El fraude electoral, sin duda, es una de esos males que el Porfiriato consolidó a partir de la polémica Vallarta *vs.* Iglesias, y que se reprodujo en sus mismos términos en el régimen priista hasta que se pacto el nuevo sistema electoral en los noventa.

25. En adelante, el PRI.

26. Se decía que los mexicanos evitaban la dictadura personal al retirar a sus dictadores cada seis años (Brandenburg, 1967: 141), pero en realidad lo que se evitaba era el Gobierno vitalicio de un solo hombre (Sartori 2000: 282).

27. Es obvio que la causa política que explica en parte el surgimiento de la Revolución mexicana no se reduce a una cuestión electoral que impedía la apertura y circulación de las élite; también la cuestión socioeconómica es clave para entender este hecho desde una perspectiva histórica: las demandas laborales y agrarias, la desigualdad social, etc.

28. La «caída del sistema» es una frase que sintetiza el fraude electoral: la trampa del Gobierno consistente en ocultar los resultados electorales a fin de favorecer al candidato oficial mediante la interrupción del conteo rápido. En la elección presidencial (1988), el secretario de Gobernación, Manuel Bartlett Díaz, presidente de la entonces Comisión Federal Electoral, salió a decir durante la velada de la jornada electoral que el conteo de los votos no podía seguir dando resultados porque «el sistema se había caído», justamente cuando el conteo parecía favorecer al candidato de la oposición. Esa elección fue la última en la que el Gobierno se encargó de organizar el proceso electoral, ya que la crisis de ilegitimidad fue lo suficientemente grave como para detonar los cambios mediante la creación del Instituto Federal Electoral, concebido como órgano autónomo.

29. *Vid.* artículos 108, 109, 110, 111, 112 y 114 de la Constitución mexicana.

30. *Vid.* Cámara de Diputados LIX Legislatura, *Diario de los Debates*, año II, sesión 21, 7 de abril de 2005.

31. En los casos *Limas* [2001], *Román* [2001] y *Ortega* [2002], el TEPJF ha determinado que el derecho a ser electo no solo implica únicamente proteger los votos emitidos a favor de un candidato en una elección, sino también el derecho *a ocupar el cargo que la propia ciudadanía le encomendó*. No obstante, se han fijado algunos límites a la revisión de actos parlamentarios que afecten el derecho a ser votado. En el caso *Convergencia vs. Senado* [2006], la mayoría del TEPJF dijo que el derecho a ser electo no comprende otros aspectos que no sean connaturales al cargo para el cual fue proclamado ni se refiere a situaciones jurídicas derivadas o indirectas de las funciones materiales desempeñadas por el servidor público. Por tanto, se excluyen de la tutela del derecho político-electoral de ser votado los actos políticos correspondientes al Derecho parlamentario, como los concernientes a la actuación y organización interna de los órganos legislativos, bien sea por la actividad individual de sus miembros, bien por la que desarrollan en conjunto a través de fracciones parlamentarias o en la integración y funcionamiento de las comisiones porque tales actos están esencial y materialmente desvinculados de los elementos o componentes del objeto del derecho político-electoral a ser votado. Resulta, sin embargo, relevante el voto particular del magistrado González Oropeza para sostener la tesis sobre el alcance del derecho político a ser votado en relación con el cargo público representativo y respecto de las posibles violaciones que se pueden generar con motivo de su ejercicio. Luego entonces, ¿se podría cuestionar el desafuero ilegal de un representante popular por

la violación de un derecho político? Me parece que sí. El TEPJF llegó a conocer de demandas de terceros que alegaban violación a su derecho del voto por afectar el derecho de la representación política de López Obrador, pero por falta de legitimación se declararon improcedentes. Más adelante analizaré este tema a la luz del caso *Tzintzuntzan* [2009].

32. En el dictamen de validez de la elección presidencial, el TEPJF declaró: «Lo mismo sucedió en relación con la intervención del presidente de la República, pues si bien se tiene por probado el hecho de haber realizado diversas declaraciones durante el proceso electoral, recogidas en diversos medios de comunicación, principalmente en prensa escrita, unas de ellas eran de defensa de su propia gestión, lo cual se estimó lícito, y aquellas por las cuales hacía referencias o establecía sesgos entre los contendientes del proceso, entre las cuales se encuentran cuatro *spots* de televisión, no fueron de la suficiente magnitud, debido a su carácter indirecto y velado, sin referencia concreta a algún candidato en particular, además de los diversos actos que limitaron dicha conducta, como los acuerdos del Instituto Federal Electoral denominado coloquialmente “tregua navideña” y el acuerdo de neutralidad; así como la suspensión ordenada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en controversia constitucional, por el cual se obligó a establecer una cintilla en los promocionales del Ejecutivo Federal, con la aclaración de que eran ajenos a la propaganda electoral, en el entendido de que la difusión de los *spots* y mensajes que se encuentran acreditados no se realizó dentro de los plazos establecidos en el llamado acuerdo de neutralidad, esto es, dentro de los cuarenta días previos a la jornada electoral [...]».

33. El contenido era el siguiente: «El Presidente Felipe Calderón le cumple a México. Esta semana en *Vértigo*, en la lucha contra el crimen organizado no hay marcha atrás, ese es el compromiso del presidente con los mexicanos y su convocatoria a trabajar unidos para restablecer la seguridad y la paz en el país. Compra *Vértigo* hoy mismo».

34. *Vid.* SUP-RAP-215/2009.

35. El mensaje era el siguiente: «Soy consciente de la exigencia ciudadana de ponerle un alto al crimen en todo el país. Y por eso, desde el primer día de mi Gobierno, hemos combatido con fuerza y con determinación al crimen organizado». «Estamos mejorando nuestras leyes para contar con instrumentos más eficaces contra el crimen». «Estamos debilitando de manera contundente al crimen organizado. Le hemos propinado golpes importantes a todos los cárteles, sin excepción».

36. *Vid.* artículo 108, segundo párrafo, de la Constitución mexicana.

37. *Vid.* SUP-RAP-119/2010 y acumulados.

38. El contenido era el siguiente: «Durante este Gobierno hemos impulsado como nunca el crédito y desarrollo de la vivienda. En estos pocos más de 5 años, 4.7 millones de familias mexicanas se han beneficiado con casi 6 millones de créditos o subsidios para adquirir o mejorar su casa. Éste es, sin lugar a dudas, el sexenio de la vivienda. Te invito a que hagamos de 2012 el mejor año para México. Colaborando juntos, sociedad y Gobierno, lo vamos a lograr. Tienes mi compromiso de que en el Gobierno Federal seguiremos trabajando sin descanso para que germine la semilla del México seguro, justo y próspero que hemos sembrado con el esfuerzo de todos. Atentamente, (rúbrica ilegible) Felipe Calderón Hinojosa».

39. *Vid.* SUP-RAP-345/2012.

40. *Vid.* SUP-REP-1/2017.

41. Disponible en: <<https://www.eluniversal.com.mx/nacion/politica/estos-son-los-100-compromisos-que-amlo-dijo-en-el-zocalo>>. [Consulta: 20/05/2019.]

42. En las acciones de inconstitucionalidad 63/2009 y 8/2010 se discute la responsabilidad oficial para invalidar la revocación del mandato: si el efecto es separar del cargo al funcionario, la Constitución mexi-

cana ya prevé causales y procedimientos para imponer esas sanciones, sin necesidad de la consulta popular sino de procedimientos legales ante autoridades competentes.

43. En la acción de inconstitucionalidad 15/2017 se discutió la concepción de la democracia representativa que, para algunos ministros, es incompatible con la democracia directa que representa la revocación del mandato: el pueblo debe ejercer su poder a través de sus representantes. Por otra parte, la idea constitucional de que el pueblo tiene el inalienable derecho a modificar o alterar su forma de gobierno, permite validar el derecho a la consulta popular del pueblo para destituir al funcionario electo. Ese es el nuevo perfil del debate.

44. La iniciativa para la revocación de mandato (artículos 35, 36, 41, 73, 81, 83, 99, 116, y 122), presentada por la diputada Miroslava Carrillo, de Morena, fue aprobada en la Cámara de Diputados el 14 de marzo, con 329 votos a favor, 153 en contra, y 2 abstenciones (véase Cámara de diputados, *Gaceta Parlamentaria*, número 5238-II, jueves 14 de marzo de 2019).

45. Los diputados de Movimiento Ciudadano expresaron que la revocación de mandato debe ser «prerrogativa ciudadana, no de gobernantes», y pidieron que, si se votaba la revocación, esta fuera el 1 de diciembre (justo a la mitad del sexenio, a los tres años de mandato), y no junto con la elección intermedia. La diputada Martha Tagle Martínez afirmó que sí defienden la revocación de mandato, siempre y cuando sean los ciudadanos quienes tengan la llave y se reduzca el porcentaje de firmas, el proceso de revocación no coincida con elecciones intermedias y el dictamen no tenga efecto retroactivo, porque «[...] mientras esto no suceda no podemos avalar esta simulación, porque lo que se propone no es un mecanismo de revocación, sino de ratificación de mandato». Por su parte, los diputados del PAN exhibieron pancartas con la leyenda «Revocación es Reelección». El diputado Marcos Aguilar Vega, del PAN, manifestó que sería necesario que se fije un día específico para su realización: «Nosotros proponemos que sea el primer domingo del mes de junio de cada año, en lo referente al procedimiento de revocación de mandato este debe ser convocado por el Instituto Nacional Electoral y no por el presidente de la República o legisladores de cualquiera de las Cámaras del Congreso de la Unión». En sentido similar al grupo parlamentario del PRI, argumentó que «[...] la naturaleza de este dictamen no es de revocación, sino de confirmación, de reafirmación». La diputada María Alemán Muñoz expresó que «[...] sí apostamos por la revocación de mandato siempre y cuando esta sea convocada por los ciudadanos, tal como lo definió el constituyente en la Constitución de la Ciudad de México», y que es necesario que, cuando menos, transcurra la mitad de su periodo constitucional; es decir, al término del tercer año de ejercicio: «Usar esta herramienta de manera distinta no tiene más que la clara intención de llevar al presidente a la boleta electoral en la elección de diputados federales» (*vid.* Cámara de diputados, *Gaceta Parlamentaria*, número 5238-II, jueves 14 de marzo de 2019).

46. La Senadora Claudia Ruiz Massieu expresó: «Si fuese una herramienta para la ciudadanía, tendría que hablarse de que solamente estos pueden solicitar la revocación del mandato». El senador de Movimiento Ciudadano Samuel García exigió modificar el artículo 83 de la Constitución para reemplazar la permanencia en el cargo del presidente por la palabra destitución: «Pedimos la modificación en el artículo 83 de la palabra permanencia y que cambie por destitución, si esto no sucede no podríamos acompañar el dictamen porque entonces estaríamos votando y avalando una ratificación que para nosotros es muy peligrosa». Por su parte, El senador del PAN Julen Rentería afirmó: «En realidad lo que es, es una intención clara, hasta perversa para incidir en las elecciones de 2021».

47. El 11 de marzo (2019), al cumplir los primeros 100 días de mandato, el presidente López Obrador reiteró que en 2012 habrá una elección o una consulta para preguntar a los mexicanos si quieren que continúe como presidente o que renuncie: «Vamos a estar aquí hasta que los ciudadanos decidan o hasta que termine el mandato. Digo que hasta que los ciudadanos lo decidan porque el pueblo manda y vamos a cumplir el compromiso de someternos a la revocación del mandato». Disponible en: <<https://www.eluniversal.com.mx/nacion/lopez-obrador-reitera-que-se-sometera-la-revocacion-de-mandato>>. [Consulta

12/06/2019.]. Unos días antes, el 4 de marzo, incluso declaró que someterá la continuidad de su mandato aunque el legislativo no apruebe la iniciativa sobre revocación: «Ya presentamos esta iniciativa, son de las cosas que están pendientes en el Congreso, pero sí me voy a someter a la revocación de mandato. Y si no se aprueba la ley vamos a ver cómo le hacemos y de manera respetuosa, sin afectar el marco legal, como un ejercicio ciudadano, se lleva a cabo la consulta [...]. Y además, para que no nos confiemos y que no dejemos de trabajar, y que no pensemos que somos intocables y que nos eligieron por seis años, y que, aunque no demos resultados no nos puedan quitar». Obrador insistió en que lo ideal sería hacer coincidir la consulta de revocación con las elecciones intermedias, bajo el argumento de que el ejercicio no implique un gasto adicional: «Sí, se quedó que, a mitad del sexenio, sí, cada tres, para hacerlo el mismo día de la elección, que no cueste, que haya una boleta nada más preguntando: “¿Quieres que continúe el presidente o que renuncie? Sí, o no”, porque el pueblo pone y el pueblo quita». Disponible en: <<https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/politica/revocacion-de-mandato-va-aunque-no-aprueben-reformal-articulo-35-amlo-3140360.html>>. [Consulta 12/06/2019.]

48. Disponible en: <<https://lopezobrador.org.mx/2019/03/19/revocacion-de-mandato-no-es-reeleccion-presidente-amlo/>>. [Consulta 12/06/2019.]

49. *Vid.* mi participación en los «Foros de la Reforma del Estado y Electoral», Cámara de Diputados, 20 de junio de 2019. Disponible en: <<https://www.canaldelcongreso.gob.mx>>. [Consulta 12/06/2019.]

50. *Vid.* IILSEN, «Fuero Constitucional», Senado de la República: LX Legislatura, México, pp. 38-47. Disponible en: <www.senado.gob.mx>. [Consulta: 30/06/2018.]

51. La iniciativa presentada el 4 de septiembre de 2018, por el diputado Pablo Gómez, de Morena, se sometió el 27 de noviembre de 2018 a discusión en lo general. 469 de los 500 diputados aprobaron retirar en general el fuero constitucional. Sin embargo, durante la discusión en lo particular, que duró poco más de dos horas, los legisladores del PAN, PRI, PRD y MC rechazaron tres de los seis artículos constitucionales que se debatían, lo que tuvo como consecuencia que el bloque Morena-PT-PES no logrará los 334 votos requeridos para hacer cambios a la Constitución. El resultado final fue que la eliminación del fuero no se aprobó y por procedimiento legislativo no puede someterse a votación nuevamente ese mes. El diputado morenista Horacio Duarte argumentó: «Los privilegios fue algo que se desterró el 1 de julio. Los ciudadanos, hartos, fastidiados de una clase política con privilegios, votaron en contra [...] esto es un acto de democracia, de venir a decirle al pueblo de México que no nos vamos a parar, ni por amenazas ni por chantajes, y la eliminación del fuero va». La diputada Tatiana Clouthier, vocera del grupo Morena, fue más allá: «La parte más importante es que no hay derrota (para Morena, por no lograr los votos), es una traición a pueblo mexicano, es una traición a quienes nos dieron el voto, es una traición a quitar los privilegios y que la sociedad exige una y otra vez que seamos tratados iguales [...]. Quien perdió en este momento, en este recinto, fue el pueblo mexicano». *Vid.* Cámara de Diputados, *Gaceta parlamentaria*, número 5164-III, martes 27 de noviembre de 2018).

52. Fernando Collor de Mello (Brasil, 1992), Carlos Andrés Pérez (Venezuela, 1993), Abdalá Bucaram (Ecuador, 1997), Alberto Fujimori (Perú, 2000), Fernando Lugo (Paraguay, 2012) y Dilma Rousseff (Brasil, 2016).

53. Sobre el caso brasileño, *vid.* Taub (2016). Sobre el caso paraguayo, *vid.* Peregil (2012).

BIBLIOGRAFÍA

ARTEAGA NAVA, Elisur (1999): *Tratado de Derecho Constitucional*, México: Oxford University Press.
 BÉJAR ALGAZI, Luisa (2012): «¿Quién legisla en México? Descentralización y proceso legislativo», *Revista Mexicana de Sociología*, 74 (4), 614-647.

- BRANDENBURG, Frank (1967): *The Making of Modern Mexico*, Englewood Cliffs, New Jersey: Prentice Hall.
- BULNES, Francisco (1920): *El verdadero Díaz y la revolución*, México: Ed. Eusebio Gómez de la Puente.
- CANSINO, César (2000): *La transición mexicana 1977-2000*, México: Centro de Estudios de Política Comparada.
- CÁRDENAS, Jaime (1992): *Crisis de legitimidad y democracia interna de los partidos políticos*, México: FCE.
- (2002): *Lecciones de los asuntos Pemex y Amigos de Fox*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- CARPIZO, Jorge (1978): *El presidencialismo mexicano*, México: Siglo XXI.
- (2011): «La república democrática en la Constitución mexicana», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, 132, septiembre-diciembre 1047-1083.
- COSÍO VILLEGAS, Daniel (1972): *El sistema político mexicano: las posibilidades del cambio*, México: Ed. Joaquín Mortiz.
- (1974): *El estilo personal de gobernar*, México: Ed. Joaquín Mortiz, México.
- CRESPO, José Antonio (2005): «Del absolutismo presidencial al presidencialismo débil», en A. Aziz Nassif y J. Alonso Sánchez (coords.), *Globalización, poderes y seguridad nacional. El Estado mexicano: herencias y cambios*, México: CIESAS-Porrúa.
- CHAFETZ, Josh (2007): *Democracy's Privileged Few. Legislative Privilege and democratic norms in the British and American Constitutions*, Londres: Yale University Press.
- DWORKIN, Ronald (2003): *Virtud soberana. La teoría y la práctica de la igualdad*, trad. M. J. Bertomeu y F. Aguilar, Barcelona: Paidós.
- DE LA GARZA SANTOS, Iván (2008): «La responsabilidad política de los servidores públicos en el sistema presidencial mexicano: el juicio político» [en línea] <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2990/11.pdf>>. [Consulta: 16/06/2019.]
- ELIZONDO MAYER, Carlos (1995): «El Estado mexicano después de su reforma» *Política y Gobierno*, vol. II (1), 95-113.
- GUTIÉRREZ, Sergio E. y Roberto SÁNCHEZ, R. (1995): *La Constitución mexicana al final del siglo XX*, México: Las líneas del mar.
- GONZÁLEZ, Manuel (2000): «El juicio político en sus orígenes», *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Consejo de la Judicatura Federal, 231-256.
- KRAUZE, Enrique (1997): *La presidencia imperial*, México: Tusquets.
- MARTÍN DE LLANO, María Isabel (2006): «Inmunidad parlamentaria versus igualdad ciudadana», *Teoría y Realidad Constitucional*, 18, 321-334.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel (2004): *Privilegio discutido: la inmunidad parlamentaria en el derecho español*, Madrid: Secretaría General del Senado.
- LOEWENSTEIN, Karl (1979): *Teoría de la Constitución*, Barcelona: Ariel.
- PEREGIL, Francisco (2012): «El Senado de Paraguay destituye al presidente Lugo en un juicio político», publicado en *El País*, 23 de junio.
- PÉREZ-LIÑÁN, Aníbal (2009): *Juicio Político al presidente y la nueva inestabilidad política en América Latina*, México: FCE.
- SALCEDA, Alberto (1952): «La elección del presidente de la República», *Revista de la Facultad de Derecho de México*, II (6), 35-52.
- SARTORI, Giovanni (1996): *Ingeniería constitucional comparada*, trad. Roberto Reyes, México: FCE.
- (2000): *Partidos y sistemas de partidos*, trad. de F. Santos Fontela, Madrid: Alianza.
- SERRANO MIGALLÓN, Fernando (2006): *Facultades metaconstitucionales del Poder Ejecutivo en México*, México: UNAM.
- TAUB, amanda (2016): «¿La destitución de Rouseff fue un golpe de Estado?», *The New York Times*, 1 de septiembre.
- TREVES, Giuseppino (1973): *Principi di diritto pubblico*, Turín: Unione Tipografico Editrice Torinese.

WELDON, Jeffrey (1997): «The Political Sources of *Presidencialismo* in Mexico», en S. Mainwaring y Matthew S. Shugart (eds.), *Presidentialism and Democracy in Latin America*, Nueva York: Cambridge University Press, 225-258.

WIGLEY, Simon (2003): «Parliamentary Immunity: Protecting Democracy or Protecting Corruption?», *Journal of Political Philosophy*, 11 (1), 23-40.

Fecha de recepción: 18 de marzo de 2019.

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2019.

ESTUDIOS

Reivindicación de la concepción kantiana del Derecho y del delito:
tras la libertad

Tomás S. Vives Antón

Kant sobre el Derecho penal

Manuel Jiménez Redondo

La conformación jurídico penal de la corrupción como delito. Su significación y las soluciones ofrecidas en el pensamiento histórico moderno

Manuel Luis Ruiz Morales

Partidos políticos y responsabilidad penal: una reflexión en torno al sistema de penas

José León Alapont

Interpretación y construcción del Derecho

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz

REIVINDICACIÓN DE LA CONCEPCIÓN KANTIANA DEL
DERECHO Y DEL DELITO: TRAS LA LIBERTAD
VINDICATION OF KANTIAN CONCEPTION OF LAW AND CRIME: AFTER FREEDOM

Tomás S. Vives Antón

*Catedrático emérito de Derecho penal
Universitat de València*

RESUMEN

El artículo ofrece una reflexión acerca de la vigencia de la razón y la libertad del pensamiento kantiano —significativamente, la libertad política— junto a una visión crítica sobre ciertos aspectos del sistema conceptual que las envuelve, centralmente la contradicción entre la concepción kantiana del delito y de la pena. El texto advierte, sin embargo, que esta contradicción no es el germen del declive de una concepción kantiana del Derecho y del delito que viene avalada por el papel que corresponde a la libertad en esta construcción, reivindicada en el texto. En coherencia con ello, el artículo sostiene que la negación del programa kantiano de universalización de la libertad no surge de sus contradicciones internas, que las tiene, sino de un movimiento de refutación tanto en el terreno de la historia material como en el de la historia del pensamiento, y que, en el ámbito penal, se caracteriza como una lucha contra el Derecho penal liberal. De otro lado, el texto profundiza en el asalto a la razón y la confrontación entre la facticidad y la validez. Centrado en el pensamiento filosófico y jurídico que puede rastrearse en la crítica del paradigma kantiano —de Heidegger a Welzel, pasando por ciertas variantes de la hermenéutica— que, de diversas formas, transmutan la facticidad en normatividad y en las que el llamado Derecho penal del enemigo se erige como un eslabón más en el embate autoritario contra el Estado de Derecho.

PALABRAS CLAVE

Kant, libertad política, pena, delito, ilustración, concepciones contrailustradas, Derecho penal del enemigo

ABSTRACT

This article reflects on the validity of reason and freedom in Kantian thought —meaningfully political freedom—, along with a critical approach on certain aspects of the evolving conceptual system, what is surrounded by the contradiction between the Kantian conception of the crime and the punishment. However, the text warns that this contradiction is not the reason of the decline of the Kantian ideas of the law and the crime endorsed by the role given to the freedom in this construction. It demands that conception otherwise. In line with this, the article holds that denying the Kantian program for universal freedom does not arise from their internal contradictions, but on the part of a movement of contesting it such as within the dimension of material history, such as the history of human thinking. Regarding criminal law, struggling against the liberal criminal law. Besides this, the text examines the attack against the reason and its confrontation between factuality and validity. Focused on the philosophical and legal reasoning, traceable with the critical to the Kantian paradigm from Heidegger to Welzel along with different variants of hermeneutics, which transform the factuality in normativity in different ways. At the same time the idea of the so-called «Criminal law for the enemy» becomes another link within the authoritarian struggle against the rule of law.

KEY WORDS

Kant, political freedom, punishment, offence, enlightenment, counter-enlightened conceptions, enemy's Criminal Law.

REIVINDICACIÓN DE LA CONCEPCIÓN KANTIANA DEL DERECHO Y DEL DELITO: TRAS LA LIBERTAD

Tomás S. Vives Antón

Catedrático emérito de Derecho penal
Universitat de València

Sumario: Introducción general. Primera parte. Reivindicación de la concepción kantiana del Derecho y del delito. 1. El declive del kantismo en materia penal. 2. De la libertad trascendental a las libertades políticas fundamentales. 3. Concepto de Derecho y de delito en *La Metafísica de las costumbres*. 4. Una contradicción kantiana. 5. Una base débil: el «fenómeno» y la cosa en sí. 6. Conclusiones. Segunda parte. Facticidad y validez: relato breve del asalto a la razón. 1. La lucha de la fe contra la razón: el «ateísmo» kantiano y su «refutación». 2. La lucha de la filosofía contra la Ilustración. 2.1. Davos 1929. 2.1. Heidegger y la «nueva ontología». 3. Una «senda perdida»: de Carl Schmitt y Heidegger a Welzel. 4. Hermenéutica ontológica *vs.* Libertad. 4.1. Heidegger y la hermenéutica de la facticidad. 4.2. La hermenéutica lingüística de Gadamer. 4.3. De Welzel a Jakobs. 5. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN GENERAL

El presente trabajo es una continuación de los temas tratados en dos anteriores: el primero, «*Nullum crimen sine lege*. Comisión por omisión y dogmática penal y modernidad y posmodernidad en la doctrina penal», fue publicado y comentado en el libro *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal* (2017); el segundo es el texto de una ponencia presentada en Curitiba (Brasil, 2017) que se publicó en el volumen *A linguagem do direito penal* (2018).

Se trata, especialmente, de una nueva versión, más concreta y a la vez más general, del segundo de los trabajos citados. De hecho, en algunos de los pasajes de este texto se reproduce literalmente su contenido: eso significa que sigo asumiendo lo que entonces dije, excepción hecha, desde luego, de alguna lamentable errata; pese a ello, no se trata del mismo artículo, dado que ahora se añaden nuevas reflexiones que, a mi juicio, permiten llegar a

conclusiones distintas y más amplias. La novedad no consiste solo en sustituir la referencia a la modernidad por un análisis somero del pensamiento kantiano, sino también en poner en tela de juicio el sistema de conceptos en el que Kant envolvió la esencia de su pensamiento. Podemos resumir el pensamiento de Kant diciendo que se trata de una reflexión sobre la libertad que, aunque mantiene su vigencia, está construida con un aparato conceptual en gran medida caduco. El impacto histórico de su pensamiento puede dividirse en dos etapas: una primera, en la que los componentes del mismo (libertad y sistema conceptual) se mantienen casi en sus propios términos; y una segunda, en la que, para muchos autores, prima el sistema conceptual sobre la libertad. Eso es lo que pretendo mostrar aquí, concluyendo del modo que el texto propone. Aunque la idea que Horkheimer y Adorno expresaron en su *Dialéctica del iluminismo* —tesis de acuerdo con la cual la Ilustración se convierte en su contrario por razones internas— es actualmente sostenida por muchos autores, lo cierto es que, como ha puesto de manifiesto Habermas en los primeros pasajes de su obra *El discurso filosófico de la modernidad*, aquella idea se basa en una confusión entre el curso real de la historia y el programa político ilustrado. Un examen aun superficial de los hechos pone de manifiesto que la Ilustración en general, y Kant en particular, declinaron no a causa de las debilidades o incongruencias de su pensamiento (pese a que las hubo), sino como consecuencia de la durísima oposición de que fueron objeto desde los numerosos intereses contrailustrados. Lo veremos someramente.

PRIMERA PARTE. REIVINDICACIÓN DE LA CONCEPCIÓN KANTIANA DEL DERECHO Y DEL DELITO

1. EL DECLIVE DEL KANTISMO EN MATERIA PENAL

En el ámbito de la doctrina actual del Derecho penal, la importancia de Kant parece, en principio, escasa. Eso se debe a algunas ideas que al respecto sostiene en *La metafísica de las costumbres*. Las más importantes son las que hacen referencia a la legitimidad de la pena de muerte o a la necesidad de que, aunque un Estado llegara a disolverse, castigase antes al último asesino «para que la sangre no cayera sobre el pueblo».

A la luz del pensamiento actual, ambas ideas son objeto de un rechazo mayoritario; al menos, en el mundo occidental.

Manuel Jiménez ha señalado que considerar legítima la pena de muerte entra en contradicción con otras ideas de Kant y, más aun, es incongruente con el núcleo duro de su pensamiento. En efecto, la dignidad de la persona, que Kant liga a su libertad, no parece poder compaginarse con la legitimidad de privarle de la vida: quien es esencialmente sujeto pasa, en el caso de la pena de muerte, a ser tratado como un simple objeto.

Pero aún tiene una importancia mayor la declaración de que la pena ha de imponerse incluso en el caso de disolución del Estado. Así, la imposición de la pena se presenta como una exigencia de justicia jurídica, cosa que concuerda difícilmente con la idea de que el Derecho ha de limitarse a garantizar un orden de convivencia externo. En consecuencia, la

finalidad de la pena no puede ser la de realizar ninguna clase de justicia absoluta: la justicia jurídica ha de limitarse a la preservación del orden externo de las libertades y no debe ir más allá.

Si la pena hubiese de realizar la justicia, tendrían que imponerse muchas privaciones de libertad o de derechos que, desde la perspectiva de la salvaguarda del orden externo, carecerían de utilidad alguna. Así, se reduciría considerablemente la libertad, cuya maximización, como luego se intentará mostrar, constituye la esencia del Derecho moderno, de los sistemas constitucionales y del propio pensamiento kantiano.

Como muestra del descrédito que, en los últimos tiempos, acompaña a la filosofía kantiana en el ámbito penal, baste citar un pasaje del artículo de Ulrich Klug titulado «Sobre la Reforma penal en Alemania. Despedida de Kant y Hegel».

En esencia, las razones que justifican esa «despedida» son, según Klug, las siguientes:

«En su teoría penal, el claro espíritu de Kant parece estar ensombrecido por visiones depresivas. Ya las primeras frases que expresan su pensamiento con respecto al sentido de la pena, y que se encuentran en *La metafísica de las costumbres*, publicada en 1797, constituyen un prelude desesperanzado, resignado y condicionado por el espíritu de la época: “El Derecho penal es el Derecho del que detenta el poder, en contra de los a él sometidos, para imponerles un mal como consecuencia del crimen cometido. El soberano en un Estado no puede ser castigado; solo puede quitársele el poder”. Según Kant, la pena no puede nunca ser utilizada “simplemente como un medio para promover algún otro bien”, sea para el propio delincuente, sea para la sociedad. Más bien, en todo caso, “le puede ser impuesta nuevamente cuando haya cometido otro delito”. Pues el hombre no puede nunca ser tratado como un medio para los fines de otro. Cuando se impone una pena, no puede nunca pensarse si con ella ha de obtenerse alguna ventaja para el condenado o para alguno de sus conciudadanos. “El Código Penal es un imperativo categórico y pobre de aquel que pretenda atravesar rastreramente las sinuosidades de la doctrina de la felicidad para descubrir algo que, a través de la ventaja que promete, logre la exención de la pena o la disminución de aquella”. Si esto no se respeta, se viola la justicia y “si la justicia sucumbe, entonces carece de todo valor la vida del hombre sobre la tierra”»¹.

Esta tesis fue objetada inmediatamente por Nino, que en su artículo «Sobre lo que nos espera cuando despedamos a Kant y Hegel» asocia diversas calamidades a la «despedida» de Kant y Hegel². El núcleo de la argumentación de Nino radica en que, si la idea de justicia se disocia de la imposición de la pena, entonces el único fundamento posible de esa imposición habría de ser la utilidad; en tal caso, la pena se impondría para obtener determinados fines, utilizando así la persona como instrumento y violando, en consecuencia, la interdicción kantiana.

Esa objeción puede rechazarse desde el momento en que, aunque su finalidad no sea la realización de la justicia, la pena puede y debe ser justa. Y, como señalara Hegel, el hecho de que dentro de la justicia puedan perseguirse determinados fines socialmente deseables no comporta tratar a las personas como simples medios.

Sin embargo, Nino apunta que, aunque el concepto de pena exija que el castigo que supone se imponga por la previa comisión de un delito, el problema puede surgir si el legislador penal llega a considerar delito conductas irrelevantes. En ese punto se inserta mi tesis,

que consiste en afirmar que la despedida de Kant y Hegel en lo que se refiere a la teoría de la pena es totalmente procedente, pero que la concepción kantiana del delito, en la medida en que ofrece criterios para determinar lo que puede y debe ser delito y lo que no, resulta hoy tan imprescindible como lo fue en otros tiempos.

Dicho esto, paso a exponer los argumentos que avalan mi tesis. Llevaré a cabo esta exposición intentando determinar el papel que corresponde a la libertad en la filosofía kantiana para, una vez determinada la concepción del Derecho y del delito que Kant expone en *La metafísica de las costumbres*, defender su carácter esencial y su validez para precisar qué conductas pueden considerarse delictivas y cuáles no.

Finalmente, intentaré dar respuesta a las objeciones más importantes planteadas contra la concepción kantiana y, después, trataré de razonar la incompatibilidad entre esa concepción del delito y la concepción de la pena sustentada por el propio Kant.

2. DE LA LIBERTAD TRASCENDENTAL A LAS LIBERTADES POLÍTICAS FUNDAMENTALES

Independientemente de sus concretas formulaciones, las reflexiones de Kant sobre lo que llama *libertad trascendental* discurren en torno a la idea de que, si la razón (o las razones) puede dirigir la acción, ha de presuponerse la libertad, es decir, la posibilidad de elegir la opción que parezca más aconsejable, con independencia de cualquier clase de proceso natural subyacente. Dicho esto, se comprende que renuncie a cualquier clase de justificación de la libertad trascendental: la razón, que no podría existir sin libertad, no puede justificar la existencia de la libertad que la hace posible: solo puede presuponerla. Dicho de otro modo: no puede haber ninguna clase de justificación de la existencia de la razón misma porque no se puede justificar lo que da sentido a la idea misma de justificación.

Sin embargo, al tratar de la razón pura práctica (es decir, de una hipotética razón pura *a priori*, independiente de toda experiencia), de la razón que determina lo que es y no es correcto hacer, Kant afirma que, a tal efecto, un ser que se cree libre ha de llegar a las mismas conclusiones, sea realmente libre o no. De ese modo, para determinar lo correcto jurídica o moralmente, que exige como fundamento la libertad, resulta finalmente indiferente que la haya o no. Esa argumentación, que invalida el presupuesto del que parte, no puede ser correcta.

Una segunda dificultad se halla representada por la idea misma de razón pura práctica: pensar que lo que es correcto en cualesquiera circunstancias puede determinarse *a priori*, supone creer (y así parece hacerlo Kant) que orientarse en el ámbito del Derecho o en el de la moralidad es semejante a orientarse en el espacio físico según la izquierda o la derecha. O, en otros términos, que el género humano lleva inscrito en su espíritu un sistema de orientación tan simple como lo lleva en el cuerpo, constituido por los brazos izquierdo y derecho. Sin embargo, cualquier aproximación al tema de la orientación según lo correcto

sitúa ante una casuística dependiente de mil circunstancias y antisistemas de reglas complejos e imperfectos: por eso resulta tan fácil desorientar jurídica o moralmente a mayorías o minorías muy importantes de las sociedades históricas.

Kant convierte en apriorística la configuración espiritual dominante en la Alemania de su tiempo (de ello hay ejemplos muy claros que el transcurso de los años ha puesto en evidencia) que invalidan claramente el carácter *a priori* y algunas de sus reflexiones y que, a la vez, ponen en tela de juicio la idea misma de una razón pura práctica.

Kant diferencia también una razón teórica —que surge con independencia de la libertad y de la moralidad porque sus conceptos se hayan referidos a un objeto que sirve de control a las diversas tomas de posición— y una razón jurídica y moral —cuyos conceptos, que no se hayan referidos a ningún objeto externo, carecen de otro control que no sea el consenso argumentado de los participantes; pero esta idea, expuesta *expressis verbis* por Kant, queda contradicha en la misma *Crítica de la razón pura*, concretamente en «La doctrina transcendental del método» (Capítulo I, Sección segunda), donde, al tratar de la disciplina de la razón pura con respecto a su uso polémico, afirma lo siguiente:

«La razón pura tiene que someterse a la crítica de todas sus empresas. No puede oponerse a la libertad de esa crítica sin perjudicarse y sin despertar una sospecha que le es desfavorable. Nada hay tan importante, desde el punto de vista de su utilidad, nada tan sagrado, que pueda eximirse de esta investigación comprobadora y de inspección, de una investigación que no reconoce prestigios personales. Sobre tal libertad se basa la misma existencia de la razón, la cual carece de autoridad dictatorial. Su dictado nunca es sino el consenso de ciudadanos libres, cada uno de los cuales tiene que poder expresar sin temor sus objeciones e incluso su veto»³.

Importa destacar que, en ese párrafo, Kant conecta la existencia misma de la razón (no la hipotética razón pura práctica, sino la existencia de toda razón teórica o práctica) a una sociedad regida por lo que hoy entenderíamos por un conjunto de libertades constitucionales básicas. La razón no podría existir no ya solo sin la libertad transcendental, sino también sin sus posibles concreciones constitucionales mínimas.

De modo que la libertad política efectiva es condición de la existencia de la razón, no solo *Schlustein* (clave de bóveda) sino también *Grundstein* (fundamento). La libertad política en el sistema kantiano no es solo la coronación del edificio de la razón, sino también la base de ese edificio.

Esta es la parte esencial del sistema tratado en *La metafísica de las costumbres* que, sin embargo, como veremos más adelante, aparece contradicho en el propio texto.

Es necesario resaltar que, en el párrafo transcrito, sin ninguna explicación concreta, Kant dice que, sin libertad de debate, es decir, sin libertades políticas, pelagra la existencia misma de la razón. Esa afirmación tiene un parentesco evidente con las afirmaciones de Wittgenstein acerca de la imposibilidad del lenguaje privado⁴.

El argumento principal de Wittgenstein es que el lenguaje implica seguimiento de reglas y que una persona sola nunca podría saber si sigue las reglas o si solo cree seguir las. Ayer⁵ ha discutido esa argumentación de Wittgenstein; pero no niega la extrema dificultad de que una persona sola llegue a tener un auténtico lenguaje y, además, resulta obvio que

sus argumentos son puramente especulativos: no pone sobre el tapete ningún caso real de persona que, en solitario, haya formulado un lenguaje. Por ambas razones, podemos prescindir aquí de sus tesis.

Creo que, si la argumentación de Wittgenstein, con algunas matizaciones, es sostenible y si, en general, no puede haber un lenguaje privado, menos todavía puede hablarse de una razón solitaria. De modo que, si la razón presupone la libertad trascendental, para poder desarrollarse precisa también de un grado suficiente de libertad política. Por eso, un sistema jurídico que otorgue a las libertades democráticas el ámbito más amplio posible puede presentarse como el único que representa un desarrollo pleno de la razón.

Si ello es así, algunos aspectos del edificio sistemático kantiano han de ser reformulados.

En primer lugar, debe reconocerse el papel esencial que corresponde a la libertad. En el sistema que Kant propone, la libertad es la *conditio sine qua non* del edificio de la razón, es decir, la esencia y la culminación de ese edificio. Sin embargo, la entiende como esencia de la razón práctica, mientras que expresamente afirma que la razón teórica puede correr su camino con independencia de la libertad. Y lo hace así porque presupone que, tras el cuerpo físico del hombre, sometido a las múltiples vicisitudes históricas, hay una sustancia inmaterial —el alma— a la que se atribuye la libertad. Aun cuando esa sustancia espiritual existiese, nada podría *saberse* de ella y, por lo tanto, no podríamos entenderla como el lugar de la libertad teórica, que permita afirmar su existencia *a priori*, con independencia de toda experiencia, pues un algo del que nada podemos saber no puede servirnos para nada (Wittgenstein). Ese hecho es incompatible con la afirmación de que exista una libertad teórica independiente de la práctica que permita hablar de una razón teórica también independiente. Si así fuera, Kant no podría afirmar, como lo hace con toda corrección, que sin libertad política la razón corre peligro, pues algo que se hallase alojado en el interior invisible e inmutable del alma humana no correría peligro alguno por la falta de libertad externa. Lo cierto es que el sentido y la libertad habitan en la vida social, pues surgen de la comunicación con los otros y en ella se desarrolla. El mundo, se nos manifiesta tal como es, no cuando nos limitamos a contemplarlo, sino cuando actuamos cooperativamente sobre él. De modo que no hay una razón teórica independiente de la práctica. Ambas, razón teórica y razón práctica, no son sino una y la misma razón. Cuando Wittgenstein dice que «[...] el lenguaje es un refinamiento» y que «[...] en el principio era la acción»⁶, señala algo que, con mayor razón, puede aplicarse al pensamiento racional: el pensamiento racional es un refinamiento, en el principio está la acción.

Quien ha afirmado, como hace Kant, que un ser que se piensa como agente no puede hacerlo sino bajo la idea de libertad ha ligado esa idea a la acción: la acción, lo que hacemos, se diferencia de los hechos, de lo que simplemente nos ocurre, porque conlleva, en mayor o menor medida, la libertad de no hacer o de obrar de otro modo. Y, si eso es así, no puede aceptarse su afirmación de que el imperativo categórico (el deber moral) es la *ratio cognoscendi* de la libertad porque la idea de libertad acompaña a la acción desde el principio, es decir, desde mucho antes de que los seres humanos se aperciban de la existencia de deberes morales.

Estas y otras críticas que pueden formularse al sistema kantiano no pretenden decir ni lo que Kant realmente pensaba ni lo que debiera haber pensado en los tiempos en que vivió. Las palabras de Kant se insertan, a veces muy a pesar suyo, en un contexto histórico-político que determina como posibles y deseables fines que luego parecen inadecuados, y en el caso de Kant, esos fines resultan, a veces, impuestos coactivamente. Esas circunstancias deben ser tenidas en cuenta al interpretarlo; pero aquí me limito a exponer el sentido o sinsentido objetivo que tienen hoy.

3. CONCEPTO DE DERECHO Y DE DELITO EN LA METAFÍSICA DE LAS COSTUMBRES

En *La metafísica de las costumbres*, en concordancia con la importancia que es necesario atribuir a la libertad en su modo de concebir al hombre, Kant define el sistema jurídico legítimo como uno que garantiza la coexistencia de los arbitrios según una ley general (formal) de libertad. Así, al hablar del principio universal del Derecho afirma que «[...] una acción es conforme a Derecho (*Recht*) cuando permite, o cuya máxima permite a la libertad del arbitrio de cada uno coexistir con la libertad de todos según una ley universal»⁷.

De acuerdo con esa definición y ese principio universal, en la segunda edición de la misma obra suministrará el concepto de lesión para responder a la pregunta de Göttingen. Ese concepto se expresa del siguiente modo: «La definición nominal [...] sería la siguiente: lo mío exterior es aquello fuera de mí, cuyo uso discrecional no puede impedírseme sin lesionarme (sin perjudicar a mi libertad, que puede coexistir con la libertad de cualquier otro según una ley universal)»⁸.

Cabe afirmar, resumidamente, que el programa kantiano puede consistir en una progresiva universalización de las libertades políticas bajo un sistema de gobierno al menos materialmente republicano (esto es, como precisa en *El conflicto de las facultades*⁹, un gobierno en el que el pueblo también legisla) que vaya acomodándose a la idea de un reino de los fines, es decir, a un sistema mundial en el que cada uno sea tratado siempre como sujeto y no como objeto o, dicho de otro modo, como un fin y no simplemente como medio. Ese ideal solo llegaría a alcanzarse si, tras ir emprendiendo relaciones amistosas con los demás pueblos, se lograra que el mundo entero fuera regido por lo que, al disertar sobre la paz perpetua, Kant denomina «una constitución cosmopolita».

Definido así, por referencia al pensamiento de Kant —el paradigma ilustrado—, procede examinar si el desarrollo de ese programa ha resultado ser autodestructivo. Y lo primero que cabe afirmar es que ese programa apenas ha llegado a materializarse, pese a que su desarrollo no era ni es imposible. Ciertamente, se ha argüido esa imposibilidad sobre la base de la evolución necesaria e inexorable del sistema capitalista; pero hoy sabemos que no hay tal inexorabilidad económica, sino que las dificultades de desarrollo del programa ilustrado son y han sido políticas.

El programa de la universalización de la libertad no se ha autodestruido, sino que ha sido derrotado históricamente por sus muchos y muy poderosos enemigos tanto en el campo de la historia material como en el de la historia del pensamiento; y esa historia de derrotas continúa todavía hoy, pero eso no quiere decir que hayamos de resignarnos a aceptarla.

4. UNA CONTRADICCIÓN KANTIANA

He avanzado que entre la concepción kantiana del delito y la de la pena hay una contradicción. Para desarrollar esa idea, quiero comentar sucintamente un fragmento de *La metafísica de las costumbres*:

«La mera idea de una constitución civil entre los hombres conlleva ya el concepto de una justicia penal, que incumbe al poder supremo. Se trata únicamente de saber si el tipo de penas es indiferente al legislador, siempre que sirvan como medio para extirpar el crimen (en cuanto violación de la seguridad del Estado en la posesión de lo suyo de cada uno), o si también se ha de tener en cuenta el respeto a la humanidad en la persona del malhechor (es decir, el respeto a la especie), y ciertamente por meras razones jurídicas, teniendo en cuenta que considero al *ius talionis*, por su forma, como la única idea determinante *a priori*, como principio del Derecho penal (no extrayéndola de la experiencia de cuáles serían los medios más eficaces para este propósito)*. —Pero ¿qué hacer con los castigos por delitos que no permiten réplica alguna, porque o bien tales castigos son imposibles en sí mismos o incluso constituyen un crimen punible contra la humanidad en general, como por ejemplo, el de la violación, igual que el de la pederastia o la bestialidad? Los dos primeros deberían castigarse con la castración (como la de los eunucos blancos o los negros en el serrallo), el último, con la expulsión para siempre de la sociedad civil, porque el delincuente se ha hecho a sí mismo indigno de la sociedad humana. —*Per quod quis peccat, per idem punitur et idem*—. Los mencionados delitos se llaman contranaturales porque se cometen contra la humanidad misma. —Imponer arbitrariamente castigos por estos delitos es contrario literalmente al concepto de una justicia penal. Ahora bien, el delincuente no puede quejarse de que se comete con él una injusticia cuando atrae sobre sí mismo su mala acción y le sucede lo que ha hecho a otros, no según la letra, pero sí según el espíritu de la ley penal».

*A lo que añade en nota:

«En todo castigo hay algo humillante para la honra del acusado (con derecho), porque implica una coerción únicamente unilateral y, por tanto, la dignidad de ciudadano como tal queda en él suspendida, al menos en un caso especial, ya que se encuentra sometido a un deber externo, al que, por su parte, no puede oponer resistencia alguna. El hombre distinguido y rico, obligado a pagar, siente más la humillación de tener que doblegarse a la voluntad de un hombre inferior que la pérdida de dinero. La justicia penal (*iustitia punitiva*), dado que el argumento de la penalidad es moral (*quia peccatum est*), ha de distinguirse aquí de la prudencia penal, ya que esta es solamente pragmática (*ne peccetur*) y se funda en la experiencia de lo que resulta más eficaz para prevenir el crimen; la primera, por tanto, ocupa en la tópica de los conceptos jurídicos un lugar completamente distinto: *locus iusti*, no el de lo *coducibilis* o lo ventajoso para cierto propósito ni tampoco el lugar de lo meramente honesto, que ha de buscarse en la ética»¹⁰.

Ese texto pone de manifiesto la congruencia y la incongruencia de Kant. La congruencia porque ha partido, en su obra, de la posibilidad de establecer *a priori* una serie de

principios del Derecho, cosa que logra, al definir el Derecho desde los postulados de la Modernidad; pero esa pretensión le obliga a operar del mismo modo con la pena. En consecuencia, elige definirla conforme al *ius talionis*, algo que resulta incongruente con los principios que determinaron su definición del Derecho.

El apriorismo kantiano no resulta hoy aceptable¹¹. La definición *a priori* del Derecho y del delito responde a las ideas de la Modernidad, que no son *a priori* sino fruto de un desarrollo histórico. Por lo tanto, tampoco precisa ser apriorística la determinación de la pena —que, por otra parte, no puede serlo—. La idea del talión (ojo por ojo, diente por diente) es absurda, en la medida en que, como señalara Hegel, es inaplicable cuando el delincuente es ciego o desdentado; pero también lo es cuando, según la indicación del propio Hegel, se habla de una igualdad según el valor porque se está ante valores inconmensurables.

A la vista del párrafo transcrito, no puede afirmarse que Kant no fuera consciente de esas objeciones: su propio texto muestra que la afectación indebida de la dignidad del delincuente le resulta indeseable. La pregunta de si el legislador ha de tener en cuenta la afectación de la dignidad del delincuente solo puede tener una respuesta, dado que, en sus aspectos esenciales, esa dignidad ha de ser respetada porque el delincuente es un ciudadano más.

Me parece muy difícil aceptar que Kant no fuera consciente de esa contradicción entre su concepción de un Derecho igual para todos y una teoría de la pena, la talionar, que, en multitud de casos, trata al delincuente como un objeto sin que de ello se siga, ni para él ni para los otros, ninguna clase de utilidad.

Por ese tipo de razones, un neokantiano como Max E. Mayer ha hablado de una posible contraposición entre justicia y Derecho y justicia y libertad¹².

Pero el hecho de que haya una contradicción en el seno del sistema kantiano no comporta el declive del kantismo. Desde Adorno y Horkheimer¹³ se habla de un proceso interno en virtud del cual la Ilustración se convierte en su contrario; mas no es eso lo que cabe decir en el caso del pensamiento ilustrado de Kant. La negación del kantismo no surge de sus propias contradicciones, sino que existe todo un movimiento de refutación que, en el ámbito penal, puede caracterizarse como una lucha contra el Derecho penal liberal todavía más intensa que la que Klaus Marxen expone en su conocida obra¹⁴.

5. UNA BASE DÉBIL: EL «FENÓMENO» Y LA COSA EN SÍ

En el sistema kantiano, la realidad que percibimos se halla determinada por nuestra percepción: es meramente una realidad fenoménica configurada por nuestra subjetividad; pero Kant precisa que quedarse encerrado en la subjetividad constituiría un «escándalo filosófico». Para evitar ese escándalo, admite que, tras los fenómenos, existen lo que llama «cosas en sí».

Expresado en términos lingüísticos, ese pensamiento muestra su inviabilidad, pues las cosas en sí serían independientes de cualquier descripción y, en consecuencia, el

mundo real no existiría, un mundo real no meramente fenoménico, pero totalmente indescriptible.

Por eso, el sistema kantiano presenta un déficit de objetividad que dio lugar a que algunos neokantianos, por ejemplo Von Kirchmann, optaran por el realismo metafísico sin renunciar al resto del pensamiento de Kant¹⁵.

Ese déficit explica, al menos en parte, el renacimiento de la ontología, al que luego se hará referencia, pero no el papel que Esta ha desempeñado, como más adelante analizaremos.

6. CONCLUSIONES

A tenor de lo dicho, la primera conclusión es el carácter absolutamente esencial de la libertad política en el sistema kantiano.

La segunda, la insostenibilidad de sus contradicciones y deficiencias, dado que, a las debilidades sistemáticas que se han puesto de manifiesto, se añade otra: el apriorismo, que es muy difícil de defender. Esa dificultad radica, en primer término, en la imposibilidad de extender la idea de *a priori* más allá de los supuestos, poco significativos, de absoluta identidad¹⁶, pero aún resulta más clara cuando, en el propio texto de Kant, se comprueba que muchas argumentaciones supuestamente *a priori*, es decir, independientes de la experiencia, solo pueden entenderse atendiendo a la concreta realidad del tiempo en que se elaboraron: basta, como ejemplo, citar las reflexiones acerca del duelo o del infanticidio para ocultar «la deshonra de la madre».

Y la tercera conclusión, que solo puede ser aquí enunciada, es que el declive del kantismo —y, en general, el declive de la Ilustración— no se debe a razones internas, sino al ataque denodado de que fue objeto por parte de sus muchos enemigos. La demostración de este último aserto precisa una segunda parte dedicada a verificarlo tanto en términos generales como en lo que se refiere a la doctrina penal.

SEGUNDA PARTE. FACTICIDAD Y VALIDEZ: RELATO BREVE DEL ASALTO A LA RAZÓN

1. LA LUCHA DE LA FE CONTRA LA RAZÓN: EL «ATEÍSMO» KANTIANO Y SU «REFUTACIÓN»

No trataré de defender que Kant fuese personalmente ateo, aunque, ciertamente, provocó la indignación de su biógrafo Borowski al no contestar a la pregunta de si creía o no en Dios, y al no asistir a las ceremonias religiosas. Más allá de la discusión en torno a su mayor o menor spinozismo, lo que interesa poner de manifiesto es la irrelevancia de Dios tanto en lo que respecta al saber como en lo tocante a la moralidad.

En efecto, al analizar el conflicto de las Facultades y, en concreto, el de la Facultad de Teología con las de Filosofía y Derecho, cita como ejemplo el mandato divino a Abraham de que matase a su hijo Isaac. Kant dice que de ninguna manera podía prevalecer la voz que oyó Abraham, que no podía tenerse por divina, dado que de Dios no podemos saber nada, frente al claro principio ético de que no se puede matar a otro.

En otros ámbitos, la consideración del terremoto de Lisboa como un fenómeno puramente geográfico y no expresión de ninguna clase de castigo divino procede del mismo pensamiento: el Derecho y la moralidad ordenan lo que debe hacerse, y la naturaleza física explica lo que pasa. La idea de Dios queda, pues, sin contenido. Para expresarlo con las palabras de Wittgenstein, aun admitiendo que Kant creyese en Dios, «un algo de lo que nada podemos saber», como se ha dicho ya respecto a alma, tiene para nosotros la misma utilidad que la nada.

La refutación de esta posición kantiana por parte de la Iglesia católica fue contundente: no solo podemos saber de la existencia y cualidades de Dios por inferencias y deducciones, sino que hay una persona, el papa, que tiene de él noticia directa y que es, al respecto, infalible. Es una respuesta difícil de aceptar, aunque mucha gente la crea.

2. LA LUCHA DE LA FILOSOFÍA CONTRA LA ILUSTRACIÓN

2.1. DAVOS 1929

En adelante, por obvias razones de autolimitación, me referiré exclusivamente al ámbito de la historia del pensamiento y lo haré únicamente en la medida en que esa historia haya podido modelar la doctrina penal.

Empezaré afirmando que, *prima facie*, el eclipse del programa ilustrado en los términos que aquí se plantean puede identificarse con el eclipse del kantismo. Recientemente he intentado hacer visible esa idea reivindicando la figura de Von Kirchmann, jurista y filósofo de estirpe kantiana cuya vida política acabó con la desaparición del liberalismo en Alemania (hacia 1870). Pues bien, algo parecido le sucedió, algunos años más tarde, al kantismo. Antes de la Primera Guerra Mundial, el ambiente intelectual de los jóvenes estudiantes, tal y como lo describe Löwith en *Mi vida en Alemania antes y después de 1933. Un testimonio*, era el siguiente:

«Cuando a los dieciocho años, durante nuestra estancia estival en el lago Starnberg, me sorprendió la guerra, yo era un estudiante de la penúltima clase de la escuela superior de Munich. En octubre de 1914 me alisté voluntariamente en el ejército. Apenas tres meses después me había formado en infantería y poco antes de Navidad llegué con un batallón de reemplazo al frente francés, donde nos atrincheramos cerca de Péronne. El deseo de emanciparme de la estrechez burguesa de la escuela y el hogar, una discordia interior conmigo mismo tras la ruptura de mi primera amistad, el atractivo de la “vida peligrosa”, por la cual Nietzsche nos había contagiado su entusiasmo, las ganas de lanzarse a la aventura para probarse a uno mismo y, no en última instancia, el desahogo del propio ser a través de una toma de consciencia, gracias a Schopenhauer, de

participar en un proyecto colectivo; tales o parecidos motivos me empujaron a celebrar la guerra como una oportunidad de la vida y la muerte» (p. 8).

Tras la derrota de Alemania y Austria en la Primera Guerra Mundial, y la desilusión que comportó, la penuria material y moral que la acompañó fue tal que Stefan Zweig la califica y caracteriza *En el mundo de ayer* como un «tiempo feroz, anárquico e incierto», «[...] aquellos años en que, con el valor menguante del dinero, empezaron a desmoronarse también todos los demás valores». Y continua así:

«Una época de éxtasis entusiasta y de engaño ilimitado, una mezcla sin igual de impaciencia y fanatismo. Todo lo que era extravagante y rehuía la fiscalización, vivía momentos de auge: teosofía, ocultismo, espiritismo, sonambulismo, antroposofía, quiromancia, grafología, los dogmas hindúes del *yoga* y el misticismo paracelsista. Había demanda ávida de todo lo que prometía extremas tensiones, más allá de las conocidas hasta entonces, de todas las formas de estupefacientes, morfina, cocaína y heroína; en las obras de teatro, el incesto y el parricidio, y en la política, el comunismo o el fascismo constituían la única temática deseada, quedando terminantemente proscrita cualquier forma de normalidad y mesura».

Después de esos años, que inauguran una nueva época, el principio del fin de la influencia del paradigma kantiano podría situarse en el congreso de filosofía celebrado en la ciudad Suiza de Davos en 1929, en el que tuvo lugar un debate entre Ernst Cassirer y Martin Heidegger, que Safranski equipara a la disputa de Settembrini y Nafta en *La montaña mágica*, de Thomas Mann.

Cassirer intervino negando, en términos estrictamente kantianos, la posibilidad de la metafísica como ciencia, es decir, como especulación racional. Como he relatado en mi artículo «*Nullum crimen sine lege*: Comisión por omisión y dogmática penal», a esa intervención respondió Heidegger, al parecer en un tono agresivo, oponiendo su modo de entender el legado de Kant, que había expuesto poco antes en un libro de 1928 (*Kant y el problema de la metafísica*). El auditorio, que estaba compuesto principalmente por jóvenes filósofos, algunos de los cuales llegaron posteriormente a alcanzar una gran notoriedad, se dividió entre los partidarios de uno y de otro.

2.2. HEIDEGGER Y «LA NUEVA ONTOLOGÍA»

La interpretación de Heidegger era *ostensiblemente* una manipulación de Kant. Pero, además, muchas de sus proposiciones filosóficas fueron criticadas como totalmente carentes de significado. En efecto: poco después, uno de los componentes de ese auditorio, el ya no tan joven Rudolf Carnap escribió un muy conocido artículo, titulado «La supresión de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje», en el que, bajo el epígrafe «Pseudo-proposiciones metafísicas», incluyó varias frases de Heidegger para hacer patente su falta de sentido, y de ahí inducía la carencia de sentido de toda metafísica. Para demostrar la ausencia de sentido de oraciones como «la nada nada» no hace falta un canon tan exigente como el que postula Carnap, ni siquiera el muy modesto canon del sentido común, sino que basta el del más elemental sentido del ridículo.

Quizás ese artículo contribuyera a perfilar la actitud de Heidegger ante la filosofía analítica: el análisis del lenguaje, que comportaba una depuración semántica, pero también ética y política, como pone de manifiesto el camino que conduce de Karl Kraus a Wittgenstein, no convenía a su posterior desarrollo ontológico.

En efecto, el análisis del lenguaje comienza como una lucha contra su manipulación, esa manipulación que, según Faye, precede al totalitarismo y que, tal y como gráficamente escribió Hannah Arendt, en el ámbito del Derecho transforma el lenguaje de las leyes del lenguaje de la libertad al lenguaje del poder.

Basta leer el capítulo VI de la obra de Klemperer¹ *La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, titulado «Las tres primeras palabras nazis», para comprender el cáncer de esa manipulación que, por desgracia, no ha acabado del todo, como posteriormente se mostrará.

La ontología de Heidegger, que sustituye el ente por el sentido, constituye una manipulación mucho más refinada, pero también más completa: hace que lo que es determine lo que debe hacerse. Así, el primer mandamiento de un alemán ha de consistir en ser alemán y, por lo tanto, en actuar como alemán. La ontología se convierte en hermenéutica, es decir, en interpretación de lo que hacemos y de lo que debemos hacer. Las funestas consecuencias de ese cambio de perspectiva han sido puestas de manifiesto hasta la saciedad².

