

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/340280767>

EL COSTO DE LA JUSTICIA

Book · March 2020

CITATIONS

0

READS

2,933

1 author:



[Juan Alberto Castañeda Méndez](#)

Instituto de Investigación Interdisciplinaria Apex Iuris

17 PUBLICATIONS 0 CITATIONS

SEE PROFILE

Some of the authors of this publication are also working on these related projects:



Derecho Público [View project](#)



PONENCIAS [View project](#)

EL COSTO DE LA JUSTICIA

Corrupción, Género, Terrorismo y Medio Ambiente

Coordinador General:

Prof. Mg. Castañeda Méndez, Juan Alberto

Coordinadores Ejecutivos:

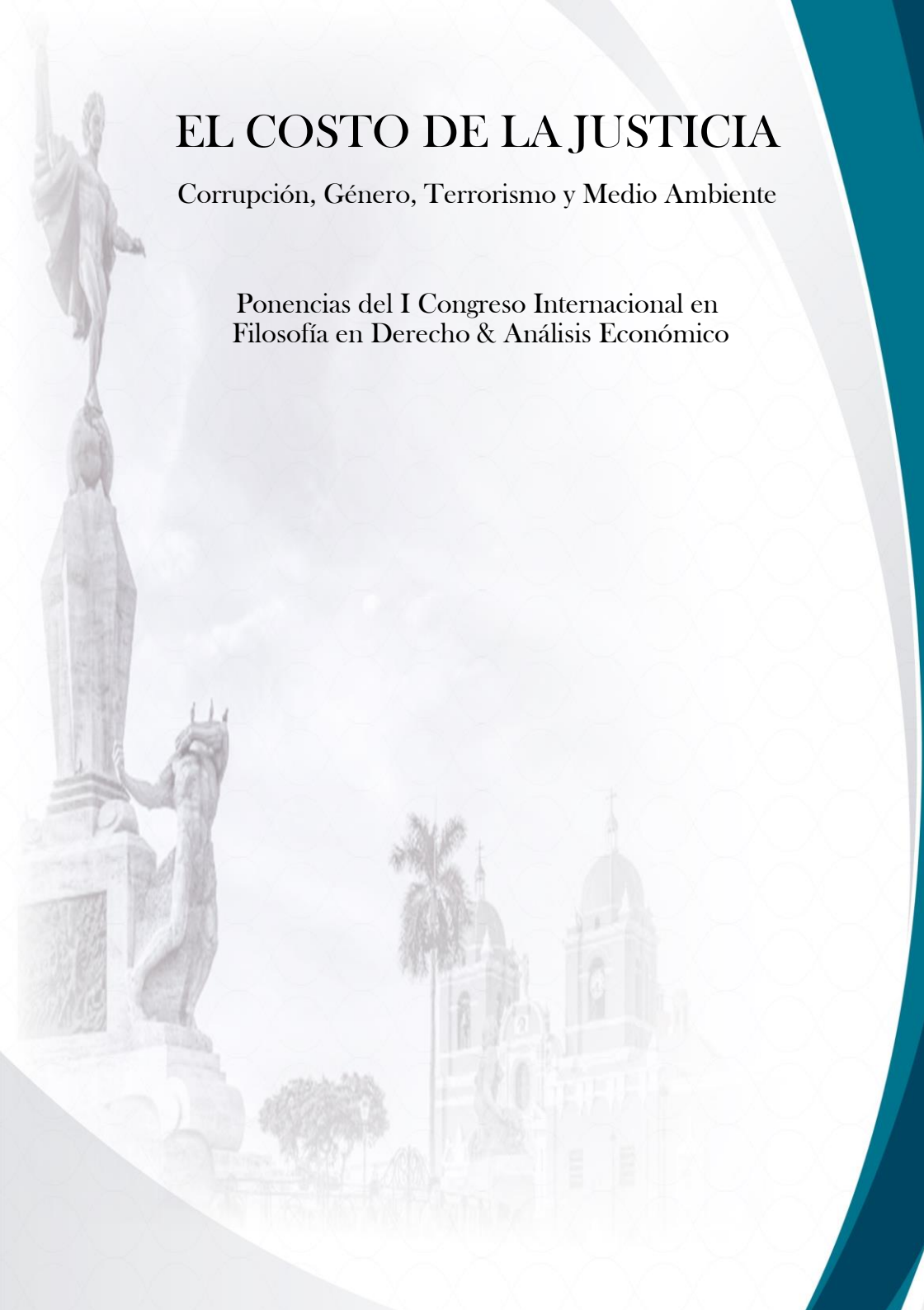
Dr. José Antonio Pérez Ramos

Ms. Álvaro Bocanegra Landeras

EL COSTO DE LA JUSTICIA

Corrupción, Género, Terrorismo y Medio Ambiente

Ponencias del I Congreso Internacional en
Filosofía en Derecho & Análisis Económico





EL COSTO DE LA JUSTICIA

Corrupción, Género, Terrorismo y Medio Ambiente

Ponencias del I Congreso Internacional en
Filosofía en Derecho & Análisis Económico

Escriben:

Castañeda Méndez, Juan Alberto
(Coordinador)

García Amado, Juan Antonio	Carlos Ramos Núñez
Alarcón Requejo, Gilmer	Lujan Tupez, Manuel Estuardo,
Bermúdez Tapia, Manuel	Higa Silva, César Augusto
Yalle Jorges, Doris Margarita	Rodríguez Moscoso, Jimena Zoila
Córdova Vinuesa, Paul	Bocanegra Landeras, Alvaro.
Armijos Álvarez, Damián	Gómez Moscoso, Andrea
Pérez Ramos, José Antonio	Padilla Sanabria, Lizbeth Xóchitl
Campos Ambrocio, Francisco	Bocanegra Landeras, Alvaro
Talavera Moncayo, Cuauthemoc	Sotomarino Cáceres, Roxana
Inarra Zeballos, Luis Gonzalo	Urtecho Navarro, Santos Eugenio
Castañeda Méndez, Juan Alberto	Cornejo Amoretti, Leandro
Riofrío Martínez-Villalba, Juan Carlos.	Pérez Ramos, Rubén
Guillermo Bringas, Luis Gustavo.	



EL COSTO DE LA JUSTICIA

Corrupción, Género, Terrorismo y Medio Ambiente

Ponencias del I Congreso Internacional en
Filosofía en Derecho & Análisis Económico

Coordinador General:

Castañeda Méndez, Juan Alberto

Coordinadores Ejecutivos:

José Antonio Pérez Ramos
Álvaro Bocanegra Landeras

Primera edición, julio 2019

© Instituto de Investigación Iberoamericano Apex Iuris:

*Castañeda Méndez, Juan Alberto // Moreno Alfaro, Yessica //
Ramírez Sandoval, Loriany // Velásquez Viviano, Julieth // Ríos
Negreiros, Ana María // Steffany Montoya Rodríguez // Pool Gilbert
Fernández Bernabé // Carlos Enrique Alvarez Solís // Liliana Núñez
Aristegui // Fresia Rojas Zunini // Moya Limo, Carlos Enrique // Gil
Armas, Sandra.*

Impreso en Talleres Gráficos Dany
Jr. Camaná 1161 - Cercado de Lima

© Diagramación y diseño

Juan Alberto, Castañeda Méndez
José Luis Sotero Atoche

Hecho el depósito legal en la biblioteca nacional del Perú N° 2019-
012547

ISBN: 978-612-3038-02-1

Tiraje: 500 ejemplares

Impreso en el Perú - Printed in Perú

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo ninguna forma o medio, electrónico o impreso, incluyendo fotocopiado, grabado o almacenado en algún sistema informático, sin el consentimiento por escrito de los titulares del Copyright

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	11
---------------------------	----

SECCIÓN PRIMERA:

FILOSOFÍA DEL DERECHO

DERECHO PENAL Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. ¿VALE LA PENA LO QUE CUESTA? <i>GARCÍA AMADO, Juan Antonio</i>	17
LAS POSIBILIDADES DEL PATERNALISMO EN SALUD EN EL PENSAMIENTO LIBERAL IGUALITARIO: JOHN RAWLS Y RONALD DWORKIN <i>CORNEJO AMORETTI, Leandro</i>	69
LA EXIGENCIA DEL TRATO IGUAL. REDISEÑO DEL TEST DE IGUALDAD <i>RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos</i>	89
SITUACIÓN DE LA MUJER AFROPERUANA: DESIGUALDADES E INVISIBILIDAD QUE PRODUCE EXCLUSIÓN PROFUNDA <i>YALLE JORGES, Doris Margarita</i>	105
LA TRIDIMENSIONALIDAD DEL CONTROL IDEOLÓGICO JUDICIAL: UN ASUNTO DE PREVENCIÓN JUDICIAL <i>CASTAÑEDA MÉNDEZ, Juan Alberto</i>	125
EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y EL DERECHO AL DESARROLLO: CONFLUENCIAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES <i>RODRÍGUEZ MOSCOSO, Jimena Zoila</i>	149
¿LOS TRIBUNALES DEBEN TENER LA ÚLTIMA PALABRA SOBRE LOS DERECHOS DE IDENTIDAD DE GÉNERO?: ALGUNOS APORTES DESDE EL PRAGMATISMO RORTYANO <i>INARRA ZEBALLOS, Luis Gonzalo</i>	159

ETIOLOGÍA DE LA CORRUPCIÓN ¿POR QUÉ ES TAN DIFÍCIL EXTERMINARLA?	
<i>Luján Túpez, Manuel Estuardo</i>	183
LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES EN MÉXICO COMO OBSTÁCULO PARA EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN: LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN TEMPORAL	
<i>PADILLA SANABRIA, Lizbeth Xóchitl</i>	227
EXTRAÑOS Y RESPONSABILIDAD PENAL. UNA APROXIMACIÓN A LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER DESDE LA FILOSOFÍA POLÍTICA	
<i>GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo</i>	237
CIUDADANÍA UNIVERSAL: UN RETO MUNDIAL PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, EL GARANTISMO Y LA PAZ	
<i>DAMIÁN ARMIJOS, Álvarez</i>	259
DERECHOS DE LA NATURALEZA, CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN. POR UN NUEVO PACTO CIVILIZATORIO PARA PROTEGER LA VIDA Y LAS JUSTICIAS	
<i>CÓRDOVA VINUEZA, Paúl</i>	273
LA OBEDIENCIA AL DERECHO: DESAFÍOS PARA UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO	
<i>ALARCÓN REQUEJO, Gilmer</i>	297

SECCIÓN SEGUNDA:

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO	
APUNTES SOBRE LA RECEPCIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN EL PERÚ	
<i>ROXANA SOTOMARINO Cáceres</i>	
<i>CARLOS RAMOS Núñez</i>	325
EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY: DISMINUYENDO LOS INCENTIVOS PARA OBSTRUIR, MANIPULAR Y DIFICULTAR LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN A UN INFRACTOR	
<i>HIGA SILVA, Cesar Augusto</i>	339

IDENTIDAD DE GÉNERO, MATRIMONIO Y ANÁLISIS ECONÓMICO: DOS CASOS POR RESOLVER, UN TEMA PENDIENTE	
<i>URTECHO NAVARRO, Santos Eugenio</i>	351
BRECHA SALARIAL DE GÉNERO: BREVE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL CAMINO LEGAL HACIA LA IGUALDAD	
<i>GÓMEZ MOSCOSO, Andrea Verónica</i>	361
LA EVALUACIÓN ECONÓMICA DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL EN LA ETAPA POST SENTENCIA EN LA ESPECIALIDAD DE FAMILIA	
<i>BERMUDEZ TAPIA, Manuel Alexis</i>	377
PERSPECTIVA DEL AED EN LA ESTRUCTURA DEL TIRBUTO	
<i>BOCANEGRA LANDERAS, Alvaro</i>	389
“EL FUTURO DE LOS IMPUESTOS EN UN MUNDO ROBOTIZADO.” IMPLICACIONES ÉTICAS, ECONÓMICAS Y TRIBUTARIAS	
<i>CAMPOS AMBROSIO, Marcos</i>	
<i>TALAVERA MONCAYO, Cuauthemoc</i>	399
HERMENÉUTICA FISCAL	
<i>PÉREZ RAMOS, José Antonio</i>	411
PRESUNCIONES EN MATERIA TRIBUTARIA EN EL NUEVO ORDEN JURÍDICO TRIBUTARIO	
<i>PÉREZ RAMOS, Rubén</i>	425

PRESENTACIÓN

El presente libro, tiene poco de norma y mucho de felicidad; aquella que a veces no se entiende qué es y para qué sirve cuando se halla a través de la búsqueda sin cesar, sacrificando antecedentes de lucha y construcción de un futuro. Aquella felicidad, en términos de H. Kelsen en su obra “*¿Qué es la Justicia?*”, es admitir la estrecha vinculación que existe con la justicia; aquel deseo tan elemental que se encuentra fuertemente enraizado en la mente humana, porque es una manifestación indestructible del hombre como de la mujer de su propia felicidad subjetiva. No obstante, debemos tener en cuenta que la felicidad en un orden social no puede ser la felicidad en un sentido subjetivo individual, debe ser la felicidad en un sentido objetivo colectivo, como es la satisfacción de ciertas necesidades que son dignas de ser satisfechas, protegidas y resueltas a través de mecanismos institucionales formales como informales, he ahí el esfuerzo de reflexionar sobre el costo de la justicia en sociedades democráticas.

La justicia, como categoría autónoma y de horizonte para el Derecho, no puede reducirse a la sola norma jurídica, sino que debe atender a su contenido reflexivo - práctico; de lo contrario la mera legalidad no podría conducir propiamente a la felicidad social en el marco de un Estado Constitucional. Los riesgos como los problemas sociales que abraza la vida misma en sociedad, son de naturaleza compleja, pretender solucionarlo o aproximarse a resolverlo desde modelos reductores o fraccionadores, resulta tener conclusiones y/o aportes absurdos frente a un panorama que importa en principio, rendir cuenta sobre la dimensión sociológica y hasta antropológica, en sus causas y consecuencias. Problemas sociales como la corrupción, contaminación ambiental, violencia de género y terrorismo; resultan ser tópicos que nos implica como ciudadanos de a

pie y como juristas comprometidos con nuestro tiempo. Comprendiendo que la justicia es su punto máximo de consenso teórico y práctico, constituye una síntesis de bondades del humanismo, el liberalismo, la democracia y la tolerancia.

El abordaje de tales problemas, se pretende realizar en este libro desde la relación de filosofía del Derecho y el análisis económico. Esta relación responde a la propia secuencia naciente de las mismas ciencias comprometidas; esto es, el Derecho deviene o se funda en la filosofía como lo económico se desprende del Derecho. Durante varios años esta relación ha superado distintas etapas desde la imbricación -en la cual ambas ciencias tenían el mismo objeto- a la indiferencia y a un actual y renovado interés recíproco en base a la llegada de la sociedad postindustrial y la globalización de los mercados como la personalización virtual de los derechos fundamentales e instituciones. Resultando espontáneamente pensar en clave, sobre el costo de la justicia en temas vigentes y sumamente problemáticos para el Constitucionalismo y la democracia, con especial énfasis en América Latina.

Este esfuerzo reflexivo, pretende remarcar la naturaleza del Derecho como una ciencia permeable y dialógica respecto de otras ciencias. Un esfuerzo sincero que pretende hacer frente a aquellas expresiones judiciales nebulosas como anárquicas, al genocidio que se hace en las aulas universitarias desde el compadrazgo antes que la idoneidad en la materia, al lenguaje encriptado desde de la especialidad, a la hipoteca de ideas e ideales y al mercantilismo de la enseñanza¹.

¹ El convencimiento de que la sociedad necesita individuos insertados en un mercado competitivo con las mejores armas y en el menor tiempo posible en la formación, determina que los contenidos curriculares estén apretadamente condicionados a producir técnicos que sepan lo que hacen o harán, aunque tal vez nunca sepan ni les importe saber para qué ni para quién lo hacen o harán. La universidad no tiene tiempo para humanizar al estudiante, sólo le importa darle armas para la “guerra”, es decir, instrumentos para que cuando el mercado lo succione y lo licue, lo lance y encaje en un lugar desde donde pueda pisar cabezas sin compasión.

Finalmente, a la puesta de sol de esta hermosa tarde; resta ser agradecido con Dios por el logro de este gran esfuerzo colectivo, el cual no sería posible gracias a las contribuciones de los (as) autores (as) seleccionados por el comité científico iberoamericano EDTS en atención a la ficha técnica de investigación aprobada con fecha 20 de noviembre del 2018 en la facultad de derecho de la UBA – Argentina, de quienes guardo un profundo cariño y admiración por sus enseñanzas. A mi gran equipo de gran valía institucional y emocional, a quienes agradezco por soportar con valiente honestidad las exigencias y sacrificios que demanda la vida académica en la cercanía y distancia. Y a todos aquellos que nos dijeron que este proyecto sería un error e imposible de realización, a ustedes mi cariño y sincera gratitud, porque si pudiera vivir nuevamente mi vida – como diría Borges en su poema “*instantes*”, volvería a cometer más errores bondadosos como este esfuerzo de diálogo intrínseco y necesario a la naturaleza humanista del Derecho como al bienestar de la felicidad social de nuestra gente.

Verano, París - La Ville de la Lumière, Julio 2019.

Prof. Abg. Mg. Juan Alberto Castañeda Méndez
*Asesor Legal Constitucional en el Congreso
de la República del Perú
Presidente del Instituto de investigación
Iberoamericano Apex Iuris*



**INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN
IBEROAMERICANO APEX IURIS**

SECCIÓN PRIMERA: FILOSOFÍA DEL DERECHO

DERECHO PENAL Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO. ¿VALE LA PENA LO QUE CUESTA?

*GARCÍA AMADO, Juan Antonio*¹

1. La dogmática penal y su interna paradoja.

La dogmática penal dominante, al menos la europea, bajo fuerte influencia alemana, compartiría los siguientes presupuestos:

(i) El derecho penal no debe castigar cualquier conducta, sino solamente aquellas que atenten contra o pongan en peligro determinados bienes especialmente importantes para la vida del individuo y la convivencia social. A esos bienes tan relevantes se les denomina bienes jurídicos o bienes jurídico-penales.

(ii) El que una conducta atente contra o ponga en peligro un bien jurídico-penal hace esa conducta especialmente reprochable, y por razón de esa reprochabilidad está justificado la pena. Elemento esencial y condicionante de tal reprochabilidad es la crítica moral. Esto quiere decir que una conducta que sea perjudicial desde algún punto de vista no moral (por ejemplo, desde un punto de vista solo económico o político), no debe considerarse delictiva y, por tanto, apta para el castigo penal, si no contiene ese elemento de reprochabilidad moral. En otras palabras, será raro o muy infrecuente que nos encontremos con conductas punibles de las que, más allá de ciertos debates ideológicos o político-morales, se piense mayoritariamente que son moralmente inobjetables.

(iii) El encadenamiento de las ideas anteriores podría, en buena lógica, llevarnos a pensar que el derecho penal es refuerzo último de la moral, o al menos de las partes más importantes de la

¹ Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de León.

moral socialmente imperante. De ser así las cosas, el castigo penal requeriría una condición formal relacionada con el principio de legalidad, pero tendría un fundamento sustantivo claro: al delincuente, mediante la pena, se le hace pagar por o retribuir una conducta suya gravemente reprochable. En otras palabras, al infractor penal se le castiga por malo, aun cuando para que ese castigo penal pueda ocurrir se requieren ciertas condiciones jurídico-formales ligadas a elementales garantías de todos los ciudadanos ante el riesgo de abuso por el Estado. No es fácil imaginar que socialmente esté aceptada la imposición de penas por conductas que la respectiva sociedad considera loables o, por lo menos, no merecedoras de reparo moral ninguno².

(iv) Tendríamos, pues, que, a la hora de hallar el fundamento último del castigo penal, esa dogmática apunta a alguna forma mínima de retribucionismo, sin perjuicio de que el fundamento retributivo pudiera combinarse con la asignación de propósitos adicionales a la pena, como el disuasorio o preventivo³. Pero no sucede así. A diferencia de lo que vemos en la teoría penal anglosajona, y en especial en la norteamericana, en la que el retribucionismo suele aparecer como una fundamentación de la pena de tintes marcadamente progresistas, en la dogmática penal española y europea se huye como de la peste de cualquier insinuación de fundamento retributivo de la pena, seguramente por la equiparación que, desde antiguo, la dogmática alemana más influyente viene haciendo entre retribución y venganza, equiparación que en modo alguno es racionalmente sostenible a día de hoy y que está completamente superada en otros ámbitos doctrinales.

(v) Se aleja, pues, la dogmática penal europea de todo sustento retributivo de la pena y se acoge a fundamentaciones preventivas, en cualquiera de las combinaciones posibles: prevención especial y prevención general, y prevención negativa

² Más allá, por supuesto, de puntuales disputas en momentos concretos de transición social o de cambio en la valoración social de algunos comportamientos. En esos momentos surge un debate sobre la reprochabilidad o no de algunas acciones y puede originarse ahí un cambio legal que lleve a la no punición de lo antes penado o al castigo penal del comportamiento antes no punible. Lo que es difícilmente concebible es que de modo pacífico una sociedad estime que una conducta es moralmente irreprochable y que, al mismo tiempo, acepte que tal conducta esté penada.

³ Una teoría retributiva suave o matizada, como la que en otro lugar he sostenido, vendría a establecer que la retribución es condición necesaria, aunque no condición suficiente de la pena.

o positiva. Lo que importa, pues, de la pena, para que esté con carácter general justificada, son sus *efectos*, o algunos efectos posibles de la misma. La conducta reprochable por lesionar o poner en peligro un bien jurídico-penal es el factor desencadenante, pero al autor de esa conducta no se le castiga meramente por haber hecho lo que hizo y porque al haber hecho eso merece tal castigo, sino para conseguir determinado efecto hacia el futuro: que él tema volver a hacer eso (prevención especial negativa), que él se convenza de que no está bien hacer eso (prevención especial positiva), que el conjunto social escarmiente en cabeza ajena y se abstenga, por temor a una sanción así, de proceder de esa manera (prevención general negativa) o que el conjunto social aprenda la lección a costa del delincuente y vea cuán fundada está la protección de ese bien y qué mal está dañarlo (prevención general positiva).

(vi) Esa tensión entre fundamento moral de la pena por referencia a la lesión de bienes jurídico-penales, por un lado, y efectos preventivos como justificación de la aplicación de los castigos penales, por otro, tiene dos consecuencias problemáticas para la dogmática penal. Por una parte, la aversión a todo componente retributivo o de merecimiento individual del castigo hace muy difícil construir una sólida base teórica para ideas tan capitales como la de proporcionalidad entre delito y pena, el llamado principio de proporcionalidad penal. Además, si lo que nada más que fundamenta la pena es cierto efecto disuasorio y preventivo, puede en muchas ocasiones haber ahí buen motivo para desbordar la proporcionalidad y aplicar castigos desmesuradamente altos; o para dejar impunes o escasamente castigadas conductas muy reprochables y moralmente merecedoras de castigo, cuando se constate que la pena no rinde las consecuencias disuasorias y preventivas que la justifican.

Si lo que da razón de ser a la pena no es, ni en todo ni en parte, retribuir el merecimiento negativo del autor del atentado contra el bien jurídico-penal, sino lograr efectos sociales consistentes o bien en que tal autor no vuelva a cometer ese tipo de acciones, o bien en que la pena a ese autor coadyuve en alguna medida a una disuasión de alcance general, dicha justificación preventiva del castigo penal necesita ir acompañada de sólidos conocimientos y buena teoría sobre causas y efectos, y tanto en el plano de la psicología individual (si el eje se pone en la prevención especial) como en el plano de la psicología social y la sociología (si la mira se coloca en la prevención general). Es

decir, o la dogmática penal de orientación preventiva trabaja codo con codo con ciertas ciencias sociales que surten de datos empíricos y enseñan a analizarlos, o bien esa dogmática penal rueda en el vacío, ya que será incapaz de evaluar en qué medida las penas satisfacen o no el objetivo práctico-social que las justifica. Si la razón de ser de la pena es causar determinado efecto sobre las conductas futuras, hará falta saber de causas y efectos en materia de conductas, y ese saber, más allá de lo que marca la experiencia ordinaria de cualquiera o el sentido común, solo lo dan algunas ciencias, ciencias que versan sobre la acción individual y sus factores determinantes y sobre los efectos sociales o colectivos de determinados eventos.

Lo que en la secuencia de los seis puntos anteriores he tratado de expresar es lo que ahora me atrevo a denominar la *paradoja básica de la dogmática penal* (europea y, especialmente, alemana), paradoja que se puede desglosar en dos partes:

Una. En la dimensión moral de su justificación de la pena a partir de la idea de bien jurídico-penal, la dogmática pierde congruencia teórica, congruencia interna, al rechazar de mano todo fundamento retributivo del castigo penal, toda idea de la pena justificada como pena merecida por el delincuente a causa de la reprochabilidad personal de su conducta.

Dos. Al fundamentar la pena en sus efectos preventivos, pierde congruencia práctica, congruencia externa (si así se puede decir), congruencia entre fines y medios, ya que se desentiende grandemente del análisis de los efectos individuales y sociales de las sanciones. Ese desajuste entre proclamación de fines como fundamento del castigo penal y análisis de efectos para ver si las penas alcanzan o no los objetivos que las justifican, me parece que se debe ante todo al modo como la dogmática se cierra sobre sí misma, sobre sus conceptos internos y el puzle que componen, y a la desatención hacia los resultados de las ciencias empíricas que podrían proporcionarle los datos decisivos para la evaluación real de las políticas penales. Una vez que el dogmático penalista convencional o al uso ha proclamado que la razón de ser de la pena no está en la venganza ni en forma alguna de retribución, sino en alguna manera de prevención o en una combinación de varias, deja de prestar atención a qué penas y en qué delitos surten o no un efecto preventivo mayor o menor, o a las razones empíricas de por qué unas veces las penas disuaden y otras no, y se repliega a las disquisiciones que en verdad le divierten y le dan

prestigio entre sus colegas, como la de si el dolo está en el tipo o en otro lado o la de si algún elemento volitivo o de conocimiento forma parte o no de la antijuridicidad.

No pretendo insinuar, en modo alguno, que sean estériles esas elucubraciones conceptuales y sistemáticas en las que la dogmática se vuelca, creo que son útiles y necesarias, dentro de un orden. Solo afirmo que la dogmática pierde pie cuando da la espalda a aquellos datos o saberes a los que ella misma parece que remite al fundamentar la pena por referencia a sus efectos sociales.

2. Dogmática penal y criminología: ¿un matrimonio por interés?

Dos son los enfoques de ciencia social que se ofrecen en auxilio del penalista dogmático y para sacarlo de su ensimismamiento o librarlo de su alienación, la criminología y, muy recientemente, el análisis económico del derecho.

El par habitual y clásico es el formado por dogmática penal y criminología. Penalistas teóricos y criminólogos se han mantenido a base de despreciarse mutuamente, como esas parejas que se aborrecen tanto como se necesitan para solventar las cuestiones domésticas del día a día. Al dogmático penal enfebrecido de conceptos y obsesionado con el rompecabezas del sistema conceptual el trabajo del criminólogo le parece pedestre, prosaico e intelectualmente nada retador, motivo que determinan la escasa atención que le prestan y lo poco que de criminología leen muchos penalistas. Naturalmente, al criminólogo las elaboraciones dogmáticas del penalista le suenan a música celestial, metafísica evasiva, divertimento inocuo en el mejor de los casos, pero estéril siempre. Mientras que al dogmático lo que en verdad le motiva es ver en qué lugar del mapa de los conceptos se coloca un cierto elemento emotivo o cognitivo, tomado siempre en abstracto, al criminólogo nada más que lo conmueve la pasión real de los sujetos concretos, de carne y hueso. Al dogmático le emocionan las hipótesis de escuela, los casos inventados que a ninguno se le habían ocurrido antes, o los sacados de la jurisprudencia que, de tan excepcionales, no se repetirán jamás, pues son esos los casos que ponen a prueba la resistencia de los conceptos y la dureza del material sistemático. Al criminólogo le incita la vida real de este o aquel delincuente o los móviles que influyen en las conductas de los de tal o cual grupo, con preferencia casi siempre por los delincuentes que

puedan ser presentados como víctimas, víctimas de sistemas sociales injustos que los dogmáticos estarían siempre aceptando sin despeinarse, acriticamente.

Pero dogmáticos penales y criminólogos han podido siempre convivir porque, allá en cierto fondo, se complementan. No se trata meramente, aunque también, de que juntos cubran el territorio entero y ejerzan una especie de duopolio académico que no deja sitio a otros, como psicólogos, sociólogos, economistas, politólogos, antropólogos, etc., y hasta expertos en ética. Es algo más profundo y más sutil. Mientras que el penalista dogmático arranca de la reprochabilidad del atentado contra o la puesta en peligro de determinados bienes cruciales para el individuo o el grupo social, pero después hace abstracción de la idea de merecimiento personal de la pena para que no lo llamen retribucionista, y mientras ese mismo dogmático fundamenta la pena con argumentos prevencionistas, pero no mira más si los efectos preventivos se cumplen o no, el criminólogo, y sobre todo si es criminólogo crítico, le viene a decir que no importa, pues a la hora de la verdad el delincuente es alguien que está gobernado por algún tipo de determinismo, especialmente por algún determinismo de raíz social. Así que el delincuente que el dogmático mira en abstracto es alguien que es castigado por atentar culpablemente contra determinados bienes importantísimos, y la pena se le aplica para que cambie él (y sus conciudadanos también, si acaso) de modo de comportarse; pero el delincuente que, a partir de datos empíricos hábilmente seleccionados, el criminólogo también elabora e igualmente en abstracto presenta, es un sujeto perfectamente determinado en su actuar, alguien que en verdad no delibera y decide, sino que actúa como puro reflejo de causas que no controla. De esa manera se cierra el círculo a la perfección: el dogmático presupone un sujeto penal al que da por libre y moralmente capaz, pero del que no se ocupa para ver si materialmente existe o no, y el criminólogo (especialmente el criminólogo “crítico”) le cuenta que ese hombre libre propiamente no lo hay, que es tan víctima de sus circunstancias el autor del delito como la víctima del delito y que, por tanto, poco adelantaría la dogmática para sus fines poniéndose a examinar cómo la pena motiva al delincuente o a la sociedad. En su recíproco ignorarse, el criminólogo y el dogmático penal firman un peculiar armisticio y permite cada uno que el otro cultive su disciplina sin interferencias y construya su “*homo poenalis*” a su manera.

3. La novedad del análisis económico del derecho penal. Comparación con el derecho de daños.

Luego apareció la escuela o doctrina del análisis económico del derecho y, en su aplicación al derecho penal, disgustó por igual a dogmáticos y a criminólogos, pues vino a proponer un modelo alternativo al *homo poenalis* con el que ambos trabajaban tranquilamente.

La historia de la escuela de *Law and Economics* (en adelante L&E), entre nosotros llamada del análisis económico del derecho, es bien conocida y ha sido repasada en múltiples publicaciones. No me voy a extender aquí sobre ese aspecto, sino que me limitaré a comentar algunos detalles de interés.

Lo primero que conviene es atajar un equívoco y desterrar un prejuicio. El equívoco consiste en creer que lo que el movimiento de L&E propone es que la regulación jurídica se examine desde el punto de vista de los costes económicos nada más. Esto es, no se trata de ver, simplemente o sin más, qué regulaciones son económicamente más rentables, sea para el Estado, para las empresas o personas jurídicas en general o para los particulares. El término clave no es rentabilidad, sino *eficiencia*, del modo que enseguida revisaremos. La rentabilidad económica puede considerarse una de las manifestaciones de la eficiencia, concretamente de eficiencia económica, pero esa rentabilidad o eficiencia económica no agota, ni mucho menos, el concepto de eficiencia que constituye el núcleo del L&E. La eficiencia económica es una de las variables dignas de consideración a la hora de diseñar políticas públicas, y también políticas criminales, pero, insisto, no es la única variable en clave de eficiencia. Por ejemplo, una política criminal ideal puede plantearse como objetivo principal la reducción de la tasa de criminalidad, y será tanto más eficiente cuanto mayor sea la medida en que se alcance tal propósito; pero, adicionalmente, también puede considerar de que, a igual eficiencia disuasoria o preventiva y salvaguardados otros criterios merecedores de respeto (como las garantías procesales, por ejemplo), resulta preferible la alternativa regulativa económicamente menos costosa, más eficiente también en ese sentido.

Si se me permite una comparación casi ofensivamente elemental, pensemos en una persona que quiera comprar una casa. Tratará de adquirir aquella que en mejor proporción combine determinadas características, tales como amplitud, comodidad, ubicación, calidad de los materiales, buen vecindario, etc., etc. Y

entre los fines a considerar estará también el del coste; lo que se traduce en que, siendo, entre dos casas en venta, igual la magnitud resultante de la combinación de esos otros factores, se estime preferible la más barata. ¿Acusaríamos a quien así razonara al comprar su casa de ser un peligroso neoliberal o de regirse por un pernicioso o inmoral economicismo?

Con esa retórica pregunta llegamos al prejuicio que seguramente es responsable de que muchos estudiosos de lo jurídico, y especialmente muchísimos penalistas europeos, hayan rechazado de plano el prestar atención a las aportaciones y puntos de vista del L&E. Ese prejuicio consiste en vincular análisis económico del derecho y neoliberalismo. Se piensa que los cultivadores del L&E son peligrosos y aviesos neoliberales que tratan de acabar con el modelo penal garantista propio del Estado democrático y social de Derecho y que, por ejemplo, argumentan nada más que para fines tan aborrecibles como el de que se privaticen las cárceles.

Es ese un prejuicio radicalmente desenfocado. Seguro que hay seguidores del L&E que comulgan con esa ideología neoliberal y que esconden esos objetivos desreguladores y privatizadores de lo público, pero de inmediato hay que añadir dos matices importantísimos: que ni están todos los que son ni son todos los que están. O sea, que no todos ni probablemente la mayoría de los que aplican al estudio del derecho los métodos del L&E participan de esa visión neoliberal, antiestadista y enemiga de lo público, y que también entre los otros, entre los dogmáticos y teóricos al uso o completamente ajenos a esa metodología del L&E, hay quienes sí se afilian a ese tipo de ideología ultraliberal, opuesta a lo público, antigarantista y partidaria de desmontar muchas de las estructuras estatales vinculadas a la política criminal.

Cualquiera que no esté algo versado en el tema se puede estar haciendo en este momento la siguiente pregunta: entonces, ¿por qué a esta escuela o este movimiento se le llama análisis *económico* del derecho? La respuesta a tal cuestión debe ayudarnos a aclarar este aspecto inicial y básico. Se denomina así debido al *método* aplicado al análisis de lo jurídico, que es un método proveniente de o tomado de la economía, del análisis económico⁴. La idea se relaciona con la teoría de la decisión

⁴ Al respecto, y también sobre la ineludible necesidad de diferenciar entre análisis del derecho económico y análisis económico del derecho, véase Íñigo

racional que los economistas asumen como base o punto de partida. Así como el ciudadano que, en cuanto que sujeto económico, toma sus decisiones en el mercado trata de maximizar una utilidad que es ante todo una utilidad económica, en términos de costes económicos, el ciudadano que interactúa en sociedad y que, con ello, funciona como sujeto jurídico decide también tratando de maximizar ciertas utilidades, como ser más libre, vivir mejor, tener mayor bienestar, disfrutar de determinados placeres o, incluso, ser más feliz, utilidades que en algunos casos son reconducibles a dinero, a términos monetarios, pero que en otros casos difícilmente admiten esa traducción.

Lo que el L&E toma de la economía no son, por así decir, los “valores” económicos, sino ciertas *herramientas metodológicas*. Ante todo, la teoría de la decisión racional, unida a aportaciones como la de la teoría de juegos. Podemos decir que el L&E coge de la teoría económica el modelo del *homo economicus*, pero como decisor autointeresado que calcula y responde a incentivos, no como esa caricatura de lo que podríamos llamar el egoísta compulsivo o el implacable hombre de negocios.

Así pues, como ideas nucleares o primigenias del L&E podemos mencionar estas dos: los seres humanos deciden tratando de maximizar su utilidad o interés, en sentido muy amplio de esos términos (no puramente económico, aunque también económico) y, por tanto, al decidir sus acciones responden a estímulos positivos y negativos; y el derecho opera para los sujetos como un sistema de incentivos, y como tal influye en las conductas. Por tanto, sentado que las normas jurídicas no son fruto del azar ni caen del cielo, sino que responden a un *telos*, persiguen o bien disuadir de ciertas conductas o bien promover algunos comportamientos de los ciudadanos, tiene pleno sentido que, entre otros parámetros, se otorgue relevancia importante al análisis de las regulaciones jurídicas en términos de eficiencia, bajo la perspectiva de su idoneidad genérica para alcanzar los objetivos que las explican desde el punto de vista de sus concretas consecuencias bajo configuraciones diversas de las normas y en contextos diferentes.

Ortiz de Urbina, “Análisis económico del derecho y política criminal”, *Revista de derecho penal y Criminología*, segunda época, nº 2 (número extraordinario), 2004 (pp. 31-73), pp. 35.

Pongamos un ejemplo bien conocido y, por el momento, ajeno a lo penal. El L&E se ha extendido a prácticamente todos los campos o ramas de lo jurídico, pero uno de sus ámbitos primeros y más fructíferos y debatidos ha sido el de la responsabilidad civil por daño extracontractual, el campo de los *torts*. Así que empecemos por explicar cómo se ha enfocado ese tema desde el L&E.

La diferencia entre un daño indemnizable y una desgracia se halla en que el primero está causalmente vinculado a la acción de un sujeto, cosa que no ocurre en las meras desgracias que causan daños, como puedan ser un terremoto o un huracán. Sea como sea, cuando hay un daño para alguien, ese daño puede ser visto como un coste, y la cuestión primera que el derecho de daños se plantea es la de a quién se imputa ese coste. En el derecho de los *torts*, las posibilidades que se manejan a la hora de decidir quién carga con (el coste de) el daño son cuatro: que lo asuma la propia víctima, que se le pase al que lo causó o mantiene una especial relación con la producción de tal daño⁵, que se le impute ese coste a un tercero que está en una relación peculiar y normativamente definida con el que lo causó o estaba obligado a evitarlo⁶ o que crea un riesgo especial con una actividad que, por otra parte, es lícita⁷. Según los casos y las situaciones, se aplica uno u otro de esos cuatro criterios de imputación del “coste de los accidentes”.

Algunas analogías o paralelismos con el derecho penal son interesantes. Piénsese que, en la filosofía subyacente al derecho de daños, primero se entendió que la responsabilidad por el daño debía atribuirse a aquel sujeto que lo había causado con un componente de inmoralidad o reprochabilidad en su conducta, que era conducta dolosa o negligente. La teoría de la justicia, en su faceta de teoría de la justicia correctiva, justificaba la imputación de la responsabilidad a ese sujeto culpablemente

⁵ Por ejemplo, porque no lo evitó, debiendo haberlo evitado en virtud de una “posición de garante” asignada por el mismo sistema jurídico, como ocurre en los casos de la responsabilidad por omisión.

⁶ Como es el caso de los padres o tutores respecto de los hijos o incapacitados, de los patronos respecto de los empleados, de los colegios respecto de los alumnos, etc.

⁷ Según la explicación más extendida, este vendría a ser el caso del que responde con responsabilidad objetiva, como sucede, por ejemplo, con la responsabilidad del fabricante por daños derivados de defectos de los productos, de la responsabilidad de las compañías aéreas o las empresas de energía nuclear, etc.

causante. Pero la progresiva introducción de nuevos supuestos de responsabilidad objetiva llevó a grandes dificultades a esa filosofía moralizante del derecho de daños; tanto, que algunos de los teóricos actuales de la justicia correctiva como eje del derecho de la responsabilidad por daño siguen rechazando por injusta toda forma de objetivación de la responsabilidad⁸.

Esos planteamientos del derecho de *torts* como basado en elementos de moralidad individual toparon en las últimas décadas con dos tipos de objeciones provenientes de teorías que atienden a una perspectiva más amplia, a una perspectiva social. Por un lado, han ido apareciendo autores que aducen que también la justicia distributiva debe jugar algún papel en las decisiones legislativas y jurisprudenciales atinentes a la imputación de responsabilidad por daño extracontractual⁹. No nos importa aquí esa parte de la teoría. Por otro lado, el L&E trae el punto de vista social de una manera diferente, no en clave de justicia, sino de eficiencia. Veamos cómo.

Para el L&E, los daños que el derecho de la responsabilidad extracontractual toma en consideración son eventos que no solo resultan dañosos para su concreta víctima en cada caso, sino que son socialmente dañinos, debido a que absorben costes o riqueza que, si tales daños no acontecieran, podrían dedicarse a otros menesteres que ampliaran el bienestar de la gente. Por ejemplo, se considera que es negativo que haya accidentes de circulación, debido a los costes individuales de los mismos y al coste global o social resultante de sumar esos costes individuales. Si la circulación de vehículos de motor provocara menos accidentes, con sus correspondientes daños, menos dinero habría que destinar a arreglos y compensaciones y la sociedad dispondría de esa porción de riqueza para otros fines más “constructivos” o placenteros, para mejorar su bienestar en lugar de para compensar pérdidas de bienestar debidas a esos daños.

Por consiguiente, el enfoque del L&E arranca de que los daños provocados por accidentes y acontecimientos similares, esos daños a los que el derecho de daños da tratamiento, son sucesos perjudiciales, no sólo perjudiciales para las concretas víctimas, lo cual resulta completamente trivial, sino perjudiciales para la sociedad en su conjunto. Y las políticas jurídicas en materia de derecho de daños han de tener como objetivo básico el

⁸ Tal es, muy destacadamente, el caso de Ernest J. Weinrib.

⁹ Entre los autores actuales más destacados al respecto, véase Keren-Paz.

de que tales daños disminuyan. Al ser menos los daños, serán menos también los costes globales de los mismos¹⁰.

La finalidad que da sentido a las decisiones legislativas en materia de derecho de daños no es, para el L&E (y a diferencia de los enfoques de justicia correctiva), que se haga justicia al dañado (y al dañador por su mal hacer), sino el que se acorten lo más posible los accidentes, los sucesos dañosos relacionados con la conducta de un agente. Ahí está el giro revolucionario que aporta en esta materia el L&E, en que se rebasa la perspectiva individuo-individuo y se adopta un prisma social. Lo que importa, por así decir, no es que haya ocurrido este o aquel daño, sino el que haya (accidentes que causan) daños en medida mayor o menor. Y la política jurídica debida no será la que primariamente atienda a que se haga justicia a tal o cual ciudadano en razón de su inocencia o culpabilidad en relación con la producción del evento dañoso, sino la que busque y consiga que tales eventos dañosos sean los menos posibles.

Asumido que el fin de la regulación jurídica es un fin social o macro, no el propósito de responder justamente a una injusticia producida en la relación entre ciudadanos, el paso siguiente está en comprender que la regulación jurídica funciona como un sistema de incentivos y que tales incentivos, provenientes de las consecuencias que las normas prevén para determinadas conductas, influyen sobre las decisiones de los individuos. Es jugando con esos incentivos y su consiguiente influencia como el derecho puede alcanzar sus objetivos sociales, sean estos los de que haya menos accidentes que provoquen daños o los de que haya menos delitos, delitos que, al fin y al cabo, son tales por el daño que causan a ciertos bienes de interés social.

El lema podría ser que el miedo guarda viña. Piénsese en cuán distinto nos manejaremos con nuestros coches o motos según que haya o no riesgo de que se nos impute alguna responsabilidad, alguna consecuencia negativa, algún coste, por los accidentes que causemos. Si la impunidad es total y ni hay

¹⁰ Téngase en cuenta de nuevo que dichos costes se mantienen constantes al margen de a quien impute el sistema jurídico la carga de los mismos, es decir, de a quién impute el derecho en cada caso el coste de ese daño. Así, si el coste de que una casa de destruya o una persona pierda un brazo es un coste de X euros o evaluable en X euros, ese coste es el mismo con independencia de que alguien tenga que indemnizar esos X euros por ese daño o de que sea la propia víctima la que cargue con esa pérdida de X euros.

riesgo de sanción penal ni de responsabilidad civil por daño, es de temer que muchos conductores hagan de su capa un sayo y den rienda suelta a los comportamientos más enloquecidos e imprudentes al volante de sus coches o al mando de sus motos. Y si muchos se manejan con precaución no será meramente por imperativo de su moral y de su sentimiento de amor al prójimo, sino por temor a los costes de cualquier tipo que se les puedan imputar de resultados de los daños que puedan causar. Pues si la esmerada moralidad y el amor al prójimo fueran el motor único o principalísimo de nuestra manera de comportarnos, serían perfectamente ociosos el derecho de daños, el derecho penal y gran parte de las regulaciones jurídicas que prevén consecuencias negativas por infracciones de deberes jurídicos.

Sobre esas bases que acabo de citar, el L&E formula su pauta rectora para un derecho de daños que quiera ser eficiente, bajo esos parámetros de eficiencia en la evitación de accidentes: en cada apartado del derecho de daños o respecto a cada tipo de conducta potencialmente dañosa, la ley debe imputar la responsabilidad (es decir, los costes del daño) a aquella parte a la que resultaría menos costoso tomar las medidas eficaces para la prevención del daño, para su evitación o la evitación de sus costes. De esa forma, y dando por sentado que los sujetos hacen cálculos racionales, tendremos que, en el conjunto social, con ese criterio se maximizará la prevención de daños con los mínimos costes totales. Pues, por un lado, entre gastarse quinientos euros al año en revisión del motor del coche y cambio de neumáticos o la probabilidad de pagar cantidades muchísimo mayores si se causa un accidente por un fallo mecánico o por desgaste de los neumáticos, cualquier calculador racional preferirá lo primero, y ahí habría una buena razón para imputar responsabilidad por esos accidentes al conductor negligente en el cuidado de su vehículo¹¹. Y, por otro lado, si esos sujetos toman esas precauciones, de resultados de sus cálculos de conveniencia, y de esa forma son ahorrados costes mucho más altos, socialmente será considerable el ahorro, ahorro que podrá usarse para otros fines más productivos de bienestar.

¹¹ Prescindo aquí de los efectos del seguro obligatorio y de cómo juegan en los cálculos del derecho de daños, según el L&E, el seguro obligatorio o el seguro voluntario.

4. El L&E, entre la política criminal eficiente y el modelo de decisión individual racional.

4.1. ¿Sólo echan cuentas los neoliberales?

Hasta ahí el ejemplo y la comparación con el derecho de daños. ¿Cómo aborda el L&E el derecho penal? Debemos empezar por recordar algo que juega de modo muy visible en el campo penal, si bien no es exclusivo de él, sino común a todas las ramas de lo jurídico. Me refiero a los dos tipos de decisiones jurídicas fundamentales, como son las decisiones de política jurídica que establecen las regulaciones y deciden los contenidos de las normas respectivas, y las decisiones de los sujetos destinatarios de las normas, decisiones atinentes a la obediencia o desobediencia a la norma¹².

Las decisiones de política criminal acaban como contenido de la legislación penal. Sabemos que en el ámbito penal no es escasa la legislación simbólica y que no es infrecuente que los legisladores busquen legitimarse demagógicamente ante sus electores, antes que crear una normativa penal eficaz y eficiente. Pero aquí vamos a dejar de lado esas anomalías político-legislativas y a figurarnos un legislador responsable, no dado a las desmesuras punitivas y que pretenda que los tipos penales se legitimen por sus efectos preventivos y sean, en ese sentido, eficientes en la mayor medida posible. Si a ese ideal de legislador penal le añadimos los presupuestos del L&E, debería tener muy en cuenta los siguientes datos, como aspectos condicionantes de la actividad legislativa en lo penal:

a) Tal como más abajo explicaré con más detalle, el postulado capital de la eficacia disuasoria de las normas penales viene dado porque la decisión del individuo sobre si cometer o no un delito estaría esencialmente condicionada por la relación entre dos magnitudes: intensidad de la pena y probabilidad de su imposición. Esta última, la probabilidad de la imposición de la pena, depende, a su vez, de la combinación entre probabilidad de que el delincuente sea descubierto y detenido, la probabilidad de que sea procesado y la probabilidad de que sea condenado.

b) En consecuencia, la eficiencia general del sistema penal, el que haya más o menos delitos, dependerá de tres tipos de decisiones político-legislativas.

¹² Evidentemente, podríamos (y deberíamos) agregar las decisiones que toman los jueces y tribunales que aplican las normas a los casos que juzgan.

Una, la de cuántos sean los recursos económicos destinados a los cuerpos de seguridad, encargados de la prevención y persecución del delito, y al sistema judicial, competente para el enjuiciamiento de los delincuentes. Podría añadirse, por supuesto, lo referido a la inversión pública en el sistema penitenciario y de ejecución de penas en general, que también tendrá influencia en la eficacia preventiva del sistema penal.

Dos, la de cómo se gestionen el sistema de seguridad y el sistema judicial (y, si acaso, el sistema penitenciario), de cara a su más eficaz funcionamiento.

Tres, la decisión sobre cuántas y cuáles sean las conductas que puedan y deban tipificarse como penalmente punibles. Y esto porque, si crecen las conductas penalmente perseguibles, o se eleva la partida del presupuesto público para esos fines o se irá rebajando la eficacia del sistema policial y judicial en proporción al aumento del número de delitos.

¿El insistir en que en la política criminal se tengan en cuenta estos elementos propios de lo que en sentido amplio podríamos llamar la racionalidad económica del sistema supone, acaso, caer en un pernicioso economicismo? Mi opinión es que no, y que, especialmente, toda concepción funcional o preventiva del derecho penal debe considerar con atención estas dimensiones práctico-económicas, si no quiere contradecir pragmáticamente tales postulados preventivos y si no desea dar carta de naturaleza a la legislación penal simbólica.

4.2. El *homo oeconomicus* y el *homo poenalis*.

Pero el núcleo del L&E, en general y en su aplicación a lo penal, está en la idea de decisión racional de los sujetos, en el modelo de individuo decisor racional que se presupone. En este punto, hay prácticamente unanimidad en la doctrina al indicar que se debe diferenciar dos etapas en el movimiento de L&E, la ligada al modelo económico clásico y la que muchos denominan de economía conductual o “behavioral law and economics”.

El modelo primero u original de L&E se basa en el *homo oeconomicus* de la teoría económica estándar o neoclásica. El ser humano decide y actúa tratando siempre de maximizar su utilidad individual, generalmente entendida en términos de bienestar¹³.

¹³ “The value maximization premise of neo-classical rational choice theory assumes that, when confronted with various alternative courses of action, the

Para ello sopesa costes y beneficios y, en consecuencia, responde a estímulos positivos y negativos. En su perfecta racionalidad y sentadas esas pautas que guían de continuo su comportamiento, ese sujeto es previsible. Por poner un ejemplo bien sencillo, dando por supuesto que, para todo ser humano racional así, estar libre y moverse sin cortapisas es mejor, es preferible y produce mayor bienestar o felicidad que hallarse encarcelado, ese sujeto preferirá siempre la libertad a la cárcel y una pena privativa de libertad más corta antes que una más larga; y decidirá en consecuencia.

Ese modelo del *homo oeconomicus* es una construcción de la teoría económica, y por su carácter ideal y alejado de la realidad de los seres humanos ha sido reiteradamente criticado, desde diversos parámetros doctrinales e ideológicos. Además, sigue existiendo un profundísimo debate en la economía y las ciencias sociales acerca de cómo o en qué unidades medir la utilidad individual, esa que cada uno de nosotros continuamente pretendería maximizar. Si ha de ser previsible el comportamiento de los sujetos, cada uno de los cuales se guía por el deseo de maximizar su utilidad individual, tiene que ser posible reconducir esas utilidades individuales a un patrón común de medida, han de poder medirse no como mera magnitud estrictamente subjetiva, sino como grado en que se alcanza algo comúnmente apreciado. Los candidatos principales a ese fin son, en el debate contemporáneo, el bienestar o la felicidad. Pero esas dos son nociones considerablemente abstractas y compatibles con que para cada uno sean distintas las cosas o eventos que le aumenten o les disminuyan el bienestar o la felicidad. Alguien puede experimentar sensaciones sumamente gratas leyendo un libro de buena literatura o estudiando un tratado de física, mientras que otros quizá consideren esas actividades sumamente desagradables, nada placenteras.

Las escalas personales pueden variar muchísimo. Si tiene que elegir, ¿prefiere usted no pasar hambre en la cárcel o estar

rational and self-interested *homo oeconomicus* will choose the alternative that *maximises his or her individual utility*. Within welfare economics, welfare is used as a measure for evaluating social conditions” (Klaus Mathis, Ariel David Steffen, “From Rational Choice to Behavioural Economics. Theoretical Foundations, Empirical Findings and Legal Implications”, en Klaus Mathis (ed.), *European Perspectives on Behavioural Law and Economics*, Cham, etc, Springer, 2015, p. 31).

hambriento en libertad? ¿Le hace a usted más dichoso disponer de una buena biblioteca personal o tener un coche muy potente y cómodo? Y, si hablamos de penas, ¿prefiere usted, que por medios delictivos ha acumulado una gran fortuna, pagar cinco años de cárcel y disfrutar luego de todo ese dinero, o conservar su libertad en todo momento a costa de que se le prive de todo lo que ilícitamente obtuvo? Es más que probable que diferentes personas respondan distintamente a estas preguntas.

Ha habido intentos, como el de Richard Posner en cierto momento, de reconducir el patrón a dinero, a riqueza económica. El dinero da la posibilidad de adquirir aquello que nos da bienestar o nos hace felices y, a la postre, las preferencias de cada cual se orientarán a aquello por lo que está dispuesto a pagar y en el orden resultante de por qué cosas pagaría cada uno más o menos, si tuviera con qué. Quizá ese patrón dinerario sirva a la teoría de la justicia distributiva, pensando que lo que entre los ciudadanos debe estar adecuadamente distribuido son los medios económicos con los que cada cual puede organizar autónomamente su vida en función de sus personales preferencias. Pero cuando no se trata de discernir cuál es la justa distribución de bienes, sino de poder prever comportamientos de la gente, ese criterio no resulta muy útil. Al fin y al cabo, hay quien es feliz haciendo voto de pobreza y quien considera que su particular bienestar o felicidad no depende de cuánta riqueza tenga a su disposición para satisfacer sus deseos mundanos, sino de otro tipo de posibilidades de naturaleza más “espiritual”.

Sea como sea, si lo que la ciencia social busca es cómo prever comportamientos, ese propósito tiene naturaleza general o estadística. No se trata de saber qué preferirá Fulano a la hora de decidir su conducta en función de su personal escala de utilidad, sino de averiguar qué efectos generales tendrán ciertas causas. Así, el economista puede con considerable certeza anticipar que una fuerte subida del precio de la carne provocará un descenso en el consumo de carne y un aumento de la demanda de pescado o de otros alimentos que sustituyan a la carne, al margen de que haya un cierto número de vegetarianos a los que tal circunstancia no afecte directamente en sus pautas de consumo. Igualmente, el que una conducta pase de ser impune a estar castigada con una pena de cinco años de cárcel hace previsible que renuncien a ella muchos de los que antes optaban por esa conducta porque les resultaba satisfactoria o les beneficiaba de alguna manera, con independencia de que pueda haber quien persevere en tal modo de

hacer y asuma el riesgo consiguiente, sea porque prefiere el placer inmediato de ejecutar esa acción, sea porque no le importa ir a la cárcel, para allí poder comer o porque no le resulta tan terrible como a los demás el encierro.

La teoría penal presupone esas escalas generales de preferencias y, con su clasificación de penas más graves y menos, asume cosas tales como que la gran mayoría de los individuos lamentan antes que nada la pérdida de su libertad y, en segundo lugar, la pérdida de dinero, razón por la que para los delitos más graves (y queriendo disuadir de la comisión de tales delitos) se estipulan penas de cárcel y para los siguientes en gravedad, penas pecuniarias. Sin ese cálculo o si fuera radicalmente erróneo, la teoría penal no podría pretender efectos preventivos como justificación de la pena, o fracasarían estrepitosamente las políticas penales de orientación preventiva.

Por tanto, si el penalista se ensaña con la figura del *homo oeconomicus* que manejan los economistas y los seguidores del L&E, se tendrá que enfrentar de inmediato con la pregunta sobre el *homo poenalis*. Si no tuviera sentido que los economistas construyeran sus previsiones sobre la base de ese modelo de decisión racional de ese *homo oeconomicus* que trata de maximizar su utilidad individual, paralelamente no tendría sentido tampoco ese sujeto penal del que se piensa que prefiere maximizar su libertad o su disposición de dinero y sobre el que, en consecuencia, tiene efectos disuasorios la amenaza de la pena privativa de libertad o pecuniaria. Pues así como sabemos que el ideal de sujeto económico no siempre se corresponde con las preferencias del sujeto de carne y hueso y que hay quien sigue consumiendo igual lo que se vuelve más caro, aunque se arruine por completo¹⁴, es sabido que hay delincuentes a los que la amenaza del castigo en nada afecta o hasta sirve de estímulo para su conducta arriesgada.

¹⁴ Como muy bien expresa Íñigo Ortiz de Urbina, “lo que pretende el enfoque de la elección racional al utilizar el *homo oeconomicus* no es describir cómo son los seres humanos individuales, sino explicar y/o describir los fenómenos sociales. Para ello, efectivamente, se opera mediante modelos que abstraen características de la realidad para facilitar su tratamiento, y esto se hace con plena conciencia de tratarse de idealizaciones”. Y añade que “El enfoque de la elección racional no sostiene que todas las personas sean racionales. Los partidarios de este tipo de modelos son plenamente conscientes de que su modelo, si se entiende como una descripción del comportamiento individual, es falso. Al tiempo, sin embargo, piensan que tal modelo es útil en el análisis del comportamiento humano” (Íñigo Ortiz de Urbina, op. cit., p. 40).

Insisto, o el penalista acoge algún modelo de decisor racional genérico como base de la justificación preventiva de la pena o no le quedará más salida que fundar la pena en términos de retribución por la mala acción del delincuente y que defender que la justicia retributiva debe mantenerse a la hora de castigar los delitos, aunque se constate que dicho castigo carece de efectos disuasorios y preventivos.

4.3. ¿Salen las cuentas?

Retornemos, pues, a ese modelo de sujeto ideal calculador y maximizador de utilidad individual que el L&E asume con carácter general, y también cuando aplica el método del análisis económico al derecho penal.

El L&E presupone que las normas penales se explican y se legitiman por sus efectos sobre las decisiones de los individuos. Ese sujeto penal u *homo poenalis* decide entre alternativas de acción en función de un cálculo de consecuencias y según los efectos que para su utilidad, bienestar o felicidad atribuya a cada curso de acción que examina. Así ocurriría en cualquier ámbito de la vida. Pongamos un ejemplo al margen de lo económico y lo penal. Un individuo puede estar decidiendo si se casa o no con otro y tendrá muy en cuenta las probabilidades de ser feliz y llevar una vida satisfactoria, en múltiples aspectos, con esa otra persona después del matrimonio. Puede errar gravemente y cabe que sea una desdicha, a la hora de la verdad, esa vida en común que pensaba que iba a resultar muy plena, pero por regla general podemos suponer que nadie decidirá casarse con otro si está convencido de que su vida matrimonial va a tornarse desastrosa, muy desgraciada. Evidentemente, esas previsiones de tal persona pueden estar condicionadas por factores subjetivos, como su gran enamoramiento momentáneo, la presión social o familiar o múltiples factores. Pero que las previsiones de cada cual nunca estén garantizadas como seguras y exactas no quita para que se pueda afirmar que cada cual decide casarse o no, por regla general, según una previsión sobre los efectos futuros, los beneficios y los costes de su decisión. Y entiéndase que aquí la noción de beneficios y costes no tiene una equivalencia económica, no hablamos (sola ni principalmente) de beneficios y costes en dinero o riqueza, sino en clave de bienestar o felicidad.

Vamos al fin con el sujeto ante la ley penal según los planteamientos del L&E. La acción que la ley penal tipifica como delictiva solo va a ser realizada por el sujeto al que le aumente su

utilidad individual, aquel que piensa que dicha acción le va a reportar un beneficio. Insisto una vez más en que cuando en teoría de la decisión racional se habla de beneficio o ventaja, no tiene por qué tratarse de beneficio o venta económicos. Si en el ámbito penal nos movemos, es obvio que beneficio económico rinden delitos como el robo, el hurto, la apropiación indebida, etc., pero evidente es también que ni siquiera en esos delitos tiene por qué ser el móvil económico el único que cuente para el actor y, sobre todo, que hay delitos, la mayoría, en los que la utilidad para el agente puede no ser ni remotamente económica. El delincuente, por tanto, al delinquir, responde a un estímulo positivo, está tratando de incrementar su utilidad individual.

Al mismo tiempo, la amenaza del castigo penal obra como estímulo negativo, y lo que el sujeto compara es la utilidad positiva de la acción delictiva y la utilidad negativa de la pena. Pero la utilidad negativa que a la pena le calcula el sujeto resulta de la combinación de dos parámetros: la intensidad de la pena legalmente prevista para esa conducta y la probabilidad de la imposición de tal pena para tal conducta suya. A su vez, la probabilidad de que la pena se le aplique depende de la combinación de varias probabilidades: la de que sea descubierto y detenido, la de que sea procesado y la de que sea condenado¹⁵.

Pongamos que es posible cuantificar beneficios y pérdidas, con el matiz que hace un momento se indicó. Imaginemos que un sujeto S se plantea realizar una conducta que sabe que está penada. El beneficio esperable es de 5.000. La pena prevista para ese delito tendría su máximo posible en 8.000. Pero esa pena hay que multiplicarla por el índice de probabilidad de que acabe siendo impuesta a S, de resultas de las tres o cuatro variables que se acaban de citar. Supóngase que es del 50% la probabilidad establecida para esa pena, de resultas de la experiencia acumulada sobre el funcionamiento del sistema policial y penal en general, y de lo que viene ocurriendo con ese delito o con los delitos de ese tipo. O sea, que sabemos que, poco más o menos, la mitad de tales acciones delictivas quedan impunes. Entonces tendríamos:

$$8.000 \times 0.5 = 4.000$$

¹⁵ Y cabría añadir, en ciertas situaciones, la probabilidad de que, una vez condenado, tenga que cumplir efectivamente la pena impuesta.

Así pues, S encuentra que la ganancia es superior al castigo por la probabilidad de su imposición¹⁶, y tendrá más motivación para delinquir que para evitar ese delito. La pena tendrá un escaso efecto disuasorio¹⁷. Menos todavía será, lógicamente, tal efecto disuasorio si la probabilidad del castigo penal es del 20%, ya que

$$8.000 \times 0.2 = 1.600.$$

En los dos casos, y para ese delito, el derecho penal no será eficiente. Sí lo será si el coste de la pena por su probabilidad es más alto que el beneficio esperable del delito. Pongamos que, siendo ese beneficio nuevamente de 5.000 y el “coste” de la pena de 8.000, la probabilidad del castigo esté en el 80%. Entonces

$$8.000 \times 0.8 = 6.400.$$

La lección importante que de este punto de vista se desprende es que, en principio, para aumentar la eficiencia de la norma penal se puede jugar con cualquiera de esas dos variables: o la intensidad de la pena o la probabilidad de su imposición, de resultados de la gestión del sistema de seguridad y del sistema judicial.

Parándonos por el momento en esta parte nuclear y, al tiempo, elementalísima del tratamiento del derecho penal por el L&E, se imponen ya unas pocas observaciones.

Para empezar, no son esas dos (dureza de la pena y probabilidad de su imposición efectiva) las únicas variables que pueden influir y normalmente influirán en la decisión del sujeto. Por eso a veces se deja abierta una variable adicional genérica, tal como, entre nosotros ha expuesto muy bien Íñigo Ortiz de Urbina¹⁸. Esa variable adicional puede recoger factores influyentes en algunas personas, tales como su temperamento, su educación, su socialización, las alternativas de comportamiento

¹⁶ Pues $5.000 - 4000 = 1.000$.

¹⁷ Aunque sea nada más que de pasada, es muy interesante mencionar un detalle más: una pena perfectamente equivalente, en valor o coste, al valor negativo de la acción delictiva, solo sería bien disuasoria si fuera del 100% la probabilidad de imposición de esa pena. Así, Si para el robo de 1.000 euros la pena prevista fuera de multa de 1.000 euros (además de la devolución de los mil que robó) y no fuera del 100% la probabilidad de condenar a cada ladrón, esa norma no disuadiría en la proporción debida. Esto, como es evidente, tiene también consecuencias considerables para la visión del principio de proporcionalidad penal desde el L&E.