3. UNA «SENDA PERDIDA»: DE CARL SCHMITT Y HEIDEGGER A WELZEL

La influencia de Heidegger penetra en el Derecho a través de Erik Wolf y, sobre todo, de Carl Schmitt. Cualquiera que haya sido la relación entre ellos y más allá de las diferencias existentes entre el pensamiento de ambos autores, Schmitt comparte con Heidegger el decisionismo (que Löwith califica de ocasional, frente al decisionismo esencial de Heidegger), la dialéctica amigo/enemigo y la actitud inequívocamente anti-ilustrada: en su *Teología política*, Schmitt discute la legitimidad de la Ilustración, que para él no es más que una manipulación de viejos conceptos teológicos, con lo que la política no es sino un espacio aplicativo de las ideas religiosas. Esa tesis fue rebatida por Blumenberg cuya defensa de la legitimidad de la Edad Moderna puede condensarse en una cita de Aristóteles³ con la que concluye su polémica con Schmitt. En ella, el estagirita afirma que la religión es *tantum politicam inventionem*. A partir de esa premisa, más bien cabría inferir lo contrario: que la religión es un modo ilegítimo de fundamentar la política, es decir, lo contrario de lo que Schmitt postula. Heidegger combate la Ilustración con la misma radicalidad, pero en él solo cabe hablar de teología en sentido metafórico: el Dios de los católicos ha sido sustituido por el dios grotesco que durante varios años de su vida representó Hitler para él.

Por lo que respecta al Derecho penal, he señalado la persistencia del pensamiento autoritario y totalitario en la dogmática tras la derrota del nacionalsocialismo, persistencia que no implica un pensamiento filosófico ni una teoría política propia; más bien, como señala Neumann en la obra antes citada, las ideologías que usa o rechaza el pensamiento totali-

tario son simples técnicas de dominio. En consecuencia, no cabe reducir esa persistencia a la esfera de influjo del pensamiento de Heidegger, como muestran sobradamente las obras de Marxen y Muñoz Conde⁴; y no podría ser de otro modo, dado el arraigo de la tradición autoritaria en Alemania antes y después del nacionalsocialismo: ya Ernst Bloch⁵ afirmaba que en el camino que va de Feuerbach a Liszt no brilla ni una sola chispa de Prometeo; y, por lo que respecta a la realidad, en mi ya citado artículo sobre la comisión por omisión he hecho referencia al renacimiento de las ideas penales de Schaffstein.

Pero eso no puede significar que, como ha ocurrido hasta no hace mucho, se minusvalore la importancia de ese influjo, que Llobet Rodríguez ha puesto nítidamente de manifiesto, sobre todo en los capítulos sexto, séptimo y octavo de su obra *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*.

En efecto, esa influencia se manifiesta especialmente en un penalista como Welzel, cuya relevancia en Alemania y fuera de ella (especialmente en España e Iberoamérica) resulta ocioso destacar. En su obra *Naturalismus und Wertphilosophie*, tras un repaso a las distintas corrientes de la Filosofía del Derecho de su tiempo, termina con una referencia a Carl Schmitt y a su idea del pensamiento del orden concreto, en el que facticidad y validez se hallan entrelazados y, finalmente, el concreto estado de cosas existente determina lo que es legítimo hacer⁶. Ulteriormente, en la edición de 1944 de *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, persiste en su dependencia de las tesis de Schmitt. Para comprenderlo, basta leer el epígrafe dedicado al sentido y misión del Derecho penal, donde en términos schmittianos, Welzel precisa que el fin del Derecho penal no es la protección de bienes jurídicos concretos, sino la tutela de ciertos valores esenciales vigentes en la sociedad y, solo por inclusión, bienes jurídicos. Este pensamiento schmittiano, que aparece hasta en las últimas obras de Welzel (por cierto, sin citar a Schmitt⁷) y que, en la alternativa entre «ser y deber ser», acaba otorgando primacía al ser basándose, como ya hiciera Mezger⁸, en una captación de los valores puramente empírica, lo que bastaría para caracterizar como autoritario su pensamiento, si no para otorgarle a ese carácter su más que dudoso origen.

A partir de 1945, Welzel adopta una actitud muy frecuente en los juristas afines al régimen hitleriano: el disimulo. Ese disimulo, que niega el origen heideggeriano del núcleo filosófico de su ulterior propuesta dogmática, queda plasmado en el prólogo a *El nuevo sistema del Derecho Penal* (1960).

«El neokantianismo tardío de Bruno Bauch y Richrad Hönisgwald había destacado ya antes de la *Metaphysik der Erkenntnist* (*Metafísica del conocimiento*) de N. Hartmann “el principio supremo de todos los juicios sintéticos” de Kant, de que las “condiciones de la posibilidad de la experiencia son al mismo tiempo condiciones de la posibilidad de los objetos de la experiencia”. De él se deduce que las categorías del conocimiento son también categorías del ser, es decir, que no son solo categorías gnoseológicas, sino (de modo primario) categorías ontológicas. Esto era a lo que yo me refería principalmente con la palabra “ontológico”; esta no procede de la ontología (posterior) de Hartmann y tiene aun mucho menos que ver con la ontología de la antigua metafísica (precrítica)».

Parece evidente que Welzel adopta el *giro ontológico* propuesto por Heidegger, es decir, que identifica la respuesta a la pregunta por el ser no con una indagación acerca del ente,

sino con otra acerca del sentido y que, siguiendo la línea que va de Schopenhauer a Heidegger, el sentido se adscribe a la voluntad. Ahora bien, ese giro tiene lugar de un modo descaradamente cínico. En efecto, Welzel omite poner de manifiesto su dependencia de Heidegger y, al distanciarse como él de la ontología de Hartmann, atribuye el origen de su pensamiento a la influencia de Hönisgwald, el neokantiano cuya persecución promovió Heidegger; además, realiza esa atribución recurriendo a un sofisma manifiesto, pues de la afirmación de que las condiciones de experiencia sean al mismo tiempo condiciones de posibilidad de los objetos de la experiencia, es decir, de los objetos fenoménicos, no se sigue en modo alguno que las categorías del pensamiento sean categorías del ser (en sí).

El impacto de Heidegger se aprecia, en primer lugar, en la adopción de su concepción de la ontología, que paradójicamente no trata de la acción como ente, sino del sentido de la acción (que se sitúa en la finalidad, esto es, en la voluntad), pero también en el hecho de que la fundamenta sobre una manipulación de ideas kantianas.

Difícilmente podría exagerarse la importancia de la manipulación que Welzel lleva a cabo del formalismo kantiano y su nefasta influencia sobre el pensamiento jurídico constitucional y la dogmática penal posterior. Bastará hacer referencia a su obra *Derecho natural y justicia material*^P, en la que ya desde el mismo título se contradice el carácter *formal* del imperativo kantiano («Obra de tal modo que la máxima de tú acción pueda convertirse en ley universal»), entendiendo ese formalismo como una ausencia de contenido y optando, finalmente, no ya por una ética material de los valores, al modo del primer Scheler, sino por una referencia a estructuras lógico-objetivas (de la acción o de la culpabilidad) vinculantes para el legislador.

En virtud de ese planteamiento, lo «óntico», *la facticidad*, se convierte en normativo, falacia que aún se expresa más crudamente en Jakobs, que habla de «la constitución normativa de la sociedad». Así, los hechos se convierten en un criterio material de interpretación del Derecho, de modo que las palabras de la ley dejan de ser decisivas, la garantía más básica del Derecho penal, el principio de legalidad, se esfuma y, con él, todo derecho de los ciudadanos frente al poder.

Ni que decir tiene que uno y otro omiten la obviedad de que el carácter formal de las leyes generales, a las que Kant remite la ordenación de los arbitrios no es, en absoluto, vacío, como se aprecia con meridiana claridad con solo remitirse a otras formulaciones equivalentes del imperativo kantiano (*v. gr. tratar a los hombres como sujetos y no meramente como objetos*), sino que esa ausencia de un contenido concreto, al dejar a cada uno un amplísimo margen de elección, representa, precisamente, una salvaguarda de la igual libertad de todos.

Por otra parte, de la estructura lógico-objetiva de la acción se infiere que su sentido radica en la voluntad; si ello es así, en ella ha de residir el injusto del acto, que ya no puede definirse, al modo kantiano, como lesión o puesta en peligro de la libertad ajena, sino como voluntad contraria al Derecho, enemiga del Derecho. En consecuencia, la injusticia deja de ser *objetiva* y pasa a ser *personal*, es decir, afecta al sujeto de Derecho como tal que, en Jakobs, si no ofrece un mínimo de *seguridad cognitiva* de comportarse de modo que

el sistema normativo pueda tolerar, puede perder incluso la condición de persona para el ordenamiento jurídico. Ese es el llamado *Derecho penal del enemigo*, tan criticado y tan criticable¹⁰.

Así se manifiesta un conflicto entre la «nueva» *ontología del sentido* (la llamada hermenéutica) y la *libertad*, que se aprecia claramente en el debate acerca de la legalización del aborto: en la doctrina constitucional y penal alemana, que se ha plasmado en dos sentencias del Tribunal Constitucional Federal. En ellas se atribuye al feto una *dignidad* que, en términos kantianos, no podría ostentar, pues al carecer de libertad el feto ni puede determinar sus propios fines ni, por lo tanto, ser tratado como un *fin en sí*, como una *persona* que todavía no ha llegado a ser. La cualidad *óntica* de «feto humano» no basta, en términos ilustrados, para que su vida prevalezca sobre los derechos constitucionales de libertad de la mujer.

Creo que es suficiente lo dicho para demostrar la tesis de partida: la propuesta ideológica de la Ilustración no se ha autodestruido sino que, en el ámbito de la dogmática penal, ha sido derrotada por concepciones contrailustradas; y, en la medida en que del relato que acabo de hacer, se infiere que algo semejante ha sucedido en la filosofía. Todo parece apuntar a que de mi tesis particular pudiera deducirse otra más general, no referida solo al Derecho penal, sino al conjunto de la cultura.

Ese carácter universalizable de la hegemonía del pensamiento contrailustrado podría inducir a la inferencia de que, frente al pensamiento de la libertad, se trata de otro más profundo y, en definitiva, más correcto, fruto de la potencia intelectual de grandes pensadores, cuyo paradigma es Heidegger. Por ello quisiera acabar esta parte de mi exposición mostrando que esa inferencia es totalmente inaceptable. La completa demostración de esa tesis requeriría un análisis mucho más amplio que el que aquí puedo ofrecer; sin embargo, a fin de darle una credibilidad suficiente para llamar a la reflexión a partir de la cual revisar la valoración de esas ideas contrailustradas, creo que basta el siguiente esbozo.

4. HERMENÉUTICA ONTOLÓGICA VS. LIBERTAD

4.1. HEIDEGGER Y LA HERMENÉUTICA DE LA FACTICIDAD

La primera «ontología» heideggeriana, la ontología del sentido, nace de una interpretación de Aristóteles que Gadamer, el gran discípulo de Heidegger, ha desarrollado en una dirección distinta a la de su maestro, de quien dice que carecía de suficiente preparación y no sabía bastante griego para interpretar a Aristóteles.

En cuanto a la hermenéutica de la facticidad que Heidegger desarrolla yendo más allá de la mera interpretación del lenguaje, procede de una reinterpretación de Hegel, a cuyos análisis, según ha sentenciado Kojève, añade muy poco. Cabría matizar ese juicio diciendo que añade muy poco, pero quita mucho, a saber, todo el papel que en la filosofía de Hegel juega la libertad.

En su juicio crítico sobre la influencia de Heidegger, Karl Löwith remite al juicio de un amigo más joven, según el cual «[...] en *El Ser y el Tiempo*, hay algunos análisis fenomenológicos magníficos. Pero el todo es una ontología sin ser y, por eso, sin derecho a ese nombre. ¿Por qué se acepta de él algo que difícilmente se dejaría pasar a otro? El éxito de Heidegger me recuerda al otro “maestro”, Stefan George. En ambos encuentro a menudo banalidad sobre zancos y una profundidad que roza con lo grotesco»¹¹.

Dicho esto, que me parece suficientemente expresivo, quisiera terminar con un apunte sobre su relación con Tugendhat, que, en su *Introducción a la filosofía analítica*¹², dedicada a Heidegger, cuenta que llegó a Alemania con el propósito de profundizar en el estudio de la filosofía de este como muestra de la actitud conciliadora de un joven judío procedente del exilio. Pero en esa obra, tras analizar las ambigüedades de su ontología (pp. 92-93, n. 14), concluye que Heidegger comienza donde Wittgenstein acaba (p. 103). Y acaba, innecesario es decirlo, porque a su juicio empieza la falta de sentido que precisa de una reflexión terapéutica. Pues, como ha puesto de manifiesto Karl Löwith¹³ (y, en términos análogos, Popper), la historia universal como un todo no tiene sentido alguno, por mucho que quepa hablar del significado de una época determinada. Por eso, la ontología de Heidegger, para quien el ser universal tiene una extraña predilección, primero por Alemania y después por Occidente, no es sino un modo de pensar indigente que no puede justificar como nacidas de una superioridad esencial unas diferencias puramente históricas y, por eso, contingentes. El propio Heidegger ha renunciado a calificar su hermenéutica de ontología. Ahora habla de algo bien distinto: no de ontología, sino de mitología¹⁴. Eso le reprocha Habermas en sus *Escritos políticos*: abandonar la razón y arrojarse en los brazos del mito.

4.2. LA HERMENÉUTICA LINGÜÍSTICA DE GADAMER

Aunque la repercusión filosófica de la hermenéutica de Gadamer es menor que la de Heidegger —y también lo es su influencia en el ámbito del Derecho—, parece necesario dedicar una someras reflexiones a la ontología gadameriana, en la medida en que, al hallarse referida básicamente a textos lingüísticos, puede originar confusiones con el análisis del lenguaje procedente de Wittgenstein. Esa posibilidad de confusión se acrecienta porque Gadamer remite a menudo a Wittgenstein, especialmente a su idea de que el significado nace en diversos «juegos del lenguaje», hasta el punto de que, en alguna obra (*Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie* H. J. Koch)¹⁵, se engloba la hermenéutica gadameriana en el conjunto de la filosofía analítica, lo que quizá pueda resultar permisible desde la perspectiva del método. Pero lo cierto es que Gadamer trata de diferenciarse de la tradición del pensamiento puramente analítico en virtud de una pretensión ontológica, a la que se remite una y otra vez. En las pp. 401 y 402 del vol. II de *Verdad y método*¹⁶ lo hace en los siguientes términos:

«Pero el ceñirse a lo lógico reduce el horizonte problemático a una verificabilidad formal y elimina así la apertura al mundo que se produce en nuestra experiencia del mundo interpretada lingüísticamente. Esta es una constatación hermenéutica en la que creo coincidir de algún modo con el último Wittgenstein. El revisó los prejuicios nominalistas de su *Tractatus* y recondujo todo lenguaje a los contextos de la *praxis* vital. Es cierto que el resultado de esta reducción fue para

él ampliamente negativo. Consistió en la exclusión de todas las preguntas indemostrables de la metafísica y no en la recuperación de las mismas, por muy indemostrables que sean, escuchándolas desde la constitución lingüística de nuestro ser-en-el-mundo. Para estos efectos podemos aprender de la palabra de los poetas mucho más que de Wittgesntein».

A la ontología gadameriana se han opuesto muchas objeciones. Así, *v. gr.*, cabe citar la de Habermas, para quien «[...] ya *el conocimiento implícito de las condiciones de la comunicación sistemáticamente distorsionada* que de hecho se presupone al hacer uso, en términos de hermenéutica profunda, de la competencia comunicativa *basta para poner en cuestión la autocomprensión ontológica de la hermenéutica* que Gadamer desarrolla siguiendo a Heidegger»¹⁷.

No quisiera entrar en un argumentario de objeciones y contraobjeciones. Por lo tanto, intentaré refutar la ontología gadameriana utilizando los propios textos de Gadamer.

Una expresión paradigmática de sus pretensiones ontológicas es la obra *¿Quién soy yo y quién eres tú?*¹⁸, en la que, a través de un comentario del poema «Cristal de aliento», de Paul Celan, se pretende haber logrado un entendimiento personal tan completo que constituya una respuesta al problema ontológico de quién es el poeta y quién el comentarista.

No pretendo evaluar ese comentario: para rechazar cualquier clase de conclusión ontológica, baste decir que hay muchos otros, en principio no menos atendibles, que difieren del de Gadamer, hasta el punto de que en alguno de ellos (*Estudios sobre Celan*, P. Szondi¹⁹) se comenta la poesía de Celan rechazando toda clase de ontología. Añadiré que, en una obra posterior, *Towards a Phenomenology of Ritual and Language* (1992), el propio Gadamer ha partido de la afirmación de que las circunstancias del fin son las mismas que las del comienzo y que, por lo tanto, en nuestras discusiones y discursos no hay nunca *ni la primera ni la última palabra* (p. 25), aunque podamos lograr (limitadamente) un acuerdo pacífico, eso no sucede en virtud de una esencia preexistente, sino que es algo a lo que se llega (p. 27). Esas manifestaciones son, desde luego, incompatibles con la ontología.

Por otra parte, tratar de cifrar el verdadero sentido de las palabras recurriendo a lo que la poesía expresa, que no son sino emociones y sentimientos que van más allá de lo que las palabras dicen, me parece un modo de eludir el imperio de la razón y reemplazarlo por otras instancias: el sentimiento y el deseo. Los peligros que comporta esa postura no precisan ser subrayados.

4.3. DE WELZEL A JAKOBS

Aunque en Welzel y en Jakobs la facticidad determina la validez, lo hace de distinto modo: en Welzel, a través de lo que llama «estructuras lógico-objetivas», es decir, continuando la ontología de la facticidad heideggeriana; en Jakobs, por el contrario, toma un camino más radical, prescindiendo de elucubraciones ontológicas y apelando directamente a la sociología, es decir, a los hechos y al modo de comprenderlos en la sociedad. Así, se apela a lo que la gente siente y valora, y no a las palabras de la ley, para determinar la calificación concreta de los actos. Eso comporta dar un paso más en el terreno de la facticidad,

un paso en que esta se determina no como la realidad que pueda ser, sino atendiendo a los sentimientos que provoca en los grupos sociales más influyentes.

5. CONCLUSIONES

Primera

Pese a cuanto se ha dicho, diversos autores, entre ellos Nolte y Conche, han tratado de marcar una distancia entre la filosofía de Heidegger y el nacionalsocialismo. En mi opinión, son mucho más convincentes los testimonios contrarios.

Para mostrar la implicación de la filosofía de Heidegger en el nacionalsocialismo, quiero reproducir dos breves textos de Jaspers pertenecientes a sus *Notas sobre Heidegger*¹.

El primero reza así:

«El lenguaje de los discursos nazis de Heidegger es el mismo que el de su filosofía. Pero en esta el lenguaje se halla en confrontación con la realidad. Se ofrece vacío, recordando de lejos a Hitler, tomando giros de Hitler, reproduciendo así, lingüísticamente, la consonante hipocresía».

Por eso, Jaspers caracteriza la filosofía de Heidegger en los siguientes términos:

«La filosofía de Heidegger es: proclamación pensante de una verdad absoluta, en la tradición de esa corriente de la filosofía que no ha arrojado la herencia de la teología sino que la ha cambiado de sitio.

De ahí la alta pretensión autoritaria, la forma dictatorial de la presentación.

Por eso la concentración en la metafísica y solo metafísica bajo la forma de superación de la metafísica».

En resumen, fanatismo, totalitarismo y arbitrariedad: esos son, a juicio de Jaspers, los cimientos de la filosofía de Heidegger y sus fidelidades ideológicas y lingüísticas. De modo que, pese a que aunque dejara de nombrar a Hitler, siguió anclado en un pensamiento de corte nacionalsocialista cuyas consecuencias para las democracias, si llegara a implantarse en ella, podrían resultar letales.

Un modo en el que puede producirse esa incorporación es, como han mostrado las reflexiones anteriores, su introducción a través del sistema penal.

Segunda

La esencia del embate autoritario contra el Estado de Derecho, radica en el papel que en la determinación del Derecho juega la facticidad. Los hechos pueden obligar a cambiar el Derecho; pero ese cambio tiene unos límites, que Habermas expresa al describir la concepción paradigmática del Estado de Derecho democrático.

«Esa comprensión paradigmática, al igual que el Estado de Derecho mismo, conserva un núcleo dogmático, a saber, la idea de autonomía, conforme a la cual los hombres solo pueden actuar como sujetos libres en la medida en que solo obedezcan a leyes que ellos mismos se hayan dado conforme a las convicciones a que intersubjetivamente hayan llegado»².

Nada de eso hay, sin embargo, cuando desde concepciones como las que aquí se han criticado se elabora una mitología social cuyos calificativos pasan, sin más, a integrarse de un modo u otro en el sistema jurídico. Ese es un camino que, lamentablemente, ha ido siguiendo el legislador español en los últimos tiempos y que conduce, directamente, más allá de la democracia, transformándola poco a poco en un fascismo que no se atreve a decir su nombre. Y si esto es así, tiene pleno sentido la vuelta al Kant descrito en la primera parte, es decir, al Kant que sitúa la igual libertad de todos en el centro de su sistema y hace de ella la esencia misma del Derecho.

NOTAS

Las obras citadas en la introducción se hallan publicadas en los años que se indican en el texto por la editorial Tirant lo Blanch en Valencia y Río de Janeiro.

A la primera parte corresponden las siguientes notas:

1. Klug (1975: 86).
2. Nino (1978: 121 ss.).
3. Kant (1996: 590-591).
4. Wittgenstein, (1988: par. 269 ss.).
5. *Vid.* Ayer (1986).
6. Wittgenstein (1989: 63).
7. Kant (2012: 39).
8. *Ibidem*: 60.
9. Kant (1963: 111).
10. Kant (2012: 206-207).
11. *Vid., v.gr.*, Quine (1962).
12. Mayer (1937: 178 ss.).
13. *Vid.* Adorno y Horkheimer (2009).
14. Marxen (1975).
15. *Vid.* mi trabajo.
16. Quine (1962).

A la segunda parte corresponden las siguientes notas:

1. Klemperer (2016).
2. *Vid.* Neumann (1943).
3. Blumenberg (2008).

4. *Vid.* sobre todo Marxen (1975) y Muñoz Conde (2002).
5. Bloch (2011).
6. Welzel, ([1975] 2011: 49, n. 6). En versiones anteriores de esa obra, que no me han sido accesibles, parece que, según afirman varios autores, las referencias totalitarias eran absolutamente explícitas.
7. Welzel (1970: 15).
8. En Vives Antón (1995) describí y critiqué la posición de Mezger respecto de los valores, frente a los que adopta la metodología descrita por Cassirer, respecto de la que llama «ciencia cultural», olvidando que, cuando del Derecho se trata, es impropiciente tomar por valores jurídicos los que una determinada cultura sienta como tales, pues como señaló Max Ernst Mayer (1937), a este, al Derecho, corresponde una función crítica frente a los valores culturales. Al prescindir de dicha función crítica, Mezger opta por el ser (*sein*) frente al deber ser (*sollen*). Esta postura tuvo tremendas consecuencias y Mezger no fue ajeno a las mismas.
9. Welzel (1957).
10. *Vid. v. gr.* Jiménez Redondo (2009).
11. En Löwith (2006).
12. Tugendhat (2003).
13. Löwith (2002).
14. *Vid.* «La superación de la metafísica», en Heidegger (1994).
15. Koch (1976).
16. Gadamer (1977 y 1992).
17. Habermas (1998a: 300).
18. Gadamer (2001).
19. Szondi (2005).

A las conclusiones corresponden las siguientes notas:

1. Jaspers (1990).
2. Habermas (1998b: 532).

BIBLIOGRAFÍA

- ADORNO, Theodor W. y Max HORKHEIMER (2009): *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, Madrid: Trotta.
- ARAMAYO, Roberto R. (2009): *Cassirer y su Neo-Ilustración. La Conferencia sobre Weimar y el Debate de Davos con Heidegger*, Madrid: Plaza y Valdés.
- AYER, Alfred Jules (1986): *Wittgenstein*, Barcelona: Crítica.
- BAUMAN, Zygmunt (2010): *Modernidad y holocausto*, Madrid: Sequitur.
- BLOCH, Ernst (2011): *Derecho Natural y Dignidad Humana*, Madrid: Dykinson.
- BLUMENBERG, Hans (2008): *La legitimación de la Edad Moderna*, Valencia: Pre-Textos.

- CARNAP, Rudolf (1965): *La supresión de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje*, en A. J. Ayer (comp.), México: Fondo de Cultura Económica.
- FRISBY, David (1992): *Fragmentos de la modernidad*, Madrid: Visor.
- GADAMER, Hans Georg (2004): *Hermenéutica de la Modernidad*, Madrid: Trotta, Madrid
- (1977, t. I y 1992, t. II): *Verdad y método*, Salamanca: Sígueme.
- (2001): *¿Quién soy yo y quién eres tú?*, Barcelona: Herder, Barcelona, 2001.
- (2000): «Towards a Phenomenology of Ritual and Language» [1992] en H. G. Gadamer y L. Schmidt (2000): *Language and Linguisticity in Gadamer's Hermeneutics*, Nueva York, Lexington books.
- HABERMAS, Jürgen (1975): *Perfiles filosófico-políticos*, Madrid: Taurus, 1975.
- (1985): *Conciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona: Península.
- (1989): *El discurso filosófico de la modernidad*, Madrid: Taurus.
- (1998a): *La lógica de las Ciencias sociales*, Madrid: Tecnos.
- (1998b): *Facticidad y validez*, Madrid: Trotta.
- HABERMAS et al. (1985): *La posmodernidad*, Barcelona: Kairós.
- HEIDEGGER, Martin (1954): *Kant y el problema de la metafísica* F.C.E. México, 1954. Del mismo,
- (2014): *Interpretaciones fenomenológicas sobre Aristóteles*, Madrid: Trotta.
- (1987): *De camino al habla*, Barcelona: Ediciones del Serbal.
- (2009): *Ser y tiempo*, Madrid: Trotta.
- (2005): *Hegel*, Buenos Aires: Prometeo.
- (2010): *Caminos del bosque*, Madrid: Alianza Editorial.
- (2013): *Carta sobre el Humanismo*, Madrid: Alianza editorial.
- (1958): *La Época de la Imagen del Mundo*, Santiago: Ediciones de la A.U. de Chile.
- (1994): *Conferencias y artículos*, Barcelona: Ediciones del Serbal.
- Sobre HEIDEGGER existe una bibliografía muy extensa, cuya cita omito; pero sí quiero destacar las siguientes obras FAYE, Emmanuel (2009): *La introducción del nazismo en la filosofía*, Madrid: Akal, (que contiene una exposición del seminario sobre la filosofía del Derecho y del Estado de Hegel de 1934); WOLIN, Richard (2003): *Los hijos de Heidegger*, Madrid: Cátedra; GRAF VON KROCKOW, Christian (2017): *La decisión*, Madrid: Tecnos; GONZÁLEZ VARELA, Nicolás (2017): *Heidegger nazismo y política del ser*, Barcelona: Montesinos; OTT, Hugo (1992): *Martin Heidegger*, Madrid: Alianza Editorial; SAFRANSKI, Rüdiger (2015): *Un maestro de Alemania*, Barcelona: Tusquets; CONCHE, Marcel (2006): *Heidegger en la tormenta*, Santa Cruz de Tenerife, que remite la irracionalidad y el totalitarismo político al pensamiento global de Heidegger. He prescindido intencionadamente de analizar los llamados *Cuadernos negros* porque las obras de FARIAS y FAYE me dispensan de hacerlo.
- JANIK Allan y Stephen TOULMIN (1974): *La Viena de Wittgenstein*, Madrid: Taurus, esp. capítulo 3.
- JAKOBS Günther y Miguel CANCIO (2006): *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Civitas.
- JAKOBS Günther (2008): *El Derecho penal como disciplina científica*, Madrid: Civitas.
- JASPERS, Karl (1990): *Notas sobre Martin Heidegger*, Barcelona: Mondadori.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel (2009): «El diablo como persona en Derecho», en VV. AA., *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- KANT, Immanuel (1996): *Crítica de la razón pura*, Alfaguara, Madrid.
- (1990): *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Madrid: Espasa-Calpe.
- (1984): *Lo bello y lo sublime. La paz perpetua*, Madrid: Espasa-Calpe.
- (1963): *El conflicto de las facultades*, Buenos Aires: Losada.
- (2012): *La metafísica de las costumbres*, Madrid: Tecnos.
- KLEMPERER, Victor (2016): *LTI. La lengua del Tercer Reich. Apuntes de un filólogo*, Barcelona: Ed. Minúscula, 7ª reimpr.
- KLUG, Ulrich (1975) *Discusión I*, Barcelona: Barral.
- KÖHNKE, Klaus Christian (2011): *Surgimiento y auge del neokantismo*, México: Fondo de Cultura Económica.

- KOCH, Hans-Joachim (Hrsg.) (1976): *Juristische Methodenlehre und analytische Philosophie*, Bonn: Athenäum Verlag.
- LYOTARD, Jean-François (1984): *La condición postmoderna*, Madrid: Cátedra.
- LÖWITH, Karl (1992): *Mi vida en Alemania antes y después de 1933. Un testimonio*, Madrid: Visor, 1992.
- (2006): *Heidegger, pensador de un tiempo indigente*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- (2002): *Histoire et salut*, París: Gallimard.
- LLOBET RODRIGUEZ, Javier (2018): *Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LUHMANN, Niklas (1997): *Observaciones de la modernidad*, Barcelona: Paidós.
- MAYER, Max Ernst (1937): *Filosofía del Derecho*, Barcelona: Labor.
- MARXEN Klaus (1975): *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlín: Duncker & Humblot.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2002): *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo*, Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia.
- NEUMANN, Franz (1943): *Behemoth. Pensamiento y acción en el nacional-socialismo*, México, Fondo de Cultura Económica.
- NINO, Carlos Santiago (1978): *Discusión 2*, Barcelona: Barral.
- POPPER, KARL R. (1973): *La miseria del historicismo*, Madrid: Alianza editorial.
- QUINE, Willard Van Orman (1962): *Desde un punto de vista lógico*, Barcelona: Ariel.
- SALA ROSE, Rosa (2010): *El misterioso caso alemán. Un intento de comprender Alemania a través de sus letras*, Barcelona: Alba Editorial.
- SCHELER, Max (1942): *El formalismo en la ética y la ética material de los valores*, Madrid: Revista de Occidente.
- SCHMITT, Carl (2009): *El concepto de lo político*, Madrid: Alianza Editorial.
- (2009): *Teología política*, Madrid: Trotta.
- SZONDI, Peter (2005): *Estudios sobre Celan*, Madrid: Trotta.
- TUGENDHAT, Ernst (2003): *Introducción a la filosofía analítica*, Barcelona: Gedisa.
- VV. AA. (1996): *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona: Anthropos.
- VV. AA. (2007): *Néokantisme et Sciences Morales, Revue Germanique Internationale*, 6 París: CNRS Éditions.
- VILLACAÑAS, José Luis (2016): *Teología política imperial y comunidad de salvación cristiana*, Madrid, Trotta.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. (1995): «Dos problemas del positivismo jurídico» en *Íd., La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- WELZEL, Hans (1957): *Derecho natural y justicia material*, Madrid: Aguilar.
- (1964): *El nuevo sistema de Derecho Penal*, Barcelona: Ariel.
- (1970): *Derecho Penal Parte General*. Traducido de la 11ª ed. alemana por J. Bustos y Sergio Yáñez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ([1975] 2011): «Naturalismus und Wertphilosophie», en *Íd., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín: De Gruyter.
- WITTGENSTEIN, Ludwig (1988): *Investigaciones filosóficas*, Barcelona: Crítica
- (1989): *Observaciones*, México: Siglo XXI.

Fecha de recepción: 14 de marzo de 2019.

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2019.

KANT SOBRE EL DERECHO PENAL KANT ABOUT CRIMINAL LAW

Manuel Jiménez Redondo

*Catedrático de Filosofía
Universitat de València*

RESUMEN

En *La metafísica de las costumbres*, Kant planteó su «Doctrina del Derecho» y expuso sus argumentos en abierta polémica con Cesare Beccaria. La controversia no se limitaba a la pena de muerte; concernía también a la fundamentación de las penas y del propio Derecho penal, justificación sustentada en una reflexión sobre la igualdad y la libertad. El artículo analiza esta reflexión, ilustra la controversia antes mencionada y expone de manera pormenorizada las tesis de Kant sobre dos cuestiones que siguen siendo clave en la discusión contemporánea de la dogmática penal: la pena de muerte y el aborto.

PALABRAS CLAVE

Kant, Derecho penal, igualdad, fundamentación de las penas, pena de muerte, aborto.

ABSTRACT

The Metaphysics of Morals develops Kant's Law theory. Kant emphasizes his arguments within the discussion he hold with Beccaria. Not only concerning the death penalty, but also in relation to the foundations of punishment and criminal law. Particularly, he develops a deep reflection on equality and freedom. These both concepts are analyzed in this essay. To do this, we will focus on the Kantian approach to two key issues in the discussion of the criminal doctrine like the death penalty and the abortion.

KEY WORDS

Kant, Criminal Law, equality, fundamentals of punishment, death penalty, abortion.

KANT SOBRE EL DERECHO PENAL*

Manuel Jiménez Redondo

Catedrático de Filosofía
Universitat de València

Sumario: 1. De los delitos y las penas. 1.1. Ser libre y Derecho penal. 1.2. El fundamento de la pena, la igualdad. 1.3. Ley del talión; igualdad, pero no *simpliciter*, sino en el efecto. 1.4. El difícil cálculo de la igualdad en el efecto. 1.5. Igualdad literal, igualdad en el efecto, igualdad en la forma. 1.6. Utilidad, Derecho y ética. 1.7. Conclusiones. 2. Kant sobre la pena de muerte. 2.1. La pena de muerte. 2.2. Beccaria y Kant. 2.3. Los argumentos de Beccaria y de Kant. 2.4. El argumento de Kant. 2.5. El límite de la pena. 3. Una perspectiva kantiana sobre el aborto. 3.1. Libertad y tiempo. 3.2. Nacidos y no nacidos. 3.3. Kant sobre el «infanticidio materno». 3.4. Infanticidio materno y aborto. 3.5. Perspectiva kantiana sobre el aborto. 3.6. Dos recursos ante la indeterminación. Notas. Bibliografía.

1. DE LOS DELITOS Y LAS PENAS

De los delitos y las penas en general. Al capítulo titulado «El Derecho público», incluido en la «Doctrina del derecho» de *La metafísica de las costumbres*, sigue una «Observación general sobre los efectos jurídicos de la asociación civil» que contiene varias secciones. La sección E.1, dedicada a Derecho penal, es una de las partes más célebres de la «Doctrina del derecho» de Kant, dada la postura que este adopta sobre de la pena de muerte en oposición a la que Cesare Beccaria defiende en *De los delitos y las penas* (1764). Este libro de Beccaria es el texto que, en su obra *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (1975), Michel Foucault considera el pórtico del *Panóptico* de Bentham. En la propuesta de la organización estatal de las penas que allí propone Bentham se reflejarían, por lo demás, rasgos esenciales de la época moderna, pero no podemos entrar en esto.

En lo que se refiere a orientaciones de principio, la obra de Beccaria marca, pues, el tránsito que va de la *Constitutio criminalis carolina* (1532) —por señalar un ejemplo de código penal vigente en la Europa prerrevolucionaria— a los códigos penales que se siguen de los principios de la Revolución francesa. Se publica en la segunda mitad del siglo XVIII y es, por tanto, anterior a la Revolución, aunque, naturalmente, bebe de las ideas y los principios que la inspiran, sobre todo de *El contrato social* (1762) de Rousseau, tal como aquellos principios quedarían reflejados en la Declaración de los derechos del hombre y el ciudadano de 1789. La «Doctrina del derecho» (1797) de *La metafísica de las costumbres*

* El presente texto forma parte de una edición comentada de *La metafísica de las costumbres* de Kant, de próxima aparición.

de Kant representa, a su vez, un análisis, articulación y demostración de la copertenencia de los principios de esa Declaración. Es una exposición de los principios de la modernidad jurídica y política.

Pues bien, sobre la base de los aquellos principios, Beccaria defiende apasionada y decididamente —con «compasiva sensiblería» como dice Kant— la abolición de la pena de muerte, que estima contraria a lo que deben considerarse principios racionales del Derecho penal, mientras que Kant la defiende como componente del imperativo categórico penal de la razón (Nietzsche hablaría de la crueldad del imperativo categórico). Pero argumentaríamos *muy mal* si de antemano diésemos por inadmisibles la pena de muerte y después, precisamente por ello, simpatizásemos con los argumentos de Beccaria y nos resultasen antipáticos los de Kant, e incluso si algunas de las observaciones de este último nos resultasen siniestras —como aquella, citada una y otra vez, de acuerdo con la cual «[...] si una sociedad civil se disolviese por asentimiento de todos sus miembros (por ejemplo, si un pueblo que habitase una isla decidiese separarse y dispersarse por todo el mundo), antes habría de ser ejecutado todo asesino que se encontrase en prisión para que cada uno sufra lo que merece por sus hechos y para que ese delito de sangre no pese sobre el pueblo que no ha exigido el castigo; pues se le puede considerar participe de esa vulneración pública de la justicia» (Kant, [1797] 1978: 455)—. No se trata, pues, de argumentar a favor de la posición de Beccaria y contra la de Kant, sino de algo distinto.

Kant contra Kant. Cuando se los mira desde la *ley del talión*, entendida tanto como instrumento de la venganza privada como de la justicia pública, los argumentos de Beccaria son muy flojos, tal como Kant los expone, y los expone bastante bien si se cotejan con el libro de Beccaria. Los argumentos sólidos son los de Kant. Pero precisamente del análisis de los argumentos que Kant desarrolla contra la posición Beccaria en E.1, que no hay más remedio que considerar conjuntamente con los del § 6 (sobre el suicidio) contenidos en la «Doctrina de la virtud» (la segunda parte de *La metafísica de las costumbres* de Kant), se sigue categóricamente, como cuestión de principio, la inadmisibilidad jurídica de la pena de muerte. La posición explícita de Kant sobre la pena de muerte es completamente antikan-tiana. La ley penal no es, entonces, un imperativo categórico que categóricamente incluya para el delito de homicidio doloso (asesinato) la pena de muerte del asesino, sino que es un imperativo categórico que categóricamente excluye para el delito de homicidio doloso la pena de muerte —al igual que, por ejemplo, para el delito de violación, categóricamente excluye la pena de violación del criminal—. La ley penal es un imperativo categórico de la razón que excluye categóricamente castigar un delito cometiendo la misma acción categóricamente rechazable en que el delito consiste. Y, según el propio Kant, privar deliberadamente a otro de la vida siempre es categóricamente rechazable, incondicionalmente reprochable, salvo en caso de autodefensa (en la que, tomada con la suficiente amplitud, puede incluirse la guerra, pero no la pena de muerte ni siquiera en situación de guerra). Es decir, el Derecho estatutario que incluya en el Derecho penal la pena de muerte contraviene lo que, conforme a la argumentación de Kant, son los principios racionales del Derecho. En lo que sigue repasaré brevemente la argumentación completa de Kant.

1.1. SER LIBRE Y DERECHO PENAL

En el primer párrafo del E.1, después de referirse brevemente a la diferencia entre Derecho civil y penal, Kant introduce inmediatamente la idea más importante, que, naturalmente, es la del ser libre mismo, esto es, la idea del hombre como un fin en sí. Ello determina el todo de la argumentación de E.1. Dice: «La pena no puede nunca imponerse meramente para fomentar algún bien, ya sea para el delincuente mismo, ya sea para la sociedad, sino que debe siempre imponérsele solo porque ha delinquido; pues el hombre nunca puede ser tratado meramente como medio para las intenciones de otro y mezclársele así con los objetos del derecho de cosas, pues de ello le protege su personalidad innata [es decir, su derecho innato de libertad, por tanto su ser libre, su carácter de fin en sí], aunque pueda ser condenado a perder la personalidad civil [derecho de voto, etc.]. Tiene que ser encontrado culpable antes de poderse pensar siquiera obtener de esa pena algún provecho para él o para los conciudadanos. La ley penal [el Derecho penal] es un imperativo categórico» (*Ibidem*: 453). Es decir, la ley penal nunca puede ser un imperativo del tipo: «Si quieres conseguir tal o cual cosa, entonces debes actuar de esta o aquella manera», sino que ha de ser siempre un imperativo que adopte la siguiente forma «Debes actuar de tal o cual manera» incondicionalmente.

De la afirmación inicial («La pena no puede imponerse meramente para conseguir un bien, ya sea para el propio delincuente ya sea para la sociedad») no se sigue que, al tratarse de justicia pública, la pena no pueda tener a la vez una finalidad disuasoria o preventiva ni que su ejecución no pueda tener a la vez el sentido de rehabilitación. Es decir, la teoría de la pena de Kant no es una «teoría mixta», pero no excluye los aspectos en los que otras teorías de la pena ponen el énfasis. Pero el *sentido primero* de la ley penal, que es un imperativo categórico, es que la pena se impone porque se ha delinquido y solo por eso; lo demás ha de entenderse en un sentido colateral o derivativo, por importante que sea, so pena de convertir lo que es un imperativo categórico en un imperativo condicionado, es decir, sujeto a un fin o condición. Y, por supuesto, afirma Kant, la ley penal concebida como imperativo categórico excluye cualquier *desconexión* entre el delito y la pena en el sentido positivo o negativo de *utilidad* conforme a aquella frase del evangelio de San Juan: «Es preferible que un hombre muera a que todo el pueblo perezca».

1.2. EL FUNDAMENTO DE LA PENA, LA IGUALDAD

En el párrafo tercero de E.1, Kant se pregunta «cuál es el grado de castigo que la justicia pública ha de ponerse como criterio». Y su respuesta es clara en abstracto: «No puede haber otro criterio que el principio de la igualdad (en el fiel de la balanza de la justicia), el principio de no inclinarse más a un lado que a otro» (*Ibidem*: 453)¹. En eso mismo que haces vulnerando la ley tiene que consistir la pena: «El mal que indebidamente haces a otro, te lo haces a ti mismo; ofendes a otro, te estás ofendiendo a ti mismo; golpeas a otro, te estás golpeando a ti mismo; robas a otro, te estás robando a ti mismo; matas a otro, te estás matando a ti mismo» (*Ibidem*: 454).

El concepto subyacente a esas igualdades que definen el grado de la pena es también la explicación de la idea de que la ley penal es un imperativo categórico. Kant no lo hace explícito, pues lo considera obvio. Es la ley que proviene de tu ser libre, de tu carácter de fin en sí y que *por eso vale para todos por igual* la que, siendo pública y haciéndose valer, categóricamente exige que se haga públicamente patente en ti la inversión que has practicado de ella. Lo que has hecho con los demás, si es que has de quedar a la altura de tu propia universalidad, ha de ser igualmente válido para ti y cumplirse en ti. Solo así, invirtiendo de este modo tu inversión, se hace efectiva la ley en su necesidad y universalidad práctica. Pues en tu universalidad, en tu carácter de un cualquiera a quien se refiere la ley, no puedes sostener la idea de no querer que esa inversión no se cumpla también en ti. De hecho — dice Kant —, nadie protesta cuando, tras haber cometido un delito, el tribunal de justicia le impone la pena que evidentemente merece. Es el tribunal, que encarna el hacerse valer de la ley, y que representa, por tanto, al *homo noumenon*, el que impone la pena al *homo phaenomenon*.

1.3. LEY DEL TALIÓN; IGUALDAD, PERO NO SIMPLICITER, SINO EN EL EFECTO

Sería entonces la ley de la represalia, la ley del talión, ejercida por la justicia pública, representante de la universalidad efectiva de la ley, nunca por la justicia privada, la única que puede determinar la cualidad y la cantidad de la pena, «[...] pues todas las demás oscilan de acá para allá y, a causa de que se mezclan otras consideraciones, no pueden contener adecuación alguna con la justicia pura y estricta» (*Ibidem*: 454). Con el tipo de humor grueso que le caracterizaba en estos casos, Hegel bromeaba sobre esta reivindicación kantiana del «ojo por ojo y diente por diente» como criterio penal afirmando que, para aplicarlo, el delincuente no tenía que haber perdido la vista o que tenía que quedarle algún diente.

Pero Kant añade enseguida que, al hablar de igualdad, no se trata de *igualdad literal*, sino de la *igualdad en el efecto*. La pena habría de tener el mismo efecto que el acto por el que aquella se impone como castigo. Ahora bien, contra lo que Kant parece pretender en nombre de la «justicia pura y estricta», para poder establecerse la igualdad en el efecto no hay más remedio que mezclar consideraciones que, al igual que a otros criterios —también a la ley del talión—, la hacen oscilar de acá para allá y de allá para acá. Así, dice Kant, cuando un hombre muy acaudalado ha hecho algo que puede calificarse como una ofensa verbal a otro de condición social muy inferior, no basta con una multa, sino que la pena que se le imponga ha de tener por efecto una humillación equivalente; y, naturalmente, tal equivalencia no puede establecerse sin un grado considerable de apreciación de las circunstancias y de discrecionalidad. Por ejemplo, aparte de la multa, habría que obligarle a pedir públicamente perdón al ofendido y a besar su mano. Igualmente, si un noble golpea a un ciudadano «inocente y de rango inferior», la pena impuesta no debería únicamente consistir en la petición de perdón al sujeto pasivo, sino también en un periodo de arresto, etc. Así debería cumplirse aproximadamente (pero solo aproximadamente, conforme al efecto, aunque no conforme a la letra, o desde luego no solo conforme a la letra) lo que la ley de represalia ejercida por la justicia pública exige.

1.4. EL DIFÍCIL CÁLCULO DE LA IGUALDAD EN EL EFECTO

En el tercer ejemplo propuesto por Kant, la igualdad o equivalencia que «la sentencia de la justicia pura y estricta» exige entre el acto cometido y la pena que se impone por el acto cometido no puede establecerse (ni literalmente ni en lo que se refiere a efecto) si no es introduciendo una radicalidad que habría a su vez que justificar. La pena que habría que hacer equivalente al acto que se castiga exige una interpretación de este y, en todo caso, una estimación del alcance de sus consecuencias que, en diversas direcciones, tiene un amplísimo margen de variación y en la que la *igualdad* reclamada por la ley del talión empieza a no ser reconocible sin más ni como *igualdad literal* ni como *igualdad en el efecto*.

Kant dice: «Pero ¿qué quiere decir que cuando robas te robas a ti mismo? Quien roba hace insegura la propiedad de todos los demás; se priva a sí mismo (conforme a la ley de la represalia) de la seguridad de toda posible propiedad; por tanto, no tiene nada, y no puede tampoco adquirir nada; pero quiere vivir, lo cual no es posible de otro modo que si otros lo alimentan. Y porque eso el Estado no lo hará *gratis*, aquel habrá de cederle sus fuerzas para los trabajos que el Estado estime oportunos (trabajos forzados o presidio), pasando así a la situación de esclavo durante cierto tiempo o de por vida según se estime» (*Ibidem*: 454).

Pero ya a este propósito escribe Hegel en su *Filosofía del Derecho*: «Al cobrar la propiedad y la personalidad reconocimiento y validez jurídica en la sociedad civil, el delito ya no es vulneración de algo subjetivo sino que es una vulneración de la cosa pública y universal que tiene en sí una existencia fija y sólida. Con eso entra en juego el punto de vista de la peligrosidad de la acción para la sociedad, mediante lo cual se ve reforzada por un lado la magnitud del delito [al entenderse que afecta a todos], pero por otro lado el poder de la sociedad que se ha vuelto seguro de sí mismo rebaja la importancia de la vulneración e introduce, por tanto, una mayor suavidad en el castigo» (Hegel, 1821: § 216). En lo referente a vulneraciones de lo mío y lo tuyo externos, relativos a cosas y prestaciones, solo determinados delitos que pusiesen en peligro muy amplios sectores de eso mío o tuyo se avendrían hoy con esta radical interpretación que en la perspectiva de la ley de represalia Kant hace del tipo de acción delictiva que es el robo y de la pena que ese delito exige. Por lo general, el significado de un robo o un hurto dista mucho de tener el alcance que Kant quiere atribuirles: hacer en principio insegura la propiedad en general.

1.5. IGUALDAD LITERAL, IGUALDAD EN EL EFECTO, IGUALDAD EN LA FORMA

Pero en una recensión no firmada de *La metafísica de las costumbres* de Kant, un crítico de Gotinga² pone a Kant ante tipos de delitos para cuyo castigo, definitivamente, no se puede apelar ni a una igualdad entre el acto y la pena que el acto merece ni en sentido *literal* ni en lo que se refiere al *efecto*. Se trata, en un caso, de un acto con el que se vulnera con particular gravedad lo «suyo interno» de alguien, pero al que de ningún modo le puede corresponder como pena algo igual ni *literalmente* ni en lo que se refiere a *efecto*, dado que la aplicación de tal pena sería un «delito contra la humanidad», dice Kant, punible a su vez. Es el delito de *violación*. El segundo delito es el de *bestialismo*. Este último estuvo ausente durante mucho tiempo en los códigos penales y ha vuelto a reaparecer en los códi-

gos penales europeos durante el siglo XXI, entre ellos el Código Penal español, que, tras la reforma operada por la LO 10/2015, de 30 de marzo, incluyó en el tipo de maltrato animal la «explotación sexual de los animales»: es, por tanto, necesario determinar el alcance que ha de tener aquí el término *explotación*. Como sea, en ambos casos se trata de delitos que no tienen «réplica», es decir, que a la hora de fijar la pena que habría de corresponderles no puede apelarse a la ley de la represalia ni en el sentido de una igualdad literal ni de una igualdad conforme al efecto.

Y sin embargo, aun en este tipo de delitos que no tienen reciprocidad, en su respuesta publicada como apéndice a la segunda edición de la «Doctrina del derecho» Kant sigue apelando a la ley del talión «en cuanto a forma»: «Sigo teniendo la ley del talión por la única idea determinante *a priori* (es decir, no dependiente de la experiencia, que sería la que proporcionaría a este propósito los medios más poderosos, pero no se trata de eso), por la única idea determinante *a priori*, digo, como principio del Derecho penal. Pero, ¿qué hacer entonces cuando se trata de las penas de delitos que no admiten reciprocidad o réplica, o bien porque esta es en sí imposible o porque incluso sería un delito punible contra la humanidad, como es, por ejemplo, la violación; o igualmente el delito de pederastia o el de bestialismo. A los dos primeros se les debería imponer la pena de castración (como la de un blanco o un negro en un serrallo), y para el último la pena habría de ser la de expulsión y exclusión para siempre de la sociedad civil porque [el delincuente] se ha hecho indigno de la sociedad humana [...] *Per quod quis peccat, per idem punitur et idem* [mediante aquello que alguien peca, mediante eso mismo es castigado también lo mismo]... Imponerle penas discrecionales va literalmente en contra del concepto de justicia penal» (Kant, [1797] 1978: Apéndice, 487 ss.). Esto último es quizá para Kant lo decisivo.

Ahora bien, contra lo que sostiene Kant en la cita que acaba de reproducirse, estas penas para los delitos que no tienen réplica no son admisibles. La mutilación, conforme a los propios principios de Kant, es una vulneración del derecho de la humanidad en nosotros y, por tanto, no es admisible como pena. Y por lo que respecta a la pena que propone para castigar el delito de bestialismo, habría que empezar preguntando a causa de qué vulneración se impone esa pena. Pues según el propio Kant, los animales, al no ser seres libres, no tienen derechos, esto es, no hay relación jurídica con ellos. Por tanto, a través de la comisión del delito de bestialismo no se estarían vulnerando, conforme a lo que dice Kant, sino los derechos de la humanidad *en nuestra propia persona*, pero no se ve bien qué igualdad podría guardar con el delito la pena que Kant sugiere ni en cuanto a la *letra* ni en cuanto al *efecto* ni en cuanto a la *forma*, pues no se ve, o no se ve sin más, en qué sentido el delito de zoofilia o de «explotación sexual de los animales» implica algo así como una autoexclusión o autoexpulsión de la sociedad humana y la reducción a una sociedad animal.

1.6. UTILIDAD, DERECHO Y ÉTICA

En una nota en su contestación al recensor de Gotinga recogida en el Apéndice a la segunda edición de la «Doctrina del derecho» de la *La metafísica de las costumbres*, Kant precisa el sentido de todo lo que está diciendo. Es una de esas breves observaciones que

deja esquemáticamente a la vista el sentido de toda la filosofía moral y jurídica de Kant. Dice: «Ha de distinguirse entre justicia penal (*iustitia punitiva*) en la que el argumento de la punibilidad tiene carácter moral (*quia peccatum est*, se castiga porque se ha delinquido) y la prudencia penal en la que el argumento es pragmático (*ne peccetur*, se castiga para que no se delinca) y que se basa en la experiencia de aquello que tiene el efecto más fuerte para disuadir del delito. Lo primero tiene en la tópica de los conceptos jurídicos un lugar muy distinto, el *locus iusti*, el lugar de lo *justo*, y no el lugar de lo *conducibilis* (provechoso, o ventajoso), ni tampoco de lo simplemente *honesto*, cuyo lugar ha de buscarse en la ética» (*Ibidem*: 487 ss.).

Es decir, el sentido de todo lo que se está diciendo es que, a diferencia de la prudencia penal, cuyo lugar es el de lo *útil* y ventajoso —y que, por tanto, solo puede basarse en la reglas dimanantes de la experiencia relativas a la obtención de fines—, el lugar de la justicia penal es el lugar de lo *justo* y, por tanto, no puede tener otra base que principios *a priori*, principios necesarios, relativos a la forma de la relación entre arbitrios en cuanto libres, cualesquiera que sean los fines que esos arbitrios puedan perseguir. También los principios de la ética son *a priori*, no derivan de la experiencia, pero el lugar de ellos no es el de lo *justo*, sino el de lo *honesto*, es decir, ni son reglas prudenciales ni principios relativos a la forma de la relación entre los arbitrios cualesquiera que sean los fines que estos puedan perseguir, sino principios relativos a *fin*es que yo *debo* proponerme, a fines, por tanto prácticamente necesarios, que, por ser *fin*es, solo puedo proponérmelos yo, de suerte que, en el caso de que otros quisieran imponérmelos, y más allá de que eso es imposible, no me estaría tratando como un fin en sí, sino como un medio para lo que son fines suyos, aunque el fin fuese mi propia perfección. Como no hay otro fin que yo *deba* proponerme que el ser-libre mismo como fin en sí (y lo que de él deriva), ética y Derecho tienen una misma base, pero precisamente esa base exige la separación entre ambos y la distinción de ambos de una doctrina prudencial de la felicidad.

1.7. CONCLUSIONES

La justicia penal nunca puede disolverse en *prudencia penal* ni hacerse equivalente a ella. Y en el orden de lo *justo*, la única idea *necesaria* que cabe colegir aquí que pueda considerarse principio de la justicia penal es el *ius talionis*, ya sea en sentido de *igualdad literal* entre el delito y la pena (que hemos visto que no basta), de *igualdad en el efecto* (que hemos visto que no es precisable sin más) o de *igualdad en la forma* en el sentido de una *proporcionalidad* atendida a la máxima *per quod quis peccat, per idem punitur et idem* (que hemos visto que, en definitiva, resulta igual de imprecisa).

Y sin embargo, para Kant la proporcionalidad de la pena con aquello por lo que se impone la pena tiene que venir dada por el «pecado» que se ha cometido, por el propio hecho punible. Lo mismo tiene que ser castigado con lo mismo. Contravendría la justicia el hecho de que la relación entre el tipo penal y el derecho que se quiere proteger con ese tipo penal fuese, dice Kant, *willkürlich* (que aquí habría que traducir no como «arbitraria» sino como «discrecional» o incluso «convencional», esto es, no «necesaria», «contingente»),

por muy sopesada que sea esa discrecionalidad. Se castiga *quia peccatum est* porque se ha cometido un delito, *primariamente* por ello y no por ninguna otra cosa ni para ninguna otra cosa y el criterio de la pena que ha de imponerse es que *per quod quis peccat, per idem punitur et idem*. Para Kant, ello quiere decir que aquello con que el delito se castiga tiene que venir indicado de antemano, *a priori*, en su «cualidad y cantidad» (aunque ello solo haya de ser formalmente) por el delito mismo; la pena es aquello que vuelve a poner las cosas en su sitio en términos de justicia «pura y estricta».

Vemos, no obstante, que no parece que esto pueda ser así ni en lo que se refiere a la letra, ni en lo que se refiere al efecto ni en lo que se refiere a la forma. El código penal es un imperativo categórico de la razón, pero ni en su contenido, ni en su efecto ni en su forma parece poder venir determinado *a priori*, a no ser que por forma se entienda simplemente *proporcionalidad*, si bien se trata de una proporcionalidad cuyo contenido hay que excogitar, si no inventar, y que no parece venir dado *a priori*, como Kant parece querer.

En el Código Penal napoleónico de 1810 y en los códigos penales inspirados en el mismo, las penas se reducen principalmente a penas monetarias o de multa, a penas de cárcel y a la pena de muerte. Los delitos han quedado reducidos a tipos de vulneración del derecho de libertad o de vulneración del derecho de lo que Kant llama el derecho de libertad «ampliado mediante el postulado de la razón práctica» (*Ibidem*: 354), es decir, lo mío y lo tuyo internos o de lo mío y lo tuyo externos; la pena correspondiente es la de la privación de libertad o de privación económica de posibilidades de hacer. La relación del tipo de vulneración con el tipo de pena no puede, pues, pensarse sino como discrecional (*willkürlich*) en función de la gravedad que se atribuya al delito. Se castiga porque se ha delinquido y no para que no se delinca, pero el tipo de pena —siempre principalmente de multa o de privación de libertad— no cabe cifrarlo sin más en la vulneración misma, no viene dado *a priori* por esta, sino que debe ser establecido, y aquí no tienen más remedio que introducir todas las consideraciones relativas a la prevención y la rehabilitación. Kant no las excluye, pero sí expresa su temor a que estas alteren o provoquen el desvío de lo que, a su entender, debería ser la justicia «pura y estricta» —que, en lo que respecta a las penas, no siempre se sabe bien en qué podría consistir—.

2. KANT SOBRE LA PENA DE MUERTE

2.1. LA PENA DE MUERTE

La pena de muerte, que estuvo vigente en las democracias liberales europeas hasta los años setenta u ochenta del siglo XX —y que aún lo está en Estados Unidos, principalmente para el delito de homicidio doloso (asesinato) sin ninguna clase de atenuantes—, representa el caso de pena que guarda con el delito aquella igualdad que la justicia penal «pura y estricta» exige. En ella, el principio de *igualdad*, la ley del talión, se cumple en su dimensión *literal*, en su vertiente de *efecto* y en su faceta de *per quod quis peccat, per idem punitur et*

idem, es decir, por su lado de *forma*. En cierto modo, la pena *capital* es la más importante de todas, la que proporciona el modelo para el tipo de relación *a priori* entre delito y pena que Kant tiene en mente; los criterios que cumple la pena capital son los que todas las demás habrían de cumplir. «Pero si ha asesinado, tiene que morir. Aquí no hay ningún sucedáneo que satisfaga a la justicia. Pues no hay ninguna similitud entre la vida por llena de aficciones que esté y la muerte, y, por tanto, tampoco puede haber otra igualdad entre el delito y la represalia que la establecida mediante la muerte judicialmente ejecutada en el autor, una muerte libre de toda maltrato que pudiese convertir la humanidad de la persona que la sufre en un espantajo» (*Ibidem*: 455).