¹⁸ Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, “Análisis económico del Derecho y política criminal” *Revista de derecho penal y Criminología*, 2ª época, nº extraordinario, 2, 2004, pp. 52 y 55.

que efectivamente se le ofrecen a alguien, con el correspondiente coste de oportunidad, etc., etc.

Por razón de esa genérica variable adicional no es exactamente previsible en cada persona su decisión y, en consecuencia, su reacción a la amenaza de la pena y al balance de costes y beneficios entre la acción delictiva y la pena. Sin embargo, ese elemento de imprevisibilidad de la decisión de cada concreto sujeto es compatible con ciertos cálculos de probabilidad general. Al igual que cabe razonablemente prever que un aumento del precio de la carne provocará un descenso de su consumo, parece como pauta general razonable presagiar que un aumento de las penas por un delito o de la eficacia en su persecución incrementará el efecto disuasorio de la norma penal correspondiente. Si en el fondo de los razonamientos de los penalistas no latiera esta idea, no tendría mucho sentido la asignación de efectos preventivos al sistema penal, como justificación del mismo. Y no sólo del sistema penal, sino de las normas sancionadoras en general. Si los conductores sabemos que la multa por aparcar en zona prohibida de la ciudad ha pasado de cincuenta a trescientos euros, y si además estamos al tanto de que ha aumentado el número de agentes destinados a multar esas infracciones, es completamente previsible que el número de las mismas descienda notablemente.

Cuestión distinta es la de si resulta acertado y razonable aplicar un razonamiento puramente mecánico en este campo, considerando que siempre y para cualquier delito se sigue un incremento de la eficiencia preventiva o disuasoria de la norma al aumentar la pena, o si habrá umbrales limitadores en todos o en algunos casos. Y, lo mismo, si siempre va a derivarse ese aumento de eficiencia de una mayor inversión en o una mejor gestión de los sistemas de seguridad y judicial. Posiblemente sea verdad la intuición general del L&E (y de la penalística prevenciónista en general), pero lo más interesante para la teoría y la práctica se encuentre en las excepciones.

4.4. ¿Una conspiración punitivista?

Segunda observación. Aun admitiéndose excepciones puntuales a la regla general de la eficiencia, tal como hemos visto que el L&E la calcula, se puede pensar que da pie esta doctrina a una gran justificación del punitivismo desmesurado, un buen fundamento para la elevación grande de las penas para cualquier delito, en la seguridad de que, salvo en ciertos supuestos

especiales, tal elevación llevará a una mayor eficiencia preventiva y, con ello, a indudables beneficios para la sociedad¹⁹. A esto se puede objetar de distintas maneras, y así lo han venido haciendo algunos defensores del L&E.

En primer lugar, y muy elementalmente, conviene recordar que ese riesgo de propensión al punitivismo no es ni mucho menos exclusivo del L&E, sino de cualquier justificación de la pena en términos utilitaristas o con enfoque preventivo, siempre que a cualquiera de esos fundamentos de lo penal no se le añadan matices o no se combine con consideraciones de justicia retributiva y hasta con la defensa de ciertas garantías procedimentales mínimas, como la que dificulta la condena de inocentes o la que obsta a la extensión indiscriminada de los delitos de peligro o a la punición de determinados sujetos por motivo nada más que de su peligrosidad potencial.

En segundo lugar, y ante todo, no hemos de perder de vista que en el fondo se presta atención a costes, tanto económicos como de bienestar o felicidad en sentido amplio y no meramente económico. El L&E tiene una raíz que lo emparenta con el utilitarismo clásico, aun cuando muchos de sus cultivadores se hayan ido alejando un tanto de esa raigambre utilitarista. Para el L&E, los sujetos deciden sus acciones sobre la base de un cálculo de utilidad individual que en parte importante es previsible cuando quien decide tiene información suficiente y cuando tenemos nosotros información suficiente sobre él. Pero que el sujeto decida según ese patrón de racionalidad individual no convierte en justa ni socialmente conveniente esa su decisión. Así, un sujeto puede calcular con acierto que el balance coste-beneficio del delito y de la pena es favorable al delito y, en consecuencia, puede previsiblemente dicho sujeto decidirse a consumir la acción delictiva. Su acción será vista como racional en ese sentido, pero será contraria al propósito que subyace a la norma penal que viola y a la normativa penal en general. Pues un derecho penal se justifica en la práctica tanto más cuanto más eficiente sea, y esa eficiencia no se mide en clave de costes o beneficios individuales, sino de costes y beneficios sociales, del conjunto social. En otras palabras, un sistema penal con sanciones muy escasamente disuasorias o muy ineficaz a la hora de perseguir y castigar las conductas tipificadas como delitos puede

¹⁹ Sobre ese prejuicio tan frecuente y sobre su error de base, véase Íñigo Ortiz de Urbina, *op.cit.*, pp. 65-66.

resultar muy “positivo” o ventajoso para los muchos ciudadanos que se animen a delinquir y gran parte de los cuales no recibirán castigo o lo tendrán muy leve; pero ese mismo sistema es socialmente inconveniente y desventajoso, ya que no evita los costes sociales que supuestamente trata de aminorar.

Pues no olvidemos algo en lo que tal vez se debió insistir ya hace rato, como es que para el L&E lo que justifica la tipificación delictiva y la punición de ciertas acciones son los costes sociales colectivos de las mismas. El delito lo es, o debe serlo, porque esas acciones que como delito se tipifican son acciones que “empobrecen” la sociedad, que merman el nivel general o promedio de bienestar o felicidad.

En este último punto nos topamos con una peculiaridad metodológica del L&E, en su aplicación al derecho penal. Mientras que, por una parte, pone en su centro al *homo oeconomicus* o individuo que decide racionalmente a base de calcular la utilidad que le pueden reportar sus alternativas de acción, individuo que así y por eso optará entre cumplir la norma prohibitiva o vulnerarla, por otra parte, para el L&E, el sistema penal como tal no se justifica por razón de ningún individuo o bien individual en sí, no para proteger a la víctima individual ni para retribuir la mala conducta del delincuente, sino por razones macro, por razones sociales, pues es configurado el sistema penal (y el Derecho en general) como una herramienta poco menos que de ingeniería social y dirigida a aumentar cuanto sea posible el balance general de bienestar o felicidad.

Es a partir de lo anterior como podemos entender el primer argumento posible contra la acusación al L&E de que sea una doctrina abocada a justificar el punitivismo desenfrenado, justificándolo en aras de la mayor eficiencia de la normativa penal. Pues si lo que más importa no es la persecución de ciertas conductas por razón de su inmoralidad, injusticia o intrínseca maldad o su carácter dañoso para las concretas víctimas, sino el logro del mejor nivel posible de bienestar o felicidad global, hay que tener en cuenta que un sistema penal, con sus limitaciones de la libertad y sus castigos, no sólo incrementa bienestar, sino que también lo limita, y que seguramente hay un umbral a partir del cual el balance de un sistema penal con penas más duras ya no es positivo, sino negativo. No es difícil pensar que en una sociedad en la que hasta la infracción más nimia estuviera duramente penada y en el que las penas para los delitos tenidos por más graves fueran atrocemente fuertes, seguro que habría gran

eficiencia preventiva, pero escaso bienestar o felicidad, de resultados del miedo de cada uno al uso erróneo de su autonomía. El *homo economicus*, el decisor racional, calcularía sus acciones y el resultado de ese cálculo se puede suponer muy contrario a la opción delictiva, pero sería un cálculo acontecido en estado de terror, de fortísimo malestar. A lo mejor tendría sentido hablar de que, superado un umbral, hay una utilidad marginal decreciente de cada aumento de penas para el bienestar social, hasta llegar a un punto en que el incremento adicional de las penas ya no sólo es inútil, sino dañino para el bienestar del grupo.

4.5. Armarse de valor.

Tercera observación. Es muy probable que cualquier lector de las páginas anteriores haya pensado que todo se apoya en una quimera, ya que se da por supuesto que son mensurables y commensurables el “beneficio” del delito, por un lado, y la intensidad de la pena, por otro. Naturalmente que cabe discutir ese presupuesto, pero el penalista que objete puede a su vez ser sometido a algunas objeciones de no fácil resolución.

Primeramente, porque es difícil negar que, en nuestra vida ordinaria y de continuo, hacemos ese tipo de balances, valoraciones comparativas, ponderaciones de alternativas o como queramos llamar. Cierto que casi nunca asignamos magnitudes numéricas a las alternativas, a no ser, si acaso, cuando hacemos cálculos de costes económicos con información suficiente sobre precios. Cuando yo me planteo si esa noche que salgo con los amigos a cenar y quedó mi pareja en casa, voy a regresar a una hora razonable o voy a estar hasta las tantas tomando copas con los últimos que se vayan, asigno ciertas magnitudes al enfado posible de mi pareja y a sus efectos sobre mi vida y mi estado de ánimo, por un lado, y a lo que espero divertirme con los colegas de ese modo y en lo que queda de noche, por otro, y en función del balance que me salga decidiré. Por eso hay una diferencia capital y definitiva entre decidir de esa manera o decidir jugando a cara o cruz las alternativas.

Además, el principio de proporcionalidad entre gravedad del delito e intensidad de la pena, tan grato a los penalistas, pierde sustento si no es posible una consideración comparativa de ambos extremos, comparación que comienza por atribuir algún tipo de grado o magnitud. Tal hacemos desde el mismo momento en que, por ejemplo, decimos que la pena del delito tal es más grave o es más suave de lo que a la gravedad de la acción delictiva

corresponde. Si se sostuviera que ese tipo de juicios están faltos de cualquier apoyo o de la más mínima racionalidad, el principio de proporcionalidad penal haría mutis por el foro y habríamos de prescindir de tal idea regulativa.

Se podrá alegar que mismamente al hacer ese balance de la proporcionalidad se está presuponiendo un patrón de medida que tiene más que ver con alguna forma de moralidad o con alguna clase de valor bien distinto del criterio de costes y beneficios para el bienestar que usa el L&E. Pero las réplicas posibles a una observación así son dos. Una, la de que no es tan evidente que no pueda usarse como pauta para la idea de proporcionalidad penal esa misma empleada por el L&E. La otra, que, como más de un representante eximio del L&E ha subrayado, no hay incompatibilidad teórica a la hora de complementar con ideas sustantivas de justicia los análisis del L&E. Igual que, en mi opinión y en otro orden de cosas, no hay radical incompatibilidad, sino necesaria complementariedad, entre fundamentaciones preventivas y retributivas del castigo penal.

Regresemos a aquella distinción que antes se recordó, la distinción entre “cálculos” de política criminal y “cálculos” del sujeto que va a decidir entre cursos de acción alternativos, uno de los cuales implica delinquir. En ambos casos, creo que no está fuera de lugar hablar de que se hace un balance de costes y beneficios, aunque no hay por qué pensar que ese cálculo es o debe ser reducible a un cálculo puramente económico, monetario.

4.6. Lo que el legislador penal debe calcular, y cómo.

Empecemos con las decisiones de *política criminal*, las atinentes a si penar o no determinada conducta. El derecho penal castiga conductas, pero no meramente porque en sí sean o puedan verse como inmorales o reprochables en algún sentido, sino para amparar determinados bienes individuales o sociales. Esa protección puede hacerse o bien penando la acción que daña el bien en cuestión, o, en ciertos casos, penando la puesta en peligro del bien en cuestión. Pero, así como se puede considerar que peca o se conduce inmoralmente el que tiene malos pensamientos²⁰, para el castigo penal se requiere o bien el daño para el bien protegido (la vida, la propiedad...) o bien la puesta en peligro del bien protegido, sea esto último por razón de actos preparatorios (si están penados) o de tentativa (en los delitos en que cabe punir

²⁰ El que desea la muerte de otro, por ejemplo.

la tentativa), sea por causa del alto riesgo que para el bien protegido suponen determinadas acciones²¹ no directamente dirigidas a dañar el bien protegido. Resumidamente, podemos decir que al derecho penal no le interesa la cualificación de la acción en sí, sino que las conductas se castigan penalmente por causa de sus efectos reales o potenciales. Es lo que también cabría llamar el elemento consecuencialista ínsito en el derecho penal.

Si el objetivo insoslayable es siempre, pues, el de la protección de cierto bien individual o social (la vida, la propiedad, la paz o el orden público, algunas instituciones del Estado, el orden constitucional...), tiene fundamento que hablemos de costes como componente básico de la política criminal, y tanto en sentido económico como en sentido no económico. Y como mínimo en las siguientes fases o los siguientes apartados.

(i) En primer lugar, hay que evaluar si cierta conducta genérica²² daña o no un bien de los que se estiman merecedores de esa protección especial. Previa es, por tanto, la catalogación de esos bienes susceptibles de salvaguardia penal, pero aquí vamos a dar por sentado que ese catálogo ya está establecido o que hablamos de bienes cuyo merecimiento genérico de protección penal no se discute, como la vida, la integridad física o la propiedad.

¿Cuánto vale la vida de una persona, en general o por término medio²³? Supongamos que a cien personas les pedimos que, en una escala de 1 a 10, valoren cuánto de grave les parece que se mate intencionadamente a alguien, no concurriendo razones muy poderosas (como la legítima defensa propia o de tercero) para justificar el homicidio. Seguro que las magnitudes asignadas estarían en el tramo más alto de la escala, entre 8 y 10. Si a cien personas les pedimos que, en una escala de dureza de las penas, también entre 1 y 10, valoren cuál es la pena que merece el homicidio, es prácticamente seguro que asignarán valores muy

²¹ Por ejemplo, conducir muy borracho.

²² La norma penal, como norma general y abstracta, tipifica conductas genéricas. Es la sentencia la que califica conductas concretas e individuales normativamente y sobre la base legal preestablecida.

²³ La puntualización “en general o por término medio” es importante. Si nos preguntamos cuánto vale la vida de Hitler o la de Stalin o la de Pol Pot o la de cualquier tirano tremendamente sanguinario, a efectos de decidir si su vida debe estar penalmente protegida, seguramente acordaremos muchos que no vale nada y que quienes los mataran no merecerían castigo, sino premio, si acaso. Algo de eso sabían ya los teóricos medievales del tiranicidio.

semejantes a los anteriores. Es difícil imaginar que alguien considere que un delito muy grave merece una pena leve, por ejemplo. Está operando ahí una especie de intuición elemental de justicia retributiva o del principio de proporcionalidad penal.

Si estamos de acuerdo en que ese sencillo experimento es viable y tiene sentido y en que podría reproducirse para un gran número de posibles conductas que generalmente se consideran como merecedoras de pena o no merecedoras de pena²⁴, aparecerá pronto la cuestión teórica más interesante: ¿a qué podemos reconducir esas valoraciones?, ¿qué *unidad o patrón de medida les subyace*?

Si decimos que se trata de un patrón moral anclado en la moral social positiva, seguramente decimos algo tan cierto como casi trivial. Ya he escrito antes que no es fácil que, al menos en un Estado democrático, sea delito un comportamiento que socialmente no se considera moralmente reprochable²⁵. Si queremos concretar más, el problema se nos complica por causa de la muy diversa naturaleza del bien protegido según los tipos de delitos. En ese sentido, poco tienen en común los delitos contra la vida, contra la propiedad o contra el erario público, por ejemplo. Y, sin embargo, esas diversas conductas que atentan contra esos bienes tan disímiles no son inconmensurables en la práctica o para los ciudadanos.

Pensemos en otro sencillo experimento. Si preguntamos a cien sujetos si consideran más grave (y, por tanto, merecedor de pena más severa) o menos grave (merecedor de pena menos severa) un homicidio o una defraudación fiscal de veinte mil euros, van a coincidir en la mayor gravedad del delito contra la vida. Puede parecernos que vida y dineros públicos son bienes inconmensurables, pero todo el mundo los compara, a efectos de este tipo de valoraciones. Es más, aun en sociedades muy plurales y pluralistas en lo moral y lo político, como la nuestra, las

²⁴ Quedarían fuera los casos problemáticos, los muy discutidos, aquellos comportamientos respecto de los que socialmente hay gran discrepancia sobre si son reprobables (y en qué grado) o admisibles. Sería, por ejemplo, el caso del aborto voluntario, de algunos delitos relacionados con el tráfico de ciertos estupefacientes o de algunas expresiones, como la blasfemia, o de la formulación de determinadas opiniones de cariz político (como las favorables a algún grupo político o a un grupo terrorista, etc.).

²⁵ Aunque no todos los comportamientos moralmente reprochables se vean como merecedores de ser delito.

coincidencias en el resultado de estas comparaciones son mucho más amplias que las discrepancias.

Este no es el lugar para intentar alguna hipótesis sobre los patrones que componen esas valoraciones, valoraciones que subyacen a y dan sentido a cualquier política criminal razonable. Seguramente se combina en esas valoraciones toda una serie de variables, de patrones de juicio bien diversos. Lo que aquí nos interesa resaltar es que, de resultas de esos patrones y sean en concreto los que sean, salen siempre unas valoraciones desde las que se juzga sobre la gravedad de determinadas conductas real o potencialmente dañosas para algunos bienes y sobre el merecimiento de pena correspondiente a esa gravedad de la conducta dañosa. Así que, a efectos analíticos, llamemos V al patrón o unidad de valor que en el fondo subyace siempre, como resultado de esas combinaciones.

El valor de un bien penalmente protegido se mide en V. La gravedad del atentado contra el bien protegido equivale a costes en V, igual que el mal que la pena supone para el penado equivale a costes en V. Si, por ejemplo, una pena es pecuniaria, su coste es económico. Si es privativa de libertad, su coste es en parte intangible (pérdida de libertad durante el tiempo de cárcel, más pérdida de consideración social o estigma, etc.), pero también puede haber costes económicos, en especial en la variedad de lucro cesante. En cuanto al daño para la víctima, puede ser fundamentalmente intangible (por ejemplo, en los delitos contra el honor) o puede ser predominantemente económico, como en los delitos contra la propiedad. Pero, repito, aquí vamos a utilizar la variable V para referirnos en abstracto a los costes, y como unidad expresiva de la sorprendente commensurabilidad de esos costes en la práctica social.

En lo anterior estábamos refiriéndonos a costes para la víctima, cuando es individualizable, y para el actor del delito que es penado por él. Pero el derecho penal acarrea otros costes, y estos sí son traducibles a dineros. Porque coste económico tiene el mantenimiento del aparato estatal de seguridad y de justicia, coste económico tiene el sistema penitenciario y tienen las penas de cárcel, y a lo económico son traducibles también los costes de tramitación, en sus diversas variantes. Y también el delito tiene unos costes sociales, más allá de las víctimas concretas, que se pueden más o menos fácilmente computar en dinero contante y sonante. Y no solo eso, pues según haya más o menos delitos, los ciudadanos se verán impelidos a tomar más o menos precauciones

para prevenirlos²⁶ por su cuenta y en lo que ellos dependa, o para paliar económicamente sus efectos, y tales medidas suponen costes también.

Mas no es descabellado sostener que también desde ese punto de vista social hay costes intangibles (c^i) del delito, como pueda ser lo que afecte a la tranquilidad pública, a la confianza de los ciudadanos, a su ocio, a sus alternativas vitales o profesionales, etc., etc.

Los costes en V, tanto desde el punto de vista de víctima y delincuente, como desde el punto de vista social, podemos verlos como la suma de costes intangibles (c^i)²⁷ más costes económicos (c^e).

Así que el coste de un delito (c^d), en unidades de V, podemos representarlo así:

$$c^d (V^d) = c^{i1} + c^{i2} \dots + c^{in} + c^e$$

Esa misma fórmula podemos usar para representar el coste de la pena (c^p)

$$c^p (V^p) = c^{i1} + c^{i2} \dots + c^{in} + c^e$$

Y tanto puede servir esa fórmula para representar los costes del delito para la víctima (cuando es individualizada) como los costes del delito para la sociedad estatal²⁸ en su conjunto, y los costes de la pena para el penado y los costes de la persecución, condena judicial y ejecución de la pena para la sociedad en su conjunto.

Lo que el L&E propone en cuestión de política criminal es que, para cualquier delito, los costes sociales del delito no sean inferiores a los costes sociales de la pena. O sea, que lo que el Estado invierta para penar esa conducta como delictiva no sea más de lo que esa conducta socialmente cuesta; que, en términos de lo que la pena socialmente nos cuesta, el delito merezca la pena, que nos compense penarlo.

Pero no podemos dejar de atender a un elemento esencial. La razón que, según el L&E, justifica la tipificación de una

²⁶ Piénsese en el ejemplo fácil de la adquisición de alarmas y sistemas de seguridad para viviendas, instituciones o empresas.

²⁷ Al derecho no le es extraña la traducción a dinero de "costes" intangibles. El caso más claro es el del daño moral en la responsabilidad civil, pero hay bastantes más. Aquí estoy dando por sentado, sin fundamentarlo, que esas equivalencias dinerarias que los tribunales (o los legisladores cuando fijan baremos que abarcan cosas tales como el daño moral) hacen son fuertemente discretionales y no siguen ni pueden seguir un patrón objetivo.

²⁸ Mientras hablemos de un derecho penal estatal.

conducta como delito, con el “gasto” que ello supone, es precisamente el coste social de tal conducta. Y la función de la pena no es hacer que el delincuente pague el coste personal a su víctima²⁹, sino la disuasión general, el que haya menos de tales conductas y, con ello, menos costes sociales de las mismas. Un derecho penal es más eficiente cuando más disuade y a menor coste. Un sistema penal que respecto del delito D disuada un 90% es más eficiente que uno que disuada un 80%. Pero uno que disuada ese 90% con un coste menor es más eficiente que uno que disuada así con un coste mayor³⁰.

El Estado determina gran parte de la eficacia disuasoria de las normas penales mediante una serie de decisiones económicas y de gestión que tienen que ver ante todo con el sistema policial y el sistema de Justicia. Así, cuantos más medios personales y materiales tenga a su disposición la policía, más delincuentes podrán ser descubiertos y llevados ante el juez; y cuanto mejor diseñado esté el sistema procesal penal para evitar el efecto antipreventivo de que bastantes delincuentes se libren de la condena³¹. A más inversión en (y mejor gestión de) esos dos sistemas, mayor eficacia preventiva del derecho penal, pero también mayores costes económicos, y, en alguna medida, más costes intangibles también³². El L&E viene a decirnos que en algún punto ha de situarse ese equilibrio al que idealmente la política criminal de los estados tiene que aspirar.

Dejo aquí las consideraciones sobre la política criminal desde el punto de vista del L&E, pero no sin plantear la cuestión fundamental acerca de dónde estaría la grave incompatibilidad con los ideales y planteamientos de la teoría y la dogmática penal

²⁹ Esa, en cambio, si puede ser una función importante del derecho de daños.

³⁰ Reparemos en que, una vez que hemos aceptado que los costes no son meramente económicos, sino que cuentan también los costes intangibles (como pérdida de libertad, estigma social, etc.), tenemos en lo que se acaba de decir una razón más para sostener que, a igual disuasión, es más eficiente una pena menor. Si del delito D disuade igual una pena de tres años y una pena de dos, será más eficiente imponer la pena de dos, pues ahorra costes económicos y costes intangibles.

³¹ O de que inocentes la padezcan, lo cual puede tener también cierto efecto antipreventivo y, en cualquier caso, socava parte importante de los fundamentos del sistema.

³² Pensemos en los “costes” que en su calidad de vida padecería una sociedad con altísima presencia policial o en la que la policía dispusiera de medios técnicos para vigilar muy intensamente la mayor parte de las actividades de las personas.

al uso entre nosotros, y más si son, como suele, una teoría y dogmática marcadamente prevencionistas. Reducido el análisis penal del L&E a su lógica más elemental, lo que nos indica es que no tienen sentido o racionalidad defendible políticas criminales que supongan costes importantes y sean escasamente disuasorias, o normas penales que, justificándose por la necesidad de limitar delitos, no vayan acompañadas de las inversiones adecuadas para que sean efectivas, y queden meramente como legislación penal simbólica. No hay que penar lo que socialmente no tenga costes (en el sentido amplio y abarcador que se viene dando aquí a la expresión) y deben ponerse los medios precisos para que las normas penales disuadan en verdad de las conductas que sí tengan tales costes, pero siempre procurando que el remedio no sea peor que la enfermedad y que los costes de la persecución penal no superen los costes del delito mismo. Y, de paso, recibe apoyo el principio de proporcionalidad penal, en especial para quienes no sean retribucionistas.

Los ejemplos que podríamos traer a colación serían muchos, pero mencionemos uno solo. ¿Es racional, en esos términos del L&E, la persecución penal del tráfico de drogas de las llamadas blandas? ¿Compensa? ¿No sería mucho más útil destinar a otros fines sociales los ingentes medios que a la persecución y castigo de esos delitos se dedican, o aplicarlos a la prevención y castigo de otros delitos más graves? Y, por el lado inverso, ¿sería racional y socialmente conveniente despenalizar el robo y el hurto y remitir su arreglo, mediante indemnización por el daño causado y sin penas, al derecho de la responsabilidad civil extracontractual meramente?

4.7. Conocer para prevenir. O de los verdaderos rasgos del *homo poenalis*.

Pasemos al segundo aspecto, el referido al individuo que elige entre alternativas de conducta y calcula cuál le conviene más. Para que la política criminal pueda orientarse con sentido por un criterio de eficiencia preventiva y de balance de costes, ha de ser previsible el comportamiento de los ciudadanos, en cuanto respuesta a estímulos como la amenaza de la pena. Esto es, para que podamos anticipar con suficiente certeza cómo van a reaccionar ante un estímulo todos o la gran mayoría, debemos conocer cuál será la reacción de cada uno. Si, por ejemplo, cada ciudadano echase a los dados o jugase a la carta más alta si hace una cosa u otra, la delictiva o la que no, tales previsiones serían

imposibles y la misma política criminal tendría resultados por completo aleatorios, que la volverían perfectamente inútil³³.

Si, por tanto, se ha de poder prever la reacción social a una medida punitiva, se necesita, en primer lugar, trabajar un modelo ideal de individuo decisor y, en segundo lugar, hace falta que ese modelo no sea puramente ideal en el sentido de constructo acerca de cómo nos gustaría que las personas fueran y decidieran, sino que ha de ser real en el sentido de que refleja el modo como en verdad los sujetos decidimos cuando optamos entre cursos de acción alternativos. La política criminal regida por un designio de eficiencia preventiva y de costes será tanto más certera cuanto más exactas sean sus previsiones sobre las reacciones de los ciudadanos ante el estímulo penal, y ese grado de acierto dependerá muy esencialmente de lo ajustado a la real psicología de los individuos que sea tal modelo. Ese modelo de decisión individual racional lo tomó el L&E de la economía neoclásica; hasta que tal modelo entró en crisis, como muy pronto recordaremos.

Primero entretengámonos un rato con posibles candidatos para el modelo ideal de sujeto que decide y planteémonos cuál estará más cerca de la dogmática penal a la que estamos aquí acostumbrados.

Uno podría ser el del sujeto perfectamente sumiso. Sería quien reacciona con obediencia al mandato de la autoridad, cumpliendo siempre lo que se le ordena y absteniéndose de obrar del modo por la autoridad prohibido. Bien pensado, este estándar del individuo obediente a la autoridad está en las antípodas del sistema penal, pues si fuera real y pudiéramos usarlo como representativo del común de la humanidad, sería ociosa la previsión de sanciones para el incumplimiento del mandato

³³ Lo expresa perfectamente Silva Sánchez: “la tesis opuesta, la del rechazo categórico de la racionalidad del delincuente, tiene, a mi entender, efectos radicales e inasumibles. En efecto, si el delincuente no es, ni en alguna medida, racional, entonces la prevención por normas carece de sentido (siendo ésta, sin embargo, lo más característico -y lo más liberal- del derecho penal), quedando sólo la prevención <<técnica>>, así como la prevención especial por tratamiento o inocuización. En otras palabras, no es razonable conminar con desutilidades a quien no incluye el cálculo de las mismas en su toma de decisiones. Otra cosa es que la racionalidad del delincuente deba reducirse a una mera racionalidad instrumental o utilitaria, o deba, por contra, entenderse ampliada a una racionalidad valorativa” (Jesús-María Silva Sánchez, “Eficiencia y derecho penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 49, -pp. 93-128-, p. 105).

normativo de hacer o no hacer. Sería suficiente que la ley proveniente de la autoridad reconocida como legítima dijera que no se debe matar o no se debe robar, y ya con eso se acabarían los delitos contra la vida o la propiedad, sin que se dieran conductas antijurídicas que hicieran aplicable el castigo.

Un segundo modelo de sujeto racional ideal es el que podríamos llamar modelo del individuo moralmente virtuoso. Sería aquel que siempre obra en consonancia con el mandato de la norma justa. A ese no es la autoridad por la autoridad lo que le impele a comportarse de uno u otro modo, sino la convicción de que si una acción es moralmente debida, la conducta debe acomodarse a tal norma justa. Un derecho penal completamente eficaz sería el que contuviera normas justas, ya que tales normas no serían vulneradas por sus destinatarios. Si rige unánimemente la convicción moral de que matar es gravemente inmoral, bastará que el derecho penal vea el homicidio para que no haya homicidios. Pero la objeción que a este modelo se puede hacer es que no hace solamente ociosa la pena, como el modelo anterior del sujeto sumiso, sino que, en el fondo, hace prescindible la norma penal misma, ya que bastarían los acuerdos morales en la sociedad vigentes para limitar en la práctica las conductas indebidas, sin que se necesite para nada un derecho penal, que resultaría una normativa redundante de esa normativa moral que ya es por sí eficaz en la dirección de tales conductas.

Así pues, no tiene sentido que la teoría penal presuponga como destinatario de las normas penales ni un modelo humano de sujeto sumiso ni uno de sujeto moralmente virtuoso. Entonces, ¿cuál será el que subyace a la dogmática penal al uso? Mi hipótesis es que se trata del sujeto desfalleciente. Se trata de un modelo más complejo que esos dos anteriores y que recoge los caracteres de ambos y alguno más. El sujeto desfalleciente es aquel que junta las siguientes notas definitorias del carácter que basa sus decisiones:

a) Reconoce la autoridad legítima y en sus mandatos ve una buena razón para ordenar sus conductas. En ese sentido, no es un ácrata radical, por ejemplo.

b) Está bien dispuesto para respetar las normas que considera justas, más que las que considera injustas. En la convicción de que son justas las normas halla una razón de mucho peso para atenerse a ellas. Por ejemplo, si piensa que es injusto matar, normalmente no matará, aunque sepa que va a quedar impune su acción porque tiene a su alcance el crimen perfecto.

c) Pero la acción de ese sujeto puede también estar condicionada por factores que limitan el alcance de los dos móviles anteriores, el de la autoridad y el de la justicia. Entre esos factores cabe citar, quizá como los más importantes, los siguientes: el error cognitivo, la debilidad de su voluntad y el desacuerdo, sea este con el contenido de la norma, sea con la legitimidad de la autoridad.

- En el error incurriría quien no es capaz de ver o asimilar o bien el fundamento de legitimidad de la autoridad, o bien el fundamento de validez de la norma penal como norma justa. La deficiente formación o las escasas luces del sujeto penal lo llevan a elegir la vía del delito, pues no lo motivan suficientemente esos dos estímulos de naturaleza intelectual, el valor de la autoridad y el valor moral de la norma misma. El límite de su responsabilidad está en la culpabilidad, en su capacidad para ser culpable. No es la suya una incapacidad intelectual, sino un defecto cognitivo superable, pero no superado.

- La debilidad de carácter es un defecto volitivo. Aunque reconozcamos que la razón está de parte de la autoridad y/o de la norma, sucumbimos a la tentación, ya que no somos lo bastante fuertes como para sobreponernos a ella. Sabemos que está muy mal apropiarse de lo ajeno y que tiene toda razón de ser el mandato de la autoridad legítima que lo prohíbe y lo castiga, pero nos quedamos con esa cartera que se le acaba de caer al que va delante y puesto que creemos que nadie nos ha visto cogerla.

- El desacuerdo, sea con la autoridad legisladora y porque la tenemos por ilegítima, sea con el contenido de la norma porque la estimamos muy injusta, nos puede impulsar a veces a la desobediencia, una obediencia que personalmente somos capaces de fundamentar como política y moralmente justificada y no como fruto de nuestra debilidad de carácter, sino, al contrario, como resultado de la fuerza de nuestras convicciones. Si este tipo de comportamiento está punido en nuestras sociedades, es precisamente por causa del reconocimiento constitucional del pluralismo político y moral, que hace que no haya una única moral oficial y debida, sino legítima diversidad de creencias políticas y morales. Siendo esto así, estaría abocado al fracaso un sistema penal que no castigara determinados incumplimientos normativos (apropiarse de determinados bienes, no pagar impuestos, ciertas prácticas sexuales, determinados ejercicios de autoridad en el seno de la pareja o la familia...) cuando estuvieran

avalados por creencias muy arraigadas en el sujeto o en un grupo específico de la colectividad estatal.

Si me parece que ese modelo del individuo desfalleciente es el más adecuado como presupuesto de la teoría penal vigente en nuestro ámbito es porque da sentido a la orientación preventiva de la misma e, incluso, a su enfoque antirretribucionista. Al infractor no se le pena por ser malo ni propiamente porque lo merezca, pues, según como se mire, a lo mejor ni lo merece moralmente del todo, como se aprecia en el caso del que delinque por desacuerdo; esa, la retribución de la maldad moral como atributo del sujeto o su acción no sería, para la penalística dominante, la función del derecho penal.

Por otra parte, y sobre todo, nuestra dogmática fundamenta la pena en su función preventiva. En cuanto prevención positiva, la norma penal y su respectiva pena aleccionan al individuo y al grupo al recordarles qué es lo debido al que no sabe bastante o al que tiene una voluntad débil. Y con el que está en desacuerdo opera la prevención negativa, pues se le hace ver que la sanción penal se aplica también a esa conducta que a él le parece justa y que es opuesta a la norma común, por lo que no le exonera, en lo penal, la justificación moral que él para su proceder halla.

Pero, si ese puede ser el modelo de sujeto que nuestra teoría penal presupone, toca que nos preguntemos si tiene alguna utilidad como modelo sobre el que basar previsiones de eficacia o eficiencia de la norma penal. Mi opinión es que funciona más como postulado que como dato capaz de fundar previsiones empíricas. Quiero decir que ese modelo antropológico o de sujeto penal es el que da cierta congruencia teórica a esta dogmática penal, pero que es acogido por la misma precisamente porque permite esa congruencia en un plano puramente teórico o ideal, no porque con base en él se quiera y se pueda hacer previsiones sobre eficacia preventiva real (positiva o negativa) de cualquier norma penal o de un sistema penal en su conjunto. Al penalista al que estamos habituados tales previsiones empíricas le interesan bastante poco, y por eso no se ha esmerado gran cosa nuestra ciencia penal en desarrollar un modelo ajustado y útil de sujeto penal que elige entre cursos de acción alternativos, de los cuales uno es el que corresponde a la acción delictiva. Le basta al penalista al uso con pensar que el cumplimiento de la norma es la regla, porque el común de los ciudadanos es moralmente virtuoso y, además, reconocen los ciudadanos el buen fundamento de los

mandatos legales en la legitimidad del legislador, y que la infracción es la excepción, excepción debida a alguno de aquellos defectos cognitivos o volitivos o a razones ideológicas. Frente a esos motivos excepcionales como detonante o impulso de la acción delictiva, la pena (como mera amenaza ya, y más al ser aplicada) cumple su función preventiva y por regla general la cumplirá tanto más cuanto más aflictiva sea, ya que será tanto más aleccionadora (prevención positiva) o negativamente disuasoria (prevención negativa) cuanto más dura resulte.

5. ¿Es irracional e imprevisible el *homo poenalis*? La revolución del *Law and Economics* conductual.

Nuestro modelo estándar o usual de dogmática o teoría penal presupone un fundamento de eficacia, utilitarista o preventivo de la pena, pero está escasamente interesado en cálculos y previsiones de la eficacia preventiva real del castigo penal, ya que, en su fondo y aunque rechace el retribucionismo porque lo asocia con bajos instintos individuales y colectivos, está impregnado de moralismo y da por sentados ciertos presupuestos de justicia retributiva, como mandato de hacer lo debido y merecido con el delincuente y, también y en lo posible, con la víctima.

Por su lado, el primer L&E no legitima o justifica las penas en un postulado teórico de eficiencia, sino en su eficiencia real, entendida esta en términos de costes y entendiendo tal noción en sentido monetario, pero no solo monetario, ya que se incluyen también ciertos costes o ganancias intangibles, como lo que sufre el preso por la falta de libertad o el daño moral de la víctima de una calumnia o de una injuria, o el placer, diverso, que obtiene el autor de la consumación de un delito sexual o de un delito contra el honor.

Sobre esa base, en su primera época, el *Criminal Law and Economics* tomó como base de la posible previsión de eficiencia del sistema penal aquel modelo de sujeto racional de la economía neoclásica. Ese sujeto, como ya hemos visto, decide sus acciones a partir de un cálculo de costes y ganancias y se guía siempre por la maximización de su utilidad individual; es decir, escoge la alternativa de la que, según sus cuentas, tanto más fiables cuanto más sea la información cierta que posea, le reportará un mejor balance. Si, por ejemplo, el sujeto concluye, analizado todo, que la acción legal le producirá una ganancia de 3 y la acción ilegal le ocasionará una ganancia de 5, se inclinará por esta última. La

pena es siempre pérdida contrapuesta al beneficio del ilícito, y esa pérdida ya hemos visto que se calcula antes que nada multiplicando lo que la pena resta por la probabilidad de su imposición.

Por supuesto, ese sujeto racional ideal que persigue la maximización de su utilidad individual resulta en sus decisiones perfectamente previsible cuando tiene y sabemos que tiene toda la información relevante y que, en consecuencia, incluye en su cálculo cosas tales como costes de oportunidad. Así que, bajo condiciones ideales, las decisiones de ese sujeto modelo resultan muy previsible. Si robarle 1.000 euros a un vecino tiene una pena de 2.000 euros y si la probabilidad de ser descubierto, procesado y condenado es del 30%, tenemos que la pérdida que se sopesa es de 600³⁴, con lo que del delito queda un beneficio de 400 y no tendrá efecto disuasorio la norma penal que dispone tal pena para ese robo³⁵.

El paso de la penalística tradicional (de estirpe europea, fundamentalmente) al análisis económico del derecho penal significó la transición de un modelo teóricamente preventivo, pero sin base en un modelo de sujeto racional que permitiera el cálculo de eficiencia de las normas penales, a una teoría penal que pone en el primer plano de sus elaboraciones tal modelo de decisión y de decisor racionales. Pero al cabo de pocas décadas, y dentro del propio movimiento del L&E, aconteció una sorpresa mayúscula que revolucionó tal teoría: ese sujeto racional presupuesto y tan exquisitamente elaborado, resultó, al parecer, completamente irreal. Y acabó apareciendo como irreal por detalles que descubrieron los psicólogos cognitivos más prestigiosos del mundo y que..., ya sabían nuestras abuelas y estaban de siempre reflejados en el refranero y los dichos populares.

El ataque desde dentro, por así decir, provino de una serie de experimentos psicológicos³⁶ que mostraron que los humanos

³⁴ $2.000 \times 0.3 = 600$.

³⁵ Estoy trabajando con un modelo extraordinariamente simplificado, casi caricaturesco, ya que solamente he tomado en cuenta el coste que supone la amenaza real de pena de esa pena pecuniaria, amenaza real proveniente de multiplicar la pena legalmente prevista por la probabilidad de su imposición efectiva. Pero puede y suele haber más costes que habría que incluir en ese cálculo, como, entre otros, el coste de la estigmatización social (cuando la hay) por ser condenado como ladrón.

³⁶ Hay dos libros deliciosos y extraordinariamente entretenidos que relatan la génesis de esos experimentos y la personalidad y las reacciones de algunos de

de carne y hueso no se comportan con la debida frecuencia como se espera de ese individuo racional que es el *homo oeconomicus*. Pues, por resumir, los sujetos reales ni son tan fríos y cerebrales como él en su manejo de la información y en sus cálculos, debido a que están sometidos a una gran variedad de sesgos cognitivos, ni son tan egoístas o meramente autointeresados y maximizadores de la utilidad individual, ya que bastante a menudo se guían por consideraciones o bien de altruismo o bien de sentido de la justicia o *fairness*, que los hacen no optar por la opción más beneficiosa, o al menos no por la económicamente más beneficiosa.

Sobre la influencia de los sesgos cognitivos se citan de continuo una serie de experimentos que indican que ciertas condiciones de nuestro modo de asimilar y recordar la información hacen que los efectos de algunos estímulos sobre nuestras decisiones no sean los esperados. Así, parece demostrado que cuando vivimos una experiencia de cierto tiempo no recordamos por igual todo lo que en ese tiempo nos sucedió, sino que recordamos con más intensidad o predominantemente los momentos primeros y finales, y esa es la impresión principal que nos queda. Si, por ejemplo, hacemos un viaje de veinte días en vacaciones de verano y tenemos un tiempo magnífico durante todo ese periodo, salvo los dos últimos días, en los que llueve sin parar, nos quedará la sensación de que hemos padecido en ese viaje muy mala suerte y ha habido un clima malo; mucho más que si hubiera llovido cuatro días a la mitad de ese viaje y los días de después hubiera lucido el sol. Y no digamos si, tras dieciocho días perfectos y lluvia en los dos del final, luego el avión de vuelta se retrasa cinco horas. Nos parecerá en el futuro que han sido unas vacaciones horribles. Si esos resultados experimentales no engañan, para que la pena de cárcel tenga efectos disuasorios sobre el que ya la vivió, a efectos de que no reincida en el delito, importará más lo que haya sentido al entrar de la cárcel y en sus momentos finales en ella que la duración misma de tal pena. Con eso se estaría cuestionando el viejo dogma de que una pena privativa de libertad disuade tanto más cuanto más larga es.

sus más importantes autores. Son el de Daniel Kahneman, *Pensar rápido, pensar despacio*, Madrid, Debate, 2012, trad. de J. Chamorro Mielke (el original en inglés, *Thinking, Fast and Slow*, es de 2011), y el de Richard H. Thaler, *Misbehaving. The Making of Behavioral Economics*, New York, W.W. Norton & Company, 2015.

Otro descubrimiento muy sonado es el de que los seres humanos tendemos a mantener constantes nuestros niveles de felicidad o de sensación de bienestar, a base de acomodar tales sensaciones a los cambios en nuestra suerte y nuestras circunstancias. Sobre el papel, se pensaría que una persona que tiene un grave accidente y queda para siempre en silla de ruedas va a ser muy desdichada durante toda esa vida restante, y mucho menos feliz de lo que antes era; de igual forma, creemos que si a alguien le toca un gran premio en la lotería y se vuelve millonario ya va a estar mucho más contento y feliz en adelante. Pero la experimentación muestra que no es así y que en cada persona la felicidad tiende a equilibrarse siempre, al cabo de un poco de tiempo, en un punto personal de cada uno. Es decir, que ese que ha tenido el accidente al cabo de un año ya se siente muy parecidamente a como se sentía antes, y, del mismo modo pasa con el afortunado en la lotería³⁷.

En cuanto al sentido de la justicia como móvil de las decisiones, se han hecho también pruebas muy interesantes. El modelo neoclásico de decisión racional nos decía que tendemos prácticamente siempre a elegir la alternativa de acción que más nos favorece, según el balance de costes y beneficios, y más claramente aun si ese balance es dinerario o fácilmente traducible a términos monetarios. Pero algunos experimentos capitales dan testimonio de que eso no es ni mucho menos así y que cierto sentido de lo que es equitativo o moralmente abusivo influye mucho en nuestras decisiones, hasta en las más palmariamente económicas.

Pensemos en el famoso ejemplo del “juego del ultimátum”³⁸. Se forman dos grupos de personas elegidas aleatoriamente. Se juntan en parejas separadas y dentro de cada pareja a uno se le nombra proponente y al otro respondente. Las condiciones del juego son las siguientes. Al proponente se le dan 100 euros y el respondente sabe que los ha recibido para hacer ese

³⁷ A lo mejor algo de eso se expresaba ya en la sabiduría popular, con dichos como que no hay mal que cien años dure o que el dinero no da la felicidad.

³⁸ Lo contaré haciendo una adaptación del caso que, entre muchos otros, narra Richard H. Thaler, *Misbehaving. The Making of Behavioral Economics*, op. cit., pp. 140ss. Cuenta Thaler que ese experimento lo realizaron Daniel Kahneman, Jack L. Knetsch y él mismo en los años ochenta, pero luego descubrieron que uno igual y con los mismos resultados había llevado a cabo un equipo dirigido por el economista alemán Werner Güth, y que fue ese equipo alemán el que le puso ese nombre que perdura, el de “juego del ultimátum” (ibid., p. 141).

juego con él. De esos 100 euros, cada proponente puede ofrecerle a su respondente la cantidad que esté dispuesto a compartir con él. El respondente puede aceptarle o no esa cantidad. Pero cada uno, proponente y respondente, no tiene más que una oportunidad; es decir, el proponente podrá hacer una única oferta y el respondente podrá aceptarla o rechazarla, pero no regatear ni hacer propuestas alternativas. Eso sí, si el respondente acepta esa única oferta del proponente, cada uno se queda en propiedad y para siempre con su cantidad correspondiente: el respondente con lo que aceptó recibir y el proponente con lo que resta después de descontar lo que ofreció al otro y el otro tomó.

La pregunta es: ¿cuánto ofrecería y cuánto aceptaría el *homo oeconomicus* de la teoría económica neoclásica que había asumido el L&E como modelo de decisor racional? Thaler nos explica cuál sería el resultado indudablemente esperable: “si usamos la asunción económica estándar de que la gente es egoísta y racional, la teoría de juegos produce una predicción clara para este juego. El proponente ofrecerá la cantidad más baja posible (cincuenta céntimos en nuestra versión) y el respondente aceptará, cincuenta céntimos es más que nada”³⁹. Pero los resultados no confirmaron esa hipótesis, sino la de los autores del experimento: que uno de los móviles de los sujetos es el sentido de la justicia o equidad y que asumen el fuerte riesgo de perder si la oferta que se les hace les parece inicua, con lo que prefieren esos respondentes sancionar así a los ofertantes egoístas y hacer que pierdan ellos también todo, aunque sea a costa de quedarse igualmente sin nada ellos mismos, los respondentes. Según explica Thaler, los resultados acreditan una fuerte propensión de los respondentes a rechazar toda oferta por debajo del 20% de la cantidad en juego.

Si los móviles de equidad influyen también determinadamente en nuestras decisiones económicas, eso nos puede explicar, por ejemplo, que haya muchos que no estén dispuestos a comprarse las zapatillas de deporte más baratas del mercado si saben que son hechas por niños semiesclavos, aunque necesiten adquirir unas zapatillas de deporte y tengan que pagar por cualesquiera otras un precio mayor. O también podemos entender que no todo el mundo, ni mucho menos, se quede con el dinero de más que le da el taxista o el camarero que se equivocó al entregarle la vuelta, aunque eso sería lo propio del *homo*

³⁹ Richard H. Thaler, *Misbehaving...*, op. cit., p. 141.

oeconomicus que va nada más que a lo suyo, a maximizar su utilidad individual.

¿Y eso en qué afectará al derecho penal y a los cálculos sobre su eficiencia? Si la inmensa mayoría de los ciudadanos somos del estilo de ese *homo economicus* de la economía neoclásica y del primer L&E, los cálculos de política criminal que deben dar lugar a una normativa penal bien eficiente podrán dar por sentado que:

a) Todo delincuente potencial, todo sujeto que valora si realiza o no la conducta delictiva, se guiará nada más que por la comparación entre el beneficio esperable y el perjuicio temible⁴⁰. Si el balance es favorable al delito, delinquirá.

b) Cualquier ciudadano que se sienta individual o colectivamente perjudicado por un delito real o potencial estará a favor de la pena más alta para el mismo, ya que, en principio, esa pena para él no tendrá coste alguno o lo tendrá nimio⁴¹ y, sin embargo, los efectos disuasorios para los posibles delincuentes serán mayores cuanto mayores esos costes en pena a la que se exponen.

Tengo la firme convicción de que no hace falta ser un psicólogo y economista norteamericano para saber que no es así como sentimos y decidimos. Si a cien mil españoles se nos preguntara de un día para otro⁴² si estamos de acuerdo con que a todo el que robe un teléfono móvil o el equipo de sonido de un coche se le imponga una pena de treinta años de cárcel, responderíamos casi unánimemente que no. Igual que sería negativa la contestación si la cuestión versara sobre si nos animaríamos a violar a una persona a la que deseamos mucho, en caso de que fuera total y absoluta la garantía de que no seríamos castigados.

Lo que la llamada “economía conductual” vino a aportar con sus experimentos a la teoría económica fue la base empírica para la crisis del *homo oeconomicus* neoclásico. Y en cuanto que

⁴⁰ Valorando también, obviamente, los costes de oportunidad. Un individuo sabe que puede dedicar los próximos meses a acabar de prepararse para conseguir un trabajo que le reportará una ganancia determinada, o para realizar un atraco del que espera con fundamento un fruto muy alto y por el que calcula con buena información que es mínimo el riesgo de que lo atrapen y lo condenen

⁴¹ Lo que resulte de repartir entre todos los ciudadanos el coste de, por ejemplo, subir por cierto delito la pena de cinco años a cadena perpetua.

⁴² Quiero decir sin largas campañas previas de manipulación en algunos medios de comunicación o por ciertos individuos con intereses torticeros.

la suya era el modelo de decisión racional que daba por sentado la primera hornada del L&E, también a este movimiento afectó, constituyéndose entonces una variante muy potente, el llamado “*Behavioural Law and Economics*” o análisis económico conductista del derecho, si así se puede traducir del modo más comprensible y menos malsonante. ¿Ha sido un cambio revolucionario que acaba con el modelo anterior de L&E o dará pie nada más que a una readaptación de unas pocas tesis y a la mayor complejidad de fórmulas que antes parecían más sencillas?

Esas dos tesis contrapuestas, la revolucionaria y la integradora, se enfrentan con fuerza en la doctrina durante las tres últimas décadas. No me detendré aquí en los argumentos de unos y otros, sino que haré nada más que un par de consideraciones, para avanzar al fin hacia el punto final de este trabajo.

6. ¿Qué tipo de costes y qué beneficios?

En mi modesta opinión, lo que la economía conductual destierra para siempre de las ciencias económicas y sociales es la idea de que nuestra racionalidad “normal” y plenamente habitual, como humanos que somos, atiende solo o de modo muy preferente al balance económico, dinerario, monetario, de nuestras alternativas de acción. Sobre nuestras decisiones pesan con fuerza las razones económicas, y razones económicas pueden ser las que nos lleven a preferir un trabajo mejor pagado a uno peor pagado, entre dos que nos satisfagan aproximadamente igual, o a preferir comprar una casa que cueste menos en lugar de una que cueste más, si la elección se da entre dos que nos resultan básicamente equiparables a otros efectos que nos importen. Pero también parece bien obvio que no siempre (más bien pocas veces) decidimos casarnos con la persona más rica de las candidatas a ser nuestro cónyuge, igual que muchas veces preferimos la casa que nos cuesta más si desde ella se divisa un mejor paisaje, o el trabajo con sueldo más bajo si es el que nos permite sentirnos personalmente más realizados. Para el viaje hacia esos descubrimientos no hacían falta alforjas, francamente.

Pero seamos justos y apliquemos esa “natural” *fairness* también en esto. Ya hace rato hemos recordado que apenas ha habido autores del L&E que hayan tratado de reducir todos los costes a términos de dinero o de lo que cualquier cosa cuesta o de lo que uno estaría dispuesto a pagar por ella, y ya hemos dicho también que el entramado de estímulos o condicionantes que permiten, hipotéticamente, prever las decisiones de las personas

abarcen los económicos, pero también otros que llamamos intangibles. Por eso antes hemos llamado V a la teórica unidad de medida que se aplica al decidir.

Creo que no es incompatible con el L&E entender que de V, de esa medida, forma parte todo aquello que los humanos de modo general valoramos positiva y negativamente en nuestras vidas. Serán poquísimos ciertamente, los que, preguntados sobre si prefieren recibir más dinero o menos dinero, responderán con sinceridad que menos dinero, y que cuanto menos mejor⁴³. Pero es probable que sean mayoría los que, interrogados acerca de si quieren recibir sin riesgo alguno ni ahora ni luego y sin contraprestación por su parte, una gran cantidad de dinero procedente de un atraco muy violento y con muertos, dirán que para nada. ¿Es todo eso porque, incongruentemente, unas veces apreciamos el dinero y otras veces lo despreciamos? No, es porque el dinero no es el único incentivo que mueve nuestra conducta, sino que compite con otros y de muy diversa naturaleza. En más de cuatro oportunidades muchos preferirán salir económicamente perjudicados con tal de que su acción sea favorable al amor, la compasión, el sentido de la equidad, y sentimientos e impulsos semejantes; o también, por qué no, el odio, la envidia, la soberbia, la vanidad u otros de ese jaez. Quién no está dispuesto a llegar hasta la seria inmoralidad con tal de acabar teniendo un coche mejor que el de ese cuñado que pasa el suyo ante nuestras narices siempre que puede. Aunque suene tautológico, podemos decir que para nuestras decisiones sobre el modo de conducirnos son estímulos positivos aquellos que nos favorecen y son estímulos negativos aquellos que nos perjudican, y que esos estímulos favorables o desfavorables lo son por referencia a los patrones valorativos sobre los que construimos

⁴³ Entre otras cosas, porque si uno no lo quiere para sí, siempre puede regalarlo a quien le parezca que lo merece o lo necesita más. Que usted no quiera ser rico no implica que no desee que, sin injusticia y por ejemplo como resultado de un sorteo, le regalen un millón de euros, pues con ellos podrá hacer felices a unas cuantas personas muy necesitadas, podrá pagarle una carrera a ese joven pariente suyo que ni tiene medios para estudiar, etc., etc. Es como si, a igualdad de justicia entre dos estados, alguien dijera que prefiere vivir en un estado más pobre que en uno más rico. Esa preferencia choca con el sentido común o la más elemental racionalidad. A lo mejor, un día acabamos descubriendo que son unos egoístas feroces muchos de los que a gritos proclaman que por nada del mundo querrían ser ricos; cosa que un servidor hace tiempo ya que sospecha de más de cuatro anticapitalistas gorditos que ni a tiros invitan a un café a sus colegas o amigos.

nuestras vidas. La riqueza, el dinero, es uno de ellos. El sentido de la justicia, que permite a cada uno que vive según su sentido de la justicia sentirse mejor, el orgullo por superar ciertas metas personales o por alcanzar metas más altas que los que tengamos por competidores, etc., etc., forman parte de esos patrones determinantes de nuestro decidir. Por eso, si el derecho penal volvemos, no podemos tildar como radicalmente irracional ni como completamente sorprendente, por imprevisible, la decisión del que opta por la conducta punible como última carta para mantener su autoestima y aunque sea muy dura la pena y altísima la probabilidad de la condena; ni la de quien elige el acatamiento de la ley aunque estuviera en juego salir de una vida de miseria al precio de un escasísimo riesgo de castigo elevado.

Para colmo, otro elemento que la psicología ha aportado decisivamente en los últimos tiempos ha sido la constatación de que, frente a cualquier tipo de riesgo, no hay un único tipo de sujeto racional, sino tres clases de personas guiadas por temperamentos diversos en ese punto. Habría seres humanos amantes del riesgo, indiferentes al riesgo y con aversión al riesgo. Ante la opción entre alternativas más o menos arriesgadas, el que tiene aversión al riesgo tiene una marcada propensión a inclinarse por la menos arriesgada, el indiferente al riesgo no estará influido por ese factor de las acciones que sopesa y el amante del riesgo propenderá a escoger lo más aventurado. A lo mejor por eso hay quien ama el alpinismo y quien por nada del mundo se arriesgaría a escalar una montaña peligrosa, aunque esté dotado para ello, o quizá ahí está la razón de que unos inviertan en bolsa y otros, con idéntico capital, elijan inversiones mucho más seguras y de resultados previsibles; o puede que por esas razones caracteriológicas se divorcien unos y vuelva a intentarlo, mientras que otros resisten hasta la extenuación lo malo conocido.

Este asunto del grado de inclinación al riesgo afecta también a los fundamentos del análisis económico del derecho penal, evidentemente. Pues la pena, como riesgo que acarrea la acción delictiva sobre la que se decide, disuadirá más al averso al riesgo, no influirá grandemente en el indiferente al riesgo y servirá de acicate para que delinca el amante del riesgo. O pensemos sencillamente en el riesgo de que la policía consiga identificar y capturar al atracador. Lo que para el reacio al riesgo es motivo disuasorio, de manera que será más probable que se abstenga de perpetrar el atraco cuanto mayor sea aquel riesgo, para el que con el riesgo se excita puede ser un estímulo, un reto

que lo impela a probar suerte, buscando el placer de salir vencedor de su empeño.

Si los comportamientos humanos son, en general, imprevisibles, debido a la enorme cantidad de variables que influyen en la decisión sobre las propias acciones de cada cual, el L&E pierde pie y carecerá de cualquier utilidad posible como patrón de la política criminal. Por mucho que dijéramos que la eficiencia es un loable objetivo de tal política, si es completamente imposible prever comportamientos futuros de los ciudadanos, en función de las respuestas esperables a los incentivos penales, el método y las lucubraciones del L&E no servirían absolutamente para nada. Decir, entonces, que el derecho penal debe ser eficiente sería tan vano y gratuito como decir que debe ser pluscuamperfecto, sostenible o reconfortante, palabrería vacía y concesión a las modas expresivas.

Eppur si muove. Las más de las veces nuestras conductas son previsibles, aunque puedan tener puntuales excepciones. Porque son previsibles y porque es posible influir sobre ellas, por ejemplo, en materia de consumo, existe la publicidad y se cultiva una disciplina como el márquetin. Parecidamente, cualquiera de nosotros es capaz de predecir con escaso margen de error las decisiones futuras de nuestros conocidos, a condición de contar con información suficiente y verdadera sobre ellos y sus circunstancias. Y si a mí me preguntan si va a haber menos conductores que en las ciudades aparquen en doble fila donde está prohibido y desde que la multa por eso haya aumentado de 50 a 200 euros y sabiéndose además que se ha ordenado a la policía local que se esfuerce especialmente en sancionar esos ilícitos, contestaré que naturalmente que habrá menos infracciones; y acertaré⁴⁴. No nos equivocamos tanto, aunque alguna vez fallemos.

Opino que no es descaminado combinar estas dos afirmaciones. Una, que el modelo anterior, el del *homo oeconomicus* de la economía neoclásica y del primer L&E, es escasamente certero, pues se corresponde bastante poco con la realidad del sujeto de carne y hueso que decide qué hacer y si incurrir o no en la conducta penada, razón por la que, como guía

⁴⁴ A condición, claro, de que la información sobre otros posibles factores determinantes no me falte. Si la pregunta versa sobre tales comportamientos en una ciudad en la que el salario mínimo fuera de veinte mil euros mensuales, la cosa cambiaría y sería de prever que la modificación en la tasa de tales infracciones fuera nimia o nula.

de la política criminal puede inducir al error o a la desmesura⁴⁵. La otra, que, pese a todo, tiene mucho sentido el planteamiento de fondo de un L&E enriquecido con las aportaciones de la economía conductual y orientado por tanto a construir modelos más realistas de decisión racional, modelos más reales del sujeto estándar que en la vida social que conocemos toma decisiones sobre sus alternativas de conducta.

Ciertamente, si aquel modelo del *homo oeconomicus* que nada más que piensa en beneficios y perjuicios computables en riqueza fuera real y no tan ajeno a las personas de carne y hueso con las que tratamos, la capacidad predictiva sería altísima, dado que son muy manejables las variables de aquella ecuación básica, dos variables solamente: intensidad de la pena y probabilidad de su aplicación. Pero es escasamente realista ese modelo, debido a que ya se va sabiendo con certeza en la teoría lo que sabía el pueblo antes de estudiar gran cosa: que son un buen puñado más las variables que influyen, por lo que las cosas y los cálculos no son tan sencillos.

Ahora bien, eso no incapacita o descarta por inútil el método que el L&E trae al derecho penal y la política criminal. Lo que indica es que hay que escapar de simplificaciones y automatismos y que se deben construir las políticas criminales sobre fórmulas más complejas, fórmulas que recojan más variables de las que fácticamente operan⁴⁶, dada nuestra psicología individual y dadas las influencias sociales a las que nuestras elecciones están sometidas⁴⁷. Parecerá complicado, y sin

⁴⁵ Mismamente, por prever que, a igual probabilidad de condena, una pena más alta disuade siempre más que una pena más baja.

⁴⁶ Dice Nuno Garoupa que "behavioral analysis is not an alternative approach, but rather is about providing classical law and economics with insights from actual human behavior, improving the quality of predictions or prescriptions about law. One of the objections to rational choice is that it yields inaccurate predictions. But it does not follow that people's behavior is random, unpredictable or rule-free. On the contrary, the behavioral approach aims at qualifying such choices by understanding behavior and decision" (Nuno Garoupa, "Behavioral Economic Analysis of Crime: A Critical Review", *European Journal of Law and Economics*, 15, 2003 -pp. 5-15-, p. 6).

⁴⁷ Un ejemplo bien claro y casi trivial de esto: allí donde una conducta esté muy arraigada y socialmente no esté mal vista, servirá de poco, a efectos preventivos, penarla, incluso con penas altas. Podemos pensar aquí en algunos delitos ideológicos o con motivación religiosa, pero a mí me gusta más citar el caso de la corrupción en nuestros países latinos, países en los que todo el mundo pide una recomendación de tapadillo en cuanto puede y donde se

duda lo es. Pero si es posible hacer previsiones moderadamente acertadas sobre cosas tales como voto, comportamientos de los consumidores, tasas de accidentes resultantes de algunas reformas de la normativa viaria, etc., por qué va a ser el derecho penal ajeno a esas previsiones o reacio ante una política criminal que las atienda muy preferentemente.

7. Conclusión: mejor con las aportaciones del L&E al derecho penal que sin ellas

Vuelvo a lo del principio. Una penalística descarnadamente retribucionista y que considere que lo que constituye la única razón a la pena es darles a los malvados su merecido, aunque se acabe el mundo, puede oponerse de cabo a rabo al *Criminal Law and Economics*. Cuando se trata de que el bien moral campe por sus respetos, de que reine universalmente la virtud y de que las supremas inmoralidades sean sancionadas, al precio que sea; cuando ni pizca de utilitarismo se admite, o de consideraciones de conveniencia colectiva vinculada a la felicidad, el bienestar y el disfrute por los ciudadanos de los bienes que más aprecian, parecerán, con razón, descarriadas y pecaminosas las propuestas del L&E.

Pero donde los penalistas no sean así de brutalmente retribucionistas, sino que en todo o en parte pongan la justificación de la pena en sus efectos preventivos, que son efectos de disuasión de daños para determinados bienes y de promoción del respeto hacia esos mismos bienes, esos penalistas no deberían echar a la hoguera, “dogmáticamente”, las sugerencias y los métodos del L&E. Porque, a fin de cuentas, lo que el L&E propone es que los penalistas y los legisladores penales tomen de una vez en serio la eficiencia. La eficiencia económica, sí, que no tiene por qué ser desdeñable si de derecho penal hablamos y en un contexto estatal de medios económicos siempre limitados y sobre cuyo uso preferente hay también que adoptar resoluciones políticas; y la eficiencia a la hora de maximizar también el disfrute individual y colectivo de bienes por cuya protección el derecho penal se justifica. Si la vida o la integridad física son de esos bienes fundamentalísimos y si por tal motivo el derecho penal tiene fundamento racional, como herramienta para ampararlos lo más posible, ¿dónde está el

considera propio de desalmados el no dar trato de favor en la Administración pública a parientes, amigos, amantes y correligionarios.

pecado de afirmar que, a protección igual, debe primar el mecanismo normativo menos costoso, o que debe la política criminal manejar los instrumentos que (dentro del respeto precisamente a esos bienes, garantizados por los derechos fundamentales que vedan ciertos recursos punitivos e imponen determinadas garantías procesales) maximicen esa protección, que sean preventivamente más eficientes?