2.2. BECCARIA Y KANT

En su libro *De los delitos y las penas* ([1764] 1774), Cesare Beccaria aboga por la abolición de la pena de muerte. Más de dos terceras parte de la sección E.1 de la «Observación general sobre los efectos jurídicos que se siguen de la naturaleza de la asociación civil» de la «Doctrina del Derecho» de *La metafísica de las costumbres* de Kant están dedicadas a rebatir los argumentos de Beccaria. Esta sección no queda completa, como dije al principio, sin leer conjuntamente con ella el § 6 de la «Doctrina de la virtud», dado que en la mentada sección E.1 Kant deja de lado el punto fuerte de la argumentación de Beccaria, que este no sabe encuadrar de forma adecuada. Kant ataca el argumento de Beccaria por su lado más débil y lo deshace. Lo sustituye por una argumentación sólida en la que, sin embargo, cabe el punto fuerte de la argumentación de Beccaria, que Kant sigue dejando de lado. Ahora bien, Kant hace suyo ese punto en el § 6 de la «Doctrina de la virtud» al hablar del suicidio. Si se une la argumentación de E.1 con la argumentación del párrafo § 6, se obtiene una contundente argumentación kantiana contra la pena de muerte. Esa unión está hecha por el propio Kant, pues es él mismo quien, en ambos párrafos, no solo utiliza exactamente los mismos conceptos, sino una misma terminología.

2.3. LOS ARGUMENTOS DE BECCARIA Y DE KANT

Tal como lo expone Kant, y lo expone bien, Beccaria argumenta que toda pena de muerte es contraria a Derecho, dado que no puede venir contenida en el contrato original; si así fuera, cada uno en el pueblo habría tenido que dar su asentimiento a perder su vida si mata a otro. Pero ese asentimiento es imposible «porque nadie puede disponer de su vida». Pues bien, aunque deja de lado este último inciso, Kant entiende que todo esto es pura sofistería.

El castigo —dice Kant— no es algo que alguien sufra porque lo quiera, sino por haber querido una acción punible: entonces pone en marcha la ley de la igualdad entre delito y pena, pena que él, ciertamente, no quiere, pues no sería castigo alguno que a alguien le suceda lo que quiere y es completamente imposible querer ser castigado. «Por tanto, decir que quiero ser castigado si asesino a cualquiera lo único que puede significar es que me someto junto con todos los demás a leyes que, naturalmente, si hay delincuen-

tes en el pueblo, incluirán también leyes penales. No es posible que yo, como legislador que dicta la ley penal, sea la misma persona que la que como súbdito es castigado conforme a esa ley. Pues precisamente como delincuente no es posible que yo tenga voz en la legislación (pues el legislador es *santo*). Así pues, cuando yo dicto contra mí una ley como delincuente es la *razón pura jurídico-legisladora en mí* (el *homo noumenon*, el legislador santo) la que en la comunidad ciudadana me somete junto con todos los demás a la ley penal como a alguien susceptible de delinquir y, por tanto, como a otra persona» (Kant, [1797] 1978: 457).

Conforme a la «Doctrina del Derecho», un «Estado jurídico» (un Estado de Derecho) es un orden articulado conforme a la idea de una voluntad unida con carácter general *a priori*, es decir, conforme a principios, legisladora y que hace valer la ley que dicta. Y, por supuesto, es la razón pura práctica en mí, *homo noumenon*, la idea a la que, en el fenómeno, como *homo phaenomenon*, quedo sujeto. La ley penal proviene también de una voluntad general unida *en idea* en tales términos. Beccaria confunde esto con el hecho de que yo, individuo empírico, pueda aceptar ser privado de la vida si mato deliberadamente a otro, y difícilmente puede aceptar eso alguien que no deteste su vida. Pero esta voluntad no es aquella voluntad unida conforme a principios con carácter general, legisladora, que es capaz de hacer valer lo que legisla. El argumento de Beccaria sería, pues, un sofisma en el que se confunde lo *empírico* con lo *a priori*.

2.4. EL ARGUMENTO DE KANT

Pero en la exposición que Kant hace de la argumentación de Beccaria este decía que «nadie podía asentir a eso» porque «nadie puede disponer de su vida». La forma verbal latina *disponieren* que Kant emplea raras veces es la misma que, junto con la distinción entre *homo phaenomenon* y *homo noumenon*, Kant emplea en la «Doctrina de la virtud» a propósito del *disponer de la propia vida*, del suicidio.

Pero Kant argumenta contra el suicidio en términos tales que lo convierte en un caso particular del quitar la vida, dado que lo que dice es que el hombre no puede dar por supuesto (como hace el suicida) que puede disponer de su vida porque, en cuanto fin en sí que es, no puede disponer de su vida ni disponer de la vida de nadie: ni él ni nadie. «Aniquilar al sujeto de la eticidad en la propia persona, es tanto como eliminar del mundo la eticidad en lo que se refiere a la existencia de esta, la cual (la eticidad o la existencia de esta) es un fin en sí mismo; por tanto, disponer de sí como simple medio para el fin que sea [e igualmente, por tanto, disponer en el otro de ella para el fin de hacer justicia] significa no respetar la humanidad en su persona (*homo noumenon*) a la que el hombre estaba confiado para conservarla» (*Ibidem*: 554).

Así pues, de la voluntad general unida conforme a principios, legisladora y capaz de imponer lo que legisla no puede formar parte una ley penal que establezca la pena de muerte, pues ello contraviene principios. Resulta, pues, que es Kant quien da alcance, fundamentándola en términos adecuados, a aquella idea de Beccaria según la cual que no es admisible la pena de muerte «porque nadie puede disponer de su vida», idea que, según

Kant, Beccaria no lograba fundamentar. La fundamenta Kant remitiéndose a la idea del ser libre como fin en sí, si leemos conjuntamente E.1 y el § 6 de la «Doctrina de la virtud» sobre el suicidio. Así, al menos, lo entiendo.

2.5. EL LÍMITE DE LA PENA

Si, por tanto, el delito de homicidio doloso es un delito que, al igual que el de violación, no tiene reciprocidad en la pena, es entonces el legislador el que ha de establecer *discrecionalmente* (*willkürlich*) la proporción entre el delito y la pena, pues del delito (ni en el caso del asesinato ni en el de ningún otro) no se sigue ni puede seguirse ya inmediatamente y sin más ni la «cualidad ni la cantidad» de la misma, sino que eso es algo que ha de establecer el legislador. La pena se impone principalmente *quia peccatum est* (porque se ha delinquido) y no *ne peccetur* (y no para que no se delinca). Una vez impuesta, y aunque haya de «estar orientada a la reeducación y la reinserción», tampoco es este *primariamente* su fin. En definitiva, la ley penal es un imperativo categórico de la razón, y todo ello se basa, para Kant, en la idea de ser libre, en la condición del hombre de ser un fin en sí (y, por tanto, en la idea de que, precisamente como libre, no puedo por menos que querer siempre ya que se cumpla también en mí inversión de la universalidad la ley, que yo he introducido). Sea dicho una vez más: «La pena se impone porque se ha delinquido, pues el hombre nunca puede manejarse meramente como un medio para los fines de otro [tampoco para los fines de rehabilitación] mezclándolo así con los objetos del Derecho de cosas, pues contra eso lo protege su personalidad innata [es decir, su ser libre, su carácter de fin en sí]» (*Ibidem*: 453). Es decir, en un «Estado jurídico» la pena se impone por la vulneración del carácter de la persona como fin en sí y, por tanto, la pena tiene *a priori* por límite ese carácter. La proporcionalidad de la pena habrá de excogitarla el legislador atendiendo a ambas cosas, dado que, conforme a lo que hemos visto, parece que es precisamente eso lo que, conforme a los principios kantianos, aparte de excluir la pena *capital* excluye también que en su «cualidad y cantidad» la pena pueda venir determinada *a priori*, como parece suponer Kant en su voluntad de dar forma rigurosa a las primeras ideas ilustradas sobre Derecho penal.

3. UNA PERSPECTIVA KANTIANA SOBRE EL ABORTO

Infanticidio, duelo y aborto. Al final del párrafo de la sección E.1 de la «Observación general sobre los efectos jurídicos que se siguen de la asociación civil» que estamos comentando, Kant se refiere a dos delitos, que serían «dignos de la pena de muerte», pero a los que esta no podría aplicarse sin cometer injusticia. Se trata del infanticidio materno en el caso de una madre soltera y del duelo entre militares con resultado de muerte. Aquí nos interesa el primero de ellos por la relación que guarda con la cuestión del aborto.

3.1. LIBERTAD Y TIEMPO

En cuestiones relativas a la «Doctrina del Derecho», dice Kant, no podríamos dar un paso si no aprendemos a abstraernos de las condiciones de espacio y tiempo, pues los principios de la «Doctrina del derecho» pertenecen al ámbito de lo *inteligible*, se refieren al ser libre y a las relaciones entre seres libres, al *homo noumenon*, no al *homo phaenomenon*, no al hombre en cuanto fenómeno en el espacio y en el tiempo. Una causa libre es aquella que no viene determinada por nada que le preceda en el tiempo (*espontaneidad*) y que es para sí misma su propia regla de determinación (*autonomía*). Y puesto que *explicar* cómo se produce una cosa significa explicar cómo viene determinada por otras en el curso del tiempo, nunca podremos explicar cómo se produce un ser libre, es decir, «[...] es imposible hacerse un concepto de cómo pueda generarse un ser libre mediante una operación física» (*Ibidem*: 393).

«Ni siquiera es posible que Dios pueda crear un ser libre» si entendemos esta relación como la de una causa operando en el tiempo (*Ibidem*), ya que, de ser así, todo en el ser supuestamente libre estaría necesariamente determinado por ese acto primero de creación. Pero somos libres, pues nos sabemos sometidos al imperativo moral, que dimana del ser libre, y, siendo así, lo único que entonces podemos mostrar o podríamos mostrar es que no hay contradicción en la idea de la creación de un ser libre por parte de Dios. Para ello, habríamos de abstraer las condiciones de espacio y tiempo, que son las únicas en las que, en *sentido teórico*, el concepto de causalidad puede cobrar *realidad objetiva*, y limitarnos, en *sentido práctico*, a hacer uso de la pura categoría de causa y producción sin hacer que a ella subyazga esquema temporal alguno, renunciando asimismo a toda representación *teórica* de Dios y limitándonos a sus representaciones *morales*. (Y, aun así, el ser libre, como pensaba Fichte, no parece dejar que se lo ponga, sino que se pone él mismo y, por tanto, tiene que ponerse como presuponiéndose, pues si en idea borro el mundo todo y junto con él me borro a mí mismo, allí estoy yo asistiendo a la borradura de todo y de mí, por tanto, presuponiéndome, saltando por detrás de mí. Pero dejemos esto)³.

Solo en este sentido práctico —dice Kant— puede considerarse «[...] una idea necesaria de la razón entender *el acto de generación* como un acto por el que ponemos una persona, un ser libre, en el mundo, sin pedirle su consentimiento» (Kant, [1797] 1978: 394). Ese acto impone a quienes lo ejecutan obligaciones hacia ese ser libre. Por de pronto —dice Kant—, «[...] no pueden tratar a su hijo un producto de ellos, pues un ser dotado de libertad no puede ser eso, o destruirlo como propiedad suya, o abandonarlo al azar» (*Ibidem*).

3.2. NACIDOS Y NO NACIDOS

Seguramente Kant esté pensando, al decir esto, en las convenciones de la antigüedad griega y romana sobre la vida de los recién nacidos. Pero a nosotros tales afirmaciones de Kant nos suscitan inmediatamente cuestiones referentes a los no nacidos. ¿En qué momento debe considerarse que *se pone a un ser libre en el mundo* si es imposible hacerse concepto de cómo pueda generarse un ser libre (una persona) mediante una operación física? ¿En el momento de la concepción, en el momento del nacimiento, en aquel momento interme-

dio entre la concepción y el nacimiento, en el que el feto cobra figura humana o en aquel en que cobra «viabilidad», es decir, capacidad de sobrevivir fuera del seno de la madre?

Subsumir bajo el concepto de ser libre lo que es el producto físico de la concepción exige salvar una indeterminación temporal, o mejor: encajar en un esquema temporal lo que escapa a él. Aunque Kant habla de «considerar el *acto de generación* como el acto por el que hemos puesto una persona en el mundo sin pedirle su consentimiento» (*Ibidem*: 340) y quizá esté pensando en el instante mismo de la concepción, situar el inicio de la existencia libre en ese instante y decir, en consecuencia, que desde ese instante estamos tratando con un ser libre no es menos arbitrario que situarlo en algún otro punto temporal antes del nacimiento, pues precisamente en la consideración de la existencia libre hay que abstraer el tiempo.

Es, pues, necesario buscar un esquema temporal de aplicación de la noción de ser libre después de haber tenido que abstraer de la relación de tiempo, pues en este caso, en la consideración del ser libre, son imprescindibles ambas operaciones. Y tal esquema no deriva sin más de la idea de ser libre, o no se ve cómo podría derivar. De ahí que la discusión en torno a ese esquema difícilmente podrá cerrarse alguna vez, pues en ella se trata de poner algún esquema limitante a lo que es una esencial indeterminación. Pero, aun si queda abierta, ha de cerrarse *provisionalmente* en lo que respecta a decisiones jurídicas relacionadas con ella, por más que esa provisionalidad haya de ser perpetua.

3.3. KANT SOBRE EL «INFANTICIDIO MATERNO»

Kant no se plantea la cuestión del aborto, pero sí otra que revierte sobre esta y permite también analizarla desde otro punto de vista. Se trata de la cuestión del *infanticidio materno*. En esta sección dedicada a Derecho penal que estamos comentando, Kant justifica o más bien *disculpa* la práctica o la convención de quitar la vida a quien viene al mundo en el mismo parto cuando el nacimiento de ese hijo, por haber sido concebido fuera del matrimonio, representa una «deshonra» que marcará de por vida a la madre soltera.

Siempre terrible en asuntos de Derecho penal, Kant empieza diciendo que también en este caso «[...] sigue en pie el imperativo categórico de la justicia penal, a saber: que el matar a alguien contra Derecho debe ser castigado con la pena de muerte. Pero es la legislación misma (y, por tanto, también la constitución civil), mientras permanezca bárbara e inculta, la que tiene la culpa de que los móviles del honor en el pueblo no quieran coincidir (subjétivamente) con las reglas que (objetivamente) son las que se conforman con lo que es la intención de ese honor, de modo que la justicia pública proveniente del Estado se convierte en injusticia en lo que respecta a la proveniente del pueblo» (*Ibidem*: 459). Es decir, los principios subjetivos de justicia generalmente aceptados no coinciden aquí con los criterios objetivos de justicia que se obtienen de la idea de libertad.

En este caso, parece que Kant, al argumentar, no se esté limitando a poner voz a los argumentos con los que puede justificarse a sí misma una legislación «bárbara e inculta» que consiente el infanticidio, sino que, aunque sin duda su intención es esa y no otra, hay partes de su argumento en las que podría parecer que Kant pasa a hablar en nombre propio,

en primera persona, pues lo que empieza presentándose como una pugna entre la madre por defender su «honor» y el hijo que se persona arrebatándosele, parece convertirse no ya solo en un momentáneo estado de naturaleza, de no Derecho, de guerra, sino también en algo de mayor alcance, relacionado con las condiciones de la aceptación del recién nacido por la comunidad jurídica, que, en ciertos supuestos, muy bien pueden privar a este de la tutela de la ley. Me parece claro que Kant rechaza tal cosa. Dice: «La legislación no puede borrar la deshonra de un nacimiento fuera del matrimonio [...] y así parece que los hombres se encuentran aquí en un estado de naturaleza, y el matar (*homicidium*) que entonces ni siquiera tendría que llamarse asesinato (*homicidium dolosum*), es punible en ambos casos [en el del infanticidio y en el del duelo entre militares con resultado de muerte], pero el poder supremo no puede castigarlo con la muerte. Pues el hijo que viene al mundo fuera del matrimonio ha nacido fuera de la ley (pues esta es aquí el matrimonio). Se ha introducido en la comunidad de contrabando, por así decirlo, como una mercancía prohibida, de modo que la comunidad puede ignorar su existencia (porque mejor no hubiese debido existir de esta forma) y, por tanto, también su destrucción, pues no hay disposición que pueda eliminar la vergüenza de la madre una vez que se conoce que ha dado a luz fuera del matrimonio» (*Ibidem*: 498). Se produce aquí una lucha a muerte (fuera de la ley y, sobre todo, previa a ley) entre la madre y el nacido que parece venir a provocarle la muerte civil. La única forma de reducir a Derecho esta supuesta suspensión del Estado de Derecho, que *objetivamente* repugna al principio de libertad conforme al que el recién nacido, si se lo considera persona, ha de ser protegido en un Estado de Derecho ya constituido, sería cambiar por completo esa «bárbara e inculta» mentalidad que introduce tal distorsión de los principios. Pero mientras ello no ocurra, considerar ese homicidio un homicidio doloso —dice Kant— sería *subjetivamente* una injusticia no admisible, aunque *objetivamente* constituiría sin duda la manera correcta de considerarlo.

3.4. INFANTICIDIO MATERNO Y ABORTO

Para defender la práctica del aborto, resulta tentador recurrir a la argumentación con la que Kant disculpa el infanticidio. En el caso del aborto, cabría igualmente sostener que quien llega sin ser querido, viene a apoderarse del espacio de la vida de los padres y, en todo caso, del de la madre, la cual, al ser quien, en virtud de su derecho de libertad y, por tanto, de su derecho a decidir sobre «lo suyo interno», como dice Kant, es decir, a decidir sobre su vida en general y sobre su cuerpo en particular, tendría derecho a rechazarlo. Sería este, pues, un ámbito que la legislación habría de limitarse a circunscribir como ámbito de la libertad de la madre, por lo menos hasta que al no nacido que viene en esos términos deba considerársele protegido por la legislación con independencia de la voluntad de la madre; y ello, en todo caso, no parece que pudiera ser antes de su capacidad de vivir fuera del seno materno.

Pero formulado así, este tipo de argumento nunca logra desprenderse del aspecto «bárbaro e inculto» al que se refiere Kant, es decir, el aspecto de estar suponiendo en definitiva al no nacido como *persona* a la vez que se supone para esa persona una suspensión del Es-

tado de Derecho dentro del Estado de Derecho mismo. En cuanto se considera al feto un *ser libre existente*, el argumento colapsa⁴ por completo, pues valen sin más los derechos del ser libre (nacido o no nacido) al que se refiere Kant, que exigen la protección del Estado.

3.5. PERSPECTIVA KANTIANA SOBRE EL ABORTO

De un *posible* ser libre (antes de ser concebido) tendría sentido decir que exige de sus *posibles* padres no ser engendrado por ellos si con el acto de concepción le transmiten una grave enfermedad que ambos padecen, pues estos no pueden justificar ante él el hecho de darle existencia en tales condiciones sin su permiso. Aquí el ser libre y las relaciones entre seres libres como tales aparecen (como no podía de otro modo) sobrevolando las condiciones de espacio y tiempo, así como su propia contingencia.

Igualmente, la obligación que tienen los padres de cuidar del hijo que han traído al mundo no puede entenderse, según Kant, sino como el derecho que un ser libre (el hijo) reclama a otros seres libres (los padres) que lo han puesto en el mundo sin su permiso y sin condiciones hasta que pueda desenvolverse por sí mismo. Si nos fijamos bien, también aquí, cuando consideramos la relación entre seres libres *como tales*, hacemos abstracción de la distancia que se da entre el recién nacido y su mayoría de edad, aunque sea ese el contenido de los derechos, y concebimos la relación entre seres libres abstrayendo la relación de tiempo, en un presente *nouménico*. (E igualmente, una calumnia que se vierte sobre alguien ya fallecido, puede ser igual de punible que la que se vierte cuando está vivo —así lo ve Kant— en virtud del derecho que el ser libre como tal tiene a su buen nombre, a lo «suyo interno», del que el buen nombre sin duda forma parte. De nuevo, al considerar aquí la relación entre seres libres como tales, se abstrae la limitación temporal de la existencia).

El ser libre no lo es sin ser para sí un fin que queda por encima de sí y que, por tanto, ya no está a disposición ni de él ni de otro, sino que es un fin en sí⁵. Como tal fin en sí, el ser libre es intangible, algo santo para él mismo y para los demás, lo único santo; y decimos que su vida es sagrada, lo único sagrado, en el sentido de que constituye su base y en ningún otro sentido. Para Kant no hay ningún elemento normativo que quede al lado del ser libre o por encima de él y al que el ser libre hubiera de supeditarse; el ser libre solo está sujeto a las leyes que dimana de su propio ser libre. Tal como lo plantea Kant, el ser libre tiene el deber moral de no atentar contra su vida y de conservar su integridad física y tiene desde el principio, frente a todos los demás —empezando por sus padres— un derecho básico a la vida que desde el principio el «Estado jurídico» ha de hacer valer. Se trata de un derecho del ser libre *existente*, no de un ser libre potencial o posible, que, al igual que en el caso de los deberes de los padres antes mencionados —y junto con ellos—, solo podemos representárnoslo haciendo abstracción del tiempo. Y así, es el ser libre existente, el ser libre venido al mundo, esto es, es el nacido, es la *persona*, la que como persona reclama de los demás el cumplimiento de las obligaciones que se siguen de su derecho a la vida. Y se suscita entonces la cuestión de cómo se relaciona el ser libre en cuanto libre con su periodo de gestación de nueve meses en el seno materno, gestación que es, ciertamente, la gestación de un ser libre. Pero la libertad no se conmensura con el tiempo. Y así, ni

siquiera sobrevolando con el ser libre *posible* su propia contingencia y poniéndonos en su lugar, no resulta posible extraer conclusión alguna sobre lo «suyo interno» que pudiera ser argumentativamente *vinculante* para todos en el sentido de derivar de la noción misma de libertad, es decir, que se siga evidentemente del concepto mismo de libertad y que, por eso, se muestre como *prácticamente necesaria*.

3.6. DOS RECURSOS ANTE LA INDETERMINACIÓN⁶

Una primera forma de hacer frente a esta constitutiva indeterminación es recurrir a un «alma racional» que sería infundida por el creador en el acto mismo de la concepción. Pero parece que ello no resuelve nada, si se tiene en cuenta que «alma racional» no podría significar aquí sino «ser libre», y es precisamente el ser libre el que por principio suscita (y suscitó siempre) para este caso el problema de la inconmensurabilidad del ser libre con el tiempo (y, a la vez, como señala Kant, la necesidad de poner entre paréntesis cualquier representación *teórica* de la creación de un ser libre como una operación del Absoluto en el tiempo, que no supondría sino una negación lisa y llana de la noción de ser libre).

Una segunda manera de encarar la indeterminación consiste en enfrentarse directamente a la misma dejándola estar y reglando el trato con ella desde la noción misma de libertad, es decir, desde una perspectiva *práctica*. Es la que, *por ejemplo*, se adopta en la sentencia del caso *Roe vs. Wade* (1973) del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, de especial importancia en nuestro presente por dos razones: en primer lugar, porque es el tipo de sentencia que los juristas romanos considerarían *elegans*, es decir, bien construida tanto en lo que respecta a la sencillez, la economía y la articulación de sus premisas de principio como en lo que hace a sus conclusiones —aunque no se estuviese de acuerdo ni con las unas ni con las otras—; en segundo lugar, por la influencia de la cultura americana en el presente.

Se trata del caso siguiente. Ante la negativa a practicarle *legalmente* el aborto en un determinado estado, la madre interesada recurre al Tribunal Supremo apelando la Enmienda 14 a la Constitución americana, conforme a la cual a nadie se le puede privar legítimamente de su vida, de su libertad y de su propiedad (en este caso de su libertad de decidir sobre un posible aborto) sin el *debido proceso legal*. El Tribunal Supremo se pone así expresamente en la posición de la instancia que decide sobre la admisibilidad o no admisibilidad de la legislación mediante la que el estado federado en cuestión coarta el derecho reclamado por la madre para decidir omnímodamente sobre una interrupción de su embarazo, y la cuestión queda referida al concepto de libertad.

Al llegarse a la conclusión de que la Constitución americana no reconoce al no nacido como persona y de que ni hay acuerdo —ni históricamente lo ha habido— sobre si el feto puede considerarse un ser libre (persona), y al no ser legítimo imponer a todos una determinada posición controvertible acerca de esa cuestión sobre la que nunca hubo acuerdo, se concluye que la legislación no puede atribuir al feto derechos relativos a la persona que este pueda hacer valer frente al derecho de la madre a decidir sobre lo «suyo interno» (su cuerpo y su vida) al menos durante el primer trimestre de la gestación, y que tampoco el

ejercicio de este derecho de libertad de la madre supone, por tanto, menoscabo de ese ser libre posible, potencial, pero no real.

Ahora bien, la madre no está sola en el mundo y su derecho de libertad para decidir sobre el aborto no es omnímodo; no lo es cuando exista un *compelling state interest*, es decir, cuando exista una obligación por parte del Estado de introducir regulaciones que vengan exigidas por el ejercicio de ese derecho. Así ocurre que, a partir del principio del segundo trimestre de la gestación, los estados pueden muy bien legislar dictando medidas sobre las condiciones médicas del aborto «razonablemente» dirigidas en favor de la vida y salud de la madre, que condicionan, pero que no cancelan, el derecho de la madre a decidir bajo consejo de su médico.

Y, finalmente, en el tercer trimestre de la gestación, a partir de que el feto alcance el punto de «viabilidad» (es decir, de que sea «capaz de una vida con sentido fuera del seno de la madre») existe un «importante y legítimo» interés del Estado, un *compelling state interest*, es decir, la obligación del Estado de proteger «la vida humana potencial», de suerte que los Estados tienen facultad para legislar «incluso prohibiendo el aborto durante ese periodo, excepto si es necesario para preservar la vida o la salud de la madre» (parágrafo X de la sentencia).

Aunque de ningún modo esta sentencia puede considerarse una conclusión *prácticamente necesaria* de premisas necesarias porque deriven todas del concepto de libertad, sí podría considerarse una conclusión *fair*, en el sentido de quizá podría asentir a ella cualquier ser libre: tanto el ser libre posible —si lo suponemos sobrevolando su propia contingencia— como la madre o cualquier ciudadano. No se ve, si no, cuál podría ser el modo de enfrentarse a esa indeterminación, de acuerdo con el derecho de libertad, sin imponer con carácter general una convicción no compartida, controvertible. La sentencia del caso *Roe vs. Wade* pone el derecho de libertad por encima de convicciones controvertibles que, sin embargo, y como debe ocurrir en toda auto-organización genuina de la libertad, quedan intactas para cada cual. Pues ya desde el principio el orden de la libertad nació de la experiencia de que no hay acuerdo sobre el sentido último de la vida y del mundo y de que, por tanto, cada cual ha de responsabilizarse él solo ante el Absoluto del sentido último que haya de darles, es decir, de la experiencia de lo radical que es nuestra libertad (la que Kant, bajo el título de *libertad trascendental*, decide tomar por principio).

Y puede entenderse que, en la última etapa, es decir, desde que el feto se vuelve «viable» (como *compelling point* para el Estado), la legislación protege la «vida potencial» no porque se atribuya al feto el derecho que una *persona* tiene a la vida (cosa que la legislación no parece poder hacer) ni porque se admita una fuente de normatividad distinta de la que el ser libre es para sí mismo al quedar por encima de sí, sino porque en esa última etapa el ser libre se anuncia ya, y la legislación, por así decirlo, le guarda el sitio que va a ocupar como persona. De este modo, la legislación recoge una convicción mayoritariamente compartida (también históricamente) que no deja de tener su punto de paradoja —tener que imponer un esquema temporal a lo que, en el sentido en que hemos dicho más arriba, escapa en definitiva al tiempo y al concepto, a saber, la producción de un ser libre por el acto físico de generación—. Esa convicción tan compartida es que el ser libre (persona) es el ser humano

que viene al mundo, es decir, el nacido, y que, por tanto, el feto no es persona, pero que, por lo menos desde que se vuelve «viable», si no ya antes, en el feto se anuncia la persona cuyo sitio la legislación tiene que proteger, aunque no por encima del derecho de la madre a la vida y a la salud.

NOTAS

1. Hay que tener presente que la adopción de la ley del talión como criterio de la pena se consideraba en el contexto de discusión de la obra de Beccaria, del que bebe Kant, un importante progreso civilizatorio, una conquista de la libertad civil frente a la opresión. Y así lo está entendiendo Kant. Es el delito cometido el que determina la pena que sufre quien lo comete como réplica de ese delito, excluida de esa réplica todo lo que represente una falta de respeto a la humanidad en la persona del delincuente. En ello se expresaba un rechazo de principio al sistema penal del Antiguo Régimen, en el que, al menos en el caso de delitos graves, el contenido de las penas había de quedar ostentosamente por encima del contenido del delito cometido. Las penas estaban hechas para ser percibidas como la forma en la que la Majestad y el orden a los que se había osado desafiar con el delito reaccionaban contra el delincuente aplastándolo. Cfr. Foucault (1975: 106).
2. Se trata de Friedrich Bouterwek, profesor de Göttingen. El texto completo de su recesión, publicada en *Göttingische Anzeigen von gelehrten Sachen*, está recogido en el t. XX, p. 445-553 de la *Akademie Ausgabe* de las obras y escritos completos de Kant.
3. Sobre este punto en concreto véase la exposición de la doctrina de la ciencia en el verano de 1805 en Erlagen (Fichte, 1962-2012: secc. II, t. 9, lección 20: 272).
4. Es el término (*colapses*) que se emplea al referirse a este punto en la sentencia del caso *Roe vs. Wade* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (United States Supreme Court, *Roe vs. Wade*, (1973), No. 70-18, Argued: December 13, 1971, Decided: January 22, 1973, apartado IX).
5. Cfr. Jiménez Redondo (2013: 14 ss.).
6. Sobre las cuestiones que siguen, cfr. Vives Antón y Cuerda Arnau (2012).

BIBLIOGRAFÍA

- BECCARIA, Cesare ([1764] 1774): *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid: Joachin Ibarra.
- FICHTE, Johann Gottlieb (1962-2012): *Gesamtausgabe*, Stuttgart: Fromman-Holzboog.
- FOUCAULT, Michel (1975): *Surveiller et punir*, París: Gallimard.
- HEGEL, Georg Wihelm Friedrich ([1821] 1972): *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Frankfurt: Ullstein.
- JIMÉNEZ REDONDO, Manuel (2013): «El hombre como fin en sí: una aproximación kantiana a la idea de persona», *Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico*, 14, 14-33.
- KANT, Immanuel ([1797] 1978): *Die Metaphysik der Sitten*, W. Weischedel (ed.), Frankfurt: Suhrkamp.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. y María Luisa CUERDA ARNAU (2012): *El debate acerca de la legalización del aborto*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Fecha de recepción: 19 de marzo de 2019.

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2019.

LA CONFORMACIÓN JURÍDICO PENAL DE LA CORRUPCIÓN COMO
DELITO. SU SIGNIFICACIÓN Y LAS SOLUCIONES OFRECIDAS
EN EL PENSAMIENTO HISTÓRICO MODERNO
THE ESTABLISHMENT OF CORRUPTION AS CRIME. ITS MEANING AND
OFFERED SOLUTIONS IN THE HISTORICAL MODERN THOUGHT

Manuel Luis Ruiz Morales

Investigador predoctoral

*Departamento de Derecho internacional público, penal y procesal
Universidad de Cádiz*

RESUMEN

El artículo estudia el proceso de conformación de la corrupción como conducta considerada reprochable durante la Edad Moderna por parte de los pensadores de la época. De este modo, se analizará desde un enfoque histórico-filosófico el significado penal que a partir del siglo XV dieron al «fenómeno séptico» los primeros teóricos del Estado. No obstante, el trabajo también atiende a otros aspectos históricos y políticos a fin de contextualizar y facilitar el entendimiento del análisis, puesto que el pensamiento de un momento concreto es indisoluble a las circunstancias anejas al mismo. Finalmente, se podrá observar cómo las soluciones planteadas no resultan muy extrañas y/o lejanas a las ofrecidas actualmente por las autoridades competentes, toda vez que esa escasa innovación en el campo de los mecanismos de lucha frente a la corrupción, puede ser la razón principal de la vigencia de mencionado problema en los últimos tiempos.

PALABRAS CLAVE

Corrupción, delito, filosofía, Edad Moderna, teoría del Estado.

ABSTRACT

This article analyses —from an historical and philosophical approach— the establishment of corruption as an offense or reprehensible behavior by the thinkers of the Modern Age. Accordingly, it will study the criminal meaning that was given to the corrupt-operations since the fifteenth century by the first theoreticians of the State. Nevertheless, this writing also will attend to another historical and political aspect, in order to contextualize and facilitate the understanding of the analysis, because the thought of a specific moment is indissoluble to its appended circumstances. Finally, it will observe how the proposed solutions will not differ from the proposals offered by the competent and contemporary authorities, because the mechanisms for combating the corruption haven't undergone significant innovations. This may be the main reason of problem subsistence nowadays.

KEY WORDS

Corruption, crime, philosophy, Modern Age, theory of the State.

LA CONFORMACIÓN JURÍDICO PENAL DE LA CORRUPCIÓN COMO DELITO. SU SIGNIFICACIÓN Y LAS SOLUCIONES OFRECIDAS EN EL PENSAMIENTO HISTÓRICO MODERNO

Manuel Luis Ruiz Morales

Investigador predoctoral
Departamento de Derecho internacional público, penal y procesal
Universidad de Cádiz

Sumario: 1. Introducción. 2. El impulso renacentista. 2.1. Nicolás Maquiavelo (1469-1527). 2.2. Jean Bodin (1530-1596). 2.3. Thomas Hobbes (1588-1679). 3. Entre el Siglo de Oro y la Ilustración. 3.1. John Locke (1632-1704). 3.2. Montesquieu (1689-1755). 3.3. Jean Jacques Rousseau (1712-1778). Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

A pesar de que la corrupción parece ser un problema que asola a las sociedades actuales —de hecho, todos los días aparecen en prensa multitud de casos relativos a estas conductas¹—, lo cierto es que el «fenómeno séptico» es un problema inherente a la propia vida en sociedad y que ha estado ligado a ella desde los albores de las primeras sociedades².

Por tanto, no debe resultar extraño que hace unos cinco mil años el propio Código de Hammurabi ya tipificara conductas corruptas cometidas por el ciudadano que ostentaba el cargo de juez (Franco, 1962: 335) homologables a figuras actuales como la prevaricación, el cohecho o el tráfico de influencias³.

Aun cuando en el antiguo Egipto existieran prácticas sépticas, debe señalarse que el periodo de la Antigüedad en el que más medidas de lucha contra la corrupción se adoptaron fue la Grecia clásica (s. V y IV a. d. C). La preocupación por abordar el fenómeno

vino de la mano de las tesis defendidas por Platón y por su discípulo, Aristóteles. Ambos atribuyeron una importancia vital a la educación de los individuos desde su infancia, al carácter virtuoso de los gobernantes —y su educación específica— y al establecimiento de instituciones de control de la administración gubernativa y del ejercicio de las funciones desarrolladas por los ciudadanos que ostentaban el poder, y reprocharon la utilización de su imagen y su cargo para lograr objetivos individuales y satisfacer intereses particulares (Ruiz-Morales, 2018: 309-320).

Sin embargo, a partir del dominio de Roma la corrupción se instauró en el sistema social como modo de vida. Aunque hubo algunos emperadores que se caracterizaron por la mesura y la aplicación práctica de la filosofía estoica (Zavala Treviño, 2013: 32-34) y promulgaron algunas leyes anticorrupción (Burkhardt Pérez, 2013: 9-14), esa no fue la nota predominante, hasta el punto de que el Imperio romano de Occidente claudicó ante las invasiones de tribus menores.

Posteriormente, en los primeros siglos del Medievo, la influencia de la moral cristiana —que se extendió por toda Europa a partir de la conversión al cristianismo del emperador Constantino— se hizo notar en las prácticas corruptas, toda vez que estas se consideraban insertas en el mandato divino «no robarás» (Zavala Treviño, 2013: 37; González, 2011: s. p.). No obstante, con el paso de las centurias el comportamiento social global tendió hacia el relajamiento y la laxitud incluso en el seno de la Iglesia, tendencias frente a las que surgieron las órdenes mendicantes, que criticaban las actitudes del papado y la evolución del cristianismo (Carpintero Benítez, 2011: 10; González, 1995: 13-14).

2. EL IMPULSO RENACENTISTA

A partir de la decrepitud sufrida por los ideales cristianos en torno a los siglos XIV y XV, el hombre bajomedieval comienza a cobrar conciencia de que la época que le ha tocado vivir es una etapa ominosa de la historia, y observa que durante los siglos precedentes se produjo un inusitado atraso cultural (Carpintero Benítez, 2011: 11), toda vez que desde los postulados de la filosofía clásica griega hasta ese momento apenas se habían producido progresos en ningún ámbito de la creación del conocimiento —en mayor o menor medida— e incluso parecían existir manifiestos indicios de cierta regresión cultural.

De ahí que —en un principio de manera incipiente y con ecos de revolución pasado unos siglos— en aquel contexto histórico fermenta una fiebre de elocuencia, que tendrá resonancia en todos los campos del saber (Sciacca, 1960: 7). Esa ruptura con el pasado, con ese lapso sombrío, es obra primeramente de Petrarca, que funda las corrientes humanistas volviendo hacia los textos platónicos y aristotélicos (Granada, 2009: 14-15), situando al hombre en el centro del universo y recuperando el gusto por todo lo grecolatino, que anegará el resto de saberes y dará lugar al Renacimiento⁴.

Desde ese momento, eclosionó el gran cisma entre fe y razón, entre teología y filosofía, y entre religión y ciencia. Todo ello provocó un extendido movimiento cultural que, aun

con ciertos *impasses* o periodos de estancamiento en el desarrollo del saber, llegó hasta el siglo XVIII (Sciacca, 1960: 8-9). En esta época descuella la aparición de humanistas como Lorenzo Valla, Erasmo de Rotterdam o Giordano Bruno, que propiciaron, con base en sus críticas hacia las otras ciencias y artes, la mejora de las mismas y propiciaron la «cultu-rización» de las ciencias⁵. Del mismo modo, muchos de estos autores humanistas, como el propio Erasmo⁶ o Marsilio Ficino, fueron severos a la hora de zaherir a la Iglesia con sus ideas, debido a la ambición de poder y riquezas manifestada por los altos dignatarios eclesiásticos (Granada, 2009: 19-25).

Uno de los ejemplos paradigmáticos de consecución de prosperidad gracias al uso de prácticas corruptas —esto es, gracias al abuso del poder o mediante la utilización maliciosa de las facultades eclesiásticas por parte de organismos pertenecientes a la Iglesia— es propio y único de esta época⁷: durante esos años comenzaron a operar los tribunales de la Inquisición. Esta institución oscura, degradante e ignominiosa se caracterizó por hacer uso de la extensión unilateral de su jurisdicción, imponiendo castigos de una manera severa, lo que la convirtió en un instituto que instauraba el terror en la población. Recurriendo a las potestades de las que gozaban, los inquisidores se prevalían de su posición, haciendo cuanto fuera a su antojo y apoderándose muchos de ellos de innumerables inmuebles y riquezas so pretexto de hacer el bien, combatir la herejía y destinar el dinero a unos fines «mejores» (Fretwell, 2016).

Tan evidente era la depravación que anidaba en la máxima institución del cristianismo que durante esta época se alzaron numerosas voces que reclamaban una reforma en el seno de la cristiandad. En contraste con los siglos precedentes —en los que tales iniciativas no fructificaron—, en el siglo XVI prosperó la Reforma protestante impulsada por Lutero para hacer frente a los abusos y la corrupción existentes en el interior de la Santa Sede.

Hasta el sumo pontífice se había involucrado en tales prácticas: el propio papa Alejandro VI, Rodrigo Borgia, alcanzó la cúspide clerical por medio de conspiraciones que posteriormente compensó mediante favores en los que enriqueció a sus allegados, a sus patrocinadores y a su propia persona (Zavala Treviño, 2013: 43-44; Fernández Díaz, 2014: 54).

El protestantismo evidenció constante y clamorosamente la degeneración que había experimentado el papado y desveló los hechos ilícitos e inmorales del alto clero mediante el uso de la recién inventada imprenta, que le brindó soporte en la difusión de sus ideas. En esas publicaciones se denunciaba la tiranía papal y la recurrencia —por parte de la autoridad católica— de actividades que se correspondían con los pecados capitales, especialmente en lo relativo a la lujuria —así, la sodomía— y la avaricia —la venta de cargos y negocios leoninos— que imperaba en los Estados Pontificios (Roso Díaz, 2015: 125-131). A mayor abundamiento, el reformador alemán regeneró espiritualmente la moral religiosa europea y reforzó los vientos de renovación renacentista, limitando el rol de la Iglesia a los asuntos relativos al vínculo del hombre con Dios.

Como resultado de este rejuvenecimiento cultural, florecieron transformaciones también en las ciencias jurídicas, que dieron lugar al *mos gallicus*⁸. Despuntaron, así, algunas figuras como Francisco de Vitoria, Tomás Moro, Diego de Covarrubias y Leyva, Fernando

Vázquez de Menchaca en nuestro medio, y, en el plano internacional, Juan de Gerson, Conrado de Summenhart o Hugo Grocio (Carpintero Benítez, 2011: 72-72).

Lo mismo sucedió con las teorías sobre el Estado, el pensamiento político y las formas de poder. Gracias a estos autores, la teoría política y la filosofía jurídica evolucionaron notablemente en lo que respecta al entendimiento y conocimiento de la teoría del Estado, cambio que a la postre conformaría el cuerpo de ideas en torno al cual se concibió y construyó el Estado moderno. Además, algunos de ellos se aproximaron al estudio —o, al menos, trataron de soslayo— el problema de la corrupción.

2.1. NICOLÁS MAQUIAVELO⁹ (1469-1527)

Maquiavelo parte de la idea de la agrupación del hombre a fin de obtener una protección mayor a la que tendría individualmente. Por ello, la jefatura tribal recaía en el sujeto más fuerte y osado. De este modo, consideraba que la vida en grupo enseñaba las conductas virtuosas y perversas mediante la creación de leyes y normas de conducta —con sus correlativas sanciones— que preservaban de los actos ofensivos. En virtud de lo anterior, en la designación de un *princeps* debería optarse por aquel más justo en su deliberación y su decisión, preferible a un sujeto tenaz. Según el autor florentino, el problema de la degeneración del sistema de gobierno surgió cuando la elección del jefe del grupo se substituyó por la mera sucesión hereditaria. En este sistema, el monarca se preocupaba en la posesión de mayores territorios y en engrandecer sus riquezas —con la finalidad de competir con otros príncipes— más que de perseguir el objetivo para la que realmente surgió dicha institución. Ese es el origen de los gobiernos tiránicos, que se caracterizan por perseguir meramente el beneficio propio del gobernante (Todarello, 2008: 38-39).

La consecuencia de la instauración de este tipo de régimen despótico es la sublevación del pueblo y el derrocamiento del monarca depravado. El pueblo instituye un gobierno que recaerá en sí mismo, un gobierno en el que las conductas se reglamentan por leyes articuladas bajo la autoridad popular y prima siempre la utilidad común frente a los intereses privados. Igualmente, Maquiavelo entendía que, con el tiempo, en el seno de la democracia también se cometerían actos de corrupción, ya que todas las formas de Estado «virtuosas» son de sencilla degeneración, lo que provocaría el retorno al principado a petición de los propios ciudadanos. Y es que consideraba que todos los Estados que han existido y existirán sufren este giro rotativo, que forma un círculo cerrado recurrente en la historia (Maquiavelo, 2004: 57-59).

Para el de la Toscana era imperiosa y necesaria la existencia de un orden establecido conformado por una serie de patrones conductuales que determinaban cómo debía ser la actuación de los que detentaban el poder. Estas pautas deberían estar formadas por usos, costumbres, leyes y formas de actuar que posibilitasen la vida en la sociedad moderna. Para el autor de *El Príncipe* la corrupción consistía en la quiebra y decadencia en el seguimiento de estos patrones que informan el actuar del hombre y que, por lo tanto, terminaban enviando el orden establecido bajo una superficialidad simulada que mostraba una especie de

realidad en la que aparentemente continuaba imperando la armonía y el equilibrio de todo el sistema de valores y normas que, en realidad, había sucumbido¹⁰.

Resulta, pues, lógico que, para Maquiavelo, los actos de corrupción gubernamental no formasen parte de un ilícito penal que pudiera ser combatido con remedios jurídicos; constituían, más bien, un estado social de incumplimiento de los estándares y estructuras implantados por parte de unos ciudadanos comprometidos con hombres poderosos en vez de corresponder al acervo jurídico y social (García, 2010: 62-66).

Maquiavelo explicó que la raíz de todos los males se inicia en la ambición de los hombres, que ennegrece los corazones humanos. Sostuvo que, más allá de que la educación recibida en su juventud y madurez hubiera sido la mejor, el individuo se corrompe con suma facilidad, sin necesidad de mucha persuasión. Ello es consecuencia de la vanidad del ser humano, que siempre está descontento con lo que posee, es decir, con sus riquezas y sus honores, y desea invariablemente mucho más. Maquiavelo llegó a argumentar que era la ambición de los gobernadores la que remolcaba al Estado hasta la ruina, llevándolo incluso a su total desaparición como sistema.

Además, el teórico florentino explicó el procedimiento utilizado por los potenciales gobernantes para labrarse un camino hacia el poder, señalando que, con base en la apariencia de la honradez, pretendían que nunca se los ofendiese, ni siquiera por la autoridad judicial. Esto era posible porque el individuo corrupto recurría a ofrecer regalos y cometía sobornos y fraudes que desvirtuaban su posición real y lo situaban al lado de los poderosos. De esta forma, debido a la mencionada apropiación, se hallaba en disposición de legitimar su posicionamiento y desorientaba al resto de la población, que falsamente creía que actuaba pulcramente, generando todo tipo de actos desviados (Maquiavelo, 2004: 144-165).

Ante esta situación, el de Florencia se vio abocado a referirse a los atributos que debían poseer los funcionarios. En relación a esta cuestión, proclamó que los cargos públicos tendrían que ser ejercidos por hidalgos, ya que estos —según su pensamiento— eran personas que disfrutaban de escasa opulencia material, aunque poseyeran bienestar suficiente; además, lo fundamental era su aptitud hidalga, amparada entre la dignidad, la decencia y la honorabilidad, que los hacía eminentemente propensos a la persecución del bien común (Maquiavelo, 2004: 187).

Otro aspecto relevante para Maquiavelo fue el tema de la impunidad. Para el florentino, era elemental que existieran medios de control y supervisión necesarios de la actividad gubernativa que asegurasen el cumplimiento de la normatividad legal o consuetudinaria regidora en el lugar. Ello debía ser así para evitar que entrase en juego el afán de ambición. En ese sentido, a fin de garantizar el repudio de la impunidad, se decantaba por la efectividad —si no del castigo— al menos en la celebración de un juicio efectivo¹¹ cuyo procedimiento se dilucidaría utilizando un jurado o tribunal amplio. Y es que para Nicolás Maquiavelo había que terminar de raíz con las prácticas sépticas, en la medida en que la afirmación ciudadana recurrente sobre la corrupción de la autoridad pública —incluso cuando se tratase de pura sospecha o rumorología— afectaba al funcionamiento de la maquinaria estatal, lo que acarrearía la ruina y la desaparición del Estado.

Para el de la República de Florencia, esta era consecuencia de la degeneración que comportaba este fenómeno pernicioso, que infectaba y contaminaba al propio pueblo, toda vez que, con base en la ejemplaridad de la conducta, las clases populares asimilaban los modos de operar de las altas esferas en sus relaciones ante el aparato burocrático y en el día a día con sus conciudadanos. Por tanto, no debe extrañar que concluya este apartado justificando la tolerancia cero ante este tipo de conductas. De ahí que arguya que, aunque un administrador público haya realizado multitud de actos puros —amparando la utilidad común—, en el momento que ejecutase alguna acción corrupta debía ser sancionado sin ningún reparo, puesto que de este modo se evitaría la relajación y la laxitud y se haría saber a todos los gobernantes y a la propia ciudadanía que los hechos pasados no actuaban como patente de corso que garantizaba su impunidad, lo que definitivamente redundaría en la pervivencia de la estructura del Estado (Maquiavelo, 2004: 79, 120, 141-160).

Para terminar, y por lo que respecta a la educación, Maquiavelo consideraba que era importante que las personas se relacionasen y entendiesen lo que está bien o mal desde los primeros años de vida captando estos principios bajo el cobijo familiar, dado que ello crearía pautas comportamentales conforme a las cuales el individuo actuaría en el futuro. Además, sostenía que el ciudadano se apoyaría en estos valores o preceptos educativos aprendidos en los instantes de dificultad. Finalmente, remataba su razonamiento de forma circular, al apostillar nuevamente que los que manejaban el poder actuarían honesta o abyectamente de acuerdo a la actuación del pueblo, que era influido por el propio comportamiento de los gobernantes (Todarello, 2008: 46-47).

2.2. JEAN BODIN (1530-1596)

Bodin abordó su exposición en torno al concepto de soberanía, a la que calificó como suprema y perpetua, ya que para este abogado la finalidad primordial de la organización estatal debía ser garantizar la estabilidad. Por ello, no se decantó por ninguna de las formas de gobierno que tradicionalmente habían sido consideradas «buenas», puesto que cualquiera podía funcionar eficientemente. Lo relevante para Bodin era rechazar las formas mixtas de gobierno¹². Ya fuera un rey, un gobierno de varios o el pueblo en su conjunto, lo decisivo era que se optase por una forma única de gobierno sin divisiones ni fragmentación organizacional de la soberanía: ello daría lugar a disputas y enfrentamientos entre las diversas instituciones que terminarían menoscabando no solo el funcionamiento de las mismas, sino también la confianza hacia los organismos, provocando la corrupción del sistema político y el irremediable hundimiento del Estado en la inestabilidad (Vásquez Cárdenas *et al.*, 2011: 236-237).

2.3. THOMAS HOBBS (1588-1679)

El filósofo inglés iniciaba su discurso amparándose en la idea del hombre en estado de naturaleza, en el cual el ser humano podía actuar guiado por sus deseos y pasiones, que ansiaba satisfacer para conseguir su felicidad (Ramírez, 2011: 22-25). Sostenía, además, que

en ese primer estadio no existían los conceptos de justicia o criminalidad, ya que originalmente el individuo tenía derecho a todo, hasta el punto de servirse del propio cuerpo de los demás sujetos, lo que conllevaba una seguridad escasa, la desconfianza general y el miedo recíproco (Ginzburg, 2015: 33). Por tanto, el hombre en estado de naturaleza se hallaba en una situación de «guerra de todos contra todos» (Hobbes, 2004: 106-107).

En ese sentido, para el de Malmesbury esas apetencias obedecían del deseo de poder de los humanos primitivamente, que englobaba la riqueza, el honor, la codicia, la concupiscencia y el egoísmo (Braz, 2003: 14-15). Todas estas apetencias o ambiciones formaban parte de la naturaleza más elemental de los hombres, unos atributos que, además de fundamentar la conciencia criminal, constituirían el origen de la mayoría de actos de corrupción estatal (Todarello, 2008: 51).

Hobbes se decantó por un mal remedio antes que volver a la confusión y al estado de guerra inicial; por eso optó por erigir un pacto a través del cual todos renunciaban a una parte de sus derechos y se conformaba un cuerpo político dominado por un soberano elegido popularmente (Ginzburg, 2015: 33). Igualmente, de acuerdo con sus tesis sobre las apetencias humanas, aun cuando el gobernante debiera velar por el interés común, en cuanto vislumbrara la posibilidad de obtener un provecho particular para su persona o sus amistades, se inclinaría por cosechar un beneficio privado debido, en esencia, a la naturaleza pasional del hombre (Hobbes, 2004: 152-153).

No obstante, la obstinación en la teoría hobbesiana se muestra en el punto en el cual los individuos están incapacitados para discrepar con su gobernante corrupto, ya que Hobbes entendía que los actos de este eran realizados por cada uno de sus súbditos —incluso si eran desviados—; por tanto, aquel sujeto disconforme con el monarca se enfrentaba al resto de sus vecinos, que posiblemente querrían eliminarlo de la sociedad¹³. Y es que nuestro autor entendía que era mejor mantener la paz y permitir que un sujeto hiciera lo que le pareciese —aun perjudicando a otros— que regresar al estado de naturaleza —en el que, aunque existía una igualdad total entre los individuos, también había mayores cotas de inseguridad (Hobbes, 2004: 145-154)—.

Es curioso observar el modo en que Hobbes ensalzó el poder absoluto hasta las últimas consecuencias, rompiendo con los principios de idoneidad e igualdad en el acceso a la función pública y defendiendo la implantación del sistema «familista»¹⁴ (Todarello, 2008: 52). Para Hobbes, debía imperar la voluntad del *princeps*: por sus deseos y apetencias, este preferiría lógicamente la opción hereditaria para que su linaje se perpetuase. Además, el rey soberano debía ostentar todas las facultades estatales, esto es, recaían en él todos los poderes¹⁵, sin que nadie pudiera controlar su actuación, hasta el punto de declarar que la única oposición a sus órdenes que podía estar justificada era la condena de autolesión (Hobbes, 2004: 160-163 y 170-177). Bajo la misma tesitura, explicitaba que las labores de supervisión del funcionariado también serían ejecutadas por el alto mandatario como titular de la soberanía¹⁶.

Sin embargo, argumentaba también que, si el delito perjudicaba a varios, la respuesta debía ser más severa que si el perjuicio afectaba a unos pocos, de ahí que los actos de co-

rrupción presentaran una gravedad más considerable, ya que el fraude y apropiación de los fondos públicos era como robar a varios al mismo tiempo, por lo que los culpables debían ser castigados con una pena superior (Hobbes, 2004: 250-252). En igual sentido, explicaba que el hombre se mueve por las experiencias pasadas, es decir, que para conocer las consecuencias de sus actos estudia y se fija en los resultados de episodios anteriores similares. Por ello, aquel que se movía entre los poderosos y disfrutaba de importantes contactos tendría más posibilidades de quedar impune debido a su reputación. De ahí que el autor de *De Cive* sostuviera que, aun cuando el monarca solo rindiese cuentas a Dios, debía administrar la justicia de forma igualitaria, con independencia de las clases sociales, para cercenar las esperanzas de impunidad de las clases más elitistas, ya que el hecho ilícito que queda sin castigo causa odio e insolencia (Hobbes, 2004: 275-283). A mayor abundamiento, concluyó que las penas por delitos monetarios y económicos contra el erario público cometidos por los poderosos debían agravarse, puesto que estos sujetos no se hallaban en una situación de menesterosidad que los obligase a cometerlos y, por lo tanto, constituían un ilícito más grave si se tenía en cuenta la presunción de indemnidad que mostraba el sujeto tanto por sus amistades, sus riquezas o su posición (Hobbes, 2004: 245).

En relación con la educación, el filósofo inglés asumió los pensamientos precedentes relativos a la imperiosa instrucción durante los primeros años de vida. Declaró también que el fundamento del castigo debía ser la corrección y rectificación, pero nunca la venganza, para que sirviese de ejemplo y de beneficio en el futuro (Hobbes, 2004: 125-126).

Para Hobbes, el aprendizaje ejemplificativo —que afectaba tanto al autor como al resto de ciudadanos— y las recompensas a los funcionarios eficientes y honestos operarían como reforzadores positivos (Hobbes, 2004: 286-287) y como mecanismos de prevención social, promoviendo buenas costumbres y buenas normas de comportamiento. Especial atención ejemplarizante merecía la apreciación conductual del soberano, ya que las clases populares interiorizaban acusadamente su comportamiento en el ejercicio del poder (Hobbes, 2004: 249-250).

3. ENTRE EL SIGLO DE ORO Y LA ILUSTRACIÓN

Desde finales del siglo XVI las ondas renacentistas comenzaron a fluctuar con ritmo vacilante, y aunque su reverberación se mantendría casi hasta la Ilustración, su declive fue innegable, de ahí que, en ruptura con esta senda decadente, surgiesen con vigor las corrientes ilustradas durante el Siglo de las Luces¹⁷, que sirvieron de sostén intelectual¹⁸ al levantamiento del pueblo sometido al despotismo monárquico e inspiraron revoluciones en casi todos los países del mundo occidental.

Por su parte, el Siglo de Oro español es un periodo de gran fertilidad artística y literaria, en el que surgen los grandes autores de la literatura española¹⁹, así como relevantes representantes de las artes plásticas²⁰. Sin embargo, esos años de eclosión cultural española no avivaron la senda menguante del cada vez más ruinoso Imperio español, cuyo origen

fueron los problemas estructurales existentes en el país —causados, en buena medida, por la ambición mesiánica de Felipe II de convertirse en el adalid del catolicismo en Europa—. Tras su muerte, la situación no mejoró en nada; más bien empeoró, dado que su hijo y heredero Felipe III prefería dedicarse a otros menesteres relacionados con su entretenimiento personal. Por esta razón, dejó las labores gubernamentales en manos de su valido, el duque de Lerma, que utilizó su revestimiento como secretario del rey para lucrarse y aminorar las cuantiosas deudas que lo sofocaban. Para ello, hizo uso de diversas formas de corruptelas, como la venta de favores —tráfico de influencias— y cargos públicos o la adjudicación unilateral de cantidades del tesoro público. Al tratar la figura de Francisco de Sandoval y Rojas —que era el verdadero nombre del duque—, no es ocioso recordar que fue también el autor de uno de los más renombrados casos de corrupción urbanística de la historia de España (Cervera, 2015). Convenció al monarca para trasladar la corte a Valladolid, aumentando con ello el valor de los fundos sitios en dicha ciudad —que, previamente, se había encargado de adquirir él mismo— para revenderlos después a la propia corona a un coste muy superior (Feros, 2006: 76), operación que repitió posteriormente, en el regreso de toda la comitiva real a Madrid.

Continuando la senda del valimiento, Felipe IV también nombró primer ministro al conde-duque de Olivares, que, con su mentalidad innovadora, trató de reformar muchos ámbitos de la Administración española para hacer frente a los acuciantes problemas de un reino en pleno declive. Olivares intentó combatir el fenómeno séptico —aunque no tuvo mucho éxito— modernizando la economía, saneando la hacienda estatal y modificando el sistema financiero. A su vez, expropió los bienes del duque de Lerma y apresó al duque de Uceda y al virrey de Nápoles, que poseían fortunas de dudosa procedencia. Igualmente, en este combate implantó el deber de proporcionar un inventario de su patrimonio a todos los funcionarios del periodo anterior, e impuso la obligación a los nuevos agentes administrativos de presentar una declaración de bienes al inicio y finalización de su intendencia (Simó *et al.*, 2015).

Lo mismo ocurría en Francia: el primer ministro de Luis XIII, el cardenal Richelieu, cometía continuos atropellos para granjearse bienes y riquezas con una absoluta impunidad. Este secretario de Estado parisino llegó a amasar un gran patrimonio, ya que desde su cargo velaba por sus intereses de mil y una formas, entre ellas su apoyo al protestantismo, a pesar de que era una alta dignidad de la Iglesia católica. Su sucesor durante el reinado de Luis XIV, el también cardenal Jules Mazarin, desarrolló sus políticas de Estado de una forma similar. Es destacable también que por esa misma época fuera detenido y encarcelado el superintendente de Finanzas, Nicolás Fouquet, por supuestas malversaciones. Ante tal situación, el llamado Rey Sol terminó instaurando la Cámara de Justicia, cuya función prioritaria era la instrucción de hechos que pudiesen constituir un agravio a la hacienda pública (Fernández Díaz, 2014: 55).

La situación en Reino Unido no era muy dispar a la de las grandes coronas del continente. En las islas británicas el secretario de Estado de Guerra, Robert Walpole, fue depuesto de su cargo a través de una moción de censura por presuntas prácticas cercanas a la corrupción. Años más tarde, paradójicamente, se le otorgó el puesto de primer lord del

Tesoro y canciller del *exchequer*, donde ejerció *de facto* las funciones y mandatos de un primer ministro y captó el apoyo de la mayoría de las Cámaras de los Comunes y de los Lores mediante maniobras de tintes opacos, consiguiendo el alejamiento de las cortes al legado reivindicativo de la Revolución gloriosa²¹. Si no había suficientes sospechas sobre Walpole, hay que decir que ocupó ese cargo durante veintiún años (Varela Suanzes, 2000: 16-24).