Sabido es que la fuente primera del prejuicio está en el nombre. Oye el bienintencionado y muy progresista penalista hablar de “análisis económico” del derecho penal y se le viene la urticaria ideológica, al suponer que se trata nada más que de hacer que impere el capitalismo salvaje y el puro beneficio privado en materia socialmente tan sensible; o que estamos ante un movimiento que busca nada más que objetivos tales como privatizar la administración de Justicia o el sistema de prisiones, y todo con el inconfesado fin de favorecer a algunos empresarios amigos de esos profesores gringos y seguro que neoliberales a más no poder. Pero eso es un prejuicio, no tan diferente estructuralmente del que impide a muchos liberales leer seriamente a Marx, a muchos católicos leer seriamente a Freud (o a Nietzsche, o a Marx) y a cualquier dogmático (aquí uso la expresión en su sentido peyorativo) batirse con la lectura de algún autor que le socave las presunciones intelectualmente tan acríicas como vitalmente reconfortantes.

Si ese penalista partidario de la función preventiva de la pena prescinde del L&E porque maneja con soltura otras doctrinas provenientes de las ciencias sociales que ilustren sobre la realidad y las condiciones empíricas de cumplimiento de esa función, santo y bueno. Ahí el buen debate será sobre los métodos más útiles y los mejores resultados. Si no maneja ninguna, estaremos ante un dogmático dogmático, seguramente un artista de los conceptos, pero muy poco capacitado para influir sobre la realidad social de los delitos y de las penas, tal vez porque esa realidad es lo que menos le interesa de todo.

Creo, además, que no solo no hay incompatibilidades de principio, sino que del L&E se derivan también utilidades muy claras. Menciono nada más que una, de las muchas que se podrían traer a colación.

El L&E nos insiste en que las decisiones de los sujetos derivan de un cálculo de utilidad de las alternativas y que ese cálculo está condicionado por la información de que el individuo disponga. Investigaciones empíricas de criminólogos y

representantes del L&E acreditan que suelen ser pocos los ciudadanos que tienen información precisa sobre si están penadas o no algunas conductas o sobre la cuantía de la pena de cualquier delito. Adicionalmente, uno de los hallazgos que aportan los nuevos experimentos de la “behavioral economics” es que sobre las decisiones y el modo de obrar ejercen una influencia mucho mayor las informaciones impactantes y recientes que lleguen al sujeto. Así, serán menos los que se decidirán a conducir su coche a una velocidad demasiado alta si ayer les llegó la noticia de un tremendo accidente mortal por exceso de velocidad, o serán más los que se lo piensen antes de incurrir en cohecho o apropiación indebida si es reciente la información sobre algunas condenas ejemplares por esos delitos.

Sumado todo eso, bien sencillo en el fondo⁴⁸, ¿no son esas aportaciones dignas de consideración y que deberían llevarnos a pensar que el penalista o teórico en general que esté por la prevención penal debería quizá escribir menos manuales y monografías para colegas dogmáticos obsesivos y dedicar más esfuerzo a la buena pedagogía penal para la sociedad, o que habría de esforzarse por hacerse más presente en los medios de comunicación de masas? ¿Cómo es posible que, publicándose miles y miles de páginas cada año sobre dogmática penal, criminología (crítica o de la otra, si es que hay), etc., siga la inmensa mayoría de la población sin saber cuál puede ser la pena si mata al amante de su pareja, si le roba a su suegra lo que hay en su caja fuerte, después de forzarla (la caja fuerte) o si llena el barrio de panfletos diciendo que su cuñado es un perfecto cretino? ¿Qué efecto preventivo va a tener una norma penal que la gente no sabe que existe, o la tipificación de un delito cuyo precio en pena todos desconocemos?

¿Y qué me dicen de lo útil que serían los métodos del análisis económico del derecho para echar cuentas de cuál podría ser la pena disuasoria de algunos muy rentables delitos de cuello blanco o, en su caso, de qué medidas adicionales deberían ir acompañadas las condenas para que fueran de verdad disuasorios esos tipos penales? ¿Se imagina el amable lector lo simpático que sería aplicar los cálculos preventivos del *Law and Economics* para decidir cómo habrían de ser las penas disuasorias de los delitos de corrupción? Porque, a la postre y como (casi) siempre, ¿a quién le

⁴⁸ Porque, como dirían en el pueblo, el miedo guarda viña.

hacemos realmente el juego cuando nos ponemos ideológicamente tan exquisitos y doctrinalmente tan ortodoxos?

Entre una dogmática penal complementada con el L&E y/o con las contribuciones de la criminología y de otras ciencias sociales y una dogmática penal ajena a todas ellas, no sé cuál alcanzará logros teóricos y sistemáticos más altos, pero sí estoy seguro de cuál será más útil si de lo que con el derecho penal se trata es de prevenir ciertas conductas gravemente dañosas para los ciudadanos y la colectividad. No me cabe ninguna duda al respecto. Igual que, aunque no sea el tema de este artículo, tampoco dudo de que es, a esos efectos, igual de poco útil cualquier ciencia penal que no vaya de la mano de una excelente dogmática. Va siendo tiempo de que pongamos en serio manos a la obra con la interdisciplinariedad y nos dejemos de zarandajas, cotos y acreditaciones.

LAS POSIBILIDADES DEL PATERNALISMO EN SALUD EN EL PENSAMIENTO LIBERAL IGUALITARIO: JOHN RAWLS Y RONALD DWORKIN

CORNEJO AMORETTI, Leandro¹

1. Una idea sobre el liberalismo en el mundo contemporáneo

Para muchos, el paternalismo se encontraría en conflicto con el liberalismo en tanto implica una interferencia sobre la autonomía y/o libertad de un individuo por su propio bien. En efecto, aún existen posiciones en el espacio académico y popular en contra de la legitimidad del paternalismo, especialmente contra toda medida dirigida a personas adultas (Mitchell, 2005; Veetil, 2011; Grüne-Yanoff, 2012; O'Neill, 2013; Sumar, 2013). Por su parte, la cuestión sobre el paternalismo en salud tiene que realizarse sobre el contexto social en el que se desarrolla su discusión (Last, 1987, p. 3). Y en tanto esta cuestión es discutida bajo los fundamentos de sociedades comprometidas con el liberalismo, bajo el paradigma del Estado Constitucional, es importante aportar luces sobre las posibilidades de legitimidad de estas intervenciones.

Antes de iniciar con el propósito de este trabajo es importante mencionar que aquí se abraza la tesis de que el paternalismo en salud es, al menos en principio, una razón y medida legítima para intervenir sobre los individuos. Ello no solo porque en muchos casos es razonable proteger la salud de las personas de ellas mismas, sino también porque la salud es un bien

¹ Abogado y Magíster en Desarrollo Humano por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Teoría de la Justicia, Argumentación e investigación de la PUCP. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (UARM). Miembro del Grupo de Investigación de Filosofía del Derecho y Teoría Constitucional (CEFT) y del Grupo de Investigación de Estado Constitucional y Epistemología Jurídica (CIECEJ), ambos de la PUCP. Miembro titular del Comité Institucional de Ética en Investigación del Instituto de Medicina Tropical "Daniel Alcides Carrión" de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM).

necesario para todos los seres humanos, independientemente de la concepción de la vida buena que abracen.

En ese sentido, aquí se parte de la premisa que la vertiente más adecuada del liberalismo es aquella que sostiene que es un deber de justicia el proveer de todas las condiciones necesarias para que los individuos, en especial los menos favorecidos (Nino, 2007, p. 314), puedan desarrollar su autonomía. Esta tesis igualitarista es de suma importancia para justificar derechos sociales, como el derecho a la salud, así como para incluir al paternalismo en salud como una medida estatal legítima para garantizar este derecho en varios casos.

Una cuestión previa a resolver, al menos de forma aproximada es definir qué es el liberalismo. El liberalismo es una corriente del pensamiento (y fundamento de los sistemas democráticos actuales) que en la actualidad posee una variedad importante de vertientes, reñidas entre sí y bastante desarrolladas desde la filosofía política.

Una definición de liberalismo debe ser lo suficientemente abstracta para incluir, por ejemplo, tanto las concepciones libertarias (pasivas) e igualitarias (activas), dos posiciones de las que podría decirse se encuentran cada una en un extremo del espectro de lo que constituye el liberalismo. Esta definición debe buscar cierta neutralidad y amplitud, para así evitar una definición parcializada sobre una de sus interpretaciones. Ello no significa, por cierto, que no exista una interpretación del liberalismo que fundamente mejor sus objetivos principales. De allí a que en este texto se haya hecho explícito la adherencia a una perspectiva igualitaria.

Ahora bien, para debatir la cuestión del paternalismo el liberalismo es posible definirlo como la idea de que “las personas deberían ser dejadas de hacer sus propias decisiones sin interferencia” (Conly, 2013, p. 8) o que “nadie puede ser obligado a perseguir su propio bien, como quiera que se defina este” (McCormick, 1988, p. 304). El problema con ello es que el paternalismo podría ser entendido como una alternativa al liberalismo, y toda la discusión podría quedar sesgada valorativamente de antemano.

Abrazando una definición como las dos mencionadas habilitaría al Estado el deber de garantizar la libertad de acción y, en muchos casos, proveer de información necesaria. Las personas, por su parte, estarían habilitadas de fumar si es que lo estiman conveniente, y las compañías tabacaleras no deberían ser capaces de engañarlas sobre los peligros de fumar y el gobierno haría bien en informar a las personas sobre el tema. El rol del Estado

quedaría reducido a la provisión de información (neutral) sobre los componentes dañinos de estos productos. No obstante, no podría intervenir paternalistamente, como prohibiendo la compra-venta de cigarrillos en cajetillas de pocas unidades, obligando a que estos sean vendidos únicamente en establecimientos especiales (casas de tabaco, licorerías, etc.), incrementando los impuestos a este producto para desalentar su consumo, o a través de campañas informativas que insistan a las personas en abandonar dicha conducta.

Una forma de definir el concepto de liberalismo evitando el problema mencionado es a través de analizar sus características comunes relevantes. Se podría afirmar que todas las concepciones² del liberalismo comparten un mismo objetivo general: lograr que los individuos puedan formarse y perseguir su concepción de la vida buena. Este objetivo estaría compuesto de tres atributos.

El primero es que todas las tesis liberales comparten una tendencia al individualismo axiológico. Según esta hipótesis filosófica, la prioridad normativa de todo el razonamiento y acción moral debe estar enfocada lo más posible en el individuo. La idea detrás de ello es que todos los procesos sociales de cualquier comunidad, en todas las escalas sociales (familiar, grupal, nacional, global) deben estar enfocados en favorecer a las personas, consideradas en la mayor medida posible de forma individual. Este atributo es sumamente clave en el razonamiento jurídico, y puede apreciarse en el otorgamiento de un mayor peso que ostentan las normas jurídicas cuando son interpretadas para garantizar bienes individuales (salud, prácticas religiosas, trabajo, privacidad, etc.) frente a las demás.

Un ejemplo de la propuesta individualista axiológica aplicada al Derecho es la tesis de los derechos propuesta por el

² Es importante mencionar lo que se ha trabajado alrededor de la distinción entre lo que es un *concepto* de las *concepciones*. En algunos temas, existen algunos conceptos que poseen diversas interpretaciones cuyos proponentes reclaman como correctas, aunque es posible establecer una definición que las agrupe a todas. Entonces, siguiendo a Atienza “el procedimiento consiste en distinguir una noción muy amplia, un concepto, que pueda gozar de un amplio consenso, para construir a partir de ahí diversas concepciones que vendrían a consistir en interpretaciones distintas de esa fórmula general” (2006, p. 71). Este procedimiento no está libre de problemas. Como ha mencionado Campbell, “la distinción [...] puede llevar a malentendidos si está basada en el presupuesto de que hay una línea clara de demarcación entre un concepto [...] neutral, aunque altamente general, por un lado, y concepciones específicas que encierran interpretaciones morales sustantivas del concepto general, por otro” (2008, p. 23).

propio Ronald Dworkin, a saber, aquella tesis que sostiene que las decisiones judiciales deben ser generadas por argumentos de principio, es decir, argumentos que “justifican una decisión política demostrando que tal decisión respeta o asegura algún derecho, individual o del grupo” (2012, p. 148). Esto alude a la consideración de Dworkin de los derechos como triunfos frente a las mayorías, aquellos que no pueden ser superados por ningún argumento basado en directrices políticas³ ni objetivo social.

En un sentido similar se han manifestado Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero (2004, p. 50), a la hora de mencionar el refuerzo de la exigencia al Estado de justificar todas sus decisiones. Según estos autores “el eje de la consideración como legítimo del ejercicio de los poderes públicos reside hoy en que éstos sean capaces de perseguir – y de lograr – objetivos sociales sin vulnerar los derechos fundamentales de los individuos”. Robert Alexy habría hecho lo mismo al plantear la concepción formal de los derechos fundamentales, es decir, la tesis que sostiene que “los derechos fundamentales son posiciones tan importantes, que su atribución o su denegación a los individuos no puede quedar en manos de la mayoría parlamentaria simple” (2012, p. 395).

El segundo atributo que comparten las concepciones del liberalismo es la importancia otorgada a la neutralidad e imparcialidad del Estado, en relación al trato que debe dispensar a los individuos. La exigencia de neutralidad del liberalismo se encuentra relacionada con los principios de justicia que deben guiar el establecimiento de las instituciones sociales. Independientemente de la versión de liberalismo, según esta exigencia, los principios de justicia deben ser formulados (en la medida de lo posible) sin presuponer de forma completa ninguna versión particular de lo que consiste la vida buena (Vallespín, 1993, p. 17; Sandel, 2000)⁴. Por su parte, la exigencia de

³ Las directrices políticas o argumentos políticos serían aquellos que “justifican una decisión política demostrando que favorece o protege alguna meta colectiva de la comunidad en cuanto todo” (Dworkin, 2012, p. 148).

⁴ Este principio de neutralidad también se aproxima a la idea del pluralismo, es decir, el reconocimiento de la variedad de diferentes concepciones del bien que no deberían ser impedidas de existir en favor de ninguna otra concepción alternativa (Nys, 2008, p. 67). Vulnerar este principio colisionaría además con la autonomía, dado que comprende la capacidad de elaborar las propias concepciones del bien. Un punto importante que no debe olvidarse es que la neutralidad dista de ser completa en la propuesta liberal. Tal y como Nino (2007, p. 426) y Raz (1986, p. 203-207) han reconocido, el principio de autonomía no puede ser considerado un principio totalmente neutral dado que también se encuentra enlazado con una concepción del bien.

imparcialidad exigiría que cuando se piense o actúe políticamente, se apoyen solo “aquellas decisiones que traten a todos los miembros de la comunidad política con igual solicitud” (Dworkin, 1993, p. 45).

El tercer atributo, derivado del propio término “liberalismo”, es la prioridad general de la libertad frente a otros valores que puedan ser válidamente perseguidos por las instituciones sociales. Este es el atributo más controvertido del liberalismo.

Existen varias razones para afirmar esto último. La más importante es que aún hay disputa sobre el contenido de la libertad liberal. Por ejemplo, Robert Nozick (2012), desde el liberalismo libertario, ha sostenido que la libertad debe ser entendida la ausencia de la mayor cantidad de restricciones Estatales y sociales sobre el individuo. Isaiah Berlin (1998, p. 220-236), por su parte, ha afirmado que la libertad no solo comprende esta ausencia de restricciones (lo que él denomina, libertad negativa) sino también la promoción de las facultades humanas para el logro de su plan de vida (denominado por este autor como *libertad positiva*). En un extremo del espectro, desde el liberalismo igualitario, Amartya Sen (2000, p. 27 y 57-59) ha definido la libertad de forma mucho más amplia. Esta incluye las libertades políticas (libertad de expresión, elecciones libres, etc.), los distintos servicios económicos, las oportunidades sociales (como los servicios de salud), las garantías de transparencia y la seguridad protectora, todas estas bajo el rótulo de “libertades instrumentales”.

Otra de las razones sobre lo controvertible de la libertad es que muchos liberales consideran que existen valores con tanto o mucha más importancia que la libertad. Por ejemplo, Martha Nussbaum (2002; 2007) propone una teoría parcial de la justicia liberal sobre las capacidades humanas, cuyo objetivo descansa en garantizar la igual dignidad humana, incluyendo una lógica que equipara y distingue este valor con la libertad sustantiva y el bienestar individual, este último compuesto de varias dimensiones vinculadas a la salud humana. Asimismo, muchas constituciones, como la alemana⁵, española⁶ y peruana⁷, han incorporado el valor

⁵ Artículo 1º, numeral 1. (Ley Fundamental – Alemania): “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

⁶ Artículo 10º, numeral 1 (Constitución española): “La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

de la dignidad humana como uno de los principios constitucionales más importantes, y hasta cierto punto, con un peso o importancia relativa mayor que la libertad.

Resolver la disputa alrededor de este último atributo es todavía una tarea inconclusa. Esto podría deberse a dos razones. En primer lugar, existe un sesgo de cada uno de los defensores de las diversas posiciones. Por un lado, los liberales libertarios creen firmemente que la forma adecuada de lograr el objetivo del liberalismo es a través de sistemas normativos que concedan la mayor cantidad de permisos para que los individuos hagan lo que prefieran. El límite sería el conjunto intereses garantizables de los demás, que comprenden usualmente tres bienes individuales relevantes según su base de información moral: la propiedad, la vida y la autonomía. Estos bienes estarían protegidos a través del principio de daño⁸, excluyendo de forma general al paternalismo como un principio válido dentro del liberalismo.

Por su parte, los liberales igualitarios consideran sin lugar a dudas que el espectro de bienes garantizables es mucho mayor, incluyendo la propiedad, la salud, la educación, la identidad cultural, etc. Es a través del principio de daño, de paternalismo, de equidad, entre otros, que las instituciones sociales podrían perseguir el objetivo de una sociedad liberal. La segunda razón alrededor de la discusión sobre cuáles son los mecanismos y bienes individuales necesarios y suficientes para lograr objetivo del liberalismo es que es en buena parte una cuestión empírica, y todavía se encuentra disputa, aunque con una ventaja a favor de aquellos que se alejan del espectro situado al lado del libertarismo.

Considerando todo lo anterior, puede afirmarse que las propuestas del liberalismo llegan a conceptualizar a la sociedad como una asociación de individuos. Cada uno de ellos posee una concepción del bien. Asimismo, la sociedad posee un conjunto de instituciones sociales, fruto de la inevitable interacción de sus miembros. Las instituciones distribuyen los derechos, fijan otros deberes frutos del poder y deciden sobre la asignación de beneficios de la cooperación social a través de sus constituciones, las cuales establecen las principales disposiciones económicas, culturales y políticas, así como la protección jurídica de los

⁷ Artículo 1° (Constitución peruana): “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

⁸ El principio de daño sostiene que es válido evitar, eliminar o reducir daños producido por personas hacia otros individuos (Feinberg, 1985, p. xiii; Dworkin, 2005, p. 305). Es decir, mientras el principio de daño protege a las personas de otros, el principio de paternalismo las protege de ellas mismas.

diversos bienes individuales y colectivos, entre otras cosas (Rawls, 2012). Las instituciones se encuentran sometidas en distinto grado a garantizar una prioridad normativa de las personas. La principal preocupación de esta prioridad es garantizar la autonomía de los individuos, ya que es el elemento constitutivo más importante (o uno de los más importantes) para que persigan su idea del bien.

De esa forma, puede definirse al liberalismo como aquella corriente del pensamiento político que sostiene que una sociedad es justa si es que reconoce las diversas concepciones del bien que abrazan sus miembros (Gutmann, 1980, p. 350), y crea las condiciones necesarias para que estas concepciones se realicen en la mayor medida de lo posible. Esto se logra a través de la inclusión de algún o algunos principios (Taylor, 1993, p. 181), que no presupongan exhaustivamente ninguna concepción de lo que es la buena vida. Hoy en día, la prioridad hacia la protección de la libertad, vía principio de daño, sería uno de estos principios de justicia.

Una conclusión importante a la que puede arribarse hasta ahora es que el paternalismo no sería incompatible con el liberalismo. En primer lugar, porque es razonable que proteger a las personas de ellas mismas en casos concretos sea un medio para que estas logren sus planes de vida. En segundo lugar, porque los bienes que se protegerían en dichos casos pueden colisionar con la libertad de forma legítima. Tal sería el caso del derecho a la salud, un bien objetivo, necesario para el logro de cualquier plan de vida, y por lo tanto respetuoso de la exigencia de neutralidad del Estado. Distinto sería la justificación de medidas concretas, que no necesariamente implique que la salud desplace los otros bienes competitivos. Una cuestión importante a distinguir es el reconocimiento del principio de paternalismo como legítimo dentro de un sistema democrático y liberal del hecho que cualquier medida paternalista en salud concreta evaluada sea justificada. Este último ejercicio requiere otro procedimiento, que se verá a continuación desde las propuestas de Rawls y Dworkin.

2. Liberalismo igualitario y paternalismo: John Rawls y Ronald Dworkin

En el debate sobre el paternalismo y su compatibilidad con el liberalismo contemporáneo habría dos concepciones del liberalismo sumamente importantes para sustentar su exclusión o inclusión como medida legítima en cualquier sociedad liberal. La primera versión, la cual rechaza estas intervenciones de forma

enérgica proviene del liberalismo libertario, de las cuales fueron partidarios importantes pensadores, como Friedrich Hayek, Milton Friedman, Robert Nozick, entre otros. La segunda versión, que acepta su inclusión como medida legítima por parte de las instituciones sociales es el liberalismo igualitario, de los cuales John Rawls, Martha Nussbaum y Ronald Dworkin figuran entre los más resaltantes portavoces.

Ambas versiones ofrecen posiciones opuestas a la cuestión del paternalismo debido a que poseen una lectura diferente del significado y extensión de la libertad, así como de su peso frente a otros valores competitivos. Esto explica la particularidad del tercer atributo que comparte todo sistema de ideas liberal, del cual se comentó que es el que ofrece mayor disputa sobre su contenido.

Los liberales libertarios, por un lado, valoran una libertad en sentido negativo, como un permiso social e institucional que debería priorizarse en todo el razonamiento normativo. Es de esta forma en cómo, a su juicio, se garantiza adecuadamente la autonomía y la libertad, elementos necesarios y prácticamente suficientes para que los individuos logren su concepción de una vida buena. Los liberales igualitarios, por otro lado, consideran que las libertades son inútiles si es que las personas no cuentan con las condiciones necesarias para poder ejercerlas. Por ello, una necesidad de toda sociedad liberal es promover una exigencia de equidad de ciertos recursos (bienes primarios, capacidades, recursos no personales, etc.) necesaria y suficiente (digna) para que las personas puedan perseguir y lograr sus planes de vida específicos.

Fueron dos importantes pensadores que mostraron una recepción del paternalismo dentro de sus teorías liberales, a saber, John Rawls (2010) y a Ronald Dworkin (1993). Si bien el aporte de Rawls al debate no fue exhaustivo ni integral, este ha sido sumamente importante para las discusiones posteriores a su obra. Por ejemplo, la admisión de estas medidas dentro de su teoría de la justicia permitió, en primer lugar, introducir una discusión más fructífera sobre el bienestar individual, al relacionar la justificación del paternalismo con su teoría de los bienes primarios. En segundo lugar, su teoría de la justicia brindó elementos de juicio para la fundamentación de uno de los criterios más discutidos: el consentimiento del sujeto beneficiario. Este criterio ha sido discutido por diversos teóricos sobre el paternalismo, como por ejemplo Gerald Dworkin (1983a; 1983b), Macario Alemany (2005a; 2005b), Julian Le Grand y Bill New (2015). Y actualmente existe una multiplicidad de propuestas

sobre el consentimiento (hipotético, real, futuro, etc.) que son empleadas en la justificación de medidas de esta naturaleza.

Por su parte, Ronald Dworkin planteó el desarrollo de algunas bases para una teoría liberal igualitaria que sea compatible con los aportes incorporados desde su teoría del derecho. Su idea fue encontrar la propuesta liberal que incorpore una ética individual⁹ que pueda ser derivada al campo político, y que a la vez sea compatible con el reconocimiento de derechos individuales entendidos como cartas de triunfo, la articulación entre el razonamiento jurídico y moral, entre otros aportes a la teoría de la interpretación y de las normas jurídicas realizados en su obra. Entre algunos de los temas analizados en sus investigaciones discutió de forma breve sobre la justificación del paternalismo, y de forma bastante independiente de los debates que ya se habían llevado hasta esa fecha.

3. Las posibilidades del paternalismo según John Rawls

Rawls no llevó a cabo un tratamiento exhaustivo sobre el paternalismo dentro de su propuesta sobre la justicia liberal. De forma sumamente resumida, la teoría de Rawls tiene como objetivo determinar los principios de justicia que definan la estructura básica de la sociedad. Para ello, plantea un escenario hipotético en donde todos los individuos se congregan para la suscripción de un contrato social, del cual se derivarán los principios de justicia (Dworkin, 2012, p. 234). Los individuos suscriptores poseen dos facultades morales (Rawls, 2002, p. 218). La primera es la capacidad para un sentido de justicia, es decir, aquella que permite al individuo vivir de forma compatible con los principios de justicia establecidos en su comunidad. La segunda capacidad, la capacidad de una concepción del bien, es aquella que tiene como función “formar, revisar y perseguir racionalmente” lo que el individuo haya considerado como una vida buena.

⁹ Este intento de Dworkin era opuesto a la propuesta de Rawls, quien fundamenta su teoría de la justicia abrazando fuertemente una perspectiva kantiana, donde el objetivo era separar la cuestión de qué es justo de lo que constituye la vida buena, subordinando esta última a la primera. Las concepciones del bien, según Rawls (2013, p. 171-173) serían admisibles en la medida que estas sean compatibles con los principios de la justicia política. Para elaborar estos principios de justicia, Rawls recurre al constructivismo kantiano, es decir, la técnica filosófica de derivar principios de justicia a través de un proceso que empieza con una concepción abstracta del ser humano como libre e igual (Vallespín, 1993, p. 15) y en la dilucidación de un arreglo hipotético para la búsqueda de la cooperación social a través de principios de justicia, que regulen la estructura básica de la sociedad.

Este pacto es realizado en lo que Rawls denomina la posición original, es decir aquel momento previo y durante a la realización del acuerdo para escoger dichos principios. Para asegurar la imparcialidad de sujetos que buscan propio interés, Rawls (2012, p. 39 y 40) incorpora el mecanismo del velo de la ignorancia, a través del cual no se permite a las partes del contrato conocer su ubicación en la sociedad, talentos naturales, las concepciones específicas del bien que puedan abrazar, entre otras restricciones. La idea detrás del velo es que si las personas realizan la elección de los principios sin conocer cuál será su situación, estos podrán crear un sistema de cooperación justo para todos. De esta forma, las partes del contrato concertarían dos principios de justicia a juicio de Rawls:

“[1er principio:] Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos [principio de libertad igual]; y [2do principio:] las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en condiciones de igualdad equitativa de oportunidades [principio de igualdad de oportunidades]; y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad [principio de diferencia]” (2012, p. 73)

Según Rawls (2010, p. 230), existe una prioridad del primer principio sobre el segundo. Esto es lo que se conoce como la “prioridad de la libertad”¹⁰. Siguiendo dicha prioridad, existirían dos casos de restricción de la libertad: aquellos donde las libertades son menos extensas, pero iguales en todos; o aquellos casos donde las libertades son desiguales. La discusión del paternalismo se encontraría en este segundo grupo de casos. El primer punto de partida para su justificación en la propuesta de Rawls es plantear el problema de la protección de los menores de edad. A la hora de analizar las restricciones a la libertad derivadas de las limitaciones o accidentes de la vida, el autor reconoce preliminarmente que la necesidad de la regulación de los “rasgos

¹⁰ Según Rawls (2010, p. 230), por prioridad a la libertad debe entenderse la “prioridad del principio de libertad igual sobre el segundo principio de justicia (compuesto por el principio de igualdad de oportunidades y de diferencia)”. La idea es que la libertad solo debe ser limitada en tanto favorezca a la libertad misma.

naturales de la condición humana” derivaría, por ejemplo, en que los niños deban poseer una menor extensión de libertad.

Rawls entiende que las partes en la posición original, una vez que se ha elegido la concepción ideal de la justicia¹¹, reconocen la necesidad de asegurarse protección contra la posibilidad de no desarrollar sus facultades, dado que impediría la satisfacción racional de sus intereses. Tres serían los supuestos contemplados en esta hipótesis: el caso de los menores de edad; el de las personas con graves discapacidades mentales; y el de las personas que se encuentran sometidas a sus inclinaciones irracionales. Ante ello, es necesario un principio para que la sociedad pueda justificadamente actuar en beneficio del bien de uno mismo en estos tres casos. Este sería según Rawls el principio del paternalismo, aquel principio que los miembros suscriptores del contrato social reconocen para “protegerse contra la debilidad o las fallas de su razón y de su voluntad en la sociedad” (2010, p. 234).

Rawls (2010, p. 235) establece dos niveles de justificación del paternalismo. El primero establece que solo se justifica cuando exista una pérdida evidente o ausencia de razón y de voluntad del sujeto beneficiario. Esto es lo que se denomina como la tesis del paternalismo blando¹². El segundo nivel

¹¹ La parte ideal de la teoría de la justicia es aquella donde los principios de justicia de una sociedad bien ordenada se plantean en un escenario favorable. Según Rawls, en esta parte se desarrolla “la concepción de una estructura básica perfectamente justa y los deberes y obligaciones que corresponden a las personas con las constricciones habituales de la vida humana” (2010, p. 231). Por su parte, la parte no ideal de la teoría de la justicia (consiste en aquel momento posterior a elección de la concepción ideal de la justicia, donde los individuos tienen que escoger otros principios, los cuales se aplicarán en condiciones menos favorables. El paternalismo sería un principio de justicia dentro de esta parte no ideal.

¹² El paternalismo blando, siguiendo en parte a Alemany (2005b, p. 286), es aquella posición sobre el paternalismo que sostiene que una medida paternalista concreta podría ser justificada siempre y cuando se considere, como requisito de justificación, demostrar que las personas beneficiarias (o alguna porción de ellas) poseen limitaciones (internas) para tomar decisiones sobre su propio bien, es decir, que los sujetos tratados paternalistamente son incompetentes (o no son capaces de auto-regularse) en relación a la conducta a ser intervenida. El “paternalismo duro”, por el contrario, es aquella posición que sostiene que para la justificación de este tipo de medidas i) es irrelevante/innecesario considerar como criterio de justificación la evaluación de la incompetencia del sujeto (o de los sujetos) beneficiario(s) o ii) es un presupuesto (que no requiere ser demostrado) que la gran mayoría de personas beneficiarias es incompetente. Aquí se abraza la tesis de que toda medida paternalista de la cual se pueda predicar legitimidad constitucional, al

establece las medidas deben guiarse por los dos principios de justicia, ya sea i) incorporando lo que se conoce acerca de los intereses “más permanentes del individuo” o ii) a través del mero “cómputo de los bienes primarios”, es decir a través del análisis de los bienes¹³ que son (o suelen ser) necesarios para todas las personas, dado que sirven para realizar cualquier concepción de la vida buena (Rawls, 2010, p. 95). De esta forma, como bien sostiene Alemany (2005a, p. 87), Rawls no solo valida el empleo de dichas medidas en los casos menos controvertidos, como el de los menores de edad, sino que además incluye a las personas adultas que toman decisiones inadecuadas. El principio de paternalismo de Rawls tampoco incluye supuestos específicos como los planteados por los libertarios, por lo que permitiría utilizar todo el espectro de intervenciones que tengan como objetivo abordar la libertad y/o autonomía de un individuo por su propio bien, siempre y cuando cumpla con los requisitos de justificación mencionados.

Rawls considera que el paternalismo es compatible con su versión igualitarista del liberalismo. Asimismo, no establece restricciones sobre la clase de intervenciones que puedan ser empleadas sobre los individuos. Desde su teoría de la justicia, el paternalismo presupone que los individuos, empleando su capacidad para un sentido de justicia, establecen los criterios por los cuales podrán restringir su libertad y/o autonomía. Estas restricciones tienen como objetivo que los individuos puedan mantener su capacidad para perseguir y alcanzar una concepción de la vida buena, así como su propio plan de vida. Las restricciones se justifican en tanto el sujeto intervenido no sea suficientemente racional en el momento de la intervención y se basen en sus intereses más firmes y continuos; o únicamente en la lista de bienes primarios.

Finalmente, el paternalismo en Rawls no excluiría la opción que las personas pueden ser intervenidas para proteger su salud de ellas mismas. Esto se lograría al demostrar la importancia de las necesidades de salud con el bien primario de las oportunidades, específicamente mencionadas en el principio de igualdad de oportunidades de Rawls (Daniels, 1988). Este razonamiento que permite incluir a la salud humana como un componente de las oportunidades necesarias para el logro de

menos prima facie (en principio), tiene que necesariamente poseer el atributo de ser blanda.

¹³ Estos bienes están compuestos por libertades, oportunidades, poderes, riquezas, etc.

cualquier plan de vida habilitaría la entrada legítima del paternalismo en salud dentro de la teoría rawlsiana.

Dado que la salud es un bien objetivo que las personas desean y necesitan, la propuesta de justificación del paternalismo planteada por Rawls podría aplicarse compatiblemente. Esto puede hacerse verificando que la salud pertenece a los intereses más permanentes del individuo, lo que implicaría que el paternalismo en salud sería un medio para sus propios fines (paternalismo de medios). En caso esto no se puedan verificar estos deseos o preferencias; o no se corresponda a la salud con estos, la medida paternalista podría justificarse en un caso concreto por la consideración de la salud como protección del bien primario, es decir, un fin independientemente de las preferencias y deseos de los individuos (paternalismo de fines). Finalmente, ninguna de estas dos opciones puede ser válida si es que primero no se demuestra la existencia de limitaciones en la capacidad de auto-regulación de los individuos (paternalismo blando).

4. Ronald Dworkin y la inacabada aceptación del paternalismo

Ronald Dworkin, por su parte, ha elaborado una interesante propuesta sobre cuáles deben ser los fundamentos éticos (privados) para el liberalismo. Su idea era construir las bases de una filosofía liberal igualitaria que no estuviera desconectada de las ideas sobre la vida buena, es decir, sustentar una ética liberal¹⁴. El problema del liberalismo, a su juicio, era que había establecido una separación de lo que es correcto con lo que es bueno¹⁵, trayendo como consecuencia el problema de difícil solución de determinar “qué razón tiene la gente para ser liberal” (1993, p. 42).

Según Dworkin, al plantearse la cuestión de qué es lo que hace una vida buena, todos los individuos reflexionan sobre lo que merecerían adquirir como resultado de la cooperación social y que sea útil para alcanzar el plan de vida que abracen. Por ello, decidir sobre los bienes necesarios para lograr una buena vida en

¹⁴ La ética, a juicio de Dworkin, consiste en el “estudio de lo que constituye vivir bien” (1993, p. 53).

¹⁵ Esto es lo que Dworkin (1993, p. 43) denomina como la estrategia de la discontinuidad, es decir, aquel conjunto de razones propuesto por el liberalismo para que las personas abandonen momentáneamente su perspectiva personal sobre la vida buena para participar en cuestiones de índole política. La propuesta de Dworkin se encontraría en la posición opuesta, es decir, constituiría una estrategia de continuidad.

lo privado se enlaza con la cuestión normativa en el espacio político (1993, p. 137) sobre las porciones distributivas que cada uno puede exigir a la sociedad. Por ello, es necesario asociar la concepción personal sobre lo que implica una buena vida a la cuestión política sobre lo que es justo, y este enlace tiene que ser sensible a los propios conceptos del bienestar. Habría entonces, según Dworkin, un vínculo de retroalimentación entre ambos niveles, y no de subordinación:

“Nuestro concepto de bienestar nos enseña qué vínculos deberían ser importantes para nosotros [...] también nos enseña qué tipo de vidas son buenas y malas para la gente, y nuestro sentido de la equidad también incorpora esta enseñanza [...] En la vida ética cotidiana la moralidad de la equidad refleja, antes que excluye, los compromisos y los ideales de la vida buena” (1993, p. 74 y 75).

Frente a esta cuestión, Dworkin (1993, p. 116 y 125) establece que la mejor forma de vincular la ética privada con la política es a través de lo que él denomina el “modelo del desafío”. Según esta propuesta, el logro de una buena vida debe ser valorado en función del esfuerzo que el individuo coloque sobre los intereses que haya considerado reflexivamente como importantes para su vida, los que el autor denomina como “intereses críticos”. El logro de una buena vida está en definirla, perseguirla y alcanzarla, según estos intereses. Lo que debe contar al valorar una vida debe ser su ejercicio y poseer un motivo adecuado para ello. Los resultados externos tan solo serían un componente en esta valoración (1993: 144), pero nunca determinantes para la valoración de la bondad de una vida.

El modelo del desafío se contrapone al “modelo del impacto”¹⁶ (1993, p. 114 y 123). Este modelo sostiene que el valor de la vida de una persona está definido por lo que produce como valor objetivo en el mundo. La vida buena estaría definida de forma consecuencialista, y su valoración estaría definida por los efectos de los actos individuales sobre el resto.

Luego de expresar su predilección por el modelo del desafío, Dworkin (1993, p. 98) también se preocupa por definir los componentes necesarios para determinar lo que hace buena a una vida. Hay tres tipos de intereses o tres componentes del

¹⁶ Dworkin (1993, p. 122) afirma que ambos modelos (impacto y desafío) pueden coexistir, si es que son incorporados en una alternativa superior que incluya sus elementos más esenciales de forma compatible. Lamentablemente, Dworkin no establece siquiera los presupuestos o criterios que deberían existir para elaborar esta alternativa superior.

bienestar que deben ser considerados a la hora de determinar si una vida puede ser considerada como buena: intereses volitivos, críticos y biológicos.

El primero es aquel que resulta mejorado cuando la persona obtiene lo que desea. El segundo es aquel que resulta de conseguir lo que debería ser deseado de forma reflexiva y que no de ser obtenidos transformarían la vida de una persona en una vida mala. El tercero, el componente más elemental, consiste en la buena salud y la ausencia de dolor. Es elemental porque la vida de alguien no puede ir bien (o ser peor) cuando se encuentra enferma, independientemente de que la persona desee o no encontrarse bien de salud o su plan de vida no requiera excesivamente de ello.

Estos tres tipos de intereses se encuentran relacionados. Por ejemplo, la ausencia de dolor puede ser considerada como parte de los intereses volitivos, en tanto evitar el dolor es algo que se desea. Asimismo, dado que la enfermedad no es buena para la vida de una persona, independientemente de lo que conciba una vida buena, el interés biológico constituye uno que debería tenerse, y por ello, se encuentra vinculado en parte a los intereses críticos¹⁷. Por otro lado, el interés volitivo se encuentra relacionado con el crítico dado que las personas suelen desear lo que consideran que conforman sus intereses críticos. Finalmente, establece que en caso de existir un conflicto entre los intereses críticos y volitivos (1993, p. 101), dado que no existe un interés mucho más elevado que pueda ser empleado para resolver la disputa, son los intereses críticos los que deben prevalecer. Sin embargo, Dworkin no establece una solución al conflicto entre intereses biológicos frente a los otros dos. El reconocimiento de aquellos como intereses elementales del individuo permitiría creer que pueden llegar a tener la misma importancia que los intereses críticos.

Es considerando dos de los intereses mencionados que Dworkin elabora una de sus tipologías de intervenciones paternalistas. Existirían dos clases de paternalismo: volitivo y crítico (1993, p. 143). El primero intentaría ayudar a las personas evitar daños que los individuos ya desean evitar. Aquí se encontraría el caso de la obligación de usar cinturones de seguridad. El segundo tendría como objetivo lograr que las personas modifiquen sus propias convicciones. Según el modelo del desaffo, solo el paternalismo volitivo se encontraría

¹⁷ Según Dworkin, “evitar el dolor cuenta, asimismo, como parte de mi interés crítico, aunque de una manera diferente y, en general, más débil” (1993, p. 98).

justificado, mientras que el paternalismo crítico estaría excluido del liberalismo (1993, p. 144), porque atenta contra la hipótesis que afirma que la vida de una persona no puede ser mejorada en algún aspecto que ella considere que carece de valor. El paternalismo crítico atentaría contra las convicciones de los individuos. Dworkin no establece claramente los requisitos o criterios de validez de estas intervenciones. Tampoco establece niveles de justificación como en el caso de Rawls. Su estrategia es confusa y pueden detectarse algunas contradicciones. Sin embargo, es posible rastrear algunas ideas que puedan enlazarse de forma sistemática.

En primer lugar, Dworkin considera que el paternalismo puede estar justificado si tiene como objetivo tomar precauciones (reducir riesgos) razonables para que las personas logren sus intereses (1993, p. 153). En segundo lugar, esta clase de medida podría estar fundamentada en la idea de que los ciudadanos pueden elegir sus estilos de vida dentro de un marco cultural que ha sido definido por personas que hayan reflexionado desinteresada y genuinamente sobre el vivir bien (1993, p. 153). En tercer lugar, en todos los casos de medidas justificadas, se busca que la conducta implantada o erradicada sea apreciada como correcta e incorrecta para la gente, respectivamente (1993, p. 145), lo cual se diferencia de aquellas medidas donde lo que se valora es el estilo de vida disponible gracias a la intervención, independientemente de la apreciación de los beneficiarios. Finalmente, en cuarto lugar, Dworkin (1993, p. 144 y 154) considera que el consentimiento puede ayudar en la justificación de una medida: estaría justificado si el individuo acepta la intervención. Pero se requiere que tenga duración limitada, lo suficiente como para no impedir que el individuo, en caso de rechazar la intervención, pueda tomar otro curso de acción.

Puede concluirse que para Dworkin son dos las fuentes de evaluación del bienestar (o de intereses) para evaluar la justificabilidad del paternalismo. La primera consiste en los intereses expresados por los propios beneficiarios (aparentemente una fuente con rasgos subjetivistas), mientras que la segunda está compuesta por las diversas propuestas sobre el bienestar elaboradas por terceros expertos (una fuente con rasgos objetivistas). Una cuestión no resuelta es si ambas fuentes deben ser concurrentes o son opcionales. El modelo del desafío que defiende parecería excluir la posibilidad de que las medidas sean elaboradas únicamente sobre la base de la segunda fuente, pero nada excluye que ambas puedan darse de forma simultánea. Esto significaría que los criterios de bienestar considerados en la

justificación de una intervención paternalista pueden poseer una fuente subjetiva y objetiva, pero de ninguna manera puede ser solamente objetiva. En ese sentido, una intervención paternalista tendría más posibilidades de ser justificada si tanto las personas beneficiarias como terceros expertos validan el logro de bienestar que se busca lograr con la medida en cuestión.

Hay algunas cuestiones pendientes que merecen ser atendidas. Como se mencionó al inicio, Dworkin no consideró las discusiones académicas sobre el concepto y la justificación del paternalismo que ya se habían realizado antes de la elaboración de su trabajo. Esto llevó a que su clasificación de medidas no sea compatible con lo que se había realizado hasta esa época. Por ejemplo, no considera que el paternalismo crítico podría ser válido en tanto su objetivo sea proteger a los individuos de sí mismos a través de medidas que sirvan para asegurar sus intereses críticos, lo cual sería diferente de imponer una idea de vida buena a un individuo, tratando de sustituir dichos intereses por otros¹⁸.

Y lo más importante para el objetivo de esta investigación: Dworkin olvida discutir sobre las posibilidades del paternalismo sobre los intereses biológicos. Si esta clase de medida tiene como objetivo proteger los intereses biológicos de bienestar ¿acaso esta clase de intervención se podría justificar de otra forma, a través de nuevos o adicionales criterios, o simplemente con criterios enteramente objetivos? ¿Qué peso tendrían frente a los intereses volitivos y críticos de los individuos afectados por la intervención?

Dichas preguntas no pueden ser respondidas directamente desde una la lectura de su obra, pero es posible establecer algunas consideraciones que no sean incompatibles con su trabajo. El paternalismo biológico podría justificarse otorgando un menor peso al bienestar subjetivo del beneficiario como criterio de justificación. En tanto el interés biológico como componente del bienestar es elemental para el individuo, y lo es independientemente de su propia valoración, el criterio de justificación podría depender más de lo que objetivamente puede

¹⁸ De hecho, esta cuestión tal vez sutil es la que permitiría diferenciar entre el paternalismo y el perfeccionismo, es decir, aquellas intervenciones que buscan introducir ideales personales de excelencia humana sobre los individuos (Nino, 2007, p. 413, 414). El perfeccionismo parte de la premisa de que un plan de vida puede ser bueno para un individuo, independientemente de lo que este considere (Nino, 2007, p. 205), lo cual se asemeja bastante a lo que Dworkin denominó como paternalismo crítico. Sin embargo, y como se ha sostenido en otra investigación (Cornejo, 2016), el perfeccionismo es tan solo una clase de intervención paternalista, aunque siempre injustificada.

afirmarse sobre la importancia de esta clase de interés (paternalismo de fines). La segunda pregunta es la más complicada de responder. Aunque el bienestar biológico es elemental para la vida del individuo, no queda claro que este tenga una precedencia general sobre el bienestar crítico. No obstante, nada niega la posibilidad que pueda en muchos casos tener un peso mayor que este.

Debe quedar claro, sin embargo, que el paternalismo biológico no es incompatible con la apuesta liberal de Dworkin, y, por lo tanto, es posible sostener que desde su propuesta estas intervenciones llevadas a cabo en el campo de la salud puedan ser consideradas como legítimas cuando provienen del Estado. De hecho, en trabajos posteriores Dworkin (2011, p. 336) reitera la razonabilidad de algunas medidas en este campo, como, por ejemplo, la obligatoriedad de usar cinturones de seguridad. Aunque de forma imprecisa y sin dejar hacer expresa su definición, advierte que el paternalismo debe ser justificado en circunstancias limitadas (2011, p. 289).

Una pista adicional es que Dworkin (2011, p. 336) asocia la autonomía del individuo con la justificación del paternalismo como criterio final. En tanto estas intervenciones tengan como objetivo final asegurar que el individuo mantenga su capacidad de hacerse cargo de su propia vida, no parece excluir muchas medidas en salud pública con dicha característica (paternalismo de medios y blando). El criterio sería que no socaven desproporcionadamente la autonomía individual, sino que por el contrario sirvan para protegerla.

5. Conclusiones

Una lectura a las posiciones de John Rawls como de Ronald Dworkin sobre el paternalismo nos permite concluir que estos autores no mostraron algún reparo en admitir la validez de estas medidas en varios casos. Rawls elaboró un procedimiento de doble filtro justificativo, de una sencillez, y rigurosidad que merece ser considerado como un invaluable aporte a este problema; además de adecuarse óptimamente con las nuevas discusiones sobre esta cuestión. Dworkin, por su parte, si bien no desarrolló una propuesta completa sobre el tema, sí admitió la validez de estas intervenciones en algunos casos. Lamentablemente, su propuesta es difícil de compatibilizar fácilmente con los desarrollos elaborados a la fecha.

En el caso del paternalismo en salud, ambos autores mostrarían una aceptación con pocas reticencias. En el caso de Rawls, en la medida que la salud puede ser incorporada como un

componente del principio de igualdad de oportunidades, nada impediría que el principio de paternalismo se pueda aplicar sobre este bien primario, dentro del procedimiento característico propuesto por este autor. En el caso de Dworkin, el lugar que ocupan los intereses biológicos permitiría inferir que el paternalismo en salud sí ocuparía un lugar importante, ello pese a que no llega a desarrollarlos para el caso de estas intervenciones.

LA EXIGENCIA DEL TRATO IGUAL. REDISEÑO DEL TEST DE IGUALDAD

*RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos*¹

I. Relación del principio de igualdad, con la proporcionalidad y con la analogía

En otro estudio hemos interrelacionado y diferenciado tres relaciones profundamente complementarias entre sí: la relación de analogía, la de proporcionalidad y la de igualdad². Se trata de tres principios muy estudiadas en la filosofía y en la lógica, tratadas por Aristóteles y por Tomás de Aquino, que tienen muchas consecuencias prácticas en la moral y en el derecho. Los tres principios tienen múltiples funciones en el ordenamiento jurídico. Sirven como criterios hermenéuticos para fijar el alcance de las normas, como principios que delimitan los derechos, como fuente que llena los vacíos de ley, como elementos integradores y armonizadores del orden jurídico.

En el mencionado estudio vimos que había tres tipos de igualdad: la igualdad estricta (o matemática³), la igualdad

¹ Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Hemisferios, en Quito, 2005-2007 y Director del Área de Derecho en la misma Universidad del 2011-2012. Director de la Revista de Derecho "Ius Humani", 2008 – (hasta la fecha). Director de la Maestría de investigación en Derecho, con mención en derechos constitucionales, humanos y ambientales, Universidad de Los Hemisferios, 2017 – (hasta la fecha). Profesor en Derecho Constitucional, profesor ayudante en la Universidad Católica Santiago de Guayaquil (UCSG), 2002-2003; profesor titular en la Universidad de los Hemisferios, Quito, 2005-2007 y del 2011 hasta la fecha.

² Cfr. Riofrío, 2018.

³ En matemáticas, un enunciado en el que dos expresiones (iguales o distintas) denotan el mismo objeto matemático se llama igualdad matemática. Dos objetos matemáticos son considerados iguales si los objetos poseen el mismo valor. Por ejemplo, la frase «la suma de dos y dos» y la expresión «cuatro» se refieren al mismo objeto matemático, un cierto número natural. La expresión «es igual a» o «es lo mismo que» se suele representar en matemáticas con el signo =. Así, el ejemplo anterior suele escribirse como: $2+2=4$.

proporcional (o geométrica) y la igualdad lata (o analogía). La primera requería la identidad de los extremos comparables, la segunda la existencia de un *tertium comparationis* que permita relacionar los extremos, y la tercera una simple semejanza entre ellos. En todo caso, estos principios mantienen una justificación común, que se compendia en el aforismo: *ubi est eadem ratio vel aequitas idem ius statui debet* (cuando existe la misma razón y equidad, debe establecerse el mismo derecho). Cabe sintetizarlos en estas fórmulas:

Hay que tratar de forma idéntica lo que es idéntico. .

Hay que tratar de forma proporcional lo que es proporcional⁴.

Hay que tratar de forma análoga lo que es semejante.

No hay obligación de tratar igual lo que no es igual⁵.

Dijimos entonces que la aplicación en abstracto de la igualdad, de la proporcionalidad y de la analogía sólo podía hacerse si se verificaban tres supuestos: (i) que existan dos o más términos comparables; (ii) que los *aspectos relevantes* de esos términos estén relacionados de alguna manera (con una relación de identidad, proporcionalidad o semejanza); y, (iii) que en todos los términos analizados exista una *ratio* igual o semejante; si tales principios habían de aplicar en el derecho, resultaba necesaria una

⁴ Es interesante observar cómo Aristóteles, en el mismo lugar donde habla sobre lo justo como lo igual, habla del principio de proporcionalidad como un cierto tipo de igualdad. Cfr. *Ética a Nicómaco*, Libro V, capítulo III.

⁵ En rigor no parece que exista *a priori* ninguna obligación de tratar siempre “desigual a los desiguales”: cualquiera puede pagar el salario a un trabajador y regalar la misma cantidad a un amigo que cumple años, aunque no haya trabajado nada. Así, pues, cabe tratar lícitamente “igual a los desiguales”. Lo que sí puede decirse de manera absoluta es que no hay obligación jurídica de trato igual a aquello que no es igual.

Nos parece que lo dicho es más preciso que lo que a veces se afirma: «¿De qué manera se concreta según la Corte Constitucional el principio de igualdad? Se ha dicho que el precitado principio se materializa entonces en cuatro mandatos: 1) Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentran en situaciones idénticas; 2) Un mandato de trato enteramente diferenciado, a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún aspecto en común; 3) Un mandato de trato paritario, a destinatarios cuyas circunstancias presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes son más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia); 4) Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentran también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias son más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)» (Corte Constitucional del Ecuador, 2016, p. 39).

ratio iuris. Conviene distinguir estas tres relaciones, porque cada una tiene sus efectos jurídicos propios y distintos.

Hilando lo anterior, centrándonos ya en el principio jurídico de igualdad, señalamos que para que este principio opere en el derecho parecían necesarios al menos los siguientes presupuestos:

(i) **Que existan dos o más supuestos o *fattispecie*** (dos situaciones jurídicas, dos hechos impositivos, dos normas, dos acciones, etc.).

(ii) **Que tales supuestos sean iguales (idénticos) en todos sus aspectos relevantes para un fin determinado.** La relevancia de estos aspectos se determina mirando al fin: el aspecto debe ser relevante para la justificación o para un cierto fin. Tales aspectos pueden ser muy diversos: la cosa litigiosa, las causas de cada supuesto, el mérito de las acciones, el título justificativo del derecho, las circunstancias, el estado donde rige determinada ley... pero siempre habrá que definirlos *ad casum* mirando a la finalidad de su aplicación. Si no se verifican esas igualdades en lo relevante, no cabe invocar el principio de igualdad (aunque a lo mejor cabría aplicar el principio de proporcionalidad o la analogía). Por ello, no es justo pretender que a un extranjero residente en Ecuador se lo trate igual que en su país, para votar por las autoridades ecuatorianas; ni que al ladrón se lo trate igual que al trabajador honrado, a efectos del cobro del salario; ni que a quien tiene título de dominio se lo trate igual que al mero tenedor, para el fin de la restitución de la cosa. En cambio, sí cabría considerar a todas esas personas como iguales para el fin de salvaguardarlas de la tortura, porque todas las condiciones mencionadas (ser nacional o extranjero, ladrón u honrado, etc.) nunca justifican ninguna tortura (por eso son irrelevantes para este fin)⁶.

(iii) **Que en todos los casos exista la misma *ratio iuris*.** El deber jurídico de trato igual solo se da cuando en los supuestos

⁶ No siempre los autores que explican el principio de igualdad alcanzan a darse cuenta la importancia de definir cuál es el fin. En este sentido, Ávila (2011, p. 136) ha señalado que «es oportuno señalar que la aplicación de la igualdad depende de un *criterio diferenciador* y de un *fin* a ser alcanzado. De esta constatación surge una conclusión, tan importante como menospreciada: distintos fines lleva a utilizar criterios distintos, por la simple razón de que algunos criterios son adecuados para la realización de determinados fines; otros no. Más aún: distintos fines conducen a medidas diferentes de control».

o *fattispecie* comparados “existe la misma razón y equidad”⁷, la misma razón o justificación del derecho. El cónyuge no debe tratar igual a toda mujer; con su esposa deberá tener un trato muy distinto al que tiene con el resto de mujeres. Tampoco tenemos la obligación jurídica de tratar a todos como a nuestros amigos íntimos; ni un empresario tiene el deber jurídico de emplear a cualquier persona que se le presenta con un título y una hoja de vida idéntica al que le simpatizó, porque en el ámbito privado existe un espacio ensanchado de libertad (antes conocido como *principio de clausura del derecho privado*).

Para exigir la obligación jurídica de un trato igual (y para acreditar su correspondiente derecho) debe existir alguna suerte de *ratio iuris* que se predique de manera igual de todos los supuestos. Esta razón fácilmente se descubre en el ámbito público, donde la autoridad y la ley deben tratar de manera igual a todos los administrados, sin conceder privilegios injustificados por razones de interés personal, pues la ley y la autoridad han de obrar buscando siempre realizar el bien común (no el bien personal). En otro ámbito, la igualdad de derechos puede sostenerse cuando se tratan de derechos que razonablemente deben pertenecer a toda persona (como el derecho a la vida, al agua, al alimento, etc.), pues basta probar que uno es persona para justificar el derecho. No cabría, en cambio, afirmar la igualdad de los derechos reales concretos (a una finca, a un auto, etc.), porque ellos solo pertenecen a sus dueños y se justifican en títulos que no toda persona tiene.

Queremos ahora profundizar en este último tema: cuándo resulta jurídicamente exigible y cuándo no.

⁷ Bien lo resume el aforismo medieval recogido por Ludovicus Bologninus (en *ad Digestum Vetus* 9.2.32, p. 713): *ubi est eadem ratio vel aequitas idem ius statui debet* (cuando existe la misma razón y equidad, debe establecerse el mismo derecho). El principio también fue formulado por Godofredo (*ubi eadem est legis ratio, ibi eadem debet esse iuris dispositio*), quien añadió una formulación negativa: *ubi cessat ratio legis, cessare quoque debet eius dispositio*. Brunnemann (*Consilium* 84, núm. 12) lo recoge de forma abreviada: *ubi est eadem ratio, ibi idem ius* (cuando hay identidad de razón, se aplica el mismo derecho). Otra versión conocida es *ubi eadem ratio, eadem iuris dispositio*. La jurisprudencia española anota con frecuencia que *ubi eadem est legis ratio, eadem et legis dispositio esse debet*. Sobre este aforismo, cfr. Domingo, 2003, pp. 238-329.

II. La justificación del principio de igualdad en la historia

Parte medular del constitucionalismo y del Estado de derecho —intrínsecamente ligado al constitucionalismo— es el concepto de que la ley rige para todos, sin distinción de títulos nobiliarios u otras condiciones personales. El movimiento constitucional justamente nace extendiendo la *obligación* de cumplir la ley a todos los ciudadanos del Estado. «Todos son iguales ante la ley» o «frente a la ley»; «la ley se aplica a todos por igual», suelen decir desde la revolución francesa casi todas las constituciones. Por eso, señala Rubio Llorente (2001, t. III, p. 137) en esa época «el principio de igualdad viene a identificarse con el de legalidad y en consecuencia, sólo la actuación ilegal del poder lo infringe; en la medida en la que el ciudadano no tiene un “derecho a la legalidad”, en abstracto no dispone tampoco de acción alguna para reaccionar frente a la desigualdad».

Las constituciones casi siempre aparejan al principio general de igualdad ante la ley la prohibición de discriminación en razón de algunas circunstancias (v.gr. raza, sexo, edad, filiación, etc.). Rubio Llorente observa que «esta estructura, aunque criticable desde el punto estrictamente lógico, es frecuente en otros textos constitucionales contemporáneos y se explica en razón de la multivocidad del principio de igualdad». Y a continuación aclara que en rigor «el enunciado general no prohíbe, en efecto, todo género de diferenciaciones, sino sólo aquellas que resulten arbitrarias» (F Rubio Llorente, 2001, p. 137)⁸.

El principio de igualdad no siempre fue bien visto por los jueces, ni desde luego tuvo el prestigio que hoy en día ostenta. En 1927 Oliver Wendell Holmes, al analizar la ley de esterilización de Virginia, en *Buck v. Bell* señaló en su tan famosa como cuestionada sentencia que «tres generaciones de imbéciles son suficientes». Y en el párrafo final de la decisión añadió que la *equal protection* prevista en la Constitución no aplicaba a la multitud de débiles mentales. El Presidente de la Corte Suprema descartó la igual protección acusándola de ser «*the usual last*

⁸ El autor añade que «la prohibición de discriminación, por el contrario, impone un trato paritario o, lo que es lo mismo, califica *a priori* de arbitraria cualquier diferenciación basada en alguno de los criterios que específicamente menciona» (*ibid.*). Consideramos que tal afirmación es matizable, porque principio de igualdad y de no discriminación son dos caras de una misma moneda.

resort of constitutional arguments» (el último recurso de los argumentos constitucionales al que usualmente se acude), que en la práctica podía ser usado para cualquier cosa⁹.

En todo caso, ya desde el siglo XIX el ejecutivo y el legislativo comenzaron a crear instrumentos para asegurar la igualdad en la aplicación administrativa de la ley, lo que produjo, sobre todo ya en el siglo XX, un “nuevo significado” del principio de igualdad que comenzó a ser entendido como *derecho a la igualdad en la ley*: es decir, como derecho frente al legislador y ante las autoridades estatales. La teorización de este nuevo significado se hizo en la Alemania weimariana y se generalizó en los tribunales constitucionales europeos después de la segunda Guerra Mundial¹⁰.

Una tercera etapa en la evolución de este principio se produce en las décadas finales del siglo XX. Históricamente se había aceptado que los obligados a dar un trato igual son todos los poderes públicos, bajo razones jurídicas de peso: si todos estamos bajo la ley y la autoridad estatal, todos tenemos que obedecerlas, y, por la misma razón, todos tenemos que ser tratados de igual modo por las autoridades. También se justifica el tema en el principio de democracia: todos tienen derecho a participar de igual modo en la gestión de la cosa pública, a llevar cargas semejantes y a exigir de la autoridad igual trato. Sin embargo, la jurisprudencia ha comenzado a extender la obligación del trato igual —al menos en parte— a los particulares, no siempre de manera justificada¹¹. Algunos autores ven esta vinculación con

⁹ Cabe señalar que en el texto original de la Constitución de los Estados Unidos no se incluía ninguna cláusula de igualdad. Solo después de la Guerra Civil en donde se abolió la esclavitud se introdujo la decimocuarta enmienda, que señala que «No state shall (...) deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws». Chemerinsky (2011, p. 684) anota que «the promise of this provision went unrealized for almost a century as the Supreme Court rarely found any state or local action to violate the equal protection clause until the mid-1950s. Indeed, Justice Oliver Wendell Holmes derisively referred to the provision as “the last resort of constitutional arguments” (*Buck v. Bell*, 274 U.S. 200, 208 (1927)). Holmes probably was referring to the possibility of challenging almost any law as discriminating against someone and the Court’s consistent reluctance to use the equal protection clause to invalidate state or local laws».

¹⁰ V.gr. Tribunal Constitucional español, SSTC 22/1981, 49/1982, 144/1988, entre otras.

¹¹ Cfr. Tribunal Constitucional español, SSTC 177/1988, 171/1989 y 28//1992, entre otras.

terceros como «difícilmente compatible con el principio de autonomía de la voluntad»¹².

Con la hiperinflación de derechos de los últimos años donde toda aspiración, expectativa o deseo se tiende a ver como un derecho¹³, incluso se detecta alguna jurisprudencia —lamentable jurisprudencia, desde mi punto de vista— donde bajo el principio de igualdad las expectativas de unos se toman como derechos de otros. Así, por ejemplo, personas que aspiran a un cargo y que logran enmarcarse bajo alguna “categoría sospechosa” o “clase históricamente excluida” —a fin de exigir una acción afirmativa—, logran obtener ciertos cargos o puestos de trabajo en el sector público y privado, aduciendo que es su derecho y que la negación de la plaza debería considerarse discriminatoria. De este modo, la exigencia de una *ratio iuris* consistente que justifique el deber del trato igual se ha difuminado y el principio de igualdad ha perdido los contornos nítidos en los que nació.

Como colofón del asunto, se ha comenzado a perseguir y sancionar a quienes en la comunicación hacen ciertas distinciones “discriminatorias”. En concreto, en diversas legislaciones se han introducido nuevas infracciones administrativas¹⁴ y delitos penales¹⁵ por discriminación en la comunicación. Aunque estas

¹² Añade el mismo autor que la autonomía de la voluntad «no debe ser confundida con la limitación que a dicha autonomía imponen los principios de orden público, entre los cuales se han de incluir las prohibiciones expresas de discriminación contenidas en el artículo 14, cuya infracción en las relaciones *inter privatos* por lo demás tampoco es fácilmente identificable».

¹³ Cfr. Riofrío, 2017, pp. 129-146.

¹⁴ En el Ecuador la Ley Orgánica de Comunicación tipifica la discriminación en las comunicaciones en los arts. 61 a 63. Para determinar si una comunicación es discriminatoria «se verificará al menos, la concurrencia de los siguientes elementos (...) a) Que el contenido difundido denote algún tipo concreto de distinción, exclusión o restricción; b) Que tal distinción, exclusión o restricción esté basada en una o varias de las razones establecidas en el artículo 61 de esta Ley; y, c) Que tal distinción, exclusión o restricción tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento o goce de los derechos humanos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales; o que los contenidos difundidos constituyan apología de la discriminación o inciten a la realización de prácticas o actos violentos basados en algún tipo de discriminación» (art. 63).