Durante aproximadamente dos centurias se desarrolló la piratería, una actividad ciertamente más organizada en el caso de la corona británica en aquel específico contexto —aunque, en realidad, desde la Antigüedad se habían desarrollado prácticas similares—. Hay que tener en cuenta que, si bien en sus inicios estuvo orientada a saquear y desvalijar las naves españolas de oro y plata transportadas desde América, posteriormente se convirtió en un negocio de tal calibre que requirió de la creación de una nueva institución: las denominadas patentes de corso. Estas no eran más que un documento en el que se decretaba la autorización oficial para ejercer semejante ocupación —que empezó a ejercer la clase nobiliaria, a la que se le daba una especie de excedencia durante la realización de ese cometido— a cambio de que una parte de las ganancias obtenidas en las actividades de piratería afluyera a las arcas públicas (Zavala Treviño, 2013: 47-48). Esto supuso una nueva zancada hacia la implantación material de la técnica del blanqueo de capitales, toda vez que los corsarios y sus descendientes divisaron la necesidad de crear guaridas —con la ayuda de las entidades de crédito— en las que ocultar las ganancias producto de los saqueos sin alertar en demasía a las autoridades oficiales²². Por tanto, estas prácticas fueron los antecedentes históricos de los paraísos fiscales. Además, para los contemporáneos de la época, estas redes de flujos monetarios eran tan relevantes o más que la propia economía legítima, de ahí que surgiesen perplejidades en torno a estas cuestiones que juristas de la época —entre ellos, Hugo Grocio o Francisco de Vitoria— pretendieron solucionar (Tondini, 2006: 4).

Como se mencionó al inicio de este artículo, la corrupción es un fenómeno que afecta a todo el orbe y está presente en todas las sociedades de la ecúmene. Por ello, con el inicio del Estado moderno y el expansionismo territorial de las coronas europeas hacia el Nuevo Mundo, se difundió el hecho séptico de degeneración y depravación ética y moral por el continente americano.

Así las cosas, durante el dominio del Imperio colonial español tuvo que administrarse y gestionarse un descomunal territorio con escasos recursos humanos, imponiéndose una serie de gravámenes —alcabalas— al transporte de bienes debido a la complejidad de afianzar rutas meridianamente seguras para poder trasladar las cargas. Ello tentó e invistió de gran poder a los gobernadores del lugar, que conocían la auténtica realidad de la colonia. Esa incitación a la venalidad fue el caldo de cultivo para el desarrollo de actividades ilegales: desde el primer momento, los virreyes, los alcaldes, los corregidores y toda la burocracia adyacente persiguieron el enriquecimiento personal prevaliéndose de su posición. Este es el caso de Antonio de Mendoza y Pacheco, primer virrey de Nueva España, que fue acusado de recibir sobornos, regalos y coimas (Zavala Treviño, 2013: 44-45).

Ahora bien, como parece desprenderse de la consideración anterior, en España se tenía conocimiento de la compraventa de favores en las Indias occidentales, y es preciso destacar el hecho de que desde la metrópoli se realizaran sendos intentos de reconducir semejante

situación²³. Sin embargo, este estado de cosas se mantuvo en el tiempo, de suerte que en el siglo XVII las corruptelas no se producían con mayor asiduidad, sino que la corrupción era ya aceptada como sistema y contaba con la aquiescencia del propio monarca (Pietschmann, 1998: 41-42).

La contumacia de la realidad descrita era tal que incluso existía una especie de cotización por cada una de los cargos burocráticos y del gobierno colonial que una persona podía desarrollar en el continente americano²⁴ basada el provecho económico —obviamente, de carácter ilegal— que eventualmente podría obtener si llegaba a ocupar alguno de aquellos cargos²⁵. Es, pues, fácil de entender que las razones y las formas a través de las cuales se actuaba se asemejaran más a las de los mercaderes o los comerciantes que a las propias de los funcionarios, ya que estos trabajaban al amparo —y al servicio del lucro— de los propios virreyes. Ante esta situación, evidentemente, es ilógico pensar que estos funcionarios atendieran al bien común²⁶, puesto que los intereses a un lado y otro del Atlántico diferían sobremanera, y los que ejercían cargos públicos en las colonias normalmente tenían otras intenciones (Pietschmann, 1998: 44 y 48).

3.1. JOHN LOCKE (1632-1704)

Este filósofo inglés parte en su tesis del estado de naturaleza, en el que el ser humano disfrutaba de todos sus bienes y libertades sin ningún tipo de restricción y podía, por tanto, salvaguardar sus derechos, libertades y propiedades contra los demás hombres, juzgando y penando a los mismos según su entendimiento y ejecutando su voluntad en el ejercicio de tal defensa. De acuerdo con Locke, en el momento en el que todos los individuos renunciaron a este poder y lo cedieron a la comunidad se instituyó la sociedad política o civil, en la que existían normas que llamadas a ser cumplidas igualitariamente, desechando la preferencia e imponiendo sanciones ante hechos reprochables, una potestad que sería gestionada por ciertos sujetos designados por la propia y recién creada comunidad (Benavente, 1972: 5-11). Esta diferenciación inició el establecimiento de la separación de poderes²⁷ entre el legislativo —Locke incluye en él las facultades judiciales— y el ejecutivo —que actúa a favor de esa sociedad, administrando conforme a las observaciones decretadas por las leyes (Locke, 2003: 62-64)—. En esa sociedad política, en la que se proclamaría la separación de poderes²⁸, incluso los gobernantes debían estar sujetos a la legislación del Estado²⁹ en virtud de una especie de entelequia estatal que se situaría en un plano preeminente con respecto a cada individuo (Todarello, 2008: 69).

Posteriormente, con base en la aplicación de esta teoría a la práctica monárquica, el autor de Wrington concluía que cuando el gobierno de un rey era absoluto, este gobierno era intrínsecamente disconforme con la sociedad civil que él mismo predicaba, toda vez que este *princeps* permanecería en una situación de estado de naturaleza; ello porque, al concentrar en su persona ambos poderes, los ciudadanos no podrían defenderse de los abusos y las corruptelas del monarca y perviviría la impunidad propia de un sistema tiránico³⁰. Mas el fundamento último de la argumentación del protegido del conde de Shaftesbury era que, en realidad, no tenía cabida el absolutismo porque en el estado de naturaleza el súbdito

tenía al menos la posibilidad de defenderse y preservar sus bienes jurídicos, aunque fuera a través de modos arcaicos. Por ende, carecería de sentido que, en una sociedad más avanzada como la civil —surgida de una convención en virtud de la que los individuos cedieron (y se despojaron de) derechos con la finalidad de vivir mejor—, el ciudadano se situase en una posición peor que la primigenia y se sometiera al arbitrio de un sujeto indolente, corrompido y jactancioso del poder que se le confirió (Locke, 2003: 64-66).

Por otra parte, Locke sostuvo que, dado que la vanidad y el ansia de riqueza corrompían y corrompen a los gobernantes —que comienzan a mirar su propio ombligo en vez del bien general—, era indispensable determinar el modo en que debía desarrollarse la actividad gubernamental. En esa actividad habría que proceder de acuerdo con lo estipulado por las leyes, que debían ser públicas y conocidas por el pueblo, con el fin de evitar atropellos y extralimitaciones, y que, aun en caso de que, a pesar de tales previsiones, estos sucedieran, debería existir una judicatura ecuánime e incorruptible que, si fuese menester, pudiera ejecutar medidas ante los propios legisladores (Locke, 2003: 100-105) y, además, persiguiera teleológicamente el bien de la comunidad, esto es, la vida tranquila y en paz. Continuaba arguyendo el de Somerset que el legislativo era el poder más relevante a la hora de conseguir el bien público de la sociedad, ya que su objetivo último era el amparo y la conservación de dicho bien. Por ello, el legislador no podría en ningún caso usar sus licencias de manera discrecional ni jugar con los bienes jurídicos básicos del pueblo (Locke, 2003: 92-97).

Además, Locke teorizó algunas reglas destinadas a limitar las potestades y controlar a los legisladores. En ese sentido, se decantó por una asamblea itinerante y variable, ya que, si el poder legislativo recayera en un solo individuo o en una institución inamovible, finalmente surgiría en él o en ellos una subcultura de grupo diverso, lo que provocaría cierta conciencia de identidad en el mismo y, consecuentemente, la persecución de intereses ajenos a los de la comunidad.

Locke remataba su explicación con una idea³¹ que colisionaba abiertamente con las teorías hobbesianas: si los que administraban el Estado se alejaban de las funciones que debían ejecutar en virtud de su cargo y hacían dejación de su deber de perseguir y preservar el interés general, el pueblo mantenía una especie de poder o derecho³² de volver al estado original, suprimiendo ese gobierno e instaurando un parlamento que fuera adecuado a aquella finalidad (Locke, 2003: 106 y 158-159).

En lo que respecta a la educación, el filósofo inglés pensaba como Aristóteles: el recién nacido no puede ser considerado un individuo con vicios o virtudes innatas, ya que se nace vacío. Por esta razón, interesaba que la educación fuera temprana, dado que los buenos hábitos y los actos desviados se aprendían desde la precocidad³³. No obstante, el ser humano va poco a poco invistiéndose de razón, de ahí que en los primeros estadios de la vida los padres deberían velar por los hijos y gobernarlos; por el contrario, los hijos irían adquiriendo mayores niveles de autonomía e independencia a medida que fueran acopiando capacidades intelectuales y racionales para guiarse a sí mismos. Como si de una reminiscencia del gobierno ejercido por el padre en la niñez se tratara, explicaba el pensador y médico inglés, el hombre se acostumbró a la autoridad ejercida por una sola persona y pensó que en su

seno se podía obtener la felicidad, cosa que para Locke era más bien opuesta a sus preceptos ideales (Todarello, 2008: 63-66).

3.2. MONTESQUIEU (1689-1755)

Montesquieu iniciaba su exposición diferenciando tres posibles formas de gobierno: la república —que, en función de que el gobierno fuera asumido por todos o solo por una parte sería, respectivamente, democracia o aristocracia—, la monarquía y el despotismo (Vásquez Cárdenas *et al.*, 2011: 237), y examinaba los problemas que podría generar la instauración de cada una de estas modalidades, así como sus desviaciones.

En primer lugar, es menester comentar que el autor de la *Brède* intentó aunar la tradición con la modernidad y que pretendió hallar la mejor teoría política para su país, la Francia de mediados del siglo XVIII. Además, realizó aportaciones que siguen siendo de indudable actualidad casi tres siglos después de su muerte. En este sentido, argüía que la razón de que el pueblo perdiera el interés por los asuntos públicos traía causa de las corruptelas en el gobierno —la compra de elecciones, los sobornos y el enriquecimiento particular de los «representantes de la comunidad» (Montesquieu, 2005: 54-55)— y que esta situación de descontento constituía uno de los peores males posibles.

Por lo que respecta a la «república» en su formato democrático, Charles de Secondat sostenía que la misma se fundamentaba en la virtud política consistente en amar a la patria y defender la igualdad. De esta proposición se infiere que este era el sistema gubernativo más vigoroso para combatir la corrupción, dado que en él prevalecía el interés común frente a las preferencias de los funcionarios (Todarello, 2008: 75-76).

Sin embargo, Montesquieu entendía que la república democrática era un tipo de organización institucional agotada, puesto que no podía presumirse que todos los hombres que formaban parte de la misma fueran virtuosos y buscasen el bien de la colectividad y la igualdad de todos. Además, la aparición de defectos en los individuos era más previsible en vastos territorios —en los que existían amplios crecimientos demográficos, establecimiento de rutas comerciales y disparidad en la equidistribución de las riquezas—, lo que daba lugar a la estratificación en distintas clases sociales y, por tanto, a la progresiva pérdida de la virtud, tendencias que propiciaban la emergencia y la intensificación de la envidia, pulsión inherente a la naturaleza pasional del ser humano. De ahí que Montesquieu concluyera que, en lugar de plasmarse en leyes positivas, la reglamentación en torno a la virtud conducía al hombre hacia la corrupción (Filgueiras, 2009: 321-326), un mal que, posteriormente, se traspasaba al pueblo por las altas esferas del poder con la finalidad de ocultar la avaricia y normalizar sus prácticas envilecidas, fomentando así una espiral autodestructiva (Todarello, 2008: 81).

En relación con la vertiente «aristocrática» de la república, Montesquieu sostenía que el problema radicaba en el hecho de que unos pocos nobles podían someter arbitrariamente³⁴ al pueblo a través de la ley colocándose, no obstante, por encima de la misma (Montesquieu, 2005: 64), es decir, en situación de impunidad y privilegio para un gobierno deve-

nido ya en «oligarquía» —o gobierno despótico de varios— que propicia mayores cotas de desigualdad entre gobernantes y gobernados³⁵.

Posteriormente, Charles de Secondat analizaba la «monarquía», el sistema de gobierno por el que se decantaba, ya que, a su juicio, era el mejor para lograr los fines colectivos (Filgueiras, 2009: 324). Comenzaba constatando que en los sistemas monárquicos era ciertamente difícil hallar a un hombre de bien que profesara el amor a la patria y a la igualdad, esto es, a la virtud pública. Según Montesquieu, era una forma de gobierno propicia para el estímulo de la degeneración y del primado del interés privado frente al interés común, dado que se inspiraba en el principio del honor, principio que amparaba la desigualdad y los privilegios bajo la simulación de la búsqueda del bien común (Montesquieu, 2005: 65-67 y 146). Esto llevaría automáticamente a la degeneración del sistema, ya que se previsiblemente la monarquía concentraría los poderes y atendería a los caprichos del soberano, que irremediamente consumiría abusos en el orden económico (Filgueiras, 2009: 326).

No obstante, el noble francés aseveraba también que la monarquía era el sistema político más moderado, y entendía que la aplicación de ciertos postulados —entre ellos la separación vertical y horizontal de poderes— provocarían algunas modificaciones que convertirían a la monarquía en un adecuado modelo de gobierno. Con estos cambios se evitaría la degeneración hacia el despotismo, posibilitando el ejercicio de la libertad y combatiendo la ambición mediante una ingeniería institucional asentada en las leyes —donde estarían representados los intereses de todos—, que impondría frenos al poder y atemperaría los apetitos humanos (Filgueiras, 2009: 325).

Montesquieu pensaba que era imprescindible la existencia de unos poderes intermedios, situados entre el rey y el pueblo, que operaran como contrapesos y como dispositivos de control recíproco. Estas «órdenes» actuarían como contrapoderes, brindando seguridad, estabilidad y solidez al aparato estatal (Bobbio, 1997: 136).

Por otra parte, y con similar finalidad, definió su teoría de la separación de poderes, en virtud de la cual el ejercicio del poder por del monarca quedaría dividido en tres funciones: la legislativa, la ejecutiva y la judicial. Esta organización evitaría la discrecionalidad y operaría como un control recíproco de los tres poderes, de modo que ningún hombre podría extralimitar sus facultades siempre y cuando estuvieran totalmente deslindadas las competencias, ya que, en otro caso, la confianza podría resentirse —y aun desaparecer— y cabría la posibilidad de que se aprobaran, aplicaran y ejecutaran normativas tiránicas —*v. gr.*, si no se separaba absolutamente la función legislativa y la ejecutiva (Todarello, 2008: 81-83; Vázquez Cárdenas *et al.*, 2011: 238)—.

Con relación al «despotismo», Montesquieu manifestó que en este tipo de gobierno el soberano se conducía en función de sus apetencias —codicia, ambición, ansias de lujo, egoísmo— sin sujeción alguna a cualquier instancia de control y haciendo uso del miedo como medida de represión. En estos gobiernos tiránicos solo existía la voluntad del monarca, blindada a cualquier crítica u oposición; esta situación constituía un campo abonado para la corrupción —no en vano, eran prácticas habituales el peculado, el uso de presentes

al contactar o reunirse con determinada autoridad o el ejercicio de la función judicial sin existencia de leyes: el propio juez decidía conforme a su arbitrio, esto es, sin ajustarse a norma o acervo jurídico alguno (Todarello, 2008: 77-81)—. Al decir de Montesquieu, un marco político como el despotismo, en el que predominaban el temor, la ausencia de orden, la discordia existente entre los distintos ciudadanos, era corrupto en su propia esencia (Filgueiras, 2009: 326).

Por último, el de la Brède reflexionó sobre la educación. Montesquieu defendía que una educación eficaz era relevante en una república para lograr el objeto de expandir la virtud en la ciudadanía y crear una identidad sustentada en el bien común —a través del cual el individuo se preocupaba por preservación y protección de los intereses sociales—. No obstante, este tipo de sistema educativo carecía de sentido en un sistema despótico, toda vez que el mismo podría propiciar la concienciación de los males de la cosa pública y el correlativo señalamiento de las intromisiones realizadas por el *princeps*, lo que provocaría el intento de abolición de tal forma de gobierno. Por esa razón, en las tiranías no se prestaba demasiada atención a la educación (Montesquieu, 2005: 74-75).

En el ámbito educacional, es dable destacar también que, al igual que años más tarde lo haría Cesare Beccaria, Montesquieu defendió la idoneidad de las prácticas preventivas frente al aumento del rigor de las penas —política criminal por antonomasia de los gobiernos absolutistas—. Igualmente, sostuvo que el hecho de saberse impune —y no la severidad de los castigos— era la causa de todos los relajamientos. De este modo, Montesquieu fue uno de los impulsores de las tesis sobre la efectividad de la sanción.

Finalmente, terminaba dilucidando la forma en que el honor, la virtud, el amor patrio, así como la vergüenza de sufrir la pena —esto es, su infamia— servían para censurar las conductas sépticas, concluyendo que era más idóneo fijar medios de evitación de los crímenes que castigarlos duramente. A través de esta vía los hombres podrían ser conducidos hacia la senda virtuosa, adquirirían hábitos beneficiosos para la sociedad y promoverían la instrucción desde la infancia del amor a la república, finalidades cuyo logro sería sin duda más probable si la pasión por aquellas ideas y principios fuera transmitida por los padres a su prole.

Al respecto, Montesquieu sostenía que si una generación se depravaba era porque las prosapias anteriores ya se habían degenerado. Por ello, consideraba que era indispensable una buena educación de padres y de maestros para que la educación del mundo y sus influencias —donde se hablaba de industrias, comercio, lujo, negocio o capital— no menoscabasen las ideas aprehendidas en las otras facetas educacionales (Todarello, 2008: 83-87).

3.3. JEAN JACQUES ROUSSEAU (1712-1778)

Rousseau emprendió su teoría siguiendo la tesis hobbesiana de acuerdo con la cual antes del surgimiento de la sociedad civil —en el estado de naturaleza— imperaba la inseguridad, el ansia de poder, el miedo recíproco y la guerra de todos contra todos, situación que se recondujo mediante una convención o contrato celebrado entre los individuos a fin de articular un nuevo orden social. A través del contrato social, el individuo perdió la libertad

natural y la posibilidad de poseer todo lo que él quisiera, es decir, esa especie de derecho irrestricto legitimado por la fuerza física. Por contra, obtuvo la libertad civil y la propiedad de lo que poseía, dirimiendo sus controversias mediante la aceptación de la coacción jurídica. Esta fue la manera a través de la que el ser humano alcanzó la libertad moral que lo hizo verdaderamente libre, ya que —según el ginebrino— si los deseos llevarían a los hombres hacia la esclavitud, la obediencia a la ley los liberaría (Rousseau, 2005: 24).

No obstante, Rousseau tardó poco en separarse de la línea planteada por Hobbes, ya que, en lo que respecta a la entrega del poder a una autoridad mediante el pacto social, el ginebrino se decantó por el sistema democrático y por la división de poderes, es decir, por una forma republicana de gobierno. Así, su mayor pretensión era encontrar la manera de que el poder legítimo no se descompusiera y deviniese en un gobierno despótico. Para lograr tal pretensión, el filósofo suizo consideraba que el sistema político debía funcionar sin fricciones, suprimiéndolas absolutamente o al menos reduciéndolas hasta cotas mínimas, dado que esas divergencias y rozamientos —que estimaba innecesarios y perjudiciales— actuaban como pilas tras en las que se asentaba la corrupción, que descomponía poco a poco el sistema y provocaba la entrada en juego de la anaciclosis (Rubio Carracedo, 2008: 106-110).

Las desavenencias o discrepancias que dañan el régimen constituido por medio del contrato social surgían, según el «contrailustrado», de la manifestación de las distintas voluntades que intervenían en el seno de los detentadores del poder: por ese medio podía abrirse camino la corrupción. Rousseau señaló que «[...] hemos de distinguir en la persona del magistrado tres voluntades esencialmente diferentes. Primera, la voluntad propia del individuo, que tiende a su ventaja particular; segunda, la voluntad común de los magistrados, que se orienta únicamente a la ventaja del gobierno, y que puede denominarse voluntad de cuerpo, la cual es general con relación al gobierno, y particular con relación al Estado, del que el gobierno forma parte; tercera, la voluntad del pueblo o voluntad soberana, que es general tanto con relación al Estado considerado como un todo, como con relación al gobierno considerado como parte del Estado. En una legislación perfecta, la voluntad particular o individual debe ser nula, la voluntad de cuerpo propia del gobierno debe estar muy subordinada y, por consiguiente, la voluntad general o soberana debe ser siempre dominante y la regla única de las otras dos» (Rousseau, 2005: 65-66). Pero el suizo era consciente de que, una vez en el gobierno, el individuo primero es él mismo, posteriormente magistrado y, finalmente, ciudadano. Por lo que, en la medida en que no actuase como ciudadano —primando el interés general³⁶— existiría corrupción por parte de los administradores públicos, ya que no se perseguiría el interés común o utilidad común (Rubio Carracedo, 2008: 118).

Esta preferencia por la primacía de la voluntad particular era tanto más sencilla cuanto mayor era el crecimiento del Estado porque, a través de esta circunstancia, se crearían más situaciones incitadoras para los funcionarios de cometer alguna irregularidad en su propio provecho (Todarello, 2008: 92-93). Por ello, Rousseau creía necesaria la instauración de una asamblea o deliberación pública para poder conciliar esa «voluntad de todos»³⁷ —que sigue siendo particular— con la «voluntad general» (Rubio Carracedo, 2008: 119).

Rousseau prefería el gobierno republicano a la monarquía porque en esta última convergen en un solo individuo la voluntad particular y corporativa. Argumentaba contra la corona que los reyes querían gobernar siempre bajo el gobierno absolutista. Además, al recaer todas las voluntades en la misma persona, y en ausencia de fuerzas neutralizadoras, era sencillo actuar en perjuicio del propio Estado. Tan es así que, en el Capítulo de *El contrato social* titulado «Del abuso del gobierno y de su propensión a degenerar», sostenía que tal descomposición se producía por concentración excesiva de poder en un soberano, que suponía el tránsito de la democracia a la aristocracia y, posteriormente, a la monarquía, densificando cada vez más el poder, lo que terminaría disolviendo el Estado cuando el *princeps* actuase sin someterse al ordenamiento jurídico y, por lo tanto, arrebatando ilegítimamente el poder, toda vez que los altos cargos en la institución real solían ser ocupados por tunantes (Rousseau, 2005: 75 y 86-87).

En cuanto a la república, Rousseau se inclinaba por un régimen mixto —aristocrático-popular—, ya que entendía que nunca existió ni existirá auténtica democracia³⁸. Aún así, consideraba que el mejor régimen era el republicano, ya que en él todos los ciudadanos nacían —potencialmente— magistrados y, aunque realmente luego se limitase su acceso mediante elección de acuerdo a su probidad, capacidad, mérito y experiencia —para acercarse a la cúspide del Estado a hombres aptos y competentes que actuaban con dignidad y respeto—, se fijaban una serie de medidas aseguradoras de un buen y correcto gobierno de los individuos más eruditos en provecho de la comunidad en su integridad (Todarello, 2008: 94).

El funcionamiento estatal, según Rousseau, debería desenvolverse de este modo. El gobierno, pensaba el ginebrino, debía operar como mero representante directo de la voluntad general, que no podía ser sustituida por voluntades parciales o particulares, de ahí que los miembros del gobierno fueran meros empleados del Estado y no propietarios del mismo³⁹, debiendo responder⁴⁰ y rendir cuentas de sus labores (Rousseau, 2004: 91).

Finalmente, cabe señalar explícitamente que Rousseau prestó bastante atención a la educación de los hombres⁴¹. Nuestro autor argumentaba que el hombre nace con una aptitud para aprender, pero vacío del conocimiento que necesitamos, por lo que es menester que al principio se nos proteja (Rousseau, 1986: 66 y 98). No obstante, desde que vemos la luz comenzamos a educarnos —antes incluso de adquirir conciencia racional— y vamos instruyéndonos a la vez que vamos viviendo, por lo que, a efectos de prevención, esas costumbres adquiridas en los primeros años de vida son vitales⁴². Asimismo, Rousseau afirmaba que el hombre es bueno por naturaleza, pero que es la interacción social lo que hace aparecer en el ser humano las inclinaciones pasionales y, consiguientemente, la desigualdad. Ello se debe a la entrada en juego de factores como la ambición, el egoísmo o la envidia, consecuencias de la siempre evidente comparación entre los individuos, que daba lugar a cierta desazón por obtener la aprobación social, para lo cual requiere de bienes, posesiones y riquezas cuya adquisición para ser aceptado y sentirse estimados por la comunidad a toda costa podían distorsionar y desviar las conductas del sujeto (Todarello, 2008: 87-90).

Por todo ello, como remedio contra esos hechos delictivos fraudulentos y corruptos, Rousseau impulsó lo que denominó educación cívico-democrática⁴³. Para él, la educación era el medio que debía ofrecer al individuo los recursos que lo hicieran patriota, ya que de, este modo, sus apetitos y sus anhelos consistirían en velar por el interés común (Rubio Carracedo, 2009: 222-224).

4. CONCLUSIONES

Como ha podido advertirse en las páginas precedentes, la corrupción fue un problema que preocupó a la mayoría de los pensadores durante la Edad Moderna, esto es, durante el Renacimiento y también durante la Ilustración.

Ahora bien, parece que la mayoría de las aportaciones relacionadas sobre el fenómeno séptico y su lucha vieron la luz ya en la Antigüedad, en la época de la Grecia clásica, a partir de las tesis de Platón y Aristóteles, que propusieron mecanismos y/o herramientas que aún hoy siguen siendo los únicos modos de lucha contra la corrupción existentes (Ruiz-Morales, 2018: 326-327) —evidentemente, con las debidas modificaciones adaptativas a nuestro tiempo, del mismo modo que las tipologías delictivas vinculadas a la corrupción, que también se han adaptado al momento que nos ha tocado vivir—.

No obstante, y como se ha podido apreciar, de la mano de los pensadores modernos surgen algunas ideas que o bien nunca se han utilizado, o bien han sido desechadas; no estaría de más recuperarlas y utilizarlas, ya que constituyen respuestas interesantes ante la constante aparición de nuevos casos de corrupción.

En primer lugar, parece muy interesante la aplicación de la idea de la efectividad de una persecución penal del presunto corrupto: este sería uno de los más importantes elementos disuasorios con los que contaría el Estado en su combate al fenómeno séptico. A tal efecto, habría que eliminar cualquier inmunidad o aforamiento ofrecido al gobernante, al funcionario o a cualquiera que ejerce un cargo público, ya que estos mecanismos dificultan la persecución penal y crean el paraguas necesario para que opere la impunidad.

Otro mecanismo, propuesto por Maquiavelo, consistía en que los casos de corrupción fueran juzgados por el tribunal del jurado, esto es, por ciudadanos libres e iguales —ya que el corrupto se ha querido investir de más poder del que debería ostentar—. Además, cuanto mayor sea el número de integrantes del tribunal juzgador tanto más difícil será llevar a cabo la compra y venta de voluntades y, por tanto, más complicada será la corrupción de dicha institución. Resulta interesante observar que nunca se ha utilizado este procedimiento de enjuiciamiento y que ni siquiera se ha planteado⁴⁴. ¿Acaso aquellos que legislan y ejercen el poder tienen miedo de ser juzgados por sus «pares»? Evidentemente, es lógico pensar que los políticos corruptos desearán ser juzgados por jueces profesionales, máxime en un país como España⁴⁵, en el que la independencia judicial y la separación de poderes no es del todo clara, toda vez que jueces molestos para el poder como Baltasar Garzón o Elpidio Silva fueron inhabilitados sospechosamente cuando su actividad instructora y judicial no interesó al poder político.

Por su parte, como se advirtió *supra*, Hobbes explicaba que las tareas de control y de supervisión de la actividad funcional debían ser desarrolladas por el monarca, toda vez que este era el titular de la soberanía, ante el que todos estaban obligados a responder⁴⁶. Ahora bien, si a lo largo de los siglos la soberanía ha venido a recaer en el pueblo, del que emanan los poderes del Estado, ello significa que este es el poder supremo en el ordenamiento jurídico actual y, por ende, que la actividad funcional debería revisarse y controlarse por el propio pueblo, que debería solicitar la rendición de cuentas de los fondos públicos, de las labores de funcionarios y gobernantes y de los incrementos patrimoniales de los mismos⁴⁷.

Finalmente, poco más se innovó en el ámbito de las medidas de lucha contra la corrupción. No obstante, se consideró al fenómeno séptico como una conducta eminentemente reprochable, cometida por personas de alto estatus social. Y es que estos autores, sin saberlo, ya se estaban refiriendo a los delitos o criminalidad de cuello blanco, conformando un área del Derecho penal constituida por una serie de ilícitos frente a los que había que actuar.

Parece lógico que Locke entendiera que la judicatura debía ser investida de una fortaleza sin parangón para poder enfrentarse y someter de una manera absoluta al poder legislativo y a sus miembros. *Ergo*, ¿por qué motivo en la actualidad seguimos sin atribuir el máximo vigor y los mejores medios suprema a jueces y magistrados? ¿Acaso no interesa? ¿Por qué los jueces siguen dependiendo del poder político? ¿Por qué el legislador no concede esa necesaria fuerza al poder judicial para que incluso él mismo pueda ser juzgado por su actuación corrupta? ¿Acaso se debe puramente al azar o la casualidad, o verdaderamente pretende mantener la supremacía respecto de los otros poderes para continuar disfrutando de ciertas cotas de impunidad?

En definitiva, la corrupción se extendió también durante la Edad Moderna, y los autores de este periodo trataron de explicar su origen para poder ponerle freno con un amplio abanico de herramientas: político-criminales y educativas⁴⁸.

Y es que, como ya vislumbró Montesquieu, la pérdida de interés de la ciudadanía por la política⁴⁹ constituye un síntoma de hastío ciudadano asociado a la corrupción. E igualmente es muy llamativo que, transcurridas muchas centurias, la situación se venga repitiendo hogaño. ¿No puede ello ser debido a la indolencia de un pueblo ante un grupo que es el que puede cambiar las leyes pero que opta por mantener el *statu quo* con la finalidad de que nada le pueda afectar y nadie lo pueda someter verdaderamente a la ley.

NOTAS

1. En este sentido, basta con hojear las noticias aparecidas en los diarios del último mes, relativas a España o a otros lugares del mundo. *V. gr.*: «Un informe de la Guardia Civil reactiva la investigación sobre la caja b del PP de Aguirre», *El País*, 20 de diciembre de 2018 [en línea] <https://elpais.com/politica/2018/12/20/actualidad/1545329077_709322.html>. [Consulta: 22/12/2018.]; «El fiscal general de Perú intensifica la presión contra el equipo que investiga el “caso Lava Jato”», *El País*, 20 de diciembre de 2018 [en línea] <https://elpais.com/internacional/2018/12/19/america/1545260191_236403.html>. [Consulta: 22/12/2018.]; «La Fiscalía brasileña acusa a Temer de corrupción y de blanqueo», *El País*, 20 de diciem-

bre de 2018 [en línea] <https://elpais.com/internacional/2018/12/20/america/1545261437_941660.html>. [Consulta: 22/12/2018.]

2. «En la antigüedad, engrasar las ruedas era una costumbre tan difundida como hoy y considerada en algún caso incluso lícita» (Brioschi, 2004: 193).

3. Por mencionar algunas prácticas vinculadas a tal fenómeno, toda vez que se trata de un problema jurídico de compleja definición legal debido a la problemática determinación de sus límites (De la Mata Barranco, 2004: 3-5). Los contornos de la voz corrupción varían dependiendo del enfoque del mismo. Así, incluso dentro de un mismo ordenamiento jurídico-penal, la indefinición es manifiesta, toda vez que ni el lenguaje común ni en el lenguaje político ni en los textos normativos —como el Código Penal— el concepto está claramente delimitado (Terradillos Basoco, 2017: 1-9).

4. En palabras de Carpintero Benítez, Renacimiento o *Wiedergeburt* hace referencia a un pasaje de la Biblia en la que Jesús anuncia a Nicodemo que, para lograr la salvación, el hombre deberá «volver a nacer».

5. Es destacable, en este punto, hacer mención a la obra arquitectónica que marca la renovación hacia un mundo moderno. Se está haciendo referencia a la cúpula de la Catedral de Florencia ideada por Brunelleschi, que supone un hito fundamental en la historia de la arquitectura. En esta época pueden mencionarse otros escultores, arquitectos y pintores, que marcan los inicios de este «renacer» —*quattrocento*—, como Giotto, Ghiberti, Donatello o Botticelli. A este periodo seguirá el *cinquecento* —etapa cumbre del Renacimiento en la que aparecen tres genios del arte en general: Leonardo da Vinci, Miguel Ángel Buonarroti y Rafael Sanzio. En esta época cobra fuerza también la tesis de Nicolás Copérnico sobre la teoría heliocéntrica. En el Renacimiento más tardío surgen figuras como Caravaggio, el astrónomo y matemático Galileo Galilei o escritores como Cervantes o Shakespeare.

6. El influjo entre todas las disciplinas era sinalagmático, de ahí que Erasmo fuera mencionado por Lutero, que Maquiavelo se nutriera de estas ideas y que otras figuras como Giordano Bruno sugiriesen nuevos caminos en su campo del saber.

7. Algo antes, en Francia. A finales del siglo XV se instauró en el Imperio español.

8. Literalmente, modo francés de tratar el Derecho, cuyo promotor fue Alciato. Esta forma de proceder consistía en que el jurista, además de su conocimiento de las normas y el Derecho, también era humanista, debiendo escribir en un latín de calidad, ya que el latín taquigrafiado de glosadores y comentaristas fue duramente criticado por el humanismo (Carpintero Benítez, 1977: 108-115).

9. Este diplomático y filósofo político del renacimiento italiano pasó a la historia por su obra *El Príncipe*, donde explica cómo deben gobernar los reyes o príncipes a efectos de conservar su poder, incluso llevando a cabo actos que podrían ser calificados de inmorales, como base de su estrategia política: en ella que todo vale para garantizar la preeminencia del Estado. Ello provocó que haya sido recordado como persona astuta, pérfida y malvada (Grande, 2014: 64). No obstante, esa reputación parece ser inexacta, ya que del resto de su producción literaria puede observarse esa visión paradójica, donde se demuestra cierta aporía: así, en sus *Discursos sobre la primera década de Tito Livio* parece mostrar su verdadera doctrina, decantándose por el gobierno republicano y la armonía del poder entre altas y bajas clases sociales.

10. Para los aristotélicos, como también para Tomás de Aquino, la corrupción consistía en el envilecimiento de un elemento o ser que optaba por desatender a su propia naturaleza. De esta manera, no tendía al fin que le correspondía, sino que reparaba en un fin que concernía a la globalidad o comunidad y, aun así, lo perseguía.

11. Maquiavelo aclaraba que no bastaba con poder acusar a un funcionario, ya que, si era poderoso por medio de la misma actividad corruptiva en la que se hallaba inmerso, este podría comprar voluntades. Por

eso argumentaba que estas causas debían ser juzgadas por infinidad de jueces porque, a mayor número, más difícil de sobornar sería.

12. Su tesis choca diametralmente con las teorías de Polibio.

13. Si se eligió a un gobernante, ya no hay vuelta a atrás, aunque realizara conductas contraproducentes. Es el precio a pagar por la tranquilidad y la paz, es un mal necesario.

14. En el que primaban los contactos, el amiguismo, que tiene origen en las primeras sociedades tribales.

15. Como Bodin, Hobbes era un acérrimo defensor del poder absoluto, y criticaba la independencia de los poderes como causa de disolución del Estado. Hobbes fundamentó esta tesis con base en la siguiente paradoja: si el monarca estuviera supeditado al ordenamiento jurídico, estaría sujeto a un juez que lo controla y lo podría sancionar —y este ocuparía la posición de nuevo monarca—. Posteriormente, también habría otro sujeto que controlaría a ese juez, y así sucesivamente, hasta llegar a la borrosidad del sistema, lo que llevaría a la completa desaparición estatal.

16. Años más tarde, al trasladarse la soberanía al pueblo, debería ser este el que debería asumir tales funciones.

17. Esta es la época en la que también parece surgir el Derecho penal y la criminología, con Beccaria. Según Zaffaroni, los teóricos de esta rama del Derecho sitúan la génesis de sus explicaciones aquí, quedando lo anterior en términos vagos e imprecisos, aunque —como se ha visto en los epígrafes anteriores—, las normas penales y sancionadoras aparecen ya en las sociedades tribales (Zaffaroni, 2015).

18. En el ámbito penal Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, desarrolló principios básicos en la teoría de la pena, como el sostén retribucionista del castigo —desechando la función represiva— y la proporcionalidad entre el delito y la pena. Además, dio relevancia a la lesión producida en el bien público a través de la ofensa —descartando criterios morales, religiosos o personales del autor— y fijó las tesis preventivistas de la pena de acuerdo a su prontitud e inevitabilidad —menospreciando la dureza y severidad de la sanción como fundamentos de la prevención— (Rodríguez Pérez de Agreda *et al.*, 2015: 9-11).

19. Con Cervantes, Quevedo, Góngora, Mateo Alemán, Lope de Vega, Tirso de Molina o Calderón de la Barca, entre otros muchos. En esta época se crean géneros y estilos literarios únicos.

20. Cabe mencionar aquí a los pintores Velázquez, Zurbarán o Murillo, los escultores Berruguete, Francisco de Ocampo, Juan de Mesa, Mena o el círculo de Pedro Roldán y arquitectos como Herrera o Vandelvira.

21. Con sus declaraciones de derechos como el *Bill of Rights* —e incluso antes, con la *Petition of Rights*—, que buscaban una limitación de las facultades del monarca a efectos de restringir los abusos que sufría el pueblo llano.

22. Es curioso que se denomine a los paraísos fiscales con el término inglés *off-shore* (literalmente «en el mar, alejado de la costa» o «ultramar»). Es muy probable que esta denominación tenga su origen en la ocultación en islas de los bienes obtenidos en los saqueos de la piratería.

23. A título de ejemplo, pueden mencionarse los esfuerzos llevados a cabo para modificar tales conductas por el virrey Francisco de Toledo y el propio Gobierno central. No obstante, incluso mientras se implantaban aquellas reformas —por ejemplo, el depósito de una fianza por el corregidor de Indias— las malversaciones continuaban, toda vez que existían infinidad de métodos de falsear las recaudaciones, entre ellos la alteración y disminución del número de personas censadas o la práctica de obligar a los indios al pago de tributos correspondientes a personas finadas —datos, todos ellos, de los que el Gobierno central no podía tener conocimiento—. Sin embargo, estas evidencias, que dejaban entrever que cuando arri-

baba a la península una cantidad ínfima de lo que verdaderamente correspondía como recaudación por cualquier concepto, no escapaban de la imaginación de los diversos monarcas —engranaje del que ellos mismos participaban—. Tan es así que en los documentos oficiales en los que se afianzaba el puesto en cuestión se establecían una serie de directrices que debían regir en la operatividad del funcionario. De este modo, estos contratos contenían órdenes como la proscripción para los funcionarios de recibir presentes de los indígenas sin haberlos pagado previamente (Andrien, 1986: 494-500).

24. De acuerdo con esos criterios, se valoraba cada empleo, cuyo nombramiento se realizaba en la metrópoli por cierto precio. De este modo, la denominada anata equivalía a los sueldos de un año y la media anata correspondía a los salarios de seis meses —el propio monarca participaba de la adulteración de la función administradora de los cargos públicos—.

25. En este ámbito se llevaban a cabo prácticas como el comercio prohibido a funcionarios.

26. Es digno de mención que este sistema viciado era tan asiduo y se articulaba con tanta habitualidad que en la época trascendió el caso en el que un agente dedicado a la función pública falleció empobrecido y hubo de buscar una explicación racional al hecho. Esta preponderancia de la podredumbre en el seno de la Administración pública continuó hasta los reinados borbónicos, que optaron por imponer medidas de supervisión administrativa y tributaria duras e implacables —tales como ceder la recaudación de los impuestos a particulares u organizaciones privadas, la creación del sistema de Intendencias para aplacar y sujetar el tráfico de influencias que acaecía o confiar nuevamente la recaudación impositiva al Gobierno—. Esta última medida es lo que comenzó a levantar voces a favor de la emancipación por parte de los caciques virreinales (Saguier, 1989: 269-270; Torres Arancivia, 2007: 9-11).

27. Locke alude también al poder federativo, encargado de las relaciones entre los diversos Estados, es decir, de las relaciones internacionales (García, 2002: 13).

28. Porque, advertía Locke, sin la separación del poder legislativo en un ente institucional independiente en razón del cual hasta los miembros que lo conforman son también siervos de sus decisiones, el pueblo nunca se hallaría en una situación de seguridad para desarrollar la vida (Locke, 2003: 68-69).

29. Las autoridades públicas no gozaban siquiera de prerrogativas para expropiar parte de una propiedad al ciudadano en la sociedad política sin el beneplácito del perjudicado, ya que para Locke uno de los factores determinantes que hacían al hombre insertarse en la comunidad política era el deseo de amparar su propiedad (Benavente, 1972: 14).

30. Decía Locke que nadie puede quedar eximido de responsabilidad ni por su propia autoridad ni por la concesión de facultades legislativas o exenciones para cometer actos desviados, atendiendo al propio interés, ya que ningún hombre podía quedar al margen de la ley en la sociedad civil (Locke, 2003: 69).

31. Recuérdese que, aunque Hobbes enmarca el Estado contractual, no abogaba por la separación de poderes.

32. Ese derecho bien podría denominarse soberanía.

33. Mas entiende que las ideas no son innatas ni que existe una especie de primeros principios, dado que, en ese caso, no se explicaría cómo se puede atentar contra algo que está en nuestra propia naturaleza.

34. En vez de imperar la moderación.

35. La única manera de evitar esta desviación sería a través de la virtud de los detentadores del poder, cuyo cultivo daría lugar a una situación inversa a la descrita, en la que la aristocracia ocupa una posición igualitaria al pueblo y se somete igualmente a las leyes. Además, para prevenir intencionalidades, deberían ser proscritas las actividades comerciales a los sujetos que realicen labores como arcontes a efectos

de eliminar la codicia, el afán de amasar riquezas y de confundir patrimonios sin necesidad de que exista ningún tribunal que haga funciones de contralor (Montesquieu, 2005: 88-90 y 145).

36. Es relevante señalar cómo la voluntad particular tiende al interés privado, la parcialidad o preferencia por un individuo en concreto o grupo —de la que esa voluntad, aun siendo general para ellos, es decir, para el cuerpo, es particular en relación a la voluntad general—; en cambio, la voluntad general obliga o favorece por igual a la totalidad de la ciudadanía.

37. La voluntad «de todos» no era siempre la voluntad «general»; por el contrario, casi siempre significaba lo opuesto, aunque con la apariencia de unanimidad. Argüía el de Ginebra: «Con frecuencia hay mucha diferencia entre la voluntad de todos y la voluntad general; esta mira siempre al interés común, la otra al interés privado y no es más que una suma de las voluntades particulares; pero quitada de estas mismas voluntades los más y los menos que se neutralizan entre sí y queda por suma de las diferencias la voluntad general». Para que asomase en esa deliberación pública la voluntad general, era necesario que todos estuvieran bien informados y que no hubiese informaciones y comunicaciones secretas entre los sujetos reunidos, ya que estas ampararían las asociaciones parciales (Rubio Carracedo, 2008: 119-120).

38. Solo existió en tiempos de Pericles. No obstante, Rousseau entendía que era inoperante, ya que debería reunirse el pueblo entero constantemente, además de requerir de un Estado muy pequeño con igualdad jerárquica y puestos de todos los ciudadanos, por lo que argumentó que, mediante la democracia directa se gobernaría un pueblo de dioses, mas los hombres, como seres imperfectos naturalmente, no pueden regirse mediante tal perfección (Rubio Carracedo, 2008: 126-127).

39. Los reyes, con su ambición, tendieron a perpetuar su posición en el cargo, obedeciendo simplemente a sus intereses personales, considerando la institución estatal como un bien disponible hereditariamente. Este es el origen del nepotismo y de actividades ilícitas —que menciona Rousseau en otros lugares de su obra— como la apropiación de impuestos por parte del gobierno y de funcionarios; Rousseau subrayó asimismo que cuánto más complejos sean los procedimientos de devolución de esas cantidades de vuelta a la sociedad, las defraudaciones son más factibles, por lo que la circulación debe ser rápida y en interés de la colectividad.

40. Es indispensable también para Rousseau la constitución de asambleas periódicas cuyo único propósito sea controlar al gobierno.

41. Véase su obra *Emilio o la educación*. Este libro es considerada una de las principales obras sobre educación del siglo XVIII. En ella explica que sin educación todo el proyecto de reforma de una sociedad se desploma.

42. El papel de la familia es fundamental para imbuir el amor a la patria, a la libertad y a las leyes.

43. Incluso a veces habla de una religión civil que exaltaría y pregonaría el patriotismo, ya que, para Rousseau, el que no creía en ella no era patriota. De esta forma, ni respetaría las leyes ni el pacto social, por lo que se le debería expulsar de la sociedad.

44. Es curioso, puesto que este sencillo procedimiento acabaría rápidamente con sentencias que adolecen de amiguismo, de influencia y de parcialidad.

45. Tampoco hay que olvidar que el órgano de gobierno del poder judicial, el Consejo General del Poder Judicial, es elegido por el poder legislativo, por tanto, la menesterosa independencia de los jueces y magistrados queda en entredicho.

46. Era el poder supremo.

47. Se podría crear una especie de tribunal de cuentas, pero compuesto al estilo de un jurado popular, donde se enjuiciaría —por ejemplo, cada lustro— la actividad de cada funcionario o gobernante —al menos en un principio, de aquellos que ostentan mayores responsabilidades y mayores posibilidades de corromperse—.

48. Como se ha observado, de los autores modernos Rousseau es el que más relevancia otorga a la educación.

49. En este sentido, recientemente en las elecciones andaluzas se observó una bajada considerable de la participación por parte del electorado con derecho a voto. *Vid.* «Andalucía registra la segunda participación más baja en las autonómicas», *Diario ABC*, 3 de diciembre de 2018. [en línea] <https://sevilla.abc.es/elecciones/andalucia/sevi-elecciones-andalucia-2018-andalucia-registra-segunda-participacion-mas-baja-autonomicas-201812022243_noticia.html>. [Consulta: 27/12/2018.]

BIBLIOGRAFÍA

ANDRIEN, Kenneth (1986): «El corregidor de indios, la corrupción y el Estado virreinal en Perú (1580-1630)», *Revista de Historia Económica. Journal of Iberian and Latin American Economic History*, 4 (3), 494-520.

BENAVENTE, Jaime Williams (1972): «Algunos aspectos de la libertad según John Locke», *Revista de Derecho Público (Universidad de Chile)*, 13, 5-29.

BOBBIO, Norberto (1997): *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Santa Fe de Bogotá: Fondo de Cultura Económica.

BRAZ, Adelino (2003): «Hobbes y Kant: de la guerra entre los individuos a la guerra entre los estados», *Revista de Estudios Sociales*, 16, 13-22.

BRIOSCHI, Carlo Alberto (2004): *Breve storia della corruzione. Dall'età antica ai giorni nostri*, Roma: TEA.

BURKHARDT PÉREZ, Inmaculada Gema (2013): «*De repetundis*. Represión de la corrupción política en la Roma republicana. Apuntes para la reflexión frente a la futura Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno», en M. C. Pérez López (coord.), *Fundamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio. De Roma a la actualidad*, Almería: Universidad de Almería.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco (1977): «*Mos italicus, mos gallicus* y el humanismo racionalista», *Jus Commune*, 6, 108-171.

— (2011): *Apuntes de filosofía del Derecho*, Jerez de la Frontera: Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz.

CERVERA, César (2015). *El duque de Lerma: crónica del mayor desfalco en la historia de España*, *Diario ABC*, 9 de abril de 2015 [en línea] <<http://www.abc.es/espana/20141113/abci-duque-lerma-caso-corrupcion-201411121704.html>>. [Consulta: 23/12/2018.]

De la MATA BARRANCO, Norberto (2004): *La respuesta a la corrupción pública. Tratamiento penal de la conducta de los particulares que contribuyen a ella*, Granada: Comares.

FERNÁNDEZ DÍAZ, Andrés (2014): «Sobre la corrupción: otra vuelta de tuerca», *Revista Española de Control Externo*, 16 (48), 51-89.

FEROS, Antonio (2006): *El duque de Lerma: realeza y privanza en la España de Felipe III*, Madrid: Marcial Pons.

FILGUEIRAS, Fernando (2009): «Montesquieu, Tocqueville y la corrupción de la República», *Fronesis, Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 16 (2), 319-339.

FRANCO, Gabriel (1962): «Las leyes de Hammurabi: versión española, introducción y anotaciones», *Revista de Ciencias Sociales*, 6(3), 331-356.

FRETWELL, R. (2010): *Spanish Inquisition. The brutal truth*. [en línea]. <<https://www.youtube.com/watch?v=2anyXBNPPS8>>. [Consulta: 22/12/2018.]

- GARCÍA, Miguel Alejandro (2002): «John Locke: la división de poderes y la tradición democrática contemporánea», *Tópicos*, 22, 9-15.
- GARCÍA, Eloy (2010): «*Istorie Fiorentine* de Maquiavelo: una primera definición moderna de corrupción», *Teoría y Realidad Constitucional*, 25, 57-67.
- GINZBURG, Carlo (2015): «Miedo, reverencia, terror: releer a Hobbes hoy», *Apuntes de Investigación del CECYP*, 26, 30-49.
- GONZÁLEZ, Justo L. (1995): *Bosquejo de historia de la Iglesia*, Decatur: Asociación para la Educación Teológica Hispana.
- (2011): *Introducción a la historia de la Iglesia*, Nashville: Abingdon Press.
- GRANADA, Miguel Ángel (2009): «El desarrollo de las concepciones de la relación entre Antigüedad, Edad Media y presente en el Renacimiento: desde Petrarca a Giordano Bruno», *INGENIUM. Revista de historia del pensamiento moderno*, 1, 13-29.
- HOBBS, Thomas ([1651] 2004): *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Buenos Aires.
- LOCKE, John ([1689] 2004): *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, Buenos Aires: Losada.
- MAQUIAVELO, Nicolás ([1531] 2004): *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Buenos Aires: Losada.
- MONTESQUIEU ([1748] 2005): *Del espíritu de las leyes*, Buenos Aires: Losada.
- PIETSCHMANN, Horst (1998): «Corrupción en las Indias españolas: revisión de un debate en la historiografía sobre Hispanoamérica colonial», en M. González Jiménez, H. Pietschmann, F. Comín y J. Pérez (coords.), *Instituciones y Corrupción en la Historia*, Valladolid: Universidad de Valladolid.
- RAMÍREZ, Amelia (2011): «Thomas Hobbes. El carácter pasional de lo humano: la primacía de lo individual y la dimensión subjetiva del “considerar”», *In Itinere. Revista Digital de Estudios Humanísticos de la Universidad FASTA*, I (1), 21-33.
- RODRÍGUEZ PÉREZ DE ÁGREDA, Gabriel y Elizabeth CABALÉ MIRANDA (2015): «Claves histórico-políticas para una mirada distinta al fenómeno de la corrupción», *Derecho y Cambio Social*, 41, 1-22.
- ROSO DÍAZ, José (2015): «Emblemas del Papado. La representación del vicio en la propaganda protestante alemana del S. XVI», *IMAGO. Revista de Emblemática y Cultura Visual*, 7, 123-133.
- ROUSSEAU, Jean Jacques ([1755] 2004): *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Buenos Aires: Editorial Leviatán.
- ([1762]1986): *Emilio o la educación*, Madrid: Alianza Editorial.
- ([1762] 2005): *El contrato social*, Buenos Aires: Losada.
- RUBIO CARRACEDO, José (2008): «La fuente de la corrupción política: la teoría de Rousseau sobre las tres voluntades del ciudadano», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 141, 105-132.
- (2003): «Educar ciudadanos: el planteamiento republicano-liberal de Rousseau», en J. Rubio Carracedo, J. M. Rosales y M. Toscano (eds.), *Educar para la ciudadanía: perspectivas ético-críticas*, Málaga: *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía* (8).
- RUIZ-MORALES, Manuel L. (2018): «Corruptelas y prácticas ilícitas en la Antigüedad: soluciones análogas a las actuales en la historia del pensamiento», *Foro, Nueva Época*, 21 (1), 303-327.
- SAGUIER, Eduardo (1989): «La corrupción administrativa como mecanismo de acumulación y engendrador de una burguesía comercial local», *Anuario de Estudios Americanos*, 46, 269-303.
- SCIACCA, Michele Federico (1960): *Qué es el humanismo*, Buenos Aires: Columba.
- SIMÓ, J. y Juan Carlos GONZÁLEZ (2015): *La decadencia política del Siglo de Oro* [Documental en formato video]. Memoria de España. RTVE. [en línea]. <<http://www.rtve.es/alacarta/videos/memoria-de-espana/memoria-espana-decadencia-politica-siglo-oro/3277051/>>. [Consulta: 23/12/2018.]
- TERRADILLOS BASOCO, Juan María (2017): «Corrupción política: consideraciones político-criminales», *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, 1, 1-31. [En línea]. <<https://www.ejc-reeps.com/Juan%20Terradillos%20corrupcion%20politica%20REEPS.pdf>>. [Consulta: 20/03/2019.]

TODARELLO, Guillermo Ariel (2008): *Corrupción administrativa y enriquecimiento ilícito*, Buenos Aires: Editores del Puerto.

TONDINI, Bruno (2006): «Blanqueo de capitales y lavado de dinero: su concepto, historia y aspectos operativos», *Centro Argentino de Estudios Internacionales. Programa de Derecho Internacional*, [Documento de trabajo nº 20] [en línea] < <https://www.cuentasclarasdigital.org/wp-content/uploads/2013/07/3-BLANQUEO.pdf>>. [Consulta: 25/12/2018.]

TORRES ARANCIVIA, Eduardo (2007): «El problema historiográfico de la corrupción en el Antiguo Régimen. Una tentativa de corrupción», *Summa Humanitatis*, 1, 1-33.

VARELA SUANZES, Joaquín (2000): «El debate constitucional británico en la primera mitad del Siglo XVIII (Bolingbroke versus Walpole)», *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), 107, 9-32.

VÁSQUEZ CÁRDENAS, Ana Victoria y Mario MONTOYA BRAND (2011): «Corrupción, lucha anticorrupción y formas de gobierno: hacia la búsqueda del concepto de corrupción», *Estudios de Derecho*, LXVIII (152), 229-253.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2015): «El debate de la culpabilidad penal», *V Jornadas de Derecho Penal Provincial de la UNRC*, Rio Cuarto [en línea] <<https://www.youtube.com/watch?v=0frBrT9rL8Q>>. [Consulta: 23/12/2018.]

ZAVALA TREVIÑO, Juan Roberto (2013): *Apuntes sobre la historia de la corrupción*, Monterrey: Universidad Autónoma de Nuevo León.

Fecha de recepción: 29 de diciembre de 2018.

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2019.

PARTIDOS POLÍTICOS Y RESPONSABILIDAD PENAL: UNA
REFLEXIÓN EN TORNO AL SISTEMA DE PENAS
POLITICAL PARTIES AND CRIMINAL RESPONSIBILITY: A
REFLECTION ON THE SYSTEM OF PENALTIES

José León Alapont

*Departamento de Derecho Penal
Universidad de Valencia*

RESUMEN

En virtud de la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, los partidos políticos quedaban sometidos, sin especialidad alguna, al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas previsto con carácter general en los arts. 31 bis y ss. CP. Particularmente, esta extensión sin reservas presenta una serie de aspectos problemáticos que recaen, precisamente, sobre una de las piedras angulares del sistema de responsabilidad penal de los partidos políticos: el sistema de penas. Es por ello que en el presente trabajo se analizan, en primer lugar, desde una vertiente eminentemente práctica, las diferentes penas que pueden imponerse a un partido político. En segundo lugar, se procederá a examinar el encaje constitucional de las mismas y, por último, nos centraremos en los controvertidos criterios de aplicación de las penas que contempla el art. 66 bis CP.

PALABRAS CLAVE

Partidos políticos, responsabilidad penal, personas jurídicas, penas, inconstitucionalidad, criterios de aplicación.

ABSTRACT

Under Organic Law 7/2012, of December 27, which modifies the Organic Law 10/1995, of November 23, of the Criminal Code on transparency and fight against tax fraud and Social Security, political parties were subject, without any specialization, to the regime of criminal liability of legal persons provided for in general in arts. 31 bis et seq. of the Spanish Criminal Code. In particular, this unreserved extension presents a series of problematic aspects that fall, precisely, on one of the cornerstones of the criminal responsibility system of political parties: the system of penalties. That is why in this paper we analyze, in the first place, from an eminently practical perspective, the different penalties that can be imposed on a political party. Secondly, we will proceed to examine the constitutionality of these and, finally, we will focus on the controversial criteria of application of the penalties contemplated in art. 66 bis of the Spanish Criminal Code.

KEY WORDS

Political parties, criminal liability, legal entities, penalties, unconstitutional, application criteria.

PARTIDOS POLÍTICOS Y RESPONSABILIDAD PENAL: UNA REFLEXIÓN EN TORNO AL SISTEMA DE PENAS

José León Alapont

Departamento de Derecho Penal
Universidad de Valencia

Sumario: 1. Penas a imponer a los partidos políticos. 1.1. Multa. 1.2. Disolución. 1.3. Suspensión de actividades. 1.4. Clausura de locales y establecimientos. 1.5. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. 1.6. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. 1.7. Intervención judicial. 2. Acerca de la posible inconstitucionalidad de algunas de las penas. 3. Reglas sobre la imposición y extensión de las penas. 4. Breves consideraciones finales. Notas. Bibliografía.

1. PENAS A IMPONER A LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Las penas que pueden imponerse a un partido político vienen enunciadas en el artículo 33.7 CP y son las siguientes: a) multa; b) disolución; c) suspensión de sus actividades; d) clausura de locales y establecimientos, e) prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; f) inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social; y g) intervención judicial.

La pena de multa se prevé con carácter obligatorio en todos aquellos preceptos en que es posible activar la responsabilidad penal de la persona jurídica¹. Sin embargo, en determinados delitos también se contempla, junto con la multa, la imposición imperativa de otras penas². Por el contrario, en la mayoría de supuestos en que cabe declarar la responsabilidad penal de una persona jurídica, las penas de las letras b) a g) del art. 33.7 CP son de imposición potestativa por el juez o tribunal.

1.1. MULTA

El Código Penal prevé dos tipos de multas que pueden imponerse a las personas jurídicas: por cuotas (días-multa) y proporcional. Y, un sistema mixto en el que se aplica una u otra modalidad en atención a cuál de las cuantías resulte más elevada.

Por su parte, el art. 52.4 CP establece una regla de conversión de la pena de multa proporcional a otra por cuotas cuando no sea posible calcular el beneficio obtenido o facilitado, el perjuicio causado, el valor del objeto o la cantidad defraudada o indebidamente obtenida. En esos casos, el juez o tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:

- a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.
- c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Respecto de la extensión de la pena de multa por cuotas, esta no puede superar los cinco años (art. 50.3 CP) y, aun cuando dicho precepto fija el límite inferior en diez días, en ninguno de los delitos en que se prevé responsabilidad penal para las personas jurídicas se contemplan multas por debajo de los seis meses³, cifrándose la cuota diaria en un mínimo de treinta euros y un máximo de cinco mil (art. 30.4 CP)⁴. En cuanto a la multa proporcional, Esta puede ser, según las circunstancias previstas en cada precepto, del doble al triple, del doble al cuádruple o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o facilitado, del perjuicio causado, del valor del objeto o de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida⁵.

Ahora bien, dentro de los márgenes descritos, ¿proporciona el Código Penal algún criterio en que basar la extensión concreta de la pena de multa? Respecto de la multa por cuotas, El art. 50.5 CP establece que los jueces y tribunales «[...] fijarán en la sentencia, el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo». Y el art. 52.2 CP hace lo propio en relación con la multa proporcional cuando dispone que «[...] los jueces y tribunales impondrán la multa dentro de los límites fijados para cada delito, considerando para determinar en cada caso su cuantía, no solo las circunstancias atenuantes y agravantes del hecho, sino principalmente la situación económica del culpable». A juicio de algunos autores, entre los que nos encontramos, nada impide que estas reglas sean tenidas en consideración cuando se trata de una persona jurídica⁶. Aun cuando, como señala Faraldo Cabana, en relación con el art. 50.5 CP, habrá que reinterpretar los conceptos desde la óptica de la persona jurídica, que no tiene «cargas familiares» ni «circunstancias personales»⁷. Por tanto, nada obsta para tener en cuenta estas disposiciones a la hora de determinar la cuantía de la multa a imponer a una persona jurídica⁸. Así pues, en nuestro caso deberá tomarse en consideración cualquier circunstancia que permita conocer o refleje la actual situación económica del partido po-

lítico, lo que permitirá, entre otras cosas, que la multa pueda satisfacerse al ajustarse a su capacidad económica. Por ello, la discrecionalidad que se confiere al juez en este sentido debe ser valorada positivamente.

Por otro lado, el art. 53.5 CP permite fraccionar el pago de la multa (tanto por cuotas como proporcional), durante un período de hasta cinco años, «[...] cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquella o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general»⁹. Aunque este precepto solo permita fraccionar —que no aplazar— el pago, puede fijarse un sistema de fraccionamiento que en la realidad funcione como un aplazamiento, estableciéndose un periodo inicial con cuantías muy pequeñas¹⁰. El fraccionamiento previsto en el art. 53.5 CP puede decretarse tanto cuando las circunstancias en él previstas se den en el momento de dictar sentencia como posteriormente (en fase de ejecución). Dicha cuestión es relevante a efectos de eficacia de la cosa juzgada, pues, si en el momento en que se dictó la sentencia se pudo o se debió tener en cuenta si concurrían las circunstancias tasadas del 53.5 CP, no se podrán luego aducir en la fase de ejecución¹¹. No obstante, el incumplimiento de uno de los plazos no ocasionará el vencimiento automático de los restantes, pudiéndose solicitar un nuevo aplazamiento¹². Ahora bien, una vez concluido el periodo por el que se acordó el fraccionamiento, si no se hubiere satisfecho el importe íntegro de la multa se procederá al embargo y, en caso de que este no sea suficiente, podrá decretarse la intervención del partido para garantizar aquel.

Efectivamente, el art. 53.5 *in fine* CP establece: «Si la persona jurídica condenada no satisficere, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma». Así pues, cabe advertir que esta medida, que solo puede adoptarse cuando se haya aprobado el fraccionamiento de la multa¹³, es un medio de aseguramiento del pago de la misma¹⁴. Por tanto, no estamos ante el mismo tipo de intervención del art. 33.7 g) CP, que reviste el carácter de pena¹⁵. Y en ningún caso puede afirmarse que constituya una suerte de responsabilidad subsidiaria por impago de multa, pues no se sustituye la pena de multa. Respecto a su duración y, ante el silencio del Código Penal, se ha afirmado que la intervención por impago de multa (fraccionada) no podrá extenderse más allá de los cinco años, que es el límite previsto por el art. 33.7 g) CP¹⁶. Sin embargo, como acabamos de señalar, no es esta una pena de intervención judicial, por lo que podrá alargarse por un tiempo superior a cinco años¹⁷. Ahora bien, no sin límite¹⁸, pues, como sostiene Faraldo Cabana, «si se tiene en cuenta que la pena de multa sigue siendo exigible hasta que prescribe, que es al cabo de diez años (art. 133.1 CP), la intervención no debería superar en ningún caso ese plazo»¹⁹, si bien la pena de intervención por impago de multa debe cesar cuando se constate la imposibilidad de cobro de la multa²⁰.

También se discute en la doctrina si es posible aplicar en el caso de una persona jurídica las previsiones de los arts. 51 CP y 52.3 CP. El primero de ellos, que refiere a la multa por cuotas, reza así: «Si, después de la sentencia, variase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá

modificar tanto el importe de las cuotas periódicas como los plazos para su pago». Por su parte, el segundo de los preceptos (multa proporcional) dispone: «Si, después de la sentencia, empeorase la situación económica del penado, el juez o tribunal, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, podrá reducir el importe de la multa dentro de los límites señalados por la ley para el delito de que se trate, o autorizar su pago en los plazos que se determinen». En nuestra opinión, no existe inconveniente alguno para aplicar ambas disposiciones²¹, si bien la variación de la situación económica a la que hace mención el art. 51 CP (multa por cuotas) debe ser entendida en términos de empeoramiento y no de mejora. En ese caso, se refiere solo a una reducción del importe de las cuotas, no de su duración.

Por último, cabe destacar que el art. 31 ter 1 *in fine* CP dispone: «Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos». Dicha disposición, que hace referencia a aquellos supuestos en los que se impone pena de multa tanto a la persona física como a la jurídica, ha sido entendida por determinado sector doctrinal como una cláusula dirigida a evitar posibles situaciones de *bis in idem*²². En este sentido, el CGPJ manifestó lo siguiente:

«Parece que con esto se pretende evitar, más que la desproporción entre la pena y la gravedad del hecho, la posibilidad de incurrir en el *bis in idem*. Siendo la pena individual y personal, su proporcionalidad no se pondera en función de las penas que se impongan a otros sujetos, como sucede en los supuestos de coautoría o de coparticipación, sino en sí misma considerada. Así, es evidente que a la hora de individualizar las penas de multa a imponer a cada uno de los acusados, no se tiene en cuenta si la suma de todas ellas da un resultado desproporcionado. Por el contrario, cuando se corre el riesgo de castigar por dos —o más— veces una misma conducta, cobra sentido considerar si el conjunto de la pena es o no proporcionada a la gravedad de una acción que, en el caso de las personas jurídicas, se percibe de forma unitaria por la estrecha relación que hay entre los partícipes (persona jurídica y persona física que pertenezca a sus órganos de dirección). Realmente, lo que subyace en esta previsión legal es si la doble punición —de la persona física y de la persona jurídica— no infringe el principio *non bis in idem* cuando la persona física sea a la vez titular único o cotitular de la persona jurídica, pues al condenarse a esta, se estaría condenando a la persona física, directa e indirectamente a través de la pena de la persona jurídica, dos veces por el mismo hecho»²³.

Sin embargo, como ha apuntado Faraldo Cabana, solo cabe hablar de identidad de sujeto cuando el gestor/administrador de la sociedad sea a la vez el propietario de todo o gran parte del capital y, únicamente en las sociedades personalistas (colectiva y comanditaria simple), los socios colectivos responden de las deudas de la persona jurídica con su propio patrimonio, pudiéndose entender que en este caso sí puede existir una identidad de intereses patrimoniales²⁴. Ahora bien, como reconoce dicha autora, son supuestos muy excepcionales y, además, cabe precisar que, en el caso de los partidos políticos, esta circunstancia no se da. Por tanto, consideramos que, en realidad, con dicha regla «se pretende que la suma de la cuantía de las multas impuestas a la persona física y a la persona jurídica no supere una cantidad que resulte desproporcionada con la gravedad del delito»²⁵. Por otra parte, se impone una interpretación que obligue a reducir ambas multas, la de la persona física y la de la jurídica, ya que el precepto alude a «las respectivas cuantías»²⁶.

1.2. DISOLUCIÓN

Conforme al art. 33.7 b) CP, la disolución del partido producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico o de llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. Sin embargo, nada más se dice respecto de esta pena.

Sobre ello, la Fiscalía General del Estado interpretó que, en relación con las penas de disolución y suspensión judicial de un partido, habría que tenerse en cuenta lo dispuesto en el Capítulo III de la LOPP, que regula las causas de disolución, el procedimiento para instar su declaración de ilegalidad —y consecuente disolución en tales supuestos— y los efectos de la disolución judicial²⁷. Pues bien, la remisión no puede ser más desafortunada. Así, en primer lugar, no se entiende la alusión a las causas de disolución previstas en dicha ley, pues en el art. 10 LOPP no se menciona la disolución de un partido *ex art.* 31 bis CP (cuando es posible). Y, en igual sentido, tampoco resulta lógica la referencia al procedimiento para instar la disolución (art. 11 LOPP), dado que, en nuestro caso, la disolución ya se habrá acordado en la sentencia condenatoria y lo que procederá ahora será su ejecución²⁸. Por ello, solo goza de virtualidad práctica el art. 12 LOPP, que regula los efectos de la disolución²⁹.

Así las cosas, la primera consecuencia que conllevará la notificación de la sentencia en la que se acuerde la disolución será «[...] el cese inmediato de toda la actividad del partido político disuelto» (art. 12.1.a) LOPP), debiéndose comunicar tal circunstancia al Registro de Partidos para que proceda a la cancelación de su inscripción (art. 10.1 *in fine* LOPP, en relación con el art. 4.4 LOPP). Pero más importante si cabe es la disposición contenida en el art. 12.1.c) LOPP, por cuanto establece: «La disolución determinará la apertura de un proceso de liquidación patrimonial, llevado a cabo por tres liquidadores designados por la Sala sentenciadora [...]». Nada se dice sobre quiénes podrán actuar como tales; sin embargo, lo cierto es que, en los procesos de liquidación de los partidos HB-EH-Batasuna, EAE/ANV y EHAK/PCTV (disueltos en virtud del art. 10.2.c) LOPP), se designaron tres inspectores de hacienda³⁰.

Precisamente, los autos de la Sala Especial (del art. 61 LOPJ) del Tribunal Supremo, de 20 de noviembre de 2008 y de 9 de mayo de 2012 (en los que se aprobaron, respectivamente, los balances de liquidación de los partidos HB-EH-Batasuna y EAE/ANV) resaltaban que «[...] la liquidación, en un sentido amplio, supone la satisfacción de las deudas de la entidad disuelta y la afectación del patrimonio restante a la finalidad establecida legal o estatutariamente. Implica, por tanto, la extinción de las relaciones jurídicas existentes con terceros y la atribución del remanente patrimonial a la indicada finalidad, como forma de lograr la efectividad de la extinción en el plano patrimonial. Por ello, se concibe la actividad liquidadora como un conjunto de operaciones o de actos sucesivos que se orientan al cumplimiento de esas finalidades, en la que es esencial el pago de las deudas [...]. Esta operación de satisfacción de los acreedores implica no solo el pago de las deudas, sino también necesariamente, como operación previa, el reconocimiento de esas deudas [...]. Por ello, durante las operaciones de liquidación los acreedores pueden instar el abono de los créditos

que consideran que tienen frente a las organizaciones políticas y los liquidadores podrán incluirlos en el balance y en el programa de liquidación, sin perjuicio de la supervisión de esta operación por la Sala»³¹.

Para el orden de prelación de los créditos deberá estarse a los arts. 1926 a 1929 CC. Y para la clasificación de los mismos, deberá observarse lo dispuesto en los arts. 1921 a 1925 CC³². No obstante, habrá que tener en cuenta que, junto con la disolución, el partido puede ser condenado al pago de las costas, a tener que satisfacer las responsabilidades civiles en que haya incurrido e incluso a hacer frente a la pena de multa. Por ello, antes de iniciar el proceso de liquidación, deberá procederse al abono de tales conceptos conforme las reglas fijadas en el art. 126 CP. De igual modo, la liquidación del patrimonio solo podrá llevarse a cabo sobre el activo disponible del partido, sin afectar a activos intervenidos en otros procedimientos pendientes. Quedará también al margen aquellos bienes que deban ser decomisados. En virtud del art. 12.1.c) *in fine* LOPP, el patrimonio neto que resulte de la liquidación «[...]se destinará por el Tesoro a actividades de interés social o humanitario»³³.

Por otro lado, una vez aprobado el balance de liquidación puede procederse al archivo de la ejecución, sin perjuicio de su reapertura en el caso de que los saldos de las cuentas titularidad de los partidos disueltos sobre las que pesen embargos preferentes queden a disposición de dicha ejecución o se averigüe la existencia de otros bienes o derechos pertenecientes a dichos partidos susceptibles de realización³⁴.

Ahora bien, tras la disolución (vía LOPP) de partidos como HB-EH-Batasuna y ANV, el Tribunal Supremo³⁵ acordó también la disolución de sus grupos parlamentarios forales, provinciales y municipales³⁶. Con todo, este no era —ni es ahora— un efecto previsto expresamente en el art. 12.1 LOPP. Aun así, el argumento empleado, por ejemplo, en el auto de la Sala Especial (del art. 61 LOPJ) del Tribunal Supremo, de 16 de julio de 2009, era el siguiente: «La enumeración que contiene ese precepto no es exhaustiva. La disolución de un partido político produce todos los efectos previstos en las leyes y “en particular” los que indica el citado precepto. Se trata de determinar si la disolución del grupo juntero formado por los procuradores de ANV en las Juntas Generales de Álava es la consecuencia natural de la disolución de ese partido político [...], porque si ello es así la disolución de ese grupo juntero viene impuesta por art. 118 de la Constitución que, tal como viene declarando repetida jurisprudencia constitucional [...] supone tanto una “garantía de la interpretación finalista del fallo”, de modo que “el juez de la ejecución ha de apurar siempre [...] la posibilidad de realización completa del fallo, infringiendo de él todas sus naturales consecuencias[...]”, como una “garantía de procedimiento incidental de ejecución” que autoriza al Tribunal a remover en el procedimiento de ejecución todos los obstáculos que puedan oponerse al efectivo cumplimiento de lo dispuesto en el fallo [...]»³⁷.

Así las cosas, resulta obligado preguntarse si, una vez disuelto un partido *ex art.* 66 bis CP, podrían disolverse los grupos parlamentarios de este en virtud de lo dispuesto en el art. 12.2 LOPP. En nuestra opinión, aun si se da por buena la interpretación del Tribunal Supremo, la misma no podría alcanzar a este supuesto (que no se encuentra recogido en

la citada ley), por lo que quedaría, en todo caso, fuera del ámbito de aplicación del art. 12 LOPP³⁸.

1.3. SUSPENSIÓN DE ACTIVIDADES

La imposición de esta pena se prevé por un tiempo máximo de cinco años (art. 33.7.c) CP). Sin embargo, al igual que sucede en el caso de las penas previstas en las letras d) a g) del art. 33.7 CP, no se fija un límite mínimo. Ello ha llevado a algún autor a sostener que, dada su consideración de penas «graves», no deberían imponerse por tiempo inferior a tres meses, aun cuando se reconozca que, tal como está la regulación, pueden acordarse por un día³⁹. Por el contrario, la suspensión sí tiene plazo específico en el delito de contrabando⁴⁰.

Ahora bien, la escueta fórmula escogida por el legislador para referirse a dicha pena (suspensión de «sus actividades») ha dado lugar a interpretaciones muy diversas. En este sentido, para cierto sector doctrinal, la suspensión debe serlo de todas las actividades⁴¹; para otros autores, debe suponer solo la suspensión de algunas de ellas⁴². La posición mayoritaria entiende que la suspensión puede ser total (de todas las actividades) o parcial (en este caso, solo de aquellas vinculadas con el delito)⁴³.

A nuestro juicio, la suspensión hace referencia a las actividades no relacionadas con el delito. De lo contrario, estaríamos ante el mismo supuesto que la prohibición de actividades del art. 33.7 e) CP, que alude a aquellas «[...] en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito». De ahí que la prohibición puede extenderse hasta los quince años (incluso ser definitiva), mientras que la suspensión solo puede alcanzar los cinco años. Se ha objetado a esta interpretación que la suspensión no puede ser de actividades no relacionadas con el delito, pues no sería entonces necesaria para la prevención de la actividad delictiva o sus efectos⁴⁴. Sin embargo, aun rechazando tal tesis, si consideramos que debe tratarse de una actividad que, aun no estando vinculada con el delito, debe ser próxima o conexas a la actividad relacionada directamente con aquel. Piénsese, por ejemplo, en el siguiente supuesto: un determinado partido distribuye entre los vecinos de un municipio un folleto informativo que contiene una serie de declaraciones de corte claramente racista, es finalmente condenado por un delito de odio (art. 510 CP) y se le impone, además de la correspondiente pena de multa, la prohibición de realizar envíos de este tipo (*mailing*). Pues bien, nada obsta, a nuestro parecer, para que el juez o tribunal pueda acordar también la suspensión del uso de redes sociales como Facebook o Twitter, pues, a pesar de que no es el medio a través del cual se ha cometido el delito, sí es un instrumento potencialmente idóneo para que se vuelvan a repetir los hechos anteriormente descritos.

No obstante, en ningún caso podrá acordarse una suspensión que afecte al total de las actividades que lleve a cabo un partido, dado que en ese caso estaríamos *de facto* ante una disolución (que es una pena distinta)⁴⁵. En este sentido, debe tenerse en cuenta que la paralización o interrupción de la actividad de un partido, aun cuando sea por poco tiempo y no provoque la pérdida de personalidad jurídica, conducirá a una situación prácticamente irreversible⁴⁶. De ahí que, como ya advirtiera Manzanares Samaniego, «habrá de evitarse

que la suspensión plena de actividades no sea una forma de encubrir la disolución efectiva de la persona jurídica»⁴⁷.

1.4. CLAUSURA DE LOCALES Y ESTABLECIMIENTOS

Al igual que sucedía con la suspensión de actividades, la parquedad de los términos con los que se enuncia dicha pena (clausura de «sus locales y establecimientos») permite considerar distintas posibilidades. Así, se ha apreciado que la clausura hace referencia a todos los locales y establecimientos⁴⁸, solo a algunos⁴⁹ o a una combinación de ambas posibilidades (algunos o todos)⁵⁰. En nuestra opinión, la interpretación adecuada es aquella que aboga por clausurar alguno o todos los locales y establecimientos según su vinculación con los hechos penalmente relevantes⁵¹. No obstante, y como se ha señalado, la clausura de todos los locales puede equivaler de facto a una disolución⁵². En este sentido, la «operatividad» del partido podría verse seriamente comprometida si no se le permitiera tener acceso, por ejemplo, a sus sedes. Por eso, cuando se pretenda clausurar la totalidad de los locales de un partido, cabría plantearse la posibilidad de si no estamos en verdad ante una organización o grupo criminal.

En el caso de delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, prostitución o contra la propiedad industrial (por ejemplo), resultará razonable que se ordene la clausura de aquellos centros en los que se produjo el vertido contaminante, se obligaba a ejercer la prostitución o se fabricaban los productos falsificados. En cambio, cuando se trate de una organización política, ¿cuándo podrá adoptarse tal clausura? No cabe duda de que, si el partido «Por la legalización de las drogas» vende determinadas sustancias estupefacientes en alguno de sus locales, podrá procederse a su cierre sin mayor inconveniente, y lo mismo cabe sostener en el caso de que el nuevo inmueble adquirido por la formación política sea resultado de una operación de blanqueo de dinero. Ahora bien, ¿podrá clausurarse la sede del partido si, por ejemplo, en ella se reciben (físicamente) donaciones ilegales, se destruyen los ordenadores de uno de los despachos personales o se vierten determinadas declaraciones xenófobas en una de sus salas? En principio, no se atisba impedimento alguno para que así sea⁵³. No obstante, debemos insistir en que esta solución no parece encajar bien con la auténtica finalidad pretendida con el tipo de medidas a la que aludíamos más arriba (cuando de empresas se trata).

Con todo, ¿cuál es la incidencia real que puede tener la imposición de la pena de clausura sobre un partido político? En primer lugar, habrá que tener en cuenta que nada impide que este siga desplegando su actividad en inmuebles cedidos por afiliados, simpatizantes, empresarios, etc.⁵⁴. En segundo lugar, tampoco existiría obstáculo alguno para que el partido adquiera una nueva propiedad o suscriba un nuevo contrato de arrendamiento de otros bienes inmuebles. Y, en tercer lugar, como puede deducirse fácilmente, la gran mayoría de las actividades que desarrollan los partidos políticos pueden llevarse a cabo fuera de sus «centros de operaciones» sin ningún problema⁵⁵. Ahora bien, dado que la clausura impedirá el acceso a los locales y establecimientos, ello conllevará que el partido no pueda realizar con normalidad determinadas actividades, a saber, aquellas que requieran acceso a

información, documentación otros efectos que únicamente se encuentren en la sede o local clausurado. En definitiva, los partidos podrán seguir desarrollando fuera de sus «centros logísticos» ciertas actividades, pero otras no, lo que impedirá su normal funcionamiento.

En cualquier caso, esta pena no podrá imponerse por tiempo superior a cinco años⁵⁶.

En otro orden de cosas, debe recordarse que el cierre de los locales no podrá afectar a los derechos de terceros⁵⁷. También podrá resolverse, por cualquiera de ambas partes, el contrato de arrendamiento suscrito entre el propietario del inmueble y el partido cuando se acuerde la clausura, y el partido podrá, a su vez, subarrendar el inmueble clausurado o venderlo (si es de su propiedad)⁵⁸.

1.5. PROHIBICIÓN DE REALIZAR EN EL FUTURO LAS ACTIVIDADES EN CUYO EJERCICIO SE HAYA COMETIDO, FAVORECIDO O ENCUBIERTO EL DELITO

Esta pena puede imponerse con carácter temporal (hasta quince años) o definitivo⁵⁹.

Sin embargo, el problema que suscita el precepto que la establece estriba en el significado que cabe atribuir a la expresión «[...] en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito». En este sentido, Faraldo Cabana ha entendido que se trata de prohibir las actividades en cuyo ejercicio la persona física cometió, favoreció o encubrió el delito. Arguye la citada autora que ni las personas jurídicas pueden cometer delitos (son penalmente responsables), ni pueden favorecer su comisión ni el delito de encubrimiento puede ser atribuido a estas⁶⁰. Por el contrario, consideramos que la cláusula debe ser interpretada del siguiente modo: la prohibición afectará únicamente a las actividades de la persona jurídica «en cuya órbita se hubiera perpetrado la actividad delictiva»⁶¹. Esto es, la prohibición abarcará aquellas actividades relacionadas directa y estrictamente con el hecho delictivo⁶².

Así las cosas, si una mercantil que oferte seguros, asesoramiento fiscal y se dedique a la administración de fincas es responsable de un delito de estafa cometido en el ámbito de la actividad aseguradora, podrá prohibírsele que opere como correduría de seguros, pero dicha prohibición no alcanzará al resto de actividades. En este sentido, si el partido es condenado por un delito de estafa porque la lotería que vende en Navidad es ilegal, se le podrá prohibir que venda lotería. De igual modo, si el partido es condenado por un delito contra la propiedad industrial porque los productos de *merchandising* que vende se asemejan notoriamente a los de determinada marca, podrá prohibírsele que lleve a cabo tales acciones en el futuro. Y, en fin, si el partido organiza una gala benéfica en la que se recauden fondos para una ONG y se apropia de una parte de ellos para destinarlos a sufragar gastos electorales, resultaría lógico en ese caso que se prohíba a la formación política promover este tipo de eventos.

Sin embargo, más allá de supuestos tan evidentes como los aquí traídos a colación, no siempre podrá vincularse la comisión de un delito a una concreta actividad. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto en que se ordena el borrado de los discos duros de los ordenadores del tesorero del partido (daños informáticos), o aquel en que se conmina a un alcalde a que acepte determinada comisión —que se destinará en parte al partido— a cambio de la adju-

dicación ilegal de unas obras a determinada empresa (cohecho). ¿Qué actividad prohibir en esos casos? En nuestra opinión, cuando la responsabilidad penal del partido sea declarada conforme a las previsiones el art. 31 bis CP y la comisión del delito por parte de la persona física no pueda adscribirse a una específica actividad, no podrá aplicarse esta pena, a menos que pretenda acordarse en estos casos una prohibición general de las actividades, opción que debe ser desechada, dado que no estamos ante la pena de disolución.

Además, las penas que se impongan no podrán consistir en «inhabilitaciones», como así sucedería si el partido fuese condenado *ex art.* 304 bis CP por recibir donaciones de empresas y el juez o tribunal determinara el veto de su financiación con fondos privados. En igual sentido, si un partido es condenado por un delito contra la Seguridad Social por tener trabajadores sin estar dados de alta en dicho sistema, no podrá impedírsele la contratación de personal.

Por último, como dijimos en el caso de la clausura de locales, si se considera que la práctica totalidad de las actividades del partido están conectadas con los hechos delictivos objeto de enjuiciamiento, quizás cabría considerar si ese partido no es una organización o grupo criminal⁶³.

1.6. INHABILITACIÓN PARA OBTENER SUBVENCIONES Y AYUDAS PÚBLICAS, PARA CONTRATAR CON EL SECTOR PÚBLICO Y PARA GOZAR DE BENEFICIOS E INCENTIVOS FISCALES O DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Esta pena, que puede ser impuesta por un período máximo de quince años⁶⁴, prevé, en realidad, tres inhabilitaciones distintas: 1) obtener subvenciones y ayudas públicas; 2) contratar con el sector público; y 3) gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social. A pesar de que pueden aplicarse solo una de ellas, varias o todas⁶⁵, la inhabilitación para contratar con el sector público resulta del todo inoperante en el caso de un partido político: incluso, en el caso de que este fuere, por ejemplo, el socio mayoritario de una empresa, dicha inhabilitación se impondría a esta última (no a la formación política)⁶⁶.

Con relación a la inhabilitación para obtener subvenciones, se ha afirmado que, según la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, no tienen carácter de subvención las previstas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General y las subvenciones reguladas en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos⁶⁷. Sin embargo, esto no es así, pues, lo único que establece el art. 4 LGS es que los tipos de subvenciones a los que alude este precepto quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta ley⁶⁸. En ningún caso se dice en el art. 33.7 f) CP que la inhabilitación solo alcance a las subvenciones incluidas dentro del ámbito de aplicación de la LGS. Con todo, aunque por tal motivo sea innecesario, siempre podrá argumentarse que quedarían abarcadas dentro del concepto de «ayudas públicas»⁶⁹.

Ahora bien, se trata de una inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, no de una pena que suponga la pérdida de estas⁷⁰, de forma que, la subvención concedida y obtenida (incorporada al patrimonio del partido) no podrá quedar afectada por dicha

inhabilitación. En cambio, no habrá derecho a obtener la subvención concedida pero no recibida⁷¹.

Respecto a la inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales, cabe plantearse la duda de si las exenciones pueden ser consideradas, a efectos de esta pena, un beneficio fiscal. La respuesta es afirmativa⁷². De este modo, si se impusiera tal pena a un partido político, se extendería a la exención de la que disfrutaban en el impuesto de sociedades (art. 10 LOFPP)⁷³.

Por último, para garantizar la efectividad de dichas inhabilitaciones deberá ponerse en conocimiento su imposición y destinatario a las respectivas Administraciones Públicas, así como a la Agencia Tributaria y a la Seguridad Social. Sin embargo, se ha señalado que en la ejecución de dicha pena la mera comunicación puede no resultar muy efectiva y que es preferible que en estos casos pudiese consultarse directamente el Registro Central de Penados, o bien obligar a aportar a la persona jurídica certificado negativo de antecedentes penales⁷⁴.

1.7. INTERVENCIÓN JUDICIAL

La pena de intervención judicial prevista en el art. 33.7g) CP puede acordarse por un periodo de hasta cinco años. Y tiene por objeto «[...] salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores». A este respecto, se ha observado que se trata de un criterio más, entre otros, que ha de valorar el juez o tribunal a la hora de decidir sobre su imposición⁷⁵. Esto ha llevado a algún autor a afirmar que «la principal misión del interventor será la de implementar medidas de autocontrol (a través de los programas de cumplimiento) para prevenir que la persona jurídica pueda cometer en el futuro delitos, así como elaborar un calendario, aprobado por el juez o tribunal, para llevarlo a cabo»⁷⁶. Sin embargo, atendiendo a la literalidad del precepto, no creemos que tal interpretación sea plausible, pues en ningún momento se dice que la intervención judicial pueda adoptarse para prevenir futuras actuaciones delictivas⁷⁷. Así, por ejemplo, cabe entender que la intervención judicial se acordará en casos en los que de la condena del partido pueda derivarse una situación de impago de salarios a trabajadores o de las deudas contraídas con empresas que presten servicios para el partido, o para garantizar el cobro de los créditos bancarios, etc. En definitiva, se trata de evitar que el partido lleve a cabo cualquier actuación que ponga en peligro los derechos de aquellos.

La intervención podrá afectar a todo el partido o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades territoriales. En la sentencia o, posteriormente, mediante auto, el juez o tribunal determinará el contenido exacto de la intervención, la persona que se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial.

Como ha destacado Roca de Agapito, estamos ante una sanción en blanco, en el sentido de que no queda claro si el precepto hace referencia de una especie de encargado judicial de cumplimiento de la legalidad o si se trata de sustituir el órgano de «administración» de la persona jurídica⁷⁸. Así, para Toro Peña, la intervención judicial tiene como finalidad el control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria de

la persona jurídica⁷⁹, mientras que para otros autores esta conlleva una limitación de las facultades de gestión de la persona jurídica por sus administradores⁸⁰, de modo que no se trataría de una supervisión, ya que alguien va a tomar decisiones en lugar de los administradores⁸¹. En contraste con estas posiciones, y en línea con la Fiscalía General del Estado, consideramos que el contenido de la intervención judicial puede abarcar desde la remoción y sustitución de los «administradores» hasta una mera supervisión de la actividad⁸². Ahora bien, cuando la intervención implique gestión, el interventor no podrá realizar actos de extraordinaria administración sin autorización judicial. Por otro lado, el interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales del partido y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones.

No obstante, según cierto sector doctrinal esta pena no podrá aplicarse en la práctica, dado que requiere de la designación de un interventor⁸³ y, hasta la fecha, no se han determinado reglamentariamente los aspectos relacionados, entre otros extremos, con la cualificación necesaria que estos deben tener⁸⁴. Para paliar tal situación, se ha propuesto que pueda recurrirse supletoriamente a lo dispuesto en los arts. 630 y ss. LEC (que se encargan de regular la administración judicial)⁸⁵. Sin embargo, cabe hacer dos apreciaciones al respecto: *i*) el art. 631 LEC contempla el procedimiento de nombramiento de administrador, pero tampoco señala nada respecto a quién puede ostentar tal condición; y *ii*) como acertadamente se ha advertido, la Ley de Enjuiciamiento Civil es de aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no del Código Penal⁸⁶. Con todo, tampoco en el caso de la disolución de un partido la LOPP establece quién puede actuar de liquidador del patrimonio de este y, sin embargo, como ya señalamos⁸⁷, nada obstó para que tal procedimiento de liquidación se llevara a cabo en el caso de los partidos allí citados. Queremos con ello decir que, en principio, puede que este no sea un obstáculo en la práctica forense mientras no se dicte el reglamento al que alude el art. 33.7 g) CP.

Cabe mencionar también que la intervención judicial puede modificarse o suspenderse en todo momento, previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. Podrá modificarse cuando se hayan alterado los presupuestos que dieron lugar a su adopción. Y podrá suspenderse cuando: *i*) se consigan los objetivos marcados (alzamiento de la intervención); o *ii*) la intervención estuviera abocada al fracaso porque, por ejemplo, la persona jurídica no es económicamente viable, en cuyo caso cabría instar el concurso de acreedores (que puede concluir en una disolución)⁸⁸. Ahora bien, como apunta Álvarez Alarcón, «[...] resulta difícil de encuadrar cualquier modificación del contenido de la pena que constituya un agravamiento de la dispuesta en la sentencia»⁸⁹.

Por último, consideramos que el desarrollo reglamentario que determine los aspectos relacionados con el ejercicio de la función del interventor (como la retribución o la cualificación necesaria) debería ser aprovechado para incluir otras cuestiones como las relativas a las causas de abstención, recusación o destitución (por indebido ejercicio o extralimitación en sus funciones) del interventor, sin perjuicio de que el partido político pueda emprender contra aquel las acciones civiles (incluso penales) que correspondan ante determinadas actuaciones.

2. ACERCA DE LA POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DE ALGUNAS DE LAS PENAS

El sometimiento de los partidos políticos al régimen de responsabilidad penal de los arts. 31 bis y ss. CP queda libre de cualquier tacha de inconstitucionalidad por cuanto el mismo se orienta a salvaguardar las funciones establecidas en el artículo 6 de la Constitución frente a las actuaciones de los partidos que pudieran comprometer el correcto desarrollo de las mismas⁹⁰. Ahora bien, que se defienda la constitucionalidad de tal decisión en abstracto, esto es, que la actuación del Derecho penal en este ámbito pueda concebirse como un mecanismo más de preservación o defensa de las esenciales funciones encomendadas a los partidos en nuestra Carta Magna, no significa que algunas de las penas que pueden imponerse a una formación política no tengan un difícil encaje constitucional.

Así, se ha señalado que la disolución e intervención judicial de una organización política resulta preocupante y perturbadora por los efectos sobre el sistema de partidos, el ejercicio de la libertad ideológica, y la participación política⁹¹. También se ha subrayado que «[...] la posibilidad de imponer penas que pueden llegar a la suspensión definitiva de actividades puede privar a muchos ciudadanos de su vehículo constitucional de participación en la vida política»⁹². Incluso ha llegado a defenderse que la única pena posible que puede imponerse un partido político sería la de multa, dadas las perniciosas y gravemente perturbadoras consecuencias que tendrían sobre el sistema democrático las restantes sanciones⁹³.

Ahora bien, no podemos quedarnos en ese nivel de análisis, pues la cuestión requiere de un estudio pormenorizado y ajustado a la idiosincrasia de cada una de las diferentes penas.

En este sentido, respecto a la disolución del partido, entendemos que debería excluirse del catálogo de penas susceptibles de ser impuestas a una formación política, dado que su aplicación privaría a los ciudadanos de un derecho fundamental reconocido en la Constitución: el de participación política (art. 23.1 CE)⁹⁴. Este derecho, que se encuentra igualmente reconocido en otros textos internacionales⁹⁵, puede materializarse en la práctica bien de forma directa (es en el caso, por ejemplo, del referéndum), bien a través de la elección libre de representantes por sufragio universal en elecciones periódicas. No obstante, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, son primordialmente los representantes políticos quienes hacen efectivo el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos⁹⁶. Ahora bien, en el art. 23.1 CE no se contempla un derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de los partidos políticos. Sin embargo, el art. 6 CE los configura como un instrumento fundamental para la participación política. Así pues, el derecho fundamental de participación política en un Estado democrático como el nuestro (art. 1.1 CE) se convierte en elemento básico de todo el sistema constitucional⁹⁷. Es más, como señala Bautista Plaza, la participación no solo es un derecho, sino que los poderes públicos quedan obligados a facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2 CE)⁹⁸.

Así las cosas, la conculcación del derecho fundamental a la participación política⁹⁹ quedaría más que patentizada con la disolución de un partido, pues no resulta aceptable el argumento engañoso de que tal derecho no se vería afectado por el mero hecho de que exis-

tan más formaciones políticas: no se puede «obligar» a los ciudadanos a cambiar de opción política. Además, permitir la disolución de partidos políticos (por esta vía) supondría un claro atentado a uno de los valores superiores de nuestro Estado: el pluralismo político (art. 1.1 CE). Ciertamente cabría alegar contra esta tesis que, aunque un partido fuese disuelto *ex art. 66 bis CP*, se podría volver a formar uno nuevo de corte similar¹⁰⁰. Consideramos, sin embargo, que la protección de ese valor superior no puede confiarse a la producción de un evento —como la creación de un «nuevo» partido— que puede darse o no. Por otro lado, también podría tildarse de meros «efectos colaterales» las consecuencias que sobre los ciudadanos tuviera la disolución de un partido (como sucede con toda imposición de una pena). Piénsese, por ejemplo, en la madre que ingresa en prisión, y es separada de sus hijos y marido, en el caso de que ella sea la única que aporta ingresos a la unidad familiar. Sin embargo, ningún supuesto que pueda imaginarse será comparable con la afectación de un derecho fundamental como la del art. 23.1 CE¹⁰¹.

En otro orden de cosas, téngase en cuenta que con esta medida se estaría truncando, además, cualquier expectativa de «resocialización» o «rehabilitación» (art. 25.2 CE) de la formación política, posibilidad de la cual no debería privarse a los partidos¹⁰². Por otro lado, algunos autores han llegado a afirmar, con base en el principio de igualdad, que si el ordenamiento no prevé la pena de muerte para el caso de las personas físicas, no se entiende por qué se contempla esta opción cuando se trata de una persona jurídica. Con todo, consideramos que no son términos comparables. En cualquier caso, la disolución de un partido político solo debería llevarse a cabo cuando este fuese considerado una organización o grupo criminal, en cuyo caso la disolución cobraría sentido y estaría justificada, dado que ya no estaríamos ante una auténtica formación política¹⁰³.

En cuanto a la suspensión y prohibición de realizar determinadas actividades¹⁰⁴, creemos que estas podrían acordarse siempre y cuando pasaran un triple filtro: *i*) que no pusieran en riesgo el derecho a la participación política de los ciudadanos; *ii*) que no constituyeran, en la práctica, una forma encubierta de imponer otras sanciones al partido (de las previstas o no en el art. 33.7 CP); y *iii*) que se circunscribiesen, en la medida de lo posible, al ámbito territorial del partido donde se llevó a cabo la actuación delictiva. Por tanto, el examen sobre la constitucionalidad de ambas penas deberá realizarse caso por caso.

Así las cosas, si una formación política fuera condenada por un delito de odio por difundir mensajes homófobos a través de su cuenta oficial de Twitter, se le podría imponer, junto con la correspondiente prohibición¹⁰⁵, la suspensión de actividades tales como la utilización del resto de redes sociales o el canal de Youtube del partido. Sin embargo, a nuestro juicio, en ningún caso podría decretarse una suspensión de actividades que supusiera privar a la organización de cualquier medio de comunicación con la ciudadanía —como sucedería en el presente supuesto— si, además, se pretendiese adoptar la suspensión de actividades como la celebración de mítines, encuentros, reuniones o cualquier evento público (en general). Por otro lado, si, por ejemplo, un partido político presentase fuera de plazo las candidaturas a unas determinadas elecciones, pero sobornase al funcionario de la junta electoral correspondiente para que hiciera constar que sí fueron registradas dentro de plazo (cohecho): ¿podríamos prohibir a dicho partido que presentara candidaturas en los

sucesivos comicios? ¿Podríamos prohibir que se presentara a futuras elecciones? En nuestra opinión, parece claro que no, pues, además, al afectar la prohibición a una actividad tan esencial para un partido político como la aquí descrita, esta tendría efectos semejantes a una disolución¹⁰⁶.

Respecto a la clausura contemplada en el art. 33.7 d) CP, si esta afectara a sedes o locales (en general) en los que se custodiara documentación, equipos informáticos u otros medios imprescindibles para el desarrollo de actividades esenciales o el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los partidos, debería reputarse, a nuestro modo de ver, inconstitucional. De este modo, si, por ejemplo, el impedimento del acceso a los locales del partido supusiera que este no pudiese inscribir como afiliados a ciudadanos que desearan ingresar en las filas de la formación política e implicase que no tuviera acceso a documentación necesaria para poder presentar las candidaturas en los respectivos comicios o que no tuviera la posibilidad de disponer de la información contable que debe ser presentada ante el Tribunal de Cuentas, estas circunstancias serían más que suficientes como para no proceder a su adopción, salvo que se permitiera el acceso para llevar a cabo tales actuaciones, lo cual sería difícil —si no imposible— de controlar.

Por último, y en relación con la intervención judicial, cabe recordar que esta se prevé para *salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores*. Por tanto, solo cuando fuera dirigida a tales fines quedaría justificada. En este sentido, el interventor no podrá asumir el control de los órganos directivos del partido (salvo en las decisiones que pudieran afectar a los derechos de los trabajadores o de los acreedores), confeccionar las listas electorales, tomar la determinación de no presentarse a unos comicios electorales, conformar el programa electoral, dar instrucciones a los parlamentarios, etc.¹⁰⁷. En definitiva, se tratará de una intervención dirigida principalmente, o casi exclusivamente, al control económico-financiero del partido.

Con todo, no creemos necesaria (salvo para la exclusión de la disolución) la existencia de una cláusula como la que prevé en el art. 31 quinquies 2 CP¹⁰⁸. Siempre, claro está, que se tuvieran en cuenta las precisiones hasta aquí hechas.

3. REGLAS SOBRE LA IMPOSICIÓN Y EXTENSIÓN DE LAS PENAS

En el art. 66 bis CP se contemplan, principalmente, los criterios de determinación de las penas previstas en las letras b) a g) del art. 33.7 CP. Sin embargo, el primer inciso del art. 66 bis CP dispone: «En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.ª a 4.ª y 6.ª a 8.ª del primer número del artículo 66 [...]». La doctrina ha puesto de relieve que, pese a aludir a la totalidad de las penas aplicables a las personas jurídicas, en realidad se trata de una disposición aplicable solo a la pena de multa¹⁰⁹. No obstante, si bien dicha afirmación es correcta en el caso de las reglas 1ª a 4ª, 7ª y 8ª del art. 66.1 CP, no sucede lo mismo con la previsión recogida en la regla 6ª del art. 66.1 CP, pues resulta de aplicación a todas las penas que pueden imponerse sobre

una persona jurídica (excepción hecha de la disolución). El tenor literal de este precepto es el siguiente: «Cuando no concurren atenuantes ni agravantes [los jueces y tribunales] aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho». La mención de las circunstancias «personales» del «delincuente» requerirá de traducción cuando se trate de una persona jurídica, de forma que, en nuestro caso, deberán tenerse en cuenta parámetros como la situación económica o el tamaño del partido (entre otras condiciones específicas que puedan presentarse en el caso concreto y que deberán ser objeto de valoración).

Ahora bien, el apartado primero del art. 66.1 CP se refiere a delitos dolosos, razón por la cual Faraldo Cabana ha afirmado que, cuando se trate de delitos imprudentes, habrá que estar al apartado segundo de dicho precepto, que establece que «[...] los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio»¹¹⁰. No creemos que esa sea la interpretación más adecuada, dado que el art. 66 bis CP remite solo al apartado primero del art. 66 CP (no al segundo). A nuestro juicio, cuando se trate de una persona jurídica, la remisión del art. 66 bis CP a las reglas 1ª a 4ª y 6ª a 8ª del apartado primero del art. 66 CP debe referirse tanto a los delitos dolosos como a los imprudentes.

Por otro lado, esta remisión del art. 66 bis CP al art. 66.1 CP ha sido también aprovechada por algunos autores para sostener que determinadas reglas como las previstas en los arts. 62 CP (grado de ejecución), 63 y 65.3 CP (participación), o 68 CP (eximentes incompletas) deben tenerse en cuenta a la hora de la individualización de la pena¹¹¹. No obstante, a diferencia de lo que sucede con el art. 66.1 CP, en estos supuestos no hay, aparentemente, habilitación legal expresa para ello, por lo que tales circunstancias no pueden ser objeto de valoración¹¹². Con todo, cabría sostener que aspectos como los aquí citados pudieran tomarse en consideración en relación con la «gravedad del hecho» (art. 66.1.6ª CP).

El primer número del art. 66 bis CP establece: «En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta: a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; y c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control». Debe tenerse en cuenta que, en virtud del art. 72 CP, los jueces o tribunales tienen que razonar en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta. Y, aunque nada se diga respecto de la imposición, la selección de una o varias penas también deberá quedar motivada en virtud del art. 120.3 CE. Respecto de los tres criterios apuntados, Díez Ripollés ha entendido que no se trata de una enumeración exhaustiva, por lo que, según este autor, podrían tenerse en cuenta también otros parámetros¹¹³. Sin embargo, la literalidad del precepto no permite extraer dicha conclusión. Por otro lado, el momento en que deben valorarse tales criterios no puede ser otro que aquel en que se decida sobre la imposición de la pena.

El primero de los parámetros alude a que la pena sea necesaria *para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos*, es decir, que esté orientada a impedir que la persona jurídica pueda, en el futuro, volver a ser declarada penalmente responsable por la comisión de delitos. Se trataría pues, de neutralizar la actividad delictiva del partido político. A este respecto, se ha señalado que el riesgo ha de referirse a nuevos delitos cuyas características sean similares a aquel o aquellos por los que la persona jurídica ha sido condenada¹¹⁴. Sin embargo, no podemos compartir tal tesis, de forma que cabe ligar la prevención a cualquier hecho delictivo en general. No compartimos tampoco la tesis de aquellos autores que han sostenido que «[...] la existencia en el momento de dictar sentencia de un programa de cumplimiento eficaz que se concrete en medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica convierte en innecesarias unas sanciones orientadas a prevenir la continuidad de la actividad delictiva y sus efectos»¹¹⁵.

En cuanto a la consideración de las *consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores*, debe criticarse su enunciación excesivamente vaga¹¹⁶. Por ello, «[...] los costes que se han de considerar son aquellos que superen de forma notoria la normal afectación a terceros que es propia de cualquier pena»¹¹⁷. En relación con las *consecuencias económicas*, la imposición de la pena no deberá abocar al partido a una situación económica insostenible que ponga en riesgo su propia supervivencia. La referencia a los *efectos sobre los trabajadores* en el caso de una organización política no reviste la misma trascendencia que, por ejemplo, en el de una empresa. Aun así, piénsese en aquellos casos en los que la imposición de una determinada pena pudiera acarrear el despido de un número considerable de trabajadores, el empeoramiento de las circunstancias laborales, etc. Y, respecto de las *consecuencias sociales*, en la mayoría de los casos sería desaconsejable imponer a una formación política cualquiera de las penas de las letras b) a g) del art. 33.7 CP bajo el pretexto de la «repercusión social» que ello pudiera comportar, ya que, como dispone el art. 6 CE, los partidos *expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política*. Por ello, hemos sostenido anteriormente que tan solo determinadas penas no deberían imponerse a una formación política por la afectación que su aplicación comporta a determinados derechos fundamentales, singularmente al consagrado en el art. 23.1 CE¹¹⁸.

En último lugar, el art. 66 bis 1ª CP menciona *el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control*. Contra la opinión de algún autor¹¹⁹, estimo que esta cláusula no solo es aplicable en caso de delitos cometidos por subordinados (art. 31 bis 1 b) CP), sino que este criterio también puede ser tenido en cuenta en los delitos cometidos por las personas a las que alude el art. 31 bis 1 a) CP¹²⁰. Al respecto, téngase en cuenta que, en un partido político —y, en general, en cualquier clase de persona jurídica—, no solo deben estar sometidos a supervisión, vigilancia y control los subordinados. Por otro lado, el puesto que se ocupe en la estructura del partido no hace referencia, a nuestro entender, al nivel jerárquico, sino al grado de responsabilidad. Por eso, la persona jurídica merece mayor reproche cuanto mayor sea el nivel de responsabilidad de la persona física u órgano que omitió el control. Ahora bien, en ningún caso refiere el

art. 66 bis CP a la posición que ocupa en la organización la persona física que cometió el delito¹²¹. Si bien, a juicio de alguna autora, habría sido más adecuado incorporar este criterio¹²².

La tercera regla que enuncia el art. 66 bis CP en su número 2ª es la siguiente: «Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, esta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física [...]». De esta forma, si, por ejemplo, la pena privativa de libertad para la persona física puede alcanzar los cuatro años¹²³, ninguna de las penas previstas en el art. 33.7 c) a g) CP podrán imponerse por un periodo superior. Ahora bien, ¿qué sucede en aquellos delitos en los que no se prevé pena privativa de libertad para la persona física?¹²⁴. Para Faraldo Cabana, en esos casos no cabría imponer las penas de las letras c) a g) del art. 33.7 CP¹²⁵. A nuestro juicio, en tales supuestos no regirá dicha limitación, pues dicha previsión se dirige únicamente a acotar la duración de la pena, no a su inaplicación en casos que queden fuera de la regla.

Por último, el art. 66 bis CP enumera las circunstancias que deben concurrir para imponer determinadas penas como la disolución o la prohibición definitiva de actividades, así como para aplicar determinadas penas por tiempo superior a dos o cinco años: «Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que la persona jurídica sea reincidente; o, b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal[...]». Para que el partido político sea considerado «reincidente», deberá (en virtud del art. 22.8ª CP) haber sido condenado ejecutoriamente por un delito comprendido en el mismo título del Código Penal, siempre que sea de la misma naturaleza. A tales efectos, como también establece dicho precepto, no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo. La expresión «misma naturaleza» alude a la clase de delito (cohecho, blanqueo de capitales, financiación ilegal, etc.), de forma que podrá considerarse que existe reincidencia a pesar de que no se trate del mismo tipo de conducta delictiva (como sucedería, por ejemplo, en el caso de que un partido hubiera sido condenado anteriormente por recibir una donación de una empresa y, posteriormente, por recibir una donación ilegal de un gobierno extranjero). En cuanto a la «utilización instrumental» del partido para la comisión de delitos, la relevancia de la actividad ilegal sobre la legal no solo deberá ser valorada en términos cuantitativos, sino también cualitativos¹²⁶. Ahora bien, como podrá deducirse fácilmente, no serán pocas las dificultades que, en la práctica, surjan a la hora de realizar tal determinación, por lo que solo debiera apreciarse esta circunstancia en supuestos muy claros y graves.

El art. 66 bis CP también establece la siguiente previsión: «Cuando la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos previstos en la letra b) del apartado 1 del artículo 31 bis, derive de un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave, estas penas tendrán en todo caso una duración máxima de dos

años». Sin embargo, en tales casos la conducta será atípica, pues, el art. 31 bis 1 b) CP solo contempla incumplimientos graves.

La última regla del art. 66 bis CP dispone: «Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes: a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.^a del apartado 1 del artículo 66; o, b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal». Respecto a remisión a la regla quinta del art. 66.1 CP, esta recoge supuestos de multirreincidencia, esto es, casos en los que el partido «[...] hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el mismo título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza [...]». Por otro lado, carece de toda lógica recurrir al criterio de la «utilización instrumental para la comisión de delitos» tanto para la aplicar determinadas penas por un periodo superior a dos años como para imponer penas como la disolución, la prohibición de actividades (definitiva o por más de cinco años) o las respectivas inhabilitaciones (por un plazo máximo de quince años).

En cualquier caso, debemos insistir en que, en la imposición de las penas previstas en las letras c) a e) y g) del art. 33.7 CP, deberá tenerse siempre presente, cuando sea posible, el ámbito territorial en que se cometió el delito para así circunscribirlas a tales niveles organizativos. Ello, además, contribuirá al eventual cumplimiento simultáneo de las penas.

Para concluir, no debe olvidarse que, salvo excepciones, las penas previstas en el art. 33.7 b) a g) CP son de imposición potestativa. Ello significa, en primer lugar, que los jueces y tribunales podrán decretar alguna o varias de ellas y, en segundo lugar, que, aun cuando se diesen los requisitos para acordarlas, los jueces y tribunales podrán desechar dicha opción en atención a alguno de los criterios ya citados: a) su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; y c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. A este respecto, no solo nos parece contraproducente que los mismos parámetros se empleen para decidir tanto sobre la imposición como sobre la extensión de dichas penas, sino que, además, nos parece intolerable que una decisión tan relevante se deje en manos del sano juicio de los jueces¹²⁷.

Como afirma González Cussac, es preciso reconocer que, en el momento de individualización de la pena, el juez debe poseer amplias facultades discrecionales para garantizar una aplicación cabal del principio de proporcionalidad¹²⁸. Sin embargo, esto solo puede y debe predicarse del momento en que se decide sobre la extensión de las penas, es decir, si, por ejemplo, la clausura de locales se impone por dos años y seis meses o por tres. Pero no puede permitirse que ello suceda también en la fase de imposición de la pena, pues, como expresara Beccaria, «[...] solo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social: ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su

voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad»¹²⁹. En este mismo sentido, Ferrajoli ha observado que el poder de los jueces en la aplicación de la pena sería compatible con el principio de estricta legalidad de las penas únicamente cuando se proyecte sobre la determinación de la *cantidad*, pero no sobre la determinación de la *calidad* de las penas¹³⁰. Así, como destaca García Arán, «[...] la aplicación de la garantía penal recae directamente sobre el establecimiento de penas de duración determinada legalmente y limitadas por un marco; la defensa del sistema contrario entra en contradicción con el cumplimiento del principio de legalidad respecto a las penas»¹³¹.

Así las cosas, en pro del principio de legalidad penal, consideramos que en una eventual futura reforma del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas dicha indeseable situación debiera corregirse en la siguiente dirección: *i*) proporcionando criterios exclusivos para la imposición de cada una de las penas; o *ii*) explicitando en cada delito de la parte especial la pena o penas concretas que debiera llevar aparejadas.

4. BREVES CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha señalado, la sujeción de los partidos políticos al régimen de responsabilidad penal de los arts. 31 bis y ss. CP queda libre de cualquier tacha de inconstitucionalidad. Sin embargo, que defendamos la constitucionalidad de tal decisión en abstracto no significa que algunas de las penas que pueden imponerse a una formación política no tengan un fácil encaje constitucional. Así, la disolución de un partido político prevista en los arts. 31 bis y ss. CP debería reputarse inconstitucional básicamente por vulnerar el derecho fundamental a la participación política reconocido en el art. 23.1 CE y atentar contra otros valores superiores del ordenamiento jurídico proclamados en la Constitución (observación que no procede cuando se disuelva un partido que ha sido calificado como grupo u organización criminal). De igual modo, la aplicación de otras penas como la suspensión o prohibición de actividades, la clausura de locales o la intervención judicial deberán aplicarse con sumo cuidado, de forma que no cercenen los derechos, principios y valores constitucionales arriba citados.

Las mismas precauciones deberán adoptarse cuando se trate de decretar, durante la instrucción de la causa, alguna o varias de las medidas cautelares previstas en el art. 33.7 *in fine* CP como la clausura temporal de los locales, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

Por otro lado, salvo en supuestos muy específicos, las penas contempladas en el art. 33.7 b) a g) CP son de imposición potestativa. Ello significa, en primer lugar, que los jueces y tribunales podrán decretar alguna o varias de ellas y, en segundo lugar, que, aun cuando se diesen los requisitos para acordarlas, los jueces y tribunales podrán desechar dicha opción en atención a alguno de los criterios señalados en el epígrafe precedente: a) su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos; b) sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores; y,

c) el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. Como también hemos apuntado, una eventual futura reforma del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas debería corregir el amplio margen de discrecionalidad del que gozan los jueces en la fase de imposición de la pena en la siguiente dirección: *i*) proporcionando criterios exclusivos para la imposición de cada una de las penas; o *ii*) explicitando en cada delito de la parte especial la pena o penas concretas que debiera llevar aparejadas.

Además, las limitaciones que conlleva haber optado por un sistema tan restringido de penas como el actual invitan a reflexionar sobre la pertinencia de la incorporación futura de nuevas sanciones a dicho listado. Entre ellas cabría destacar: la publicación de la sentencia, publicidad adversa, trabajos en beneficio de la comunidad, pérdida de subvenciones y ayudas públicas, supervisión o vigilancia judicial y nuevas inhabilitaciones, sanciones a las que podrían añadirse igualmente otras como la amonestación pública o privada, la caución de conducta y la obligación de adoptar medidas específicas para eliminar las consecuencias del delito (mandato judicial). También podría contemplarse la incorporación de la disculpa pública.

En último lugar, conviene poner de relieve que, una vez se declare su responsabilidad penal *ex arts. 31 bis y ss. CP*, este tipo de organizaciones pueden verse abocadas al cumplimiento de una batería de múltiples «obligaciones» que pueden comprometer seriamente su estabilidad económico-financiera, e incluso, en el peor de los casos, comprometer su propia existencia. Téngase en cuenta, pues, que un partido no solo puede tener que hacer frente a una sanción pecuniaria como la pena de multa, sino también a una eventual responsabilidad civil, al pago de las costas y, por supuesto, al decomiso, por no mencionar las consecuencias devastadoras que pueden acarrear otras penas más incisivas como la suspensión y prohibición de actividades o la inhabilitación para obtener subvenciones (de las que tanto dependen). Por tanto, las formaciones políticas tienen que ser conscientes del alcance de una eventual condena. En este sentido, la supervivencia de los partidos ya no solo se sustentará en el éxito electoral de estos, sino también en la prevención de determinados delitos que puedan acarrear su responsabilidad penal, de ahí la importancia de implantar auténticos y eficaces *criminal compliance programs* no solo con vistas a sortear una eventual futura condena¹³².

NOTAS

1. Tráfico ilegal de órganos humanos (art. 156 bis 3 CP); trata de seres humanos (art. 177 bis 7 CP); prostitución, explotación sexual y corrupción de menores (art. 189 bis CP); descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático (art. 197 quinquies CP); estafas (art. 251 bis CP); frustración de la ejecución (art. 258 ter CP); insolvencias punibles (art. 261 bis CP); daños informáticos (art. 264 quater CP); contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores (art. 288 CP); blanqueo de capitales (art. 302.2 CP); financiación ilegal de los partidos políticos (art. 304 bis 5 CP); contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 bis CP); contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (art. 318 bis 5 CP); urbanización, construcción o edificación no autorizables (art. 319.4 CP); contra los recursos naturales y el medio ambiente (art. 328 CP); relativos a las radiaciones ionizantes (art. 343.3 CP); riesgos provocados por explosivos y otros agentes (art. 348.3 CP); contra la

salud pública (art. 366 CP); tráfico de drogas (art. 369 bis CP); falsificación de moneda (art. 386.5 CP); falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis CP); cohecho (art. 427 bis CP); tráfico de influencias (art. 430 CP); malversación de caudales públicos (art. 435.5º CP); delitos de odio y enaltecimiento (art. 510 bis CP); delitos de terrorismo (art. 580 bis CP); y, delito de contrabando (art. 2.6 de la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, modificada por la LO 6/2011).

2. Así sucede en los delitos de contrabando, donde se prevé, para todos los casos, la prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social (art. 3.3 a) LORC). Debiéndose acordar, en los supuestos previstos en el artículo 2.2 LORC, la suspensión de las actividades de importación, exportación o comercio de la categoría de bienes, mercancías, géneros o efectos objeto del contrabando; y, en los supuestos previstos en el artículo 2.3 LORC, la clausura de los locales o establecimientos en los que se realice el comercio de los mismos (art. 3.3 b) LORC). Siendo también obligatoria la prohibición de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social en los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social (art. 310 bis CP); y, la prohibición de obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social en el supuesto del art. 424.3 CP (cohecho activo relacionado con procedimientos de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos).

3. En este sentido, los márgenes que se observan en los distintos preceptos en que se prevé este tipo de multa son: de seis meses a dos años; de uno a tres años; y, de dos a cinco años. A efectos del cómputo, se entiende que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta (art. 50.4 CP).

4. A este respecto, se ha señalado (con razón) que el límite máximo debería elevarse para permitir imponer, llegado el caso, multas de importe superior. *Vid.*, entre otros, Faraldo Cabana (2015: 133); y Baucells LLadós (2013: 197). Actualmente, no puede imponerse a una persona jurídica una multa superior a los nueve millones de euros. Sin embargo, esta cifra nada despreciable puede resultar insignificante en el caso de grandes partidos políticos que manejen presupuestos infinitamente superiores a tales cantidades.