¹⁵ En el Ecuador, cfr. Código Orgánico Integral Penal, art. 176§1, que dice: «La persona que salvo los casos previstos como políticas de acción afirmativa propague practique o incite a toda distinción, restricción, exclusión o preferencia en razón de nacionalidad, etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género u orientación sexual, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, condición socioeconómica, condición migratoria,

infracciones parecen detalladamente tipificadas y exigen la presencia de tres requisitos “mínimos”¹⁶, en realidad su redacción resulta bastante ambigua y se presta para cualquier género de interpretaciones. Si ya el principio de igualdad presentaba contornos poco definidos, estos nuevos delitos todavía son más indeterminados, y han llegado a ser una carta blanca para sancionar cualquier idea o expresión que moleste a alguna persona, en desmedro del derecho a la libertad de opinión y de expresión. En un extenso análisis hecho sobre la normativa y la jurisprudencia europea sobre el tema, el jurista británico Paul Coleman (2012) muestra comunidad o la ambigua tipificación de las infracciones por discriminación¹⁷ ha tenido un triste efecto de persecución contra todo lo que no sea “políticamente correcto”, contra cualquier cosa en la que alguien alegue sentirse ofendido, acallando justamente el derecho a la libertad de expresión, a opinar sobre diversos temas. Así, finalmente el principio de igualdad ha terminado exigiéndose en ciertos casos a los privados con nada menos que el peso de la ley penal.

Con frecuencia hoy se esgrime el principio de igualdad para justificar cualquier cosa, sin preocuparse de si se cumplen los requisitos jurídicos de aplicación, ni de justificar exigibilidad. Las preocupaciones de Holmes han llegado a verificarse: actualmente este principio es el último recurso que se usa para justifica cualquier cosa. Conviene entonces preguntarnos cuál de ser la norma general: ¿la igualdad o la distinción?

III. Lo igual y lo diferente

Los filósofos suelen decir que en la realidad todo es distinto, no hay nada igual¹⁸. Las igualdades son

discapacidad o estado de salud con el objetivo de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos en condiciones de igualdad, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años».

¹⁶ Para un análisis más extenso de esos tres requisitos, cfr. Riofrío, 2014, pp. 201-206.

¹⁷ Lo mismo sucede en otros países como el Ecuador, donde la Ley Orgánica de Comunicación y el Código Orgánico Integral Penal no hacen sino copiar la normativa europea.

¹⁸ Dice Sellés (2011), siguiendo a Leonardo Polo, que «en la realidad nada es *igual*». «La *igualdad* es una *abstracción formal* de la mente, fruto de considerar los abstractos como tales, como *formas*, no su contenido *real*. De ese modo los podemos igualar. En la realidad no hay, sin embargo, ninguna realidad *igual* a otra». Aunque dos cosas «fuesen esencialmente idénticas, su ser sería distinto. La igualdad predicada de una cosa tampoco puede remitir a esa misma cosa, porque ello indica que no se sale de sí misma, es decir, que no hay remitencia.

fundamentalmente creadas por la razón. Nada mide nanométricamente exactamente lo mismo; pero como no solemos exigir tanta precisión, nos basta medir las cosas con algún grado de aproximación (1,72 metros, por ejemplo) redondeando lo que sobra o falta, para así concluir que dos entes tienen una altura semejante y los tomamos por “iguales”. No hay dos estrellas iguales, no hay dos paisajes idénticos. Lo normal en el cosmos es la diferencia. Con lo humano sucede lo mismo: cada persona es un universo distinto, cada cultura tiene sus peculiaridades. En toda comunicación es preciso distinguir: cada palabra es una noción distinta, cada frase es una idea diversa, e incluso las palabras y dichos de cada lengua muestran matices distintos. Lo normal en la comunicación es distinguir. Además sucede que la persona humana es intrínsecamente un ser libre y la libertad justamente implica la posibilidad de actuar de diversa manera. Lo normal en la actuación humana es la libertad, la diversidad. Lo diferente es la norma general.

En el derecho, más que tratar a todos absolutamente igual, lo fundamental es tratar a cada uno como cada uno es. Si se detecta alguna debilidad, habrá que ayudarlo; si se descubren circunstancias distintas, habrá que dar un trato distinto. Por eso las cortes de los diversos países han coincidido en afirmar que la concepción de la igualdad que no se reduce a un mero igualitarismo o, en otros términos, a la nivelación absoluta de los hombres¹⁹.

Sin embargo, como vimos, la tendencia de las últimas décadas ha sido a imponer la igualdad. Muchas veces se da por sentado y evidente que hay un deber de trato igual, para establecer si la desigualdad tiene alguna razón de ser. Se acepta que pueden haber desigualdades aceptables, pero las desigualdades carecen del principio de inocencia: ¡quien quiere distinguir, debe probar que tiene derecho a hacerlo!

Tanto la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el Pacto de San José de Costa Rica, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

Así, la expresión “A = A” no indica dos Aes distintas, sino una misma A pensada dos veces. La igualdad es mental, no real».

¹⁹ Cfr. Corte Suprema de Argentina, fallos 151:359 (1928), p. 367. Idéntica posición la mantiene la Corte Suprema de Estados Unidos y muchas otras.

Fundamentales, y diversos tribunales constitucionales²⁰, han señalado que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación, y que la igualdad se considera vulnerada si esta desigualdad se ha producido sin una justificación objetiva y razonable. «En otras palabras, se genera discriminación cuando una distinción de trato carece de una justificación objetiva y razonable» (Corte Constitucional ecuatoriana, 2016, p. 35). Esta es la razón por la que, después de determinarse los términos de la comparación y de establecer las similitudes relevantes, se procede directamente a analizar si la distinción es razonable aplicando para ello el principio de razonabilidad (también llamado principio de proporcionalidad).

Tal razonamiento se justifica, sin duda, cuando existe un deber jurídico de dar un trato igual a varias personas como sucede cuando se habla de igualdad *ante, en o frente* a la ley, mas este deber no siempre existe. A continuación analizaremos cuándo debería surgir la obligación jurídica de trato igual.

IV. La justificación de la igualdad y la justificación del derecho al trato igual

Sin mayor debate se ha introducido la concepción popular que todos tenemos, siempre y en todo lugar, un derecho fuerte a exigir que las autoridades y los particulares “nos traten igual”, o, dicho en negativo, “a que no nos discriminen”. Entonces salen a relucir el principio de igualdad, la constitución y los tratados de derechos humanos. Esto eventualmente puede ser cierto en determinados casos, pero no en todos. Propiamente del principio de igualdad, tanto en su versión matemática como en su dimensión ética o de etiqueta, no se deriva directamente ningún derecho al trato igual.

Desde luego, de que A sea igual a B (principio matemático de igualdad) no se deriva ningún derecho u obligación jurídica. Algo semejante sucede con el principio ético de igualdad: un padre puede tener el deber moral de tratar a todos sus hijos por igual, pero en general sus preferencias por uno u otro no pueden ser castigadas por la ley; quien recibe una donación no tiene el deber jurídico de devolverla cuando medien las mismas circunstancias, aunque probablemente sí nazca un deber moral de gratitud y de reciprocidad. También la etiqueta

²⁰ Cfr. Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 002-13-SEP-CC, caso 1917-11-EP.

exige un cierto trato igual, pero de que yo salude a cinco personas en una reunión no se deriva una exigencia jurídica de saludar a una sexta persona. Suele sintetizarse la doctrina aristotélica de la igualdad, contenida en *Ética a Nicómaco* (libro V, capítulo III), diciendo que «hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales»; este principio no siempre es jurídico, sino en ciertos casos. Innumerables sentencias aplican directamente este principio como si se tratase sin más de una doctrina jurídica, descuidando leer el mismo título de la obra donde surge. Es principalmente una doctrina ética, no siempre jurídica.

¿Cuándo surge el deber jurídico de trato igual? Parece evidente que cuando media una razón jurídica: es decir, cuando está de por medio un título de derecho o una obligación jurídica. Los pobres no tienen derecho a la limosna, nadie tiene derecho a recibir gratuidades: por eso, quien regala un dólar a cinco mendigos que se le presentan en la calle, no está jurídicamente obligado a dar lo mismo al sexto mendigo que se le aparece. Por otro lado, ya está bastante desarrollada la teoría de cómo surgen las obligaciones (por hechos y actos jurídicos, por negocios, por la ley, etc.) como para sostener que una persona particular está obligada a actuar con todos como actuó con el primero.

El deber-derecho de trato igual existe cuando:

a) *Alguien debe cumplir una misma obligación jurídica con varias personas.* Aquí hay que remitirse al tratado de las obligaciones, que dice que estas surgen de los hechos, los actos, los negocios, la ley, etc. El caso más típico es el de las autoridades y funcionarios públicos, que deben tratar a todos sus gobernados y administrados de igual manera porque ellos viven de sus impuestos, muchas veces los representan; en todo caso, han sido nombrados en su servicio y tienen un mismo deber de justicia distributiva para con cualquier ciudadano. Su actuación puede consistir en la expedición de actos jurídicos, reglamentos, leyes, etc. y por eso lo normal es que aquello que expiden (actos y normas generales) también se rijan por el principio de igualdad. Obligaciones análogas de trato igual pesan sobre los representantes de una compañía frente a los accionistas de la misma (de informar, de gestionar sus solicitudes, etc.); tales obligaciones nacen de los acuerdos celebrados entre las personas. Un banco que suscribe un mismo contrato con varios clientes está obligado a cumplir por igual con todos ellos.

b) *Alguien tiene un mismo derecho oponible en sociedad.* Puede tratarse de cualquier derecho adquirido oponible de la

misma manera a varias personas: es el caso de los derechos reales como la propiedad, que pueden exigirse *erga omnes*. Los derechos que surgen de un contrato solo pueden oponerse a las partes que han contratado en los términos pactados. Sobre todo hemos de pensar en los derechos humanos y fundamentales de las personas, porque estos pertenecen a todo ser humano por igual. Vale aclarar que estos deben ser verdaderos derechos, concretos y operativos; por tanto, habría que excluir los simples intereses, expectativas o aspiraciones mencionados en normas meramente declarativas o en normas programáticas que el Estado no está en condiciones de proteger. El derecho constitucional abstracto a la propiedad no es concreto, pero sí una propiedad determinada que se ha adquirido o que se debe en justicia. Aquí lo fundamental es determinar el título del derecho, que puede ser de orden racional, legal, contractual, etc.

Repetimos, nuevamente, que la aplicación del principio jurídico de igualdad exige la presencia de una *ratio iuris* que exija a alguien dar un trato igual a otro. Mientras no medie una verdadera y consistente justificación jurídica de por qué ha de obligarse a dar a alguien un trato igual, no cabe exigirle a nadie un trato igual.

V. El juicio de igualdad y el juicio de proporcionalidad

En la práctica el principio de igualdad ha llegado a identificarse casi totalmente con el principio de razonabilidad (o de proporcionalidad). El procedimiento es el siguiente: primero se verifica si hubo una distinción y luego se analiza si esta distinción es razonable o arbitraria. Esto último se hace aplicando el principio de proporcionalidad nacido en la jurisprudencia alemana para controlar la arbitrariedad en los actos de las autoridades públicas²¹ (y no para limitar la actuación de los particulares). Así, el test de igualdad prácticamente resulta ser un test de la razonabilidad de las distinciones.

En ciertos casos, las cortes han atisbado que tal procedimiento puede resultar un poco oneroso o que no tiene mucho sentido exigir un control estricto de igualdad en el trato. Por eso se han creado diversos “escrutinios”²² (generalmente se

²¹ Sobre la historia del principio y la razón por la que nació en la jurisprudencia, cfr. Riofrío, 2016.

²² Aunque los diversos niveles de escrutinio son más típicos de la jurisprudencia estadounidense, también en la corte alemana se ha usado distintos niveles de

los clasifica en tres: leve, medio y estricto²³), a fin de regular el nivel de razonabilidad exigido. Un control más estricto obliga al acusado (al que intentó distinguir) a probar clara y contundentemente su inocencia (que actuó con apego absoluto a los más altos fines constitucionales, usando medidas idóneas y necesarias para alcanzarlos, sin que quepa otra menos lesiva, demostrando además que tales medidas causaban notoriamente más satisfacciones que restricciones). El escrutinio estricto presume la inconstitucionalidad de la distinción y es virtualmente “fatal” para las leyes acusadas²⁴. Por el contrario, un control más leve²⁵ absuelve como inocentes a la mayoría de distinciones; se lo ha usado, por ejemplo, cuando no se presentan amenazas a ningún derecho, a la hora de analizar normas derogadas o cuando se tratan cuestiones de mera política interna²⁶.

Más allá de lo acertado de fijar diversos niveles de escrutinio, lo interesante es que los jueces han percibido que hay circunstancias en las que hay que tener un poco de manga ancha. En justicia, donde hay un derecho de libertad o una potestad suficientemente amplia²⁷, no debería exigirse ningún trato igual, ni someterse al escrutinio más débil. Así, no se le puede exigir a

intensidad en el escrutinio del test (control de evidencia, intermedio y material intensivo) según el nivel de seguridad que ofrezcan las premisas y según la intensidad de la injerencia de los poderes públicos en los derechos constitucionales. Cfr. Bernal, s.f., pp. 60-61; Vázquez, 2016, p. 82.

²³ Los niveles de escrutinio han recibido varios nombres: escrutinio leve, débil o de relación razonable; medios o intermedios; fuertes o estrictos. Por otro lado, Kelso (2002) ha llegado a contar hasta siete niveles distintos de escrutinio: uno de razonabilidad mínima, dos de alta racionalidad, dos intermedios y dos estrictos.

²⁴ En un artículo clásico sobre la materia, Gunther (1972, p. 8) describe así a este escrutinio «*strict in theory and fatal in fact*».

²⁵ En el escrutinio leve se exigen menos requisitos. Bernal (s.f., p. 62), Kelso (2002, p. 227) y Vázquez (2016, p. 83) señalan que son solo dos: a) que el trato diferente tenga un objetivo legítimo, y, b) que dicho trato sea potencialmente adecuado para alcanzarlo.

²⁶ Cfr. Vázquez, 2016, pp. 82-85, 90. El escrutinio débil nació en Estados Unidos en el caso *F.S. Royster Guano Co. V. Virginia*, 253 U.S. 412 (1920) para analizar si las medidas legislativas vulneraban el principio de igualdad de trato. Allí la Corte señaló que una clasificación hecha por la ley «debe ser razonable, no arbitraria, y debe basarse en un criterio de diferenciación que tenga una relación aceptable y sustancial con el objetivo de la legislación de la ley de tal manera que las personas en circunstancias similares sean tratadas en forma semejante».

²⁷ El Tribunal Constitucional Federal alemán habla de una «libertad de configuración del legislador» fundamentada en el principio de división de poderes y en la existencia de cuestiones políticas no juziciables. Sobre esta libertad, cfr. Lavilla, 1987, p. 64.

un privado que su conducta en el mercado cumpla con los dos requisitos mínimos del escrutinio débil: que su fin esté constitucionalmente permitido y que la medida sea potencialmente adecuada para alcanzarlo²⁸. Si la conducta de un particular en el mercado no causa daño, hemos de dejar que incluso actúe en vano distinguiendo lo que desee (v.gr. la apariencia o simpatía de los proveedores, el color de las mercancías, el aroma de los automóviles, etc.).

En definitiva, para determinar la obligatoriedad del trato igual, el test completo de igualdad debería seguir el siguiente procedimiento:

(i) *Verificar la existencia de los presupuestos de igualdad*. Esto es: a) que existan dos o más supuestos o *fattispecie* (dos situaciones jurídicas, dos hechos impositivos, dos normas, dos acciones, etc.); y, b) que tales supuestos sean iguales (idénticos) en todos sus aspectos relevantes para un fin determinado.

Solo si comprobamos la existencia de estos supuestos, pasamos a verificar lo siguiente. Si no, no cabe aplicar el test de igualdad.

(ii) *Determinar la existencia de la obligatoriedad del trato*. Como se dijo, el deber-derecho de trato igual solo existe cuando: a) alguien debe cumplir una misma obligación jurídica con varias personas, o, b) alguien tiene un mismo derecho ante varias personas. Para determinar esto nos remitimos a lo dicho en el capítulo anterior.

Solo si comprobamos la existencia de la obligatoriedad, pasamos a verificar lo siguiente. Si no, la distinción ha de tenerse por legítima.

(iii) *Analizar la razonabilidad de la distinción*, acudiendo al test de proporcionalidad (donde al menos se examina la legitimidad del fin; la idoneidad e adecuación de las medidas, y la proporcionalidad estricta²⁹). Si pasa este test, la distinción ha de tenerse como legítima; caso contrario, sería ilegítima y discriminatoria.

²⁸ Véase lo dicho en la nota 25.

²⁹ Suelen exigirse solo estos tres requisitos. Sobre otros requisitos que cabría exigir, cfr. Riofrío, 2016.

VI. Conclusiones

De lo anterior sacamos las siguientes conclusiones:

1. El principio de igualdad en abstracto exige al menos la presencia de tres cosas: (i) Que existan dos o más supuestos o fattispecie (dos situaciones jurídicas, dos hechos impositivos, dos normas, dos acciones, etc.); (ii) que tales supuestos sean iguales (idénticos) en todos sus aspectos relevantes para un fin determinado; y, (iii) que en todos los casos exista la misma *ratio iuris*.

2. El principio de igualdad nació con el movimiento constitucional y con el Estado de derecho, donde la ley debía regir sobre todos por igual. Por esto, inicialmente este principio se entendió más en términos de obligación igual para todos. Conforme se fueron creando instrumentos para aplicar la ley, se comenzó a entender como *derecho a la igualdad en la ley*: es decir, como derecho frente al legislador y ante las autoridades estatales. Sin mayor justificación, el trato ha comenzado a exigirse también a los particulares. Finalmente, se ha solicitado el trato igual no solo en lo relacionado con los derechos, sino también en relación con ciertos intereses, expectativas, deseos o aspiraciones, a fin de consolidar derechos que antes no lo eran.

3. Desde otro punto de vista, se ha visto que la norma general es la desigualdad. En el cosmos, en la cultura, en el lenguaje, etc. las cosas son distintas. Cada persona es distinta. Lo normal en la actuación humana es la libertad, la diversidad. Lo distinto, diverso o diferente resulta ser *de facto* la norma general. Aun así, los tribunales tienden a imponer la igualdad y presuponen que todo debe ser igual; lo distinto parece no gozar del favor del derecho, y las cortes exigen que se pruebe su razonabilidad.

4. Por lo anterior, el test de igualdad ha terminado identificándose con el test de razonabilidad. Si alguien acusa a otro de discriminación o trato no igual, en seguida hay que analizar si la distinción hecha es razonable (aplicando el principio de proporcionalidad/razonabilidad).

5. El principio de igualdad, resumido en la doctrina «hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales», es sobre todo un principio ético. Puede exigirse en derecho cuando media una *ratio iuris*.

6. Para determinar la obligatoriedad del trato igual, el test completo de igualdad debería seguir el siguiente procedimiento:

(i) *Verificar la existencia de los presupuestos de igualdad*, revisando si existen dos o más supuestos o *fattispecie* que sean iguales (idénticos) en todos sus aspectos relevantes para un determinado fin. Si no se comprueba, no cabe aplicar el test de igualdad; si se comprueba, pasamos a verificar lo siguiente.

(ii) *Determinar la existencia de la obligatoriedad del trato*, que solo existe cuando: a) alguien debe cumplir una misma obligación jurídica con varias personas, o, b) alguien tiene un derecho verdadero y concreto oponible en sociedad. Si no existe obligación de trato igual, la distinción ha de tenerse por legítima; si existiese, pasamos a verificar lo siguiente.

(iii) *Analizar la razonabilidad de la distinción*, acudiendo al test de proporcionalidad (donde al menos se examina la legitimidad del fin; la idoneidad e adecuación de las medidas, y la proporcionalidad estricta). Si pasa este test, la distinción ha de tenerse como legítima; caso contrario, sería ilegítima y discriminatoria.

SITUACIÓN DE LA MUJER AFROPERUANA: DESIGUALDADES E INVISIBILIDAD QUE PRODUCE EXCLUSIÓN PROFUNDA

*YALLE JORGES, Doris Margarita*¹

1. Introducción

El presente artículo busca evidenciar la profunda exclusión que ha sufrido la mujer afrodescendiente en nuestro país, lo cual ha invisibilizado sus aportes y participación en la construcción social, política, económica y cultural de nuestro país desde hace cientos de años; si bien los gobiernos han impulsado iniciativas legislativas y políticas públicas a su favor, aún las brechas de desigualdad basadas en la discriminación por raza subsisten y son un obstáculo para una verdadera inclusión, “(...) a pesar de la inmensa contribución de la población afroperuana en la formación de la cultura del Perú, su historia y desarrollo, la población afroperuana no es visible en la construcción simbólica del país, y en términos prácticos en la data nacional, en las políticas públicas, en los contenidos educativos, y en el reconocimiento de las figuras emblemáticas. (...)”².

¹ Abogada, con estudios en la Maestría de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú; ex representante del Perú ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos; miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional; experiencia en la defensa jurídica del Estado; abogada de la Dirección de Igualdad de Género y No Discriminación del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. Docente en la Academia de la Magistratura y el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional y expositora en eventos sobre derechos humanos, derecho constitucional y jurisprudencia interamericana.

² Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Dirección de Promoción y Protección de los Derechos de las Mujeres, PLAN ESTRATÉGICO 2018-2021 de la Mesa de Trabajo: Mujer Afroperuana-VI Descripción de las Problemáticas, junio de 2018, página 16.

Con relación a la mujer afroperuana, es preciso indicar que la situación de ellas no difirió de otros países de la región, durante cientos de años se ha buscado imperceptibilizar la contribución de la mujer afro en la sociedad, esta invisibilidad “(...) es reforzada de varias maneras, pero una de las más importantes es el estereotipo, que ha servido como herramienta para deshumanizar a las poblaciones marginalizadas y negarles la individualidad de personas. En el caso de las mujeres afrodescendientes, existen estereotipos con raíces coloniales que las encasillan en labores manuales y físicas, retratándolas como bailarinas, cocineras o empleadas. (...)”.³

Existe aún una problemática social de la población afroperuana que se circunscribe a los siguientes factores: racismo y estereotipos negativos; discriminación en el acceso al empleo y segregación ocupacional; violencia contra la mujer afroperuana; identidad impactada por representaciones sociales negativas; salud: enfermedades prevalentes y falta de investigaciones; educación: acceso y permanencia y culminación; ausencia de investigaciones y estadísticas oficiales; ausencia de políticas públicas específicas y pobreza y entornos sociales poco favorables.⁴

De acuerdo a la Encuesta Nacional de Hogares-ENAHO 2016, en el Perú, el número de personas mayores de 14 años que se autoidentifican como negro, mulato, zambo o afroperuano es 523 611. De este total, el 49,5% son mujeres (259 310). La cifra total significa que el 1,07% de mujeres y el 1,09% de hombres a nivel nacional se autoidentifican como personas afroperuanas. Las regiones donde se halló más autoidentificación de mujeres afroperuanas son: Piura (8,3%), Ica (2,34%), Lambayeque (2,19%), Callao (1,92%).

A nivel de grupo etario, el 0,8% de mujeres entre 14 y 17 años se autoidentifican como afroperuanas. El 1,05% de mujeres entre 18 y 29 años, el 1.18% entre 30 y 45 años, el 1,02% entre 46 y 64 años y el 1,21% entre mujeres de 65 años y más. Aproximadamente, el 30% de peruanas y peruanos se considera parte de un pueblo indígena u originario o de la población afroperuana, según los resultados de los Censos Nacionales 2017, con los que el Ministerio de Cultura, ente rector en materia de

³ Ministerio de Cultura, “Cultura Afroperuana – Encuentro de Investigadores 2017”, Artículo de Eshe Lewis “Reflexiones sobre un estudio de la violencia doméstica contra la mujer afroperuana”; 1era Edición, diciembre-2018, GRAFILUZ R&S S.A.C., página 92.

⁴ Documento de trabajo de la Dirección General de Ciudadanía Intercultural del Viceministerio de Interculturalidad de setiembre de 2018.

pueblos indígenas u originarios y de la población afroperuana, ha realizado la primera evaluación y procesamiento de datos sobre las preguntas de auto identificación étnica y de lengua. Ante la pregunta: “Por sus costumbres o antepasados, ¿usted se siente o considera?”, un total de 5’985,551 peruanos y peruanas mayores de 12 años de edad respondieron que se consideraban parte de algún pueblo indígena u originario, mientras que otros 828,841 respondieron que se auto identificaban como afroperuanos.⁵

En efecto, “(...) la invisibilidad y falta de reconocimiento de su identidad; son aspectos de un mismo fenómeno que sitúa a la población afrodescendiente en desventaja frente a la población dominante, de manera que ni interna ni externamente hay un reconocimiento de lo propio en condiciones de igualdad. Parte de este fenómeno se debe a una falta de visibilidad de los elementos y aportes culturales e históricos de las poblaciones afrodescendientes en la formación de la identidad nacional, a pesar del reconocimiento que formalmente existe. De otra parte, la invisibilidad estadística se hace evidente en la falta de datos o en su escasa fiabilidad. Estas deficiencias impiden conocer con precisión las características más básicas de dicha población, que permitiría definir la situación de partida y acometer las actuaciones requeridas.”⁶

2. Legislación nacional e internacional, como marco de protección de los derechos de la población afrodescendiente

Las protecciones de los derechos de los/las afroperuanos/as están determinadas en la legislación nacional e instrumentos de protección de los derechos humanos, los cuales establecen las obligaciones del Estado con la finalidad de garantizarles sus derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ciudadanos.

Al respecto, la Constitución Política de 1993 establece en su artículo 1 el derecho fundamental a la dignidad, señalando que *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.”* Asimismo,

⁵ Nota de Prensa de la Oficina de Comunicación e imagen del Ministerio de Cultura de fecha 14 de setiembre de 2018, link: <https://www.gob.pe/institucion/cultura/noticias/18974-ministerio-de-cultura-alrededor-de-siete-millones-de-peruanas-y-peruanos-se-identifican-como-poblacion-indigena-o-afroperuana>.

⁶ “AFRODESCENDIENTES- Programa de Cooperación con afrodescendientes: Documento de Líneas Estratégicas de actuación, Agencia Española de Cooperación –AECID, 2016, página 24.

reconoce en el artículo 2°, numeral 19, el derecho de toda persona a su identidad étnica y cultural, a usar su propio idioma ante cualquier autoridad a través de un intérprete, delegando al Estado, la tarea de reconocimiento y protección de la pluralidad étnica y cultural de la Nación; igualmente la Constitución, reconoce- en su artículo 2) el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación.

Una de las leyes importantes del país, es la Ley N° 28983, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, la cual establece que el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas necesarias para promover y garantizar la igualdad entre mujeres y hombres con la finalidad de erradicar todas las formas de discriminación.

Asimismo, con fecha 20 de junio de 2006, mediante Ley N° 28761 nuestro país declaró el 04 de junio de cada año como el “Día de la Cultura Afroperuana” a fin de reconocer los aportes que los/las afroperuanos/as han brindado a la cultura y construcción del país.

El Plan Nacional de Derechos Humanos (2018-2021) en su *“Lineamiento estratégico N° 3: Diseño y ejecución de políticas a favor de los grupos de especial protección”*, incorpora a la población afrodescendiente y afroperuana como grupo de especial protección, con el objeto de proponer acciones estratégicas que coadyuven al cumplimiento de las políticas públicas diseñadas por el Estado e incluidas en diversos instrumentos normativos creados para la protección de este grupo poblacional. Este III Lineamiento Estratégico tiene como objetivos el garantizar el reconocimiento y la valoración de la población afroperuana en la ciudadanía; garantizar el acceso a la justicia de la población afroperuana, garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación de la población afroperuana y promover las capacidades en prevención, gestión de riesgos y desastres de la población afroperuana.

El Plan Nacional de Desarrollo de la Población Afroperuana (PLANDEPA)- 2016-2020, es un instrumento de política cuyo objetivo es garantizar el desarrollo integral de la población afroperuana en condiciones de equidad, con inclusión y sin discriminación, con un énfasis en los niños, niñas, jóvenes, mujeres, adultos mayores y personas discapacitadas. Contempla cuatro objetivos estratégicos: garantizar la visibilidad estadística en el sistema estadístico nacional de la población afroperuana, respetando su derecho a la identidad étnica; garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación de la población afroperuana; promover el desarrollo social, político, económico, productivo y cultural de la población afroperuana con identidad e igualdad de

oportunidades; y fortalecer la institucionalidad pública vinculada a la promoción y protección de los derechos de la población afroperuana promoviendo la ciudadanía, su participación y acceso a las instancias de decisión.

Asimismo, es preciso destacar que en noviembre del año 2009, el entonces Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES) publicó la Resolución Suprema N° 10-2009-MIMDES, que expresa una solicitud de perdón histórico al Pueblo Afroperuano por los abusos y exclusiones que sufrió desde la época colonial, así como un reconocimiento a su participación en la afirmación de la identidad nacional. En cuanto a las disposiciones, la norma expresa, a nombre del Estado Peruano, un “Perdón Histórico al Pueblo Afroperuano por los abusos, exclusión y discriminación cometidos en su agravio desde la Colonia hasta la actualidad”. Este acto de desagravio se llevó a cabo en una ceremonia pública. Otro punto importante de la norma es que dispone que el MIMDES, en coordinación con los sectores competentes, dicte políticas públicas específicas para el desarrollo del Pueblo Afroperuano. En el contexto americano, Perú es el segundo país, después de los Estados Unidos, que ha pedido un perdón oficial a su comunidad afrodescendiente, siendo el primero de habla castellana en dar este paso histórico, que reivindica una identidad negada por siglos.

Otro gesto destacable fue la Ley N° 28761, en homenaje al natalicio del decimista Nicomedes Santa Cruz Gamarra, que reconoce el aporte de los (as) afroperuanos (as) a la riqueza económica, cultural y artística, así como a la identidad nacional: el Congreso de la República decretó el Día Nacional de la Cultura Afroperuana mediante la Ley N° 28761, promulgada por el Poder Ejecutivo el 19 de junio de 2006.

En el ámbito internacional, el Perú ha suscrito la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CERD, 1965)⁷ así como la Declaración y Programa de Acción de la III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (Durban, 2001). Los que han sido estandarizados nacionalmente en la modificación del Código

⁷ Para el Perú: sometida al Congreso Nacional y aprobada mediante Decreto Ley N° 18969 de fecha 21 de septiembre de 1971. Instrumento de ratificación de 22 de septiembre de 1971. Depositado el 29 de septiembre de 1971. Fecha de entrada en vigencia para el Perú el 29 de octubre de 1971.

Penal⁸ para sancionar con penas privativas de libertad a los que discriminen por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, “(...) con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona. Asimismo, se refuerza con la disposición que define la discriminación como el trato diferenciado carente de justificación objetiva y razonable, por lo que dispone que las ofertas de empleo y de acceso a instituciones educativas no tengan requisitos que discriminen, anulen o alteren la igualdad de oportunidades o de trato.”⁹

La Convención sobre Derechos del Niño (1989) se refiere expresamente en varios artículos a los niños y niñas indígenas o de minorías étnicas. Particularmente importante es el artículo 30, base de la educación intercultural bilingüe que señala que “en los Estados donde existan minorías étnicas, religiosas, lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena, el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma”.

En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es preciso indicar que: “(...) la Organización de los Estados Americanos (OEA) aprobó en 1969 la convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y en 1988 suscribió el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), el cual tiene como organismos de fiscalización la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). La Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA aprobó, en el año 2005, la Relatoría sobre los Derechos de

⁸ Ley Nº 28867 que penaliza la discriminación con 2 a 4 años de pena privativa de libertad. Esta ley modifica el artículo 323 para sancionar con pena privativa de libertad al que por sí o mediante terceros discrimina a una o más personas o grupo de personas, o incita o promueve en forma pública actos discriminatorios, por motivo racial, religioso, sexual, de factor genético, filiación, edad, discapacidad, idioma, identidad étnica y cultural, indumentaria, opinión política o de cualquier índole o condición económica con el objeto de anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de la persona.

⁹ Ley Nº 26772 “Disponen que las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa no podrán contener requisitos que constituyan discriminación, anulación o alteración de igualdad de oportunidades o de trato.”

las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial. La Relatoría tiene como función estimular, sistematizar, reforzar y consolidar la acción de la CIDH respecto de los derechos de las personas de ascendencia africana y contra la discriminación racial. Al mismo tiempo, las Conferencias mundiales, promovidas por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), han tendido a incorporar cada vez más y de manera específica, medidas y acciones en favor de las poblaciones indígenas y afrodescendientes.”¹⁰

3. Situación actual de la población afroperuana

A fin de comprender la situación de la población afrodescendiente, es preciso citar indicadores estadísticos que permitan sustentar nuestra posición. Los resultados del Censo Nacional 2017 muestran que el 3,6% de la población nacional de 12 y más años de edad se autoidentifica como afrodescendiente. Los/as afrodescendientes son el cuarto grupo poblacional étnico con mayor número en el Perú, que congrega a 828 841 personas, de las cuales 449 224 son hombres y 379 617 son mujeres¹¹. Según área de residencia, esta población es mayor en el área urbana que en la rural, siendo Tumbes el departamento que concentra al 11,5% de los/as afrodescendientes del país¹². El documento Mapa geo étnico de Presencia Concentrada de la Población Afroperuana en el Territorio Nacional, aprobado por Resolución Ministerial N° 162-2016-MC, identificó la presencia de este grupo poblacional con mayor prevalencia en las regiones del país: Tumbes, Piura, Lambayeque, Áncash, Lima provincias, Ica, Tacna, Lima Metropolitana, Callao, La Libertad y Cajamarca.

Según el “Estudio Especializado sobre Población Afroperuana”, la población económicamente activa afroperuana está formada por el 58,6% de quienes pertenecen a esta población y están en edad de trabajar¹³. Al desagregar a la población económicamente activa por grupos de edad, se observa que el porcentaje más alto lo ostentan quienes tienen entre 36 y 55 años

¹⁰ “AFRODESCENDIENTES- Programa de Cooperación con afrodescendientes: Documento de Líneas Estratégicas de actuación, Agencia Española de Cooperación –AECID, 2016, página 32.

¹¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. 2018. *Informe Nacional Perfil Sociodemográfico del Perú. Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. Lima: INEI, p. 214.

¹² *Ibidem*, p. 221.

¹³ MINISTERIO DE CULTURA. 2015. *Estudio Especializado sobre Población Afroperuana*. Lima: Ministerio de Cultura, p. 37.

(75,0%)¹⁴. Además, el estudio en mención indica que apenas el 26,4% de la población afroperuana económicamente activa cuenta con un contrato laboral firmado, y que este porcentaje se eleva al 34% en el caso de Lima, pero llega a ser apenas del 13% entre los afroperuanos de la Costa Norte¹⁵.

La condición étnica, como categoría de discriminación, influye en el acceso, control y uso de los recursos, lo que permite visibilizar brechas étnico-raciales en perjuicio de la población afroperuana. Ya el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha reiterado su preocupación al Estado peruano por la falta de oportunidades económicas, pobreza y exclusión social¹⁶. Ante este panorama de discriminación estructural, el Comité recomienda al Estado adoptar una política nacional integral de lucha contra el racismo y la discriminación racial que promueva la inclusión social y reduzca los altos niveles de desigualdad y pobreza.

El estudio *Autopercepciones de la población afroperuana: identidad y desarrollo*¹⁷, que describe el impacto de la discriminación en el desarrollo de la población afroperuana, evidenció que la gran mayoría de afroperuanos/as identifica la escasez de medios económicos como el principal obstáculo para poder desarrollarse en lo personal y profesional. Asimismo, el estudio dio cuenta que el creciente costo de vida obliga a esta población a focalizar el gasto en sus necesidades de subsistencia. También se verificó que muchos/as afroperuanos/as son víctimas de discriminación basada en el racismo en sus centros de trabajo y que toleran la discriminación por el temor a ser privados/as de su fuente de ingresos. Sobre el último factor, el estudio pone en relieve que el incremento del costo de vida acrecienta la situación de vulnerabilidad de las mujeres afroperuanas, en tanto estas no perciben ingresos propios, por lo que mayoritariamente son amas de casa y reciben apoyo de los programas asistenciales del Estado.

¹⁴ *Ibidem*, p. 38.

¹⁵ MINISTERIO DE CULTURA. 2017. *Discriminación étnico-racial en el ámbito laboral. Diagnóstico situacional*. Primera edición. Lima: Ministerio de Cultura, p. 63.

¹⁶ COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL. 2014. *Observaciones finales sobre los informes periódicos 18º a 21º del Perú*. Documento CERD/C/PER/CO/18-21 de 25 de setiembre, párr. 8.

¹⁷ PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. 2013. *Autopercepciones de la población afroperuana: identidad y desarrollo*. Panamá: PNUD.

De acuerdo con el documento *Hacia una gestión pública intercultural*¹⁸, el 13,5% de los hogares afroperuanos se encuentran en situación de hacinamiento, frente al 5,6% de los hogares a nivel nacional. En lo relativo a la afiliación a un sistema de salud, el 72,8% tiene cobertura de seguro de salud¹⁹.

3.1. Indicadores relativos al derecho a la salud de la población afrodescendiente

En relación con el derecho a la salud, el informe *Los afrodescendientes en el Perú: Una aproximación a su realidad y al ejercicio de sus derechos* de la Defensoría del Pueblo²⁰, sobre la base de los resultados de la Encuesta Nacional Continua 2006, señala que el 70% de la población afroperuana no acude a un centro de salud, superando en 8 puntos porcentuales el promedio nacional (62%). La baja concurrencia a un centro médico de este grupo poblacional se explica por múltiples factores: falta de disponibilidad, accesibilidad, calidad y aceptabilidad del servicio de salud y prácticas discriminatorias en la prestación.

Asimismo, el Estudio Especializado sobre Población Afroperuana descubrió que la hipertensión arterial es la enfermedad con mayor prevalencia en quienes jefaturan hogares afroperuanos, con una tasa de 25,3%; muy por delante de problemas de colesterol (14,1%), diabetes (6,3%) y problemas cardiacos (6,0%). Al desagregar la información por sexo, se observa que son las mujeres afroperuanas, en comparación con los hombres afroperuanos, las que se encuentran más afectadas por la hipertensión arterial, al igual que por el resto de enfermedades (30,73% de mujeres afectadas frente a un 19,39% de hombres)²¹.

En torno a la salud sexual y reproductiva de las mujeres afroperuanas, una investigación promovida por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables evidenció el importante rol de

¹⁸ MINISTERIO DE CULTURA. 2018. *Hacia una gestión pública intercultural*. Lima: Ministerio de Cultura.

<https://centroderesursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Politica-nacional-para-la-transversalizacion-del-enfoque-intercultural-triptico.pdf>

¹⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. 2018. *Informe Nacional Perfil Sociodemográfico del Perú. Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. Lima: INEI, p. 229.

²⁰ DEFENSORÍA DEL PUEBLO. 2011. *Los afrodescendientes en el Perú: Una aproximación a su realidad y al ejercicio de sus derechos*. Informe de Adjuntía N.º 003-2011-DP/ADHPD. Lima, febrero.

²¹ MINISTERIO DE CULTURA. 2015. *Estudio Especializado sobre Población Afroperuana*. Lima: Ministerio de Cultura, p. 68.

las parteras en la atención de la salud materna de las mujeres de esta población. Históricamente, las mujeres afroperuanas de la comunidad de Yapatera han utilizado en mayor medida los servicios de las parteras. En la actualidad, esta preferencia continúa, siendo las parteras importantes actoras en el proceso de embarazo, durante el parto y en el puerperio, con un rol que es paralelo o exclusivo al de la medicina occidental²². Ante este estado cosas, la referida investigación sugiere que las políticas orientadas a mejorar la atención de las madres afroperuanas deben incorporar como acción estratégica la capacitación de las parteras.

3.2. Derecho a la educación: población afrodescendiente

En cuanto al derecho a la educación de esta población, al año 2017, la población afrodescendiente presenta una proporción de analfabetismo ascendente al 6,0%, superando en 0,2 puntos porcentuales el promedio nacional (5,8%)²³. Por su parte, el diagnóstico del problema público de la Política de Atención Educativa para la Población de Ámbitos Rurales, aprobada por Decreto Supremo N.º 013-2018-MINEDU, refiere que el 27,8% de niños/as afroperuanos/as entre los 3 y 5 años no asisten a la escuela y que el 8.4% de niños/as y adolescentes afroperuanos/as abandonan la escuela, aduciendo que no les gusta (33.3%), la falta de dinero (14.2%), el padecer alguna enfermedad o sufrir un accidente (10.2%), entre otros motivos. Además, se percibe como motivo de preocupación el que la población afroperuana presente una proporción muy por debajo del promedio nacional (37%), pues solo el 1% de afroperuanos/as ha culminado la educación superior²⁴.

En otro orden de ideas, el documento *¡Aquí estamos! Niñas, niños y adolescentes afroperuanos* advirtió que los saberes y las tradiciones de los/as afroperuanos/as no son incorporados en las áreas curriculares ni en la dinámica del aula. Aquellos pocos casos en los que se trabaja la identidad afroperuana están

²² CARRILLO ZEGARRA, Sofía. 2014. *Afroperuanas. Situación y marco legal de protección de sus derechos*. Tomo 4. Primera edición. Lima: MIIMP, p. 28.

²³ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. 2018. *Informe Nacional Perfil Sociodemográfico del Perú. Censos Nacionales 2017: XII de Población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. Lima: INEI, p. 224.

²⁴ MINISTERIO DE CULTURA. 2018. *Hacia una gestión pública intercultural*. Lima: Ministerio de Cultura.

<https://centroderrecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/Politica-nacional-para-la-transversalizacion-del-enfoque-intercultural-triptico.pdf>

relacionados con su música y su danza, folclorizando su cultura, invisibilizando su memoria histórica y profundizando los estereotipos generados hacia la población afroperuana²⁵.

El estudio precitado señaló, además, que el espacio educativo es el ámbito institucional en el cual se registra la mayor cantidad de casos de discriminación, siendo alta la incidencia de agresiones verbales contra niños/as y adolescentes afroperuanos/as de parte de sus pares blancos/as. También se detectó en los testimonios que, aunque con menor frecuencia, los actos de discriminación fueron protagonizados por docentes en perjuicio de estudiantes afroperuanos/as. Con el objetivo de lograr una visión integral de la discriminación racial en el ámbito educativo mucho más apegada a la situación verdadera e identificar su implicancia en la educación de la población afroperuana, es importante que el Sistema Especializado en Reporte de Casos sobre Violencia Escolar del Ministerio de Educación considere la variable étnica como indicador significativo de la violencia en el ámbito educativo a la cual se enfrentan los/as estudiantes.

3.3. Situación de discriminación étnico racial

La I Encuesta Nacional: Percepciones y Actitudes sobre Diversidad Cultural y Discriminación Étnico-Racial²⁶ llevada a cabo por Ipsos Perú y el Ministerio de Cultura en el año 2017 refirió que más de la mitad de peruanos/as considera a otros/as peruanos/as muy racistas o racistas. Entre los motivos por los cuales los/as peruanos/as manifiestan haber sido discriminados/as están el color de piel (28%), los rasgos faciales o físicos (17%), la forma de hablar (15%), las costumbres (14%) y la asociación a la delincuencia (4%). En específico, el 60% de los/as entrevistados/as indicó que la población afroperuana es discriminada o muy discriminada sobre todo por su color de piel, sus rasgos faciales o físicos y porque son asociados a la delincuencia. Al respecto, un sondeo realizado por Ipsos Perú descubrió que la población afroperuana es uno de los grupos

²⁵ CEDET, PLAN INTERNACIONAL y UNICEF. 2013. *¡Aquí estamos! Niñas, niños y adolescentes afroperuanos*. Primera edición. Lima, p. 24.

²⁶ MINISTERIO DE CULTURA. 2018. *I Encuesta Nacional: Percepciones y Actitudes sobre Diversidad Cultural y Discriminación Étnico-Racial*. Lima: Ministerio de Cultura.

<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/primeros-resultados-encuesta-discriminacion.pdf>

étnicos en alta situación de vulnerabilidad, ubicándose luego de los pueblos indígenas²⁷.

En relación con las percepciones, un estudio sobre discriminación étnico-racial en los medios de comunicación dio cuenta de la existencia de estereotipos negativos por parte de gente no afrodescendiente, entre los cuales destacan las asociaciones con un mayor vigor sexual [...] y con un estilo de vida delincuencial, lo cual suele ser legitimado a través de la comicidad²⁸. En el caso de las afroperuanas, existen muchas presiones sociales para ajustarse a los estándares de belleza occidental. Sobre el asunto, la Comisión Nacional contra la Discriminación ha señalado que las personas afrodescendientes son uno de los grupos étnicos tratados por los medios de comunicación de manera estigmatizante y peyorativa²⁹. El sondeo de Ipsos Perú también reveló que el 56% de los/as entrevistados/as no consideró ofensivo el personaje de la televisión “el negro mama”, en tanto el 30% sí lo consideró ofensivo. Para ilustrar los contenidos racistas expuestos en los medios de comunicación, transcribimos a continuación las declaraciones de un conductor sobre un futbolista ecuatoriano: “los ecuatorianos no son negros, son cocodrilos, cocodrilos de altura... tú le haces ADN a Felipe Caicedo [jugador ecuatoriano], no es humano, es un mono... gorila... son unos negros apretados que te muerden y te da ébola [...]”³⁰.

En cuanto a la participación en espacios de toma de decisión, es evidente la subrepresentación política de las personas afrodescendientes en comparación a otros grupos étnicos, por lo que se refuerza su exclusión del ámbito político. El Jurado Nacional de Elecciones, a través de la plataforma para la participación política en democracia OBSERVA IGUALDAD³¹,

²⁷ EL COMERCIO. 2014. “El 90% considera que sí hay racismo en el Perú pero...”. *El Comercio*. Lima, 16 de marzo. Consulta: 23 de abril de 2019. <https://elcomercio.pe/lima/90-considera-hay-racismo-peru-302188>

²⁸ MINISTERIO DE CULTURA. 2017. *Discriminación étnico-racial en medios de comunicación. Diagnóstico Situacional*. Primera edición. Lima: Ministerio de Cultura, p. 66.

²⁹ COMISIÓN NACIONAL CONTRA LA DISCRIMINACIÓN. 2019. *Informe sobre la discriminación en medios de comunicación en el Perú, con especial énfasis en la discriminación étnico-racial*. Informe temático N.º 1 de 29 de enero, párr. 15.

³⁰ <https://www.superdeporte.es/futbol/2017/06/21/caicedo-mono-gorila-negro-apretado/339806.html>

³¹ PLATAFORMA OBSERVA IGUALDAD. *Candidaturas y cargos electos: Población afroperuana*. Consulta: 25 de abril de 2019.

señala que, en las elecciones parlamentarias para el periodo 2016-2021, solo 10 candidatos/as (8 mujeres y 2 hombres) fueron identificados/as como afroperuanos/as; en tanto 2 afroperuanos postularon al Parlamento Andino. De estas candidaturas afroperuanas que postularon en las últimas elecciones generales, solo 1 mujer fue elegida congresista de la República.

Esta menor presencia y, con ello, la desigual distribución del poder se deben a esquemas racistas que impiden su participación e involucramiento en sus comunidades en cuanto ciudadanos/as plenos/as en igualdad de condiciones. En esa perspectiva, la baja representación política afroperuana impide que sean las y los representantes de este pueblo los que logren aportar a las soluciones de los actuales problemas públicos del país, pero, sobre todo, que sean ellos quienes lideren sus propias demandas históricas y, de esa manera, resuelvan sus necesidades particulares en materia de educación, salud, trabajo y vivienda para el ejercicio y goce de sus derechos en condiciones de igualdad³².

Otro asunto que merece especial atención es la vulnerabilidad de las comunidades afro frente al cambio climático teniendo en consideración que sus viviendas y lugares para sembrío están ubicados en zonas de riesgo. Un estudio³³ señala que la mayor exposición de la población afroperuana a situaciones de riesgo, en particular inundaciones, se debe a la combinación de múltiples factores, tales como ambientales, sociales, económicos, políticos y tecnológicos; de modo que urge la adopción de medidas preventivas y reactivas desde el enfoque de interculturalidad.

Para finalizar, el Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables ha incluido desde el año 2015 la variable étnica en el registro de víctimas de casos de violencia contra la mujer y los

https://observaigualdad.jne.gob.pe/pdfs/candidaturas/CANDIDATURAS_AFRO_EG2016.pdf

³² EL PERUANO. 2018. "Afroperuanos: dentro del deporte, fuera de la política". *El Peruano*. Lima, 3 de julio. Consulta: 24 de abril de 2019.

<https://elperuano.pe/noticia-afroperuanos-dentro-del-deporte-fuera-de-politica-67869.aspx>

³³ SALINAS CASTRO, Rosa Victoria. 2013. *La vulnerabilidad de las comunidades afro y chachis frente al cambio climático: una mirada desde las representaciones y prácticas frente a las inundaciones*. Tesis de Maestría en Estudios Socioambientales. Ecuador: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

<https://centroderecursos.cultura.pe/sites/default/files/rb/pdf/COMUNIDAD%20AFRO.pdf>

integrantes del grupo familiar. El registro administrativo del Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual indica que en el año 2018 los Centros Emergencia Mujer atendieron 217 víctimas afroperuanas. Esta cifra representa el 0,2% de los casos de violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar en todo el país. Al respecto, un estudio³⁴ ha advertido que los/as trabajadores/as de los Centros Emergencia Mujer determinan la etnia mediante observación y no mediante pregunta. En este contexto, el índice de violencia contra las mujeres afroperuanas debe interpretarse con cautela, pues, al contabilizar según la apariencia física, es muy probable que muchas afroperuanas hayan sido registradas como mestizas; de modo tal que la cifra de víctimas afroperuanas esté por debajo del número real.

4. Políticas públicas en beneficio de la población afroperuana

El reconocimiento de la situación de vulnerabilidad de la población afroperuana debido a la discriminación étnico-racial que sufren mujeres afroperuanas y hombres afroperuanos ha motivado la adopción de políticas públicas que persiguen su superación.

4.1. Constitución de la Mesa de Trabajo: Mujer Afroperuana

Mediante Resolución Ministerial N° 294-2001-PROMUDEH, el entonces Ministerio de Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano constituyó la Mesa de Trabajo: Mujer Afroperuana como espacio de convergencia, articulación y alianzas entre el Estado y organizaciones de la sociedad civil para diseñar y proponer lineamientos de políticas públicas, orientados a la ejecución de acciones que permitan habilitar y fortalecer a las mujeres afroperuanas, en pro de la transformación de la sociedad peruana.

Una de las consideraciones para la constitución de esta Mesa de Trabajo ha sido la existencia de diferencias al interior del propio grupo de mujeres, y una de estas diferencias la constituye la pertenencia étnica y/o racial a grupos minoritarios, uno de ellos compuestos por personas afrodescendientes o afroperuanas. La

³⁴ LEWIS, Eshe. 2018. "Reflexiones sobre un estudio de la violencia doméstica contra la mujer afroperuana". En MINISTERIO DE CULTURA. *Cultura Afroperuana. Encuentro de investigadores 2017*. Primera edición. Lima: Ministerio de Cultura, pp. 91-95.

población femenina con frecuencia debe hacer frente a la discriminación y el prejuicio social, por su condición de género, de pertenencia étnica y situación de pobreza, limitando su acceso a una mejor calidad de vida, al trabajo y posiciones de liderazgo en las diversas áreas de la sociedad y el Estado.

Desde su creación, la Mesa de Trabajo viene realizando diversas acciones de incidencia en materia de los derechos de las mujeres afroperuanas. En ese sentido, en el mes de octubre de 2018 se presentó el documento *“Elaboración de una herramienta para el recojo efectivo de la información sobre la variable étnica en los servicios y registro administrativos con los que cuenta el MIMP”*, el mismo que ha sido enviado a la Oficina de Monitoreo de la Secretaría General del MIMP para el proceso de incorporación de la variable étnica en los servicios del sector.

Se aprobó el Plan Estratégico 2018 – 2021 de la Mesa de Trabajo en junio de 2018, y en el marco de esta se realizaron las siguientes actividades:

- Seguimiento al proceso de incorporación de la variable étnica en los registros y servicios del MIMP. Dicho proceso está a cargo del Ministerio de Cultura.
- Participación y acompañamiento de la campaña de sensibilización en el marco del “Día de la no violencia contra la mujer”, con la finalidad de evidenciar al racismo como una forma de violencia. Dicha actividad fue coordinada con el Centro de Desarrollo de la Mujer Negra Peruana.

4.2. Políticas públicas que buscan garantizar el ejercicio de los derechos y el desarrollo pleno de la población afrodescendiente

El 28 de noviembre de 2009 fue publicada la Resolución Suprema N.º 010-2009-MIMDES que expresa el perdón histórico del Gobierno al pueblo afroperuano por los abusos, la exclusión y la discriminación cometidos en su agravio desde la época colonial hasta la actualidad y reconoce su esfuerzo y lucha en la afirmación de nuestra identidad nacional, la generación y difusión de valores culturales; así como la defensa del suelo peruano. Con la dación de la resolución, el entonces Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social se comprometió a dictar políticas públicas específicas para el desarrollo del pueblo afroperuano.

El instrumento Orientaciones para la Implementación de Políticas Públicas para Población Afroperuana, aprobado

mediante Resolución Ministerial N.º 339-2014-MC, es el documento normativo que tiene por objeto establecer las orientaciones básicas para la implementación de políticas públicas en beneficio de la población afroperuana que guíen la acción del Estado peruano para contribuir al desarrollo integral e inclusión social de esta población. Este instrumento contempla 7 orientaciones de política con la finalidad de garantizar el ejercicio de los derechos y el desarrollo pleno de las mujeres y hombres afrodescendientes.

Estas orientaciones políticas son las siguientes:

1. Garantizar el respeto de los derechos humanos y acceso a la justicia para la población afroperuana.
2. Fortalecimiento de la ciudadanía y la participación de las y los afroperuanos y su acceso a las instancias de toma de decisiones.
3. Ejercicio pleno de los derechos económicos y sociales de las y los afroperuanos.
4. Garantizar el derecho a la no discriminación, la promoción de la diversidad cultural, y el reconocimiento a la cultura afroperuana como parte constitutiva de la nación peruana.
5. Garantizar el derecho a la visibilidad estadística.
6. Acceso a la cultura y revaloración del patrimonio cultural de la población afroperuana.
7. La igualdad para las y los afroperuanos a lo largo de su ciclo vital.

La Política Nacional para la Transversalización del Enfoque Intercultural, aprobada mediante Decreto Supremo N.º 003-2015-MC, tiene como objetivo general el orientar, articular y establecer los mecanismos de acción del Estado para garantizar el ejercicio de los derechos de la población culturalmente diversa del país, particularmente de los pueblos indígenas y la población afroperuana, promoviendo un Estado que reconoce la diversidad cultural innata a nuestra sociedad, opera con pertinencia cultural y contribuye a la inclusión social, la integración nacional y la eliminación de la discriminación. En esta dirección, la Política se desagrega en cuatro (04) ejes y lineamientos.

- ***Eje 1) Fortalecer la capacidad de gestión intercultural del Estado peruano***

Lineamientos 1) Desarrollar una institucionalidad para transversalizar el enfoque intercultural en las políticas públicas,

planes, programas y proyectos de los sectores, organismos constitucionalmente autónomos y gobiernos regionales y locales..

Lineamientos 2) Garantizar estándares de calidad en la prestación de servicios públicos a la ciudadanía que cumplan con criterios pertinentes a las realidades socioculturales y lingüísticas de los diversos grupos culturales.

- Eje 2) Reconocimiento positivo de la diversidad cultural y lingüística

Lineamientos 1) Promover y gestionar la producción de información y conocimiento sobre la diversidad cultural del país.

Lineamientos 2) Promover la salvaguarda de los saberes y conocimientos de las distintas culturas del país, valorizando la memoria colectiva de los pueblos.

- Eje 3) Eliminación de la discriminación étnico-racial

Lineamientos 1) Garantizar el derecho a la igualdad, no discriminación y la prevención del racismo.

Lineamientos 2) Promover la formación de ciudadanos y ciudadanas interculturales.

- Eje 4) Inclusión social de los pueblos indígenas y la población afroperuana

Lineamientos 1) Promover la atención de los pueblos indígenas y la población afroperuana desde un enfoque intercultural.

Lineamientos 2) Garantizar el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas mediante la consolidación del marco jurídico y el fortalecimiento de la institucionalidad en materia de interculturalidad.

El Plan Nacional de Desarrollo de la Población Afroperuana 2016-2020, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 003-2016-MC, es el instrumento de política pública cuyo objetivo general es garantizar el desarrollo integral de la población afroperuana en condiciones de equidad, con inclusión y sin discriminación, con énfasis en los niños, niñas, jóvenes, mujeres, adultos mayores y personas con discapacidad. Contempla cuatro objetivos estratégicos: i) garantizar la visibilidad estadística en el sistema estadístico nacional de la población afroperuana, respetando su derecho a la identidad étnica; ii) garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación

de la población afroperuana; iii) promover el desarrollo social, político, económico, productivo y cultural de la población afroperuana con identidad e igualdad de oportunidades; y iv) fortalecer la institucionalidad pública vinculada a la promoción y protección de los derechos de la población afroperuana promoviendo la ciudadanía, su participación y acceso a las instancias de decisión.

Mediante Decreto Supremo N.º 016-2016-SA, se aprobó la Política Sectorial de Salud Intercultural. La Política tiene por objeto normar las acciones de salud intercultural en el ámbito nacional, a fin de lograr una atención de salud como un derecho humano, que favorezca la inclusión, equidad e igualdad de oportunidades para los/as ciudadanos/as del país. En relación con la población afroperuana, el primer y cuarto ejes fijan como políticas: la promoción del derecho a la salud, la inclusión social y la equidad en la prestación de servicios de salud y el fortalecimiento de la identidad cultural y participación en los servicios de salud.

Por su parte, el Plan Nacional Contra la Violencia de Género 2016-2021, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 008-2016-MIMP, reconoce que la incidencia de patrones socioculturales afecta desproporcionadamente a las mujeres afrodescendientes. Ante este panorama, el plan adopta como primer objetivo estratégico el cambio de patrones socioculturales que reproducen relaciones desiguales de poder y diferencias jerárquicas que legitiman y exacerbaban la violencia de género.

La Política Nacional de Igualdad de Género, aprobada por Decreto Supremo N.º 008-2019-MIMP, a efectos de operativizar el lineamiento “6.4. Brindar acompañamiento y consejería en igualdad de género, las responsabilidades familiares compartidas y el respeto a los derechos humanos, entre los y las integrantes de las familias”, plantea el servicio de acompañamiento y consejería a las familias para compartir las responsabilidades de cuidado, desarrollar relaciones igualitarias, inclusivas, respetuosas y libres de violencia entre sus integrantes, y transformar patrones y prácticas socioculturales de subordinación femenina; al fijar este servicio se contempla de manera expresa a las familias afrodescendientes como población objetivo.

El Plan Nacional de Derechos Humanos, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 002-2018-JUS, considera a la población afrodescendiente y afroperuana un grupo de especial protección debido a múltiples formas de desigualdad y exclusión. Con el objeto de proponer acciones estratégicas que coadyuven al

cumplimiento de las políticas públicas para la protección de este grupo poblacional, se establecen 4 objetivos estratégicos que apuntan a su reconocimiento y valoración por la ciudadanía; garantizar su acceso a la justicia; garantizar su derecho a la igualdad y no discriminación; así como la promoción de capacidades en prevención, gestión de riesgos y desastres.

Objetivos y acciones estratégicas establecidos en el Plan Nacional de Derechos Humanos:

Objetivos estratégicos

OE1: Garantizar el reconocimiento y la valoración de la población afroperuana en la ciudadanía.

OE2: Garantizar el acceso a la justicia de la población afroperuana.

OE3: Garantizar el derecho a la igualdad y no discriminación de la población afroperuana,

OE4: Promover las capacidades en prevención, gestión de riesgos y desastres en la población afroperuana.

Acciones estratégicas:

AE1: Promover la inclusión de la población afroperuana en el diseño de políticas públicas, planes y programas, con enfoque intercultural. (Correspondiente al OE1).

AE2: Garantizar el acceso a los servicios de asistencia jurídica de los ciudadanos afroperuanos. (Correspondiente al OE2).

AE3-1: Fortalecer la plataforma de la Comisión Nacional Contra la Discriminación para la lucha contra la discriminación hacia la población afroperuana, con enfoque de género. (Correspondiente al OE3).

AE3-2: Garantizar el acceso a la educación superior, en igualdad de oportunidades, de la población afroperuana. (Correspondiente al OE3).

AE4: Promover capacidades de respuesta en prevención gestión de riesgos y desastres en la población afroperuana. (Correspondiente al OE4).

5. CONCLUSIONES

- Las protecciones de los derechos de los/las afroperuanos/as están determinadas en la legislación nacional e instrumentos de protección de los derechos humanos, los cuales establecen las obligaciones del Estado con la

finalidad de garantizarles sus derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ciudadanos.

- Durante muchos años se ha buscado imperceptibilizar la contribución de la mujer afro en la sociedad, esta invisibilidad es reforzada de varias maneras, pero una de las más importantes es el estereotipo, que ha servido como herramienta para deshumanizar a las poblaciones marginalizadas y negarles la individualidad de personas.
- A pesar de la inmensa contribución de la población afroperuana en la formación de la cultura del Perú, su historia y desarrollo, la población afroperuana no es visible en la construcción simbólica del país, y en términos prácticos en la data nacional, en las políticas públicas, en los contenidos educativos y más.
- La exclusión que ha sufrido la población afrodescendiente, en especial la mujer afroperuana en nuestro país, lo cual ha invisibilizado sus aportes y participación en la construcción social, política, económica y cultural de nuestro país desde hace cientos de años; si bien los gobiernos han impulsado iniciativas legislativas y políticas públicas a su favor, aún las brechas de desigualdad basadas en la discriminación por raza subsisten y son un obstáculo para una verdadera inclusión.
- Existe aún una problemática social de la población afroperuana que se circunscribe a los siguientes factores: racismo y estereotipos negativos; discriminación en el acceso al empleo y segregación ocupacional; violencia contra la mujer afroperuana; identidad impactada por representaciones sociales negativas; salud: enfermedades prevalentes y falta de investigaciones; educación: acceso y permanencia y culminación; ausencia de investigaciones y estadísticas oficiales; ausencia de políticas públicas específicas y pobreza y entornos sociales poco favorables.
- La población afroperuana es uno de los grupos étnicos en alta situación de vulnerabilidad, ubicándose luego de los pueblos indígenas. Muchos/as afroperuanos/as son víctimas de discriminación basada en el racismo en sus centros de trabajo y toleran la discriminación por el temor a ser privados/as de su fuente de ingresos.

LA TRIDIMENSIONALIDAD DEL CONTROL IDEOLÓGICO JUDICIAL: UN ASUNTO DE PREVENCIÓN JUDICIAL

*CASTAÑEDA MÉNDEZ, Juan Alberto*¹

I. INTRODUCCIÓN: A MODO DE REALIDAD PROBLEMÁTICA.

El contexto problemático del presente trabajo, responde en buena cuenta a que las teorías jurídicas tradicionales en su amplio desarrollo y muchas veces aplicadas sin una mayor atención, han omitido abordar la relación entre ideología y derecho. Esta relación no es un problema de un vacío normativo o necesidad de modificación textual o problema extraído a modo de tropiezo en un expediente administrativo o judicial. Es un problema obtenido de la misma realidad contextual del Derecho vigente o Derecho Vivo, que habita en un gobierno de jueces donde la interpretación de las disposiciones legales y/o constitucionales se hacen bajo el so pretexto del el *neo*

¹ Asesor legal – Constitucional en el Congreso de la República del Perú. Presidente del Instituto de Investigación para la Ciencia & Humanidades Apex Iuris. Docente contratado en Derecho Constitucional y Metodología de la Investigación. Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y aplicación de la Constitución por la UCLM – España. Cursante de la Especialidad de Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina por la PUCP – Perú. Director de la Sociedad de Filosofía de Derecho y Estado Constitucional. Director de la Revista Interdisciplinaria “Asimetría”. Director General de los Cuadernillos de Investigación “Derecho & Razon”. Miembro de la Comisión de Derecho Constitucional y Procesal Constitucional del Colegio de Abogados de La Libertad. Estudios de filosofía del Derecho en materia de la Teoría de Principios y Ponderación por Pucp. Investigador Visitante en la UBA-Argentina, Universidad Libre de Colombia y UNAM. Estudios en Derecho Constitucional y Procesal Constitucional por la UNT, Estudios Críticos del Derecho por la UNMSM. Publicación en la Revista del Colegio de Abogados de La Libertad, en la revista jurídica Mario Alario D’ Filippo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Cartagena-Colombia, Revista Gaceta Constitucional y entre otras. Ponente nacional e internacional en materia de Constitucionalismo Global, Derechos Fundamentales y Filosofía del Derecho.

constitucionalismo tomando a esta como una categoría justificante de libertades judiciales en la argumentación y decisión. Es decir; vivimos tiempos donde el Derecho se construye vía interpretación.