5. Sorprende, en cambio, que el mínimo sea el doble y no el tanto.

6. Así, por ejemplo, Faraldo Cabana (2015: 124-125); Díez Ripollés (2012: 57-58); y Manzanares Samaniego (2012: 5). En contra, Baucells LLadós (2013: 198).

7. Faraldo Cabana (2015: 125).

8. En el caso de la multa por cuotas, como indica el art. 50.5 CP, tal cláusula solo operaría respecto de la extensión de la cuota, pero no en lo referente a su duración.

9. Con el fraccionamiento del pago pretende evitarse el estrangulamiento o colapso financiero que podría suponer para la persona jurídica el hecho de abonar todo el importe de una sola vez. Por tanto, se trata de una medida dirigida a blindar la viabilidad económico-financiera del ente. Siendo igual de loable conceder dicho fraccionamiento cuando de lo contrario pudiera ocasionar serios perjuicios sobre los trabajadores. No obstante, la alusión al «interés general» que, por otro lado, será fácil que se dé cuando de un partido político se trate (dado el papel que en nuestro sistema democrático tienen asignado), no puede ser utilizado siempre y en todo caso cuando estemos ante una formación política, pues no siempre será necesario recurrir a este mecanismo.

10. Así lo pone de manifiesto, Feijóo Sánchez (2016: 280).

11. Álvarez Alarcón (2017: 344).

12. *Ibid.*: 346.

13. Ortiz de Urbina Gimeno (2016: 195).
14. Feijóo Sánchez (2016: 280).
15. García Albero y Torres Rosell (2016: 425).
16. Suscribe esta opinión De la Cuesta Arzamendi (2013: 82).
17. De la Mata Barranco y Hernández Díaz (2013: 240).
18. En sentido contrario, Díez Ripollés (2012: 60). Para este autor, no hay límite temporal.
19. Faraldo Cabana (2015: 132).
20. Díez Ripollés (2012: 61).
21. Como sostiene Faraldo Cabana (2015: 125 y 128). En sentido contrario se manifiesta, entre otros, Díez Ripollés (2012: 53).
22. *Vid.*, por todos, Gómez Martín (2014: 250).
23. Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, de 3 de noviembre de 2006, pp. 27-28.
24. Faraldo Cabana (2015: 129).
25. Díez Ripollés (2012: 59). En sentido similar, Manzanares Samaniego (2012: 7); y Díaz Gómez (2011: 17). También es esta la postura de la Fiscalía General del Estado, para la cual se trata de «un mecanismo, obligatorio para el juez, de ajuste de la gravedad de la sanción conjunta de la persona física y la persona jurídica, a la propia gravedad de los hechos». Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, p. 65.
26. Así lo ha entendido también, Díez Ripollés (2012: 59). En contra, Faraldo Cabana (2015: 129). Para esta autora, basta con reducir una de ellas.
27. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, pp. 31-32.
28. Tampoco logramos entender por qué la Fiscalía remite a la LOPP en el caso de la pena de suspensión, pues en la citada ley esta solo se contempla como medida cautelar.
29. Con todo, consideramos que no todos los efectos previstos en dicho precepto deban ser asumidos cuando se produzca la disolución de un partido *ex arts.* 31 bis y ss. CP. Especialmente, los que refieren a la disolución de los grupos parlamentarios de partidos disueltos y a la sucesión o continuidad de partidos disueltos judicialmente.
30. Parece razonable que dichos cargos recaigan sobre este tipo de profesionales, dado su perfil altamente técnico y las amplias competencias que tienen atribuidas cuando de investigaciones de carácter económico-patrimonial se trata.
31. No hubo que recurrir al pago de deudas en el caso del EHAK/PCTV, pues en su balance de liquidación no constaba pasivo alguno. *Vid.* auto de la Sala Especial (del art. 61 LOPJ) del Tribunal Supremo, de 5 de marzo de 2012.

32. Piénsese en supuestos tales como préstamos bancarios, deudas con empresas, pagos pendientes de honorarios de abogados y procuradores, etc.

33. Tratándose de bienes inmuebles, estos podrán adscribirse directamente a tales usos o ser enajenados, destinándose el resultado de la venta a los fines prescritos. Así se reconoce en el auto de la Sala Especial (del art. 61 LOPJ) del Tribunal Supremo, de 9 de mayo de 2012.

34. En el caso de Herri Batasuna, al auto de aprobación del balance de su liquidación, de 20 de noviembre de 2008, le siguieron otros dos, de 11 de julio de 2013 y de 10 de junio de 2014, complementarios de aquella. Téngase en cuenta que la disolución de este partido por el Tribunal Supremo se produjo en 2003.

35. *Vid.* autos de la Sala Especial (del art. 61 LOPJ) del Tribunal Supremo, de 24 de abril de 2003, de 20 de mayo de 2003 y de 16 de julio de 2009.

36. No fue necesario en el caso del PCTV dado que el grupo parlamentario ya se había extinguido al disolverse el Parlamento Vasco ante la convocatoria de elecciones.

37. *Vid.*, críticamente, Álvarez Conde y Català i Bas (2005: 138-142). A favor de la posición del Tribunal Supremo, *vid.* Virgala Foruria (2008: 205).

38. Los tres motivos de disolución de un partido previstos en el art. 10.2 LOPP son los siguientes: *i*) cuando incurra en supuestos tipificados como asociación ilícita en el Código Penal; *ii*) cuando vulnere de forma continuada, reiterada y grave la exigencia de una estructura interna y un funcionamiento democráticos, conforme a lo previsto en los artículos 7 y 8 de la presente Ley Orgánica; y *iii*) cuando de forma reiterada y grave su actividad vulnere los principios democráticos o persiga deteriorar o destruir el régimen de libertades o imposibilitar o eliminar el sistema democrático, mediante las conductas a que se refiere el artículo 9.

39. Díez Ripollés (2012: 53).

40. Según el art. 3.3.b) LORC, la suspensión será de seis meses a dos años en los supuestos previstos en el artículo 2.2 LORC.

41. *Vid.*, entre otros, Álvarez Alarcón (2017: 363); Molina Fernández (2016: 586); Ortiz de Urbina Gimeno (2017); Díez Ripollés (2012: 51); Díaz Gómez (2011: 15); y Zúñiga Rodríguez (2010: 320).

42. Así, por ejemplo, Martínez Puertas y Pujol Capilla (2015: 151).

43. En este sentido, Magro Servet (2017: 317-318); Pérez Machío (2017: 154); Gimeno Beviá (2016: 323); Feijóo Sánchez (2016: 287); Gutiérrez Muñoz (2016: 297-298); Faraldo Cabana (2015: 141); Zugaldía Espinar (2013: 136); Urruela Mora (2012: 457); Toro Peña (2012: 140). Esta es también la postura mantenida por la Fiscalía. *Vid.* Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, p. 66.

44. De este parecer, Faraldo Cabana (2015: 142).

45. Con todo, esta equiparación solo se daría desde una perspectiva material, ya que formalmente son penas totalmente distintas.

46. A este respecto se ha pronunciado Urruela Mora (2012: 456), aun cuando no con referencias al caso de los partidos políticos.

47. Manzanares Samaniego (2012: 11).

48. Díez Ripollés (2012: 51).

49. Ortiz de Urbina Gimeno (2016: 192).
50. Roca de Agapito (2017: 197); Magro Servet (2017: 318); Feijóo Sánchez (2016: 288); Molina Fernández (2016: 586); Martínez Puertas, y Pujol Capilla (2015: 152); Zugaldía Espinar (2013: 137); y Manzanares Samaniego (2012: 11).
51. Esta ha sido la interpretación de la Fiscalía. *Vid.* Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, p. 66. En igual sentido, Agudo Fernández, Jaén Vallejo, y Perrino Pérez (2017: 47); Gimeno Beviá (2016: 324); y Faraldo Cabana (2015: 142).
52. En estos términos, Faraldo Cabana (2015: 142).
53. Entiéndase, claro está, siempre que se considerasen constitutivas de delito.
54. Más allá de que algunas de estas conductas pudiesen colisionar con las prohibiciones previstas en la LOFPP.
55. Considérense como ejemplos la celebración de un mitin en un pabellón de deportes, la celebración del congreso del partido en un hotel, la convocatoria a los afiliados a una reunión a través del correo electrónico o la publicación en las redes sociales de información acerca del partido, sus próximos eventos, etc.
56. Con todo, el art. 194 CP (en relación con los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores) prevé la posibilidad de acordar la clausura definitiva.
57. Así, si el partido ha arrendado a un particular uno de sus locales con anterioridad a ser condenado y este pretende ser clausurado, dicha medida no podrá decretarse.
58. Además, no podrá prohibirse (como pena) subarrendar o enajenar, salvo que este tipo de operaciones sean la causa de la actividad delictiva.
59. A este respecto, Díez Ripollés (2012: 53) ha señalado que, tanto esta sanción como la de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social deberían poder imponerse por tiempo superior a quince años (como sucede en el caso de las personas físicas)
60. Cfr. Faraldo Cabana (2015: 144).
61. García Albero y Torres Rosell (2016: 425).
62. Como se recordará, esta era la diferencia con respecto de la pena de suspensión de actividades. *Vid. supra*, 1.3.
63. *Vid. supra*, 1.4.
64. No obstante, se contemplan plazos específicos en el art. 310 bis CP (de tres a seis años), el art. 424.3 CP (de cinco a diez años), y el art. 3.3.a) LORC (de uno a tres años).
65. En este sentido, Agudo Fernández, Jaén Vallejo y Perrino Pérez (2017: 47); Roca de Agapito (2017: 198); Feijóo Sánchez (2016: 289); Molina Fernández (2016: 587); Gimeno Beviá (2016: 326); Zugaldía Espinar (2013: 138); y Toro Peña (2012: 145). *Vid.*, también, Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, p. 67.
66. Adviértase que, aunque los partidos no puedan desarrollar actividades de carácter mercantil de ninguna naturaleza (art. 6.1 LOFPP), el art. 6.2 LOFPP establece que no se reputarán actividades mercantiles

las actividades propias del partido, aquellas que se vengán desarrollando tradicionalmente en sus sedes y faciliten el contacto y la interacción con los ciudadanos, los rendimientos procedentes de la gestión de su propio patrimonio, los beneficios procedentes de sus actividades promocionales y los que puedan obtenerse de los servicios que puedan prestar en relación con sus fines específicos (art. 2.2.b) LOFPP).

67. Así lo ha sostenido Faraldo Cabana (2015: 145).

68. Las prestaciones que según dicha ley no tienen el carácter de subvención vienen enunciadas en el art. 2.4 LGS y, entre ellas, no se encuentran las arriba citadas.

69. Faraldo Cabana (2015: 145).

70. No obstante, en supuestos muy concretos, el decreto del decomiso puede acarrear efectos similares a los de dicha pérdida.

71. Esto se debe a que la inhabilitación es para «obtener» —no para «solicitar»— subvenciones. Si la inhabilitación fuera para «solicitar» subvenciones, la concedida y no recibida sí podría recibirse.

72. Así, Faraldo Cabana (2015: 146).

73. El tipo de gravamen que se aplicaría en tales casos sería del veinticinco por ciento (art. 11.1 LOFPP).

74. En este sentido, Faraldo Cabana (2015: 146-147). Se trata de una propuesta que debería tenerse en cuenta.

75. Así lo entiende, por ejemplo, Faraldo Cabana (2015: 148).

76. Gimeno Beviá (2016: 330-331). En igual sentido, Pérez Machío (2017: 156); y Faraldo Cabana (2015: 150).

77. De este parecer, Álvarez Alarcón (2017: 373); y Goena Vives (2017: 98).

78. Roca de Agapito (2017: 200).

79. Toro Peña (2012: 146).

80. Díez Ripollés (2012: 52).

81. Nieto Martín (2008: 298).

82. Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010, p. 69. En igual sentido, Velasco Núñez y Saura Alberdi (2016: 50); y Zugaldía Espinar (2013: 139).

83. Nada impide, a nuestro juicio, que puedan ser varios los interventores designados.

84. *Vid.*, por todos, Feijóo Sánchez (2016: 291).

85. Así, Bacigalupo Sagesse (2015: 319).

86. Zugaldía Espinar (2013: 139).

87. *Vid. supra*, 1.2.

88. Gimeno Beviá (2017: 329).

89. Álvarez Alarcón (2017: 370).

90. *Vid.*, sobre esta cuestión, León Alapont (2018a: 124-127).
91. De Pablo Serrano (2016: 358-359).
92. Quintero Olivares y Franquet Sagrañes (2015: 509)
93. Maza Martín (2018: 450-451). En sentido similar, Del Moral García (2018: 315); y Gimeno Beviá (2017: 20). También es favorable a que la pena de multa sea la única que pudiese imponerse a una formación política Baucells LLadós (2018: 12).
94. También parece mostrarse partidaria de excluir la posibilidad de imponer la pena de disolución a los partidos, Faraldo Cabana (2018: 122). No obstante, la citada autora contempla también como alternativa que la disolución sea llevada a cabo por un órgano judicial del máximo nivel. Por su parte, Terradillos Basoco (2013: 177) ha afirmado que la posibilidad de hacer responder penalmente a los partidos políticos «[...] comporta riesgo real de limitar, cuando no de yugular, los derechos de participación política». Sin embargo, consideramos que esta valoración no puede formularse en términos generales, sino solo respecto de algunas penas (como la aquí comentada) o bajo determinadas circunstancias.
95. Así, por ejemplo, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 21) y en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 25).
96. *Vid.* STC 38/1999, de 22 de marzo (FJ 2), y jurisprudencia allí citada.
97. Así lo recoge expresamente la STC 26/1990, de 19 de febrero (FJ 6).
98. Bautista Plaza (2006: 27).
99. Téngase en cuenta, no obstante, que la disolución de un partido político no solo comprometería el ejercicio de dicho derecho por los ciudadanos, sino que podría también generar serias distorsiones en el sistema de partidos.
100. Efectivamente, aunque, a nuestro juicio, la sucesión o continuidad de un partido disuelto *ex. arts.* 31 bis y ss. CP no produciría también su disolución, la Fiscalía General del Estado así lo ha considerado. *Vid.*, sobre esta cuestión, León Alapont (2019: 461-462).
101. Téngase en cuenta que el art. 53.2 CE confiere una protección especial a este derecho fundamental a través del recurso de amparo.
102. Cabe reconocer que, con toda seguridad, el uso de ambas expresiones no es el más adecuado cuando nos refiramos a personas jurídicas, por lo que podrían ser sustituidas por términos como reestructuración o reorganización.
103. *Vid.*, detenidamente, sobre este particular, León Alapont (2017: 31-35)
104. Ténganse presentes las diferencias, ya examinadas, entre ambas penas. *Vid. supra* 1.3 y 1.5.
105. Pensemos, por ejemplo, en la imposibilidad de hacer uso de dicha red social.
106. En este sentido, Díez Ripollés (2012: 51) ha manifestado que «[...] si la actividad prohibida incide sobre el núcleo del objeto social los efectos serán semejantes a la disolución».
107. En términos parecidos se ha pronunciado De Pablo Serrano (2016: 375), para quien la intervención judicial «[...] debería restringirse al ámbito de actividad donde hubiera germinado el delito, sin afectar al ejercicio de las funciones políticas y públicas que desarrollan los partidos (aunque el equilibrio será ciertamente difícil de encontrar)».

108. Dicho precepto contempla que, en el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33.
109. Así, por ejemplo, Pérez Machío (2017: 158); Feijóo Sánchez (2016: 274); Baucells Lladós (2013: 198); Zugaldía Espinar (2013: 143); y De la Cuesta Arzamendi (2013: 86).
110. Faraldo Cabana (2015: 154).
111. *Ibid.*: 126 y 155. En sentido similar, Poncela García (2016: 135).
112. La única excepción parece ser el caso de la multa por cuotas, pues el art. 50.5 CP establece: «Los Jueces o Tribunales determinarán motivadamente la extensión de la pena dentro de los límites establecidos para cada delito y según las reglas del capítulo II de este Título [...]». Por tanto, en este caso, sí debieran tomarse en consideración las previsiones contenidas en los arts. 61 a 79 CP.
113. Díez Ripollés (2012: 54).
114. De este parecer, Dopico Gómez-Aller (2016: 621); y Faraldo Cabana (2015: 137).
115. Feijóo Sánchez (2016: 284-285): En igual sentido, Dopico Gómez-Aller (2016: 621); y Faraldo Cabana (2015: 137).
116. Así lo ha hecho Díez Ripollés (2012: 55).
117. Faraldo Cabana (2015: 137).
118. *Vid. supra*, 2.
119. *Vid.*, por ejemplo, Dopico Gómez-Aller (2016: 622); y García Arán (2011: 641).
120. Cfr. Faraldo Cabana (2015: 137).
121. Como ha sostenido, inexplicablemente, Gutiérrez Muñoz (2016: 303).
122. En este sentido, Faraldo Cabana (2015: 138).
123. Debe tomarse en consideración el marco penológico en abstracto.
124. Por ejemplo, el art. 304 bis 1 CP (delito de financiación ilegal) solo prevé pena de multa para la persona física.
125. Faraldo Cabana (2015: 151).
126. Ortiz de Urbina Gimeno (2016: 196). Por el contrario, Pérez Machío (2017: 153) solo se refiere a aspectos cuantitativos.
127. De modo similar, Roca de Agapito (2017: 192); Bacigalupo Sagesse (2015: 321); Foffani (2012: 84); y Sanz Gaité (2012: 116). En contra, Baucells Lladós (2013: 204). Para este autor, la facultad que se confiere a los jueces para imponer dichas penas debe ser valorada positivamente, pues «[...] permitirá que su imposición sea adecuada a las circunstancias y, sobre todo, a las necesidades preventivas del caso concreto».
128. González Cussac (2009: 596).
129. Beccaria (2015: 21).
130. Ferrajoli (2011: 404).

131. García Arán (1982: 84).
132. León Alapont (2018*b*: 199).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUDO FERNÁNDEZ, Enrique, Manuel JAÉN VALLEJO y Ángel Luis PERRINO PÉREZ (2017): *Penas, medidas y otras consecuencias jurídicas del delito*, Madrid: Dykinson.
- ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo (2017): «Sobre la ejecución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en A. Neira Pena y A. J. Pérez-Cruz Martín (eds.) *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 333-374.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique y Alexandre H. CATALÀ I BAS (2005): «Los efectos directos y colaterales de la disolución de Herri Batasuna», *Foro, Nueva Época*, 2, 131-151.
- BACIGALUPO SAGESSE, Silvina (2015): «Penas aplicables a personas jurídicas y entes colectivos», en J. A. Lascuraín Sánchez (coord.), *Introducción al Derecho penal*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 315-323.
- BAUCELLS LLADÓS, Joan (2013): «Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 33, 175-218.
- (2018): «Corrupción y responsabilidad penal de los partidos políticos», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-28, 1-25.
- BAUTISTA PLAZA, David (2006): *La función constitucional de los partidos políticos*, Granada: Comares, 2006.
- BECCARIA, Cesare (2015): *Tratado de los delitos y de las penas*, Madrid: Universidad Carlos III.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José Luis (2013): «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», en J. L. de la Cuesta Arzamendi (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 49-102.
- DE LA MATA BARRANCO, Norberto Javier y Leyre HERNÁNDEZ DÍAZ (2013): «Los problemas de congruencia en la concreción y aplicación de las sanciones previstas para las personas jurídicas» en J. L. de la Cuesta Arzamendi (dir.), *Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 227-248.
- DE PABLO SERRANO, Alejandro (2016): «La responsabilidad penal de los partidos políticos: delitos, penas y *Compliance programmes*», en F. J. Matia Portilla (dir.), *Problemas actuales sobre el control de los partidos políticos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 341-385.
- DEL MORAL GARCÍA, Antonio (2018): «Responsabilidad penal de partidos políticos», en VV. AA.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid, Fiscalía General del Estado, 299-318.
- DÍAZ GÓMEZ, Andrés (2011): «El modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n13-08, 1-28.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2012): «Las penas de las personas jurídicas y su determinación legal y judicial: regulación española», *Jueces para la democracia*, 73, 48-64.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo (2016): «Determinación de las penas aplicables a las personas jurídicas», en F. Molina Fernández (coord.), *Penal 2017*, Madrid: Francis Lefebvre, 621-626.
- FARALDO CABANA, Patricia (2015): «Las penas», en A. Juanes Peces (dir.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Madrid: Francis Lefebvre, 113-163.
- (2018): «La disolución de partidos políticos como sanción penal», *Estudios Penales y Criminológicos*, 38, 93-130.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo (2016): «Las consecuencias jurídicas del delito», en M. Bajo Fernández, B. Feijóo Sánchez y C. Gómez-Jara Díez, (coords.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 273-296.
- FERRAJOLI, Luigi (2011): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.

- FOFFANI, Luigi (2012): «Premisa de Derecho Comparado, estructura de imputación, determinación de la pena, sistema de penas y correlación entre delitos y penas, otros aspectos», en J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Valencia: Tirant lo Blanch, 79-87.
- GARCÍA ALBERO, Ramón y Núria TORRES ROSELL (2016): «Arts. 32, 33 y 34», en G. Quintero Olivares (dir.), *Comentarios al Código Penal español, t. I*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 413-427.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes (1982): *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona: Edicions de la Universitat de Barcelona.
- (2011): «Art. 66 bis», en J. Córdoba Roda y M. García Arán (dirs.): *Comentarios al Código Penal. Parte General*, Madrid: Marcial Pons, 637-642.
- GIMENO BEVIÁ, Jordi (2016): *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2017): «Problemas que plantea el enjuiciamiento penal de los partidos políticos», *Revista General de Derecho Procesal*, 43, 1-23.
- GOENA VIVES, Beatriz (2017): *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, Madrid: Marcial Pons.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2014): «Falsa alarma: *societas delinquere non potest*», en M. Ontiveros Alonso (coord.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 207-254.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis (2009): «Los sistemas de penas: el debate en España y perspectiva de reforma a la vista de las experiencias de la legislación comparada», en VV. AA., *Derecho penal europeo. Jurisprudencia del TEDH. Sistemas penales europeos*, Estudios de Derecho Judicial, 155, Madrid, CGPJ, 583-606.
- GUTIÉRREZ MUÑOZ, Clara (2016): *El estatuto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: aspectos de Derecho material*, Tesis doctoral, Barcelona: Universidad Autónoma, 2016.
- LEÓN ALAPONT, José (2017): «La responsabilidad penal de los partidos políticos en España: ¿disfuncionalidad normativa?», *Revista General de Derecho Penal*, 27, 1-42.
- (2018a): «Aspectos principales de la responsabilidad penal de los partidos políticos», *Revista Penal*, 42, 122-141.
- (2018b): «Decomiso y responsabilidad penal de los partidos políticos», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 52, 171-202.
- (2019): *La responsabilidad penal de los partidos políticos*, Tesis doctoral, Valencia: Universidad de Valencia.
- MAGRO SERVET, Vicente (2017): *Guía práctica sobre responsabilidad penal de empresas y planes de prevención (compliance)*, Las Rozas: La Ley-Wolters Kluwer.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis (2012): «Las penas de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, 7920, 1-16.
- MARTÍNEZ PUERTAS, Leandro y Purificación PUJOL CAPILLA (2015): *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- MAZA MARTÍN, José Manuel (2018): *Delincuencia electoral y responsabilidad penal de los partidos políticos*, Las Rozas: La Ley-Wolters Kluwer.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando (2016): «Penas aplicables a personas jurídicas», en F. Molina Fernández. (coord.): *Penal 2017*, Madrid: Francis Lefebvre, 585-587.
- NIETO MARTÍN, Adán (2008): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid: Iustel.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo (2016): «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Cuestiones materiales», en I. Ayala Gómez y I. Ortiz de Urbina Gimeno (coords.): *Penal económico y de la empresa 2016-2017*, Madrid: Francis Lefebvre, 165-200.

- PÉREZ MACHÍO, Ana Isabel (2017): *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, Granada: Comares.
- PONCELA GARCÍA, Jesús Alfonso (2016): «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en R. Goenaga Olaizola *et al.*, *La reforma del Código Penal a debate*, Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 99-140.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y María Teresa FRANQUET SUGRAÑES (2015): «Estado, mercado y Constitución: la dimensión penal», en G. Quintero Olivares (dir.): *Derecho Penal Constitucional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 493-542.
- ROCA DE AGAPITO, Luis (2017): «Sanciones penales a entes colectivos», en L. Roca de Agapito (dir.): *Las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 191-204.
- SANZ GAITE, María Antonia (2012): «Estructura de imputación, determinación de la pena, sistema de penas y correlación entre delitos y penas, otros aspectos», en J. Dopico Gómez-Aller (dir.), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009. Una reflexión colectiva*, Valencia: Tirant lo Blanch, 111-121.
- TERRADILLOS BASOCO, Juan (2013): «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en F. J. Álvarez García (dir.): *Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 171-177.
- TORO PEÑA, Juan Antonio (2012): *La persona jurídica en el proceso penal*, Madrid: Dykinson.
- URRUELA MORA, Asier (2012): «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectiva *de lege lata*», *Estudios Penales y Criminológicos*, 32, 413-468.
- VELASCO NÚÑEZ, Eloy y Beatriz SAURA ALBERDI (2016): *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance. 86 preguntas y respuestas*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo (2008): «El intento de disolución del grupo parlamentario de Batasuna: ¿levantamiento del velo o vulneración de derechos?», *Teoría y Realidad Constitucional*, 22, 193-220.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (2013): *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin personalidad y sus directivos*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2010): «El sistema de sanciones penales aplicables a las personas jurídicas», en I. Berdugo Gómez de la Torre (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Penal, t. I. Introducción al Derecho penal*, Madrid: Iustel, 313-327.

Fecha de recepción: 1 de marzo de 2019.

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2019.

INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO INTERPRETATION AND CONSTRUCTION OF THE LAW

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz

*Profesor titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Santiago de Compostela*

RESUMEN

Los términos «interpretación» y «construcción» referidos al Derecho se entienden y aplican de maneras diversas entre los juristas; y esta discrepancia a veces está enraizada en una diferente concepción jurídica. Este trabajo se ocupa en concreto de un desacuerdo bastante novedoso en la teoría jurídica, que enfrenta a quienes conciben el Derecho como un proceso con quienes lo conciben como un producto. La llamada «teoría interpretativa» del Derecho desafía los presupuestos doctrinales del común de los juristas, según los cuales el Derecho es el objeto de la interpretación, y no su resultado; pero con ello socava la pretensión de que el fin de la interpretación es decir el Derecho. Frente a esto, se sostiene que interpretar el Derecho es atribuir significado a sus fuentes, sea solo con claves lingüísticas o también con fundamentos de otro tipo; y que construir el Derecho es darle un contenido que no tenía, ya al crear nuevas normas autorizadamente, ya al corregir las existentes.

PALABRAS CLAVE

Interpretación, construcción, argumentación, creación.

ABSTRACT

The terms «interpretation» and «construction» pertaining the Law are understood and used in various ways among jurists; and this divergence is sometimes rooted in a different legal conception. This paper deals in particular with a fairly new disagreement in legal theory, which confronts those who think of law as a process with those who see it as a product. The so-called «interpretive theory» of law challenges the common doctrinal assumptions among lawyers, according to which the Law is the object of interpretation, and not its result; but doing so it undermines the claim that the purpose of interpretation is to declare the Law. Instead, it is argued that interpreting the Law is to attribute meaning to its sources, either only with linguistic keys or also with other kind of arguments; and that to construe the Law is to give it content that it did not have, either by creating new norms authoritatively or by correcting existing ones.

KEY WORDS

Interpretation, construction, argumentation, development.

INTERPRETACIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO*

Joaquín Rodríguez-Toubes Muñiz

Profesor titular de Filosofía del Derecho
Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. Introducción. 2. Una nueva pregunta. 3. La interpretación constructiva. 3.1. El Derecho como argumentación y la argumentación sobre el Derecho. 3.2. Dificultades de la concepción constructivista (de la interpretación) del derecho. 3.2.1. Preteoría: concepto. 3.2.2. Teoría: concepciones. 3.2.3. Práctica: contenido. 4. Tres distinciones entre interpretar y construir. 4.1. Ihering. 4.2. Guastini. 4.3. Solum. 4.4. Recapitulación. 5. Modos de decir el Derecho. 5.1. Interpretación. 5.1.1. Interpretación lingüística. 5.1.2. Interpretación no lingüística. 5.2. Construcción. 5.2.1. Creación de nuevo Derecho. 5.2.2 Corrección del Derecho existente. 6. Conclusiones. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Entre las discusiones de todo tipo que ha suscitado desde antiguo la interpretación jurídica, una particularmente importante tiene como objeto la misma noción de «interpretación», dado que sintetiza controversias con un denso contenido conceptual y una visible repercusión práctica. El debate sobre cuándo empieza y cuándo termina la interpretación del Derecho no es trivial, sino que tiene una fuerte carga sustantiva, y no se puede zanjar como una mera discrepancia semántica, con una estipulación terminológica *ad hoc* («Llamemos *interpretación jurídica* a esto, pero no a *aquello*»). Porque el problema de fondo es la diversidad de percepciones que coexisten entre los juristas respecto de las operaciones intelectuales que involucra —de hecho o idealmente— seguir y aplicar el Derecho. Las precisiones terminológicas son útiles para comunicarse efectivamente y progresar en las discusiones, y pueden ayudar mucho a aclarar las ideas, pero no resuelven controversias sustantivas y solo consiguen desplazar la discusión: en vez de debatir qué es la interpretación jurídica, se debate cómo definir «interpretación jurídica». Ahora bien, dicho esto, el uso particular por los juristas de palabras como «interpretación», «construcción» y otras asociadas a las tareas de identificar y aplicar el Derecho, así como las distintas teorías doctrinales sobre ellas, son expresiones más o menos conscientes de los principales puntos de vista enfrentados y, por tanto, un buen lugar por donde atacar

* Contribución al proyecto de investigación DER2016-74898-C2-2-R, financiado por el MINECO y el FEDER.

el problema. Este es el presupuesto de este trabajo, que se propone estudiar y diferenciar las nociones de «interpretación» y de «construcción» empleadas en la metodología jurídica para tener una idea más clara de la propia metodología jurídica e incluso del Derecho mismo.

La última apostilla puede parecer un exceso y, sin embargo, es una tesis crucial para este trabajo y su punto de partida. La tesis es que la diferencia más radical entre las concepciones de la interpretación jurídica y, consiguientemente, entre las distintas versiones de las nociones de «interpretación» y de «construcción» del Derecho, se debe a una discrepancia sobre la idea del Derecho mismo: la que separa a quienes ven el Derecho como un producto y a quienes lo conciben como un proceso. Aunque los debates sobre la interpretación jurídica son antiguos, esta división es bastante novedosa, y por eso presento y discuto aquí este problema como «una nueva pregunta» (§ 2). En cualquier caso, el problema que aborda este trabajo es clásico y recurrente, y no se resolverá de la noche a la mañana: ¿es posible diferenciar la interpretación de la creación del Derecho?

¿Es realista o útil diferenciar entre dos modos de tratar el Derecho: uno reactivo, conocido como *interpretación*, que consiste en atribuirle sentido en tanto que producto identificable por medio de determinadas fuentes, y otro proactivo, que no se sujeta a esas fuentes y toma el Derecho como un proceso vivo, y que deviene en su *creación, invención, construcción o desarrollo*? Para abordar esta pregunta, discutiré la posibilidad de una «interpretación constructiva» (§ 3), repasaré algunas distinciones doctrinales entre *interpretar* y *construir* (§ 4) y propondré una estructura conceptual que aprovecha esa distinción y que a mi juicio capta plausiblemente qué es y qué no es «decir el Derecho» (§ 5).

2. UNA NUEVA PREGUNTA

La naturaleza del Derecho ha suscitado desde antiguo muchas perplejidades y discusiones, que básicamente han girado en torno a dos asuntos: su normatividad y su peculiaridad. Estas dos cuestiones fundamentales y complejas sobre el Derecho —cuándo, cuánto y por qué es obligado actuar como prescribe y en qué se diferencia de otras fuentes de obligación— se han planteado de diversas maneras y han dado lugar a rivalidades teóricas cambiantes según las épocas. Con todo, algunas preguntas han sido particularmente recurrentes, como las tres que planteó Hart (1961: 6 ss.) sobre la relación del Derecho con las normas, con la obligación moral y con la coacción. De hecho, la respuesta a preguntas como estas permitió a los teóricos del Derecho diferenciar concepciones rivales, en especial entre el *iusnaturalismo*, según el cual el Derecho está conformado por normas vinculadas a un orden moral objetivo que obligan por su contenido y no por la coacción; y el *positivismo jurídico*, según el cual el Derecho puede existir desvinculado de la moral y obligar por razones independientes de su contenido, tales como el seguimiento de una convención social o la sumisión a una autoridad aceptada o impuesta. Sin embargo, como las preguntas persisten y la controversia no se resuelve, muchos juristas rehúyen las alternativas simplificadoras, optan por visiones del Derecho complejas y tra-

tan de integrar de alguna manera sus diferentes facetas o *dimensiones*. Pero los problemas acaban aflorando de nuevo al debatir si alguna de estas dimensiones es esencial o más importante que las demás.

En efecto, muchos juristas adoptan un enfoque estructural del Derecho, que centra su atención en el entramado de normas que empíricamente tiene fuerza de obligar en la sociedad —las leyes— y en el modo en que se configura y cambia por actos de voluntad; no obstante, admiten que la existencia de este entramado es un hecho contingente y que la mejor explicación de su fuerza de obligar es su validez moral. Otros, en cambio, prefieren subrayar los aspectos pragmáticos del Derecho y su función como mecanismo de organización social para perseguir ideales de justicia, bienestar o realización personal, pero sin desconocer que, en la práctica, a veces pasan por Derecho normas que no cumplen esas funciones ideales o que ni siquiera las persiguen. Y todavía otros, en fin, explican el Derecho como un fenómeno social en el que importa sobre todo lo que sucede en la práctica y, especialmente, quién decide de hecho las normas de conducta y tiene autoridad efectiva para imponerlas, un fenómeno en el que, no obstante, también es significativa la percepción pública de estar observando normas generales con cierta legitimidad moral y no meras órdenes arbitrarias, dado que esto ayuda a explicar la obediencia estable. Sin embargo, estos enfoques más sofisticados tampoco resuelven el problema porque, en la medida en que destacan una dimensión del Derecho sobre las demás, son rechazados por quienes lo ven como una realidad compleja compuesta por factores empíricos, valorativos y normativos inextricablemente unidos en la que ninguno de ellos tiene entidad o protagonismo suficiente para desplazar a los demás en una descripción plausible. Por otro lado, a la vez, una visión sumamente integradora y ecléctica sería inaceptable para quienes piensan que la peculiaridad del Derecho respecto de las leyes formales, de la moral y del poder no consiste en ser todo eso a la vez (leyes justas impuestas), pues en la práctica el Derecho no se concibe de esa manera tan reductiva.

Pues bien, así las cosas, en las últimas décadas ha surgido una nueva pregunta sobre el Derecho que revitalizó el debate sobre su naturaleza porque abrió una vía de discusión inexplorada. La pregunta puede enunciarse así: ¿el Derecho es un proceso o un producto? Esta es la cuestión de fondo suscitada por las llamadas teorías interpretativas o argumentativas del Derecho, cuyo exponente más célebre ha sido Ronald Dworkin, y que entre nosotros han sido defendidas por Manuel Atienza e Isabel Lifante¹. En la teoría tradicional del Derecho, este aparecía como un dato recibido, como una realidad ya dada que había que entender y que era objeto de explicaciones alternativas. Ya se percibiese como un sistema de normas e instituciones, como razones para actuar justificadamente, como meros hechos observables o como fuese, el punto de partida de la reflexión era siempre que el Derecho es algo que ya está ahí y que hay que entender tal como es (coincida o no con lo que debe ser). Este es precisamente el presupuesto que las teorías argumentativas ponen en cuestión.

Podemos representar el punto de vista tradicional sobre el Derecho a través de la teoría de Hart, que muchos consideramos la de mayor rendimiento explicativo. Según la teoría hartiana, el Derecho actual (por tanto, sin prejuicio de otras posibles versiones

más primitivas) se explica como el resultado de dos prácticas sociales combinadas: *i*) la obediencia habitual de los ciudadanos a las normas que unas autoridades designadas por esas normas consideran válidas y obligatorias jurídicamente, y *ii*) el hábito de dichas autoridades de compartir y de aceptar los criterios acerca del modo de producción y del contenido que han de respetar las normas para ser jurídicamente válidas e imponibles. De acuerdo con esta teoría, entonces, el Derecho se entiende mejor como las normas ajustadas a los criterios de validez jurídica aceptados colectivamente por quienes legalmente y en la práctica son competentes para decir el Derecho, señaladamente los jueces².

Frente a ese enfoque, Dworkin objetó que el Derecho no es algo que pueda identificarse de acuerdo con unos determinados criterios compartidos, como si hubiera una regla maestra con la que examinar las candidaturas. Un motivo aducido por Dworkin para rechazar el enfoque de Hart es que esos criterios de validez compartidos por los jueces a veces brillan por su ausencia porque hay desacuerdos profundos sobre los fundamentos del Derecho, es decir, sobre cuáles son sus fuentes. Pero la crítica de Dworkin iba todavía más lejos: el inconveniente de la teoría de Hart no es ya que describe el Derecho de manera errónea, con datos equivocados, sino sobre todo que el Derecho, al menos el que concierne a los juristas, no es algo fijado que pueda describirse, sino más bien una actividad, un proceso: la práctica de determinar las normas que en una determinada comunidad fundamentan el uso de la coacción. Es decir, el Derecho no debe verse, al modo de Hart, como un producto que resulta de ciertas prácticas sociales, sino que es en sí mismo una práctica, un proceso. Más específicamente, es una práctica interpretativa porque consiste en indagar y en argumentar cuáles son las normas de conducta que mejor fundamentan la coacción en una comunidad en un momento dado, tomando en consideración los valores políticos y morales de esa comunidad y las decisiones (legislativas, judiciales, etc.) que adoptó en el pasado y que siguen vigentes. En sus primeros trabajos, Dworkin defendió que el Derecho no consiste solo en un conjunto de reglas válidas por su procedencia o *pedigrí*, sino también en principios justificativos que valen por su contenido. Sin embargo, su teoría jurídica madura es otra: el Derecho no es un conjunto de normas, sino una empresa definida por una actitud intelectual de responsabilidad pública³. Con esto no negaba que el Derecho se manifiesta en una realidad observable, susceptible de ser descrita con el punto de vista desapegado de un sociólogo o de un historiador, ni que el significado de la palabra «Derecho», tal como la usan los hablantes, pueda referirse a un producto describible neutralmente por un lexicógrafo. Lo que negaba es que un jurista pueda conocer el contenido del Derecho, o teorizar acerca de su naturaleza y sus fuentes, con un enfoque externo, sin comprometerse como un partícipe más con la práctica que persigue entender (Dworkin, 1991: 13-14). En definitiva, el reproche de Dworkin a la teoría jurídica tradicional fue radical: el esfuerzo por explicar la naturaleza del Derecho es vano, dado que no hay nada objetivo que sea «el Derecho» cuyos rasgos puedan identificarse, sino que el Derecho es un proceso en construcción y cualquier jurista que quiera conocer qué es y cuál es el Derecho ha de implicarse inevitablemente en este proceso constructivo.

El desafío de Dworkin tiene un reflejo claro en la teoría y en la práctica de la interpretación jurídica, que es el terreno que interesa en este trabajo y en el que centraré la discusión. Los problemas más generales acerca de la normatividad y la peculiaridad del Derecho quedarán en el trasfondo. Si fijamos la atención en la interpretación jurídica como interés metodológico, el debate entre las teorías jurídicas tradicionales —que explican el Derecho en cuanto producto— y las teorías rivales —que presentan el Derecho como un proceso— puede plantearse resumidamente como una discusión sobre si decir el Derecho requiere interpretarlo o construirlo. Visto así, interpretación y construcción del Derecho se presentan como dos actividades distinguibles que permiten diferenciar las teorías jurídicas con las que se asocian. Esta es la premisa de este trabajo, aunque, naturalmente, por «interpretación» y «construcción» no siempre se entiende lo mismo y habrá que hacer algunas precisiones sobre su significado y sus diferencias.

En la línea de Dworkin, también Atienza (2017: 16) defiende la comprensión del Derecho como una actividad, como una práctica social, «[...]un acontecer, una realidad en formación y analizable en términos de fases o etapas de un proceso», frente a la concepción «normativista», que lo concibe como un objeto, un resultado, «[...] un tipo de realidad ya dada y estructurada de una cierta forma». Sobre esta base conceptual, Atienza (2017: 21) hace esta reflexión:

«Interpretar es (debe verse como) una *actividad* que exige asumir lo que Dworkin ha llamado una “actitud interpretativa”: asumir que ese proceso tiene lugar en el contexto de una práctica a la que da sentido el logro de ciertos fines y valores, de manera que quien interpreta en el contexto de la misma ha de proponerse alcanzar el significado que mejor sirva a esos propósitos; pero permaneciendo dentro de la práctica, esto es, sin desconocer los materiales autoritativos (las normas válidas) que marcan en el Derecho un límite infranqueable: interpretar no es inventar el Derecho».

Esa misma perspectiva, como dije, la comparte Lifante (2018: 217):

«La actividad interpretativa es por tanto una actividad conformadora de la práctica jurídica. El intérprete jurídico es un participante en dicha práctica y no un mero observador de la misma. O, por decirlo en terminología dworkiniana, la interpretación jurídica sería un supuesto de “interpretación colaborativa” en el sentido de que el autor de aquello que se interpreta (las autoridades jurídicas creadoras del Derecho) y el intérprete participarían en un mismo proyecto o empresa (el Derecho) y en este sentido compartirían el propósito general perseguido por el proyecto y ambos tendrían el deber de intentar avanzar en dicho proyecto, mejorándolo en la medida de sus posibilidades».

Como se aprecia, tanto Dworkin como Atienza y Lifante ven la interpretación jurídica como una actividad constructiva en la que el intérprete reconoce un producto (la legislación y el resto de las fuentes del Derecho, digamos) pero no se limita a precisar y a exponer su contenido tal como le viene dado, sino que ha de embarcarse proactivamente en la tarea de mejorar lo que recibe sin traicionar el proyecto que lo anima. Pero, ¿es esto interpretación del Derecho o es construcción de nuevo Derecho?

3. LA INTERPRETACIÓN CONSTRUCTIVA

3.1. EL DERECHO COMO ARGUMENTACIÓN Y LA ARGUMENTACIÓN SOBRE EL DERECHO

¿Defienden los teóricos «constructivistas» una teoría de la interpretación jurídica o un programa de construcción de nuevo Derecho? Hay que notar que Dworkin presenta su propuesta como una teoría interpretativa; e insiste repetidamente en que su concepción del Derecho es interpretativa. Y los autores que simpatizan con esa propuesta, como Atienza o Lifante, también formulan teorías de la interpretación jurídica. Pero una vez nos adentramos en estas teorías, con sus terminologías y sus matices, vemos que en realidad describen y defienden una identificación del Derecho más constructiva y creativa que propiamente interpretativa de una realidad preexistente. Dworkin ve un error en los intentos de entender el concepto de Derecho por referencia a los criterios que los juristas comparten para identificarlo, al modo en que entendemos el significado de la palabra «Derecho» conociendo los criterios compartidos para usarla porque hay algunos desacuerdos profundos entre los juristas acerca de cómo identificar el Derecho y, sobre todo, porque lo que sea el Derecho no depende de ninguna convención semántica sobre el uso de la palabra «Derecho». Según Dworkin, el Derecho es, por el contrario, un «concepto interpretativo» por cuanto solo puede determinarse mediante una interpretación. Más concretamente, indagar el concepto y el contenido del Derecho es interpretar una práctica social, y se asemeja a la interpretación del arte —dice Dworkin (1991: 50)—, pues en ambos casos se busca «[...] interpretar algo creado por personas como una entidad distinta de ellas» y resultan «formas de interpretación “creativa”», a diferencia tanto de la interpretación conversacional de lo que alguien dijo —donde importa su intención— como de la interpretación científica de sucesos que nadie creó. Para Dworkin, la interpretación *creativa* de prácticas sociales y del arte no indaga las intenciones de los autores, «[...] no es conversacional sino *constructiva*»; los propósitos a los que da relevancia «[...] no son (fundamentalmente) los de algún autor, sino los del intérprete. A grandes rasgos, la interpretación constructiva consiste en atribuir sentido [*impose purpose*] a algún objeto o práctica para hacerlo el mejor ejemplo posible de la forma o el género al cual se considera que pertenece» (Dworkin, 1991: 52). En resumen, Dworkin defiende que conocer el Derecho es una empresa interpretativa *creativa* y *constructiva* que estudia las normas y actuaciones que a primera vista son consideradas jurídicas, indaga y postula el tipo de actividad o práctica de la que forman parte y el sentido (propósito) que tienen, y determina lo que dichas normas y actuaciones prescriben cuando son examinadas, y en su caso corregidas, a la luz del sentido que el intérprete les reconoce.

Insistamos: Dworkin no se limita a decir que conocer el Derecho requiere interpretarlo, sino que defiende que la naturaleza del Derecho es en sí misma interpretativa. No es que haya interpretación en el Derecho, sino que el Derecho *es* interpretación: «La práctica jurídica, a diferencia de muchos otros fenómenos sociales, es *argumentativa*» (Dworkin, 1991: 13). En efecto, Dworkin nos presenta el Derecho como una actividad intelectual, como una práctica que persigue determinar el estatuto normativo de los miembros de una comunidad teniendo en cuenta las decisiones y los valores ético-políticos que le son propios.

Visto así, el Derecho no consiste en las decisiones autorizadas que se tomaron en el grupo social (las leyes promulgadas o las sentencias judiciales dictadas, digamos) ni en los valores perseguidos o principios y reglas que los respetan y promueven (las normas socialmente aceptadas o las justificadas moralmente, por ejemplo). El Derecho, según esta perspectiva, no es ni un producto social ni un conjunto de razones políticas y morales, sino la empresa (proceso) que da sentido y coherencia a un producto social (las decisiones que se consideran acriticamente «fuentes del Derecho») al ponerlo en relación con ciertas razones políticas y morales (aquellas interiorizadas por la comunidad de referencia) y que, mediante este combinado, determina cuáles son los deberes y los derechos de los ciudadanos y cuándo está justificado imponerlos y asegurarlos por la fuerza. «El Derecho de una comunidad en este enfoque es el esquema de derechos y de responsabilidades que [...] autorizan la coerción porque emanan de las decisiones del pasado adecuadas» (Dworkin, 1991: 93). Con esto quiere decir —si lo he entendido bien— que el Derecho no es un sistema de normas que prescribe derechos y responsabilidades, sino la construcción intelectual («el esquema») con que estos se argumentan y determinan. En otras palabras, el Derecho no es un producto que fija un decisor, sino un proceso en manos del intérprete.

Ahora bien, si esta empresa intelectual es *constructiva y creativa* porque formula respuestas que no se contienen necesariamente en las fuentes manejadas y que podrían llegar incluso a contradecirlas, ¿es «interpretativa», como la califica Dworkin? Por una parte, esa tarea necesita interpretación porque comienza examinando materiales jurídicos (las fuentes del Derecho admitidas) para reconocer su contenido normativo y los fines que los animan, y para evaluar y comprobar la coherencia de esos materiales y fines con normas y valores más fundamentales. Sin embargo, creo que la tarea propuesta deja de ser interpretativa cuando la evaluación y la comprobación de la coherencia de las fuentes con los principios y valores fundamentales da paso, en una etapa ulterior, a formular la respuesta jurídica con una versión depurada y suplementada (corregida y aumentada) de las normas reconocibles en las fuentes⁴. En esta fase propiamente constructiva —que puede ser plenamente conforme (autorizada) por las fuentes aunque no se ciña a ellas— hay algo más que argumentación *sobre* el Derecho: hay creación de Derecho. Pensar que toda la interpretación jurídica es constructiva en este sentido es un exceso expuesto a muchas dificultades, como trataré de mostrar.

3.2. DIFICULTADES DE LA CONCEPCIÓN CONSTRUCTIVISTA (DE LA INTERPRETACIÓN) DEL DERECHO

Las teorías constructivistas del Derecho y de su interpretación han sido defendidas con razones variadas y sutiles. Los retos que plantean a otras teorías rivales afectan a numerosas cuestiones difíciles de deslindar y que acaso ni siquiera deben deslindarse. Aquí me conformaré con comentar algunos puntos empleando como recurso expositivo una distinción tentativa en tres niveles de análisis jurídico: preteórico, teórico y práctico. Aunque espero que esta distinción sea útil, la propongo con muchas cautelas (que planteo en un cuarto nivel, metateórico). Para empezar, son niveles claramente interdependientes: el concepto

preteórico de Derecho repercute en las teorías sobre su naturaleza y estas en las tesis sobre su contenido, y viceversa. Además, una de las claves metodológicas de las teorías jurídicas constructivistas es precisamente la necesidad de una aproximación holista e integral al Derecho que persiga en todo momento hacer de él lo mejor que puede ser, sin solución de continuidad entre teoría y práctica. Por tanto, diferenciar entre niveles de análisis jurídico parece ineficaz para examinar los méritos de un enfoque jurídico que precisamente niega la posibilidad de esa separación⁵. A pesar de estos inconvenientes, por razones de claridad expositiva diferenciaré el análisis preteórico, teórico y práctico del Derecho. Muy resumidamente, la distinción se debe a las preguntas que se plantean en cada uno de ellos sobre el Derecho, que respectivamente se refieren a su concepto general, a sus concepciones relevantes y a su contenido.

3.2.1. Preteoría: concepto

Un primer problema planteado por las teorías jurídicas constructivistas se refiere al modo de abordar la comprensión inicial del concepto de Derecho. Las teorías del Derecho se ocupan del Derecho, obviamente, y persiguen entender su naturaleza y sus caracteres; pero como ese objeto de estudio se identifica mediante la propia teoría, parecería que las teorías del Derecho estudian un objeto que ellas mismas seleccionan y que tiene los rasgos que ellas deciden. Y si es así, habrá que sospechar que las diferentes teorías del Derecho podrían estar refiriéndose a objetos distintos —los conceptos de Derecho que cada una preconfigura—, en cuyo caso la controversia entre ellas es solo aparente y engañosa. Para evitar esta circularidad y hacer posible un debate provechoso entre las teorías jurídicas, estas deben aceptar algún concepto compartido de Derecho sobre el que desplegar sus concepciones particulares. Necesitamos distinguir, como hace Dworkin (1991: 90), entre un *concepto* abstracto común y pacífico de Derecho y una diversidad de *concepciones* teóricas concretas rivales que lo detallan. Pero, asumida esta distinción, ¿cuál puede ser ese *concepto*? Este problema lo catalogo como «preteórico», en la medida en que afecta a la determinación del objeto mismo de la teoría del Derecho.

Los teóricos del Derecho constructivistas, como el propio Dworkin, proponen identificar su objeto de estudio con la misma metodología constructivista porque entienden que no puede hacerse de otra manera. Frente a la pretensión de identificar un concepto básico de Derecho señalando unos criterios de pertenencia a esa categoría, o incluso los criterios de uso correcto de la palabra «Derecho», Dworkin opuso que ciertos conceptos morales y políticos, como los de justicia o Derecho, son «interpretativos» [*interpretive*], en el sentido de que usamos un concepto así asumiendo que «[...] su uso correcto depende de la mejor justificación del papel que cumple para nosotros» (Dworkin, 2011: 158). Pero esta tesis corre el riesgo de conducir al argumento circular que señalaba antes⁶. Sin ir más lejos, a juicio de Dworkin (1991: 93), el concepto de Derecho que interesa al jurista —según la «mejor justificación» que él le encuentra— es el de práctica social que autoriza el uso de la coacción; y las teorías del Derecho que importan son concepciones alternativas sobre cómo se cumple mejor esa función. Pero este planteamiento revela un compromiso con el

Derecho fundado en la función social positiva que se le atribuye. Asume que el Derecho es una práctica social con sentido, y toma esta idea preconcebida como punto de partida para delinear su concepto. Por eso, el concepto de Derecho que propone Dworkin no es en realidad un concepto, sino una concepción⁷.

A mi modo de ver, el mejor candidato para servir como concepto de Derecho —susceptible de ser compartido y suficientemente abstracto para no presuponer ya una concepción teórica sobre su naturaleza y caracteres— es el concepto lingüístico de «Derecho», es decir, el significado de esa palabra (o sus equivalentes en otras lenguas) tal como lo comprenden los hablantes. Ya hemos señalado que una estrategia alternativa, consistente en destacar algún aspecto o alguna función del Derecho que cualquiera reconocería como esencial, es fallida, dado que no consigue eludir la controversia. En cambio, la noción lingüística de «Derecho» es agnóstica respecto de cuál sea su esencia —si la tiene— porque todas las concepciones la usan y todas contribuyen a darle contenido al usarla. Esto no quiere decir que el Derecho sea necesariamente lo que llamamos «Derecho» (aunque personalmente tiendo a verlo así), o que la teoría del Derecho deba ocuparse del significado de la palabra «Derecho». Ni siquiera presupone que el derecho se conciba, y que la palabra «Derecho» se use, por referencia a unos criterios de uso correcto o habitual, un punto de vista que Dworkin (1991: 45) atribuyó burlonamente a la picadura de un «aguijón semántico». Lo único que quiere decirse al asociar el *concepto* de Derecho a la palabra «Derecho» es que el lenguaje no impide que concepciones rivales sobre el Derecho discutan significativamente cuando todas ellas hablan de «Derecho» porque esta palabra es imparcial respecto de muchas concepciones⁸.

3.2.2. Teoría: concepciones

En el nivel de la teoría y de las concepciones jurídicas enfrentadas, las doctrinas constructivistas se caracterizan por adoptar un punto de vista interno y una actitud comprometida hacia el Derecho. Este se concibe como una práctica social cuyos fines el jurista debe reconocer y favorecer, como una «empresa colaborativa» en la que la interpretación es un modo más de participar. Esta actitud es encomiable en muchos aspectos: da relevancia al estudio teórico y práctico del Derecho y facilita la justificación de su normatividad. Sin embargo, creo que a fin de cuentas una actitud desapegada hacia el Derecho es preferible metodológicamente.

El inconveniente metodológico obvio de comprometerse con el Derecho es el riesgo de suprimir del campo de visión lo que estorbe a ese compromiso y, por tanto, de dejar de percibir en el Derecho rasgos que también posee. Pensemos en el jurista que describe el Derecho teniendo en mente una versión idealizada según la cual Derecho persigue el bien común y la realización individual y eso es lo que justifica su autoridad y la obediencia. Por ejemplo, Finnis (1992: 9 ss.) defiende una teoría iusnaturalista atendiendo al supuesto «significado focal» del Derecho, asociado a una versión paradigmática o «caso central» que es conforme a la «razonabilidad práctica». Para tratar de evitar ese sesgo y obtener una imagen más objetiva del Derecho, hay que imitar al científico que trata de estudiar con neutralidad

los fenómenos. Sin embargo, un enfoque completamente empirista tampoco es recomendable, o siquiera viable, al estudiar el Derecho que importa al jurista para interpretarlo. Como se ha dicho repetidamente, si bien cabe estudiar el Derecho desde un punto de vista externo, como un fenómeno con manifestaciones y pautas observables, explicables y hasta cierto punto predecibles, para entender el Derecho es poco útil prescindir del sentido normativo asociado al punto de vista interno. En todo caso, es inútil para el jurista que quiere entenderlo precisamente *en cuanto fenómeno normativo*. Por eso, el punto de vista seguramente más provechoso es el que se sitúa en un punto intermedio entre el totalmente externo (miope) y el comprometido (sesgado). En esta zona intermedia se sitúan los enfoques científicos sobre el Derecho —antropológicos, históricos, sociológicos, psicológicos, etc.— que lo investigan desde una perspectiva *hermenéutica* o *interpretativa*, teniendo muy en cuenta sus rasgos normativos. Con todo, al jurista no le basta saber qué es y cómo es el Derecho, sino que busca saber cuál es, qué contenido tiene; y para eso ha de implicarse en la práctica jurídica como partícipe. Pero no es necesario que lo haga aceptando ese contenido como guía de conducta, comprometiéndose con él, sino que puede adoptar un punto de vista *desapegado* que, si bien tiene en cuenta y asume el significado normativo del Derecho, no necesariamente lo aprueba.

Pues bien, la vía a través de la cual la teoría del Derecho puede evitar los dos problemas señalados —los estudios empíricos no hermenéuticos son insuficientes y las representaciones comprometidas son parciales— es hacer suyo el concepto público de Derecho. La propuesta es que el teórico del Derecho asuma que su objeto de estudio lo determinan las representaciones del común de la gente en un ámbito espacial y temporal dado y no, en cambio, la reflexión cuidada del jurista-filósofo-antropólogo que quiere conferir integridad y coherencia a las prácticas sociopolíticas de su comunidad. En cierto modo, estoy postulando lo mismo que Marmor (2005: 112 ss.) cuando aplica el argumento de Wittgenstein sobre el seguimiento de reglas para negar que la identificación del Derecho requiera necesariamente indagar o «interpretar» su propósito, frente a lo que sostuvieron antipositivistas como Fuller o Dworkin. Hay un fenómeno público al que llamamos «Derecho» que se manifiesta en una práctica social compleja de creación y de seguimiento de normas, y tanto el concepto como el contenido del Derecho vienen dados por las contingencias de esa costumbre efectiva y reiterada de usar las normas de una cierta manera, y no por alguna visión más o menos idealizada del propósito que justifica dicha práctica⁹.

3.2.3. Práctica: contenido

A la hora de identificar el contenido del Derecho, en el momento de la *determinación del Derecho*, como a veces se le llama, la metodología constructivista choca con problemas de circularidad y de debilidad análogos a los que hemos ido viendo. Al concebir el Derecho como un proceso en vez de como un producto, los teóricos constructivistas no pueden contar con las fuentes tradicionales del Derecho (la ley, la costumbre, la jurisprudencia, la doctrina...) como apoyo firme para sostener sus tesis. Aunque reconocen la importancia de las fuentes del Derecho generalmente aceptadas, les atribuyen un papel preliminar o

provisional, expuesto a revisión y corrección como resultado del mecanismo de la interpretación holista inspirada por valores. De ahí que para esta metodología la determinación del Derecho no dependa últimamente de sus fuentes, sino de cómo el intérprete decida entenderlas dada su propia comprensión y consideración de los fines que persiguen. Esto es, la tesis no es simplemente que el Derecho determinado por las fuentes ha de ser interpretado (lo cual comparten muchos juristas no constructivistas) ni que la intervención necesaria del intérprete deja en sus manos la decisión efectiva sobre el contenido de las fuentes, de manera que en el tránsito de la teoría a la práctica, del Derecho sobre el papel al Derecho en acción, la fijación del contenido del Derecho se desplaza desde las fuentes al intérprete-decisor (tesis *realista* que los teóricos constructivistas rechazan). Se afirma, más bien, que el Derecho no lo determinan sus fuentes ni las autoridades que deciden sobre su interpretación, sino el proceso mismo de la interpretación: el razonamiento que da sentido a las fuentes y que descubre o despeja la solución que recibe en ellas el problema planteado, y la argumentación que avala que esa es precisamente la solución del Derecho.

Pero la concepción constructivista del Derecho como un proceso interpretativo, en lugar de como un producto que es interpretado, choca con la comprensión del Derecho que ponen de manifiesto nuestras prácticas sociales, tanto de juristas como de legos. Incluso diría que choca con la noción de «Derecho» entendida en términos lingüísticos. La concepción constructivista tiene una percepción extraña del Derecho porque lo prefigura como un ejercicio peculiar de la razón práctica, de naturaleza semejante a otros como la filosofía (con todas las limitaciones técnicas que procedan), en vez de concebirlo tal como lo conciben quienes lo practican (quienes lo siguen o lo aplican) o incluso quienes se refieren a él (quienes usan el nombre «Derecho»). En efecto, como trataré de mostrar, la comparación entre el Derecho y la filosofía ilustra el problema de concebir ambos del mismo modo, como actividades, dado que el Derecho no es como la filosofía.