La relación de ideología y derecho, al día de hoy implica una reflexión desatendida y conscientemente evitada, cuando en realidad no debería ser de tal modo si es que prestamos atención a las consecuencias del Derecho como resultado de los argumentos ideológicos que se inyectan en los tribunales, construyéndose así, el tipo de sistema jurídico que plantea cada país a sus ciudadanos y el molde real de un tipo de Estado. Una relación importante para darnos cuenta que el Derecho así como puede ser una herramienta a favor de la sociedad, también puede ser una herramienta degenerada causante de la perversión jurídica como del terror estatal. Esto último, es producto de legitimar a gobernantes carentes de escrúpulos y sobre todo, fomentar juristas sumisos, de doble moral y arribistas.

Es de tal modo, que la libertad ideológica de los jueces implica situarnos en un contexto donde el principio de independencia se constituye como una ideología propia del juez que le permite reflexionar o comprender el ámbito jurídico de la aplicación del derecho al caso en concreto (judicial), atendiendo a una búsqueda incesante de valores dinámicos en la impartición de justicia a favor de la defensa de los derechos fundamentales y postulados de la democracia constitucional.

Sin embargo, dicha libertad no puede entenderse a la ligera, toda vez que la dependencia de la judicatura que fue una característica singular de la Inglaterra medioeval donde los jueces eran unos simples servidores del Rey², sucedió con mayor nitidez y deshumanizantes consecuencias en el Tercer Reich donde cada juez hacía gala - de lo que refería Hannah Arendt - de su *banalidad del mal* cuando estos en pleno juicio sostenían que la ley del fñhrer debe ser cumplida sin más o mayor reflexión en lo que se estaba sentenciando (Juicio de Jueces), caso parecido en los juicios a los jueces sobre las consecuencias de la dictadura de Mendoza en Argentina. Es decir, el derecho había acabado y empezaba la ideología política a instrumentalizar la judicatura, incluyendo académicos (profesores) y jueces que alguna vez enarbolaron los valores fundamentales y luego sin más hicieron

² Situación que cambió después de la proclamación de la Carta Magna de 1215, habiendo sentencias que registran la independencia de la judicatura en decisiones contrarias a la voluntad del Monarca

borrón cuenta nueva con voluminosos tratados y encumbrados defensores de la democracia y derechos fundamentales, por ejemplo el Caso Maunz.

Esto nos hace pensar – y es la problemática central del presente trabajo- en el peligro constante que se encuentra nuestra Democracia Constitucional como también el mismo cauce del Derecho, aquel que fácilmente puede propiciar la socavación de la misma democracia y los derechos fundamentales que defiende, resultando tener un Derecho degenerado y arrogante. Esto da lugar a que nos preguntemos; ¿qué puede ser el Derecho cuando la deliberación judicial está sobrevalorada tan igual como la democracia? Se viven tiempos de triunfalismo de teorías sobre otras sustituyendo la epistemología del proceso (verdad objetiva) por la retórica, como también la sustitución de la labor argumentativa por la íntima convicción.

A. ¿Modelo epistemológico?: El rol de la filosofía en el derecho procesal.

En el marco de un Estado que pretende la vigencia, protección y fomento de los derechos fundamentales en tanto respeto de su efecto horizontal en lo público y privado; la epistemología procesal se constituye como una categoría ambiciosa pero a su vez muy necesaria en tiempos de libertad justificante de las decisiones judiciales, toda vez que pretende aquella comunicabilidad mutua entre la filosofía y el derecho procesal. Esta, tiene su grado de utilidad para comprender de manera fundamental el derecho y la realidad; a fin de reflexionar en una manera orgánica sobre el desarrollo o involución del Derecho a través de la interdependencia de sus bondades.

La relación entre filosofía y derecho procesal, puede resultar ingenua o inútil hasta tal punto, por quienes desdeñan a la filosofía en tanto considerarla como una ciencia de arquetipo lleno de constructos nebulosos y que no tiene horizontes prácticos o finalidades contributivas para mejorar u optimizar la impartición de justicia como el afinamiento de las instituciones procesales. Esta percepción no es ningún modo sensata toda vez que el andamiaje jurídico tiene su soporte en presupuestos filosóficos que marcan la pauta de manera histórica como también tiene un rol –la filosofía- de reconducir el cauce interpretativo en la jurisprudencia del Derecho.

En tal sentido, un procesalista favorable al sistema judicial es quién hace frente a una serie de preguntas que tiene que ver con la combinación de aplicar normas junto a hechos reales sometidos a ser valorados; y es ahí donde la epistemología (filosofía) ofrece una diversidad de enfoques de abordaje integral que va a depender de la finalidad atribuida al proceso; es decir, la conceptualización o uso lingüístico interpretativo del proceso, ya sea como un medio para el hallazgo de la verdad o como un instrumentos para resolver un conflictos entre partes u otras variables.

Lo afirmado es bien conocido por los procesalistas como Chase, Damaška, Taruffo, entre otros; que desde perspectivas y sistemas jurídicos distintos se plantean importantes interrogantes desde la teoría del proceso, sea sobre la obtención de pruebas y su valoración, el hallazgo de hechos procesales y la búsqueda de la verdad. Y a decir verdad, la valoración de los hechos como otras cuestiones procesales vitales al proceso son problemas conscientemente relegados en los sistemas de derecho civil donde aún se imparte justicia desde el encorsetamiento normativo y pretendidamente racional. Forma que ha influenciado en el estudio de la teoría como de manera mayoritaria en la práctica judicial. Frente a esta situación, de la valoración de los hechos principalmente, Damaška, desmitifica aquella idea que para la búsqueda racional de la verdad implique que todos los sistemas tenga los mismos conceptos e inclusive las mismas actitudes de juzgamiento³.

Damaška, al igual que Taruffo, nos recuerda si la verdad no se concibe como aquella correspondencia con los hechos, nuestros sistemas probatorios perderían su significado. Es a tal tenor que Tarruffo, influenciado por la concepción correspondentista de la verdad vinculada a la epistemología pura de Susan Haack, nos indica que en buena cuenta la realidad externa existe y ésta constituye el criterio de medida; es decir, aquel punto de referencia para poder determinar la verdad o falsedad de los enunciados pretendidos a juzgar⁴.

Hasta aquí, cabe precisar que en el presente acápite, no se tiene intención de discutir sobre la verdad material o procesal, toda vez que es una discusión relativa y poco fructífera para la relación antes descrita de derecho y realidad. A esto último, si es

³ Damaška, Mirjan, *Il diritto delle prove alla deriva*. Bologna: Il Mulino, 2003.

⁴ Taruffo, Michele, *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*. Roma-Bari: Laterza, 2009.

de nuestro interés en términos de comprender cómo se determina en una sentencia como producto de una determinada cultura procesal obediente a los contextos políticos o de otra índole que encausan las soluciones a los conflictos. Esto es, entender que una sentencia es aquel producto que se determina conforme a la ideología que impera en su motivación y que coadyuva en la dirección del derecho.

II. DIAGNOSTICO DEL RAZONAMIENTO JUDICIAL

A modo de introducirnos en las dimensiones del control ideológico; Fiódor Dostoyevski quien a través de su personaje Iván Karamazov en la obra literaria “Los hermanos Karamázov”, mencionó que si “*Dios no existe todo está permitido*”; esto nos permite pensar que los juristas teóricos más tradicionales afirmen que si el imperio de la ley (el gobierno de las leyes o el positivismo) no existe, entonces los jueces lo tienen todo permitido. A pesar que vivamos en un Estado Constitucional de Derecho donde los jueces han asumido un protagonismo que les permite crear derecho, no quiere decir que la ley o el legalismo no existan. Más bien existe un legalismo con un imperio debilitado o una ley des encorsetada que permite conjugar con los principios y valores en el razonamiento judicial, con finalidades –pretendidas- de ser justas en su solución.

Sobre este último extremo, donde los jueces han asumido su razonamiento en pisos de suma libertad, bajo la idea de que la sentencia de un proceso el cual no esté sujeto a su dimensión epistemológica constitucional en el razonamiento judicial de los derechos fundamentales como derecho y deber de los jueces, correría un grave peligro de ser usados como discurso justificante al servicio de un determinado orden político o criminal.

Hasta este punto merece precisar entonces preguntarnos; ¿qué es el Derecho en el gobierno de jueces? Si años antes era difícil o nebuloso conceptualizar el Derecho bajo el tipo de Estado Legal; o bajo el dominio fuerte del positivismo, imaginemos la misma pregunta en tiempos que Derecho se construye vía interpretación y muchas veces en pisos de inseguridad jurídica con fallos altamente contradictorios y cambiantes jueces en las altas cortes (América Latina).

Es decir; el Derecho está viviendo una intención dolosa de ingeniería jurídica, una doctrina que vende sin importar

calidades de universidades, que a lo pronto es traducida en una tremenda ingenuidad de inflación terminológica constitucionalista, a tal punto que estamos pasando de los "Derechos en serio" a los "Derechos en broma". Tanto derechos, que los mismos sirven de discurso para justificar los límites e intromisiones estatales; juridificando así la moral.

Cuando existió y se apostó por "*el uso alternativo del derecho*" -en palabras de Ferrajoli- se constató que su ya no desarrollo en dicho campo fue por la sencilla razón de que dicho uso lo empleaban con mayor solvencia - alegando los principios- los abogados de las mafias; resultando en otras palabras que los sofistas son los más "predichos" a "ganar" la razón, puesto que tienden a utilizar un buen discurso retórico principistas sobre la justicia, dignidad, etc; cubriendo o justificando muchas veces injusticias detrás de las ponderaciones - ¿ es posible el conflicto entre derechos? - bajo el umbral del neo constitucionalismo; que no tiene nada que ver con nuestra realidad y la naturaleza que propuso a su país para dicha corriente (segunda guerra mundial y guerra fría); un ejemplo contrario a la realidad neoconstitucionalista.

Todo apunta; a tener un "*Derecho Oracular*", teniendo por oraculadores a los profesores de filosofía de Derecho, Cortes Supremas y Tribunales, factores que forman parte del Régimen Académico Judicial. Motivos, irresponsables o no, que invitan a seguir repensando la impureza del Derecho.



Fuente Propia: Juan Castañeda - Imagen N° 01

La imagen gráfica lo antes descrito en líneas superiores y aumenta la angustia en saber quién se robó el Derecho, cuando se observa aquella posibilidad de aprovechamiento en la derrotabilidad de las normas para fines perversos, el uso de normas de camuflaje para justificarse en la decisión, principios que salen de un sombrero mágico para fines convenientes que contradicen los postulados de la democracia constitucional, reglas de validez que se presuponen como válidas hasta que se despondere. Y entonces; qué es el Derecho cuando todo es derrotable y no hay un tope al cual ajustarse, lo más probable es que se instrumentalice ideológicamente como mecanismo criminal (fascismo) o represivo (Estatal).

III. LECCIONES QUE FUNDAMENTAN EL CONTROL IDEOLÓGICO DESDE LA EXPERIENCIA JUDICIAL NAZI

Desde determinados contextos y formas que se realizaron en la producción de normas desde la jurisprudencia de los tribunales y el desarrollo de la ciencia jurídica que guiaban a los jueces a razón de la legalidad y legitimidad del Tercer Reich, se obtuvo una transformación total del Derecho con deshumanizantes consecuencias a la sociedad. Dicho acontecer histórico-judicial nos deja ciertas lecciones que debemos atenderlas en nuestro tiempo y no caer en la misma desgracia jurídica y deshumanizante como operadores jurídicos. Estas lecciones consisten en lo siguiente⁵:

- ✓ Es posible dar la vuelta a todo un ordenamiento jurídico nada más que mediante interpretación.
- ✓ El derecho judicial es un elemento necesario e ineludible en el sistema de Justicia de cualquier ordenamiento. También los jueces están sometidos al espíritu de la época e influidos por él.
- ✓ A los principios constitucionales de separación de poderes y de vinculación de los jueces a la ley les corresponde una importancia absolutamente fundamental para constituir y mantener el Estado de derecho.

⁵ Rùthers, Bernd, *Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich*, trad., Juan Antonio García Amado, Madrid – España, Marcial Pons, 2016.

- ✓ El cambio de sistema en 1933 muestra muy claramente, con el ejemplo de la radical alteración de la Constitución y de todos los valores políticos (por tanto, en un caso ciertamente extremo), con qué instrumentos de técnica jurídica un ordenamiento jurídico (legal) heredado puede ser “remodelado” mediante interpretación y puesto al servicio de nuevos valores sociales o políticos.
- ✓ La variada manejabilidad ideológica y política de las figuras, los conceptos y las herramientas de la teoría del derecho y de la metodología jurídica implica un hasta ahora poco atendido factor de riesgo en el trabajo de los juristas, tanto en la ciencia jurídica como en la judicatura. La “polivalencia” y la potencial ideologización de los instrumentos jurídicos debe tratarse como necesario objeto de la teoría jurídica y del análisis crítico.
- ✓ Cuando como fundamento del que extraer consecuencias jurídicas se invocan cosas tales como la “idea de derecho”, el “espíritu” o la “unidad” del derecho, lo que aparece no son esos espíritus e ideas invocadas, sino el espíritu y las ideas de sus invocadores o de su ideología.
- ✓ Al margen de sus bien sonantes etiquetas, las nebulosas fuentes nuevas y la falta de claridad sobre su jerarquía son medios apropiados para cambiar los contenidos de un sistema jurídico de conformidad con la pre comprensión de sus aplicadores.
- ✓ Los jueces producen derecho mediante sus decisiones de última instancia. A fin de cuentas, los tribunales superiores determinan qué es derecho válido en un sistema estatal.
- ✓ El derecho estatalmente legislado es la expresión de una voluntad política que se plasma en el procedimiento legislativo, es política “solidificada” como duradera y capaz de imponerse. La respectiva teoría y metodología del derecho no puede negar u olvidar el hecho básico de que las normas jurídicas sirven a fines y metas de carácter político, sino es al precio de perder su objeto, como consecuencia de ello, errar sobre la realidad del derecho y de su ejecución.
- ✓ Junto con las cláusulas generales legales, los tribunales pueden también desarrollar cláusulas generales extralegales. Así ocurre allí donde el aplicador aporta una nueva fórmula que no figura en la ley, pero que resulta útil

como pauta valorativa deseada y que se presenta como manejable en la práctica judicial más allá del caso concreto que se resuelve. Las cláusulas generales extralegales son especialmente aptas como herramientas para el desarrollo judicial del derecho (ejemplo: “adecuación social”) y como “cláusulas de guerra” para la expulsión de leyes recibidas que son consideradas obsoletas (ejemplo: “sano sentimiento popular”, “posición jurídica del miembro de la comunidad popular” contra par.1 del BGB).

- ✓ El pensamiento jurídico institucional brinda pseudo argumentos con apariencia científica. El desvarío jurídico del pensamiento institucional sobre el derecho comienza allí donde los “tipos” y relaciones vitales reciben su verdadero sentido, su cometido, su “esencia” y cuanta pauta de enjuiciamiento jurídico a ellos se remite de un marco ideológico predeterminado.
- ✓ Todas las bases institucionales que para la fundamentación del derecho nos brindan tanto el pensamiento de orden concreto como los conceptos concretos-abstractos tiene como características la de que todos los “ordenes”, tipos y relaciones vitales reciben su verdadero sentido, su cometido, su “esencia” y cuanta pauta de enjuiciamiento jurídico a ellos se remite de un marco ideológico predeterminado.
- ✓ La ideología respectivamente dominante (o aquella que prefiere el aplicador del derecho que argumenta institucionalmente) determina el contenido institucional del derecho.
- ✓ Bien vista, la tesis de la fuerza normadora de las “instituciones” acaba en un traspaso de las competencias normativas del legislador a las instancias aplicadores del derecho. Puede reducirse a la siguiente fórmula: todo el poder normador para los intérpretes.
- ✓ Quien argumenta con la naturaleza o deduce a partir de la esencia de una cosa o de una institución camufla sus verdaderas razones y aparente fundamentos científicos objetivos allí donde no los hay en modo alguno.
- ✓ En una metodología jurídica atenta a la racionalidad, las nociones de “tipo” y de “serie de tipos” solo son utilizables para la exposición y la ordenación. Si, del mismo modo que la “naturaleza de las cosas”, son transformados en

conceptos normativos de los que se sacan normas jurídicas, no aportan más que pseudo justificaciones para la creación de normas por el aplicador del derecho.

- ✓ La doctrina metodológica desarrolla teorías para la aplicación formal de decisiones materiales y valorativas presente en la legislación.
- ✓ Los instrumentos metodológicos no están ligados a la imposición de valores o ideologías específicos. Pueden servir sucesivamente a diferentes ideologías o fines políticos. El retorno de figuras jurídicas, esquemas metodológicos y otras operaciones metódicas es un valioso objeto de investigación a fin de impulsar la autoconciencia y la autocrítica filosófica y metodológica de los juristas en la ciencia y en la práctica.
- ✓ El derecho estallidamente legislado es la expresión de una voluntad política que se plasma en el procedimiento legislativo, es política “solidificada” como duradera y capaz de imponerse. La respectiva teoría y metodología del derecho no puede negar u olvidar el hecho básico de que las normas jurídicas sirven a fines y metas de carácter político, si no es al precio de perder su objeto o, como consecuencia de ello, errar sobre la realidad del derecho y de su ejecución.
- ✓ La función jurídico-política de la Justicia es un componente necesario del Estado de derecho. El derecho judicial es imprescindible. La tarea jurídico-política de los tribunales exige un grado especial de contención política y partidista de los jueces. En caso contrario se pone en peligro la confianza en la independencia e imparcialidad de la judicatura.
- ✓ El Estado y el derecho se asientan en una base irrenunciable de creencias “metafísicas” (ideología, religión, filosofía social trascendental”).
- ✓ Por así, la resistencia judicial contra sistemas totalitarios establecidos no tienen ninguna posibilidad de provocar un cambio de sistema. Incluso la negativa colectiva de los jueces para prestar su servicio no valdría más que provocar la expulsión de su puesto.
- ✓ El juez debe reconocerse si y en qué medida ya con la simple aplicación de los valores legales, y más con

acciones de desarrollo judicial del derecho, se convierte en soporte funcional del respectivo sistema político.

- ✓ Los juristas han de reconocer como un asunto esencial de su oficio su relación con el sistema de valores subyacente al ordenamiento jurídico. No existe una jurisprudencia apolítica, ideológicamente neutral y éticamente libre de valores. Un derecho libre de valores sería literalmente un derecho sin-valor.

IV. DIMENSIONES DEL CONTROL IDEOLÓGICO: SEMÁNTICO, EMPÍRICO Y SISTÉMICO

A) Dimensión Semántica: Ideología Judicial.

El derecho es un producto ideológico que se gesta de manera complementaria entre el discurso político y el razonamiento judicial de las altas cortes. Sobre esto último, se centra la idea de ideología judicial, como aquella preocupación sobre la forma y fondo de cómo se aplica por parte de los jueces en la interpretación y aplicación del Derecho.

Debemos entender a su vez que un producto (Derecho) se tal cual obedece a un proceso, y esto último responde a los juicios que se ganan o pierden en los distintos órganos jurisdiccionales, constituyéndose como aquellos espacios que configuran la comprensión vigente del ordenamiento peruano, trayendo consigo consecuencias objetivas en el manejo de la economía como el diseño constitucional de un Estado. Un ejemplo de consecuencias objetivas, nos muestra la denuncia que se hace en la doctrina argentina bajo el denominado *derecho a la realidad*, indicándose que su Corte Suprema de Justicia ha seguido siempre la “fórmula política” del gobierno de turno, el cual al estar persuadidos por las “ideologías” han terminado causando la postergación del desarrollo nacional⁶.

Ahora bien, la presente dimensión, no pretende responder a la pregunta superada si es posible la neutralidad en los operadores jurídicos, más bien consiste en dilucidar aquella metodología ideológica que existe en el Derecho y qué tipo de juez se necesita a favor de la defensa, vigencia y promoción de los postulados constitucionales que sostienen la real dimensión de un país.

⁶ Perina, Emilio, *La Argentina acosada. Ideologías vs. Nación*. Buenos Aires, Sudamericana, 1996.

Entonces, situado el contexto necesario, afirmaremos que el derecho en definitiva no es una categoría pura y esto lo supo bastante bien Kelsen, aunque se ha fanfarroneado y distorsionado el pensamiento Kelsiano, en el sentido de ser un positivista acérrimo postulante de la neutralidad, lo puro y dureza del derecho (RÜTHERS, 2016). Lo mismo acontece con la enseñanza y la modelo de investigación jurídica, categorías que también tienen una profunda carga ideológica. Por lo que cada operador jurídico, de manera innegable, realiza sus actividades cotidianas ya sea en los pasillos judiciales o en el fuero interno de una entidad pública o privada; conforme a sus modelos empíricos, íntimos e incluso según su postura epistemológica. Ahí todo bien, no obstante la angustia está en que dichas actividades supuestamente se hace bajo una determinada concepción del Derecho, si esto es así, resulta ser una mentira. En tanto que la concepción del Derecho al día de hoy es impuesta de manera jurisprudencial, por lo que resulta fundamental evidenciar esta realidad a fin de ser conscientes que el Derecho se construye por una práctica judicial que parece haber perdido el horizonte social del Derecho.

Aquel riesgo se presenta aún más cuando los operadores jurídicos se autoproclaman mesías en el Derecho y consideran que su postura es la *respuesta correcta y única*. No obstante, aumenta de manera exponencial al no existir el dialogo entre la académica y la práctica judicial, cuando se postula una posición desde el ámbito de la docencia y otra cuando les toca aplicar el derecho a casos concretos. Es por ello la necesidad irremediable de controlar la ideología judicial, sea mala o buena, mediante pautas procesales y metodológicas en los fueros judiciales mediante el uso mismo de los recursos jurídicos que brinda el ordenamiento procesal; tales como la recusación, en casos de afectación directa en el juzgamiento de la cusa por un determinado juez militante en contra o favor de manera expresa a la idea peticionada. O vía recurso de apelación, en atención al discurso empleado en desmedro de la consolidación de nuestra democracia constitucional que atiende a deberes como derechos fundamentales.

En tal sentido para tal propósito y estructura el estudio de la presente dimensión analizaremos la metodología jurídica como instrumento ideológico y la metodología ideológica como instrumento jurídico.

a) *Metodología Jurídica como Instrumento Ideológico.*

La metodología jurídica, es una construcción racional que tiene por objeto de estudio y de desarrollo, los procesos relacionados con los presupuestos y condicionantes del discurso jurídico que existe en las distintas materias o ámbitos jurídicos, entre los cuales podemos precisar:

ÁMBITOS JURÍDICO: OBJETO DE LA METODOLOGÍA JURÍDICA

Técnicas y Fases de producción legislativa

(Sala de Máquinas)

Aplicación de las disposiciones normativas

(Administrativas o Jurisdiccionales)

Resolución de Conflictos

(Sede Judicial)

Enseñanza del Derecho

(Tipo de Formación)

Investigación Jurídica.

(Clasificación de Materias)

Fuente Propia: Juan Castañeda - Cuadro N° 01

Por razones de pertinencia, no se abordará de manera detallada en el presente trabajo la metodología empleada en cada uno de los ámbitos precisados en líneas superiores. Sino más bien nos serviremos para recordar que los ámbitos descritos, sirven como instrumento ideológico en la medida que responden a intereses, creencias o necesidades del mercado y que vienen a delimitar la producción normativa, la aplicación e interpretación de la norma, el método en el contenido de la enseñanza y el sobre qué tema investigar.

En otros términos; la metodología jurídica como instrumento ideológico, se presenta en el método jurídico a utilizar el cual incide en la valoración de normas y cuestiones fácticas que sirven para la solución de determinado conflicto bajo un esquema abstracto (investigación, ley y docencia) o de modo concreto (órgano jurisdiccional).

b) Metodología Ideológica como Instrumento Jurídico.

Es innegable que todo juez no pueda tener cierta ideología. La esmerada exigencia de neutralidad no debe ser un óbice para que el juez piense de manera libre todo aquello que considere idóneo sobre la cultura, economía y entre otros aspectos de la vida en sociedad. No obstante, la ideología de un juez -en tanto pensamiento libre- no implica que se manifieste y se sirva como un instrumento jurídico en las consideraciones de su juicio jurisdiccional para que finalmente dicte sentencia. Entonces cabe preguntarnos, cuáles serían las fuentes donde reposa los valores de la actividad interpretativa, a fin de que la ideología privada de cada juez no sea el criterio jurídico para resolver.

A tal angustia y en el marco de la Teoría del derecho; cabe indicar en un primero momento que el iusnaturalismo, iuspositivismo, teorías críticas del derecho o realismo sociológico, dependen de posturas ideológicas sostenidas que procuran legitimar su manera de observar la sociedad y así reproducir esquemas sociales. De ahí que la ley, parezca ser un mecanismo de control de poder, toda vez que se caracteriza por tener una posición determinada, conocida por la mayoría de personas y ser sometida a una interpretación ideológica imperante.

Ahora bien, siendo más específicos con la pregunta planteada en líneas superiores, la ideología como método habido en la interpretación de la disposiciones normativas, se entiende como un proceso cognitivo que es previo a la aplicación y es justamente aquel proceso que debe responder a ciertos valores los cuales son el filtro para una supuesta imparcialidad y supuesta buena conducción del Derecho mismo. A esto, Wróblesky precisa ciertas fuentes de donde provienen dichos valores y que los mismos son diferentes⁷ como son el derecho positivo, la jurisprudencia y la ciencia jurídica. De cualesquier fuente, se deduce un valor o una directiva interpretativa, el cual asume asimismo un tipo de ideología y a su vez una determinada forma de observar o entender la realidad. Sin embargo, de que sirve asumir dichas fuentes con sus valores estáticos (seguridad jurídica) o dinámicos (historicismo de las consecuencias judiciales) si dichas fuentes, como la jurisprudencia pueden desencausar el sentido de la norma haciendo uso de la misma fuente de la norma como de la ciencia jurídica.

⁷ Wróblesky, Jersy, Sentido y hecho en el derecho. Mexico, Fontamara, 2001

Se debe aclarar de manera pertinente, que si no se desarrolla hasta el momento, clasificaciones o teorías, es porque no se tiene intención de volver a repetir ciertas ideas sobre la ideología judicial que algunos autores han desarrollado desde distintos puntos de vista o en su caso discutir sobre las mismas. Por el contrario, se busca calmar nuestra preocupación brindando ciertas respuestas de manera ordenada y que permita contribuir con nuevos conocimientos sobre el objetivo de estudio que se está trabajando, a fin de posibilitar una real dimensión cierta, práctica y útil para cautelar el buen camino del Derecho en su razonamiento judicial.

En tal sentido, y aclarado el propósito del trabajo, podemos asumir la idea de manera muy llana que la aplicación del Derecho por los jueces es un proceso valorativo y el cual viene a elegir la mejor opción. No obstante, cabe preguntarnos si realmente elige la mejor opción o en caso máxime, qué guía al juez en su elección. De manera clara y quizás muy obvia, es la decisión sobre la solución del conflicto jurídico. Y de manera muy obvia también, se presenta como un razonamiento jurídico que implica un supuesto proceso lógico que se compone de varias fases⁸

Se dice que el juez conoce de manera pauteada los datos fácticos del caso y en virtud a su razonamiento adoptaría una solución coherente con todo lo obtenido. Sin embargo, es una ceguera piadosa para quienes creen que es tal cual, no hay un resultado que se consuma de varias elecciones, el iter es otro. Donde la solución al conflicto viene a preceder a la motivación y ésta solamente sería un razonamiento ex post de la decisión ya tomada. Entonces, ¿cómo incide la metodología ideológica como instrumento jurídico en el razonamiento judicial? Veámoslo en la siguiente dimensión jurisprudencial.

B) Dimensión Empírico: Jurisprudencia.

a) Metodología Ideológica en los Juicio a Jueces en el marco de Nuremberg.

Empezaré este primer apartado, deduciendo del Caso: Estados Unidos de América vs. Josef Altstoetter que “*El puñal del asesino se oculta bajo el manto del jurista*”, una frase que contrasta la idea total del presente trabajo, en el sentido de que la ideología desde la tribuna académica puede ser tan letal al igual que una sentencia judicial, para los valores de una democracia

⁸ Ruggiero, L. D, *Tras Consenso e Ideología*. Nápoles, Droit, 1977.

constitucional. Quién iba a suponer que los juristas renombrados y capaces en sus escritos y discursos que sostenía los valores de la democracia, sean los mismos juristas, aquellos que justificaron los asesinatos como la política de Estado y los sean jueces parte del sistema que cometieron tanto asesinatos judiciales a razón de su ideología.

Ernst Janning, aquel jurista que participó y proclamó los valores de la Constitución de Weimar y luego justificó con la misma pluma las acciones políticas y judiciales habidas en Tercer Reich. Parte de su valentía y con reproche asimismo, asumió su sentencia y los cargos imputados; dejando una gran lección para sus juzgadores y preocupación constante para todo jurista: *“Una fiebre se apoderó de la nación. Una fiebre de desgracia, de indignidad, de hambre. Teníamos una democracia, sí, pero corrompida por elementos que la componían. Por encima de todo, había miedo: miedo al presente, miedo al futuro, miedo de nuestros vecinos, miedo....de nosotros mismos”*

Sobre la Acusación a los Jueces:

Entre los diversos juicios habidos (12) en el marco de Nuremberg, destaca el llamado “juicio principal”, dentro del cual únicamente destacaremos en análisis los juicios de los jueces. Es así, que en el mes de abril de 1949, tiempo en que se emite la sentencia, uno rinde cuenta que los llamados a impartir justicia a favor de la defensa del ser humano, fueron responsable por dictar sentencias bajo el imperio de la ideología nazi bajo obediencia sumisa y ceguera moral. Lo hicieron de una forma tan consciente como brutal en la aplicación de leyes opresivas y discriminatorias haciendo retumbar la conciencia de la humanidad y repensar que el Estado se configura por sus ciudadanos como del tiempo que habita el poder en los tribunales.

Los jueces, eran conocedores de que las leyes que aplicaban eran raciales, las cuales resultaban incompatibles con los derechos fundamentales de toda persona (víctima) y a pesar de ello, se impuso la ideología perversa del derecho, imponiéndose condenas de muerte. La ideología, estaba manifiesta en las sentencias, en las decisiones judiciales, en el método de razonar la causa; es decir, se instrumentalizó los tribunales como órganos ejecutivos de la ideología Nazi.

Argumentos de defensa de los jueces

A diferencia del jurista referenciado en líneas superiores, los jueces invocaron su inocencia, alegando como argumentos de defensa; “*el principio del Führer*” o “*reductio ad Hitler*”, el cual implicaba que su razonamiento judicial responde a la obediencia de la ley del Führer y que la responsabilidad únicamente es de Hitler. A tal punto que culparon a Kelsen de haberle seguido con plena convicción en tanto que no se podía desobedecer la ley sin alguna justificación jurídica o moral y que su razonamiento judicial (sentencias) se hacía a pesar de creer en la democracia y el Estado de Derecho.

Tanto en la acusación como en los argumentos de defensa de los jueces, se denota el gran poder que tiene la ideología en las acciones de los mismos para configurar el Derecho desde sus pronunciamientos judiciales. En este caso, no era para cambiar el rumbo de la interpretación del derecho o estar pensando sobre algún criterio objetivo en la interpretación; sino era para fortalecer la política Nazi con consecuencias objetivas (muertes). La ideología condujo a que muchos jueces, a través de sus sentencias, hagan del derecho un derecho degenerado.

b) Metodología Ideológica en las Sentencias del Tribunal Constitucional de Ecuador.

En este apartado como en el siguiente no seremos profusos, toda vez que no servimos de dos estudios amplios de manera correspondiente. Es así que para el presente caso, nos es útil el trabajo desarrollado por Basadre Serrano sobre las preferencias ideológicas que existen en los votos del Tribunal Constitucional Ecuatoriano.

De dicho estudio podemos destacar dos categorías muy puntuales y conducentes frente a nuestro objeto de estudio: El primero es sintetizar, que el objeto de estudio del referenciado estudio se erige sobre las preferencias políticas de los jueces influyen en la dirección que asumen en sus votos los magistrados del Tribunal Constitucional Ecuatoriano entre el lapso de 1999-2003. Y segundo, demostrar que la ideología se constituye como un elemento o instrumento jurídico que viene a configurar el rumbo del Derecho.

Es en tal sentido, que de modo jurisprudencial se puede contrastar de manera real que los jueces llegan a votar de acuerdo a su ideología; asumiéndose como un proceso real para la

solución del caso que los jueces asuman dicho caso contando como un instrumento jurídico más o guía en sus razonamiento judicial, a sus concepciones ideológicas privadas.

c) Metodología Ideológica en las Sentencias de la Corte Suprema Constitucional.

Del mismo modo que el apartado anterior nos serviremos de la investigación amplia y profusa del profesor Orozco Ospina, quien también ha trabajado sobre la ideología jurídica en el discurso o jurisprudencial constitucional colombiana la misma que es considerada fuente obligatoria.

De este aporte, nos detendremos un momento a fin de analizar algunos puntos necesarios, a fin de dilucidar sobre la necesidad de controlar la ideología judicial bajo un modelo epistemológico constitucional. Primero, que debemos entender que la ideología jurídica no es ningún espectro o ficción o construcción doctrinaria fuera de foco. Por el contrario, es un fenómeno que convive de manera diaria con nosotros y va fijando de manera pausada el horizonte del Derecho. Segundo, como abogados, debemos estar conscientes y alertas al hecho ideológico a fin de tomar los óptimos recaudos pertinentes. Es decir; estar prevenidos frente a las construcciones ideológicas en las prácticas judiciales y por supuesto de nuestra propia sombra subjetiva. Tercero, debemos rehabilitar de modo epistemológico la ideología jurídica en tanto que se presente dos características: La auto-legitimación de la propia corte a fin de configurar el derecho constitucional conveniente a partir de su propio discurso y los usos de los juristas al servicio de la Corte a fin de legitimar de manera política sus decisiones

d) Dimensión Sistémica: La Literatura como modelo de razonamiento judicial en sede Penal.

En la presente dimensión, también es una categoría de contraste que sirve para otorgar viabilidad práctica a la propuesta del control ideológico como modelo epistemológico constitucional. Lo que se busca en esta dimensión, es demostrar que la ideología de un juez como método de aplicar el derecho; puede resultar nefasto pero también puede ser bondadoso, cuando está en la mira o punto central del Derecho, la real dimensión de los derechos fundamentales.

Sobre esto último, podemos observar que en sede penal de un despacho judicial de nuestro país en la ciudad de Arequipa conducido por el Juez Dr. Jaime Coaguila, se imparte justicia atendiendo a la ideología humanística, la literatura como método de razonamiento judicial. A tal efecto dejaremos constancia de una resolución judicial (entre otras) en materia penal de su propia autoría.

PROLONGACIÓN DE PRISIÓN PREVENTIVA: “LOS MISERABLES” DE VICTOR HUGO

Sumilla:

*“En esta dimensión en el presente caso se advierte que la decisión de Prisión Preventiva tuvo como sustento fundamental la gravedad de la pena solicitada por tratarse del delito de Robo Agravado sancionado con una pena no menor de 12 ni mayor de 20 años de pena privativa de libertad; sin embargo actualmente dicho presupuesto se ha visto relativizado por medio de la tipificación alternativa de Hurto Agravado con una sanción de 3 a 6 años de pena privativa de libertad (...) situación que permite presuponer que eventualmente los imputados podrían merecer en el mejor de los casos una pena de carácter suspendida” En consecuencia “Comparecencia Restringida de los imputados, pero sujetos a las siguientes reglas de conducta: (...) **g**) Cumplir con presentar dentro del plazo de 10 días hábiles un testimonio escrito de 3 páginas en formato A4 Interlineado Sencillo avocado al tema de las bondades que tiene el contar con el uso de su derecho a la libertad individual en la sociedad; **h**) Cumplir al primer día hábil de cada mes con brindar un resumen oral progresivo sobre la obra “Los Miserables” del escritor Víctor Hugo donde explique sus reflexiones sobre el valor de la libertad y la situación de las personas privadas de libertad”.*

Expediente : 2011-00966-85-0401-JR-PE-01

Especialista : Mauro Diaz Cuno

Juzgado : Primer Juzgado de Investigación Preparatoria

Delito : Robo Agravado

Imputados : William Mario Aguilar del Águila
Diego Gustavo Fernández Ramos

Agraviados : Fabian Anthony Camacho Muñoz

Jimena Patricia Carrasco Gonzales

Resolución N° 09-2011

Arequipa, diez de octubre

del dos mil once.-

VISTOS: La solicitud Prolongación de Prisión Preventiva presentada por el Ministerio Público; y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: De conformidad con el artículo 274.1 del Código Procesal Penal cuando concurren circunstancias que importen especial dificultad o prolongación de la investigación, y que el imputado pudiera sustraerse a la acción de la justicia, la prisión preventiva podrá prolongarse por un plazo no mayor al fijado en el numeral 2 del artículo 272, en tanto que el artículo 272.2 del mismo cuerpo legal prevee que tratándose de procesos complejos, el plazo límite de la prisión preventiva no durará más de dieciocho meses.

SEGUNDO: El Ministerio Público ha solicitado la Prolongación de Prisión Preventiva respecto de los imputados por un plazo adicional de tres meses, por cuanto es necesario contar con su presencia para la etapa de enjuiciamiento ya que el proceso actualmente se halla en la etapa intermedia, no se descarta que los imputados podrían obstaculizar la administración de justicia al manipular las declaraciones de los agraviados como se denota de los cambios de versiones de estos últimos, además de que en la pericia psicológica ambos presentan rasgos disociales que no contribuyen a denotar que contribuirán al esclarecimiento de los hechos.

TERCERO: Por su parte la defensa del imputado Diego Gustavo Fernández Ramos ha precisado que no concurren los dos presupuestos exigidos por el artículo 274.1 del Código Procesal Penal, esto es la especial dificultad en las investigaciones, por lo que el Despacho en su debida oportunidad dictó un plazo razonable para que el Ministerio Público pueda concluir las investigaciones, más aún si el delito originario de Robo Agravado que fuera objeto de investigación actualmente ha sido recalificado en etapa intermedia alternativamente como Hurto Agravado. De otro lado el imputado William Mario Aguilar del Águila también

ha hecho referencia a que no se han cumplido con los requisitos del 274.1 sobretodo en lo relacionado a la especial dificultad de la investigación, y como antecedente obra la solicitud de Terminación Anticipada frustrada por el delito de Hurto Agravado que ahora merece en acusación tipificación alternativa, lo que conllevaría a concluir que la gravedad de la pena se ha desvirtuado; adicionalmente ambos imputados han hecho referencia a que cuentan con domicilio y debido a las actuales circunstancias en etapa intermedia.

CUARTO: Ahora bien de acuerdo al artículo 287.2 del Código Procesal Penal el Juez podrá imponer una de las restricciones o combinar varias de ellas según resulte adecuada para el caso y ordenará las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las restricciones impuestas al imputado, las que pueden sujetarse a lo establecido al artículo 288 incisos 2), 3) y 4) concordante con el artículo 289 del Código Procesal Penal. En esta medida es factible disponer todas aquellas medidas necesarias para lograr el cumplimiento de las establecidas en el artículo 288 siempre y cuando no afecten el carácter medular de dichas restricciones, y en el marco del respeto de los derechos fundamentales.

QUINTO: En el caso concreto de ambos imputado se advierte que no corresponde meritarse nuevamente las decisiones que determinaron su Prisión Preventiva por el plazo de Seis Meses mediante Resolución N° 02 del 12 de abril del 2011 ni tampoco los pedidos de Cese de Prisión que han mantenido la decisión de este Despacho al no haberse modificado sustancialmente sus argumentos en la perspectiva de que existían en su momento los presupuestos del artículo 268 del Código Procesal Penal respecto del delito de tipo penal de Robo Agravado previsto en el artículo 189 primer párrafo incisos 2), 3) y 4) concordante con el artículo 188 del Código Penal; pero conforme aparece de la Acusación ahora se ha asumido la posibilidad de una calificación alternativa por el delito de Hurto Agravado previsto en el artículo 186 primer párrafo incisos 2) y 6) concordante con el artículo 185 del Código Penal.

SEXTO: En esta dimensión en el presente caso se advierte que la decisión de Prisión Preventiva tuvo como sustento fundamental la gravedad de la pena solicitada por tratarse del delito de Robo Agravado sancionado con una pena no menor de 12 ni mayor de 20 años de pena privativa de libertad; sin embargo actualmente dicho presupuesto se ha visto relativizado por medio de la tipificación alternativa de Hurto Agravado con una sanción de 3 a

6 años de pena privativa de libertad, lo que ha determinado que el Ministerio Público solicite para el primer caso la pena específica de 12 años y para el segundo caso la pena de 4 años, situación que permite presuponer que eventualmente los imputados podrían merecer en el mejor de los casos una pena de carácter suspendida, máxime si de los antecedentes ya se ha efectuado un acuerdo de Terminación Anticipada por el delito de Hurto Agravado.

SEPTIMO: Por lo que en base a estos antecedentes corresponde disponerse una Medida de Comparecencia con Restricciones al no encontrarse motivos disponer la prolongación de la medida de Prisión Preventiva, no siendo factible argumentar como único argumento fiscal el peligro de obstaculización que no ha sido acreditado en este proceso de forma fehaciente, más aún si la parte acusadora ahora ha disminuido su convicción respecto de los elementos recabados en la investigación y se adelanta a una potencial condena por delito de Hurto Agravado, que en la mayoría de casos al tratarse de imputados sin antecedentes conduce a una pena con carácter suspendida, debiéndose por ello dictar medidas restrictivas rígidas para que se sujeten al proceso penal.

SE RESUELVE: Declarar **INFUNDADO** el pedido del Ministerio Público de **Prolongación de Prisión Preventiva** respecto de los imputados y disponer en su reemplazo la **Medida de Comparecencia Restringida** respecto de los imputados **William Mario Aguilar del Aguila y Diego Gustavo Fernández Ramos**, pero sujetos a las siguientes reglas de conducta: **a)** Concurrir al local del Juzgado el primer día hábil de cada mes con el objeto de informar y justificar sus actividades; **b)** Prohibición de ausentarse de esta localidad sin previa autorización por parte del Juzgado, **c)** Prohibición de comunicarse con los agraviados o con sus familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; **d)** Prohibición de circular en las calles de la ciudad más allá de las 10:00 de la noche de lunes a domingo; **e)** Cumplir con indicar el domicilio donde pernochará con Certificado Domiciliario expedido por la autoridad competente en el plazo de 5 días hábiles; **f)** Prestar caución económica por el monto de S/ 1 000 Nuevos Soles para William Mario Aguilar del Águila y S/ 1 000.00 Nuevos Soles para Diego Gustavo Fernández Ramos, a través de cupón de depósito judicial a nombre de este Juzgado para cada uno de los investigados; **g)** Cumplir con presentar dentro del plazo de 10 días hábiles un testimonio escrito de 3 páginas en formato A4 Interlineado Sencillo avocado al tema de las bondades que tiene el contar con

el uso de su derecho a la libertad individual en la sociedad; h) Cumplir al primer día hábil de cada mes con brindar un resumen oral progresivo sobre la obra “Los Miserables” del escritor Víctor Hugo donde explique sus reflexiones sobre el valor de la libertad y la situación de las personas privadas de libertad. Tómese razón y Hágase saber.-

S.S.

JAIME FRANCISCO COAGUILA VALDIVIA

V. CONCLUSIONES:

- La posibilidad de controlar la ideología judicial, no es de ninguna manera un control previo ni de censura previa; por el contrario, es un control de naturaleza presente o posterior sobre el razonamiento judicial que tiene de manera manifiesta o emplea el juzgador en la causa jurisdiccional a favor de cautelar la real dimensión de los derechos fundamentales y postulados de la democracia constitucional.
- Su posibilidad real de aplicabilidad puede realizarse – a modo de propuesta- mediante la recusación o apelación, donde se solicite el apartamiento del juez de la causa por elementos ideológicos que mal conduzcan el razonamiento judicial o cuestionar los elementos ideológicos contenidos en la sentencia por no ser acorde con el marco convencional. Ambas; a razón de promover la defensa de los derechos fundamentales como la configuración de la democracia constitucional.
- A tal fin, debemos comprender que la filosofía y el derecho procesal no son categorías ajenas; por el contrario, son categorías que se complementan y que exigen en la epistemología del proceso el hallazgo de la verdad en todo proceso. Es para ello necesario entender que un control ideológico busca, justamente la verdad de un proceso de lo contrario no tiene sentido que se realicen procesos judiciales donde se comentan asesinatos judiciales o triunfalismo de teorías adecuadas a intereses personales. El proceso es un instrumento de la civilización que sirve para que el Derecho se muestre a favor de la humanidad y sea la real expresión de estar

civilizados, de lo contrario seguirá siendo la expresión viva de toda una “*Comedia humana*”.

- Es por tales razones que la relación de ideología y derecho, debe ser una cuestión de discusión diaria y preocupada por los operadores jurídicos en tanto que la configuración de un determinado Derecho, son las consecuencias que vive toda sociedad. Aprendamos de las lecciones que nos dejó la historia judicial alemana, a fin de ser guardianes materiales de los derechos fundamentales y de nuestra democracia

EL DERECHO A LA PROPIEDAD Y EL DERECHO AL DESARROLLO: CONFLUENCIAS DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES

*RODRÍGUEZ MOSCOSO, Jimena Zoila*¹

1. CONCEPTO Y CONTENIDO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD.-

El derecho a la propiedad, como todo derecho social, encuentra su fundamento en la satisfacción de las necesidades materiales por parte de una persona o grupos de personas, constituyendo su contenido esencial el del disfrute de un bien para la satisfacción de las necesidades antes mencionadas². Este derecho tiene, entre sus características la obligación de "hacer" por parte del ente que lo garantiza (entiéndase, el Estado), la misma que puede traducirse en diversas acciones tales como: prestaciones públicas, resguardo policial, sistema jurisdiccional para asegurar y garantizar el derecho, la creación de registros de propiedad, entre otros aspectos, además del respeto por parte de terceros.

Sobre su ubicación dentro de la normativa interna, existen discrepancias sobre si éste se trataría de un derecho social o civil, más la doctrina ha llegado a un consenso al afirmar que estamos

¹ Magister en Derechos Humanos por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente en la Universidad de La Salle de Arequipa – Perú.

² Por ejemplo: el derecho a una vivienda digna se encuentra satisfecho a través de garantizar el derecho de uso y goce de un bien inmueble, como lo puede ser una casa o un departamento. Uno de los principales artífices de esta concepción es Gerardo Pisarello en *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Editorial Trotta

ante un derecho social³, que como tal, exige acciones por parte del Estado a fin de asegurar su cumplimiento.

Respecto de ello, y a efectos de asegurar la protección de este derecho existen mecanismos tanto a nivel interno⁴ como internacional que resguardan el derecho a la propiedad: a nivel interno, se encuentra contemplado dentro de la normativa civil, siendo que la restricción de dicho derecho sólo puede darse por interés público y utilidad social, traducido a través de la expropiación, figura que se encuentra recogida en el Artículo 70° de la Constitución Política, el Artículo 928° del Código Civil y los Artículos 519° a 532° del Código Procesal Civil, así como en la Ley N° 27117.

Si bien es cierto que es el Estado el que debe garantizar este derecho, la realidad nos demuestra que en la actualidad existe un problema latente respecto a la precarización predial y la renovación urbana, el cual, a pesar de la existencia de normativa interna que intenta regular dicha situación, aún no logra ser resuelto por el directamente responsable (entiéndase el Estado), ya sea por la burocracia implícita en los procesos de “regularización” o por la falta de interés den las reales necesidades de la denominada “sociedad espontánea”, la misma que detallaremos en los siguientes puntos.

Especial mención merece la Ley N° 29415⁵ (en relación al problema estudiado), en cuyo artículo 3° menciona entre sus principales fines:

1. La superación de las condiciones de vida de los habitantes de viviendas tugurizadas, realizándose las acciones necesarias para mantener, mejorar y modernizar las viviendas existentes de acuerdo con las necesidades de los residentes.

2. La regularización o formalización de la propiedad -tomando en consideración los aspectos dominiales, registrales y legales aplicables a bienes inmuebles- que permita una correcta identificación del predio y su propietario.

3. La restauración y puesta en valor del patrimonio monumental urbano o zonas monumentales a través de programas de renovación urbana, que resultan del desarrollo de proyectos de

³ CORDERO QUINCAZARA, Eduardo (2008). Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso n.31 Valparaíso. Pág. 3

⁴ En la Constitución Política del Perú se encuentra mencionado en el artículo 2 numeral 16, y para el presente trabajo se tomará como referencia el enfoque del artículo 70 del mismo instrumento nacional.

⁵ Ley de Saneamiento Físico Legal de Predios Tugurizados con Fines de Renovación Urbana.

rehabilitación, reconstrucción y valorización de inmuebles considerados monumentos históricos o ubicados en ambientes urbano-monumentales o en zonas monumentales.

Ahora bien, la mayoría de estos instrumentos reconocen el derecho a la propiedad desde un punto de vista meramente material, siendo el verbo rector el de **garantizar** el ejercicio del mismo. La pregunta que aquí cabría sería ¿el Estado de verdad garantiza este derecho? En teoría, debería ser así, siendo que el Estado peruano debería cumplir con los deberes de respetar, proteger y cumplir⁶, las que se traducirían de la siguiente manera:

-La obligación de respetar conllevaría a que el Estado se abstenga de interferir directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la propiedad;

- La obligación de proteger implicaría que el Estado debe adoptar medidas para evitar que terceros interfieran con el goce y disfrute del derecho a la propiedad del titular; y,

- La obligación de cumplir implicaría que el Estado debe adoptar medidas adecuadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial, promocional o de otra índole con miras a lograr la plena aplicación del derecho a la propiedad.

Según nuestra Carta Magna, el derecho a la propiedad⁷ *“es inviolable. El Estado lo garantiza, se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expiatorio⁸”*.

El Tribunal Constitucional peruano ha definido el derecho a la propiedad (desde una perspectiva iuspositivista) como: *“el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, el propietario puede servirse directamente del bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses patrimoniales⁹”*.

⁶ Idem.

⁷ Entendido para el legislador nacional como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, el cual debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley, tal y como lo plantea el artículo 923° del Código Civil Peruano.

⁸ Artículo 70° de la Constitución Política del Perú.

⁹ Expediente N. ° 030-2004-AI/TC, de fecha 02 de diciembre de 2005, Adolfo Urbina Nizama y Pedro Carrasco Narváez, en representación de más de cinco mil ciudadanos C/. Congreso de la República.

Este órgano jurisdiccional ha declarado que lo constitucionalmente amparable en el derecho de propiedad son los elementos que lo integran tanto en su rol de Instituto sobre el cual interviene el Estado, así como, en su calidad de derecho individual¹⁰, y ha considerado que este no es un derecho absoluto desde el momento en que su reconocimiento se realiza en un ordenamiento donde coexisten otros derechos fundamentales, pero también una serie de bienes (principios y valores) constitucionalmente protegidos. Los límites de este derecho se derivan expresamente de la Constitución y de otras normas (como las normas internacionales en la materia)¹¹

Entonces, como podemos inferir, las violaciones al derecho de propiedad por parte del Estado peruano se puedan materializar en razón al deber de respetar, proteger y cumplir con el mismo (como ya lo mencionáramos anteriormente), exigiendo acciones positivas a fin de poder garantizar este derecho; pudiendo darse la figura de una “multivulneración” siendo que junto al derecho a la propiedad propiamente dicho, pueden vulnerarse derechos como el de la vivienda, y el derecho a vivir en un medio ambiente sano a la vez (por mencionar solo algunos), dado que este derecho (como la gran mayoría de económicos, sociales, culturales y ambientales) se encuentra intrínsecamente relacionado con otros, y la sola violación de uno de ellos puede sobrellevar a la misma consecuencia en relación con los demás.

Entonces, ¿cuál es la solución que debe adoptar el estado respecto de este tipo de violaciones a un derecho fundamental?

Por lo señalado, podemos afirmar que lo que se espera del Estado (y en especial, del peruano), es que éste pueda satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, utilizando los medios proporcionales idóneos a fin de brindar a la población condiciones de vida dignas, evitando la tugurización de viviendas y la formalización de los espacios ocupados por grandes grupos de personas por un tiempo considerable. Eso por un lado.

Por otro lado, y tal como lo ha manifestado el CDESC, se debe contar con una adecuada legislación en la materia, así como con recursos judiciales y administrativos que protejan al titular (o titulares) del derecho, y con autoridades expertas en la materia

¹⁰ Expediente N.º 3773-2004-AA/TC, de fecha 01 de junio de 2005, Lorenzo Cruz Camilo.

¹¹ Expediente N.º 00665-2007-PA/TC, de fecha 31 de mayo de 2007, Telefónica del Perú S.A.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano coincide con la jurisprudencia internacional al señalar que: “*El derecho de propiedad faculta a su titular para usar, gozar, explotar y disponer de ella, siempre y cuando a través de su uso se realice la función social que le es propia. Existen restricciones admisibles para el goce y ejercicio este derecho: (i) estar establecidas por ley; (ii) ser necesarias; (iii) ser proporcionales; y, (iv) hacerse con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. Así, el derecho de propiedad solamente puede ser materia de restricciones por las causas y finalidades señaladas en la propia Constitución*”¹². Establecer cuáles son los alcances de “objetivo legítimo” es otra de las obligaciones que le corresponde al Estado peruano.

2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIEDAD Y EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DESARROLLO: CONFLUENCIAS PRO HOMINE.

Ya habiendo desarrollado el concepto de propiedad, nos gustaría centrarnos en el derecho fundamental al desarrollo. Como bien lo menciona Alan Thomas, el desarrollo “*involucra un cambio integral, no sólo abarcaría la mejora en un aspecto de la vida. Es un proceso donde el cambio en continuo, que ocurre en el nivel social pero también personal. Por ese emotivo el desarrollo siempre es visto de manera positiva*”¹³. Por ello se deduce que todos sin excepción tienen derecho a aspirar a ser parte de ese proceso denominado como “desarrollo”, el cual incluye igualdad en las oportunidades sin ningún tipo de distinción. Para ello se deben de excluir las limitantes a este derecho, tales como la pobreza estructural, la debilidad institucional y la complejidad del contexto social¹⁴ como elemento primordial si se desea alcanzar dicho objetivo en el más corto plazo.

El derecho humano al desarrollo se encuentra íntimamente ligado a la idea de "evolución", pero no una

¹² Expediente N.º 864-2009-PA/TC, de fecha 28 de agosto de 2009, Negociación Mamacona SAC.

¹³ THOMAS, Alan (2000) *Meanings and views of development*. En *Poverty and development into the 21 century*. Tim Allen y Alan Thomas, p.43

¹⁴ Gago, Horacio (2005) *Estudio de tipologías de poseedores en precarización, soluciones espontáneas sobre propiedad y procedimientos en el Distrito de Rímac*. Recuperado de <http://www.munirimac.gob.pe/munirimac/sites/default/files/Informe>. Consulta: 18 de mayo de 2019

evolución pragmática, sino referida a un Estado en donde el individuo tenga oportunidades para poner en práctica sus aptitudes, pueda acceder a oportunidades laborales en igualdad de condiciones, con lo que lograría la tan anhelada "libertad". Si tomamos en consideración lo mencionado por Amartya Sen, así como la premisa de que el "desarrollo es una forma para la libertad", entonces también coincidimos en que para que ello se dé, se deben de eliminar las principales fuentes de privación de libertad como la pobreza, la tiranía, la escasez de oportunidades económicas, etc., convirtiendo estas máximas en "hechos", en donde se pudieran verificar que el derecho no solo es justo, sino a su vez eficiente. Como bien menciona Sen, parafraseando a Richard Marx: "lo que hay que evitar es el restablecimiento de la sociedad como una abstracción con respecto del individuo"¹⁵.

Como consecuencia, podemos afirmar que el derecho a la propiedad se encuentra íntimamente ligado al derecho al desarrollo, confluyendo ambos en concebir que no se puede dar éste último sin la garantía plena del primero, siempre en pro de bienestar del individuo, o como bien lo ha mencionado la doctrina, en consideración del bienestar por homine.

3. PARTICIPACIÓN DE LA “SOCIEDAD ESPONTÁNEA” EN LA REGULARIZACIÓN PREDIAL.

Si entendemos a la sociedad espontánea como la trama social y jurídica que actúa y vive según sus propias reglas, las mismas que provienen en la mayoría de casos de costumbres jurídicas sumamente dinámicas y diversas, entonces concluimos que la mayor eficiencia de este tipo de sociedad con relación al accionar del Estado radica en que las normas antes mencionadas para que sean eficaces deben ser legítimas, y sólo ostentarán esta categoría si se entroncan en el derecho espontáneo¹⁶.

Y, ¿cómo surgen estas normas? Pues en palabras de Joaquín Costa ante el surgimiento de una necesidad individual, nace una selección espontánea entre cuantos sintieron la necesidad del individuo que escoge los medios idóneos para ejecutar su plan individual encaminado a satisfacer su necesidad particular, proyectando dicho plan al exterior¹⁷.

¹⁵ SEN, Amartya (2010). *La idea de justicia*. Madrid: Taurus, pág. 275.

¹⁶ GAGO, Horacio (2010). *La sociedad espontánea. La nueva esencia urbana y el derecho en el Perú*. Introducción a la primera edición peruana, pág. 11

¹⁷ GAGO, Horacio (2010). *La sociedad espontánea. La nueva esencia urbana y el derecho en el Perú*. Introducción a la primera edición peruana, pág. 26, citando

Como indica el Dr. Horacio Gago, es posible identificar y sistematizar el derecho espontáneo (en este caso los derechos humanos), y en consecuencia, también ser estandarizado de forma que pueda ser insertado en el derecho "formal", siendo esto una simple cuestión de metodología. En ese orden de ideas, la sociedad denominada "viva" puede terminar interactuando con ese otro orden creado que es el Estado, que es el que produce leyes con fines determinados, que traza estrategias y planifica políticas para alcanzar distintas metas, siendo esta interacción el sustento básico de la eficacia, legitimidad y eficiencia del sistema jurídico¹⁸.

Como ejemplo de ello podemos citar el Reglamento Municipal de Capitalización de la Propiedad Inmueble (Ordenanza N° 121-2006-RIMAC), de acuerdo a la cual la precarización de la propiedad es debida a dos causas esenciales: a) carencia o deficiencia de títulos de propiedad de miles de poseedores de viviendas en el distrito, y b) desfase registrado de miles de edificaciones realizadas sin licencia.

Entonces, si enfocamos la participación de la sociedad espontánea en la dación de normas que recojan posibles y factibles soluciones al problema planteado, tendremos que el problema de la precarización predial y la renovación urbana no es lejano de poder resolverse.

Nos parece oportuno mencionar que, hace algunos años se creó el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI) con el objetivo de ejecutar el proceso de formalización de la propiedad informal a nivel nacional; si bien es cierto el objetivo que perseguía era necesario y legítimo, aún este organismo encuentra muchas trabas en el camino, como la burocracia de sus propios procesos administrativos, así como la falta de conocimiento respecto de las zonas en las que debe incidir.¹⁹

Finalmente, y como bien expresa Asbjorn Eide: “[Las] estrategias para mejorar las condiciones de la parte más pobre de las sociedades deben procurar para ellos la oportunidad de tomar las riendas de su propio destino (...)”²⁰ (traducción propia),

a COSTA, Joaquín (1947). *Teoría del Hecho Jurídico*. Editorial Atalaya, Buenos Aires, pág. 231

¹⁸ GAGO PRIALE, Horacio. Op. Cit. Pág. 52 y ss.

¹⁹ En general, hablamos de zonas alejadas de los centros de “desarrollo”. Se puede corroborar la información en el sgt. Enlace: <http://www.cofopri.gob.pe/>. Consulta: 18 de mayo de 2019.

²⁰ EIDE, Asbjorn (2001). *Economic, Social and Cultural Rights*. A textbook. Dordrecht Martinus Nijhoff Pubshers, pág. 62

estas condiciones, a nuestro parecer, se deben traducir en acciones positivas por parte del Estado, que no solo permita el disfrute y goce de los bienes materiales como no materiales, sino también en acciones que garanticen el acceso de la población a estos bienes, tales como la creación de trabajos que permitan contar con los recursos para la adquisición y mantenimiento de los mismos, así como crear sistemas de monitoreo para que la propiedad pueda ser garantizada en bienestar del titular o titulares del derecho, así como la creación del mismo.

4. CONCLUSIONES Y SUGERENCIAS.-

PRIMERA: El derecho a la propiedad, como todo derecho social, encuentra su fundamento en la satisfacción de las necesidades materiales por parte de una persona o grupos de personas, constituyendo su contenido esencial el del disfrute de un bien para la satisfacción de las necesidades antes mencionadas, siendo además que este derecho contiene la obligación de “hacer” por parte del Estado.

SEGUNDA: El Estado peruano debe satisfacer legítimamente un interés social y encontrar un justo equilibrio con el interés del particular, utilizando los medios proporcionales idóneos a fin de brindar a la población condiciones de vida dignas, evitando la tugurización de viviendas y la formalización de los espacios ocupados por grandes grupos de personas por un tiempo considerable.

TERCERA: Asimismo, no solo se debe contar con legislación acorde con los estándares internacionales, sino que esta debe de establecer los límites al ejercicio del derecho, a través de situaciones expresamente señaladas en la norma, a fin de evitar la “multivulneración” de derechos, lo que desfavorecería al titular (o titulares) de los mismos.

CUARTA: El derecho a la propiedad se encuentra íntimamente ligado al derecho al desarrollo, confluyendo ambos en concebir que no se puede dar éste último sin la garantía plena del primero, siempre en pro de bienestar del individuo, o como bien lo ha mencionado la doctrina, en consideración del bienestar por homine.

QUINTA: COFOPRI, como organismo, encuentra muchas trabas en el camino, como la burocracia de sus propios procesos administrativos, así como la falta de conocimiento respecto de las zonas en las que debe incidir.

SEXTA: El Estado peruano no solo debe crear condiciones que permita el disfrute y goce de los bienes materiales como no materiales, sino también debe realizar acciones que garanticen el acceso de la población a estos bienes, tales como la creación de trabajos que permitan contar con los recursos para la adquisición y mantenimiento de los mismos, así como crear sistemas de monitoreo para que la propiedad pueda ser garantizada en bienestar del titular o titulares del derecho, así como la creación del mismo

¿LOS TRIBUNALES DEBEN TENER LA ÚLTIMA PALABRA SOBRE LOS DERECHOS DE IDENTIDAD DE GÉNERO?: ALGUNOS APORTES DESDE EL PRAGMATISMO RORTYANO

INARRA ZEBALLOS, Luis Gonzalo¹

1. Introducción

Después de que en el año 2016, en Bolivia, algunos legisladores en representación de la denominada “plataforma por la vida y la familia” presentaran ante el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) una acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley N° 807 de Identidad de Género, el año 2017, dicho tribunal dictó sentencia declarando principalmente la inconstitucionalidad del derecho al matrimonio de las personas que ejercen su derecho a la identidad de género (personas transgénero y transexuales²), así como la imposibilidad de adoptar menores de edad y el no ejercicio de los derechos que emergen de criterios de paridad y equidad de género en procesos electorales, como efectos del cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen que la mencionada ley les permite efectuar.

En el referido caso, el TCP ha obviado la aplicación de estándares de convencionalidad a los que Bolivia se encuentra obligado en virtud del derecho internacional de derechos humanos, siendo que días después a la sentencia constitucional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido una Opinión Consultiva refiriéndose precisamente a los

¹ Profesor titular en las materias de filosofía del Derecho y Derecho Internacional en la Universidad Mayor de San Simón (Cochabamba-Bolivia).

² La Ley N° 807, en su artículo 3 define: “Transexual. Personas que se sienten como pertenecientes al género opuesto al que se les asignó al nacer y que optan por una intervención médica para adecuar su apariencia física – biológica a su realidad psíquica y social. Transgénero. Hombre o mujer cuya identidad de género no corresponde con su sexo asignado al momento del nacimiento, sin que esto implique intervención médica de modificación corporal”.

derechos de identidad de género, igualdad y no discriminación para parejas del mismo sexo, y que como veremos más adelante, es diametralmente opuesta en cuanto a su contenido a la determinación del Tribunal Constitucional boliviano.

Pese a la comparación crítica que efectuaremos de las decisiones de los dos mencionados tribunales, mostraremos que en ambos casos los jueces ejercen su poder interpretativo de los derechos en cuestión, provocando la necesidad de plantearnos interrogantes desde lo que conocemos como la objeción mayoritaria o democrática, que desde el plano de la filosofía política cuestiona si debemos dejar que los tribunales de justicia que ejercen los controles de constitucionalidad y de convencionalidad, sean quienes deberían tener el poder de decidir sobre temas como el derecho al matrimonio de personas transgénero, transexuales, parejas del mismo sexo u otros, así como la posibilidad de adoptar menores y ejercer derechos de paridad en procesos electorales, o en su caso, deben ser los legisladores internacionales, constituyentes, ordinarios u otros mecanismos de reforma constitucional los que deben deliberar y definir estos derechos, en el marco de procesos democráticos.

Por último, presentaremos el enfoque pragmatista de Richard Rorty sobre los derechos humanos en contextos democráticos y plurales, ya que consideramos que puede constituirse en un aporte para disolver el problema de quién o qué autoridad debe tener la última palabra sobre los derechos en general y los derechos de identidad de género en particular.

2. La sentencia constitucional en Bolivia sobre la inconstitucionalidad de la ley de género

La referida sentencia N° 0076, dictada por el TCP el 9 de noviembre de 2017, que trata la constitucionalidad de la Ley N° 807 de Identidad de Género, resolvió la constitucionalidad de los artículos referidos al “cambio de datos de sexo” de las personas transgénero y transexuales, al igual que la constitucionalidad del artículo 10 de la referida ley³ y la inconstitucionalidad del

³ Relativo a que el proceso administrativo de cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen es confidencial, pero que el TCP ha interpretado que: “en casos de competiciones deportivas, y otras actividades basadas en distinciones de género masculino- femenino, que en definitiva se asientan en características físico-biológicas de los competidores o participantes, o cualquier actividad que tenga como fundamento el reconocimiento de dicha condición biológica, las personas que accedieron al cambio de dato de sexo, deberán brindar esa información de manera obligatoria, o en su caso, el requerimiento de tal información prescindirá del carácter confidencial” (Fundamento Jurídico III.4.5).

parágrafo II del art. 11 en su frase «(...) permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales (...)»⁴. La determinación de inconstitucionalidad de esta última disposición legal se encuentra modulada por la interpretación que el tribunal ha desarrollado en los fundamentos jurídicos del fallo (sección III.4.6.), en el cual indica que:

«El cambio de nombre propio, dato de sexo e imagen es únicamente en el marco del objeto de la Ley de Identidad de Género, pues únicamente ese conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad, respecto de su identidad de género en franco ejercicio de su derecho a la libre personalidad jurídica, permite que la persona en ejercicio de su identidad de género —que se vive interna e individualmente- ejerza “(...) todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales (...)”, es contrario al orden constitucional que establece el instituto jurídico del matrimonio entre un hombre y una mujer y de uniones libres o de hecho que produzcan los mismos efectos que el matrimonio civil (art. 63.1 y II de la CPE), porque permitir el ejercicio absoluto de este derecho -identidad de género— cuando el mismo se refiere solamente al ejercicio del fuero interior o vivencia individual en franco ejercicio de su derecho a la libre personalidad jurídica mientras no afecte el derecho de terceros sería validar un fin contrario al que la propia norma definió como su objeto (...) De esta forma, el carácter absolutista de esta norma la torna en inconstitucional en su frase “permitirá a la persona ejercer todos los derechos fundamentales, políticos, laborales, civiles, económicos y sociales...”, **respecto que el ejercicio de identidad de género no significa el ejercicio absoluto de los derechos fundamentales como el derecho a contraer matrimonio o uniones libres o de hecho, es reconocido constitucionalmente únicamente entre un hombre y una mujer y no a las personas que ejerzan su derecho a la identidad de género cuyo alcance es únicamente en el ejercicio de su individualidad**»⁵ (resaltado nuestro).

El razonamiento que presenta el TCP se circunscribe principalmente al hecho que el artículo 11 de la Ley de Identidad

⁴ Bolivia, Tribunal Constitucional Plurinacional, Sentencia 0076/2017 de 9 de noviembre. Ver en línea: [https://buscador.tcpbolivia.bo/servicios/\(S\(1tjfofnvhkczsahe13knvul\)\)/WfrMostrarResolucion.aspx?b=149536](https://buscador.tcpbolivia.bo/servicios/(S(1tjfofnvhkczsahe13knvul))/WfrMostrarResolucion.aspx?b=149536)

⁵ *Ibíd.*

de Género, en la frase declarada inconstitucional, posibilita que las personas transgénero y transexuales puedan acceder al derecho al matrimonio, mismo que sólo estaría constituido por un hombre y una mujer de acuerdo al artículo 63. 1 y II de la Constitución. En tal sentido, el derecho de identidad de género, para el TCP sólo se circunscribiría «(...) al ejercicio del fuero interior o vivencia individual en franco ejercicio de su derecho a la libre personalidad jurídica (...)» mismo que no podría ampliarse a un fuero exterior porque supondría: 1) afectar el derecho de terceros, 2) validar un fin contrario a la citada norma constitucional sobre el matrimonio (art. 63 de la CPE) y 3) reconocer el ejercicio absoluto de derechos fundamentales como el derecho a contraer matrimonio o uniones libres o de hecho.

Así, sin más argumentación ha resuelto la inconstitucionalidad de dicha norma, sin ahondar en las razones que permitirían establecer que el matrimonio de este sector de la población provocaría un daño a terceros, o cómo se iría en contra del mencionado artículo 63 constitucional, incluso efectuando una interpretación que conlleve la aplicación de normas y estándares convencionales de derechos humanos, y por último, de qué manera se puede justificar limitar el derecho de identidad de género y los efectos que conlleva en la posibilidad de habilitar a las personas que cambien su dato de sexo y/o género para acceder al matrimonio. De la misma manera, el TCP ha argumentado insuficientemente para negar a las personas transexuales y transgénero la adopción de menores y el ejercicio de derechos relacionados a la paridad en procesos electorales⁶.

Pese a que la justificación que desarrolla la sentencia es completamente insuficiente y poco convincente para limitar los derechos emergentes del ejercicio de la identidad de género, el TCP reconoce que sobre todos estos puntos es apremiante «(...) un debate democrático que involucre a los actores e instituciones de la sociedad en su conjunto, esto es Asamblea Legislativa, organizaciones sociales, civiles, públicas como privadas y otras que corresponda». Pero ¿acaso no se produjo este debate en dicha asamblea antes de la aprobación de la ley? En ese caso ¿no sería mejor que se plantee un debate a nivel de reforma constitucional y convencional? De todas formas, la cuestión relativa a si estos derechos deben ser precisados por el control judicial o por mecanismos democráticos será ampliado y desarrollado en un acápite posterior.

⁶ *Ibíd.*, Fundamentos Jurídicos del Fallo, sección III.4.6. ii) y iii).

Cabe destacar la ausencia de la aplicación de un control de convencionalidad en la referida sentencia constitucional pese a que en ciertos pasajes de la misma se cita algunos tratados internacionales sobre el principio de no discriminación y el derecho de identidad de género. No obstante, no deja de llamar la atención esta falencia considerando que en otros casos el TCP ha empleado dicho control de convencionalidad estableciendo incluso la aplicación preferente de derechos contenidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)⁷ sobre disposiciones de la propia Constitución Política del Estado. Afortunadamente, días después, el 24 de noviembre de 2017, la Corte IDH emitió una Opinión Consultiva solicitada por la República de Costa Rica respecto a los derechos de identidad de género, igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo, la cual nos permite ampliar el horizonte argumentativo sobre estos derechos y avizorar de qué manera hubiese podido el TCP argumentar ejerciendo un análisis de la normativa *ius commune* interamericana.

3. La sentencia constitucional y la interpretación de la Corte Interamericana sobre los derechos de identidad de género.

No vamos a referirnos a los derechos relativos a la identificación, nombre y cambio de dato de sexo de las personas miembros de la comunidad LGBTI (en las que se incluyen las personas transgénero y transexuales) porque sobre ese punto, en líneas generales, la sentencia constitucional del TCP no toma demasiada distancia del criterio de la Corte IDH desarrollado en la Opinión Consultiva OC-24/17 (OC), además que respecto a dichos derechos se ha declarado su constitucionalidad. Por el contrario, nos parece que en relación a la delimitación y concepto del término «familia» y al derecho al matrimonio de las personas LGBTI en general, y parejas del mismo sexo en especial, la mencionada OC ofrece una interpretación que bien pudo ser desarrollada por el TCP respecto al derecho al matrimonio y a conformar una familia por parte de personas transexuales y transgénero, pero que lamentablemente no fue efectuado, pese a que existe la obligación del Estado de aplicar un control de

⁷ Es el caso notorio de la sentencia N° 0084, de 28 de noviembre de 2017, sobre el derecho de autoridades ejecutivas nacionales a ser elegidas democráticamente sin que opere limitación a su reelección, contenido en el artículo 23 de la CADH.

convencionalidad⁸, tomando en cuenta las interpretaciones que la Corte IDH ha desarrollado en casos anteriores a la OC.

Mientras en la sentencia constitucional del TCP se hace alusión, principalmente por parte de los accionantes, a que se debe interpretar la sección de la Constitución titulada “Derechos de la familias” y en particular el matrimonio como una definición que «(...) reconoce explícitamente la conformación matrimonial por una mujer y hombre en su sentido sexual y al que se le asignan efectos jurídicos en el marco de la igualdad de derechos y deberes. Lo propio sucede con respecto a las uniones libres o de hecho reconocidas en el numeral subsiguiente del mismo artículo, a los cuales también se les reconoce en su estructura, la participación del hombre y mujer. Excluyéndose por consiguiente las uniones homosexuales o con aquellas personas que presenten un dato de sexo registrado conforme a los procedimientos de la Ley de Identidad de Género, idéntico al de la otra parte». Por su parte, el TCP ha procedido a reafirmar dicho criterio en los fundamentos jurídicos del fallo tal como observamos líneas arriba (acápite 2), sin tomar en cuenta que, en el marco de un control de convencionalidad que «(...) la Corte IDH ha señalado que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular de la misma»⁹.

Pese a que el artículo 17.2 de la CADH literalmente reconoce el «derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y fundar una familia», para la Corte IDH esa formulación no estaría planteando una definición restrictiva de cómo debe entenderse el matrimonio y como debe fundarse una familia: «(...) el artículo 17.2 únicamente estaría estableciendo de forma expresa la protección convencional de una modalidad particular del matrimonio. A juicio del Tribunal, esa formulación tampoco implica necesariamente que esa sea la única forma de familia protegida por la Convención Americana»¹⁰. En tal sentido, la Corte procede a efectuar una interpretación de la CADH conforme las reglas contenidas en el artículo 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹¹, en especial la interpretación sistémica, mediante la cual llega a observar que en

⁸ Obligación que ha sido señalada desde: Corte IDH, *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 26 de septiembre de 2006, Serie C No. 154, párr. 124.

⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva 24/17, párr. 174.

¹⁰ *Ibíd.*, párr. 182.

¹¹ *Ibíd.*, párr. 183. Refiriéndose a los métodos de interpretación gramatical o literal, sistémico y teleológico. principalmente.

diversos instrumentos internacionales formalmente relacionados con la convención americana no se hace mención alguna a una modalidad específica de familia o al sexo, género u orientación sexual de las personas como elementos constitutivos de la familia¹².

Más aún, la Corte IDH aplica la interpretación evolutiva, que como explicaremos más adelante puede entenderse vinculada a la concepción pragmatista de Rorty, por cuanto permite interpretar los tratados de derechos humanos conforme la evolución de los tiempos y los cambios de condiciones de vida actuales, y que al propio tiempo es coherente con las reglas de interpretación del artículo 29 de la Convención Americana, así como de las mencionadas de la citada Convención de Viena. De esta manera, la interpretación evolutiva permite visualizar que «(...) la intención de los Estados parte es precisamente utilizar un lenguaje cuyo significado no sea fijo, sino que sea capaz de evolucionar para permitir el desarrollo en el Derecho Internacional (...) Todo ello se encuentra fundado en la premisa que, cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de esto cambiaría con el tiempo (...)»¹³.

En ese entendido, la Corte afirma que efectuar una interpretación restrictiva del concepto de familia que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención que no es otro que «la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos»¹⁴, sin distinción alguna. Por estas razones, la Corte coincide con su par Europeo (Tribunal Europeo de DDHH) en que sería «(...) una distinción artificial afirmar que una pareja del mismo sexo no puede usar de un vínculo familiar como lo podría hacer una pareja heterosexual (...)» y que «(...) una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o por orientación (...)», aclarando que con ello no se está demeritando otras modalidades de familia, ni tampoco se está desconociendo la importancia de esta institución como elemento fundamental de la sociedad; «(...) por el contrario, la Corte le está reconociendo igual dignidad al vínculo afectivo de una pareja conformada por dos personas que son parte de una minoría históricamente oprimida y discriminada»¹⁵. En

¹² *Ibíd.*, párr. 185 y 187.

¹³ *Ibíd.*, párr. 188.

¹⁴ *Ibíd.*, párr. 189.

¹⁵ *Ibíd.*, párr. 192.

consecuencia, en respuesta a la cuarta pregunta planteada por Costa Rica, la Corte concluye que:

«La Convención Americana protege, en virtud del derecho a la protección de la vida privada y familiar (artículo 11.2), así como del derecho a la protección de la familia (artículo 17), el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo. La Corte estima también que deben ser protegidos, sin discriminación alguna con respecto a las parejas entre personas heterosexuales, de conformidad con el derecho a la igualdad y a la no discriminación (artículos 1.1 y 24), todos los derechos patrimoniales que se derivan del vínculo familiar protegido entre personas del mismo sexo. Sin perjuicio de lo anterior, la obligación internacional de los Estados trasciende las cuestiones vinculadas únicamente a derechos patrimoniales y se proyecta a todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, así como a los derechos y obligaciones reconocidos en el derecho interno de cada Estado que surgen de los vínculos familiares de parejas heterosexuales».

Después, en otro apartado¹⁶, la Corte ingresa a considerar la cuestión del matrimonio y de la unión civil entre personas del mismo sexo, efectuando un repaso de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹⁷ sobre la materia, así como un sucinto resumen de la incorporación del matrimonio entre personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico de diversos países latinoamericanos¹⁸, llegando a señalar que: «Establecer un trato diferente entre las parejas heterosexuales y aquellas del mismo sexo en la forma en que puedan fundar una familia –sea por una unión marital de hecho o un matrimonio civil– no logra superar un test estricto de igualdad (supra párr. 81) pues, a juicio del Tribunal, no existe una finalidad que sea convencionalmente aceptable para que esta distinción sea considerada necesaria o proporcional»¹⁹.

De esta manera, la Corte recuerda que los Estados deben procurar cumplir sus obligaciones negativas, que implica que deben abstenerse de cometer actos que conculquen los derechos y

¹⁶ *Ibid.*, apartado B, pág. 80

¹⁷ TEDH, Caso Karner Vs. Austria, No. 40016/98, Sentencia de 24 de julio de 2003, párr. 41; Caso Kozak Vs. Polonia, No. 13102/02, Sentencia de 2 marzo 2010, párr. 99; Caso P.B. y J.S. Vs. Austria, No. 18984/02, Sentencia de 22 de julio de 2010, párrs. 40 a 44; Caso Vallianatos y otros Vs. Grecia, Nos. 29381/09 y 32684/09, Sentencia de 7 de noviembre de 2013, párrs. 90 a 92; Caso Oliari y Otros Vs. Italia, Nos. 18766/11 y 36030/11, Sentencia de 21 de julio de 2015, párr. 185.

¹⁸ Corte IDH, OC-24/17, párrs. 206-216.

¹⁹ *Ibid.*, párr. 220.

libertades fundamentales reconocidos por la Convención Americana, así como deben cumplir sus obligaciones positivas o de garantía, que implican el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos²⁰. Las primeras obligaciones tienen que ver con el derecho a la plena autonomía de la persona para escoger con quién quiere sostener un vínculo permanente y marital, sea natural (unión de hecho) o solemne (matrimonio). La Corte al respecto manifiesta que: «Esta elección libre y autónoma forma parte de la dignidad de cada persona y es intrínseca a los aspectos más íntimos y relevantes de su identidad y proyecto de vida (artículos 7.1 y 11.2). Además, la Corte considera que siempre y cuando exista la voluntad de relacionarse de manera permanente y conformar una familia, existe un vínculo que merece igualdad de derechos y protección sin importar la orientación sexual de sus contrayentes (artículos 11.2 y 17). Al afirmar esto, el Tribunal no se encuentra restando valor a la institución del matrimonio, sino por el contrario, lo estima necesario para reconocerle igual dignidad a personas que pertenecen a un grupo humano que ha sido históricamente oprimido y discriminado»²¹.

Por tanto, por las razones expuestas, y en respuesta a la quinta pregunta del Estado de Costa Rica, la Corte indica que:

«Los Estados deben garantizar el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, para asegurar la protección de los todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales. Para ello, podría ser necesario que los Estados modifiquen las figuras existentes, a través de medidas legislativas, judiciales o administrativas, para ampliarlas a las parejas constituidas por personas del mismo sexo. Los Estados que tuviesen dificultades institucionales para adecuar las figuras existentes, transitoriamente, y en tanto de buena fe impulsen esas reformas, tienen de la misma manera el deber de garantizar a las parejas constituidas por personas del mismo sexo, igualdad y paridad de derechos respecto de las de distinto sexo, sin discriminación alguna»²².

²⁰ *Ibíd.*, párr. 202.

²¹ *Ibíd.*, párr. 225.

²² *Ibíd.*, párr. 228.

4. El dilema constitucionalismo vs mayoritarismo democrático respecto a los derechos de las minorías de género.

Las preguntas que se muestran cruciales ahora son: 1) definir si a las personas transgénero, transexuales, o a las del mismo sexo se les debería reconocer constitucional y/o convencionalmente el derecho al matrimonio y a formar legalmente uniones de hecho para que así puedan consolidar una familia y, 2) a esta interrogante la denominada objeción democrática o mayoritaria añadiría la cuestión sobre quién o qué autoridad debería ser la facultada para constituir o crear jurídicamente esos derechos a favor de las minorías de género. La respuesta a la primera interrogante, para el constitucionalismo, vendría a tener más o menos una raíz epistémico-objetivista ya que se desprendería de otras normas que ya se encuentran constitucionalizadas o convencionalizadas y en dicho caso ya no sería necesario preguntarse qué autoridad debería crear dichos derechos, tal como La Corte IDH ha interpretado en la OC que venimos analizando. En cambio, la objeción democrática o mayoritaria cuestiona el hecho de que unas cuantas personas que son jueces tengan que imponernos a todos los ciudadanos un estado de cosas, considerando como dice Waldron, dos circunstancias básicas de la política: 1) la existencia de desacuerdos y, 2) la necesidad percibida por todos de elegir un curso de acción común, es decir, el llegar a acuerdos²³. De esta forma, la dificultad que se nos presenta radica en que «(...) si ya contamos con estándares independientes a la opinión mayoritaria para determinar el contenido de nuestras decisiones (de aquello que nos interesa proteger o garantizar), entonces la democracia (un procedimiento diseñado para superar los desacuerdos confiando la autoridad de decisión a la mayoría), sale sobrando»²⁴.

Pese a ello, un autor como Bruce Ackermann, plantea hábilmente que en la política existen dos momentos, un momento constitucional y otro ordinario. Esta posición es a favor del constitucionalismo, según la cual en los momentos de política constitucional, los constituyentes meditan de manera más profunda y pausada sus decisiones y arriban a acuerdos generales o abstractos, pero valiosos en sí mismos. En cambio, en los

²³ Waldron, Jeremy citado por Curcó Cobos, Felipe, *Constitucionalismo y democracia: una revisión crítica del argumento contra-epistémico*, Isonomía, Nº 44, 2016, p. 66. Disponible en línea: <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n44/1405-0218-is-44-00063.pdf>

²⁴ *Ibid.*, p. 69.

momentos de política ordinaria, los legisladores incluso pueden verse influenciados por intereses sectarios y coyunturales que pueden llegar a dañar a la propia democracia y a la Constitución²⁵. Las decisiones tomadas en momentos de política constitucional quedan atrincheradas en un coto vedado precisamente porque guardan valiosos acuerdos que se desea se mantengan a salvo de decisiones circunstanciales. Sin embargo, como bien distingue Roberto Gargarella, es insostenible pensar que los jueces sólo hacen valer frente al legislador límites ya conocidos y preestablecidos en la Constitución, situación que pasa por alto la llamada «brecha interpretativa»²⁶ o poder interpretativo de los jueces, que impide que la norma constitucional resuelva ex ante algunos de los problemas y desacuerdos que puedan surgir respecto a la delimitación de los derechos.

Las posiciones del constitucionalismo y de la objeción democrática, pueden definirse por medio de lo que se denomina el valor instrumental y el valor intrínseco de los procedimientos para determinar el contenido de la democracia y de los derechos. El constitucionalismo está vinculado al valor instrumental por cuanto le interesa sobre todo la justicia de los resultados que arroje dicho procedimiento. La objeción democrática se funda en el valor intrínseco del procedimiento para la toma de decisiones políticas, otorgándole mayor importancia al derecho de participar en pie de igualdad en los procesos democráticos, y que en palabras de Waldron este derecho se constituiría en «el derecho de los derechos». Este autor, afirma a su vez que los constitucionalistas no han resuelto la cuestión relativa a la autoridad que ha de definir el contenido de los derechos y acuerdos políticos, y que sólo se han ceñido a decir el qué de la cuestión y no así el quién²⁷.

No obstante, Juan Carlos Bayón avizora en el «planteamiento rawlsiano» una pauta de solución a este dilema, según el cual lo que se debe hacer es buscar «(...) “un procedimiento justo que satisfaga las exigencias de igual libertad” y, entre todos los procedimientos justos que resulten viables, ha de ser el que haga más probable que se alcancen resultados justos,

²⁵ Citado y desarrollo en Gargarella, Roberto, *El constitucionalismo según John Rawls*, Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades, vol. 7, núm. 14, segundo semestre, 2005. Disponible en línea: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28271402>

²⁶ Gargarella, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona, Ariel, 1996, p. 59.

²⁷ citado por Curcó Cobos, Felipe, *Constitucionalismo y democracia...*, p. 76.

de manera que, en suma, “la justicia de la Constitución ha de evaluarse bajo ambos aspectos a la luz de lo que permitan las circunstancias”»²⁸. Entonces, a menos que Waldron acepte que el derecho de participación en pie de igualdad no deba ser asegurado constitucionalmente (lo que produciría una eterna regresión al infinito) y que en consecuencia no posea un valor sustancial que merezca protegerse, es posible concordar con Moreso en que «(...) si nuestra teoría de la justicia establece derechos individuales, entonces es preciso diseñar mecanismos susceptibles de afianzar el respeto de dichos derechos. Por lo tanto, el coto vedado de los derechos constitucionales está justificado como un mecanismo de precompromiso para nuestras decisiones colectivas (...) Los mecanismos de precompromiso están diseñados para que tengamos mayores probabilidades de alcanzar los resultados deseados, por lo que si dichos mecanismos funcionan en las decisiones colectivas tenemos buenas razones para introducirnos en el diseño de nuestras instituciones políticas»²⁹.

Así como es importante para Moreso una carta de derechos porque el coto vedado aumenta la probabilidad de que nuestras decisiones democráticas sean justas y porque es plenamente compatible un modelo de democracia adecuado a una teoría de la justicia que garantiza derechos individuales, no necesariamente lo es un mecanismo de control jurisdiccional, pues como también señala Bayón basándose en Rawls, se debe adoptar un idea de dependencia contextual ya que en diferentes condiciones sociales pueden estar justificados procedimientos de decisión distintos³⁰. Moreso lo resume del siguiente modo: «(...) En algunas sociedades y en algunos momentos, el mecanismo del control de constitucionalidad puede ser adecuado para aumentar la probabilidad de que las decisiones colectivas sean justas; en otras sociedades o en otros momentos, puede favorecer a minorías elitistas deseosas de mantener el status quo. Por lo tanto, la conveniencia de los mecanismos de control judicial de la constitucionalidad depende de circunstancias históricas y contingentes»³¹.

²⁸ Bayón, Juan Carlos, *Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo*, en Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo (Editores), *El canon neoconstitucional*, Madrid, Ed. Trotta, p. 328.

²⁹ Moreso, José Juan, *Derechos y justicia procesal imperfecta*, Discusiones: Derechos y Justicia Constitucional, núm. 1, 2000, p. 37. Disponible en línea: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcqn6m5>

³⁰ Bayón, Juan Carlos, *Democracia y derechos...*, p. 327.

³¹ Moreso, José Juan, *Derechos y justicia...*, p. 38.

De esta forma, podríamos decir que en algunos países donde existe una mayor y desarrollada cultura de respeto a los derechos humanos probablemente no sea muy necesario el control judicial de constitucionalidad. Por el contrario, en aquellas sociedades en las que no se encuentra muy arraigada dicha cultura, y además existe una sistemática vulneración al estado de derecho, tanto por poderes públicos como privados, muy probablemente sería recomendable la instauración de un control de jurisdiccionalidad. En relación a los derechos de las minorías de género, no es un secreto que en gran parte del mundo occidental y principalmente en países latinoamericanos, históricamente se ha producido una discriminación hacia el denominado grupo LGBTI, que incluso llegando a actos de violencia física y psicológica, pero que pese a ello, con el pasar de los tiempos, las diversas sociedades han ido poco a poco aceptando el ejercicio de ciertos derechos de este grupo minoritario.

No obstante, en algunos países como Bolivia aún el tema constituye un tabú difícil de superar, razón por la cual incluso el legislador constituyente ha puesto barreras a la posibilidad del matrimonio y uniones libres entre personas del mismo sexo, y ahora, como pudimos observar, el Tribunal Constitucional ha efectuado una interpretación contraria a que personas transexuales y/o transgéneros puedan acceder al ejercicio de esos derechos. Paradójicamente, en lugar de que una mayoría parlamentaria conculque los derechos de minorías de género y que ante eso el órgano de control constitucional se constituya en un mecanismo antimayoritario de defensa de dichos derechos, se ha producido lo contrario, irrisoriamente el mecanismo de control jurisdiccional injustificadamente ha limitado los derechos de identidad de género al disfrute de los mismos solo en el «fuero interior» y no así al pleno desarrollo público de la libre personalidad de las personas transgénero y transexuales.

En un caso difícil como éste, en el que inclusive términos con textura abierta como hombre y mujer (art. 63 de la CPE) bien pueden considerarse vagos, en el sentido de que no habría razón para no aceptar como construcción cultural o social que las personas transexuales y transgénero, una vez se identifiquen con el género opuesto en virtud a su derecho de identidad de género, no sean consideradas como hombres y mujeres al igual que el resto de las personas consideradas «normales», ya que de no ser así, no tendría sentido el derecho a identificarse con un género de manera autónoma. Pero como lo deseable es que la delimitación de esta cuestión no sea decidida por algunos jueces que no gozan

de legitimidad democrática³² y sí por representantes que gozan de dicha legitimidad, lo más recomendable sería considerar lo planteado por Moreso: «(...) la deferencia del órgano jurisdiccional de control de la constitucionalidad debe ir en relación inversa a la claridad del caso enjuiciado»³³. Es decir, que como señala el TCP se produzca un debate democrático, pero ya no sólo a nivel del legislador ordinario (que después de la sentencia constitucional no tiene mucho sentido), sino del legislador constituyente (mecanismos de reforma parcial de la Constitución, art. 411 de la CPE) y del legislador internacional o convencional también, a efectos de que en el debate público se develen las posiciones de quienes son amigos de los derechos humanos y de aquellos que discriminan a las minorías de género.

Para beneficio y esperanza de los grupos LGBTI, el control de convencionalidad que la Corte IDH ha desarrollado en la Opinión Consultiva 24/17, constituye un mecanismo no sólo legal sino también legítimo, por cuanto los Estados (legisladores internacionales) han elegido en un proceso democrático a los jueces que conforman dicho tribunal, el cual produce una lógica de representación digna de tomar en cuenta y que no siempre es considerada por parte de los teóricos que analizan el problema de la objeción mayoritaria. Además, habría que convenir que los Estados americanos voluntariamente han resuelto someterse a la Convención Americana y normas conexas sobre derechos humanos y a las que transfieren a la Corte IDH el poder de interpretar dicha convención (art. 62 de la CADH), siendo dicho poder de iure y no de facto.

Además de todas las razones que se han esgrimido hasta aquí, consideramos que desde la filosofía pragmatista de Richard Rorty pueden advertirse argumentos que nos permitan disolver la problemática relativa a la tensión entre constitucionalismo y democracia, con un particular enfoque hacia los derechos de las minorías de género, resaltando la importancia que deben tener en el marco de sociedades cada vez más incluyentes, democráticas y plurales. A continuación desarrollamos esto en los siguientes acápite.

³² Los magistrados del TCP boliviano si bien son electos mediante voto directo de la ciudadanía, ninguno de ellos superó el 6% del total del electorado nacional, lo que permite concluir que no gozan de legitimidad democrática. Cfr. En línea: https://www.oep.org.bo/wp-content/uploads/2017/03/separata_resultados_judiciales_2011.pdf

³³ Moreso, José Juan, *La constitución: modelo para armar*, Madrid, España, Marcial Pons, 2009, p. 144.

5. El pragmatismo rortyano frente a la cuestión de los derechos humanos.

En un artículo intitolado derechos humanos, racionalidad y sentimentalismo³⁴, Richard Rorty, denota que las personas que violan derechos humanos no piensan que los están violando, y pone como ejemplo el siguiente texto: «Los serbios consideran que están actuando en interés de la verdadera humanidad al purificar el mundo de pseudohumanidad. A este respecto, su autoimagen recuerda a la de los filósofos morales que esperan limpiar el mundo de prejuicios y superstición. Tal limpieza nos permitirá elevarnos por encima de nuestra animalidad al llegar a ser, por primera vez, completamente racionales y, por tanto, completamente humanos. Los serbios, los moralistas, Jefferson y los Musulmanes Negros usan todos el término “hombres” para significar “gente como nosotros”. Todos piensan que la línea entre humanos y animales no es meramente la línea entre los bípedos implumes y el resto. Esa línea más bien separa a unos bípedos implumes de otros: hay animales que se pasean por ahí con forma humanoide (...)»³⁵.

En casos como estos podemos observar que el violador de derechos está convencido de la supuesta corrección de su acto, en función a que cree que está obrando en nombre de una moral o una creencia fundada ya sea en su propia religión o valores morales que a su vez también los considera verdaderos. No olvidemos que en gran parte el no respeto a los derechos de la comunidad LGBTI por parte de una mayoría de la población se basa en que tradicionalmente dicha mayoría está convencida de que su religión y moral son correctas y verdaderas, y según las cuales pueden afirmar que incluso Dios dispuso que el matrimonio sea entre varón y mujer, considerándose pecado las uniones del mismo sexo. Esta concepción del mundo y de la vida ha venido deslegitimando a las demás concepciones, en una lógica que juega en contra de la convivencia pacífica y de los derechos humanos, dentro de sociedades democráticas.

Ante tal situación, cabe preguntarse si realmente ¿necesitamos una ética con pretensiones de objetividad-universalidad para fundamentar los derechos humanos? ¿Es necesaria una racionalidad única y verdadera para reconocer derechos a todas las personas y grupos? Rorty considera que no, ya que propone: «(...) defender la tesis de que nada que sea relevante para la decisión moral separa a los seres humanos de los

³⁴ Rorty, Richard, *Verdad y progreso*, Editorial Paidós, Barcelona, 2000, p. 222.

³⁵ *Ibíd.*, p. 220.

animales excepto ciertos hechos del mundo históricamente contingentes, hechos culturales»³⁶. En otros términos, postula respetar los derechos de los demás en función a hechos históricos y culturales y no en algo que esté fuera de hechos contingentes (tesis de la historicidad de los derechos). Toma de Darwin su enseñanza de que somos lo suficientemente inteligentes como para hacernos cargo de nuestra propia evolución³⁷, y que por eso no es necesario buscar incansable e interminablemente la teoría que a priori sirva como sustento de la verdadera naturaleza humana, sino más bien nos da razones para no tener que preguntar qué somos en realidad³⁸.

Jorge Sierra nos recuerda que para Rorty y los pragmatistas no existen realidades ajenas al tiempo y a la historia, por lo cual no hay la mínima posibilidad de que exista una filosofía primera que se encargue de proporcionar los fundamentos de la moral, pues: «(...) la ética, si existe, tiene que basarse en necesidades e intereses humanos, no en mandatos divinos ni objetos que no podemos aprehender, pues están más allá de nuestras capacidades humanas finitas y, sobre todo, falibles»³⁹.

Lo contrario supondría entrar en contacto con una supuesta verdadera naturaleza humana, en una lógica de mito platónico que no se sostiene y que al respecto Rorty refiere: «Este argumento pragmatista en contra de los platónicos tiene la misma forma que uno que se empleara para suprimir el pago a los sacerdotes que ofrecen sacrificios pretendidamente propiciadores de victorias militares y que dijera que el verdadero trabajo de ganar las guerras corre a cargo de los generales y almirantes, por no hablar de los soldados rasos. Este argumento no dice: dado que parece no haber dioses, probablemente no hay necesidad de mantener sacerdotes. Sino: dado que al parecer no hay necesidad de mantener sacerdotes, entonces probablemente no hay dioses. Los pragmatistas razonamos a partir del hecho de que el surgimiento de la cultura de los derechos humanos no parece deberle nada al incremento de un conocimiento moral, pero sí todo a historias tristes y sentimentales que nos han relatado, hasta la conclusión de que probablemente no haya un conocimiento del tipo que Platón imaginó. Y añadimos que, no pareciendo que la

³⁶ *Ibíd.*, p. 224.

³⁷ *Ibíd.*, p. 228.

³⁸ *Ibíd.*, p. 230.

³⁹ Sierra, Jorge, *Entre el etnocentrismo y relativismo. Rorty y la idea de una ética sin fundamentos universales*, Ediciones Uniandes, 1ª Edición, Bogotá, 2009, p. 48.

insistencia en una pretendida naturaleza humana ahistórica se esté traduciendo en nada útil, probablemente no exista una tal naturaleza o, cuando menos, no hay nada en ella que sea relevante para nuestras decisiones morales»⁴⁰.

Para Rorty el realismo moral supone una noción de verdad como correspondencia a una supuesta realidad, y en ello basa su anhelo de objetividad, pues para los realistas morales (o fundamentalistas morales) hay una sola manera de ser de las cosas independiente de los procesos de justificación de las creencias, por lo que su validez no depende de los diversos contextos en las que dichas creencias aparecen: «(...) para que un procedimiento de justificación sea racional debe conducir a la verdad objetiva, a la correspondencia con la realidad, al modo en que las cosas realmente son. Ésta es la base que permite que el realista moral hable de objetividad, lo cual lo compromete con la problemática distinción metafísica entre apariencia y realidad»⁴¹.

Pero Rorty bien dice que la verdad no es algo que se encuentra en el mundo, algo que hay que buscar en lo exterior, sino más bien, es algo que no puede existir independientemente de la mente humana, porque sencillamente las proposiciones no pueden vivir aisladas del lenguaje humano: «El mundo está ahí afuera, pero las descripciones del mundo no. Sólo las descripciones del mundo pueden ser verdaderas o falsas»⁴². Por tal razón, este filósofo afirma que si «(...) logramos reconciliarnos con la idea de que la realidad es, en su mayor parte, indiferente a las descripciones que hacemos de ella, y que el yo, en lugar de ser expresado adecuada o inadecuadamente por un léxico, es creado por el uso de un léxico, finalmente habremos comprendido lo que había de verdad en la idea romántica de que la verdad es algo que se hace más que algo que se encuentra. Lo que de verdadero tiene esa afirmación es, precisamente, que los lenguajes son hechos, y no hallados, y que la verdad es una propiedad de las entidades lingüísticas, de proposiciones»⁴³.

Esta posición, desde el punto de vista de la interpretación judicial, ha sido gratamente adoptada por la Corte IDH al aplicar una interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos, basándose en el criterio de la Corte Internacional de Justicia, según la cual: «(...) en determinados tratados internacionales, la intención de los Estados parte es precisamente utilizar un lenguaje

⁴⁰ Rorty, Richard, *Verdad y progreso...*, op. cit., p. 226.

⁴¹ Sierra, Jorge, op. cit., pp. 38-39.

⁴² Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad*, Editorial Paidós, Barcelona, 1991, p. 25.

⁴³ *Ibíd.*, p. 27.

cuyo significado no sea fijo, sino que sea capaz de evolucionar para permitir el desarrollo en el Derecho Internacional. En tales circunstancias, justamente para respetar la intención inicial de los Estados, es necesario realizar una interpretación evolutiva. Todo ello se encuentra fundado en la premisa que, cuando los Estados han utilizado términos genéricos en un tratado, indefectiblemente tendrían que haber sido conscientes que el significado de éstos cambiaría con el tiempo. En dichos casos, la Corte Internacional de Justicia ha establecido que, como regla general, se debe presumir que la intención de los Estados contratantes es que los referidos términos genéricos tienen y tendrán un significado que evolucionará»⁴⁴.

En cambio, la pretensión de los objetivistas o realistas morales respecto a que es posible conocer el fundamento moral de los derechos supone que es posible saber por adelantado qué prácticas y valores adoptarán las generaciones futuras, es decir, algo como una especie de omnisciencia que determine todos los posibles estilos de vida moral, incluyendo todas las posibles decisiones individuales que como personas podemos considerar que reflejan nuestros valores más profundos⁴⁵. Esto consistiría en el fin de la historia del progreso moral, pues como dice Rorty, si tomamos en serio la contingencia y la finitud de lo humano, es imposible sostener, como hacen los racionalistas o realistas morales, que alguien ha llegado al final de la indagación tanto en ética como en física: «Eso sería como pretender haber llegado al final de la evolución biológica, como pretender no sólo ser el último heredero de todas las eras anteriores sino además el ser en el que estas estaban destinadas a culminar. Análogamente, mientras que no podemos tener por objeto la perfección, sí podemos aspirar a tomar en consideración más necesidades de la gente que antes»⁴⁶.

Esta idea Rortyana encuentra su inspiración en la crítica de Hume a la noción de inferencia inductiva, como señala Sierra: «según Hume, no podemos saber por adelantado cómo será el mundo, pues el hecho de que el pasado sea norma para el futuro carece de fundamento. el futuro siempre puede ser de otra manera, y decir que el futuro es como el pasado es presuponer la validez de la inferencia inductiva que descansa, precisamente, en el supuesto de que el pasado es idéntico al futuro»⁴⁷.

⁴⁴ Corte IDH, OC 24/2017, párr. 188.

⁴⁵ Sierra, Jorge, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁴⁶ Rorty, Richard, *El pragmatismo, una versión. Antiautoritarismo en epistemología y ética*, Editorial Ariel, Barcelona, 2000, p. 215.

⁴⁷ Sierra, Jorge, *op. cit.*, p. 36.

Ante este panorama, Rorty propone dar un giro narrativo, el cual representaría un signo de que nuestra cultura ha madurado tanto que ya no busca un metarrelato de todos los relatos, es decir, un fundamento último de la moral (y de los derechos humanos) y tampoco un estilo de vida únicos que todos los seres humanos deben adoptar como su principal deber moral: «Ese giro sería un símbolo de nuestra renuncia al intento de reunir todos los aspectos de nuestra vida en una visión única, de describirlos mediante un único léxico. Equivaldría a un reconocimiento de lo que en el capítulo primero llamo “la contingencia del lenguaje”: el hecho de que no hay forma de salirse de los diversos léxicos que hemos empleado, y hallar un metaléxico que de algún modo dé cuenta de todos los léxicos posibles, de todas las formas posibles de juzgar y de sentir»⁴⁸.

En ese sentido, la tarea que deben hacer el pensamiento filosófico y, me animo a decir que el pensamiento jurídico también, es crear precisamente nuevos léxicos que permitan dar continuidad entre léxicos del pasado con nuevos léxicos para hacer posible sociedades más respetuosas de los derechos humanos y de la diversidad cultural. Esa búsqueda de utopías debe hacerse sin término, porque como dice Rorty: «Una cultura historicista y nominalista como la que concibo se conformaría, en cambio, con narraciones que conecten el presente con el pasado, y, por otra parte, con utopías futuras y lo que es aún más importante, consideraría la elaboración de utopías ulteriores como un proceso sin término, como realización incesante de la libertad y no como convergencia hacia una verdad ya existente»⁴⁹.

En ese sentido, Rorty nos convoca a renunciar a las pretensiones de fundamentalismo o universalismo moral en aras de trabajar en un nuevo léxico que nos permita convivir de mejor manera en una sociedad pluralista y respetar nuestras diferencias sin necesidad de pretender imponer una moral verdadera sobre otras que no serían verdaderas, es decir, nos propone trabajar en el léxico de los derechos humanos, en su protección e implementación, porque : «Una sociedad liberal es aquella que se limita a llamar “verdad” al resultado de los combates así, sea cual fuere su resultado. Es ésta la razón por la que se sirve mal a una sociedad liberal con el intento de dotarla de “fundamentos filosóficos”. Porque dotarla de tales fundamentos presupone un orden natural de temas y de argumentos que es anterior a la

⁴⁸ Rorty, Richard, *Contingencia, ironía y solidaridad...*, op. cit., p. 18.

⁴⁹ *Ibíd.*, pp. 18-19.

confrontación entre los viejos y los nuevos léxicos, y anula sus resultados»⁵⁰.

Ese nuevo léxico, que bien puede interpretarse como pro derechos humanos, con el fin de que se instaure una especie de reino de su protección y garantía, requiere una visión que busque reducir la objetividad a la solidaridad. Pues según Rorty, la solidaridad al contrario de la objetividad⁵¹ está interesada en indagar a cerca de la relación entre las prácticas concretas de la comunidad y algo que está allende a esa comunidad⁵². De lo que se trata es simplemente suponer que la verdad es aquello «en que nos es bueno creer», lo que nos ahorraría dar una explicación innecesaria de la correspondencia entre nuestras creencias y el mundo, pues no hay una autoridad ni una realidad no humanas a las que debemos someternos para realizar nuestras valoraciones y nuestras elecciones existenciales⁵³. En ese sentido, Rorty también expresa que: «Con antiautoritarismo en ética me refiero al desarrollo que acabo de describir: la actitud que entiende lo que calificamos de abominación moral, no como una intuición producida por una parte de nosotros que está en conexión con algo no humano y bueno, sino simplemente como un legado cultural revisable»⁵⁴.

En otras palabras, nos sugiere que no es necesario fundar nuestra conducta en valores morales universales y verdaderos por los cuales juzgar nuestros actos como buenos o malos porque, como ya vimos, ese pensamiento nos ha llevado a justificar en muchas ocasiones atrocidades y violaciones sistemáticas de los derechos. De ahí que Rorty sostiene que: «el mejor argumento y probablemente el único para dejar atrás el fundacionalismo es el que ya he sugerido: hacerlo sería más eficaz porque nos permitiría concentrar nuestras energías en la manipulación de los sentimientos, en la educación sentimental. Esta clase de educación familiariza lo suficiente entre sí a las personas de índole diversa como para que estén menos tentadas a mirar a los que son diferentes a ellas como si sólo fueran cuasihumanos. La meta de esta forma de manipulación de los sentimientos es expandir la referencia de las expresiones personas de nuestro tipo y gente como nosotros»⁵⁵.

⁵⁰ *Ibíd.*, p. 71.

⁵¹ La objetividad busca verdades objetivas desde una toma de distancia con las personas del entorno.

⁵² Sierra, Jorge, *op. cit.*, p. 38.

⁵³ *Ibíd.*, p. 39.

⁵⁴ Rorty, Richard, *El pragmatismo, una versión...*, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁵ Rorty, Richard, *Verdad y progreso...*, *op. cit.*, p. 230.

6. A modo de conclusión: el aporte del pragmatismo rortyano a la cuestión de la última palabra sobre los derechos de minorías de género.

De las posiciones señaladas en el anterior apartado podemos extraer algunos aportes para la cuestión de quién debe tener la última palabra sobre los derechos de las minorías de género, en especial de los derechos al matrimonio y uniones libres legalmente reconocidas. Así, Rorty al mostrar una posición antifundacionalista de los derechos y advertir que estos sobre todo se deben a contingencias históricas y a cada vez mayores y mejores léxicos o narrativas respecto a su contenido, parece mostrarse en la línea de los teóricos que respaldan la objeción democrática y no así partidario de un coto vedado que atrinchere dichos derechos. Pero esto no del todo tiene que ser así, porque eso constituiría en gran parte incurrir en el relativismo, al cual, pese a las acusaciones de autores como Putnam y Habermas, Rorty logra escapar bajo su concepción del etnocentrismo, según el cual, basándose en Davidson, el pragmatista es alguien antirrelativista si consideramos incorrecta la noción de verdad como correspondencia propia del realismo metafísico porque: «Lo que Davidson quiere decir es que la única clase de filósofo que podría tomarse en serio la idea de que la verdad es relativa a un contexto, y en particular, a una elección entre comunidades humanas, es la de aquel que cree que “estar en contacto con una comunidad humana” es opuesto a “contacto con la realidad”. La idea de Davidson de que no puede haber lenguaje sin triangulación apunta precisamente a la imposibilidad de trazar esa oposición. No es posible tener lenguaje o creencias sin estar en contacto con ambas cosas, con una comunidad humana y una realidad no humana. No existe ninguna posibilidad de acuerdo sin verdad, ni de verdad sin acuerdo»⁵⁶ añadiendo también que «(...) no hay verdad en el relativismo, pero sí en el etnocentrismo: no podemos justificar nuestras creencias (en física, en ética, o en cualquier otro ámbito) ante cualquiera, sino sólo ante aquellos cuyas creencias coinciden con las nuestras en cierta medida.»⁵⁷

De esta forma, el etnocentrismo refiere que dentro de cada comunidad es posible acordar ciertos valores y principios (acuerdos en la lógica de Waldron) sin pretensiones de objetividad universal y que poco a poco se vayan ampliando e

⁵⁶ Rorty, Richard, *Consecuencias del pragmatismo*, madrid, tecnos, 1996, p. 117.

⁵⁷ Rorty, Richard, *Objetividad, relativismo y verdad*, Barcelona, paidós, 1996, p. 52.

incluyendo a más comunidades, mostrándoles que ese «nosotros» puede ampliarse y abarcar progresivamente a más grupos, lo cual sería realmente positivo para sociedades plurales a fin de incluir a grupos históricamente discriminados. De ahí que sea posible postular un coto vedado de derechos y principios que la comunidad de manera intersubjetiva entre sus miembros comparta y que esté abierto progresivamente a más contenidos y derechos, como los derechos del grupo minoritario LGBTI. En ese sentido, la Corte IDH en la OC que venimos tratando ha manifestado que: «(...) crear una institución que produzca los mismos efectos y habilite los mismos derechos que el matrimonio, pero que no lleve ese nombre carece de cualquier sentido, salvo el de señalar socialmente a las parejas del mismo sexo con una denominación que indique una diferencia sino estigmatizante, o por lo menos como señal de subestimación. Conforme a ello, existiría el matrimonio para quienes, de acuerdo al estereotipo de heteronormatividad, fuesen considerados “normales” en tanto que otra institución de idénticos efectos pero con otro nombre, se indicaría para quienes fuesen considerados “anormales” según el mencionado estereotipo. Con base en ello, para la Corte, no es admisible la existencia de dos clases de uniones solemnes para consolidar jurídicamente la comunidad de convivencia heterosexual y homosexual, ya que se configuraría una distinción fundada en la orientación sexual de las personas, que resultaría discriminatoria, y por tanto incompatible con la Convención Americana»⁵⁸.

Asimismo, podemos inferir que Rorty nos estaría proponiendo que se deba adoptar un mecanismo de toma de decisiones que sea flexible y tenso a la vez. Flexible porque debería permitir la evolución y cambio de los derechos humanos excluyendo el esencialismo metafísico o la busca de una condición humana inmutable. Una muestra de cómo el órgano de control jurisdiccional debe considerar este aspecto en referencia al matrimonio entre personas del mismo sexo nos la da nuevamente la Corte IDH cuando afirma que: «(...) el significado de la palabra “matrimonio” al igual que la de “familia” ha variado conforme al paso de los tiempos (...) Aunado a lo anterior, la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico. En ese sentido, la Corte observa que en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada

⁵⁸ Corte IDH, OC 24/17, párr. 224.

en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que la profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos. En tal sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro⁵⁹.

Por otra parte, ese mecanismo debe ser tenso porque en ciertos contextos se deben adoptar acuerdos que sirvan de soporte a su vez para avanzar en el futuro a mejores y nuevos acuerdos, en una lógica ya no racional-objetiva-metafísica, sino en la construcción de una educación sentimental que permita a las personas solidarizarse con el dolor y sufrimiento de grupos discriminados.

En otras palabras, lo óptimo sería un control judicial de constitucionalidad que adopte posiciones no impositivas ante los órganos democráticos, cuando en ciertos contextos exista una cultura de respeto a los derechos humanos y que una carta de derechos asegure los principios y derechos mínimos de convivencia en una comunidad. Por el contrario, cuando en una sociedad por lo general no se acostumbre a debatir sobre derechos que bien pueden ser temas tabú, como los derechos de las minorías de género como el acceso al matrimonio y uniones libres, se justificaría que el órgano jurisdiccional tenga la última palabra en la interpretación de la carta de derechos, en el que su poder interpretativo le permita incluir más y mejores derechos a favor de estas minorías, y cuando se produzca lo contrario (como en el caso del TCP boliviano), la carta de derechos permita una reforma constitucional que posibilite modificar la decisión judicial que arbitrariamente limite los derechos de la grupos como el de los LGBTI.

⁵⁹ *Ibíd.*, pp. 222-223.

ETIOLOGÍA DE LA CORRUPCIÓN ¿POR QUÉ ES TAN DIFÍCIL EXTERMINARLA?

*LUJÁN TÚPEZ, Manuel Estuardo*¹

INTRODUCCIÓN

Les propongo tres escenas de la vida cotidiana, que seguro no serán muy diferentes de las que a diario nos enteramos desde los entornos más cercanos hasta los más amplificadas. Una madre debe llevar a sus dos niños a la Escuela Primaria, supongamos que es una madre muy previsora (por cierto la mayoría de las madres son más intuitivas que previsoras, aunque por alguna razón ignota para mí siempre le atinan, no importa las paredes, la distancia, el contexto, siempre saben que alguna travesura se hizo) pero volviendo al ejemplo, se despertó antes que el despertador, preparó las loncheras, sacó a pasear a Mateo (el Cocker americano que su esposo le regaló al menor de sus hijos), se duchó, preparó el desayuno, despertó a sus dos angelitos, los aseó; y para terminar, bajó las mochilas y las loncheras para esperar la movilidad, dando la última indicación a los niños: toméense su jugo, momento en el cual, uno de los infantes, precisamente el dueño de Mateo derrama su jugo sobre la camisa blanca recién puesta. Cuando la madre sube, y ve el estropicio, digamos que nos saltamos la histeria, tiene dos opciones, entre muchas claro: cambiarle apresuradamente la camisa por otra parecida casi blanca (color hueso, color humo, color beige) aunque la señora de la movilidad que llega con las justas tendrá que demorar, con perjuicio de la niña digamos del Distrito contigo a la que tendrá que recoger más tarde, con la consabida reprimenda por celular y claro luego personalmente de la madre de la niña, sin mencionar que tendrá que saltarse algunos semáforos, ir a mayor velocidad de la permitida, vamos quebrantar digamos algunas reglas de tránsito para llegar a tiempo

¹ Doctor en Filosofía de Derecho, Doctor en Derecho y Doctor en Administración en la Educación, Docente Universitario y Juez Superior Titular.

a la Escuela, parlamento que le dirá a la velocidad de la luz por whatsapp a la madre del ejemplo.

En resumen: algún arreglo tendrá que hacerse, entonces surgen las respuestas (yo te pago las multas, yo te pago tu tiempo, yo te compro megas para tu cel, comparto datos, te regalo mi última cartera Louis Vuitton, y lo que la imaginación se les ocurra) con tal que los niños lleguen a la Escuela a tiempo. Eso sin mencionar que en la Escuela son ultra formales, la camisa (no exactamente blanca) no entra, pero la madre conoce al Auxiliar, con el que entabla una amable conversación, - digamos que esto también nos sirve para la segunda opción - la madre decide limpiar con agua y apresuradamente el jugo derramado, aunque le queda un bonito estampado color melón al crio. Que pasando de costado a Manuel de Carreño o a Frida Holler, y superado su nativo perfeccionismo, se convierte en un tatuaje subrealista en la piel sobre la piel; en fin, envía así al niño, en ambos casos, aún falta el asunto de su ingreso a la Escuela con normalidad, sin que el adicional color casi naranja de la camisa, suponga un demérito de aseo, o peor. Desde luego, al Auxiliar no le será tan fácil que acepte la compensación de megas para su twitter o para el youtube y no digamos nada de la Louis Vuitton, digamos que la conversación se volverá más complicada, que para no herir susceptibilidades, se las dejo a su imaginación.

Un segundo caso, les propongo la escena del chico aplicado de la Universidad, ha sido entrenado en la lectura por sus antiguos maestros escolares, es el clásico “nerd”, “chanconcito” para el barrio; el que siempre participaba en las actividades del Cole, el que se ofrecía a comprar las entradas del Concierto desde antes de la pre venta. Ocurre que en su novel carrera, le toca uno de esos profes que están a la moda de la literatura, porque puede, se compra las más recientes ediciones de los libros superespecializados sobre el tema. Por consiguiente, utiliza estos libros para dictar sus clases, digamos que es el guion ineludible para aprobar los exámenes, pero por lástima debido a su novilísima publicación, no está en las vitrinas, mucho menos aparece el consabido PDF en internet, ni siquiera los resúmenes o spoilers en youtube, sólo hay algunas reseñas de invitación a la lectura, y para complicar el asunto, el autor no aparece en youtube en alguna entrevista, aunque fuera en chino mandarín. Así que el único recurso es lograr convencer al profe que nos permita “leer” el libro el fin de semana. Digamos que de alguna manera nuestro novato universitario lo logra, a condición que no le saque fotocopia pues el lomo se hará pedazos y se deshojará el libro, el pupilo acepta, lo jura por todos los dioses que conoce y por otros

que espera conocer, pero el libro es tan denso y tan técnico en su lenguaje que no avanza con la lectura y el domingo casi acaba. Colocado en este dilema, que seguramente todos ustedes pasan a diario, que hasta me imagino cuánto les hubiera costado, “jurar que no lo fotocopiarán”. Tiene dos soluciones (como en la escena anterior varias salidas pero escojamos dos). Primero es faltar a su juramento, salir a toda prisa buscar algún amigo “en domingo” que pueda fotocopiar con el máximo el cuidado el libro, para devolverlo; pero como es difícil domingo después del almuerzo no hay muchas fotocopadoras, así que tendrá que rogar, ofrecer, suplicar y más entregar hasta su última colección de Marvel, pero digamos que aceptan “a cambio de” sacar las fotocopias, y con suerte no queda ni rastro del asunto. Pero hay un precio oculto, otros compañeros de clase se enteran y, “a cambio de más” logran también la misma copia. La segunda opción que les propongo es que nuestro empeñoso discente, no sucumbe a la tentación, pero mantener su conciencia en paz, le obliga a cierto subterfugio, tomar fotos de todas las páginas del libro con su cel, por cierto luego tendrá que bajarlas a una compu, se agotará los bytes de memoria disponible, o tomar más tiempo del debido bajando las fotos a su laptop, como demora, y tiene que acompañar a su madre a la reunión familiar, pero no puede hacer ambas cosas, y ni pensar en llevar el cel, el libro y la laptop; solo le queda pedir ayuda a su compañero de salón, a riesgo que se tome las fotos que quiera y no bien, o que descompagine el libro, igual ese favor, no tendría un auxilio desinteresado, menos filantrópico. Así que dejo también en su imaginación el “a cambio de”, con tal de llevar al universitario a clase a tiempo el lunes, entregando el libro al Profe y habiéndose preparado “lo suficiente” para aprobar el examen, conste que sacrificará su perfecto récord de calificaciones y admitamos que con tanto apuro un respetable 10.5 (aprobado) sería suficiente.

Reserve para la última escena el tráfico de bienes y servicios. Les propongo al dueño de un prestigioso Restaurante, en un pueblo pequeño, aunque muy turístico, por lo mismo muy concurrido de extranjeros, quienes no sólo van por los guisos sino también por el acogedor ambiente hogareño, con bebidas espirituosas y no tanto, pero que hacen más que atractivo al emprendedor de la cocina peruana. El secreto de su éxito, no es ningún secreto. Mucho esfuerzo, cariño en la cocina (buena sazón) y rapidez en la atención. Su plato principal es un estofado de un ave rara que sólo se cría en el monte de aquél lugar, y aunque su carne es muy parecida al pollo, de hecho nadie notaría la diferencia, él invierte ingentes cantidades de dinero para

brindar a sus comensales esa exquisitez. Hasta que un día, de esos que siempre abundan y que uno nunca se espera, pero de acuerdo a la Ley de Murphy siempre debería esperar; el Congreso de la República declara al ave rara con la que nuestro Cocinero degustaba los ávidos paladares propios y ajenos, como un ave en peligro de extinción, imposible cazarla y menos aún almorzarla o cenarla, los domingos y feriados. Como no podemos dejar que cierre el negocio, las acostumbradas dos salidas que les propongo – ya saben, de las muchas que podría tener –, por un lado sería comprar pollos en cantidad, seguir ofreciéndolos como el ave exótica, total nadie notaría la diferencia, pero eso si un intensivo de Hitler con los cocineros, los camareros, los tenderos y hasta con los vigilantes y servidores de limpieza, todos deben estar bien aleccionados para que por cualquier pregunta sobre el ave, todos olviden que se trata de pollo, es más hasta la palabra misma es retirada el menú, para que no exista complicación. Si nos apuramos, la lista aunque no larga está incompleta, porque también se necesita de la complicidad del avicultor, del transportista y del agente publicitario (aunque éste último podría pasar en la ignorancia como cualquier comensal). Esta larga lista de cómplices, generaría si prefieren 50 – 50 (Fifty – Fifty) algunos que admiten que su silencio es gratuito, pero otros que su silencio tiene un precio, total como dijo el aventurero Howard Hughes “Todo el mundo tiene su precio”. Pero a nuestro empresario de la comida, aún le queda la otra opción, vamos a no ser tan radicales, digamos que oculta en un pequeño fundo, una cantidad considerable de especímenes del ave, cuyas crías escondidas de la autoridad son las que sigue disponiendo en la mesa de sus comensales, como es imposible que un hecho tan llamativo pueda seguir oculto, la pregunta que surge en seguida, es ¿qué podrá hacer nuestro cocinero empresario?, cuando las autoridades averigüen sobre su crianza, o si quieren la pregunta anterior, “si él no está cazando, sino criando (reproduciendo por cuenta propia) ¿debería considerarse un acto de contravención a la ley de protección al ave? Digamos que contestamos que sí, la vida del dueño se volvería ultra complicadísima, porque entonces sólo tendría o cerrar o volver a la primera opción. Pero aun contestando negativamente no lo salvamos del todo, porque aunque podamos admitir su crianza, la venta en comestible del ave, lo reduciría al pago de los precios por seguir subsistiendo. Digamos, para cerrar que no es una opción para el empresario de la cocina, mudar de rubro, de vianda o de costumbres.

En las tres escenas, juzguen ustedes cuál es menos sórdida, aparece la corrupción como parte de la vida cotidiana, hasta en las cosas más triviales, yo por ejemplo, soy pésimo en el fútbol, no sé ni recoger pelotas, así que mi única opción es comprar una pelota, total al dueño de la pelota le toca aunque sea el arco. A lo largo de este ensayo, me propongo demostrarles que el problema de la corrupción es no sólo un problema de poder ni tampoco sólo un problema de dinero, digamos que no del todo, es también un problema de tiempos, de aprendizajes y de metas. De lo que pretendemos en la vida, de nuestras expectativas y de las oportunidades que tenemos para alcanzarlas. Por ello, la formación de ciudadanía estándar, y digo estándar por llamarlo de alguna manera para no ubicarme entre el Perfeccionismo de Joseph Raz y el Racionalismo de Emmanuel Kant. Pero sin importar la denominación, se trata de decir que la ciudadanía no es la única manera de alcanzar la paz bajo el yugo de la tiranía como lo graficaba en toda su dimensión Thomas Hobbes en su *Leviatán*; sino que se reduce a mínimos morales, y aunque la idea es la misma me resisto totalmente a llamarla “coto vedado” como señala Ernesto Garzón Valdez,² pero la ciudadanía posee un mínimo irreductible de expresión que me gustaría ponerlo en el *quid not sit* de Santo Tomás de Aquino, es decir que es más fácil entender desde lo mínimo que no sacrificaríamos, pongamos por ejemplo: la vida, la libertad, la igualdad de oportunidad, son los componentes formativos esenciales de esta ciudadanía estándar. O sea, aquel comportamiento de aceptación de límites (reconocimiento de la validez de una Regla de derecho, al más puro estilo Hartiano) que todos aceptaríamos sin fruncir el señor, sin levantar una ceja, sin incomodarnos. Pero como toda Regla, es un condicionante de conducta, ya de entrada tenemos un problema, si es condicionante, entonces significa que algo debo sacrificar: mi libertad, a favor de un bien mayor. Pero como se pregunta Jhon Stuart Mill ¿qué podría valer tanto como para sacrificar mi libertad?

Luego bajo, la sombra de esta ciudadanía estándar, a cuya formación estaríamos obligados por propia conservación de la especie, surge, la pregunta, cómo eliminamos la corrupción en los tres casos figurados, cómo hacemos para que la madre no tenga que desprenderse de su “Louis Vuitton”, que el universitario no tenga que preguntarse “¿a cambio de qué?” puedo conseguir la nota de excelencia en el curso, para que el empresario cocinero no

² GARZÓN VALDÉS, Ernesto (1989) *Algo más acerca del “coto vedado”*, en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Alicante: Universidad de Alicante/Centros de estudios constitucionales, pp. 209 a 214

tenga que inquiriese ¿cuál es precio que debo pagar?, para seguir agazajando a sus comensales con el ave exótica.

Mi respuesta es más que pesimista, al puro estilo de Douglas Couplan, no es posible dejar de pagar el precio. El costo puede reducirse pero el precio siempre se pagará, a menos claro que se admita en el escenario la variable interferencia de la desigualdad, en palabras llanas, anulación de la desigualdad, desapareciendo la informalidad. De hecho, si fuésemos más formales, el universitario primero, porque es el que está más cerca, ya que su dilema es intelectual, no tendría problema si el libro que requiere estuviera a su alcance, por lo que eliminar las barreras que generan la desigualdad es la solución a la corrupción; si la madre – que ocupa un segundo lugar porque aunque su dilema sigue siendo en parte intelectual, también lo es de estatus - pudiera tener un Colegio, donde a los chicos los acepten para aprender no por la ropa que usan, tampoco tendría problema con el jugo derramado en la camisa blanca; y, finalmente el empresario cocinero, porque su dilema es en parte de posicionamiento del mercado y parte monetario utilitarista, por eso ocupa el tercer lugar, que exige una respuesta igual de derribo de barreras, pero más ingeniosa, si la sociedad admitiera que la Ingeniería genética pudiera intervenir especies en peligro de extinción o en cuidado de los hábitats, eliminando el talado de bosques, (necesitaríamos encontrar madera de otros lados, como por ejemplo la misma genética para engendrar árboles de uso común), o entendiendo que una cosa es la caza indiscriminada o frívola del ave exótica y otra su consumo (piénsese en la pesca artesanal por ejemplo) entonces, también podríamos salvar al cocinero del precio y de la corrupción.