Imaginemos que alguien pregunta qué dice la filosofía sobre alguna cuestión y le responden de este modo: «Con los datos y los argumentos que conozco, la respuesta filosófica que cabe construir es que [...]». ¿Podría replicar esto: «No he pedido que idee la respuesta, sino que me diga cuál da la filosofía»? Creo que esa réplica no tendría mucho sentido, pues la filosofía es ante todo una reflexión crítica fundada en argumentos y no la doctrina que resulta de esa reflexión. Es decir, la filosofía es propiamente una actividad. Aunque también es «filosofía» su producto —el objeto de estudio de la historia de la filosofía—, no deberíamos confundir el hecho de dar respuesta filosófica a una pregunta con el hecho de dar la respuesta de una doctrina filosófica. Si queremos saber cómo hubiesen contestado Aristóteles o Kant, no deberíamos preguntar por la respuesta filosófica, sino por la respuesta de Aristóteles o de Kant. Pero el Derecho no es como la filosofía. Supongamos ahora que queremos saber qué dice nuestro Derecho nacional sobre alguna cuestión. Creo que en este caso ya no aceptaríamos igual una respuesta así: «Con los datos y los argumentos que conozco, la respuesta jurídica que cabe construir es que [...]». Porque ahora sí tiene sentido replicar: «No he pedido que idee la respuesta, sino que me diga cuál da el Derecho». Si esta réplica tiene sentido es porque vemos el contenido del Derecho como un producto susceptible de ser descrito y no como algo que crea sobre la marcha aquel que lo declara.

Naturalmente, nuestra interlocutora podría querer decir simplemente que el Derecho nacional es dudoso en ese punto y lo expone como personalmente ella lo entiende, o que da la respuesta que prefiere de entre las que cabe atribuir al Derecho nacional, sea esta o no la que escogerían la mayoría de los juristas. Ambas aclaraciones son aceptables porque el Derecho no tiene respuestas regladas y claras para todo. En cambio, ya no aceptaríamos igual esta explicación: «Tengo que idear yo la respuesta porque dar contenido al Derecho es mi responsabilidad como intérprete». Esta explicación elude nuestra pregunta —¿qué dice el Derecho nacional sobre el asunto (o cómo mejor entender lo que dice)?— y responde a otra muy distinta: ¿cómo habría que resolver el asunto inspirándonos en el Derecho nacional? Si preguntamos por la solución del Derecho a un caso y no tiene una reglada, la respuesta que esperamos es que la solución jurídica está indeterminada y se justifica mejor esta o aquella, y no que la solución jurídica está determinada por lo que resulte del mejor razonamiento todavía por hacer¹⁰.

Hay una razón ulterior para adoptar un enfoque teórico desapegado respecto al contenido del Derecho, que afecta sobre todo a quienes mantienen hacia él una actitud interna comprometida. Supongamos a un/a jurista que quiere conocer el Derecho de su comunidad para darlo a conocer a otros. Supongamos también que quiere dar a conocer el Derecho en cuanto guía de conducta (es decir, no como haría un observador indiferente). El consejo de los teóricos constructivistas es más o menos este: identifica lo que normalmente se considera Derecho en la comunidad y trata de entender por qué es valioso para ella, luego interpreta las fuentes identificadas para que sean lo mejor que puedan ser según los parámetros que les dan valor y tu conclusión dirá el Derecho. Pero, ¿por qué esa conclusión habría de guiar y obligar a quienes no han aceptado ni han participado en esa evaluación e interpretación? Una persona tiene (en principio) razones morales para obedecer las normas que públicamente se reconocen como Derecho porque proporcionan seguridad y coordinación y son, en general, un instrumento eficaz para lograr fines valiosos cuya persecución constituye un deber moral. Pero esa razón para obedecer normas públicas no se extiende a las normas que resultan de la reflexión jurídico-política de un intérprete.

4. TRES DISTINCIONES ENTRE INTERPRETAR Y CONSTRUIR

La distinción entre interpretar y construir el Derecho puede ser útil para comparar teorías jurídicas, pero para que lo sea primero hay que precisarla. Lo cierto es que esta distinción ya ha sido formulada varias veces con diversos propósitos y criterios. Por eso, me detendré un momento en recordar tres criterios de distinción entre interpretación y construcción propuestos por teóricos del Derecho. Se trata criterios muy heterogéneos, ya que corresponden a contextos jurídicos diferentes, pero todos están motivados por la voluntad de corregir la inconsistencia y la confusión de los juristas al emplear esos términos, sobre todo el de «construcción».

4.1. IHERING

«El término *construcción jurídica* es uno de los más corrientes de la jurisprudencia actual», pero la ciencia no ha intentado definirlo ni esclarecer «sus fines y sus principios de acción», escribía Rudolf von Ihering ([1858] 1997: 84) antes de emprender, él mismo, esa tarea a través de su contraste con el término *interpretación*. Ihering llama «interpretación» a una actividad doctrinal preliminar, de simplificación cuantitativa del Derecho, consistente en «[...] descifrar la materia, eliminar las contradicciones aparentes, esclarecer puntos oscuros y ambigüedades, poner a la vista todo el contenido de la voluntad legislatora», y también en extraer principios de las disposiciones y consecuencias de los principios (*Ibidem*: 84-85). Opera mediante análisis, abstracción de principios, clasificaciones, precisiones terminológicas y aprovechamiento de los recursos por otras vías. En cambio, la construcción jurídica —«*juristische Construction*», escribe Ihering— es la simplificación cualitativa del Derecho, la elaboración de institutos y conceptos jurídicos, que son «cuerpos jurídicos» o «[...] seres jurídicos que comprendemos e imaginamos como individuos con vida propia» (*Ibid.*: 85). Se define como «la estructuración de la materia legal según el método histórico-natural» (*Ibid.*: 91). Supone «[...] el ascenso de la materia a un estado superior» (*Ibid.*: 86); es «[...] una producción artística, porque crea algo nuevo» (*Ibid.*: 91); es «[...] una fuente inagotable de nueva materia» (*Ibid.*: 100). Pero, en tanto fuente del Derecho, la construcción debe seguir unas leyes, tales como «la cobertura de la materia efectiva» (adaptación a los preceptos positivos), la «no contradicción» (unidad sistemática de los conceptos y las proposiciones doctrinales) y «belleza jurídica» (claridad y transparencia)¹¹.

En un trabajo anterior, Ihering ([1857] 2013: 255) había afirmado lo siguiente: «La oposición entre la ciencia jurídica superior e inferior puede concretarse como la oposición entre el concepto jurídico y la regla jurídica, y el tránsito del Derecho desde el estado de agregación inferior hasta el superior lo proporciona la construcción jurídica, al elevar la materia bruta dada hasta el nivel conceptual». En otro momento añade que la dicotomía entre el nivel inferior y el superior, entre la interpretación y la construcción, se traduce «[...] como una oposición entre la ciencia jurídica *receptiva* y la *productiva*» (*Ibidem*: 252); y que «[...] si antes se tendía a juzgar el valor de las descripciones y los descubrimientos histórico-jurídicos en función de su adecuación a las fuentes, los logros de la nueva orientación deberán medirse, al contrario, sobre la base de su *no adecuación a las fuentes*» (*Ibid.*: 253). Porque «[...] la materia original nos es dada, pero lo que saquemos de ella es, en realidad, nuestra propia creación» (*Ibid.*: 255); hay una «[...] creación artística ideal» (*Ibid.*: 256); capaz de «producir nueva materia con seguridad y conciencia» (*Ibid.*: 257).

La distinción de Ihering entre interpretar y construir el Derecho sigue siendo aprovechable en su esencia, aunque su exposición suena hoy anacrónica, especialmente la idea de crear *seres jurídicos* con vida propia (que Ihering ya reconocía polémica, aunque asociada por Savigny a la jurisprudencia romana, y que, como se sabe, sería objeto de burla por el propio Ihering algunos años después). En esencia, interpretar el Derecho es, para Ihering, identificar su contenido explícito e implícito en las leyes y demás *material* jurídico; y construir el Derecho es crear nuevo contenido jurídico y nuevas fuentes de producción a partir del existente. El énfasis del *primer* Ihering en el carácter productivo y creativo de la

dogmática jurídica «superior» que entonces patrocinaba lo aproxima a los actuales teóricos constructivistas, si bien estos se sentirán más identificados con la preocupación del *segundo* Ihering por los fines del Derecho que con aquellas muestras de fe en la técnica jurídica y en su capacidad de capturar conceptos jurídicos vivos.

4.2. GUASTINI

En la cultura jurídica europea actual, la distinción entre interpretar y construir ha sido teorizada por Riccardo Guastini (2014 y 2016). Según Guastini (2016: 313), la interpretación es la «[...] atribución de significado a un texto», y puede bien «[...] identificar los diversos significados posibles» sin más (interpretación *cognitiva*), bien elegir un significado determinado (interpretación *decisoria*), ya sea tomándolo de «[...] los identificados (o identificables) por medio de la interpretación cognitiva», ya atribuyéndole un significado nuevo (interpretación *creadora* o *creativa*). Pero —prosigue el autor— *interpretación* es un término ambiguo y se aplica a veces a lo que, siguiendo a Ihering, cabe llamar *construcción jurídica*, que incluye «[...] una vasta serie de operaciones doctrinales (y jurisprudenciales) entre las que destacan la creación de lagunas axiológicas, la creación de jerarquías axiológicas, la solución de antinomias, la elaboración de normas implícitas y la concreción de principios» (Guastini, 2016: 335; cfr.: 333 y 2014: 49). Guastini admite que la demarcación entre interpretación y construcción es precaria. Así, nos dice que «[...] derivar del texto normas no expresadas (llamadas “implícitas”) mediante medios pseudológicos», como la analogía o el argumento *a contrario*, parece un ejemplo de interpretación creativa, pero es «[...] un verdadero acto de creación normativa, cuyo nombre apropiado (tal vez) sería “construcción jurídica”» (Guastini, 2016: 332-333; cfr.: 355). Y también es construcción concretar principios en reglas, aunque suele llamarse interpretación (*Ibidem*: 362)¹².

La distinción de Guastini resulta algo empañada por la categoría de «interpretación creativa», que, en tanto *creativa*, se solapa con la construcción; no obstante, descontada esa dificultad su criterio es claro. La interpretación se ocupa de los significados y consiste en reconocerlos y en escogerlos. En principio, es una actividad circunscrita a los significados preexistentes y no creativa, pero puede ocurrir que el intérprete atribuya a la ley un significado original por razones extrajurídicas (es decir, sin fundamento doctrinal), en cuyo caso la «interpretación» se vuelve creativa¹³. Por el contrario, la construcción trasciende los significados y opera con razones y valoraciones. Como carece de límites prefijados, es una actividad susceptible de crear normas nuevas. De hecho, hay creación normativa siempre que se formulan reglas siguiendo razonamientos falaces (pseudológicos), aunque se presenten como normas implícitas.

Aunque creo que este criterio de distinción es útil, considero que se aparta del sentido habitual de los términos y por eso no lo comparto. Entiendo que «construir» connota una actividad creativa, de la que resulta un objeto nuevo que transforma o desplaza los que el agente manejaba, mientras que «interpretar» connota una actividad cognoscitiva, cuyo resultado es un producto nuevo en el plano intelectual, pero que no pretende modificar ni sustituir los objetos sobre los que opera. Otra cosa es que la interpretación sea efectivamen-

te un acto de conocimiento: puede ocurrir que, de hecho, produzca un objeto nuevo, en cuyo caso es más bien construcción. Como sugiere Guastini, una interpretación jurídica falaz, que crea normas con el pretexto de hacer explícito lo implícito, es construcción y no propiamente interpretación. Pero, inversamente, hay «construcciones doctrinales» que son técnicas genuinamente interpretativas porque respetan el Derecho. No comparto el escepticismo de Guastini sobre lo que cuenta como interpretación ni veo motivos para sospechar del objetivo cognoscitivo de las construcciones doctrinales. Por ejemplo, la «creación de jerarquías axiológicas», que Guastini pone como ejemplo de construcción, es una tarea inevitable de la interpretación sistemática de las leyes y a menudo está guiada por criterios jurídicos transparentes que dejan poco espacio para la subjetividad. Así, en España la vida humana prevalece claramente sobre la libertad de cazar, de modo que nadie tiene un derecho a cazar poniendo en grave peligro la vida humana.

4.3. SOLUM

Fuera de la cultura jurídica europea, Lawrence Solum (2010) propone una cuidadosa distinción entre interpretar y construir el Derecho adaptada a la terminología jurídica estadounidense. En inglés es habitual llamar *construction* a lo que en español llamamos «interpretación», y así la doctrina estadounidense habla de *statutory construction* para referirse a la interpretación de las leyes. Sin embargo, algunos teóricos creen que hay una acepción más técnica de esos términos que permite diferenciarlos. Según Solum (2010: 96), la interpretación es propiamente «[...] el proceso (o actividad) que reconoce o descubre el significado lingüístico o contenido semántico del texto legal», mientras que la construcción es «[...] el proceso que da eficacia jurídica [*legal effect*] al texto (ya sea traduciendo el significado lingüístico en doctrina jurídica o aplicando o poniendo en práctica el texto)». Como el contenido semántico lo determinan hechos y no argumentos morales o políticos —dice Solum—, las teorías de la interpretación versan sobre qué hechos determinan el significado (por ejemplo, cómo se entendía el texto legal cuando se redactó o cómo se entiende ahora) y no es su función guiar o evaluar la interpretación con criterios normativos. Por el contrario, la construcción desarrolla los efectos del texto legal según criterios normativos y solo puede evaluarse con normas. Es construcción atribuir al texto un contenido ajeno a su significado lingüístico ya sea mediante su ampliación, su modificación o su limitación. Por ejemplo, el texto constitucional que impide limitar la libertad de expresión se «construye» en el sentido de que prohíbe la censura previa. También es construcción la aplicación o concreción del texto legal en los casos particulares (Solum 2010: 103). La construcción jurídica es necesaria cuando el texto legal es vago o irreductiblemente ambiguo y cuando hay antinomias o lagunas; pero la hay siempre que se da efecto al texto, aunque resulte invisible cuando se reproduce el contenido semántico (Solum, 2010: 107)¹⁴.

El criterio diferenciador defendido por Solum es interesante, pero es difícilmente extrapolable al lenguaje jurídico español, donde «construcción» carece del significado de dar efecto o aplicación. En español decimos más bien «concreción» —o directamente «aplicación»— para designar la operación que extrae las consecuencias jurídicas de una norma.

No obstante, la distinción de Solum nos sirve en la medida en que refuerza la muy extendida tesis de acuerdo con la cual «interpretar» es una actividad lingüística de identificación y atribución de contenidos semánticos. Como veremos enseguida, esta tesis es común, pero no unánimemente aceptada.

4.4. RECAPITULACIÓN

El examen de las distinciones entre interpretación y construcción del Derecho propuestas por Ihering, Guastini y Solum confirma la diversidad de enfoques conceptuales, metodológicos y terminológicos empleados por la teoría jurídica al describir la actividad de decir el Derecho y, en consecuencia, la dificultad de deslindar categorías diferenciadas en esa actividad compleja y de postular para ellas definiciones y nombres. No obstante esta dificultad, creo que este ejercicio «taxonómico» tiene cierta utilidad práctica para tomar conciencia de distinciones importantes y facilitar la necesaria consistencia terminológica. Con esta modesta pretensión, sugiero que los criterios de distinción examinados y la doctrina actual sobre la interpretación jurídica permiten decir lo siguiente.

Interpretar el Derecho es atribuirle significado, ya sea constándolo (cognición) o adscribiéndolo (decisión). Pero el significado del Derecho no se agota en el contenido semántico de los términos y expresiones empleados por las leyes. El Derecho se da a conocer mediante fuentes tanto escritas como no escritas (costumbres y prácticas, principios y valores...) cuya interpretación conjunta es importante para atribuirle un significado justificado, o al menos plausible¹⁵. Por eso, la interpretación del Derecho requiere, y normalmente incluye, técnicas que no tienen que ver con el lenguaje ni se rigen por criterios lingüísticos, tales como la identificación y la jerarquización de principios. Es más, algunos teóricos como Marmor (2005) o Endicott (2012) insisten en que la interpretación jurídica no incluye la mera comprensión lingüística de la disposición basada en el conocimiento del idioma, sino que empieza precisamente cuando esta comprensión lingüística es insuficiente para determinar el contenido y son necesarios argumentos de otro tipo para determinar el significado¹⁶. Pero lo cierto es que no hay muchas ocasiones en que las que un jurista puede confiar en su comprensión lingüística inmediata de la disposición para atribuirle un significado jurídico. Típicamente, querrá asegurarse de que esa idea inicial es la correcta haciendo un juicio de consistencia con normas superiores y de coherencia con valores del ordenamiento. Por eso es más plausible sostener que, *una vez que* la interpretación del texto legal confirma que su significado lingüístico (el determinado por las reglas del lenguaje) no presenta problemas de comprensión ni conflictos sustantivos con el ordenamiento jurídico, la interpretación deja de ser necesaria, de manera que cualquier empeño ulterior en modular el significado jurídico con argumentos interpretativos ya no es propiamente interpretación. Pienso que es esto lo que quiere expresar la conocida máxima *In claris non fit interpretatio*: la idea es que cuando el texto es claro ya no hace falta seguir interpretándolo. En cualquier caso, una solución práctica es distinguir entre un sentido amplio y otro estricto del término «interpretación», distinción según la cual el amplio incluye toda atribución de significado —aunque se base únicamente en el lenguaje— y el estricto requiere supuestos de duda y argumentación ulterior (Wróblewski, 1969: 4; MacCormick, 2010: 69)¹⁷.

Construir el Derecho es darle un contenido que no tenía. Interpretar el Derecho exige tomar en serio y respetar sus fuentes, de modo que tergiversarlas, recrearlas o suplirlas no es interpretar el Derecho, sino inventarlo, que es una manera de construirlo. La construcción jurídica puede hacerse por medio de la invención de normas o mediante el desarrollo de las normas existentes para proyectarlas a casos y situaciones que no regulan o para darles un significado prescriptivo que no poseen. Por supuesto, la diferencia entre interpretar y construir el Derecho, entendidas estas nociones así, tiene mucho que ver con percepciones controvertidas sobre cómo determinar el contenido del Derecho. Y hay que reconocer, también, que no siempre hay una distinción nítida entre constatar en las fuentes del Derecho un significado implícito o decidir el contenido del Derecho cuando puede entenderse de modos alternativos igualmente admisibles —que son, ambos, ejercicios de interpretación— e inventar o rellenar el contenido del Derecho cuando el que hay se percibe como insuficiente o insatisfactorio —que es más bien un ejercicio de construcción creativa—. En todo caso, cabe sostener que, cuando el intérprete atribuye al texto legal o al conjunto del ordenamiento jurídico un significado jurídico que no tiene encaje en el significado lingüístico de dicho texto o del conjunto de las fuentes del ordenamiento, ya no lo interpreta, sino que construye un contenido nuevo¹⁸.

5. MODOS DE DECIR EL DERECHO

He tratado de mostrar que los inconvenientes de concebir el Derecho como un proceso y la interpretación como construcción —y difuminar, así, la distinción doctrinal entre interpretación y construcción— no compensan sus posibles ventajas. Sin embargo, no es mi pretensión negar la importancia de la dimensión interpretativa del Derecho ni la presencia de construcción en la práctica jurídica. En lo que resta de este trabajo presentaré de manera esquemática cómo entiendo que encajan las piezas en la dinámica de decir el Derecho, tal como creo que se percibe normalmente. Como he defendido en el apartado anterior, en la actividad intelectual que la práctica jurídica conoce genéricamente como «interpretación» del Derecho cabe distinguir dos operaciones básicamente diferentes, que en ocasiones parecen combinarse o confundirse: interpretar el Derecho, en sentido propio, es atribuir significado a sus fuentes; y construir el Derecho es cambiar el Derecho creado por sus fuentes o crearlo complementando sus fuentes.

5.1. INTERPRETACIÓN

La interpretación del Derecho consiste en atribuirle significado, y esto es, a su vez, constatar o adscribir (la descripción depende respectivamente de si manejamos una teoría interpretativa cognoscitiva o escéptica) un significado a los materiales o *fuentes* con autoridad reconocida para crearlo. El modo en el que una comunidad dada reconoce autoridad a unas u otras fuentes del Derecho es un tema en sí mismo controvertido, pero para evitar entrar ahora en el análisis de este problema asumiremos que la legislación es una fuente

del Derecho reconocida, y referiremos la actividad de *decir el Derecho* a decir el Derecho legislado. Pues bien, la atribución de significado a la ley que se interpreta puede hacerse de dos maneras muy diferentes: lingüística o extralingüística¹⁹.

5.1.1. Interpretación lingüística

La interpretación lingüística de la ley indaga el contenido semántico de la disposición legal, el cual depende principalmente de las convenciones y prácticas que constituyen el lenguaje como instrumento de comunicación. Esta indagación semántica puede agotarse en un acto de comprensión, captación o reconocimiento inmediatos; o implicar un proceso más complejo de precisión léxica, sintáctica y pragmática. Como ya hemos visto (§ 4.4.), cuando el significado de la ley se desprende claramente de las convenciones lingüísticas y se entiende inmediatamente sin problemas, en sentido estricto no hay interpretación, dado que esta se vincula propiamente a las dificultades de comprensión. Cuando estas se dan, habrá que acudir a un análisis lingüístico más avanzado y, en su caso, también a recursos interpretativos extralingüísticos. El análisis lingüístico avanzado servirá para resolver problemas de indeterminación causados por la vaguedad, la ambigüedad y otras formas de imprecisión o infraespecificación del lenguaje legal (Rodríguez-Toubes, 2017). Por lo general, la manera de proceder en esta variante de la interpretación será contextualizar la disposición imprecisa en los usos lingüísticos, tanto jurídicos (el conjunto del texto legal y del resto de fuentes y las experiencias previas de interpretación) como del habla común.

Además, la interpretación es necesaria también para extraer de los textos legales las implicaciones que autoriza el lenguaje y que no siempre son evidentes o incontrovertidas. Hay contenidos del Derecho implícitos en los textos legales en virtud de las mismas convenciones que permiten entenderlos; y otros implícitos —de manera menos estable, pero igualmente eficaz— en virtud de hábitos y conocimientos compartidos entre quienes usan el Derecho. El estudio de las llamadas «implicaturas» [*implicatures*] convencionales y conversacionales (no convencionales) iniciado por Grice (1989) es hoy un área de gran interés, que en el campo del Derecho está todavía muy inexplorada. El ejemplo quizá más conocido de este tipo de inferencias en la práctica jurídica es la interpretación *a contrario* de las disposiciones jurídicas, ya que en las condiciones adecuadas se trata en efecto de una genuina interpretación, aunque otras veces deviene en construcción (Rodríguez-Toubes, 2018). Cuando una ley prohíbe fumar en ciertos lugares, inferir que no prohíbe fumar en los que no menciona es una interpretación que dice el Derecho con base en nuestro conocimiento lingüístico. Para responder que está permitido fumar donde la ley no prohíbe fumar no hay necesidad de crear o inventar ninguna norma, dado que no hay ninguna laguna que cubrir: la respuesta está implícita en la propia ley.

5.1.2. Interpretación no lingüística

Hay también modos de interpretar la ley que le atribuyen significado con herramientas no lingüísticas, que consisten básicamente en seleccionar, ajustar y depurar las opciones

que dejó el análisis semántico para obtener el contenido normativo. Esto puede hacerse bien tomando en consideración elementos del propio Derecho —en una interpretación sistemática del conjunto del ordenamiento—, bien con datos y argumentos extrajurídicos, de carácter moral, económico, sociológico, etc. Veamos brevemente ambas modalidades.

La interpretación sistemática de la ley revisa su consistencia (no contradicción) y su coherencia (integridad) con el conjunto de las fuentes del Derecho. Es una tarea necesaria para depurar antinomias y asegurar la jerarquía normativa y la conformidad de la ley con las normas y valores de la Constitución. Como vimos, la importancia de esta tarea obliga a relativizar la tesis de que la comprensión lingüística inmediata hace innecesaria la (ulterior) interpretación. Piénsese en el ejemplo que nos brinda el Reglamento Hipotecario español, una disposición aprobada por Decreto de 14 de febrero de 1947 que aún mantiene la redacción original de algunos artículos inconstitucionales. Por ejemplo, el artículo 450 prevé una «oposición entre licenciados en Derecho, varones, mayores de veintitrés años». Quien lea este artículo podría pensar que regula de manera clara quién puede concurrir a esa oposición. Pero no es así, desde luego, porque cuando el artículo se interpreta sistemáticamente conforme a la Constitución española, se aprecia que lo que dice no vale (está materialmente derogado) y que sin duda también podrían concurrir mujeres. Decir el Derecho requiere ineludiblemente la interpretación conjunta del ordenamiento, presidido por su Constitución y por los principios que garantiza. Otra variante de interpretación jurídica sistemática para suplir la insuficiencia del conocimiento lingüístico es la concreción de normas enunciadas en un lenguaje vago o que, por cualquier otra causa, tienen un contenido incierto que ha de ser precisado al aplicarlas. Los llamados «conceptos jurídicos indeterminados» son solo los casos más conspicuos de un fenómeno generalizado en el Derecho, a través del cual este delega la identificación de su contenido, en lo que atañe a un caso concreto, primero en los propios destinatarios y, en último término, si surgen controversias, en personas u órganos con autoridad para decidirlos. Como observa Endicott (2012) poniendo como ejemplos la determinación de lo que es razonable exigir como deberes legales de diligencia o como costas procesales, esta tarea de concreción puede considerarse interpretativa si toma en consideración materiales indicativos del criterio del legislador; no habría propiamente interpretación, en cambio, si la tarea se rige solo por razones sustantivas, prescindiendo del control del Derecho.

Ahora bien, creo que también es apropiado describir como interpretación jurídica algunas operaciones de atribución de significado a las fuentes del Derecho que no se basan ni en las reglas lingüísticas ni en la sistemática del contenido contingente del ordenamiento en su conjunto, sino en razones materiales intrínsecas o consustanciales del Derecho. En particular, a mi juicio permanece asimismo en el ámbito de la interpretación del Derecho quien revisa su justificación instrumental, política o moral con el fin de depurar versiones que son inválidas por carecer de autoridad o por ser absurdas e incompatibles con el sentido del Derecho. Esta es una acepción delicada y problemática de la interpretación jurídica porque, por un lado, va más allá que una comprobación de consistencia sistemática, pero, por otro, no se propone como creación de nuevo Derecho. Digamos que es el ámbito de la *reconstrucción* del Derecho guiada por ideas como la autoridad, la razonabilidad o el

sentido común. Haría falta mucho espacio para explicar esto, pero la tesis básica es que el Derecho es un instrumento social que funciona porque es visto colectivamente como un orden normativo público, autoritativo y razonable; y, por tanto, no se conciben como Derecho, y deben ser depurados al interpretarlo, los supuestos contenidos que carecen notoriamente de publicidad, autoridad o razonabilidad. En consecuencia, cuenta como interpretación de la ley el examen las consecuencias previsibles de su aplicación para comprobar que tiene alguna utilidad (un propósito razonable y unos medios mínimamente adecuados) y que no es absurda. También es interpretación examinar que la ley respeta y promueve principios y fines valiosos para asegurar que el significado aparente de sus disposiciones no engaña respecto de su contenido (esto es, para armonizar «letra» y «espíritu»). Y también es interpretación de la ley, en fin, comprobar que lo que dice fue lo que quiso decir quien la promulgó, porque sin esa conexión intencional la ley podría carecer de autoridad. Como decía, todo este examen de la ley con criterios no (estrictamente) jurídicos sistemáticos puede derivar en su *reconstrucción*, que es un modo de decir la ley depurada, pero no cambiada; revisada, pero no corregida. Esta labor de reconstrucción forma parte de la interpretación jurídica, y tienen mucha razón los teóricos constructivistas que destacan su importancia para precisar el contenido del Derecho y las respuestas correctas sobre él. Pero no debe perderse de vista que la reconstrucción tiene como límite el respeto de las fuentes del Derecho reconstruidas.

5.2. CONSTRUCCIÓN

Quien pretende decir el Derecho sin atenerse a sus fuentes lo construye, no lo interpreta. La construcción jurídica es un modo de decir el Derecho anómalo (si se me permite la tautología) y lo cierto es que solo en circunstancias muy específicas puede sostenerse que dice el Derecho quien no se atiene a sus fuentes. Estas circunstancias son, fundamentalmente, la autorización expresa o tácita del ordenamiento jurídico para la creación *ad hoc* de Derecho en casos de laguna por ausencia o insuficiencia de fuentes. Fuera de estas excepciones, solo dice el Derecho quien interpreta sus fuentes y lo hace sin tergiversarlas. En consecuencia, cabe distinguir dos vías de construcción jurídica: la creación de nuevo Derecho y la corrección del Derecho existente.

5.2.1. Creación de nuevo Derecho

La creación de nuevo Derecho es la forma más notoria de construcción jurídica. Los sistemas jurídicos contienen normas explícitas y tácitas sobre cómo se crea nuevo Derecho, y típicamente diseñan un conjunto de autoridades competentes para ello, a las que damos el nombre colectivo de «legislador». Lo habitual en los sistemas jurídicos modernos es distinguir entre un legislador principal y un cuerpo de agentes encargados de aplicar la legislación (jueces y otros funcionarios) que están autorizados para interpretarla sin alterarla. Pero también es habitual que otorguen a esos agentes autoridad para suplir al legislador y crear nuevo Derecho en algunas circunstancias. Un claro ejemplo de esta atribución de competencia legislativa extraordinaria es la regla, presente en muchos ordenamientos jurídicos,

que prohíbe a los jueces dejar sin solución los casos que juzgan, aunque no encuentren para ello respuesta en el Derecho (prohibición del *non liquet*, caso del artículo 1.7 del Código Civil español). Esta regla, interpretada *a contrario sensu*, autoriza tácitamente a los jueces a crear Derecho en casos de lagunas; por tanto, la construcción jurídica resultante tiene plena validez, siempre que efectivamente haya una laguna y que la solución suplida para colmarla encaje en el ordenamiento.

También hay autorización normativa para crear Derecho cuando el juez es competente para crear reglas de decisión vinculantes para casos futuros (doctrina del precedente, base del *Common law*). Y, asimismo, cuando se permite al juez —a veces incluso se le ordena (caso del artículo 4.1 del Código Civil español)— formular y aplicar principios inducidos de normas positivas, deducir normas implícitas, reconocer analogías y, en general, aplicar normas a casos no regulados expresamente por ellas. Este último supuesto —la inducción de principios y la formulación explícita de normas implícitas al aplicar normas a casos infraespecificados o análogos— es muy próximo a lo que antes llamé *reconstrucción* del Derecho. Quien obtiene de la ley significados presentes pero no expresos, en cierto modo la interpreta; máxime cuando lo hace por encargo de la propia ley, siguiendo un mandato de aplicación analógica de las normas. Pero como esta labor de explicitación tiene un importante componente de elaboración doctrinal y personal, y dista mucho de ser mecánica o lógica, en último término se describe como construcción creativa. A título de ejemplo, considérese el artículo 24.1 de la Constitución española: «Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Este artículo garantiza un derecho fundamental cuyo contenido preciso solo puede intuirse y ha de ser delimitado al desarrollar y aplicar la Constitución. Y como el abanico de posibilidades de esta delimitación es amplísimo, el resultado ha de ser considerado construcción del Derecho. Pensemos en la posibilidad de *deducir* del artículo el derecho del acusado de un delito a ser asistido por un intérprete si desconoce el idioma de la acusación, como hizo el Tribunal Constitucional²⁰. Por una parte, se trata de un contenido previsible de aquel derecho fundamental y, por tanto, es plausiblemente una interpretación del texto. Por otra parte, sin embargo, no es un contenido necesario en términos lógicos, sino un postulado contingente del intérprete y, por ello, su creación.

5.2.2. Corrección del Derecho existente

Cuando al aplicar o describir el Derecho el juez o quien sea no se atiene a sus fuentes y, en su caso, extralimita la autorización jurídica para crear Derecho complementando esas fuentes, el Derecho no es interpretado, sino más bien alterado, modificado o corregido. Si el Derecho no permite al intérprete o aplicador modificar las normas que debe aplicar (y no suele hacerlo), cuando este las modifica está incumpliendo el Derecho y rebasa la autoridad que le fue otorgada. Pero, a la postre, la legitimidad de esta actuación dependerá de las condiciones en que se haga y no puede prejuzgarse. Hay situaciones en las que está justificado corregir el Derecho por razones extrajurídicas, que pueden llegar a ser más im-

portantes o más perentorias que la obligación jurídica de respetarlo. En cualquier caso, no puede llamarse «interpretación» del Derecho a la atribución al mismo de un significado que no tiene ni tolera, aunque sea el moralmente preferible.

La corrección del Derecho puede tener lugar voluntaria o involuntariamente. El Derecho no solo se corrige con las decisiones de jueces y tribunales que conscientemente pasan por alto el tenor de las disposiciones (aun interpretadas sistemáticamente y reconstruidas como es debido) para instrumentalizarlo al servicio de alguna causa general o particular (la justicia del caso). También se corrige involuntariamente por errores de interpretación cometidos al entender mal un texto, extraer implicaciones infundadas, sistematizar erróneamente, hacer evaluaciones incorrectas de razones o de fines, confundir la intención del legislador, etc. Aunque lógicamente no están autorizados por el Derecho, los errores de interpretación cometidos de buena fe son disculpables y no suscitan especiales problemas de legitimidad. Otra cosa son los errores involuntarios cometidos por negligencia y, sobre todo, la tergiversación intencionada de las fuentes del Derecho, que puede llegar a constituir delito de prevaricación. Las condenas por este delito contienen quizá los ejemplos más claros —y algunos no son muy claros— de lo que vengo llamando corrección del Derecho, en la que el supuesto intérprete no dice el Derecho, sino que lo cambia. Poner otro tipo de ejemplos de corrección es más comprometido, ya que las normas jurídicas son, con frecuencia, imprecisas y lo que para unos es decir el Derecho para otros es corregirlo. Esta duda no se suple con el argumento de autoridad, pues también los más expertos se equivocan, y la corrección que los tribunales superiores hacen de los inferiores no revela necesariamente que estos habían corregido erróneamente el Derecho: es imaginable que ocurra al revés²¹. Sea como fuere, quien corrige el Derecho no lo interpreta, sino que lo inventa.

6. CONCLUSIONES

Los términos «interpretación» y «construcción» referidos al Derecho se entienden y aplican de maneras diversas entre los juristas; e incluso hay maneras diversas de explicar cómo se usan y cómo pueden distinguirse, como muestran las clasificaciones propuestas por Ihering, Guastini o Solum. Tomando como criterio la adecuación al uso más extendido entre los juristas y la utilidad para diferenciar entre teorías jurídicas, en este trabajo he defendido la distinción según la cual *interpretar* el Derecho es atribuirle significado, ya únicamente con claves lingüísticas, ya con fundamentos adicionales de otro tipo, mientras que *construir* el Derecho es darle un contenido que no tenía, ya mediante la creación de nuevas normas autorizadamente, ya mediante la corrección de las existentes. Esta distinción terminológica permite apreciar que la llamada «teoría interpretativa» del Derecho propuesta por Dworkin, Atienza o Lifante no concuerda con los presupuestos doctrinales que asume el común de los juristas, según los cuales el Derecho es el objeto de la interpretación, y no su resultado. El enfoque «interpretativo» del Derecho desafía estos presupuestos al defender que este no es el producto resultante de actos normativos de un legislador o de una comunidad recogido en un conjunto de *fuentes*, sino el proceso o la actividad argumentativa

de dar sentido a esas fuentes. Ahora bien, la consecuencia de esto es que quien es llamado a interpretar el Derecho en realidad ha de construirlo. Y esta consecuencia, aparte de ser contraintuitiva para muchos juristas, socava la pretensión del enfoque cuestionado de que el objetivo de la interpretación jurídica es decir el Derecho. Porque para decir el Derecho hay que reconocerlo en su concepto y contenido tal como lo muestran sus fuentes, y atenerse a ellas tanto en lo que regulan como en el margen de creación jurídica que autorizan. Cuando el Derecho se construye alterando o corrigiendo sus fuentes no hay interpretación *del Derecho*. Sin perjuicio de que en algunas ocasiones pueda estar justificado corregir el Derecho por razones morales o de otro tipo, una descripción fiel de la interpretación jurídica no puede acoger la construcción de normas que toma la ley y los demás materiales autorizados como fuentes de inspiración y no propiamente como fuentes del Derecho.

NOTAS

1. Dworkin expuso su filosofía jurídica madura en 1986 (Dworkin, 1991) y desde entonces fue perfilando su visión holista de la moral, la política y el Derecho (destacadamente en Dworkin, 2011). Atienza (2006) propone una concepción argumentativa del Derecho ya desde el propio título, que ha sido desarrollada también en varias obras, últimamente en Atienza (2017). Recientemente, Lifante (2018) ha realizado otra importante contribución a la teoría de la interpretación jurídica desde un enfoque del Derecho como argumentación.

2. Nótese que sostener que el Derecho es lo que los jueces u otras autoridades creen que es no equivale a sostener que el Derecho es lo que dichas autoridades deciden que es. Hart fue muy combativo con esta segunda tesis, que atribuía al realismo jurídico, porque la consideraba infundada e incompatible con convicciones asentadas entre los juristas, como la posibilidad del error judicial.

3. Escribe Dworkin (1991: 413): «El Derecho no se agota en ningún catálogo de reglas o de principios [...]. El imperio del Derecho se define por actitud [...]. Es una actitud interpretativa, autorreflexiva, dirigida a la política en el más amplio sentido. Es una actitud protestante que hace responsable a cada ciudadano de imaginarse qué compromisos públicos de principio tiene su sociedad, y qué exigen esos compromisos en las nuevas circunstancias». Dworkin (2011: 402) hace un comentario autobiográfico respecto a esta evolución. Esta tesis de Dworkin tiene un precedente claro en Fuller (1969: 106): «El Derecho es la empresa de someter la conducta humana al gobierno de normas. A diferencia de la mayoría de las teorías modernas del Derecho, este enfoque trata el Derecho como una actividad y considera que un sistema jurídico es el producto de un esfuerzo finalista continuado». En cualquier caso, la concepción del Derecho como actividad y no como producto es todavía más clara en Dworkin.

4. Tal vez convenga aclarar que la tesis de Dworkin no tiene nada que ver con la que defienden los teóricos de la interpretación jurídica escépticos, según la cual el intérprete decide el contenido que tiene el Derecho porque sus fuentes lo dejan indeterminado y susceptible de versiones equivalentes. Ambas tesis niegan que la interpretación jurídica sea o pueda ser una actividad valorativamente neutra, pero por lo demás son completamente distintas. Dworkin no es escéptico acerca de la interpretación jurídica, sino todo lo contrario: sostiene que el Derecho prácticamente siempre da una única respuesta a los casos que regula (la mejor entre las admisibles), y que la tarea del intérprete es hallarla. Por tanto, sostiene que la actividad del intérprete es cognoscitiva, no decisoria. Lo que ocurre, según Dworkin, es que para conocer el Derecho no basta con reconocer unos hechos y aplicar unas técnicas, sino que el intérprete ha de hacer juicios de valor acerca de los fines afectados en cada caso, los fines del derecho en general, y la integración de unos y otros. Según esto, el intérprete tiene una participación creativa en el proceso de decir el Derecho porque ha de valorar qué fines merecen promoverse más y qué medios los promueven mejor;

pero eso no implica que el intérprete decide o crea el Derecho, sino solo que contribuye a fijarlo. Por supuesto, un escéptico objetaría en este punto que la tesis de Dworkin sobre lo que hace el intérprete es una mera ficción, porque en realidad este decide por su cuenta el contenido que quiere asignar al Derecho entre varios posibles. Pero lo que nos interesa ahora no es si en la práctica (contexto de descubrimiento) el contenido del Derecho es decidido por los intérpretes, sino si lo es incluso en la teoría, como ideal jurídico (contexto de justificación). El problema que asume Dworkin es mostrar cómo el intérprete puede averiguar la respuesta correcta y al mismo tiempo *construirla*.

5. En Rodríguez-Toubes (2000) me ocupo de la demarcación entre la teoría y la práctica jurídicas y del desafío planteado por Dworkin al respecto. Algunas ideas de esta sección están tomadas de ese trabajo.

6. Dworkin (2011: 162-163) contesta una objeción de circularidad distinta: frente al reto de tener que interpretar el concepto de un valor (como la justicia) justificando las prácticas que asociamos a él en otros valores distintos, para escapar de la circularidad Dworkin responde que, al fin y al cabo, todos los valores forman una red, por lo que «[...] la circularidad, si la hay, es global frente a todo el dominio del valor». Supongo que una respuesta de este tipo también pueden darla quienes defiendan la metodología criteriológica para identificar conceptos: los criterios forman una red y unos se modulan en función de los otros en un dominio global.

7. A su visión funcional positiva del Derecho podría oponérsele una actitud desapegada, que no presupone que el Derecho tenga una función justificativa y deja lugar para concebirlo con indiferencia o críticamente. Para verlo, por ejemplo, al modo marxista, como un efecto mecánico de la estructura de relaciones socioeconómicas y/o una herramienta de dominación fabricada por las élites.

8. Naturalmente, la palabra «Derecho» no tolera *cualquier* concepción sobre el Derecho porque hay restricciones semánticas que impiden darle una acepción estrafalaria.

9. La justificación de dar preferencia teórica a la idea pública del Derecho sobre la idea o idealización particular del jurista interpretativista (el juez Hércules imaginado por Dworkin, digamos) es metodológica, no normativa. Lo aclaro porque podría pensarse que la idea pública es preferible por razones de seguridad jurídica, en cuanto que el Derecho será más previsible si lo entendemos como lo entiende el común de la gente y no como debería entenderse prestando más atención. Sin embargo, ese argumento no funciona bien porque asumir la idea pública del Derecho no asegura una fuente de respuestas jurídicas determinada y estable, de manera que no hay ninguna garantía de seguridad. Por otra parte, el razonamiento metodológico apuntado tampoco está exento de problemas. Quien aduciendo la «construcción social de la realidad» piense, como argumentó García Amado (1992: 197), que «[...] el Derecho es lo que se dice sobre el derecho», y que «[...] la doctrina que habla de las fuentes del Derecho [...] tiene que verse como fuente del Derecho» o «metafuente», opondrá que tomar como objeto de la teoría jurídica el punto de vista público sobre el Derecho es ya una opción teórica sobre este y, por tanto, también constitutiva del objeto. No obstante, no se me ocurre un punto de vista más neutral sobre el Derecho, salvo el del observador extraterrestre.

10. Es paradójico, a mi modo de ver, que el teórico constructivista que concibe el Derecho como interpretación, como actividad en marcha, sostenga a la vez —así lo hace Dworkin— que típicamente el Derecho da una solución unívoca a lo que regula y el intérprete debe indagar y decir esa respuesta correcta. Pero si el Derecho se construye al argumentar sobre sus fuentes y sus fines, sus soluciones no preexisten a la interpretación y el intérprete no puede averiguarlas, sino que ha de elaborarlas. Y si ya es inverosímil que las fuentes del Derecho determinen respuestas unívocas, más lo es que los intérpretes puedan elaborarlas, como si fuese natural que todos coincidan en cuál es la mejor versión constructiva de las fuentes. La tesis de la única respuesta correcta se defiende mejor, creo, mediante la asunción de la concepción tradicional del Derecho como producto, donde el intérprete debe buscar una respuesta ya prefijada allí. Y me temo que para superar esta dificultad no basta con eludir el problema, como hace Dworkin (1986:

225): «Las pretensiones jurídicas son juicios interpretativos y por tanto combinan elementos retrospectivos y prospectivos; interpretan la práctica jurídica contemporánea vista como una narrativa política en marcha. De modo que [la concepción de] el Derecho como integridad rechaza por poco útil la vieja pregunta de si los jueces descubren o inventan el Derecho; solamente entendemos el razonamiento jurídico —sugiere— percibiendo el sentido en que hacen ambas cosas y a la vez ninguna». Lamentablemente, esta vieja pregunta no se resuelve quitándole importancia.

11. Incidentalmente, nótese que las condiciones que pone Ihering a la construcción jurídica se parecen a los pasos que Dworkin (1991) propone para interpretar (constructivamente) el Derecho: dar encaje a los materiales jurídicos y garantizar su coherencia e integridad a la luz de los principios que los justifican, aspirando a la mejor respuesta dentro de lo posible. Pero, como advierte Somek (2002: 58), Ihering —en sus primeros escritos— «[...] rechaza la idea de que las instituciones jurídicas puedan ser definidas con respecto su alegada finalidad».

12. Guastini (2012: 36) clasifica la interpretación creativa como una interpretación diferenciada de la decisoria y de la cognitiva, y reitera que extraer normas implícitas de las expresas no es propiamente interpretación, sino una construcción de normas nuevas que «[...] permite que los intérpretes actúen disimuladamente como legisladores».

13. Se me ocurre como ejemplo que, al interpretar el artículo 1738 del Código Civil español («Lo hecho por el mandatario, ignorando la muerte del mandante u otra cualquiera de las causas que hacen cesar el mandato, es válido y surtirá todos sus efectos respecto a los terceros que hayan contratado con él de buena fe»), se sostenga que «ignorando» significa en el artículo «sin tener en cuenta» o «pasando por alto» en vez de «desconociendo».

14. Una distinción parecida a la de Solum la propone también Barnett (2011: 65): «La interpretación es la actividad de identificar el significado semántico de un uso concreto del lenguaje en un contexto. La construcción es la actividad de aplicar ese significado a circunstancias de hecho concretas».

15. Uno de los informes de la revisión anónima de este trabajo sugirió incorporar la distinción expuesta por Tarello (1980: 5 ss.; y 2013: 35 ss.) entre interpretación «del Derecho» y «de la ley». Agradezco la observación, pero al referirme a las fuentes del Derecho en sentido amplio como objeto de la interpretación jurídica quiero precisamente evitar esa distinción, que introduciría una complicación innecesaria en mi argumento. Además, el propio Tarello señala que estas expresiones históricamente diferenciadas llegan a significar lo mismo cuando «interpretación de la ley» se emplea modernamente en un sentido extenso como «[...] el conjunto de todas las actividades y de todos los resultados de la aprehensión y del uso de un Derecho vigente o histórico, en el sentido objetivo de la palabra “Derecho”» (2013: 49). Actualmente, no se concibe que pueda interpretarse la ley sin integrarla en el conjunto del ordenamiento, cuya identificación y determinación son, por tanto, parte inescindible del mismo empeño.

16. Marmor (2005: 16-17, *passim*) sostiene que «[...] la interpretación concierne a aquellos aspectos de la comunicación que están infradeterminados por las reglas o convenciones semánticas»; porque si ellas *determinan* el significado, ya no hay nada que interpretar. La tesis de Marmor no es terminológica, sino conceptual: se basa en una sofisticada argumentación sobre la posibilidad de seguir reglas sin necesidad de hacer juicios de valor sobre su finalidad (*vid. supra* § 3.3.2), y sobre la autoridad del Derecho como razón para actuar que reemplaza algunas de las razones pertinentes (tesis de la prevalencia [*Preemption Thesis*] establecida por Raz, que Marmor asume parcialmente). El argumento, dirigido contra quienes niegan que pueda conocerse el Derecho sin hacer valoraciones (Dworkin, Fuller, Moore...), sostiene que el Derecho cumple su papel precisamente cuando sus normas se dan a conocer y pueden seguirse sin necesidad de reexaminar o interpretar las razones por las que se promulgaron. En particular, dice Marmor (2005: 93), «[...] el Derecho, como cualquier otra forma de comunicación, puede simplemente ser entendido y luego aplicado. La interpretación es el modo excepcional, no el normal, de entender el lenguaje».

17. Incluso Marmor (2001: 9) escribe que «[...] a grandes rasgos, la interpretación puede definirse como una comprensión o explicación del significado de un objeto». Más adelante añade que «[...] entender o explicar el significado de una expresión e interpretarla son dos cosas conceptualmente diferentes» (*Ibid.*: 17), pero esta contradicción —interpretar es comprender el significado y a la vez algo diferente— es disculpable porque «interpretar» tiene varios sentidos. También Endicott (2012) admite que la palabra «interpretación» es lo suficientemente flexible como para poder decir, si se quiere, que toda comprensión requiere interpretación.

18. La tesis del «significado literal» como límite de la interpretación la expone y defiende Klatt (2017) con base en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán y en la filosofía del lenguaje de Brandom. Klatt (2017: 24-25, *passim*) diferencia entre la «interpretación», respetuosa del significado literal, y la aplicación del Derecho que rebasa el límite del significado literal, que llama «creación judicial del Derecho» [*Rechtsforbildung; judicial development of the law* —desarrollo judicial del Derecho— en la traducción inglesa del libro]. La «construcción» del derecho de la que trata el presente artículo viene a ser esta segunda técnica descrita por Klatt.

19. Según vimos, en algunas acepciones, «interpretar» es exclusivamente una actividad lingüística (así lo ve Solum) y en otras es fundamentalmente extralingüística (así lo ve Marmor). No obstante, ambas reducciones chocan con el uso más extendido del término entre los juristas. Ciertamente, podría decirse lo mismo de la distinción entre «interpretar» y «construir» porque es habitual llamar «interpretación jurídica» a ambas actividades; pero mi impresión es que es más fácil reconocer un sentido «estricto» de interpretación diferenciado de la construcción que otro diferenciado del reconocimiento del significado. En todo caso, admito que estas clasificaciones tienen mucho de estipulativo en cuanto a la terminología, pero no por ello pierden interés en cuanto al fondo.

20. Sentencia 74/1987, de 25 de mayo (FJ 3): «Es evidente que el derecho a ser asistido de un intérprete deriva del desconocimiento del idioma castellano que impide al detenido ser informado de sus derechos, hacerlos valer y formular las manifestaciones que considere pertinentes ante la administración policial [...]. Este derecho debe entenderse comprendido en el art. 24.1 de la Constitución en cuanto dispone que en ningún caso puede producirse indefensión».

21. Para atemperar la vaguedad de mi comentario, me atreveré a poner un ejemplo. Desde 2015, el artículo 80.2.3ª del Código Penal español incluye entre las condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena «[...] que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado»; y añade: «Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento». Creo que una lectura desprejuiciada de este párrafo lleva a entender que el juez ha de valorar si es razonable esperar que el penado cumpla en un plazo prudencial el compromiso que asume de satisfacer su responsabilidad civil. A un juez le pareció que esta cláusula discrimina inconstitucionalmente a los penados solventes e insolventes respecto de su oportunidad de obtener una suspensión de condena, y planteó una cuestión de inconstitucionalidad. Pero el Tribunal Constitucional, en su auto 23/2018, de 23 de enero, inadmitió la cuestión por carecer de «un fundamento jurídico mínimamente sólido». Según este auto, que acoge la tesis del Ministerio Fiscal, «[...] lo único que se exige en el momento de decidir sobre la suspensión de la ejecución es un compromiso mínimo por parte del penado de satisfacer la responsabilidad civil impuesta, de acuerdo con su capacidad económica. Esto es, se condiciona el otorgamiento de beneficio de suspensión a la asunción por el penado de una actitud favorable hacia la víctima, que implique el compromiso de realizar un mínimo esfuerzo tendente a resarcirla del daño. Si la situación económica del penado es realmente precaria, nada se opone, por ejemplo, en el nuevo esquema normativo diseñado por el legislador, a

que ese esfuerzo consista en el compromiso de pagar la indemnización si esa capacidad económica mejora durante el plazo total de suspensión que haya sido concedido, jugando aquí la necesaria discrecionalidad judicial en la evaluación de cada caso concreto». Entonces, según el Tribunal Constitucional, cuando el Código Penal requiere que «sea razonable esperar que» el penado cumplirá su compromiso de resarcir el daño en un plazo prudencial, lo que dice es que basta con que el penado se comprometa mínimamente a resarcir el daño si puede, aunque nada indique que podrá». A mi juicio, esto no es decir el Derecho, sino corregirlo. El Tribunal Constitucional tiene autoridad de hecho para corregir así el Derecho, pero haría mejor, como otras veces, en no avalar una interpretación conforme a la Constitución que requiere «[...] ignorar o desfigurar el sentido de los enunciados legales meridianos» (STC 138/ 2005, de 26 de mayo; y otras varias). Si lo que dice el artículo 80.2.3ª CP es inconstitucional, el TC debería declararlo así, en vez de declarar que el artículo no dice eso.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel (2006): *El Derecho como argumentación*, Barcelona: Ariel.
- (2017): *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid: Trotta.
- BARNETT, Randy E. (2011): «Interpretation and Construction», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 34 (1), 65-72.
- DWORKIN, Ronald (1991): *Law's Empire*, Londres: Fontana. Publ. orig. en Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1986. Hay trad. esp. de C. Ferrari: *El imperio de la justicia*, Barcelona: Gedisa, 1988.
- (2011): *Justice for hedgehogs*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press. Hay trad. esp. de H. Pons: *Justicia para erizos*, México/Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.
- ENDICOTT, Timothy A. O. (2012): «Legal Interpretation», en A. Marmor (ed.), *The Routledge Companion to Philosophy of Law*, Nueva York-Londres: Routledge, 109-122.
- FINNIS, John (1992): *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: Clarendon Press (reed.; 1ª ed. 1980). Hay trad. de C. Orrego: *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000.
- FULLER, Lon L. (1969): *The Morality of Law*, New Haven: Yale University Press. De la 1ª ed. (1964) hay trad. de F. Navarro: *La moral del Derecho*, México: Trillas, 1967.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (1992): «Sobre los modos de conocer el Derecho. O de cómo construir el objeto jurídico», *Doxa*, 11, 193-217.
- GUASTINI, Riccardo (2012): «El escepticismo ante las reglas replanteado», trad. de F. J. Arena (del orig. inglés de 2011), *Discusiones*, 11, 27-57.
- (2014): *Interpretar y argumentar*, trad. de S. Álvarez, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Orig.: *Interpretare e argomentare*, Milán: Giuffrè, 2011.
- (2016): *La sintaxis del Derecho*, trad. de A. Núñez Vaquero, Madrid: Marcial Pons. Orig. *La sintassi del diritto*, Torino: Giappichelli, 2011 (2ª ed. de 2014).
- GRICE, Paul (1989), *Studies in the Way of Words*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- HART, H. L. A. (1961): *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press. Hay trad. esp. de G. Carrió: *El Concepto de Derecho*, México: Editora Nacional, México, 1980.
- IHERING, Rudolf von ([1857] 2013), «Nuestra tarea», trad. esp. y estudio preliminar de L. Lloredo Alix, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 234-275.
- ([1858] 1997): «Teoría de la técnica jurídica», capítulo de *El espíritu del Derecho romano*, t. 2.2, trad. por S. Sanjosé, en P. Casanovas y J. J. Moreso (eds.), *El ámbito de lo jurídico*, Barcelona: Crítica, 60-123.
- KLATT, Matthias (2017): *Hacer el Derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica*, trad. de F. J. Campos Zamora, Madrid: Marcial Pons. Orig. *Theorie der Wortlautgrenze. Semantische Normativität in der juristischen Argumentation*, Baden-Baden: Nomos, 2004.

- LIFANTE VIDAL, Isabel (2018): *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- MACCORMICK, Neil (2010): «Argumentación e interpretación en el Derecho» (trad. de J. L. Fabra y L. S. Guevara), *Doxa*, 33, 65-78.
- MARMOR, Andrei (2005): *Interpretation and Legal Theory*, Oxford: Clarendon Press. Hay trad. esp. de M. Mendoza de la 1ª ed. (1992): *Interpretación y Teoría del Derecho*, Barcelona: Gedisa, 2001.
- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín (2000): «La demarcación entre teoría y práctica jurídica», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XVII, 395-416.
- (2017): «La imprecisión del lenguaje legislativo, expuesta en el artículo 18 LRJSP», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 36, 169-194.
- (2018): «La interpretación *a contrario* de disposiciones jurídicas», *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXIV, 423-454.
- SOLUM, Lawrence B. (2010): «The Interpretation-Construction Distinction», *Constitutional Commentary*, 27(1), 95-118.
- SOMEK, Alexander (2002): «Legal Formality and Freedom of Choice. A Moral Perspective on Jhering's Constructivism», *Ratio Juris*, 15(1), 52-62.
- TARELLO, Giovanni (1980): *L'interpretazione della legge*, Milano: Giuffrè. Se cita por la trad. esp. de D. Dei Vecchi: *La interpretación de la ley*, Lima: Palestra, 2013.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy (1969): «Legal Reasoning in Legal Interpretation», *Logique & Analyse*, 12(45), 3-31. Hay trad. esp. de J. Igartua *et al.* en J. WRÓBLEWSKI, *Sentido y hecho en el Derecho*, San Sebastián: Universidad del País Vasco, 1989, 129-148.

Fecha de recepción: 4 de marzo de 2019.

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2019.

TEMAS DE HOY

Democracia callejera
Alejandro Nieto

STREET DEMOCRACY

Alejandro Nieto

Catedrático de Derecho administrativo

RESUMEN

En este texto, se examina una de las variantes más extendidas de la democracia, al menos en Europa y en España: la denominada democracia callejera. Por democracia callejera se entiende aquí en una primera aproximación un comportamiento político-social (y, en definitiva, cultural) de asunción directa, pacífica o violenta, del Poder por parte del Pueblo (de ahí «democracia») realizado o intentado realizar en espacios públicos (de ahí «callejera») mediante manifestaciones masivas aparentemente carentes de organización visible, de líderes y de estructuras formales. Esta noción se contrapone al de democracia representativa, por lo que se partirá de una referencia a esta y a las carencias que explican la aparición de la primera como contrapunto.

PALABRAS CLAVE

Democracia representativa, democracia callejera, gobernanza, gobernados, ciudadanía crítica.

ABSTRACT

In this text, one of the most extended (at least in Spain and Europe) version of democracy is examined. This is the street democracy. At first sight this is understood as a sociopolitical behavior (and also cultural) of a direct, pacific or violent, acceptance of the power by the people (from here the «democracy»), done or attempted at public spaces (from here the «street») through crowded demonstrations, apparently without a visible organization, either without leaders, nor formal structures. This notion is opposed to the representative democracy. This is why there is a reference to the last one and its shortages, what explains the appearance of the former one as a counterpoint.

KEY WORDS

Representative democracy, street democracy, governance, governed, critical citizenship.

DEMOCRACIA CALLEJERA

Alejandro Nieto

Catedrático de Derecho administrativo

I

«Democracia» es un término tan impreciso que decir «gobierno del pueblo» es no decir nada en concreto: un título que cobija situaciones diversas que, además, no son siempre sinceras. Cuando se añade un adjetivo calificativo —democracia directa, democracia representativa, democracia soviética, por ejemplo—, el concepto adquiere ya cierto sentido aunque sea aproximado, pero sigue siendo una referencia intelectual, un hito para identificar fenómenos sociales y asignarles un lugar en el panorama político. Tipos ideales, en el fondo, que no se corresponden exactamente con ningún acontecimiento histórico real, si bien ayudan eficazmente a facilitar su comprensión.

En el presente ensayo me propongo examinar una de sus variantes más extendidas y menos estudiadas: la democracia directa callejera de presencia constante, aunque episódica y ordinariamente fugaz, en todos los tiempos y lugares y desde luego en Europa y España. En una primera aproximación, por democracia callejera entiendo aquí un comportamiento político-social (y en definitiva cultural) de asunción directa, pacífica o violenta, del poder por parte del pueblo (de ahí «democracia») realizado o intentado realizar en espacios públicos (de ahí «callejera») mediante manifestaciones masivas aparentemente carentes de organización visible, de líderes y de estructuras formales.

II

Al contraponer —o mejor dicho, yuxtaponer— la democracia callejera a la democracia representativa, parece necesario hacer una referencia a esta última y a sus carencias, que son las que explican la aparición de su contrapunto.

La democracia representativa parlamentaria hoy en uso, que es la democracia por antonomasia, se basa en un pacto constitucional que establece las reglas de la vida política. En ella, «el pueblo gobierna» a través de unos representantes elegidos por votación canalizada a través de partidos políticos que constituyen un órgano supremo (parlamento) que toma las grandes decisiones y nombra un gobierno de su confianza, ejecuta las leyes y administra a través de una burocracia profesional; tanto el gobierno como la Administración están

controlados políticamente por el parlamento y legalmente por los tribunales de Justicia. El parlamento, en cuanto soberano por delegación del pueblo, está controlado por el máximo intérprete de la constitución —el tribunal constitucional, que en Europa y en España es todavía tributario del modelo kelseniano y adopta el sistema de control concentrado, aunque con matices importantes— y, pese a su soberanía nominal, soporta graves limitaciones, puesto que ha de respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos y la posición de las minorías parlamentarias y sociales.

De acuerdo con lo que acaba de decirse, el pueblo soberano no gobierna directamente sino a través de sus representantes, de tal manera que, una vez que los ha elegido, acaba su función política activa —salvo que sea llamado a participar en un plebiscito—. Es un régimen, en suma, basado en la confianza y en la aceptación del error. El pueblo, por una parte, confía en que sus representantes serán dignos de la misión que se les ha confiado; y al tiempo es consciente de que puede verse defraudado por ellos y de que, en tal caso, ha de pagar las consecuencias de su error en la elección porque las reglas constitucionales no le permiten revocar parcial ni totalmente los nombramientos. Celebradas las elecciones, el juego político queda, pues, en manos de los elegidos y de los partidos.

El punto débil de este régimen se encuentra, por tanto, y en lo que aquí interesa, en la posibilidad de distanciamiento entre el pueblo y sus mandatarios. Cuando los gobernantes no responden a la confianza de sus mandantes, incumplen sus promesas electorales, son ineficaces o se entregan a la corrupción, nada pueden hacer los ciudadanos mientras no expire el plazo del mandato. La política está exclusivamente en manos de los políticos: los ciudadanos son meros observadores que solo disfrutan de su soberanía en los episodios electorales previamente señalados. Pueden «criticar» a los políticos, pero nada pueden «hacer» contra ellos hasta las siguientes elecciones. Su equivocación electoral no tiene arreglo, salvo que intervenga una fuerza externa y «salve al país» con un golpe de Estado.

En esta situación interviene la democracia callejera: cabalmente, cuando aparecen individuos que no se resignan a quedarse impasibles en sus casas y a criticar en el bar o en las redes sociales, y deciden participar activamente en la vida política, fuera ya de los procesos electorales. Con tal propósito pueden sumarse al terrorismo, colaborar con fuerzas antisistema o, en fin, ponerse al servicio de la democracia callejera.

Se ha escrito mucho sobre casi todos los aspectos de esta fórmula; sin que se haya intentado siquiera (hasta donde yo sé) desarrollar una teoría general sistemática de la misma, que bien se lo merece porque para mí no se trata de episodios marginales, sino de expresiones, aunque a floren esporádicamente, de una corriente histórica subterránea que fluye paralelamente a la superficial y más conocida que llamamos historia política, en la que, por cierto, no se suele de ordinario recoger. Grave carencia porque la democracia callejera es un fenómeno inequívocamente político, una forma política de proceder con la que es imprescindible contar.

III

El primer punto que a este propósito conviene dilucidar es el papel que la democracia callejera ha jugado en la historia o, mejor todavía, la función que ha asumido en el pasado y en el presente. Porque es el caso que se está acudiendo a esta variante democrática con intenciones y bajo formas de actuación muy diferentes que importa clarificar.

i) En primer lugar, y en la más ambiciosa de sus variantes, se ofrece como una *opción política alternativa* a la democracia representativa, tal como se practicó de manera consciente y deliberada en España durante el segundo tercio del siglo XIX. En aquel tiempo, recién establecido el régimen liberal con una democracia representativa rigurosamente censitaria y fuertemente mediatizada por el monarca —lo que facilitaba de manera escandalosa la supremacía de los partidos moderados—, verano tras verano se producían en las principales ciudades motines populares (bullangas en la terminología de la época) de inspiración progresista que se desarrollaban con arreglo a un mismo proceso: en la fase inicial el populacho ocupaba las calles con violencia física (quema de conventos, palacios y registros, asesinato de frailes y autoridades) e ilegalidades graves (detenciones arbitrarias con exigencia de rescate, expoliaciones, extorsiones, imposición individualizada de cargas desproporcionadas, supresión de ciertos impuestos impopulares y contratación descontrolada). Aterrorizados los propietarios, se formaba a continuación una Comisión de progresistas notables que tranquilizaba a la población restableciendo el orden público, sustituía a los empleados públicos por individuos de su cuerda, ocupaba los organismos oficiales, ordenaba los impuestos y arbitrios y recuperaba la milicia nacional como fuerza de apoyo. En una palabra, gracias a la bullanga los progresistas alcanzaban lo que no había logrado en las urnas: un sistema, pues, rigurosamente alternativo al democrático representativo. El pueblo, por su parte, cumplida ya su misión, era devuelto a sus casas y trabajo sin otro premio que la garantía de la impunidad por sus fechorías y la entrega de cargos públicos subalternos.

A continuación venía una fase de negociaciones entre el Gobierno de Madrid y los representantes de los comités locales con el resultado de que, según estuvieran las fuerzas en juego, el Gobierno legítimo cesaba o se mantenía con pintorescas componendas y, por supuesto, con amnistías indiscriminadas. En estas circunstancias, Mendizábal demostró, por cierto, ser el más hábil componedor del reino y el más generoso a la hora de ceder ante las presiones de los revoltosos. En cualquier caso, una forma muy peculiar de mantener el parlamentarismo constitucional combinándolo con la presencia de una democracia callejera violenta. Con lo dicho se ve muy claro que con esta vía callejera no se pretendía nunca alcanzar el gobierno —como con las elecciones en la democracia representativa o con los golpes de Estado revolucionarios—, sino que era sencillamente otro modo de hacer política, quizás con ilusión de protagonismo pero de hecho siempre por cuenta de otro.

ii) También sucede que, sin llegar a pretender convertirse en una alternativa de gobierno, la democracia callejera cumple en ocasiones la función de un *contrapoder* que equilibra los poderes constitucionales oficiales: contrapoder fáctico no reconocido jamás por los textos legales y ordinariamente silenciado por los autores.

Este contrapoder equilibrante (desconocido obviamente por Montesquieu) ha actuado siempre y en todos los regímenes: la *plebs* romana a la que tenían que halagar los emperadores; el pueblo medieval que tanto influía en las decisiones de la Santa Sede y ocasionalmente en las elecciones papales; los ciudadanos que amenazaban constantemente a las autoridades municipales y a las que arrastraban en sus opiniones. En el cénit del absolutismo, el poder local estaba en manos de cerradas oligarquías, pero su ejercicio estaba contrapesado de hecho por las masas populares que tan fácilmente se amotinaban. En el siglo XVII, la Guerra de Cataluña fue iniciada por una revuelta proletaria —los segadores y el lumpen barcelonés— dirigida tanto contra las autoridades reales como contra las locales y catalanas y, por supuesto, contra los propietarios. En 1936 las masas populares se apoderaron de las calles de Madrid y Barcelona y luego de una parte sustancial del poder de la Segunda República, del que solo pudieron ser desalojadas por las fuerzas del Ejército regular: Companys y Azaña lo vivieron en su propia carne. Hoy los manifestantes callejeros —manipulaciones aparte— han establecido una aduana propia en la que controlan la aceptación y eficacia de leyes y resoluciones de los tribunales estables. Un conflicto de poderes no previsto en la Constitución, cabalmente porque en ella no está reconocido tal poder.

iii) Además de lo dicho, seguro es en todo caso que las manifestaciones populares *intervienen de alguna manera en el funcionamiento político del gobierno que las padece*, pues su fuerza de intimidación puede ser grande, sobre todo cuando se encuentran respaldadas por los medios o forman parte de una campaña global de oposición. En todo caso, suponen la apertura de un nuevo frente de lucha en el que a veces el gobierno está en clara desventaja, especialmente cuando carece de convicción o de medios suficientes.

iv) Cualquiera que sea la posición de los manifestantes callejeros —a favor o en contra del gobierno de turno—, hay algo muy positivo en la democracia deambulante, a saber, que es *un canal de crítica, de enjuiciamiento directo de la política oficial*. Todo lo que en este sentido se haga es bueno por principio, siempre y cuando se proceda honesta y limpiamente; como reprochable es en otro caso. La democracia callejera puede actuar como conciencia del gobierno para hacerle comprender que se está distanciando del pueblo, de esa «opinión pública» que no tiene otra forma de expresarse, de esa mayoría silenciosa que a veces es una mayoría silenciada.

La fuerza de esta democracia es, en definitiva, un fenómeno político real puesto que formalmente no está reconocida en ningún texto legal. De hecho, depende de múltiples factores: de la tenacidad de los manifestantes, del esfuerzo de los organizadores, de los apoyos recibidos (incluida la financiación), de la protección de algunas autoridades e instituciones favorables y, por otra parte, de la resistencia que opongan sus adversarios. La tolerancia, hoy tan generalizada, suele ser considerada como un triunfo de los manifestantes debido a la debilidad de las autoridades del gobierno, y con frecuencia así lo es, sin perjuicio de que en otras ocasiones sea debida a su incompetencia y a veces incluso a su frívola indiferencia.

Precisado lo anterior, podemos pasar ya al análisis de sus características estructurales.

IV

Característica esencial de la democracia callejera actual es la *no violencia*, al menos por principio. Hasta hace poco, la intervención popular directa en la vida política iba acompañada indefectiblemente de violencia física ejercida por individuos armados aunque fuera precariamente (asesinatos, prisiones, incendios, saqueos), lo que se equiparaba, y no casualmente, con revolución.

La resistencia pacífica ha sido el gran descubrimiento que popularizó Gandhi como alternativa a la tradicional rebelión armada, que se extendió pronto en todos los espacios y conflictos, ya fueran raciales, económicos, religiosos o nacionalistas. Las guerras exteriores e internas siguen existiendo, por supuesto, pero el ejercicio pacífico de la resistencia está absolutamente generalizado y no provoca necesariamente una reacción brutal. La comunidad internacional y la ética individual ven con malos ojos que una manifestación pacífica sea disuelta utilizando tanques. Ahora se exigen respuestas «proporcionadas» y ha habido que dotar a las fuerzas de orden público de sofisticados medios de represión aparentemente no violentos (lanzas de agua, gases lacrimógenos). Por ese camino se ha llegado a hipocresías admirables.

La democracia callejera se proclama no violenta y los manifestantes efectivamente no van armados. Ahora bien, ¿qué es violencia? Se trata de una pregunta que no tiene respuesta segura. Instintivamente se equipara al uso de armas de fuego, un criterio que no por extendido puede sostenerse. Cada día se informa de encuentros entre policías y manifestantes «pacíficos» que se cierran con un balance de docenas de heridos —eso sí: ninguno de bala— de los dos bandos, vehículos y contenedores incendiados, escaparates rotos, carreteras y vías férreas bloqueadas —pero sin empleo de explosivos—. Y se declara que no hay violencia. El criterio identificador del uso de armas de fuego es, con todo, insostenible.

«Violencia» es un concepto indeterminado, vago, que cada uno precisa por su propia cuenta. Aquí no existen criterios objetivos de identificación: ¿armas de fuego, producción de lesiones en las personas o daños en las cosas? La calificación depende también de las circunstancias y de la condición de los agredidos. Las personas ancianas y los jóvenes legionarios no pueden percibirla de la misma manera.

Existe, además, la intimidación, que impulsa a entregar la cartera a dos malencarados que se han limitado a pedirla cortésmente. Existe también la amenaza directa o indirecta. Los penalistas han elaborado doctrinas exquisitas, nunca convincentes sin embargo, matizando los conceptos de violencia, fuerza, intimidación, amenaza y tantos otros, la apreciación subjetiva de la víctima y del agresor, la tentativa, la frustración, la consumación, la preterintencionalidad, la violencia legítima, la proporcionalidad, etc. Sin olvidar la violencia verbal (un discurso, unas palabras violentas) y la gestual. En este amplio y confuso repertorio, con sus generalizaciones, excepciones y analogías, todo cabe teóricamente, infinitas opciones son plausibles. Pues bien, en estas dudas, cuando todo depende de las circunstancias del caso concreto y cuando no hay dos opiniones iguales, solo hay una solución útil: encomendar a una persona concreta la decisión y aceptarla de antemano aun a sabiendas de que podrá equivocarse, en el sentido de que su opinión

no sea compartida por todos. Las reglas constitucionales han atribuido esta tarea al juez, cuya decisión satisfará a unos y disgustará otros, pero a la que todos deberán someterse si quieren convivir.

Por si lo anterior fuera poco, están además los problemas que plantea la provocación a la violencia. Por paradójico que parezca, es un hecho habitual que la víctima provoque al victimario para que este realice una agresión violenta que luego le permita a él justificar una reacción también violenta, que es lo que está deseando. En las manifestaciones públicas con frecuencia se buscan víctimas. El grupo las necesita para exhibir luego héroes que se han sacrificado por la causa. Se provoca a la Policía y, si esta cae en la trampa y recurre a la violencia, la resistencia, aunque sea ilegal, queda legitimada al menos ante la opinión pública nacional e internacional, puesto que lo que cuenta son los actos de violencia y no los de provocación. Esta es la primera lección del manual del demócrata callejero pacífico.

Para aumentar más la confusión, en las manifestaciones se corre también un riesgo del que es difícil escapar: la infiltración de elementos asociales que no comparten la intención de los manifestantes, pero que aprovechan la ocasión para llevar a cabo sus propios objetivos. Son pequeños grupos repartidos por todo el mundo, perfectamente comunicados y coordinados —lo que ahora por internet resulta facilísimo—, y dispuestos a «reventar» cualquier manifestación, por tranquila que sea inicialmente, con actos vandálicos y agresiones al orden público que en modo alguno desean perpetrar los protagonistas. De la misma manera que también se dan casos en que es la Policía la que infiltra a sus agentes en manifestaciones auténticamente pacíficas para que con sus provocaciones se pueda luego justificar una reacción represiva violenta.

En estas condiciones, parece temerario, por imposible, adelantar juicios objetivos sobre la violencia eventualmente ejercida en los movimientos de la democracia callejera autodenominada pacífica. No hay aquí otra solución que la de remitirse a las decisiones judiciales, que luego podrán ser criticadas; pero lo que no es admisible es pretender sustituir los criterios de un tribunal por los criterios subjetivos de un comentarista.

V

Dejando para más adelante las protestas vecinales de escasa envergadura, algunas de creíble espontaneidad, la característica a primera vista más llamativa de casi todas las manifestaciones de la actual democracia callejera es su constitución como un *espectáculo*. Ya no se trata simplemente de que un grupo más o menos numeroso se concentre en una plaza o desfile por una avenida dando gritos y exhibiendo cartelones caseros, sino de que se organice un montaje teatral al aire libre preparado hasta en sus últimos detalles por especialistas profesionales y ayudantes voluntarios no remunerados.

La manifestación —la «mani»— se ha convertido en un ritual de escenografía a gran escala que se estudia a nivel universitario y cuyo planteamiento y realización exige mucho

tiempo y dinero. Se programan y ensayan las canciones, los gritos, las banderas y las pancartas con las consignas adecuadas; se preparan las cabeceras de la procesión, las intervenciones de oradores y hasta las camisetas de los participantes; se monta un servicio de orden no ya para impedir agresiones externas, sino para evitar que el espectáculo se desordene; se precisan los puntos en que deben estar situados los fotógrafos y operadores de televisión y las rutas de los helicópteros si hay un patrocinador generoso. Para movilizar eficazmente a la multitud, se acude a asesores procedentes de estudios cinematográficos de películas de masas y así pueden montarse desfiles de cientos y miles de personas que cambian los colores de sus camisetas para componer banderas. Los participantes reciben instrucciones precisas sobre los lugares en que deben concentrarse y el momento de su incorporación a la marcha. Se seleccionan con cuidado los protagonistas de los reportajes gráficos: ancianas entusiastas en sillas de ruedas, atractivas muchachas en flor, niños encantadores agitando banderas en los hombros de sus padres, testigos arrobados, algunos extranjeros deslumbrados y estupefactos.

Todo esto exige una organización complicada y por ende costosa. Para manejar ordenadamente cientos de miles de manifestantes cada uno con un papel asignado hacen falta cientos de profesionales y miles de ayudantes entrenados que en su gran mayoría son voluntarios y gratuitos. Y mucho dinero, por supuesto. El precio del éxito es que el espontaneísmo popular se disipa en el recuerdo de antiguas manifestaciones decididas en el patio de la facultad a la salida de clase de una mañana soleada. Hoy hay que estar al tanto del teléfono para recibir la convocatoria, recoger la camiseta y los carteles de las consignas y, sobre todo, para enterarse del motivo y de la finalidad del espectáculo convocado.

A la espontaneidad ha seguido la organización y a la organización la instrumentalización. En la democracia deambulante se vota con los pies; pero, encajados en el desfile, vamos a donde nos lleve el que va delante, como las orugas procesionarias, admirable modelo de disciplina y eficacia.

El demócrata callejero, por otra parte, se siente al fin realizado en contraste con la simple y periódica elección política que le aburría y frustraba, puesto que, al regresar a casa después de la votación, se percataba de que ya no volverían a acordarse de él hasta dentro de cuatro años. Ahora, en cambio, permanece en servicio permanente: le llaman a cada poco: en ciertas temporadas le convocan una o varias veces a la semana por una causa o por otra. Tiene la esperanza de salir en televisión y, en cualquier, caso la oportunidad de desahogarse físicamente, de ver a sus compañeros, de comentar lo que está sucediendo y, mejor todavía, de corear en masa, lucir la camiseta y ondear la banderola que le han dado. Esto es algo mucho más interesante que votar: es sentirse útil y activo y, además, no es secreto como el voto: aquí se sabe quién está conmigo o contra mí, quién es de los nuestros y quiénes somos nosotros. El orgullo, en definitiva, de que cuenten conmigo.

El motivo concreto de la convocatoria no tiene demasiada importancia. Hoy me han llamado para protestar contra una sentencia que no he leído ni pienso leer porque no la entendería. Ayer desfilé en apoyo de un estatuto que dicen que van a hacer. Mañana saldré reclamando una república que me aseguran será honesta, eficaz, barata, justa, sin

corrupción, que dará trabajo a todos y pagará sin regatear las pensiones. ¿Cómo no voy a manifestarme?

VI

Capítulo aparte merecen las manifestaciones callejeras *motivadas por resoluciones judiciales* porque son la culminación natural de los llamados procesos mediáticos o populares. Determinados sumarios criminales, políticos o que afectan a personajes conocidos son seguidos puntualmente por los medios de comunicación, que de ordinario pronuncian de antemano su propia sentencia a sabiendas de que pronto la harán suya sus lectores y televidentes aunque ni unos ni otros tengan información suficiente ni conocimientos legales bastantes.

Pues bien, dictada la sentencia por el tribunal competente, los ciudadanos disconformes se apresuran a organizar manifestaciones de protesta itinerantes o ante los palacios de Justicia. Se trata, pues, de la culminación del proceso paralelo anterior. Una vez más, el pueblo se siente protagonista, se hace la ilusión de que está participando en una actividad pública y hasta se cree que puede torcer el brazo de la injusticia estatal. Su influencia, sin embargo, es nula, puesto que el juez ya no puede dar marcha atrás, si bien cabe la revocación por vía de apelación. El caso es distinto cuando la manifestación y, en su caso, la presión mediática son anteriores a la sentencia, porque entonces el juez se siente intimidado. La consecuencia es que se produce una actuación judicial de naturaleza «autodefensiva»: el juez timorato no quiere problemas y toma medidas provisionales o definitivas que halaguen a la multitud: sospechosos en prisión preventiva o puestos en libertad, fianzas insignificantes o abrumadoras, según convenga.

La variante más común de las manifestaciones callejeras judiciales puede ejemplificarse en el caso denominado La Manada de los sanfermines de Pamplona. De destacar son aquí las circunstancias singulares del caso porque la explosión era más que previsible teniendo en cuenta el largo período de precalentamiento mediático que se había ido preparando. Por un lado, la rapidez con que se realizaron las manifestaciones (a los pocos minutos de haberse conocido el fallo y antes de haberse publicado el texto de la sentencia) y, por otro, su simultaneidad y proliferación a lo largo de toda la geografía española. Circunstancia que hace sospechar que ya estaba todo preparado y que solo se esperaba la señal. La explicación es sabida: a una agresión sexual desgraciadamente frecuente entre nosotros se añadía aquí una deliberada instrumentalización por un movimiento feminista en auge y sincronizado en todo el mundo, que en este morboso caso tenía una excelente ocasión de visualizarse en los medios y de extenderse en polémicasseudocientíficas. La cuestión, en manos del movimiento feminista, se había magnificado y Pamplona se había convertido en un símbolo, al margen ya del Código Penal y de lo que realmente hubiera podido suceder. ¿Qué queda de la justicia y del Derecho cuando terminan arrastrados en las calles y los juzgadores no son los jueces sino las muchedumbres que sentencia ruidosamente con los pies conforme van caminando?

Otro ejemplo no menos elocuente nos ofrece el episodio de las manifestaciones catalanas, cuyo significado, a diferencia del anterior, tiene una fuerte coloración política debido a que el *procés* independentista ha encontrado sobre todo en las últimas etapas no pocas dificultades en «procesos judiciales», severamente contestados por los agentes políticos en diversos terrenos, aunque aquí solamente voy a ocuparme de los callejeros.

La historia empezó con maniobras intimidatorias. Cuando se anunció la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la reforma del Estatuto catalán tuvieron lugar las primeras manifestaciones de advertencia, que culminaron después de la sentencia con una formidable manifestación de repulsa: los asistentes, varios cientos de miles, dejaron bien claro que no la aceptaban.

Cuando ya se domina la técnica de las movilizaciones populares es fácil caer en la tentación de repetir las a la primera ocasión. Así ha sucedido con el asunto de «los presos políticos»: apenas transcurre una semana sin que se celebre alguna pequeña manifestación y de vez en cuando tiene lugar alguna especial de afluencia masiva. Es curioso, además, que en este tipo de manifestaciones se proclame y exija la democracia; pero no la democracia usual con división constitucional de poderes y ni siquiera la democracia asambleísta de concentración de todos ellos en una convención jacobina, sino en una democracia asumida por una muchedumbre deambulante que se autodenomina «pueblo» o «nación» o «Cataluña» sin contar a los que se han quedado en sus casas por indiferencia, pereza o intimidación

VII

Las democracias representativas se han afirmado formalmente en todo el mundo; pero de ellas solo queda realmente el caparazón, pues su cuerpo ha desaparecido casi por completo, devorado en parte por los intereses económicos que dominan el mercado y en parte también por los egoísmos personales y familiares que han patrimonializado en beneficio propio y en el de los partidos políticos los centros públicos del poder. Los individuos, en consecuencia, titulares constitucionales de la soberanía, dueños del Estado y protagonistas indiscutidos de las relaciones jurídicas, se han convertido de hecho en motas insignificantes de un polvo social que flota y se mueve de hecho de manera imprevisible e incontrolable. Imágenes aparte, el ser humano individual nada entiende, nada dirige y ni siquiera sabe adónde es llevado y por quién: tan pasivo e impotente como la nave sideral en la que ocasionalmente habita.

Esta situación, que todos perciben más o menos oscuramente, le produce una frustración íntima que intenta superar con medios superficiales a veces perversos: el consumismo insaciable, la drogadicción irreversible, la saturación informativa, la asunción de valores sospechosos o el seguimiento de comportamientos suicidas o destructivos; sucedáneos todos de un orden milenarista conocidamente imperfecto pero estable social e individualmente.

A la modalidad manipulada ya me he referido antes con cierto detalle y, por lo que a la política se refiere, es el caso que se ha perdido la confianza en los partidos y tomado conciencia del fraude de la democracia representativa, habida cuenta de la fuerte manipulación a que está sometida. En el siglo pasado se ensayaron con poco éxito las dictaduras civiles y militares. Hoy se ha puesto de moda —según estamos viendo— llenar el vacío producido con las dos variantes —la espontánea y la manipulada— de la democracia directa callejera.

Al cabo de unos pocos experimentos ciertamente deslumbrantes, pronto se ha comprobado que la democracia callejera no es más sincera que la representativa, habida cuenta de su fuerte manipulación. Las minorías que se han apoderado de los partidos políticos, dominan con igual soltura las multitudes que deambulan por las calles, a las que dan consignas excitantes.

La democracia callejera espontánea está afirmándose con rapidez, aunque de distinta forma, hasta tal punto de que es difícil ver un telediario en que no aparezca una imagen de ella, con lo que esto significa para el efecto imitación. Salir a la calle es ya un impulso automático que los más animosos consideran un deber ciudadano de solidaridad cívica. Aquí las masas no se concentran, sino que actúan dispersas en guerrilla: en una esquina protestan cuatro vecinos contra una decisión municipal; al día siguiente, otros se reúnen para aplaudir a algo o a alguien. Nada efectivo se consigue con esto; pero el individuo se cree que participa en la vida pública más allá del voto cuatrienal. Y este es un sentimiento reconfortante. Con los gritos y la caminata se desahogan los ánimos, se descargan las tensiones y se fortalece el ego. No hay mejor tónico espiritual que el autoengaño. Y, además, no es una actividad peligrosa: ni para las autoridades (mientras no se manifiesten políticamente los manifestantes) ni para estos, pues en tales casos no suelen ser enérgicas las cargas policiales, caso de haberlas. El observador atento que tantas cosas ha aprendido en los libros tiene ahora la oportunidad de contemplar a diario con sus propios ojos desfiles, grupos entusiasmados, enfurecidos o dolientes, jóvenes, señoras, mineros, funcionarios, ancianos, banderas de todos los colores, cánticos, gritos ingeniosos, carteles en varios idiomas de sospechosa ortografía, escudos policiales, en ocasiones pedradas y chorros de agua, procesiones solemnes o carreras atropelladas, discursos vacuos y encendidos, megáfonos, camisetas, escarapelas, nubes de fotografías y camionetas de televisión, tiendas de campaña, botellas sin cuento, desperdicios, servicios de urgencias sanitarias, beodos, intelectuales, parejas, familias, turistas curiosos, vendedores de refrescos, policías de paisano, rateros, pícaros eróticos, antisistema... Es la democracia callejera en vivo y directo, la democracia en calderilla.

Pero tampoco hay que minusvalorarla, dado que en humildes nidos de gorriones se incuban a veces huevos de águilas. Hemos visto nacer en astrosas acampadas partidos políticos que hoy apoyan o derriban gobiernos. En cualquier caso, la política, que siempre nos parecía cosa seria, se ha puesto ahora una máscara lúdica y donde antes se alzaban barricadas hoy se bailan sardanas, al chasquido de los disparos han seguido los fuegos artificiales y las sueltas de globos. Nadie puede adivinar en qué terminarán estos espectáculos.

VIII

Cierto es, desde luego, que la democracia callejera ha desvelado buena parte de las carencias de la democracia representativa; pero es innegable que ella misma no está libre de defectos probablemente aún más graves: tantos, que permiten dudar que se trate de una democracia auténtica.

¿Gobierno del pueblo? ¿Dónde está aquí el pueblo? ¿Qué clase de pueblo es este que deambula y grita? En la democracia representativa hay al menos un dato objetivo fiable: la mayoría es numéricamente superior a las minorías y mediante una ficción algo tramposa se prescinde de las abstenciones y, se presume, además, que los representantes de la oposición colaboran en la gobernanza y se admite, en fin, que en una combinación de alianzas los representantes de una minoría ínfima ejerzan el poder por encima de los representantes de la mayoría. Un mecanismo irracional y contradictorio pero al menos fiable en el sentido de que responde a unas reglas de juego previamente establecidas y expresamente aceptadas. Se está operando, en consecuencia, con datos objetivos y con pautas que son iguales para todos. Además, se da por supuesto que hay diversidad de opiniones y que, consecuentemente, se propicia el diálogo y se tolera la confrontación.

En la democracia callejera la situación es distinta. Aquí no hay representación, sino participación directa cuyo cálculo es imposible o, por mejor decir, siendo posible no se realiza nunca objetivamente, hasta tal punto que las cifras que se dan son grotescas en sus diferencias. Un fotógrafo hábil puede dar la imagen de un grupo de amigos como la de una multitud y una multitud como la de un grupo desperdigado, si no es que prefiere silenciarse todo en absoluto. Puede haber dos manifestaciones contrarias, pero cada manifestación es unánime.

Un puñado de antitaurinos puede erigirse en representante del pueblo español harto ya de barbaridades. Una multitud de manifestantes independentistas puede hablar en nombre de Cataluña. Nadie se levantará para exigirles que exhiban el título que se están atribuyendo gratuitamente. Arrimadas puede demostrar con los resultados electorales que tiene más seguidores que Junqueras, pero las multitudes que, después de las elecciones, vitorean en las calles a Puigdemont no tienen mayor fundamento que los seguidores de Boadella.

La llamada democracia callejera no es democracia —ni siquiera una sombra de ella—, sino otra cosa: una usurpación y además una maniobra de intimidación cuyos efectos se miden por la atención que quiera prestarlas el gobierno legítimo. Los *hooligans* de un equipo de fútbol no constituyen ni mucho menos la mayoría de los asistentes y sin embargo fuerzan la intervención de miles de agentes de seguridad.

Hay manifestaciones calleras que las autoridades, sean estatales, comunitarias o municipales, ignoran por completo; mientras que otras, independientemente del número real de los concentrados, provocan reacciones importantes, en unos casos por la pusilanimidad de los gobiernos que no se atreven a hacerles frente y en otros porque reflejan la opinión oficial, que así se ve fortalecida «por la opinión del pueblo».

Esta es una usurpación grosera y sistemática de conceptos que se reputan sagrados. ¿Quién ha autorizado a estos grupos, reducidos o multitudinarios, a hablar en nombre del pueblo, en nombre de la patria? Hable cada uno en su propio nombre y ya es bastante. Más todavía, ¿qué es eso del pueblo, de la nación, de la patria? Tengo la sensación de que hemos vuelto a caer en el pozo medieval de los «universales» y de que se están retomando las viejas polémicas entre nominalistas y realistas con todas sus conocidas sutilezas y trampas; pero eso es harina de otro costal que no tienen cabida en esta ocasión ni en este lugar.

Fecha de recepción: 6 de marzo de 2019.
Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2019.

NORMAS DE EDICIÓN DE LA REVISTA

<http://teoriayderecho.tirant.com>

I. CRITERIOS GENERALES PARA LA PRESENTACIÓN DE ARTÍCULOS A LA REVISTA *TEORÍA & DERECHO*

1. Los textos presentados para su publicación deberán ser trabajos originales e inéditos.
2. Los originales de los artículos de las dos primeras secciones («Debate» y «Estudios») tendrán una extensión de entre 8.000 y 14.000 palabras como máximo, un interlineado de 1.5 y letra de cuerpo 12. Deberán presentarse en soporte informático, preferentemente en Word (o formato revisable).
3. Los términos de presentación de originales finalizan el 1 de mayo (para el número que se publica en diciembre) y el 1 de noviembre (para el número que se publica en junio del año siguiente).
4. Al comienzo del texto han de indicarse el título del artículo, el nombre y apellidos del autor o autora, su cargo o profesión y la vinculación institucional con la que los autores o autoras desean aparecer identificados en el encabezamiento del artículo.
5. Los autores y autoras harán llegar con el artículo los datos suficientes para que la redacción de la Revista se pueda poner en contacto con ellos (dirección postal, teléfono y dirección electrónica).
6. Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen de 10 líneas o 1.000 caracteres en castellano y en inglés. También hay que incluir una lista de cinco o seis palabras clave o descriptores de la materia en castellano y en inglés. El título del artículo debe escribirse en español y en inglés.
7. Los artículos deben ir precedidos de un sumario de los diferentes apartados en que se estructuran. Los títulos y subtítulos de los textos seguirán el denominado «Sistema de numeración decimal de capítulos» y se escribirán solo con cifras arábigas. Las secciones se numerarán correlativamente a partir de 1; cada sección o epígrafe puede subdividirse en n partes (subtítulos o subepígrafes) desde 1 hasta n ; cada subepígrafe, a su vez, puede dividirse en otras subsecciones o partes menores desde 1 hasta n , y así sucesivamente: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1, 4.1.1, 4.1.2...).
8. En el caso de los artículos publicados en la sección «Temas de Hoy», se podrán obviar algunos requisitos formales de la revista (resumen, informes externos, extensión, originalidad), pero nada impide que el original enviado los cumpla plenamente, en cuyo caso la Revista lo hará constar.
9. En las traducciones y textos de la sección titulada «Varia» no se exige el cumplimiento de los requisitos anteriores.

II. ADMISIÓN DE ORIGINALES Y SISTEMA DE EVALUACIÓN

Los originales publicados en las secciones «Debates» y «Estudios» serán sometidos al criterio de expertos. El sistema de arbitraje recurre a evaluadores externos y la Revista garantiza su anonimato. Cualquiera de los evaluadores puede hacer observaciones o sugerencias a los autores, siempre y cuando el trabajo haya sido aceptado. Los autores recibirán el resultado de la evaluación y, en su caso, se les concederá un período de tiempo suficiente para que puedan hacer las modificaciones propuestas por los evaluadores.

Los evaluadores tendrán en cuenta, especialmente: *i*) la idoneidad temática; *ii*) la calidad y el rigor de los argumentos que se presentan; *iii*) la adecuación de la estructura expositiva del texto; *iv*) la oportunidad y relevancia del artículo para la discusión de problemas en su área de investigación; y *v*) la validez de los datos y las fuentes bibliográficas.

Tras la evaluación realizada por los expertos, la publicación definitiva de los trabajos será sometida de nuevo a la consideración del Consejo Editorial de *Teoría & Derecho*, que se reserva la facultad de revisar y corregir los textos si estos presentan errores ortotipográficos, gramaticales o de estilo.

III. CORRESPONDENCIA CON LA REVISTA

Los originales deben ser enviados por correo electrónico a la dirección: teoria.derecho@uv.es. Los autores deben mandar dos archivos diferenciados en formato Word o compatible. El primero de ellos será el texto original que deberá estar completamente cegado y no contener ninguna referencia que permita al

revisor/a conocer su autoría. En este mismo deberá aparecer el título, resumen y palabras clave en español e inglés. Asimismo, deberá suprimirse cualquier propiedad del archivo que haga referencia al autor o autora. El segundo documento debe contener título del texto, nombre y apellidos del autor, institución de origen, puesto que se ocupa en la actualidad, dirección de correo electrónico, así como los agradecimientos y referencias a proyectos de investigación en los que se enmarque la investigación del artículo.

Adjunto a los anteriores debe remitirse cumplimentado el formulario relativo a la gestión y protección de los datos personales por parte de la editorial de acuerdo con la normativa vigente. Dicho formulario puede encontrarse en la web de la revista: teoriayderecho.tirant.com.

También pueden remitirse por correo postal (copia impresa y en soporte digital) a la siguiente dirección: Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, Valencia 46010.

IV. SISTEMA DE CITAS

1. Habida cuenta de la naturaleza de la revista, orientada fundamentalmente a la reflexión y al pensamiento teórico, el Consejo Editorial considera que la forma óptima de presentar las referencias es a través de una nota bibliográfica general situada al final del texto que refleje el estado de la cuestión, los textos más relevantes y la fundamentación de las tesis del autor.

2. Podrá utilizarse también el sistema fecha / autor (o «sistema Harvard») de citas, esto es, referencia en el texto y elenco bibliográfico al final del artículo.

Cuando se opte por este sistema, las citas se insertarán en el texto con un paréntesis que contenga: autor (coma), año de aparición de la obra y número(s) de página(s) precedido(s) de dos puntos. Ejemplo: (Vives, 2011:129).

Si se trata de una segunda (o posterior) edición de la obra, tal circunstancia se indicará con una voladita situada antes del año de publicación. Ejemplo: (Vives, ²2011: 129).

– Al final del artículo se incluirá un elenco con las referencias completas de todas las obras mencionadas, según los criterios que se indican seguidamente.

En el caso de que se citen varias obras del mismo autor, se ordenarán cronológicamente. En la segunda y siguientes menciones, se sustituirán los apellidos y el nombre del autor por una doble raya (—) seguida de un espacio fijo y sin ninguna puntuación antes del paréntesis en el que se indica el año de publicación.

Si se citan varias obras del mismo autor y año, tanto en las referencias del texto principal como en el elenco bibliográfico se ordenarán alfabéticamente con letra minúscula, que se escribirá en cursiva (2011a).

Si la obra referenciada es de dos o más autores, únicamente se invertirá el orden del nombre y los apellidos del primer autor de la obra, pero no el de los autores sucesivos. Ejemplo: Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

La fórmula anterior es preferible a la de consignar únicamente el nombre del primer autor seguido de las expresiones *et al.* (en cursiva) o «y otros», que también son admisibles.

Tanto en el texto principal como en la bibliografía se utilizarán las comillas angulares o latinas (« »), no las inglesas (“ ”). Si dentro de una oración o segmento de texto ya entrecomillado hay una expresión o un enunciado también entrecomillado, se utilizarán las comillas inglesas: (« “ ” »)

– En todo caso, las referencias completas del elenco bibliográfico deberán ser presentadas de la siguiente forma:

- Libros: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero), año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del libro (en cursiva y con mayúscula solo en la inicial de la primera palabra: la mayúscula en todas las palabras del título es una práctica anglosajona), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección).

Ejemplo: Vives Antón, Tomás S. (2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- Capítulos de libro: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra (entre comillas angulares), responsables subordinados (compiladores, editores, etc., precedidos de «en»; el nombre de pila de los responsables subordinados puede consignarse con la inicial antes del apellido), título del libro (ver arriba), lugar de edición (dos puntos), nombre del editor, (y, eventualmente, colección) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

- Artículos de revista científica: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título del artículo (entre comillas angulares y con mayúscula solo en la primera palabra), nombre de la revista (en cursiva y mayúsculas), (eventualmente, volumen y número de la revista) y páginas (sin las grafías «pp.»).

Ejemplo: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

- Recursos electrónicos: la inclusión de la referencia de los textos en formato electrónico en el elenco bibliográfico solo será obligatoria cuando el documento *únicamente* sea accesible en la red y no esté publicado en una revista o libro (incluidos los electrónicos). En este caso, la cita deberá presentarse del siguiente modo: apellido / s y nombre de pila completo (al menos el primero) del (o de los) autores, año de publicación (entre paréntesis seguido de dos puntos), título de la obra, indicación de soporte entre corchetes («[en línea]»), dirección completa y disponibilidad, que empezará siempre con el protocolo de transferencia de hipertexto (http) e irá entre antibambdas y con punto después de la antilambda de cierre (< >.), y fecha de consulta (entre corchetes y con punto final antes del corchete de cierre).

Ejemplo: Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxiv.org/abs/080528-romero-1/file>>. [Consulta: 12/06/2014.]

V. DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Los autores y autoras ceden en exclusiva a la Revista los derechos de reproducción en revistas científicas de los textos admitidos. Asimismo, permiten al Consejo de la revista distribuir sus contenidos en todas aquellas bases de datos científicas en la que se encuentre indexada la Revista, siempre con el objetivo de asegurar una amplia distribución de los contenidos cedidos por los autores.

VI. ÍNDICES DE CALIDAD Y BASES DE DATOS

Cumple todos los criterios de calidad de revistas establecidos por el Comité 9 CNEAI (sexenios)

Journal Scholar Metrics. Revistas Españolas de Derecho

http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Index for de Humanities and the Social Sciences) La revista Teoría y derecho ha sido incluida en este índice en febrero de 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), Índice H de las revistas científicas españolas. La revista es la 81 de 148 posiciones.

CARHUS PLUS : valorada como A

RESH (Revistas españolas de ciencias sociales y humanidades).

Incluida en revistas jurídicas interdisciplinares. La mejor valorada por los expertos

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Difusión y calidad editorial de las revistas españolas de humanidades y ciencias sociales y jurídicas) <http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: cumple 33 criterios, sobre 33.

ISOC: Sumarios Derecho

CIRC: Calificada como B

I. GENERAL CRITERIA FOR SUBMISSIONS TO THE JOURNAL *TEORÍA & DERECHO*

1. All manuscripts submitted for consideration should be original and unpublished.
2. «Debate» and «Estudios» original texts should average between 8.000 and 14.000 words in length, spaced in 1.5, and 12p for the body type. They must be submitted electronically, preferably in Word (or other similar revisable format).
3. Submissions are required to be sent before May 1st. (for December's issue) and before November 1st. (for next year's June's issue).
4. At the beginning of the article, authors must indicate the title of the paper, full name of the author(s), position of the author(s), and the institution they come from.
5. Authors must send their contact information (specifically: address, telephone number and e-mail) within their submission form in order to allow the Journal to maintain regular contact with them.
6. Submissions must include an abstract of 10 lines or 1000 characters and a list of 5-6 key words in Spanish and English languages in any case. Titles must be written in Spanish and English.
7. Submissions should include a Summary, where titles of the different sections of the text are written. Submission structure must follow the so-called «Decimal Numbering System for Chapters and Subheading», and they should be written only with Arabic figures. Sections will be numbered consecutively starting on number 1. Each one can be divided in n sections, from 1 to n ; each subsection can also be divided from 1 to n , and so on: (1., 1.1., 1.2., 1.2.1...) (4., 4.1., 4.1.1., 4.1.2...).
8. Submissions to the section «Temas de Hoy» may omit, fully or partially, the formal requirements mentioned (abstracts, peer review, length and the requirement to be an unpublished work), although the manuscript submitted may accomplished some or all of them. In this case, the Journal *Teoría & Derecho* would mention it.
9. In the case of texts and translations submitted to the «Varia» section, there is no need to comply with the formal requirements mentioned above.

II. PEER REVIEW PROCESS AND REVIEW OF SUBMISSIONS

In order to select the texts to be published, all submissions will be reviewed through a peer review process. The assessment will be carried out by two reviewers. These reviewers, preferably external experts, will be anonymous and they will present their reconsiderations on admitted texts. In order to be published, submissions should obtain a positive assessment of both reviewers. In case of contradiction, the final decision will be taken by the Editorial Board. Authors will receive the reviewers' reconsiderations and they will be given an appropriate period of time to modify their texts according to the comments of the experts.

Reviewers will take into consideration the following: *i)* the thematic suitability; *ii)* the scientific quality and the competence of the arguments presented; *iii)* the appropriateness of the text's structure; *iv)* the opportunity and relevance of the submission in a given research area; and *v)* the acceptance of the data and bibliographical resources used.

Once the revision process undertaken by the experts has finished, the final text to be published will be approved by the Editorial Board of the Journal, which will be competent as well to make orthotypographic, grammatical and writing-style corrections, if necessary.

III. CORRESPONDENCE WITH THE JOURNAL

Manuscripts should be sent to this e-mail address: teoria.derecho@uv.es

Authors must send two different files in Word (or compatible format). First the manuscript which must be completely blind. This is, no reference may let the reviewer know the authorship. In this one, the

title, the abstract and the keywords must be included in English and Spanish. Moreover, all the properties of the file referring to the author/s must be also erased. The second file should contain: the title, name and surname/s of the author/s, institution, current position, email address, and the acknowledgments and references to the research projects or so on within which the research has been developed.

Attached to the former ones, the form related to the personal data protection and its treatment should be submitted to the editorial, according to the current regulations. This form can be downloaded at the website of the journal: teoriayderecho.tirant.com

Manuscripts can be also sent through postal mail to Revista *Teoría & Derecho*. Editorial Tirant lo Blanch, C/ Artes Gráficas 14, entresuelo, 46010 Valencia.

IV. QUOTES CITATION FORMAT

Only two citation systems can be used:

1. Taking into account the nature of the Journal, which is orientated to theoretical thought, it should be preferred to include the bibliographical references at the end of the article, through a bibliographic note which reflects the state of the question, the most relevant articles and the fundamentals of the author's thesis or reasoning.

2. The date / author citation system (or Harvard system) could also be used. In this case, a list of bibliography must be placed at the end of the document.

Doing this, citations should go in brackets, including author's surname, date of publication and the page / s. For instance, (Vives 2011:129).

If it is a second or later edition, this matter will be indicated with a superscript, written just before the year of publication. For instance, (Vives, ²2011: 129).

– At the end of the article, a complete list of bibliography should be included according to the following criteria:

If several papers of the same author are cited, they should follow a chronological order. In second and subsequent mentions, authors' surnames and names will be substituted by a double line (—), followed by a space, and no punctuation before the brackets, with the year of publication.

If the articles or books are published by the same author in the same year, they will be ordered alphabetically with a lowercase letter written in italics (2001*a*).

If the paper referenced to is written by two or more authors, the order will be changed only in relation to the first author's name and surnames. For instance, Pérez López, José, Marisa Fernández García y Javier Rodríguez Jiménez (2015): «Los delitos económicos», *Revista de Penología*, 23 (2), 45-64.

The previous system will be preferable to the one in which the first author's name is followed by the expression *et al.* (italics) or «and others», although the latter is also allowed.

In the main text and in the bibliography, Latin / Spanish quotation marks (« ») will be used, not English quotation marks (“ ”). English quotation marks can be used whenever an expression and / or part of a sentence is already quoted, within the major sentence (« “ ” »).

– In any case, bibliographical references must be quoted in the following way:

Books: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the book (italics and capital letter only the initial of the first word, not all the words), place of edition (colon), editor's name, and, eventually, collection.

For instance: Vives Antón, Tomás S. (²2011): *Fundamentos de derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Book chapter: Author's or Authors' Surname / s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the chapter (double quotation marks), person in charge of the edition (editor, coordinator, compiler... , preceded by «in»; name of person in charge may be written with the initial before the surnames), title of the book (italics and capital letter only the first letter of the first word, not with all the words), place of edition (colon), editor's name, eventually, collection, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Pérez Pérez, María y Laura Martínez Martínez (2014): «Algunas acotaciones sobre los actuales modelos de teoría de la legislación», en P. Rodríguez Pérez y M. Ramos Ramos (comps.), *Nuevos modelos de teoría de la legislación*, Madrid: Teorema, 34-51.

Article of Scientific Journals: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the article (double quotation marks), title of the journal (italics and capital letters), eventually volumen and issue of the journal, and pages (without any graphical symbol).

For instance: Cotterrell, Roger (2015): «The politics of jurisprudence revisited: a Swedish realist in historical context», *Ratio Juris*, 28 (1), 1-14.

Electronic Resources: References to an electronic resources in the list of bibliography is not compulsory when the resource is only available online and it is not published in a journal or book (even electronic ones). If so, the reference should be as follows: Author's or Authors' Surname/s, Name (at least the first), year of publication (with brackets followed by colon), Title of the resource (double quotation marks), format between square brackets («[on line]»), link and availability, beginning always with the Hypertext Transfer Protocol (http) and it will be between broken brackets, followed by a stop after the end (< >.), and date of reference (with square brackets and full stop before the end square bracket).

For instance, Romero Carrascal, Susana (2008): «Archivos y delitos. La actuación de la Fiscalía de Patrimonio Histórico» [en línea], <<http://www.arxivars.com/index.php/documents/formacio-1/jornades-d-estudi-i-debat-1/228-jed-080528-romero-1/file>>. [Date of reference: 12/06/2014.]

V. COPYRIGHT NOTICE

The authors of submitted texts agree to assign their copyright and reproduction rights to the Journal. Therefore, the Journal will have exclusive rights to authorize the reproduction public display and / or distribution of the work. The authors authorize the Journal to make the work available and to share its content in scientific databases, in which the Journal is indexed, in order to make sure a greater citation of those contents granted by the authors.

VI. SCIENTIFIC RANKINGS AND DATABASES

The Journal meets the quality criteria established by the "Comité 9 CNEAI" (six-year terms)

Journal Scholar Metrics / Spanish Scientific Legal Journals

http://www.journal-scholar-metrics.infoec3.es/layout.php?id=rank&subject=law&start=100&order=h5_index&sort=DESC&related=T&country=es

ERIH PLUS (European Reference Index for the Humanities and Social Sciences). The Journal *Teoría & Derecho* has been indexed in February 2017.

<https://dbh.nsd.uib.no/publiseringsskanaler/erihplus/periodical/info?id=488762>

Google Scholar Metrics (2011-2015), H Index of Spanish Scientific Journals. The Journal is ranked 81 out of 148.

CARHUS PLUS : Position A

RESH (Spanish Journals of Social Sciences and Humanities). The journal is the highest ranked within the interdisciplinary scientific journals.

<http://epuc.cchs.csic.es/resh/indicadores>

DICE (Dissemination and editorial quality of the Spanish Scientific Journal of Humanities and Social and Legal Sciences)

<http://dice.cindoc.csic.es/revista.php?rev=1888-3443>

LATINDEX: it meets 33 criteria out of 33.

ISOC: Abstracts in Law

CIRC: Position B

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

<http://teoriayderecho.tirant.com>

NORMAS ÉTICAS Y DECLARACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS

Teoría & Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico es una revista académica que publica trabajos científicos y asume un firme compromiso con el cumplimiento de los estándares éticos y buenas prácticas. Tirant lo Blanch, editor de la revista, y su Comité editorial son responsables de determinar y mantener las siguientes normas en el proceso de selección y aceptación de contribuciones remitidas, así como de asumir las responsabilidades que deriven del proceso de publicación. Asimismo, se comprometen a velar por la ética y la calidad científica y académica de la revista, y a que todas las partes involucradas acepten y respeten los principios que siguen.

OBLIGACIONES DE LOS AUTORES

Los autores de los artículos deberán respetar las siguientes obligaciones, así como cumplir las instrucciones para los autores que pueden encontrarse en la página web de la Revista y que se incluyen en cada número.

Los autores se comprometen a presentar manuscritos que no estén sujetos a consideración o que hayan sido enviados previamente a otras publicaciones, y a someterlos a un proceso anónimo de revisión. La investigación debe haber sido desarrollada de acuerdo con estándares éticos e incluirse en la publicación, de modo que se aporte la suficiente información para permitir la réplica académica. Todos los autores deben mencionar las fuentes de financiación que les ha permitido llevar a cabo la investigación y alcanzar los resultados pertinentes, así como la posible influencia de estos en los mismos.

Los artículos remitidos deben ser trabajos completamente originales y, en el caso de que los autores hayan utilizado el trabajo y/o fragmentos de otros, estos deben ser citados de forma adecuada, según las indicaciones anteriormente referidas. Cualquier forma de plagio constituye una práctica contraria a estas buenas prácticas y no se aceptará bajo ninguna circunstancia. Los autores no deben plagiar, práctica por la que se entenderá una copia literal o casi literal, una paráfrasis del texto o de los resultados de la investigación de otros autores.

No es adecuado que un autor remita más de un trabajo en los que se describa una misma investigación, a menos que se trate de una remisión de un artículo rechazado para su publicación en otra revista.

En caso de conocer un error fundamental o una imprecisión relevante en los trabajos ya publicados, los autores deben comunicarlos a la revista.

OBLIGACIONES ÉTICAS DE LOS EDITORES

Los editores son responsables del cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas, deben velar por asegurar la calidad científica y académica de *Teoría & Derecho*, y son los principales responsables de la legalidad en materia de propiedad intelectual, derechos de autor, infracción y plagio.

El editor debe respetar la independencia intelectual de los autores y considerar todos los originales remitidos para su publicación, valorando cada una de las contribuciones de forma objetiva. También es el responsable de garantizar a autores y revisores que los manuscritos serán sometidos a un proceso de revisión anónimo. La decisión última y la responsabilidad sobre la aceptación o rechazo de un original recaerá en el Comité editorial.

Es obligación de los editores buscar revisores, que serán escogidos por razón de su prestigio, conocimientos y buen juicio, y valorarán la calidad científica de los trabajos remitidos a la revista. No obstante, los trabajos pueden ser rechazados para su publicación sin revisión externa si, a juicio de los editores, el trabajo es inapropiado para ser publicado en la revista. Esta decisión deberá basarse en la inadecuación del trabajo al contenido y la línea de la revista, la ausencia de actualidad o de suficiente interés, la incorrección formal, o cualquiera otra razón relacionada con el ámbito de la revista. Los artículos, por tanto, se valorarán únicamente con base en su contenido, con independencia de intereses comerciales y sin discriminación de tipo étnico, racial, ideológico, religioso, de género o cualquier otra hacia el autor.

Los editores deben comunicar el resultado de los informes de valoración a los autores sin revelar ningún tipo de información acerca de la identidad de los revisores, pero informarán de los criterios utilizados por estos a la hora de evaluar el trabajo de cara a su publicación.

Los miembros del Comité editorial y cualquier otro editor no deben desvelar ningún tipo de información sobre un original sometido a consideración a nadie más que aquellos a quienes se solicite asesoramiento académico o científico. La confidencialidad debe ser protegida en todo caso durante el proceso de revisión (de los revisores para el autor, y viceversa). Los editores se abstendrán de participar de la evaluación y cualquier otro proceso editorial que incluya manuscritos en caso de tener algún conflicto de interés a causa de una posible relación competitiva, de colaboración o de otro tipo con cualquiera de los autores del manuscrito presentado.

La información no publicada, los argumentos o las interpretaciones contenidas en un original remitido a la revista no podrán ser utilizados en investigaciones desarrollada por los editores.

OBLIGACIONES DE LOS REVISORES

Los revisores tienen el deber de enjuiciar y valorar de forma objetiva la calidad de los originales, así como su originalidad, haciendo especial hincapié en el mantenimiento de la calidad científica y los estándares científicos. Los revisores ayudan a los editores en la toma de decisiones y pueden asistir a los autores a la mejora de los trabajos.

El revisor advertirá al editor de cualquier similitud sustantiva entre el manuscrito bajo revisión y cualquier artículo o manuscrito similar enviado o publicado en cualquier otra revista o editorial.

Los revisores deben actuar de forma adecuada, remitiendo su informe de valoración en el plazo establecido, aun de modo aproximado. Cuando un revisor propuesto considere no que no es la persona idónea o apta para valorar de la investigación presentada o que sepa que no será posible cumplir los plazos para la revisión, deberá notificar al editor y excusarse tan pronto como sea posible.

Los revisores deben considerar un original sometido a revisión como un documento confidencial. Nunca deberá ser mostrado o discutido con terceros, salvo en casos excepcionales en los que podrá consultarse a personas que puedan asesorar científica o académicamente; en estos supuestos, las identidades de las personas consultadas deben ser reveladas al editor.

CORRECCIONES Y RETRACTACIÓN

En caso de reconocer algún dato o información publicado en la revista *Teoría & Derecho* como falso, erróneo, engañoso o fraudulento, los editores deberán informar a los autores de estas circunstancias y esperar una respuesta de los mismos antes de tomar una decisión editorial. En caso de no quedar satisfechos con la respuesta o si no hay ninguna, los editores podrán decidir retractarse de lo publicado previo acuerdo del Consejo editorial.

La revista *Teoría & Derecho* atenderá cualquier reclamación y queja sobre los contenidos publicados a través de la dirección teoria.derecho@uv.es. Los editores se comprometen a hacer un seguimiento y proceder a la revisión y, en su caso, retractación si estos son necesarios.

Cuando proceda una retractación o una corrección de lo publicado en la revista, los editores se guiarán por los principios contenidos en las Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

ETHICAL GUIDELINES FOR JOURNAL PUBLICATION

Teoría & Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico is an academic journal publishing scientific articles with a firm commitment with the meeting of these ethical standards and good practices. Tirant lo Blanch, as editor of the journal, and its Editorial Board have the responsibility to establish and maintain the guidelines to select and accept papers submitted to this journal, assuming those responsibilities arising from the publishing process. Also, they fully commit to ensure that all parties involved meet the ethics, scientific and scholar standards.

ETHICAL OBLIGATIONS OF AUTHORS

The authors are expected to adhere to the following ethical guidelines and to respect the instructions for authors, posted to the website of the Journal and included within each issue.

The authors commit to submit originals which are not submitted to another journals, and to submit them to a double blind review process. The research conducted should be developed according to ethical standards, including sufficient information in the article to allow an academic response. The authors should refer the funding resources to develop the research and achieve the results, as well as the possible influence of these resources in the results.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of other, that this has been appropriately cited. Plagiarism in all its forms constitutes unethical and publishing behavior and is not acceptable. Authors should not engage in plagiarism —verbatim or near— verbatim copying, or very close paraphrasing, of text or results from another's work.

It is improper for an author to submit manuscripts describing essentially the same research to more than one journal of primary publication, unless it is a resubmission of a manuscript rejected for or withdrawn from publication.

When a fundamental error or a relevant inaccuracy within already published articles is known, the authors should advertise it to the editors.

ETHICAL OBLIGATIONS OF EDITORS

The Editor should be responsible for the accomplishment of these and above obligations, and shall ensure the scientific and academic quality of the journal *Teoría & Derecho*, including the respect of legal issues concerning submissions to this Journal, specially intellectual property rights.

The editor should respect the intellectual independence of authors and should consider manuscripts submitted for publication, judging each on its own merits. They are also in charge to ensure that authors and reviewers get involve in a double blind review process. The final decision and the responsibility for acceptance or rejection of a manuscript rests with the Editorial Board.

The editor is required to seek advice from reviewers, who will be chosen for their expertise and good judgment, as to the quality and reliability of manuscripts submitted for publication. However, manuscripts may be rejected without external review if considered by the editors to be inappropriate for the journal. Such rejections may be based on the failure of the manuscript to fit the scope of the journal, to be of current or sufficiently broad interest, to provide adequate depth of content, to be written properly, or other reasons related to the journal. Therefore, contributions may be reviewed solely according to their contents, regardless their commercial interest and without discrimination on the basis of racial, ideological, religious, gender, or any other feature of the author.

The editor should inform about the result of the assessment reports to the authors without disclosing any detail about the reviewers' identity, but the editor should provide the most detailed information about the criteria used by the reviewers to assess the submission.

Members of the Editorial Board and members of the editor's staff should not disclose any information about a manuscript under consideration to anyone other than those from whom professional advice is sought. Confidentiality shall be protected in any case during the peer-review process. The editor should refrain from participating in the review process in case of any conflict of interest due to a competitive or collaboration relation with the author/s of the submission.

Unpublished information, arguments, or interpretations disclosed in a submitted manuscript should not be used in an editor's own research.

ETHICAL OBLIGATIONS OF MANUSCRIPT REVIEWERS

Reviewers have an obligation to do a fair share of reviewing. A reviewer of a manuscript should judge objectively the quality of the manuscript and its originality, with due regard to the maintenance of high scientific and theoretical standards. A reviewer should call to the editor's attention any substantial similarity between the manuscript under consideration and any published paper or any manuscript submitted concurrently to another journal.

The reviewer should inform the editor about any substantive similarity of the submission under review with any other submission or published article in any other journal or publication.

Reviewers should act promptly, submitting a report in a timely manner. A chosen reviewer who feels inadequately qualified to judge the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process as soon as possible.

A reviewer should treat a manuscript sent for review as a confidential document. It should neither be shown to nor discussed with others except, in special cases, to persons from whom specific advice may be sought; in that event, the identities of those consulted should be disclosed to the editor.

CORRECTIONS AND RETRACTION

In case of misconduct, inaccuracy or any fraudulent, false or misleading information published in the journal *Teoría & Derecho*, the editor should consult the author/s giving them the opportunity to respond to any allegations before taking an editorial decision. In case of insufficient or lack of response, the editor may decide to adopt a formal retraction or withdrawal of a publication from the journal, in conjunction with informing the head of the author or reviewer's department, Abstracting & Indexing services and the readership of the publication, with the agreement of the Editorial Board.

The journal *Teoría & Derecho* will take account of any claim and complaint about the published contents through the email teoria.derecho@uv.es. The editor is fully committed to follow them up and proceed to the review and, when applicable, to the retraction.

When a retraction or corrections proceed, the editor will follow the Guidelines for Retracting Articles del Committee on Publication Ethics (COPE).

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com