Desde luego, que la hipótesis que ensayo, sigue siendo educativa, pero no en sentido metafísico como la consabida respuesta *“todo empieza en los valores y la educación”*. Desde luego, que es problema de valores, y por supuesto que se requiere educar, al menos en ciudadanía estándar, pero es más un problema de inequidad, la sociedad es desigual y mientras las oportunidades sean de unos pocos y los remedios generan mayor discriminación, aunque le apoden *“positiva”*, seguirá siendo inicua. También es un problema de realismo, por eso el mínimo indispensable es volver a lo esencial a los valores primarios que ninguno rechazaría: la vida y la libertad por ejemplo. Si todos tuviéramos la misma oportunidad para elegir el estilo de vida que mejor nos apetece, entonces cada quien podría desarrollar al máximo su personalidad. Pero ocurre que no todos tenemos las mismas oportunidades, aunque podamos tener las mismas

expectativas, peor si las que tenemos son descontextualizadas, alienadas o irreales. Claro que nos salta por encima, la corrección moral kantiana, por eso vuelvo a insistir es imposible armar cualquier respuesta, si el lego ignora los mínimos morales que forman la ciudadanía estándar.

Por cierto apoyado en Herbert Lionel Adolf Hart y Joseph Raz, defensores de un positivismo moral, o si prefieren de un moralismo jurídico, sostienen a diferencia de Ernesto Garzón Valdez para quien el Coto vedado es una frontera infranqueable bajo amenaza de la coacción legislativa (al más puro estilo Austiniano y si nos apuramos Hobbesiano, ya que como afirmaba John Stuart Mill: *“Y puesto que la sociedad tiende a imponer como reglas de conducta sus ideas y costumbres (como el coto vedado) a los que difieren de ellas, empleando para ello medios que no son precisamente las penas civiles; puesto que también trata de impedir el desarrollo, y, en lo posible, la formación de individualidades diferentes; y como, por último, trata de modelar los caracteres con el troquel del suyo propio, se hace del todo necesario otorgar al individuo una protección adecuada contra esa excesiva influencia. Existe un límite para la acción legal de la opinión colectiva sobre la independencia individual: encontrar este límite y defenderlo contra toda usurpación es tan indispensable para la buena marcha de las cosas humanas como para la protección contra el despotismo político”*³) considero que los mínimos morales radican en el reconocimiento de la dignidad del otro y no en una imposición social, que a su vez refleja – si prefieren cartesianamente – la propia dignidad, pues si yo me reconozco digno, entonces debo reconocer la dignidad de los demás que son como yo. Incluso por extensión a mí (lo que me llevaría a un perfeccionismo moral) de todo aquello que permite que mi dignidad sea en el mundo valiosa (el medio ambiente, los animales que consumo hasta los inmateriales: la sociedad en la que me muevo, la cultura que practico, la filosofía que defiendo) Dejemos por ahora a Garzón y volvamos a donde estábamos.

Nuestro tres personajes se ven condicionados por la limitación de tres tiranos: el tiempo, la inequidad y el poder. Antes de pasar a ellos, tenemos que reconocer que en todos los casos que les he propuesto aparece la corrupción. Me es difícil pensar en los aprendizajes y desaprendizajes que van por medio, y que inevitablemente se convierten en los condicionantes operantes de los que hablaba el sicólogo estadounidense Burrhus Frederic

³ MILL, John Stuart (2013) *Sobre la libertad*, Traducción de Josefa Saiz Pulido, Barcelona: Aguilar Librería, p. 22

Skinner, porque surge una pregunta transversal ¿los hijos de nuestros personajes o ellos mismos, cómo se comportarían si estuvieran a cargo de una corporación o entidad pública?, vamos ¿si tuvieran que decidir la adjudicación de un contrato o la contratación de un servicio? Pues la respuesta cae de madura, seguro seguirían el mismo patrón si en cada una de las escenas el esfuerzo hecho para cambiar las cosas (el jugo de naranja, la aprobación de la materia, la venta del guiso de ave exótica) dio resultado. Lamentablemente, la estadística y la experiencia nos da cuenta que en casi todos los casos, da resultado, con costos de transacción más o menos altos, pero igual exitosos.

Así pues, me propongo demostrar, que la tiranía del poder ha sido atacada con varios ensayos de control de la corrupción (transparencia, publicidad agresiva, participación ciudadana ofensiva, prevención o coparticipación de los contralores, etcétera) Me pregunto, ¿por qué seguimos ensayando? ¿acaso los planes no han sido formulados por los más capaces? ¿tan incompetentes pueden ser? La respuesta es la misma de la introducción, podar el árbol y no arrancarlo de raíz genera el fracaso de todos los planes que pretenden atacar al tirano poder. Es el costo de haber olvidado a los otros tiranos uno que no puede ser vencido: el tiempo y el otro que puede ser modificado: la inequidad.

Una persona se inmiscuye (por voluntad o por necesidad) en actos de corrupción porque se encuentra con una inequidad. Debe hacer lo mismo que otro podría con menor tiempo y esfuerzo, pues posee mayores y mejores recursos, como el tiempo no lo puede modificar, entonces, interviene la inequidad con atajos (informalidad y si nos apuramos hasta ilicitud). Para demostrárselos, de manera preliminar, les pido el auxilio de su imaginación, intervengamos las escenas. Si la madre tuviera un vehículo propio, una segunda camisa blanca, una colaboradora del hogar, habría podido acabar con el problema del jugo de naranja. Y superadas las situaciones de inequidad, no tendría que haber afectado las relaciones normales de convivencia con actos de corrupción. Lo mismo podríamos decir (pero con mayor dificultad) del cachimbo (recién ingresado) universitario, si tuviera la oportunidad de comprar el libro del profesor; o del empresario de la comida, si tuviera variedad en el menú de otras viandas igual o más exóticas (pez escorpión, faisán, ranas del titicaca, en fin) o talvez, otras no prohibidas. Por ende, para acabar con la corrupción no basta con controlar, transparentar o auditar el poder, tenemos que reducir o mejor aniquilar las inequidades sociales. Lo que es irónico, pues precisamente,

tributamos para ello, pero a pesar de los cumplidos y sacrificados contribuyentes, las cosas siguen igual o peor: desnutrición, ausencia de escuelas y hospitales, vías que no comunican. Considero, que acabando con la informalidad podremos reducir de alguna forma la inequidad.

Pero a hay un tirano de mayor calibre, tal que si anuláramos o redujeramos las desigualdades sociales, aun permitirían espacios de corrupción: el tiempo. Y aunque el tiempo es una educación y por tanto no existe, más que en la mente. Precisamente la mente, es lo que hace que nos pongamos metas o competencias injustas. Por ello, más que el tiempo, es nuestra “concepción del tiempo”. Vamos a ver, no es lo que no podemos parar (el devenir de la historia) sino el tamaño de nuestras expectativas, mal enfocadas. Y desde luego, considerar al tiempo una entidad, cuando es solo una educación. Digamos por ejemplo: que tenemos una hora para hacer algo ineludible, plazo que inevitablemente transcurre sin remedio, ¿qué haremos entonces? Volver a comenzar o cambiar de rumbo pero resignándonos a no realizar el cometido. Así las cosas, yo no concibo que existan padres que a sus hijos los eduquen para actuar contra sí mismos o contra los demás, salvo raras excepciones, por lo general los padres buscan que sus hijos; primero, los superen en comodidad de vida; y, segundo, disfruten más que ellos de la vida. Entonces, el problema es que actuamos movidos por imperativos hipotéticos y no por imperativos categóricos, debido a que las expectativas nos construyen un mundo paralelo, una realidad virtual, estereotipos de éxito que generan el problema, por ser irrevocablemente superfluos.

Ambas concidicones de la dinámica actual son el problema, puesto que al esclavizarnos por estereotipos, en mucho inalcanzables, obliga a encontrar atajos. A su vez, esos atajos forman una cultura de la informalidad que permite la corrupción. De allí la urgencia de acabar con la informalidad y para ello, es esencial proclamar la independencia de esos estereotipos que no nos conducen sino a puertos utópicos e inalcanzables. Entonces podremos estar en conducciones de reducir el problema de la corrupción, al atacerlo de raíz.

A lo largo de este ensayo me propongo demostrar esta hipótesis. Que tratar de controlar el poder no es la respuesta que pueda permitir destruir la corrupción, debido a que ésta se alimenta de la cultura estereotipada que modifica las expectativas sociales, postulando metas inalcanzables en la medida que contradicen lo que somos, sin mencionar la ingenua negación de la política inherente al hombre en sociedad. (ARISTÓTELES,

2017:3,⁴ HOBBS, 1980: 222)⁵ Lo que a su vez genera la informalidad, precisamente porque se busca atajos para llegar hasta esas metas. Por otro lado, acabar con la informalidad sin modificar las expectativas que poseemos, tampoco remedia el problema sino que genera una carrera más agresiva de atajos, haciéndolos invisibles, por lo que la verdadera libertad supone la independencia del estereotipo, en suma, reemplazar lo desaprendido, por supuesto con un estímulo mayor.

1. La ecuación corrupción – poder

La teoría del poder⁶ posee diferentes posiciones, muchos autores han tratado sobre ella. Por lo tanto, entender la corrupción como el acto de hegemonía de una persona o un colectivo, para que mediante el deseo apremiante por conseguir algo a cambio de hacer o dejar de hacer algo (le corresponda o no actuar así) sacrificando no sólo la actuación libre sino también la actuación prevista normativamente, es un acto de corrupción, entonces cualquier forma de ceder la libre actuación de un individuo a cambio de algo que se desea conseguir es un acto de corrupción. Y desde luego quiere una interacción o una relación intersubjetiva, puesto que no se puede ser corrupto con uno mismo, ya que modificar las expectativas sociales o las metas a cumplir, sería un acto eminente de libertad, como quiera que yo mismo no me puedo sobornar para modificar un acto libre, sin que eso mismo no sea un acto libre en sí mismo, la corrupción siempre será un acto relacional con otros en sociedad, sin importar el contexto en que ocurra.

Sucumbir ante un acto de presión supone considerar el enfoque personal sobre las expectativas sociales, pero ante todo supone comprender la teoría del poder. Muchos enfoques se han dado al respecto, cuatro son los principales para los fines de este ensayo.

Aunque tal vez la pregunta primitiva sea ¿Qué es el poder? La idea de poder como sujeción de la voluntad hacia el mandato de otro, lo convierte en un concepto social. Por lo tanto de la mano de la sociología nos ocuparemos únicamente del poder

⁴ ARISTÓTELES, (2017) *La Política*, traducción de Patricio Azcárate, Madrid: Biblioteca Filosófica, Medina y Navarro.

⁵ HOBBS, Thomas (1980) *Leviatán o la invención moderna de la razón*, Edición preparada por C. Moya y A. Escotado, Madrid - Torregalindo: Editora Nacional

⁶ Por todas recomiendo, BOUZA-BREY, Luis (1991) *Una teoría del poder y de los Sistemas Políticos*, en DIALNET, consultado el 25 de abril de 2019 en <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/27112.pdf>

como sujeción de la voluntad para el comportamiento colectivo. Ya que la sujeción de la voluntad para pensar o dejar de hacerlo, como para creer o dejar de hacerlo, en la medida que corresponde al mundo interior de cada persona, aun cuando tal sujeción importe una modificación de la cosmovisión personal, exralimitan el alcance de este ensayo, por ello nos concentraremos en el poder intersubjetivo o la sujeción de la voluntad que nos hace comportarnos en sociedad de una manera o de otra.

De otro lado, el profesor Louis Bouza – Brey (1991) escribió en la Revista de Estudios Políticos española, edición Número 73, en su artículo “*Una Teoría del Poder y de los Sistema políticos*” (páginas 119 a 164) que el poder como la capacidad de obtener obediencia a un proyecto de objetivos y a un modelo de organización de relaciones – como lo concebía el científico social Karl Wolfgang Deutsch – puede provenir de tres fuentes: la coerción (fuerza), la persuasión (ideología) y la retribución (utilidad), aunque en su estado puro no siempre se encuentran sino que se mezclan entre sí. ***El poder coercitivo*** consiste en la capacidad de obtener obediencia mediante la privación, o amenaza de privación, de la vida, la integridad, la libertad o las posesiones, por medio de la fuerza. ***El poder persuasivo*** consiste en la capacidad de obtener obediencia mediante la unificación de las preferencias y prioridades ajenas con las propias, convenciendo a los que tienen que obedecer de la bondad, justicia o corrección de los objetivos o el modelo de orden proyectado. La ideología es el instrumento de este tipo de poder. ***El poder retributivo*** se basa en la obtención de obediencia mediante el establecimiento de una relación de intercambio, de do ut des. El que obedece lo hace a cambio de algo que le dé, el que manda. Es decir, que este tipo de poder se basa en una relación de utilidad mutua entre el que manda y el que obedece. Aunque de hecho la corrupción que nos interesa sólo sería ésta última, porque sólo es en el ejercicio de la utilidad o provecho, en el que se manifiesta las ingentes cantidades de dinero que se trafica para alcanzar las metas.

Definido el poder, entonces, encontramos cuatro visiones históricas sobre el poder, como decíamos: la de Aristóteles; la de Thomas Hobbes; la de Jhon Stuart Mill; la de Michel Foucault. Para Aristóteles (2017: 3), el hombre ha nacido para vivir en sociedad, puesto que sólo las bestias o los dioses puede dejar de hacerlo. Como tal, admite el estagirita, que algunos hombres han nacido para gobernar (ejercer el poder) y otros para ser gobernados. De hecho su máxima social, era que la esclavitud

desaparecerá el día que la aguja del telar camine sola. La visión Aristotélica no nos facilita una solución al problema de la corrupción, puesto que si partimos del hecho que los hombres deben obediencia al poderoso, porque no tienen más remedio, ya que su naturaleza los habría colocado como obedientes. En un estado ideal de cosas, si el poderoso actúa, se entiende que su naturaleza lo haría virtuoso, aspirar el bien máximo, que Aristóteles identifica con la felicidad, pero más propiamente con el bien que se aspira como fin en sí mismo y no como medio (ARISTÓTELES, 2001: 9 a 13)⁷.

De allí que, bajo esta tesis la corrupción simplemente sería inaceptable, ya que sería imposible que la naturaleza del virtuoso (político o Servidor del Estado) le permitiera subvertir el buen hacer, incluso aceptar algún regalo para realizar lo que su naturaleza le obliga a realizar, por lo tanto rechazaría cualquier bien, para hacer lo que debe, porque sería contrario a la virtud y a su naturaleza actuar en contra de sus propias normas naturales. Pero este razonamiento tiene dos problemas – desde el enfoque de la corrupción –. Primero no estoy seguro, que todos los gobernantes o los que ejercer el poder sean virtuosos, en el sentido aristotélico, o sea que hayan nacido para ser virtuosos; más bien, es una carrera constante de perseverancia y sacrificio. Menos aún si se piensa al estilo epicureista que sólo es suficiente ser virtuoso públicamente, aunque no es necesario serlo en privado. Piénsese por ejemplo en un preceptor escolar que es la virtud en persona en su salón de clase, pero en casa golpea a su mujer, maltrata a sus hijos y es un alcohólico empedernido. Segundo, si cada autoridad pública actúa según su naturaleza, ¿cómo se explica el fenómeno de la corrupción? Nuestra única respuesta tendría que ser que es un fenómeno anti natural, pero si esto es así, entonces los hombres nacidos para ser sociales y más políticamente sociales (el que vive en sociedad buscando la virtud para todos) no se rige por la Ley natural, o por lo menos la Ley natural no posee la coerción suficiente como para que en todos los actos pueda alcanzar que las Autoridades públicas se comporten de ese modo y no de otro. Para Aristóteles el hombre libre debe ser virtuoso, pero ocurre que aunque, reconozcamos que la teoría Aristotélica exige la existencia de la Ley natural para regir las conductas de las personas, es propio de la libertad que alguien no quiera ser virtuoso. Y por eso existe el fenómeno de la corrupción. Y si bien, coincido con el maestro griego que el

⁷ ARISTÓTELES, (2001) *Ética a Nicómaco*, Traducción J. Leiva, 3ra. Reimpresión, Madrid: Editorial ALBA/LIBSA S.A.

hecho que un humano no aspire a la virtud es la degradación del humano en una bestia, el fenómeno de la corrupción demuestra que es posible. Y por ello, la educación en la virtud como aprendizaje cognitivo para superar la corrupción fracasa, porque nos empeñamos como los sugería Burrhus Frederic Skinner, en creer que los comportamientos se deben únicamente a la forma como nos informan que es el mundo, olvidando que el aprendizaje práctico, supone también educarse a partir de lo que es su medio ambiente,⁸ lo que podríamos denominar aprendizaje práctico comunitario, de hecho nos condiciona el medio ambiente y el pasado. Un ejemplo podría clarificarnos. Si un niño escucha a su padre decirle todos los días – de hecho creo que eso ocurre en la mayoría de los casos – que le dicen que no mienta que es “malo” (por ahora nos quedaremos sólo como malo = incorrecto) mentir, lo que implica un aprendizaje cognitivo, digamos hasta reforzado, le hacen leer a Aristóteles, a Séneca, a Baruch Spinoza, a Fernando Savater; aun así, si un buen día, llaman a la puerta y ocurre que el niño está presente, sale a abrir, y es el tendero de la esquina que viene a cobrar una deuda, lo que inmediatamente comunica al padre, quien le dice “dile que no estoy”. Entonces no porque surja un dilema moral, sino porque ocurre un fenómeno de aprendizaje práctico (los griegos le llamaban phronesis) por un lado, el menor desaprende que “mentir es malo” porque no es lógico que el padre que tanto le ha dicho lo contrario, es más que lo ha leído él mismo de la mano de los filósofos, ahora le mande a hacer lo incorrecto, y como el padre no puede errar, porque para el niño es su héroe, su semidios particular, su ideal de persona; entonces borra de su mente la regla de no mentir (desaprendizaje) y coloca en su lugar otra Regla (aprendizaje práctico). Esa otra Regla que instala en su mente no puede ser sino, “*algunas veces está permitido mentir*”. El problema es que como no existe un instructivo práctico, sacará sus propias conclusiones, en el ejemplo: es válido mentir si debes al tendero de la esquina. Y al infinito, pues “algunas veces” podría ser incluso mentir a un enfermo terminal que no tiene la enfermedad que lo matará, para que sus últimos días no sean tan malos, el asunto es que el médico que miente no tiene más que su propia conmiseración como esperanza que los días últimos del enfermo no serán tan trágicos. Aunque la verdad, también es posible que sabiendo la verdad, pudiera arreglar mejor sus asuntos, reconciliarse con sus parientes y amigos, y morir en paz. Arreglos que al enfermo mentido le

⁸ SKINNER, Burrhus Frederic (1974) *Acerca del conductismo*, en original *About Behaviorism*, USA:paperback edition, pp. 18 – 20.

fueron negados, por la mentira sobre su enfermedad. Por ello Emmanuel Kant no se equivocaba cuando señalaba que actuar por el imperativo hipotético no te asegura que el resultado esperado se cumpla, en cambio actuar por el imperativo categórico siempre te asegura que no requieres elucubrar el futuro ni apostar con la esperanza de un resultado ignoto.⁹

A diferencia de Aristóteles quien defendía que los hombres que eran sociales por naturaleza obedecían la ley natural porque eso supone un acto virtuoso; para Thomas Hobbes los hombres eran más bien por naturaleza brutos, incapaces de virtud, beligerantes y violentos con su prójimo y por ende consigo mismos, tomando parte de la frase célebre de la “*Asinaria*” del comediógrafo latino Plauto (250 – 184 a.C) de hecho la frase completa, corresponde a la escena en la cual el Mercader le dice al Esclavo: “*Todo puede ser; pero así y todo, no te saldrás con la tuya de hacerme entregar el dinero a una persona que no conozco. Lobo es el hombre para el hombre, y no hombre, cuando desconoce quién es el otro.*” [Acto II, párrafo 495, PLAUTO, 2018, p.14]¹⁰

En su *Leviatán*, Hobbes señala que el hombre al ser un lobo para el mismo hombre (*Homo homini lupus*) en su estado natural y sin ningún freno que lo impida, se convierte en el peor enemigo del prójimo, cual un animal salvaje.¹¹ Es en este sentido, que al hombre se le debe imponer la ley moral, mediante el yugo de la coerción, y el temor a la sanción. Por ello, se justifica

⁹ KANT, Emmanuel (2000) *Critica de la razón práctica*, traducción de Roberto R. Aramayo, Madrid, Alianza, 2000, ISBN 84-206-3543-X, pp. 23 a 35

¹⁰ PLAUTO, Tito Maccio (2018) *Asinaria o La comedia de los asnos*, Traducción de Mercedes González – Haba, Madrid: Editorial Gredos.

¹¹ HOBBS, Thomas (1980) *Leviatán o la invención moderna de la razón*, Edición preparada por C. Moya y A. Escotado, Madrid - Torregalindo: Editora Nacional, para quien “*la razón no es sino cálculo (esto es adición y sustracción) de las consecuencias de nombres generales convenidos para caracterizar y significar nuestros pensamientos; digo caracterizar cuando calculamos por nosotros mismos, y significar cuando demostramos o probamos nuestros cálculos a los hombres*”. p.149 Luego la vida del hombre que en un estado de naturaleza sería cuál un animal, en el estado de civilización es un permanente ejercicio de cálculo entre lo que le conviene y lo que le perjudica. Y por lo mismo “La reputación del poder es poder, porque trae con ella la adhesión de quienes necesitan protección, Así acontece, por la misma razón, con la reputación de amor en un país (llamada popularidad). Así también es poder cualquier cualidad que hace amable [de ser deseado] o temido por muchos, o la reputación de tal cualidad, porque es un medio para disponer de su apoyo y servicio de muchos. El buen éxito es poder, porque crea reputación de sabiduría o de buena fortuna, y eso hace que los hombres o le teman o confíen en él”.

incluso los tratos más crueles, como advertencia para quien desobedezca la ley. Bajo ese sentido, al soberano le corresponde determinar lo que es correcto o lo que no lo es. Porque el hombre al tener en un estado natural, el albedrío suficiente como para enfrentarse a su prójimo como enemigo, sin un freno que lo detenga terminará por considerar que la única ley moral posible es vivir o ser matado, en un estado de desconfianza tal, sin poder relacionarse con otros al Estado le corresponde la tarea de sujetar.¹² En sus palabras: “...durante el tiempo en que los hombres viven sin un poder común que los atemorice a todos, se hallan en la condición o estado que se denomina guerra; una guerra tal que es la de todos contra todos. Porque la GUERRA no consiste solamente en batallar, en el acto de luchar, sino que se da durante el lapso de tiempo en que la voluntad de luchar se manifiesta de modo suficiente... **Las incomodidades de una guerra semejante.** Lo que en puede en consecuencia atribuirse al tiempo de guerra, en el que todo hombre es enemigo de todo hombre, puede igualmente atribuirse al tiempo en el que hombres también viven sin otra seguridad que la que les suministra su propia fuerza y su propia inventiva... A quien no pondere estas cosas puede parecerle extraño que la Naturaleza venga a disociar y haga a los hombres aptos para invadir y destruirse mutuamente; y puede ocurrir que, no confiando en esta inferencia basada en las pasiones, desee, acaso, verla confirmada por la experiencia. Haced, pues, que se considere a sí mismo; cuando emprende una jornada, se procura armas y trata de ir bien acompañado; cuando va a dormir cierra las puertas; cuando se halla en su propia casa, echa la llave a sus arcas; y todo esto aun sabiendo que existen leyes y funcionarios públicos armados para vengar todos los daños que le hagan. ¿Qué opinión tiene, así, de sus conciudadanos, cuando cabalga armado; de sus vecinos, cuando cierra sus puertas; de sus hijos y sirvientes, cuando cierra sus arcas? ¿No significa esto acusar a la humanidad con sus actos, como yo lo hago con mis palabras? Ahora bien, ninguno de nosotros acusa con ello a la naturaleza humana. Los deseos y otras pasiones del hombre no son pecados, en sí mismos; tampoco lo son los actos que de las pasiones proceden hasta que consta que una ley los prohíbe: que los hombres no pueden conocer las leyes antes de que sean hechas, ni puede hacerse una ley hasta que los hombres se pongan de acuerdo con respecto a la persona que debe promulgarla. **En semejante**

¹² HOBBS, Thomas (1980) *Leviatán o la invención moderna de la razón*, Edición preparada por C. Moya y A. Escotado, Madrid - Torregalindo: Editora Nacional, pp. 222 a 239

guerra nada es injusto. En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe; donde no hay ley, no hay justicia. En la guerra, la fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales. Justicia e injusticia no son facultades ni del cuerpo ni del espíritu. Si lo fueran, podrían darse en un hombre que estuviera solo en el mundo, lo mismo que se dan sus sensaciones y pasiones. Son, aquéllas, cualidades que se refieren al hombre en sociedad, no en estado solitario. Es natural también que en dicha condición no existan propiedad ni dominio, ni distinción entre tuyo y mío; sólo pertenece a cada uno lo que pueda tomar, y sólo en tanto que puede conservarlo. Todo ello puede afirmarse de esa miserable condición en que el hombre se encuentra por obra de la simple naturaleza, si bien tiene una cierta posibilidad de superar ese estado, en parte por sus pasiones, en parte por su razón... **En semejante guerra nada es injusto.** En esta guerra de todos contra todos, se da una consecuencia: que nada puede ser injusto. Las nociones de derecho e ilegalidad, justicia e injusticia están fuera de lugar. Donde no hay poder común, la ley no existe; donde no hay ley, no hay justicia. En la guerra, la fuerza y el fraude son las dos virtudes cardinales. Justicia e injusticia no son facultades ni del cuerpo ni del espíritu. Si lo fueran, podrían darse en un hombre que estuviera solo en el mundo, lo mismo que se dan sus sensaciones y pasiones. Son, aquéllas, cualidades que se refieren al hombre en sociedad, no en estado solitario. Es natural también que en dicha condición no existan propiedad ni dominio, ni distinción entre tuyo y mío; sólo pertenece a cada uno lo que pueda tomar, y sólo en tanto que puede conservarlo. Todo ello puede afirmarse de esa miserable condición en que el hombre se encuentra por obra de la simple naturaleza, si bien tiene una cierta posibilidad de superar ese estado, en parte por sus pasiones, en parte por su razón... **La generación de un Estado / La generación de la República.**

El único camino para erigir semejante poder común, capaz de defenderlos contra la invasión de los extranjeros y contra las injurias ajenas, asegurándoles de tal suerte que por su propia actividad y por los frutos de la tierra puedan nutrirse a sí mismos y vivir satisfechos, es conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad. Esto equivale a decir: elegir un hombre o una asamblea de hombres que represente su personalidad... Hecho esto, la

multitud así unida en una persona se denomina ESTADO, en latín, CIVITAS. Esta es la generación de aquel gran LEVIATÁN, o más bien (hablando con más reverencia), de aquel dios mortal, al cual debemos, bajo el Dios inmortal, nuestra paz y nuestra defensa.” [HOBBES, 1980, Cap.XIII y XIV: 224 a 229, Cap. XVII: 266 a 267]

Desde luego, ni la sujeción a la Ley por la búsqueda de la virtud, ni la sujeción a la Ley por temor a ser atacado por el prójimo, ni la sujeción al Estado como el gran Leviatán, nos sirven para entender el fenómeno de la corrupción. Puesto que si quien ostenta el poder no le teme a la posible sanción, de hecho si le tuviera algún tipo de temor, no existiría corrupción. Precisamente la ostentación del poder hace que se envanezca en el poder y se considere superior a la Ley.

Desde luego, habiendo sido derrotados por el albedrío como para admitir que la ley moral proviene de la búsqueda de la virtud, ya que entonces no se explica cómo puede existir personas corruptoras y personas corrompidas, la opción más fácil es admitir que la ley moral, puede imponerse por coerción como lo es la ley social o la ley positiva. En más de una oportunidad he mostrado mi discrepancia con este contrasentido puesto que la ley moral es implícitamente autónoma en cambio la ley positiva o mejor dicho positivizar la ley moral, supone heteronomía, desacreditando la axiología que le sería inherente. No voy a reiterar tal discurso, pero me sigue pareciendo una contradicción en sí misma.

Por supuesto, admitir que si por coerción del soberano se impone la ley moral, entonces acabar con la corrupción es únicamente hallar la mejor forma de controlar al soberano. Entiéndase por cierto, “soberano” a todo aquel que posee la potestad de sujetar las conductas de los demás. (Padre de familia, Jefe, Empleador, Autoridad) Pero los innumerables proyectos de control del poder y los sendos programas anti corrupción que no han podido mostrar, al menos no, en este lado del mundo, resultados esperanzadores. No se trata, según me parece, de programas o proyectos inútiles, de hecho la valía de más de uno aflora por cada letra de sus páginas, el problema es que podar el árbol, no es lo necesario, hay que ir a raíz. El control del poder está bien, es más las noveles “Veedurías ciudadanas”, esa novedosa forma de entender al conjunto de ciudadanos preocupados porque el soberano exhiba, transparente, si desean la toma de decisiones y el establecimiento de las formas del gasto del erario público, fomenta y potencia la democracia participativa, pero no logra atacar en su raíz la corrupción.

Como yo lo veo, y conste que no tengo mucha esperanza en que sea una real “veeduría” cuando intervienen en ella los grupos de poder o de presión, que como un ladrón agazapado esconde sus intereses subalternos. Creo que para nadie es un misterio que los medios de comunicación, en cualquiera de sus formas, tienen líneas editoriales, que varios periodistas no presentan la noticia aséptica o imparcial, sino que sin disimulo, presentan su opinión, lo cual en sí mismo no es malo, es el ejercicio pleno de la libertad de expresión. El problema es que tales opiniones calan, ingresan al colectivo, o por repetición o por persuasión, así, en lugar de presentar la noticia, presentan su opinión sobre la noticia y marcan tendencia, en suma, tienen en sus escuchas, lectores, oyentes, visores, una pequeña congregación de prosélitos. O bien, como denuncian los historiadores, de la mano de Arnold Toynbee la historia no es verdadera ni falsa, solo depende del enfoque que el historiador narre los hechos, ya que siempre es posible al menos dos ópticas de una misma ocurrencia.

Precisamente, es lo que considero equívoco, pretender controlar al soberano para acabar con la corrupción, es estar convencido de la frase de John Emerich Edward Dalberg-Acton, conocido como Lord Acton: *“el poder corrompe y el poder absoluto corrompe absolutamente”*. Como si el poder fuese dañino o el soberano maligno. Lo cual es equívoco, pues en todos los casos de relaciones sociales, va a existir soberanos y súbditos, en definitiva va a existir una relación de poder. Lo que no debe existir es una sujeción obcecada, prosélita e irracional, como tampoco un poder arbitrario, inexplicable y absoluto. El control es benéfico, pero no acabará con la corrupción, porque su naciente está muy lejos del poder, o mejor dicho, no es el poder la causa, aunque es una manifestación de la corrupción el uso indebido del poder.

Ahora bien, aunque existen varias perspectivas de lo que la ley moral es, para diferenciarla de la ética. Y la mayoría de corrientes ubica a la ley moral como el conjunto de normas, principios o preceptos que permiten al hombre un actuar correcto. Entendido, aunque fuere en el mínimo *minimorum* como sinónimo de realización personal en armónica convivencia con la realización de los otros (personas o vivos sensibles). Para distinguirla de ética como conjunto o catálogo de valores que inspiran la idea de persona correcta (en los mismos términos) forman parte de la cultura y por ello, delinean la cosmovisión personal. Tengo sin embargo, un par de dificultades con ambas definiciones, para comenzar si la ley moral es un conjunto de

principios (con mayor razón será objeción si consideramos normas y preceptos) entonces significa que existe una ontología de lo moral, una idea básica de la cual se parte, entonces el mundo de la autonomía de la voluntad, guiada por el libre albedrío desaparece. Me explico, François Rabelais escribió en su famosa obra *Gargantúa y Pantagruel*¹³, entre 1532 a 1564 la historia de la Abadía de Thelema, a la que llega el gigante Pantagruel con su amigo Panurgo y en la cual el Abad, para contrarrestar la corrupción en los ámbitos monásticos, diseñó una sola Regla para todos los monges y habitantes: “Haz tu voluntad”. En la que parece que el libre albedrío se encuentra en su máxima expresión puesto que hacer lo que quieras como único precepto es permitirte la plenitud del ejercicio libertario. No obstante, es una Regla y como tal una ley moral, por lo que incluso en el éxtasis de autonomía, se tendría que actuar guiado por la Regla de libertad, e infringirla sería un contrasentido consigo misma, puesto que por reducción al absurdo si se vulnera la Regla de libertad, entonces se vive bajo sujeción (que es lo contrario), y si no se vulnera la Regla, significaría que no se es libre para incumplirla. Por lo tanto, podemos concluir que los hombres estamos más o menos sujetos a algo, ya que alguna máxima inspira nuestra vida. Lo contrario es un actuar errático y disperso, en cuyo caso, ni siquiera tiene sentido preguntarse por qué vivimos en sociedad. En suma, incluso atados a la mínima sujeción “Haz tu voluntad” supone aceptar que existe algún condicionante de conducta, aunque fuera la autoimposición, con mayor razón si admitimos expectativas, puesto que al no poderlo todo solos, debemos admitir que la interrelación social nos obliga a algunas sujeciones, las que son expresiones de poder.

Así pues, la ley moral es el ejercicio puro de la libertad. Aquella que no se realiza en razón de un cometido o un interés, aquello que se realiza por la simple y llana voluntad del querer. Y sobre esa base construimos las demás relaciones, pero mientras más admitimos intereses o expectativas, más deberemos reconocer sujeciones y reconocimientos de poder, ya que mientras más amplia es nuestra expectativa mayor será la sujeción a la que estamos sometidos, en razón que una expectativa máxima supone la amplificación o maximización de las relaciones sociales, luego mientras más relacionados, mayores compromisos tendremos que hacer. Por eso, lo primero, es distinguir un acto libre y por ende moral, de un acto dependiente, lo que ocurre desde las cosas más

¹³ RABELAIS, François (2011) *Gargantúa y Pantagruel*, Traducción de Gabriel Hormaechea, Barcelona: Acantilado, Libro II.

simples hasta las más complejas. Si yo escojo una torta de chocolate porque me gusta el chocolate y no otro manjar, dicho acto no será libre y por ende no será moral, porque mi voluntad está sometida, al poder del chocolate. En este caso, es inmoral porque podría no escoger el chocolate, pero pese a ello, lo hago. No obstante, será un acto moral y libre si escojo el chocolate, pese a que puedo no hacerlo, porque no me somete la sujeción del dulce de cacao sino porque deseo.

En cambio, si como el barquero de la carga en altamar de Aristóteles, me enfrento a una tormenta, la cual no pude prever, puesto que sí pudo preverla ya se sometió a la sujeción del poder del imperativo hipotético (sé que hay una tormenta pero me arriesgo porque creo que no pasará nada, por mi suerte, por mis dioses, por mi temeridad) y el acto no sería libre y por ello inmoral. Pero supongamos que no tuvo manera de preverla, digamos que cuando zarpó había un radiante sol, entonces, ocurre el percance y tiene que elegir entre aligerar la carga y vivir o morir por la tormenta. Para seguir el ejemplo del estagirita, tiene para elegir entre tirar a algunos pasajeros por la borda, digamos a los más enfermos, a los más viejos, a los más latosos, o tirar el cargamento. Y decide como capitán del navío, tirar el cargamento, todos se salvan. En ese caso para que el acto siga siendo libre y moral, debe asumir las consecuencias: el dueño del cargamento le pedirá reembolso, o cuentas. Las leyes pueden acudir en su auxilio por ser un caso fortuito, pero si asume la responsabilidad el acto sigue siendo libre y por ende moral. Si esquiva la responsabilidad, aunque el acto es en origen libre, él decidió entre el cargamento y vivir, no asumir la responsabilidad lo convierte en un acto inmoral.

Por todo lo cual, someter a las personas a un acto de sujeción, esperando que por el temor al castigo, o si se prefiere por estima a la recompensa, se cumpla la ley moral como lo pretende Hobbes, no nos brinda una respuesta. Puesto que en principio, la sujeción a la ley moral por temor al castigo, depende del grado de moralidad del destinatario, y por ello la corrupción no decrece, pese al endurecimiento de las penas de cárcel. Y controlar el poder, incluso por medio de la ciudadanía, tampoco parece una solución, puesto que para hacerlo se necesita – otra vez – la ley moral, quienes hacen de veedores, tienen que haber elevado su espíritu y trascendido desde la aspiración al bien propio hacía la búsqueda del bien común. Ello importa, logística, o sea, dinero para patrocinar dicha veeduría, ya que el desgaste de la vocación cívica, no basta, a menos que se turnen en el colectivo para impulsar los actos de control ciudadano. No es gratuito pedir

información, recuérdese que la Constitución fija un pago por el derecho de petición. Menos es gratuito tener que custodiar el pedido, hay que insistir, muchas veces, impulsar y proseguir trámites engorrosos y burocráticos, excesivos. Sin mencionar toda la logística de redes, no tanto pagar la cuenta del teléfono, sino buscar el punto de wifi free. Suponiendo que se trate de personas que tienen suficiente para vivir o un trabajo estable, que les dé el tiempo para twittear; en fin. Por otro lado, si aparecieran mecenas, habría que dudar de su “desprendimiento”, por ejemplo, piénsese si es un acto generoso, altruista y desprendido que alguna organización nos brinde el apoyo para auditar a tal o cual soberano. El Cardenal de Aquastarpa era lapidario en ese sentido “*Nemo gratis mendax*”, ni siquiera los que mienten lo hacen gratuitamente, eso sin mencionar si no estaríamos en ese caso, encubriendo también un acto de corrupción. Los medios de comunicación, tienen una línea editorial; las ONGs tienen una filosofía política, piénsese en Venezuela, por ejemplo; los empresarios generosos, tienen sus intereses, así un largo etcétera. De allí que, ni una ley moral que confía en que los hombres virtuosos alcancen un comportamiento correcto por alcanzar la virtud en sí; ni una ley moral impuesta por miedo, nos colaboran.

Jhon Stuart Mill y Jeremy Bentham, sostenían todo lo contrario. La única ley moral que vale realmente la pena es aquella que máxime la felicidad y disminuya o minimice la infelicidad del mayor número posible de afectados por las consecuencias, que deben ser mejores que cualquier otro curso alternativo de acción. (MILL & BENTHAM, 1987:141)¹⁴ Ésta es la otra cara de la moneda, por llamarlo de algún modo, la inexistencia de una ley moral, solo dejarnos guiar por la apelación al deseo y la expectativa de su realización. En las palabras de Jhon Stuart Mill, pagar por una cesta de pan con la expectativa que el panadero nos dará la cesta de pan, con pan. Sin embargo, además que una ley moral “sin ley”, nos vuelve al dilema de François Rabelais, es decir, legislar que la ley moral es que no existe ley moral, es el mismo problema de la ley moral de “hacer tu voluntad”, si actúas sin ninguna ley (de modo arbitrario y errático) estarías cumpliendo el precepto que no se debe regir uno por ninguna ley moral, pero ese precepto se volvería la ley moral. Por otro lado, existe un problema mucho mayor definir que es felicidad, o si prefieren como Santo Tomás de Aquino, decía qué es infelicidad o qué no es felicidad. Podríamos apegarnos a

¹⁴ MILL, John Stuart & BENTHAM, Jeremy (1987) *El utilitarismo y otros ensayos*, Traducción de Josefa Saiz Pulido, Barcelona: Orbis, edición original Londres: Penguin Classics.

Séneca o a Aristóteles como lo hicieron Mill y Bentham y señalar que la felicidad es lo que se desea por sí mismo y no por otro. Tendríamos el problema de distinguir el fin instrumental del fin constitutivo, y aun en este caso, separar el apetito (instintivo) de la voluntad (racional); de hecho, como señalaba San Anselmo de Canterbury: lo único que demuestra el apetito es la existencia de la saciedad. Pero aún supongamos un estado ideal de cosas, que logramos tener un ideal de felicidad ontológico, trascendente y causa final de todos los movimientos individuales, aún allí tendríamos el problema relacional, puesto que no podemos hablar de felicidad sólo en términos personales, sino en términos colectivos “el mayor bien para el mayor número de personas”. La ley moral “sin ley” inevitablemente deja afuera a los disconformes o a los que no poseen las mismas oportunidades. Piénsese por ejemplo en el deseo de un campesino de conocer París, pero no tiene el dinero para el viaje, eso suponiendo que haya oído hablar de París, porque aún sin saber, no podría desear, ya que no se puede desear de lo que no se conoce. Un nativo selvático no contactado, no sabrá si es más beneficiosa la electricidad o el agua potable, si nunca ha podido escoger saber de ellas. Y para colocarlo en perspectiva, la corrupción bajo este modelo filosófico tendría mayor caldo de cultivo no sólo por la excusa consecuente de la teoría: “es el caso de hacer lo incorrecto por las razones correctas”, ya que si hacer lo incorrecto va a producir que el mayor número de personas gocen de la mayor felicidad, para los utilitaristas debería hacerse aunque fuera un acto incorrecto. De allí no les sorprenda, que se elija a un soberano que roba pero que hace obras. Recuerdo mucho que en los 90’ en Campanilla – Juanjuí – San Martín – Perú, todos rendían pleitecía a Demetrio Chávez Peñaherrera “Vaticano”, conocido como el narcotraficante peruano que más lucró con la droga desde los años 80 hasta inicios de los 90, según el Diario El Comercio¹⁵, el 17 de enero de 2016, la periodista Pierina Chicoma Castro escribía: *“Ante el rumor de su llegada sorpresa, [por su excarcelación] los vecinos de Campanilla se reunieron en la plaza principal para esperarlo, bajo un agobiante sol. Mientras aguardan su arribo (que finalmente ayer no se dio), Amelia Chujundame se queja de que las autoridades se han olvidado de su distrito. Luego, dice: “El único que arregló esta plaza fue Demetrio en los años noventa”. Así es como recuerdan a ‘Vaticano’. En el kilómetro 768 de la carretera Fernando*

¹⁵ Consultado el 22 de abril de 2019, en <https://elcomercio.pe/lima/campanilla-olvida-capo-droga-vaticano-fotos-263431>

Belaunde Terry hay –de aquellos años– otro recuerdo, pero ahora asfaltado: la pista de aterrizaje desde donde ‘Vaticano’ enviaba a Colombia pasta básica de cocaína desde el corazón del Alto Huallaga. Las avionetas llegaban todos los días para intercambiar, en solo diez minutos, kilos de droga por miles de dólares. “Una vez, el encargado de llevar el dinero se acercó mucho a la hélice de una avioneta y cortó el saco. Los dólares llovieron”, cuenta un familiar de ‘Vaticano’. El recuerdo le causa gracia. A seis kilómetros al sur de Campanilla está la otrora Base Contrasubversiva del Ejército. Según la versión de Chávez Peñaherrera, desde ahí los militares cuidaban los intereses de su negocio a cambio de pagos mensuales. Con los años, la vegetación ha cubierto lo que quedaba de esta base. A duras penas se lee un viejo letrero.” Saque usted, sus propias conclusiones.

El último modelo de poder que les propongo es el anunciado por Michel Foucault en su libro *Microfísica del poder* (1978), partiendo de la afirmación que “cuando algo no puede enunciarse en términos de bien o de mal, se lo expresa en términos de normal y de anormal”.¹⁶ A partir de los análisis de cárceles, manicomios, hospitales, asilos de ancianos, escuelas, sostiene que la sociedad no sólo tolera zonas de sombra de la sociedad (margina a los marginales: prostitutas, homosexuales, criminales, etc.) y no sólo tolera que los marginales sino que exige que se les haga sufrir. Y hemos llegado a ese punto, porque hemos permitido que los hogares y las escuelas sean instrumentos de las superestructuras para reafirmar el poder del soberano. El soberano establece la verdad, y aquí podemos hacer una larga lista de soberanos. Por ejemplo, por qué se permite programas televisivos en los que en horario de menor, se exagera el morbo y la replana; o bien, se hable en doble sentido. Se admite como normal que un periodista influya con su opinión en las redes sociales tendencias de actuación, a favor o en contra de situaciones, personas y cosas. Esa verdad del soberano, define la ley moral, lo que es correcto o incorrecto, lo que es bueno o malo, lo que es normal o anormal, a este proceso de normalización, le siguen personas “entrenadas” en la moral del soberano. Por ejemplo, la sociedad actual no se inmuta en lo más mínimo que a un delincuente lo presenten, sin juicio previo, enmarcado y sometido, es posible que se merezca eso y más, pero ¿acaso no tiene dignidad? ¿no merece ser juzgado previamente? Bajo, la

¹⁶ FOUCAULT, Michel (1980) *Microfísica del poder*, edición y traducción de Julia Valera y Fernando Álvarez – Uría, Segunda edición, Madrid: Edissa, pp. 153 a 175

influencia del medio de comunicación, se presentan algunas cosas como absolutamente correctas, como exhibir por televisión o redes sociales los expedientes fiscales que se supone son reservados, bajo el pretexto de libertad de información, transparencia, lucha contra la corrupción, pero, son capaces de pedir la cabeza de la propia Díké, si se tratara de un colega comunicador, entonces, aparece la presunción de inocencia, la libertad de expresión, etc. Es verdad, que el mejor aliado de la democracia es la prensa, pero ¿ese soberano, es dueño de la verdad que todos admitimos como válida? ¿esa ley moral debemos seguir? Y todo el cuerpo social está invadido de estos “soberanos estereotipados”, el padre dicta la ley moral en el hogar, el profesor en la escuela, el patrón en la fábrica, el legislador en el Estado, pero también lo son los soberanos soterrados (la seducción, el hedonismo, el profesionalismo, el consumo) que marcan las expectativas sociales, haciendo creer que la ley moral es autoimpuesta, cuando en realidad la han fijado mediante el mensaje subliminal, que el mercado es justo, que los impuestos hacen obras, que es mejor ser profesional, que exitoso es tener dinero, que tener facebook, twitter, instagram y muchos seguidores, sin importar que todos estos soberanos desprecian la dignidad humana (si tengo que hacer lo que sea para tener más seguidores en redes) y sobre todo abren brechas más grandes en la sociedad. Estos micropoderes, que se encuentran en cada parte del entramado social, no desaparecen con la revolución de los dominados, no es pues una solución acabar con la corrupción, cortando cabezas, y haciendo sufrir el escarnio público a los corruptos, olvidándonos por cierto, que existen también corruptores. Por lo tanto, el control de los soberanos no es la solución, por lo menos no es la solución para acabar con la corrupción, puesto que los soberanos existen, desde que admitimos la existencia de una sociedad disciplinada. Foucault, murió en 1984 sin brindar una solución sólo una radiografía de la sociedad, que nos revela la arquitectura la ley moral en la sociedad actual. Pero nos evidencia que una ley moral coercitiva, una ley moral sin ley, o una ley moral de búsqueda de la virtud, son los tres formas axiológicas de ver el mundo. Pero no nos permite acabar con la corrupción. Por ende tendremos que adentrarnos en la relación corruptiva para ver que más encontramos.

2. La teoría de las expectativas sociales

Esta segunda variable, tiene que ver con una propuesta que les hago frente a las dos grandes tesis conocidas sobre el origen de la sociedad y el estado; por un lado los naturalistas entre los que destacan Aristóteles y Juan Jacobo Rousseau (y con ellos San Agustín, el tomismo y casi toda la escolástica), sostienen que el hombre apareció en la tierra en un estado idílico, donde todo era perfección, hasta que descubre el “poder” o por la concupiscencia o por el egoísmo humano, y no hay más remedio que hacer surgir en esa sociedad primitiva al Estado, para contener el abuso del poder y el exceso egoísta, para lo cual según Rousseau, el hombre debe renunciar al estado original de naturaleza (esa idílica, pacífica, perfecta) en la que gozaba de todos sus bienes para que por medio de un “Pacto social” esa renuncia se convierta en un estado civil, en donde el hombre recibe de vuelta el pleno ejercicio de todos los derechos que tenía en el estado de naturaleza, pero con dos ventajas que en dicho estado no tenía: por un lado, la protección del Ejercicio por parte del Estado y de la comunidad de ciudadanos; y por otro lado, la garantía que dicho ejercicio será respetado por los demás, debido al monopolio del poder por parte del Estado.¹⁷

En la otra orilla, aparece Thomas Hobbes, algo de él ya mencionamos, y con el John Austin, Jeremy Bentham, Federico Hegel¹⁸ (y con ellos el marxismo y el maoísmo). Consideran, que el hombre en el estado de naturaleza es como todo ser sensible, y a pesar de su evolución, un animal, sometido y dominado por sus instintos, en consecuencia la máxima que domina su existencia es “matar o ser matado”, bajo ese estado la Racionalidad no tiene sino que imponerle al ser humano la convivencia (Sociedad) y la aparición del Estado, como freno a ese estado de naturaleza en el que sólo le queda morir. Apareciendo el Estado, se impone el estado civil, frente al estado de naturaleza y por ende el Estado queda plenamente facultado para usar incluso la fuerza con el fin de reprimir al hombre animalizado (por llamarlo de alguna forma). Justificando que el ejercicio de los derechos (que en todo caso serían gracias conferidas) tiene como precio (costo de

¹⁷ Cfr. ARISTÓTELES, 2017:3 a 5; ROUSSEAU, Jean – Jacques (2003) *El contrato social o Principios de Derecho Político*, traducción de Leticia Halperín Donghi, Buenos Aires: Editorial Losada S.A. ISB 987-503-357-X, pp. 36 a 39.

¹⁸ Cfr. HOBBS, 1980: 222 a 239; HEGEL, Georg Wilhem Friedrich (1985) *Fenomenología del espíritu*, Sexta reimpresión, traducción de Wenceslao Roces, Madrid: Ediciones F.C.E. España S.A.; AUSTIN, John (2018) *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, Coordinador Carlos Alarcón Cabrera, Carlos Antonio Agurto Gonzáles y otros, Santiago de Chile: Ediciones Olejnik

transacción – para emplear el término de la profesora Venezolana Julia Barragán) el castigo por infringir la ley.

Es importante partir de esta relación para desentrañar, ¿por qué admitimos la moneda de cambio, en lugar de exigir los derechos?, ¿por qué las sociedades – en particular Latinoamérica y el Perú – han sucumbido a las redes de la corrupción?, ¿por qué consideramos que nos hacen un favor cuando en realidad se trata del puro y simple ejercicio de las libertades o derechos fundamentales? Para algunas respuestas, les propongo la teoría de las expectativas sociales.

Incluso si quisiéramos partir de la tesis evolucionista, que los propios avances científicos ponen en duda, puesto que nada más basta ver al hombre: es el único animal que no está contento con su hábitat, todos los demás sin excepción se adaptan al medio, “evolucionan” frente al cambio climático (los zorros del ártico mudan el color del pelo, los sapos del desierto de sonora generan su propia agua corporal, el desarrollo de bacterias heterótrofas y oligotróficas que colonizan las aguas termales sulfurosas, y así, en un larguísimo etcétera). El hombre en cambio, ha construido sobre el hábitat, digamos con todas sus letras se ha construido un hábitat. Como señala el Padre jesuita Teilhard de Chardin, es el único ser sobre la tierra que por ser incapaz de sobrevivir adaptándose, ha tenido que desarrollar trucos para hacerlo¹⁹ (casas, vehículos, armas, medicina, en fin) por lo tanto si quisiéramos ser evolucionistas, no sólo tendríamos que modificar la regla darwiniana de la supervivencia del más fuerte (porque el hombre no cabe en esa regla) sino que tendríamos que añadir un “salvoconducto”. Es decir, sobrevive el más fuerte, salvo que sea el más necesitado en cuyo caso le brindaremos inteligencia para que lo que no le dio la naturaleza, lo pueda alcanzar por racionalidad. El salto de la inteligencia no lo puede explicar ni el evolucionismo ni la materialización, porque en cualquiera de esas teorías no sólo tendría que añadir inteligencia a la naturaleza o a la materia (ya que nadie da lo que no tiene), sino también misericordia: puesto que le dio inteligencia al más indefenso de sus seres vivos. Pero volvamos al punto, incluso partiendo de admitir que como fuera el hombre apareció en la tierra, luego tuvo que usar su razón para generar el Estado.

¹⁹ TEILHARD DE CHARDIN S.J., Pierre (1947) *El fenómeno humano*, traducción española de Madrid: Taurus ediciones S.A./ Paris: Editions du Seuil

Como lo he sostenido en otras oportunidades. Si hay un misterio que a cualquier abogado le debe sorprender más, ese es el fenómeno social. Un abogado debe trabajar para mantener el orden social establecido mediante la realización de la justicia en defensa del derecho y por sobre todo del ejercicio libertario del derecho que le es inherente a todo ser humano por el solo hecho de serlo. Entonces si comprende bien su vocación, significa que el abogado o la abogada, si quiere cumplir su trabajo a cabalidad, debe hacer primar la libertad individual aunque suponga el sacrificio de la convivencia social que precisamente le impone una barrera a la libertad que defiende. Algo así como *“Fiat iustitia, pereat mundus”* o sea, que se haga justicia aunque perezca el mundo.

Como lo afirmaba el ilustre jurista británico Lord James Bryce en su *“The Law of Nature”* de 1901, en *“Studies in History and Jurisprudence”* [Estudios de Historia y Jurisprudencia] (p. 558) *“entre los seres humanos hay una (...) identidad de características dominantes, combinada con una diversidad infinita de individuos, diversidad mayor que la existente entre los diferentes individuos de las especies inferiores. Sin embargo, pueden percibirse en todos los hombres – desiguales en lo demás – las mismas tendencias generales, los mismos apetitos, pasiones y emociones. Son estas pasiones y emociones las que impulsan las acciones de los hombres y las impulsan con arreglo a principios y formas que son esencialmente siempre los mismos a pesar de las discordias y conflictos en cada hombre que surgen del hecho [que] la pasión puede impulsarle en una dirección y el interés en otra, en tanto que miedo puede paralizar toda acción...”* BODENHEIMER, 2000: 129 a 130.²⁰

Por ello, la vida en sociedad implica muchas contradicciones, además de la ya mencionada que debe enfrentar la vocación del jurista. El primer signo de contradicción es que los hombres buscan ser felices y al mismo tiempo necesitan ser libres pero ocurre que la convivencia social requiere para supervivir precisamente la limitación a la libertad y muchas veces el sacrificio de felicidades menores en procura de una mayor felicidad del mayor número de personas. Es decir, si queremos vivir en sociedad debemos aceptar renunciar a la libertad y a la felicidad plena. O si se prefiere, dicho más románticamente, debemos renunciar a la libertad para ser felices. Pero ¿cuál es la medida de la renuncia que se exige? Como dijimos, Jean Jacobo

²⁰ BODENHEIMER, Edgar (2000) *Teoría del derecho*, traducción de Vicente Herrero, México: Fondo de Cultura económica

Rousseau (ROUSSEAU, 2003: 34 a 37) sostenía que el hombre renuncia a su libertad natural con la que nace a favor del Estado y éste le devuelve convertida en libertad civil, que por la voluntad general – una especie de demiurgo que todo lo hace posible – resulta ser idéntica a la libertad natural de la cual se renuncia y por ello el pacto social es perfecto.

Y aunque reconozco que la religión civil es una de las explicaciones más aceptadas por siglos, me resulta difícil de comprender que el acto más sublime del hombre en cuanto tal, aun y especialmente contando con su miserable egoísmo, sea la renuncia a su propia libertad a favor del Estado. Y me gustaría colocar las cosas en proporción. Es decir, permítanme encontrar una respuesta más lógica para explicar el acto de renuncia, pues tiene que haber algo más que admitir una fuerza ultraterrena – y por cierto no divina, ya que no se trata sólo de un teísmo – llamada voluntad general que nos haga renunciar al ejercicio de la libertad máxima.

Dicho sea de paso, previamente, que no sólo estoy siendo retórico, pues es el fenómeno social es un hecho, precisamente por ello hemos podido elaborar la entelequia Estado, ya que ningún ser humano vive aislado, o mejor dicho puede vivir aislado, todos necesitamos la convivencia social para existir, desde la mínima como formar una familia hasta la máxima que es formar sociedades. A partir de ese factum fenoménico es que no sólo pudimos construir el Estado sino que siendo otra manifestación fáctica universal del mismo fenómeno, la subordinación, pues es un hecho que todos los seres humanos, al menos en algún momento de la vida hemos aceptado la subordinación a alguien (y por cierto a sus reglas y a su voluntad sobre la nuestra), no digo que lo hayamos aceptado siempre o a lo largo de toda la vida, pero sí todos hemos aceptado la subordinación – y no hablo sólo de la contractual o asociativa, sino de la vida misma: ser hijos o ser cónyuges – es que pudimos formar la entelequia Derecho y la entelequia Poder.

Pero volvamos a la renuncia, la decía máxima, porque la libertad sin límites es imposible.²¹ Veamos, existe una limitación física pues nadie podría hacer aquello que no puede por ejemplo atravesar una pared, entonces el ejercicio de su libertad se

²¹ Jurídicamente hablando, el Tribunal Constitucional Peruano ha sostenido tal postura en diversas sentencias, por todas podemos citar como ejemplo el STC EXP. No. 00019-2005-PI/TC-LIMA, Caso prisión preventiva – Ley No. 28568 que modifica artículo 47° del Código Penal, del 21 de julio de 2005, FJ. 12. (...) como es doctrina reiterada de este Colegiado, ningún derecho fundamental es ilimitado.

encuentra limitado por la naturaleza. También está limitado por la voluntad, puesto que ninguna persona puede hacer dos cosas incompatibles entre sí, por ejemplo si quisiera viajar a dos lugares distantes con un presupuesto que solo le alcanza para uno, tendrá que elegir, y ello supone que el ejercicio de su libertad se limita por las posibilidades que su voluntad le imponga. Así que la libertad puede ser ejercitada máximamente pero no ilimitadamente.

Luego a la pregunta ¿qué podría explicar que el hombre sacrifique su libertad que le es tan esencial sólo por vivir en sociedad? Claro que las antípodas de la explicación podemos encontrar tanto la resignación como la inexorable persistencia del demiurgo. Sin embargo, ambas posiciones, precisamente por ser extremas poseen objeciones radicales.

Primero la resignación, significa que el hombre por su racionalidad ha llegado a la convicción que sus limitadas potencialidades no le permiten hacerlo todo y solo, pero tomando “*mutatis muntandis*” la crítica a la posición original o el velo de la ignorancia de John Rawls (RAWLS, 2006: 171 a 176)²² quien proponía que un legislador social perfecto para una sociedad justa exigía que todos los representantes sociales en cantidad igual por cada colectivo requiere como segundo elemento que todos los representantes pierdan la memoria, así ninguno podría tomar posturas absolutistas ni radicales. Pero ¿qué si hay un terco, alguien que se las juegue todas por una decisión fascista? Y ¿qué si todos fuesen tercicos? El velo de la ignorancia reposa en que todos los legisladores de este Primer y de hecho de todo Pacto social, sean desmemoriados, de tal forma que cuando deban proponer alguna postura al no saber a qué colectivo representan sólo propondría medidas que favorezcan a todos o a muchos, o al menos evitarían propuestas que sean discriminatorias o sectarias; pero con un terco o con todos tercicos, a cualquiera no le importaría ser el único que sufra con una medida fascista pero igual la aprobaría. Lo mismo pasaría con la resignación, ya que tal posición supone que el humano ha concluido que hacerlo todo solo supone un inmenso esfuerzo, que admite limitar su libertad con la finalidad que viviendo en sociedad todo sea más fácil, entonces, si alguien en alguna parte propusiera no resignarse, y liberarse aunque el precio fuese llenarse de Robinsones Crusoe, bastaría que uno sólo se lo proponga en serio, para que tal acción se propague mundialmente, pero ocurre que la historia está llena

²² RAWLS, John (2006) *La teoría de la justicia*, 6ta. Reimpresión, México: Fondo de Cultura Económica.

de insurrecciones, es más la mayoría de ellas han concluido en emancipación: digamos la máxima expresión que conocemos de libertad porque concluye en la independencia de los pueblos colonizados, pero sólo para fundar una nueva sociedad, con mayor libertad, pero igual con miles o millones de sujetos resignados, lo cual no tiene lógica, en especial si pretendemos que la solución a la sujeción y a la convivencia social sea un acto de racionalidad que es la resignación. Por lo tanto por *reductio ab absurdum* la resignación no puede ser la respuesta.

Luego la inexorable persistencia del demiurgo. Con la misma convicción en la imposible existencia del universo sin Dios. También considero que un sistema de perfección creado es imposible si dotas al hombre de libertad sólo para que renuncie a ella, y por eso la única explicación lógica creativa en un sistema de perfección es que para Dios le fuera indispensable respetar tal libertad, aun cuando ello suponga la negación de la propia existencia del creador. Por lo tanto considerar que los hombres vivimos en sociedad, porque habiendo sido hechos para ello, por la voluntad del demiurgo, resulta inútil que no tenga la misma potencia como para hacerlos dóciles, sino que son hechos con libertad a la cual renuncian a favor del Estado, que les devuelve la misma libertad pero convertida en civil que por voluntad del demiurgo es idéntica a la libertad natural con la que los hombres nacen. Entonces, el demiurgo mismo, atenta contra la navaja de Ockam: *esentia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*.²³ Pues si aceptamos la existencia de un demiurgo que modela la sociedad, aunque le llamemos como Rousseau voluntad general, resulta absurdo que haya dado libertad al hombre sólo en apariencia, si se la tenía que quitar para fundar el Estado, y menos que el renunciante creyera absolutamente que esos es su máxima felicidad; así que aunque es algo milagroso – y a priori no lo descarto - no resulta coherente. Puesto que si lo podía hacer social a pesar de la libertad, no hubiera sido más simple hacerlo sin libertad. Por lo tanto, también por reducción al absurdo, esta respuesta tampoco es posible de admitir.

Descartadas las antípodas cualquier respuesta es posible entre ellas, no pretendo agotar estas páginas desarrollando las demás posibilidades. Así que abreviemos, una respuesta posible es la teoría de la expectativas sociales.

²³ Guillermo de Ockham, también Occam, Ockam, o varias otras grafías (en inglés: William of Ockham) (c. 1280/1288-1349) sostenía que lo esencial no debe multiplicarse más allá de lo necesario.

Antes de ir por ella, debo aclarar que ésta se sustenta, en la íntima convicción del hombre que la renuncia de la libertad es indispensable para la existencia de la sociedad, claro el problema es cómo llegamos a esa íntima convicción. Pero si admitimos esta variable también debemos admitir que el poder de la Autoridad que administra las renunciaciones, para que sea legítimo, debe también tener un límite y ese límite es el pacto de convivencia plasmado en la Constitución. Sea la Constitución el resultado de la conquista: El más fuerte o el que vence pone las reglas que forman el Pacto. Sea la Constitución el reflejo del conjunto de preceptos nacidos del Derecho natural. Sea la Constitución un acto de razón inspirado por el demiurgo que hace que todos acepten el pacto o contrato social, porque es perfecto ya que su autor es divino. Sea la Constitución el producto, el destilado, o la síntesis de las razones más nobles, más dignas o más eminentes que el hombre posee. Elija usted cualquiera de ellas o imponga alguna otra, lo cierto es que la Constitución de los Estados es la barca indispensable para cruzar el mar de la incertidumbre en que navegamos. Sólo entonces bajo este parámetro, la renuncia tiene significado y racionalmente es aceptable la Autoridad. Por ello la legitimidad de la Autoridad está en el uso o ejercicio debido del Poder limitado por la Constitución material y principialista.

Dicho esto, la hipótesis de las expectativas sociales nace hace mucho, no exactamente en la presentación cómo se las explicaré, pero encontramos mucho sobre ello en la psicología social que define la expectativa social de la siguiente forma: *“En todos los grupos sociales, la tradición cultural asigna normas de comportamiento a las que espera que se adapten sus miembros. Generalmente implícitas, estas normas imponen códigos de conducta que no es fácil rehuir, por ejemplo, el que una mujer deba tener gestos delicados o que si la familia de una persona es adinerada, entonces esa persona debe vivir en una casa lujosa. Lo que empieza como una imitación por parte de los hijos de lo que hacen sus padres se convierte en su propio modo de ser. Esto quiere decir que las personas adquieren un rol a partir de los demás, y acaban creyéndolo propio. Se puede decir entonces, que somos lo que los demás esperan que seamos.”* (IGLESIAS, 2005, pp. 5 a siguientes)²⁴

²⁴ IGLESIAS, Raúl. (2015) El poder de las expectativas sociales: El efecto Pigmalión, en Curso de Psicología Social, 2015, consultado el 06 de febrero de 2016 en http://www.psicologoescolar.com/ORIENTACIONES_GRATIS/114_lo_que_el_efecto_pigmalion_nos_ensena.htm

Partiendo de estos conocimientos mi propuesta nace en el *mito del primer venado*. Y esta es la hipótesis tal como la entiendo. Los humanos son plena y máximamente libres, es decir los humanos pueden de hecho hacer todo aquello posible (dentro de los límites físicos y volitivos) y por ello pueden incluso negar a su Creador y desde luego, dejar a un lado su libertad. Pero obviamente, debe existir una explicación igualmente racional para que los humanos que pueden ser libres, quieran dejar de serlo. Una renuncia tal, sólo puede ser explicada por un bien mayor que la libertad. Y ese bien mayor es la seguridad o tranquilidad que le permita gozar de su felicidad. Es decir, la fuerte convicción que viviendo en sociedad será posible alcanzar la máxima felicidad posible, incluso admitiendo que la felicidad plena - terrenalmente hablando es imposible – la máxima felicidad incumbe todas aquellas expectativas que su libertad le permitiría alcanzar, pero que en soledad o mejor aún con todos pretendiendo alcanzar la misma libertad, resulta inalcanzable en zozobra o con temor; por lo tanto, reconociendo que todos tenemos las mismas expectativas, el humano racionalmente concluye lógicamente que renunciando a parte de su libertad que espera todos renuncien, permitiría que todos alcancen las expectativas deseadas, que sólo pueden existir gracias a la confianza (seguridad) en la recíproca renuncia, generando una expectativa común que se conoce como expectativas sociales.

Para alcanzar este estado de eficiencia, requiere por cierto un acto de racionalidad, pero al mismo tiempo un acto de esperanza. La razón nos permite concluir que somos limitados que la libertad sin límite es imposible. Pero también nos permite inferir que todos somos igualmente limitados e igualmente expectantes de una libertad máxima, pero al mismo tiempo, temerosos de los peligros. Esperamos que siendo todos iguales, con este comportamiento de ensayo y error los humanos podemos concluir igualmente en el mismo punto. A partir de ese mutuo reconocimiento de la limitación y de la imposibilidad de la máxima libertad, es que logramos fundar el Estado, renunciando al poder absoluto. Por supuesto, este acto de generosidad que expresa la máxima humildad del humano, no puede ser un acto casual y menos un movimiento dirigido, porque entonces deja de ser humano.

Para llegar a alcanzarlo necesitamos remontarnos muchas centurias atrás al comienzo de la humanidad, no importa cuál sea la filosofía que domine tu vida si quieres puedes pensar que evolucionamos al punto que fue el Cromagnonense el que venció en la cadena evolutiva, si prefieres que vinimos en alguna

criogénica roca del espacio exterior, o sino acompañame en admitir que sólo un ser perfecto, vital, motor, esencial nos causó.

No quisiera discutir aquí como llegamos, ese es un tema más largo y necesita más vida para desarrollarlo. Partamos de lo que coincidimos: en un momento determinado la humanidad empezó. Pero ¿qué nos hizo renunciar al poder absoluto? Por cierto no ha sido una renuncia lineal, aún existe la esclavitud, la trata de personas, la soberbia, la pedantería, el chovinismo, la discriminación y muchas otras enfermedades del alma que nos recuerdan que la renuncia primitiva debe ser actualizada, y requiere un acto de sublime armonía y por cierto un acto de agudeza intelectual algo así como el que invocaba el psicoterapeuta argentino Jorge Bucay “*El verdadero amor no es otra cosa que el deseo inevitable de ayudar al otro para que sea quien es*”.

Para alcanzar este nivel de grandeza, necesitamos una doble dosis de imaginación y una dosis de lógica. A esto lo suelo llamar como el milagro del primer venado. Cuando el primer humano estuvo en la tierra, probablemente con otros humanos, es casi seguro que el primer apetito que haya tenido sea hambre. Entonces, no importa mucho como lo haya logrado, aunque colabora mucha en el razonamiento pensar que utilizó su intelecto para cazar. En ese momento mediados del Pleistoceno del cuaternario estaba a punto de extinguirse la megafauna del Pleistoceno, digamos para no ser exagerados que el ser humano logra cazar un becerro de venado. Para ponerlo en perspectiva antes de extinguirse – precisamente a causa nuestra – y escojo un cérvido, para no mencionar al Mamut que sería más difícil de cazar. Bien, antes de su extinción el Megaloceros Giganteus o si prefieren alce irlandés, media en promedio 3 metros de largo y 2,5 metros de ancho, pesaba 750 kilogramos, digamos que un hombre peruano promedio parado podía acariciarle la panza.

En aquel entonces la comida no se cocía, por lo que la digestión de carne cruda era más lenta, así que si con buen apetito podemos pensar que comemos un kilo de carne cocida, si sólo estuviera asada al fuego, tal vez no lleguemos ni a 500 gramos, en un día. Ahora pensemos en comer algo más de media tonelada, incluso sin los huesos ni el cuero, resulta imposible pensar que un solo humano haya podido acabar con un becerro de ciervo gigante.

En los albores de la humanidad, todos (varones y mujeres) tuvieron las mismas posibilidades de cazar, al menos hasta el embarazo, no porque no pudieran cazar las embarazadas, sino porque debo coincidir con Marvin Harris: “... *al nacer los*

críos, lloraban esto o ahuyentaba a las presas o atraía a las fieras, por lo tanto la única solución lógica es que los críos no fueran a la caza, y lo más lógico es que sus madres se quedaran con ellos, porque tenían que amamantarlos si querían que la tribu no se reduzca en miembros...” (HARRIS, 1977, ISBN 9780673990938). Uno de ellos, imagine usted, la escena que mejor prefiera (azar, suerte, inventiva, convicción, género, etc.) uno logra cazar al venado. Empieza aquí la historia, media tonelada de peso (²⁵) no es fácil de transportar y tiene otros cazadores al acecho, humanos y no. Lo más probable, es que sea egoísta, y que se construya una guarida alrededor de la presa, no hay problema en que incluso pensemos que lo fracciona, aun así es imposible que lo pueda consumir todo en pocos días antes que se malogre, y por tanto sea presa de las fieras carroñeras, pedestres y aéreas. Así que sólo le quedan dos cosas o pacta con los demás cazadores, para obtener la mejor ganancia yo te doy de mi venado y cuando tú captures uno, me compartes el tuyo (respuesta de Rousseau) o bien, pongo mis reglas (respuesta de Comte, o Kelsen). El asunto con la imposición de reglas, es que pronto necesita logística de policía para subyugar a los rebeldes, quienes podrían llegar a la misma o mejor conclusión de caza que aquél primer cazador. Por ello, la inteligencia dicta que en la teoría de los juegos la solución más eficaz haya sido el pacto, teniendo en contra una posición de perder – perder. El primer cazador renuncia a comerse todo el venado (que además no es una posibilidad lógica) y los demás cazadores renuncian a enfrentarse en una lucha por conseguir al venado cazado (que tampoco es una respuesta lógica, pues si uno solo pudo con un venado de 500 Kg, podría vencer fácilmente a 10 humanos de 50 Kg. cada uno)²⁶

Así que el cazador solitario tiene una de dos opciones, saciar su hambre lo más que puede y luego abandonar el resto de la presa o quedarse con la comida para consumirla de a pocos. La primera respuesta puede ser si pensamos que existe abundancia, pero ocurre que las glaciaciones están acabando con la megafauna y abandonar una presa no sería la respuesta más inteligente. Pero

²⁵ Según el paleontólogo británico LISTER, Adrian (1987): «European megafauna». *Monsters We Met*. Londres: BBC. Consultado el 15 de setiembre de 2014, el *Megaloceros Giganteus* era el cérvido más abundante desde Irlanda hasta China, vivió hasta la última era de hielo; media 2,3 metros de altura, tenía 3,65 metros de amplitud en sus cornamentas y pesaba no menos de 1,000 Kg. Y considero que el *Megaloceros* pudiera ser el primer animal cazado, pues era el más pequeño de los herbívoros de esa era.

²⁶ Según el mismo profesor Adrián Lister, el *Homo Heilderbengensis* que podría ser el humano contemporáneo al *Megaloceros* media 1,83 metros y pesaba 61 Kg.

quedarse con ella implica varios problemas, primero están los otros cazadores, y en ese tiempo no había muchos sitios para ocultar una presa tan grande, sin mencionar cómo trasladarla; segundo están los otros predadores naturales que al olor de la sangre llegarían pronto; y, por último está la capacidad de respuesta del hombre haciendo digestión, porque al igual que ahora tendría somnolencia. Es imposible pensar que el humano se quedará despierto y alerta todo el tiempo para cuidar su presa. Entonces, puede luchar con los otros cazadores con poco éxito en la batalla, o negociar una salida pacífica pero más eficiente. Compartir la presa, a cambio de poder (Autoridad), a cambio de un trato (Trueque), a cambio de organización (distribución de la riqueza). Entonces compartir “a cambio de”, permitió el nacimiento de la humanidad, si se prefiere de la sociedad humana, en ese acto de inteligencia de reconocer que la limitación no le permitiría la sobrevivencia, pero la convivencia sí le permitiría la tranquilidad. El humano aprendió que la renuncia no tiene que ser entitativamente nociva sino que puede ser utilizada para alcanzar la seguridad que su limitada humanidad no le permitía. Ese primer venado le enseñó que todos tenemos la misma expectativa vital, pero que si todos la pretendemos actualizar, todos perdemos, sólo renunciando todos a todo, podemos alcanzar todos colmar la misma expectativa que compartimos. Entonces la sociedad nace de un acto de esperanza. Pues todos esperamos que los demás se comporten de la misma manera que uno y que todos concluyan que la única manera de ser lo más felices posible, es renunciando a ser ilimitadamente libres, que por cierto, ni en el estado natural lo podríamos ser.

Y para no contradecir del todo al eminente Aristóteles y su *“homo zoo politikos”*. Incluso admitiendo que el primer paso gregario es natural. La persistencia en lo gregario, es decir el constante renovar el pacto social, tiene que ser un acto racional; pues, resulta imposible admitir que un ser pensante que recibe constantes mensajes para alejarse de la sociedad (inseguridad, discriminación, egoísmo, envidia, etc.) siga siendo gregario a pesar de todo. La única explicación lógica es que la caja de Pandora aún permanezca con el último bien no liberado por su curiosidad²⁷ (HESIODO, 2003, 56 a 69)²⁸ encerrado por la

²⁷ Según el mito griego, Zeus hizo a Pandora como compañía para los hombres y en compasión por el castigo de la partición al haber sido cómplices de Prometeo para robar el fuego de Hefestio. Todos los dioses le dieron alguna gracia a Pandora, pero Hefestio que seguía molesto le dio la mentira y la falacea. Zeus entonces le dio una caja de cedro en la cual guardó todos los bienes y gracias y también todos los males y desventuras, y la dejó en la tierra

misericordia divina: La esperanza de alcanzar la expectativa de felicidad.

La suma de todas estas expectativas individuales genera la expectativa social, lo que finalmente nos permite ser Nación, al identificar que cada humano que le rodea, en especial los más cercanos comparten la misma expectativa. Entonces, la sociedad se revitaliza y se hace cada día nueva, con la actualización de ese reconocimiento racional, y por ello si queremos seguir existiendo como grupo social organizado (o sea como Nación) lo que debe protegerse es la consecución real de la expectativa, y para ello, la sociedad ha inventado los roles sociales que van permitiendo alcanzar expectativas comunes que a la postre permiten la expectativa de felicidad.

Entonces, y no por venganza, se explica que toda conducta contraria a la expectativa (independiente del móvil) sea sancionable. El móvil intencional agrava la sanción pero su ausencia no la elimina. Y en esa proporción también aparece el grado de la sanción que puede ser civil, religiosa, administrativa, social, política o penal.

Es inevitable consentir que el Tribuno alemán Gerhard Leibholz tenía razón cuando dijo: “*La libertad genera inevitablemente desigualdad. Cuanto más libres son los hombres, tanto más desiguales*” (LIEBHOLZ, 1963, p.25)²⁹ Por ello, con mayor fuerza afirmo que la convivencia social no puede ser sino un acto racional, por el cual se renuncia a la máxima libertad con el fin de alcanzar la expectativa de felicidad que todos compartimos. Aunque claro siendo un acto de esperanza, más que de fe racional como lo pretendía Rousseau, no existe la seguridad plena de su realización, sin embargo, está inversamente relacionada con aquella, mientras más renuncien al máximo ejercicio de libertad, más humanos potencialmente felices existen.

Este acto de racionalidad o mejor dicho – parafraseando al Profesor Joaquín Jiménez – este acto de razonabilidad pasa por cuatro estaciones, según el menester de aspiración que el humano alcance, y valga decir ello, no todos alcanzan el último grado de madurez pues está relacionado con la madurez emocional y no

con los hombres, con la expresa indicación que no abriera la caja por ningún motivo. Por supuesto, como una invitación, fue lo primero que hizo, y por eso todos los bienes y todos los males le ocurren a los hombres, pero justo antes que la caja quede vacía Zeus la cerró, dejando adentro al último bien: La esperanza.

²⁸ HESIODO (2003) *Los trabajos y los días*, Ecuador: Omega.

²⁹ LEIBHOLZ, Gerhard (1963) *Igualdad ante la Ley*, Madrid: Librería Pérez Galdón – El Galeón

con la madurez racional. Vinculado esencialmente como lo sostenía el eminente Carlos Cossío en su “teoría egológica” en el desarrollo del “yo”. El primer descubrimiento del hombre es precisamente “su yo”, es la madurez del niño, cuando nos descubrimos independientes del mundo, por eso es “mi mamá”, “mi pelota”, “mi perro”, “mi casa”. Aparece la primera expectativa que podemos llamar la *expectativa social primordial* en la que nos conducimos a vivir juntos como nación. Esta expectativa la comparten todos los colectivos primarios, incluso los recalitrantes: regionalismo, fascismo, terrorismo, crimen organizado, etc. en este entorno la máxima aspiración del hombre es cumplir un Rol social primordial consistente en vivir en paz, defender al grupo y mantener la cohesión, no se requiere aspirar demasiado, más que a conseguir las condiciones básicas para la subsistencia, admitiendo la mínima renuncia del ejercicio libertario que es la sujeción a la autoridad, por cierto, mientras ésta mantenga la hegemonía del poder. Es precisamente en esta estación que aparece el *Estatuto social*, que es el Pacto social original vivo en grupo pues el grupo me permite la subsistencia, y por tanto, el proyecto vital consiste en sobrevivir cada día.

Dígase de paso que la idea del Estatuto social, en contrario del Estatuto natural. Ese modo angélico de perfección y armonía de asumir que todos – sin la carga de la concupiscencia – lo podíamos todo porque lo teníamos todo, sea sólo un punto escatológico de referencia. El estatuto social es el conjunto de reglas, prerrogativas, derechos y obligaciones que permiten la realización binaria, tanto del ser humano en su aspiración primordial como de la sociedad en su génesis. Como todo estatuto, marca los accesos y salidas, así como las sanciones por el incumplimiento de las reglas, fijando los límites para todos los que deben compartir dicho Estatuto. Así con mayores condiciones el Estatuto social se eleva, con mayores cargas, hasta consolidar el Estatuto funcional, como categoría o condición de actuación pública que recibe el personal al servicio del Estado, (Funcionario o servidor cualquiera sea su vínculo contractual) con la finalidad que su manifestación se convierta en voluntad pública, expresa, ficta o manifiesta. El estatuto funcional lo compone el acceso, los derechos, deberes, responsabilidades e impedimentos a que están sujetos, así como el personal que se encuentra excluido del estatuto: los trabajadores de empresas del estado y sociedades mixtas.

Las otras dos estaciones de la evolución psicológica del humano radican en el descubrimiento del “otro”, involucra la madurez del adolescente, que puede compararse a compartir el

pan. Mientras en el primer descubrimiento “el yo” en que el pan se lo come enteramente el descubridor porque es “su pan”. En el descubrimiento del “otro” comparte el pan con aquél, es posible que inicialmente sea en un 90/10 o tal vez en el mejor de los casos 70/30 hasta alcanzar el Pareto eficiente de 50/50, que supone ya una madurez juvenil. En esta estación existen dos niveles, primero la *expectativa social básica o general* en la que fundamos la sociedad que crece como unidad familiar, luego institucional, y por último, política; la máxima aspiración en este nivel es cumplir el Rol político básico realizando la expectativa de fundar una familia, transitar, educarse, expresarse, sufragar, por ello en este nivel se engendra la ciudadanía como parte del *Estatuto civil*, que desde luego comienza desde la familia, en donde la ciudadanía familiar se alcanza cuando los hijos son considerados para las decisiones básicas: dónde ir de viaje, dónde vivir, etc. hasta que la fuerza de la convivencia permite la aparición del grupo idiosincrático hasta que evoluciona en el Estado, que posee el patrimonio exclusivo y excluyente.

Luego aparece *la expectativa social especial* en la que no sólo nos contentamos con vivir en grupo para lograr el 70% del pan, sino que la madurez racional impele a considerar que vivir juntos es la única manera de ser más feliz, por lo que se busca alcanzar la plenitud del desarrollo en el grupo, en este nivel superior cumplimos el Rol social especial consistente en realizar una función social colectiva con fines de riqueza: Trabajar, comerciar, transportar, fundar empresa, ya no sólo el proyecto de vida consiste en vivir, sino en tener una vida mejor para lo cual es indispensable elemento la riqueza, para lograrlo el ejercicio de la libertad se renuncia a favor del imperio de la voluntad del otro, que para ser perfecta, tendría que ser por el bien del renunciante. Así por ejemplo, el pasajero renuncia a su libertad ambulatoria al subir al taxi, al bus, a la combi, a la mototaxi, pues es el conductor el que lleva al pasajero por caminos que el pasajero no define, incluso poniendo en riesgo su seguridad si es más veloz, o se trata de un conductor con muchas infracciones, riesgos que el pasajero se permite porque es más rápido el motorizado que el camino pedestre. O el comensal renuncia al ejercicio libérrimo de su salud al ingresar a un restaurant o un bar, es el chef quien elige los ingredientes, aunque se pone en riesgo la salud, pues la despensa la elige el comerciante, a riesgo de la salud del comensal, pues no se tiene dominio de la frescura de los comestibles, o la salubridad de la cocina, menos del aseo de los utensilios. En ambos ejemplos, existe el riesgo vital, pero se admite a cambio de la riqueza, porque ésta nos permite una mejor

vida que sólo la manutención. En contraprestación la sociedad organizada exige el tributo para el sostenimiento del Estado, apareciendo el *Estatuto público administrativo*, en el que el ciudadano del Estatuto civil posee obligaciones y límites para el ejercicio de su libertad como sujeto de la Administración Pública.

En el grado más alto, del descubrimiento humano en su evolución psicológica aparece “la humanidad” y para seguir con la metáfora del pan en la madurez del adulto, el humano llega a la capacidad de desprenderse totalmente del pan con la finalidad que los demás puedan comer. Este grado de desprendimiento, sólo entendible desde una visión Paulista del amor, comparable para no poder a Nuestro Señor Jesucristo, a la longanimidad, altitud, profundidad o amplitud del amor de madre. En este último nivel la *expectativa social especial* exige al humano contribuir al desarrollo grupal, realizando el Rol político especial, es decir, la realización de la vocación pública, el grado de nobleza de las profesiones de servicio, en el que ocupa su centro la función pública con fines de satisfacer las necesidades de los demás, bajo la prerrogativa de concreción del bienestar de todos, en que se manifiestan los actos de Educar, gobernar, curar, servir. La aparición del *Estatuto funcional* es no sólo la máxima expresión de la renuncia, también es la máxima aspiración de la expectativa, pues el humano espera una calidad de vida mayor. Aunque por cierto, como está directamente vinculada a la madurez emocional no siempre es fácil alcanzar la realización de esta última etapa de evolución.

Por ello, conforme se eleva el estatuto desde el social hasta la funcional, la limitación del ejercicio de los Derechos se incrementa desde el estatuto social, con menor rigor en el estatuto civil donde las limitaciones son mínimas y aparecen las obligaciones indispensables: tributar, sufragar, no hacer lo prohibido, luego en el estatuto público subjetivo, aquel donde el ciudadano acude a la Administración Pública para ser habilitado a realizar una actividad con relación pública y recibir la autorización para ejecutar actividades de riesgo permitido, denominado así porque el usuario o consumidor o ciudadano permite la invasión limitada del ejercicio de sus derechos, asumiendo un posible riesgo de los mismos; por ello las obligaciones se incrementan para el integrante del estatuto y los Derechos en su ejercicio se reducen: el taxista, el comerciante, el empresario, el transportista, el contratista, el abogado libre (por un lado deben acreditar ante la Policía administrativa tener la autorización habilitante a cambio de poder ejercer por el usuario, consumidor o ciudadano o limitar sus derechos: el taxista ejerce

la libertad ambulatoria del pasajero; el comerciante, con relación a la salud; el empresario, con relación al patrimonio; el transportista, con relación a la seguridad y a la salud; etc.) Y finalmente el estatuto funcional, como quiera que los integrantes poseen el ejercicio del poder estatal equiparando sus declaraciones “como si fuera la voluntad del Estado” se restringen con mayor alcance el ejercicio de los derechos: el funcionario público no puede expresar libremente su opinión sin autorización superior, el servidor público tiene que exhibir los correos electrónicos enviados o recibidos en su e-mail institucional – entiéndase que lo proporciona la institución y exclusivamente para fines públicos –; se le exige conducta ética públicamente, etc.

Y por todo ello, los Funcionarios, servidores y trabajadores públicos que gestionan las Administraciones públicas, deben aplicar o implementar políticas públicas no en función de sus propios intereses, ni siquiera en función de los intereses del grupo gobernante, sino en función de toda la sociedad. Precisamente entender esta dinámica perfecta nos permite cerrar el círculo de este ensayo y aproximar una conclusión.

3. La esclavitud del estereotipo y la informalidad como causa de inequidad

Es inevitable, que la expectativa social más anhelada, sea alcanzar el más alto rol, el Rol político especial. No sólo por las ventajas económicas que supone dicho estatus, sino fundamentalmente por el poder que encierra. Y si bien, por razones didácticas sólo exhibo los poderes formales (Administración Pública, Parlamento, Administración de Justicia, controles constitucionales, populares y técnicos) ello no significa que hasta ese grado más alto de expectativa no se llegue por medio de los poderes fácticos (monopolio mercantil, empresariado, medios de comunicación, incluso manejo de redes sociales, dominación religiosa, colectivos empoderados: comunidades campesinas y nativas – azuzadas o no por otros grupos de presión, Organizaciones No Gubernamentales de falsos o aparentes objetivos, – etcétera). En contra de llegar a ese Rol que positivamente utilizado, sería una gran ventaja, personal y colectiva. Está la subversión de la expectativa generada por el estereotipo, provocando en consecuencia la esclavitud de la voluntad, por el “ideal hipotético proyectado”.

Como el afán de colmar la expectativa social especial, no se realiza por fines altruistas, yo no busco el poder para servir a los demás. (Lo que sería un estado ideal de cosas) Entonces, busco el poder como instrumento de subyugación, pues en un círculo vicioso los grupos de poder fáctico nos han vendido el ideal de un Rol social exitista: adinerado, socialmente relacionado, con seguidores en las redes sociales, usando ropa de marca, estudios profesionales, incluso en tal o cual institución educativa, y hasta lo que podemos considerar alimento.

Bajo la apariencia de colmar una expectativa social, inherente al progreso y desarrollo personal, el hombre ha equivocado los fines por medios que resultan insulsos. Así pues si como señalamos el ideal del político (en el sentido social y humano, de interesado en el bien común) que es el servicio, ha sido dejado de lado; al haber permitido que se genere un estereotipo de humano realizado (varón o mujer) como el que posee dinero suficiente para disfrutar de viajes y diversión, que usa ropa y accesorios de marca, que es profesional, incluso un tipo específico de profesional, que no basta con serlo sino que además debe agregar a su hoja de vida, algún doctorado o estudio posgradual, que utiliza un vehículo motorizado para movilizarse, que posee un posicionamiento mediático (facebook, instagram, twitter, al menos) que reside en determinado lugar, que consume cierto tipo de bebidas y comidas, y además bajo la efímera concepción del tiempo, que no existe como señala San Agustín. Porque lo que era, ya no existe; y lo que aún no es, tampoco existe, sólo el presente lo sería existente. Diríamos que de un día las 23 horas anteriores dejaron de ser, y las 23 horas por venir aún no son. De la hora los 59 minutos anteriores dejaron de existir, mientras que los 59 minutos por venir todavía no existen. Y así, en un discurso infinito, el presente duraría tan poco, como para pensarlo, puesto que cuando lo hagamos ya será pasado y habrá dejado de existir.³⁰

Resulta entonces, que nos movemos entre dos tiranos ficticios, por un lado el tiempo para alcanzar la expectativa; y por el otro un estereotipo que no nos perfecciona, no desarrolla la plenitud de nuestro ser, sino que por el contrario nos envuelve en un consumismo, alentando y engrosando las billeteras de los únicos que resultan favorecidos con este círculo vicioso engendrado, nos proponen un estereotipo y nos brindan alternativos o substitutos para alcanzarlo (como no podré usar

³⁰ SAN AGUSTÍN, (2014) *Las confesiones*, traducción R.P. Fr. Eugenio Ceballos, Biblioteca virtual universal, consultado el 05 de mayo de 2019 en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/132410.pdf>

unas zapatillas Nike, entonces aparece las zapatillas alternativas A1-1 Mike, muy parecidas, diríase casi idénticas). Como no alcanzo seguidores en las redes por mis méritos o virtudes, entonces le hago un photoshop a mi vida, me invento una que no tengo ni soy o me cuelgo de aquella que “vende” para lograrlo, y podríamos seguir dando ejemplos. Como finalmente, es un espejismo lo que me propongo, al no alcanzarlo en el tiempo que me han dado antes del famoso “game over”, entonces, necesito atajos, aparece entonces la corrupción, esa que aprendí en la práctica de las conductas de mis queridos cercanos, donde era una propina para demorar la movilidad escolar, se convierte en un porcentaje de las ganancias para lograr la adjudicación de la obra; donde sólo era el pago de una fotocopia del libro, se vuelve la presentación de expedientes “maquillados” o peor: obras de menor calidad; donde era un pequeño beneficio al controlador de especies para seguir consumiendo el ave exótica, se convierte en la aparición del testaferro o de la “off shore” que me permite recibir o depositar jugosos beneficios con el fin que mi nombre no aparezca comprometido.

4. Para acabar con la informalidad debemos liberarnos del estereotipo. A modo de conclusión

Aunque la respuesta parece obvia, y si bien, refuerza un compromiso social. Pues todos (padres de familia y la familia toda, pueblo, Estado) estamos comprometidos, ya que necesitamos modificar los aprendizajes prácticas, por medio de ejemplos buenos. No es menos evidente, que el control o la desaparición (más ambiciosa) de la corrupción, exige acabar con el sistema. No se trata sólo de los dineros públicos, puesto que la transparencia y la tecnología podrían con un buen gestor a la cabeza, ponen en evidencia los desfalcos. Es más radical la realidad, puesto que necesitamos comprender que la informalidad seguirá existiendo mientras exista el estereotipo, algunos incluso, podrían llegar a señalar que es una cuestión de moda o de cultura, y que el ejercicio de la identidad, no tiene por qué liberarnos de ese estereotipo que todos deseamos. Pero este argumento, esconde un subterfugio, que mientras más tardemos en verlo, más nos costará la independencia. ¿A quién le interesa y beneficia que el estereotipo exista? A quien le importa haber cambiado el norte de la expectativa. En un sistema social ideal, el norte debería ser: alcanzar el Rol social especial para servir a los demás y como consecuencia de ese estado de bienestar, uno recibe el premio. Pero si cambio el norte y coloco en su lugar a un “snob” como meta. El Poder ya no está en manos del pueblo, sino de quien

maneja el monopolio del mercado, de la empresa, del trabajo profesional, de las noticias que se difunden, de la educación que se imparte.

En ese estado de cosas, el Estado no sólo no puede renunciar a tener una visión de país, un Proyecto nacional, que aunque le incomode, exige controlar los excesos del mercado, supervisar los negocios, dejar de engañarse con la ficción de la persona jurídica cuando las personas naturales que la forman son las mismas en un gran grupo económico, evadiendo impuestos y negando el pago de los beneficios sociales que le corresponden a sus trabajadores. Le exige dictar el Plan educativo nacional: el cual importa no sólo las instituciones públicas, también las privadas, y de hecho cualquier agente educativo: Internet, televisión, radio, prensa. No se trata de coartar la libertad de expresión, pero sí de exigir responsabilidades, de sancionar los excesos, de proclamar alertas. En suma, tiene que ser cuando menos una alternativa: qué clase, qué tipo de ciudadano se quiere. Así le corresponde como obligación modificar los aprendizajes prácticos. Como por ejemplo: sustituir los policías de tránsito por cámaras sensibles en los semáforos, y sancionar sin excepciones.

O implementar políticas de mayor libertad, la erradicación de los uniformes escolares, por ejemplo; eliminaría la preocupación de la madre por el jugo de naranja. La obligación que las Universidades tengan una biblioteca virtual habilitada para todos sus estudiantes, y que sus docentes tengan la obligación de contratar (o la Universidad hacerlo), las patentes de los libros que usan que todos los estudiantes puedan acceder en cualquier tiempo y lugar. Eliminaría la preocupación del novel estudiante por no leer el libro sugerido por el Docente. En esto mucho más, una campaña muy intensa de posicionamiento de los puestos no profesionalizados en el Estado, que se necesitan más, lo que importa no sólo la existencia de un Plan educativo, sino la supervisión educativa, para verificar el tipo de estudiante que se forma. Es más podría hasta crearse un solo examen nacional de graduación secundaria, para todos los estudiantes y a partir de la calificación que obtengan pueden elegir la Universidad, la profesión, el oficio. Engendraría, una supervisión indirecta, porque los Colegios adinerados no podrán sino ajustar sus estudios a los requerimientos de ese examen.

O el control electrónico, a un humano se le puede engañar que es pollo, lo que resulta ser un ave exótica. Pero a una computadora no hay manera de sobornar. Claro, siempre es posible que la mano tras la máquina pueda ser corrompida. En cuyo caso, va siendo hora que modifiquemos los patrones de

mérito para el acceso al puesto público, en lugar de usar el estereotipo (conocimientos, estudios, examen escrito) se exhiba habilidades blandas: que tan buen padre, buen hijo, buen hermano, buen vecino, buen Jefe, buen empleado, buen docente, buen estudiante, buen ciudadano se es. Y la contratación electrónica finalmente, que el expediente técnico sea público para cualquiera, que tenga el visto bueno de los colegios profesionales pertinentes, que luego las posturas sean por internet, todo el que reúna los requisitos tendría derecho y por último la Comisión adjudique como postor a un Código que reúne los requisitos, de modo público y con deliberación y votación igualmente pública, podrían ser algunos remedios.

Aunque la solución mayor está en cada uno, en que tan buen ciudadano soy o quiero ser. Es difícil acabar con la corrupción por cuanto no se trata de un aprendizaje sino de un des aprendizaje. Si algo se aprende se puede olvidar, si algo se desaprende, sólo se puede reemplazar. Con esta lección aprendida, a partir de hoy, tal vez así, sea menos difícil exterminar la corrupción, o cuando menos, como decía José Ingenieros, cuando dejemos la posta a quienes nos siguen puedan montar sobre las alas que les dejemos y llegar más alto y más lejos. A.M.D.G.

LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES EN MÉXICO COMO OBSTÁCULO PARA EL COMBATE A LA CORRUPCIÓN: LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN TEMPORAL

PADILLA SANABRIA, Lizbeth Xóchitl¹

I. Nota introductoria

Combatir la corrupción no es mero discurso, se requieren de elementos especializados en materia legal, así como de sistemas estratégicos para lograr los resultados buscados, en específico la sanción al servidor público y/o particular, así como la recuperación de los activos.

Por tanto, nos encontramos frente a un Derecho Humano que prevé y exige lo narrado en el párrafo anterior: el derecho humano a una buena administración, el cual se compone básicamente de tres elementos: 1. Transparencia, 2. Rendición de Cuentas y 3. Combate a la corrupción.

La Transparencia en México la encontramos en el artículo 6º, apartado A, fracción I Constitucional y en el artículo 5.1 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción que a la letra indican:

Artículo 6º Constitucional:

A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación y las entidades federativas, en el

¹ Doctora en Derecho por la UNAM, Posdoctorado en Derecho en la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla por el Programa Posdoctoral del CONACYT para investigadores de alto nivel académico, Estancia Posdoctoral en la Universidad del Salento en Lecce, Italia, Egresada de la Tercera Escuela de Verano en Derecho Penal y Procesal Penal Alemán de la George-August Universidad de Gotingen en Alemania, Estancia Posdoctoral en la Universidad de Valencia en España.

ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público y seguridad nacional, en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad. Los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información.

Artículo 5.1 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción:

Artículo 5. Políticas y prácticas de prevención de la corrupción

1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas.

Bajo esa perspectiva, en materia de transparencia, todos los servidores públicos y particulares que tengan contrataciones con la administración pública deberán hacer públicos sus movimientos al respecto, es decir, los servidores públicos están obligados constitucionalmente a rendir cuentas, específicamente las que se refieren a la declaración patrimonial y al conflicto de intereses, tal y como lo indica el artículo 108 Constitucional, último párrafo:

Los servidores públicos a que se refiere el presente artículo estarán obligados a presentar, bajo protesta de decir verdad, su declaración patrimonial y de intereses ante las autoridades competentes y en los términos que determine la ley.

En ese sentido, el combate a la corrupción se realiza desde el ámbito procesal, específicamente en el Sistema Nacional Anticorrupción que cuenta con determinados procedimientos cuyo fin es sancionar y recuperar activos.

En el combate a la corrupción operan los siguientes procedimientos:

1. Procedimiento penal acusatorio para los delitos cometidos por hechos de corrupción, el cual se basa en lo indicado por el Código Nacional de Procedimientos Penales mediante imputaciones de delitos por el Fiscal Nacional Anticorrupción o los Fiscales Anticorrupción de los Estados, dependiendo de la competencia y calidad de los recursos públicos.
2. Procedimiento Administrativo de Responsabilidad, el cual basa sus cimientos constitucionales en el artículo 73, fracción XXIX-V, así como en el artículo 109, fracción III; la ley secundaria de la materia procesal administrativa disciplinaria la encontramos en la Ley General de Responsabilidades Administrativas; cabe señalar que algunos estados de la República Mexicana tienen sus leyes locales de responsabilidades administrativas, lo cual a nuestro parecer es un error, pues el artículo 73, XXIX-V indica que el único para legislar en materia de responsabilidades administrativas, así como la distribución de sus competencias es el Congreso de la Unión, no así las Legislaturas de los Estados. Algunos de los Estados de la República Mexicana que tienen como norma fundamental de responsabilidades administrativas a la Ley General de Responsabilidades Administrativas son Campeche y Zacatecas.
3. El Procedimiento Administrativo de Ejecución, el cual se utilizará para embargos precautorios en el caso de las medidas cautelares dictadas en contra de algún servidor público y/o particular que se encuentre dañando a la hacienda pública con su actuar reiterativo ilícito, para la ejecución de sanciones económicas en el caso de que el Servidor Público y/o particular haya sido condenado por el Tribunal de Justicia Administrativa competente; en ambos casos la autoridad que deberá realizar dichos procedimientos es la Secretaría de Hacienda y Crédito Público basándose en lo que prevé el Código Fiscal de la Federación.
4. El procedimiento civil de extinción de dominio, que podrá ser solicitado por el Fiscal Anticorrupción competente en el momento en el que inicie una investigación por cualquier delito cometido por hechos de corrupción, lo anterior de acuerdo a lo que indica el

artículo 22 Constitucional en la reforma del 14 de marzo del 2019.

Cabe señalar que el combate a la corrupción desde el ámbito procesal se puede aplicar solamente a determinados servidores públicos, es decir, no a todos ellos se les podrían aplicar determinados mecanismos procesales de combate a la corrupción, por ejemplo, las medidas cautelares que prevé la Ley General de Responsabilidades Administrativas, ni tampoco vincularlos a proceso o dictarles una medida cautelar de prisión preventiva oficiosa en su contra.

Es el caso de los derechos políticos electorales, en los que la constante lucha por evitar las venganzas políticas ha dado pie para que se inserten en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, precisamente en el artículo 99, fracción V, que a la letra indican:

Artículo 99. El Tribunal Electoral será, con excepción de lo dispuesto en la fracción II del artículo 105 de esta Constitución, la máxima autoridad jurisdiccional en la materia y órgano especializado del Poder Judicial de la Federación.

Al Tribunal Electoral le corresponde resolver en forma definitiva e inatacable, en los términos de esta Constitución y según lo disponga la ley, sobre:

V. Las impugnaciones de actos y resoluciones que violen los derechos político electorales de los ciudadanos de votar, ser votado y de afiliación libre y pacífica para tomar parte en los asuntos políticos del país, en los términos que señalen esta Constitución y las leyes. Para que un ciudadano pueda acudir a la jurisdicción del Tribunal por violaciones a sus derechos por el partido político al que se encuentre afiliado, deberá haber agotado previamente las instancias de solución de conflictos previstas en sus normas internas, la ley establecerá las reglas y plazos aplicables;

En ese sentido, los derechos políticos electorales los ha retomado nuestra carta magna como uno de los ejes de control constitucional para la protección de derechos fundamentales.

Jorge Carlos Herrera Valleján y Alejandro Sánchez Sánchez nos indican que:

Es sin duda que, en una verdadera democracia, los derechos y reconocimiento que tienen por parte de la Constitución al Sufragio activo y pasivo, así como los derechos de asociación política, derecho a pertenecer a un partido político y derecho a integrar autoridades electorales en las entidades federativas,

deben estar garantizados, y en México el medio es el Juicio para la protección de los Derechos Políticos Electorales.²

Esto para el combate a la corrupción implica una seria dificultad, en virtud de que, protegido por la norma jurídica, un servidor público con un cargo de elección popular puede estar realizando actos de corrupción sin que se le separara de su cargo.

Es decir, en México contamos con un juicio de protección a los derechos políticos electorales, pero para el combate a la corrupción ¿tiene funcionalidad o es un obstáculo?

II. El combate a la corrupción y la suspensión temporal de los Servidores Públicos: su inaplicabilidad con base en los Derechos Políticos Electorales.

Una de las medidas de alejamiento que prevé el actual derecho administrativo disciplinario es la medida cautelar de suspensión temporal del Servidor Público, con la reserva legal de que el mismo sea separado temporalmente de su cargo bajo el cumplimiento de su mínimo vital, es decir, mediante el pago del 33% de su salario neto, lo anterior con el fin de evitar que se sigan cometiendo actos que, a juicio de las autoridades operativas del Sistema Nacional Anticorrupción, pueden ser motivo de actos y/o hechos de corrupción.

Dicha medida cautelar esta prescrita en el artículo 124, fracción I con relación al artículo 123 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas que a la letra indican:

Artículo 123. Las autoridades investigadoras podrán solicitar a la autoridad substanciadora o resolutora, que decrete aquellas medidas cautelares que:

- I. Eviten el ocultamiento o destrucción de pruebas;
- II. Impidan la continuación de los efectos perjudiciales de la presunta falta administrativa;
- III. Eviten la obstaculización del adecuado desarrollo del procedimiento de responsabilidad administrativa;
- IV. Eviten un daño irreparable a la Hacienda Pública Federal, o de las entidades federativas, municipios, alcaldías, o al patrimonio de los entes públicos.

No se podrán decretar medidas cautelares en los casos en que se cause un perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público.

Artículo 124. Podrán ser decretadas como medidas cautelares las siguientes: I. Suspensión temporal del servidor

² Revista Iberoamericana para la investigación y el desarrollo educativo, *Análisis para la protección de los derechos políticos electorales del Ciudadano como protector de los Derechos Político-electorales*, ISSN 2007-2619, enero-junio 2013.

público señalado como presuntamente responsable del empleo, cargo o comisión que desempeñe. Dicha suspensión no prejuzgará ni será indicio de la responsabilidad que se le impute, lo cual se hará constar en la resolución en la que se decreta. Mientras dure la suspensión temporal se deberán decretar, al mismo tiempo, las medidas necesarias que le garanticen al presunto responsable mantener su mínimo vital y de sus dependientes económicos; así como aquellas que impidan que se le presente públicamente como responsable de la comisión de la falta que se le imputa. En el supuesto de que el servidor público suspendido temporalmente no resultare responsable de los actos que se le imputan, la dependencia o entidad donde preste sus servicios lo restituirán en el goce de sus derechos y le cubrirán las percepciones que debió recibir durante el tiempo en que se halló suspendido;

Es decir, de acuerdo a las investigaciones realizadas por la autoridad investigadora de la Unidad de Responsabilidades Administrativas de cualquier ente de la Administración Pública y en términos del artículo 102, fracción VI, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³, puede solicitar, previamente con razonamientos jurídicos de la necesidad de la misma, esta medida cautelar durante el tiempo que la considere aplicable o hasta que finalice el procedimiento administrativo de responsabilidad.

Sin embargo, estas medidas no se pueden aplicar a Servidores Públicos con cargo de elección popular y con fuero, es decir, aquellos que contempla el artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues previamente se les tiene que iniciar un juicio de procedencia, en el cual los principales actores son la Cámara de Diputados como investigador y la Cámara de Senadores como Tribunal Justiciable, además de que los mismos tienen derechos políticos electorales que los protegen para que no sean separados de su cargo.⁴

³ Corresponde al Ministerio Público de la Federación la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, solicitará las medidas cautelares contra los imputados; buscará y presentará las pruebas que acrediten la participación de éstos en hechos que las leyes señalen como delito; procurará que los juicios federales en materia penal se sigan con toda regularidad para que la impartición de justicia sea pronta y expedita; pedirá la aplicación de las penas, e intervendrá en todos los asuntos que la ley determine.

⁴ 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, el Fiscal General de la República, así como el consejero Presidente y los consejeros

Lo anterior pudiera determinar la dificultad para evitar que un acto de corrupción se siguiera cometiendo por un Servidor Público de este nivel.

En palabras de María Amparo Casar, el fuero es la inmunidad procesal de la cual gozan determinados funcionarios públicos:

El régimen de inmunidad del que actualmente gozan algunos funcionarios en México a nivel federal abarca tanto la inviolabilidad como la inmunidad procesal; también es pertinente señalar que funcionarios federales de los poderes ejecutivo y judicial, así como de organismos autónomos tienen inmunidad procesal. Vale la pena aclarar que, si bien al régimen de inmunidad en México se le conoce popularmente como fuero, en

electorales del Consejo General del Instituto Nacional 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 inculpado. 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 inculpado haya concluido el ejercicio de su encargo, pues la misma no prejuzga los fundamentos de la imputación. 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. Por lo que toca al Presidente de la República, sólo 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. Para poder proceder penalmente por delitos federales contra los ejecutivos de las entidades federativas, diputados locales, magistrados de los Tribunales Superiores de Justicia de las entidades federativas, en su caso los miembros de los Consejos de las Judicaturas Locales, y los miembros de los organismos a los que las Constituciones Locales les otorgue autonomía 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 corresponda. Las declaraciones y resoluciones de las Cámaras de Diputados y Senadores son inatacables. El efecto de la declaración de que ha lugar a proceder contra el inculpado será separarlo de su encargo en tanto esté sujeto a proceso penal. Si éste culmina en sentencia absolutoria el inculpado 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. En demandas del orden civil que se entablen contra cualquier servidor público no se requerirá declaración de procedencia. 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. Las sanciones económicas no podrán exceder de tres tantos de los beneficios obtenidos o de los daños o perjuicios causados.

la Constitución este término se utiliza para referirse a la inviolabilidad de opiniones de la que gozan exclusivamente los Diputados Federales y los Senadores, mientras que el llamado desafuero está directamente vinculado con la declaración de procedencia, procedimiento por medio del cual la Cámara de Diputados retira la inmunidad procesal que la Constitución otorga a ciertos funcionarios públicos.⁵

De acuerdo con esta autora, México se encuentra dentro de los países que otorgan la inmunidad procesal a un mayor número de funcionarios (al menos 2,543 considerando a los funcionarios estatales protegidos por la comisión de delitos federales).⁶

En ese sentido, la protección con respecto a la inmunidad procesal los servidores Públicos tiene un primer plano: la constitucionalidad del fuero.

Sin embargo, quince estados de la República Mexicana han eliminado el fuero⁷, lo que implicaría que no se requiere ningún juicio de procedencia ante sus Legislaturas Locales para iniciarles un procedimiento administrativo de responsabilidad y, por ende, dictarles una medida cautelar de suspensión temporal durante el tiempo de su cargo público, aún y cuando éste sea de elección popular.

Sin embargo, el procedimiento administrativo de responsabilidad, propio del Derecho Administrativo Disciplinario y del Sistema Nacional Anticorrupción actual en México, entra en conflicto legal con los derechos políticos electorales de los Servidores Públicos cuyos cargos son de elección popular; dicho derechos se encuentran en los artículos 35, fracciones I, II y III y 99 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 27 y el artículo 25, b) de la Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles.

Bajo esa perspectiva, el artículo 80, inciso f tiene total apertura para efecto de considerar que cualquier acto de autoridad puede violentar los derechos políticos electorales de los servidores públicos de elección popular, en virtud de que el mismo se basa únicamente en presunciones.

⁵ Política y Gobierno, *Freedom and Speech in Mexico: Between Immunity and Impunity*, Maria Amparo Casar, ISSN 1665-2037, volumen 25, número 2, México julio-diciembre 2018.

⁶ *idem.*

⁷ <https://politico.mx/minuta-politica/minuta-politica-estados/13-estados-eliminaron-el-fuero-los-otros-se-resisten/> consultada el 29 de marzo del 2019 a las 11:27 am

Es así como la medida cautelar de suspensión temporal contenida en el artículo 124, fracción I de la Ley General de Responsabilidades Administrativas pudiera violentar los derechos políticos electorales del Servidor Público de elección popular de participar en las decisiones políticas, aún y cuando ello traiga como consecuencia la comisión permanente o reiterada de algún acto de corrupción.

Es por ello que consideramos que estos derechos políticos electorales son un obstáculo para el combate a la corrupción, pues se basa en un riesgo garantista que antepone un derecho humano contenido en el ámbito consitucional contra un derecho humano de igual nivel como lo es el derecho humano a una buena administración.

Es así como el sistema nacional anticorrupción carece de eficacia jurídica y de alcances materiales para combatir la corrupción en contra de estos servidores públicos, pues los mismos pueden cometer actos de corrupción sin que se les pueda suspender temporalmente del cargo a costa de los daños que pudieran causar a la Hacienda Pública.

En ese sentido el fuero y los derechos políticos electorales, como elementos de orden garantista, son obstáculos para el combate a la corrupción; en contrapropuesta a estas figuras jurídicas, el funcionalismo jurídico pudiera ser una excelente opción para combatir la corrupción en estos ámbitos, es decir, la restricción de estos derechos humanos para las Servidores Públicos de elección popular, únicamente en el ámbito del combate a la corrupción, resultan necesarios.

Conclusión.

El combate a la corrupción merece un tratamiento especial en materia legal, desde la investigación, sus procedimientos y la ejecución de condenas respecto a faltas administrativas y/o hechos de corrupción.

El régimen de combate a la corrupción en México debe ser excepcional, esto se refiere a que se debe restringir el ejercicio de ciertos derechos humanos, es decir, no se pueden tolerar actos de corrupción protegidos por derechos constitucionales y/o convencionales como lo son los derechos políticos electorales, pues es necesario ponderar el acto de perjuicio causado en la sociedad por corrupción; por tanto, el control de constitucionalidad actual que protege dichos derechos es un obstáculo para el combate a la corrupción, pues, en términos de un control difuso o concentrado de constitucionalidad y/o convencionalidad, la norma que acoge la suspensión temporal del

servidor público contenida en el artículo 124, fracción I de la Ley General de Responsabilidades Administrativas no es eficaz, aun y cuando se pretenda evitar con la continuación de actos que se presuman son de corruptela.

Lo idóneo sería que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se plasmará un apartado específico de combate a la corrupción, en el cual mediante análisis lógicos jurídicos previos, se encontrarán restricciones a los ejercicios de los derechos humanos de los Servidores Públicos y/o particulares para evitar que a través de un derecho ampliamente garantista se sigan cometiendo actos de corrupción.

EXTRAÑOS Y RESPONSABILIDAD PENAL. UNA APROXIMACIÓN A LOS DELITOS DE INFRACCIÓN DE DEBER DESDE LA FILOSOFÍA POLÍTICA

*GUILLERMO BRINGAS, Luis Gustavo*¹

I. Introducción

Mucho se ha discutido en dogmática penal sobre la posibilidad de que una persona que no integra el círculo de posibles autores de un delito denominado especial o de infracción de deber, pueda responder penalmente. Los autores han sido unánimes en denominar al *obligado especial* como *intraneus*, y al que no posee tal cualidad como *extraneus*. De allí que para un sector importante de la doctrina estos sujetos que no poseen la calidad de obligados especiales resultan siendo unos verdaderos extraños al tipo penal, y sobre los que difícilmente se podría construir una imputación jurídico-penal.

No obstante, cuando se revisa los manuales de derecho penal o artículos sobre esta temática, se puede evidenciar que la discusión generalmente es de “dogmática pura”, y escasamente se analiza las bases filosóficas de tal o cual posición. Es por ello que he querido realizar este breve trabajo con la única finalidad de llamar la atención acerca de la necesidad de tener en cuenta los fundamentos de la responsabilidad penal en general, en un Estado constitucional y democrático de derecho; y en particular aquellos que hacen posible la intervención en un delito de infracción de deber.

II. Estado liberal y fines del derecho penal

Pues bien, antes de ingresar al análisis de las formas de responsabilidad penal, sea en delitos denominados de dominio,

¹ Profesor en las Escuelas de Postgrado de las Universidades Nacional de Trujillo y Pedro Ruiz Gallo
Fiscal Provincial Titular especializado en delitos de corrupción de funcionarios de La Libertad.

sea en delitos de infracción de deber, es necesario dejar sentadas algunas ideas acerca de los fines del derecho penal, sin perder nunca de vista la implicancia práctica que trae adoptar una u otra posición filosófica². Pero la pregunta acerca de la finalidad del derecho penal está conectada directamente con los fines de la pena y con el tipo de Estado en que nos hallemos, por lo cual haremos breve referencia a ello.

Históricamente la aparición del Estado tiene explicación en la protección de las personas frente a la guerra. Es claro que era mejor defenderse de forma organizada, que intentar hacerlo de manera aislada y sin recursos suficientes. La guerra implicaba muerte, despojo, hambre y violaciones de todo tipo. En un momento determinado las personas, por imposición o por acuerdo (pacto social) terminaron formando Estados, que, aunque incipientes al principio, garantizaban de mejor manera la unión y la paz que requerían. Y esto que explico no solo sirve para el Estado o para el derecho en general, sino también para el derecho penal. Por ello, *mutatis mutandi* se afirma que “El derecho penal resulta así definido y justificado como alternativa a la guerra, es decir, como minimización de la violencia y de la arbitrariedad...”³. Es decir, tanto el Estado primigenio como el derecho penal se conforman como instrumentos necesarios para evitar la violencia, el conflicto, el dominio y, por ende, la arbitrariedad.

Claro que dependiendo de la concepción que se maneje acerca del Estado, los fines que debe cumplir el derecho varían. Es decir, existe un programa de derecho penal en un Estado liberal, y otro distinto en un Estado comunitario, y aunque en la actualidad la tendencia en todo ámbito vital es a relativizar algunas posiciones (para el caso que me ocupa, quiero decir que difícilmente se puede encontrar y defender un Estado liberal extremo, como también resulta insostenible un Estado comunitario con similar característica), como punto de partida es plausible mantener esta distinción.

En filosofía política se afirma que un Estado liberal se conforma en torno a una premisa esencial: la libertad individual.

² No por nada se afirma: “Las concepciones filosóficas en torno a los fines del derecho y a sus fundamentos axiológicos tienen siempre un significado y una dimensión pragmática. Presentarlas como descriptivas en lugar de justificarlas a partir de sus implicaciones y de las opciones ético-políticas que se encuentran en su base, equivale a transformarlas en ideologías”. FERRAJOLI, Luigi, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, Trotta, Madrid, 2018, p. 106.

³ *Ibidem*, p. 34.

Libertad que debe ser entendida -por sus enormes implicancias en el entramado conceptual de los derechos fundamentales y en cuanto limita el *ius puniendi*- como “libertad negativa” y libertad positiva”⁴. Por “libertad negativa” debe entenderse a ese ámbito que tiene la persona para ser o realizar actos que puede y desea hacer, sin intromisiones ni de otras personas ni del Estado. Se constituye, a mi entender, como una coraza frente a la intromisión estatal. Según el liberalismo, “todo individuo, en cuanto persona, posee un marco propio de libertad sobre el cual ni terceras personas ni el Estado pueden interferir, marco que termina donde comienza el marco de libertad de terceras personas”⁵.

Es claro que liberalismo no es libertinaje, en cuanto ello implica abuso de la libertad y no asumir las consecuencias de sus propios actos. Por ello, si bien las personas poseen libertad y dicha premisa en la esencia de un Estado liberal, también encuentran su límite en la libertad de los otros. Es más, este sería el único motivo justificado por el cual el Estado puede restringir la libertad de un ciudadano. Dichas restricciones, como no puede ser de otro modo, están en función al ámbito de importancia de los bienes jurídicos en conflicto. Me explico: una cosa es una disputa por el derecho de propiedad, en la que Estado obliga -limitando así su libertad- a una persona a respetar un bien ajeno, por más que ella quiera tenerlo; y otra es un conflicto donde está en juego la vida o integridad de un semejante. Tienes libertad para actuar según tus deseos y posibilidades, pero no puedes andar acuchillando a tus vecinos.

Ya Ferrajoli⁶ nos recordaba que “desde Grocio, Hobbes, Locke, Pufendorf y Thomaus hasta Montesquieu, Beccaria, Voltaire, Filangieri, Bentham y Pagano, todo el pensamiento penal reformador está de acuerdo en considerar que las aflicciones penales son precios necesarios para impedir daños mayores a los ciudadanos, y no constituyen homenajes gratuitos a la ética o a la religión o al sentimiento de venganza”. Es claro que tras esta visión del utilitarismo penal reposa la misma idea que acabamos de esbozar: los límites a la libertad personal, incluso mediante la restricción de la misma, son en función de proteger la de los demás.

⁴ Así, expresamente, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Los fines del derecho penal. Una aproximación desde la filosofía política*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 154 y ss.; quien desarrolla las consecuencias políticas para el ciudadano de entender a la libertad en sus vertientes “negativa” y “positiva”.

⁵ *Ibidem*, p. 155.

⁶ FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 49.

Ahora bien, en un Estado de derecho podría alegarse que basta la dación de una ley que supuestamente sirve para proteger intereses de la mayoría o la colectividad en pleno, para que la misma sea legítima en cuanto sacrifica un bien menor (libertad individual) para resaltar y proteger uno mayor (libertad general). No obstante, por lo que aquí interesa basta recordar que vivimos en un Estado *constitucional* de derecho, de vertiente social y democrática, de tal forma que “dada una constitución, la limitación de un bien de relevancia constitucional como la libertad personal, por medio de procesos y penas, solo se justifica para la tutela de bienes de rango constitucionalmente equivalentes, como son los bienes y los derechos constitucionalmente establecidos”⁷. Entonces la limitación de la libertad personal por medio del derecho penal tiene sentido en tanto y en cuanto protege otros derechos de mayor o similar valor, los mismos que deben cautelarse a través de las sanciones y procedimientos que se deriven directa o indirectamente del programa penal de la Constitución.

Vista en toda su dimensión y conforme fluye de lo que hemos venido diciendo, si la libertad negativa implica una protección frente a la interferencia de otras personas y del Estado, sin más límite que el respeto por la libertad de otros, entonces de la misma se pueden extraer dos consecuencias con implicancias jurídicas⁸: a) La prioridad de los derechos individuales sobre cualquier pretensión colectiva de bien común; b) La afirmación del principio de respeto a la autonomía privada del individuo.

Sobre lo primero, el mismo Alcácer⁹ refiere que el conjunto de derechos individuales mutuamente reconocidos opera como un límite irrebalsable a la actuación de los demás y del propio Estado, estableciendo los márgenes respecto de los cuales cada uno debe orientarse. Y ello es así -ya más allá de lo dicho por el referido autor-, porque si como he venido mencionando, la libertad negativa implica una coraza frente a terceros y especialmente frente al Estado, entonces este no podrá fundar su poder controlador o represivo sobre pretendidos valores colectivos o superiores, sin tener en cuenta los *necesarios* espacios de libertad.

De otro lado, el respeto al principio de *autonomía privada* resulta fundamental en la estructuración de las normas de un Estado constitucional de derecho. Desde la filosofía política se entiende que en un Estado liberal se respeta la orientación moral

⁷ *Ibidem*, p. 112.

⁸ En este sentido, ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Op. Cit.*, p. 155.

⁹ *Loc. Cit.*

de cada persona, así como sus particulares planes de vida, exigiendo que las entidades o poderes públicos mantengan *neutralidad* sobre dichas convicciones morales y religiosas. En un estado de libertad es impensado que el Estado trate de imponer las creencias o convicciones de determinados grupos; de ser así, viviríamos en un clima de *intolerancia institucionalizada* y, por colocar algunos ejemplos, los heterosexuales impondríamos nuestras convicciones a los que no lo son; los habitantes de la costa impondríamos nuestra forma de concebir el mundo a los compatriotas de sierra y de la selva; los católicos impondríamos nuestra religión a los demás ciudadanos; etc., todo ello con anuencia o promoción del Estado.

Pero el principio de *autonomía privada* no solo desarrolla sus implicancias en el ámbito del liberalismo político, sino también en el ámbito jurídico. A partir de este principio nace la *laicidad del derecho*, que implica la separación axiológica entre el derecho y la moral. Ello permite afirmar que el legislador no tiene como tarea imponer una determinada moral dominante; es más: le está vedado realizar tal actividad. Cierto es que en cualquier sociedad existen algunas visiones del mundo y de la vida que agrupan a un mayor número de personas en cuanto a reconocimiento mutuo e identidad (moral dominante), y que quienes no comparten dicha moral dominante se ven apartados o son objeto de algún tipo de sanción en ese contexto, pero no es tarea del derecho reforzar ni imponer la misma.

De allí que la separación entre el derecho y la moral tiene como consecuencia la *licitud de los actos internos*, sean que estos se aparten o incluso vayan directamente contra la religión o la moral dominante. Si esto es así, se podría afirmar que como concreción de la libertad general y tal como lo afirma Ferrajoli¹⁰, que existe un derecho a cultivar pensamientos malvados y a realizar actos inmorales, siempre que estos no causen daño a terceros (y no me refiero a un daño en la concepción moral dominante).

Ahora bien, párrafos atrás mencioné que la libertad no solo tiene una vertiente “negativa”, conforme lo acabo de explicar, sino que además posee una manifestación “positiva”. Esta proyección de la libertad personal tiene repercusión en el ámbito político y también en legitimación del derecho en un Estado constitucional y democrático, siendo que estos ámbitos se encuentran estrechamente vinculados. En cuanto a sus implicancias políticas la premisa de entender a la persona como

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 113.

un ser libre y con capacidad de determinarse hace que se la conciba como *políticamente autónoma*, es decir, que es la propia persona quien ha de establecer las leyes a las que luego va a someterse¹¹. Y esta idea se constituye, por su naturaleza, en un *principio democrático* que no solo está en la base del liberalismo político, sino que sirve de fundamento de legitimación a la producción normativa, incluyendo, obviamente, las normas del derecho penal.

Por ello que desde la filosofía del derecho se formulan dos preguntas: ¿cuál es la finalidad del Derecho penal?, y resuelto ello, ¿quién está legitimado para regular dichas sanciones? Mucho se ha discutido acerca de cuál sería la finalidad del Derecho penal, pero debemos comenzar por separar, de una vez, la maleza de lo que es el verdadero centro de la discusión. En tiempos de hiperinflación de la legislación penal en los que el legislador crea normas para la satisfacción de ciertas expectativas vindicativas; de temas puestos al debate público por una prensa que de forma organizada y hasta morbosa quiere dirigir la “agenda” política y social del país; y donde ese mismo legislador se esfuerza por dar la imagen de un representante político “atento” a lo que clama la población, el Derecho penal viene siendo utilizado como *primer recurso* para luchar contra el crimen y la inseguridad ciudadana. El denominado principio de *última ratio* es solo una quimera. No se entiende -o no se quiere entender- que el Derecho penal no va a solucionar problemas de hondas raíces sociales y económicas, y que, como ya manifesté cuando se habló de la libertad negativa, tampoco puede ser utilizado como refuerzo de determinadas convicciones morales y religiosas. El Derecho penal tiene una misión mucho más reducida, aunque no por ello menos importante.

Para abreviar la explicación, por el espacio reducido con el que se cuenta en este trabajo, mencionaré que estoy más próximo a postulados como los de Ferrajoli, que a postulados de corte comunitarista, que buscan justificar la pena por la sola infracción de la vigencia de la norma. Y, aunque no quiero ingresar aquí a una extensa discusión acerca de si el derecho penal protege bienes jurídicos (finalidad preventiva) o la vigencia de la norma, debo decir que aunque a veces se quiera hacer pasar como que se habla de lo mismo, ello no resulta ser cierto¹².

¹¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Op. Cit.*, p. 158.

¹² Por ello FERRAJOLI, Luigi, *Op. Cit.*, p. 108, afirma que esto constituye una aporía. Dice: “En efecto, si es verdad que ambas teorías son equivalentes, entonces no se entiende de qué estamos hablando, dado que la cuestión entera, en tal caso, ha perdido todo sentido. Si, en cambio, entendemos que la

Ahora bien, es conocido por todos que el profesor italiano le asigna al derecho penal una doble finalidad: la prevención de los delitos y la protección de las penas informales, siendo que incluso le otorga primacía a la segunda. Sobre la idea de minimizar la violencia en la sociedad, afirma que “El fin general del derecho penal, tal como resulta de la doble finalidad preventiva recién ilustrada, consiste entonces en impedir la razón dominante, es decir, en la minimización de la violencia en la sociedad. Es razón dominante el delito. Lo es también la venganza”¹³. En base a lo dicho, Ferrajoli define al derecho penal mínimo como *la ley del más débil*, frente a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia¹⁴.

De otro lado, resta comentar algunas ideas sobre la otra pregunta que se formuló líneas arriba: ¿quién está legitimado para regular dichas sanciones? La respuesta, otra vez, depende mucho de si nos posicionamos en las filas del liberalismo o del comunitarismo. Históricamente se llegó a postular que las personas vivíamos en un *estado de naturaleza* donde no existía mayor razón que la fuerza dominante, donde no imperaba otra ley que no fuera la del más fuerte¹⁵. Para salir de dicha situación se

cuestión no carece de sentido... entonces ambas tesis no pueden ser equivalentes”.

¹³ *Ibídem.*, p. 57.

¹⁴ Con mayor extensión, en su obra fundamental, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, et al, Trotta, Madrid, 2014, p. 333, recuerda lo siguiente: “Históricamente, en efecto, el derecho penal nace no como un desarrollo, sino como *negación de la venganza*; no en continuidad, sino en discontinuidad y conflicto con ella. Y se justifica no con el fin de garantizarla, sino con el de impedirla. Es bien cierto que en los orígenes del derecho penal la pena ha sustituido a la venganza privada. Pero esta sustitución no es ni explicable históricamente ni mucho menos justificable axiológicamente con el fin de satisfacer mejor el deseo de venganza, que es por sí una “culpable y feroz pasión”, sino, al contrario, con el de ponerle remedio y prevenir sus manifestaciones. En este sentido bien se puede decir que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza”.

¹⁵ Por eso HOBBS, Thomas, *Tratado sobre el ciudadano*, Trotta, Madrid, 1999, afirmaba que “la causa más frecuente de que los hombres deseen hacerse mal unos a otros tiene su origen en que muchos apetecen a la vez la misma cosa, que muy frecuentemente no pueden ni disfrutar en común ni dividir; de donde se sigue que hay que dársela al más fuerte. Ahora bien, quién sea el más fuerte es cosa que hay que dilucidar por medio de la lucha” (p. 18). Ello -precisa- generaba un problema: “La naturaleza dio a todos *derecho a todo*: esto es, en el estado meramente natural o antes de que los hombres se vinculasen mutuamente con pacto alguno, a todos les era lícito hacer lo que quisieran, así como poseer, usar y disfrutar de todo lo que quisieran y pudieran” (p. 19).

realizaron pactos o acuerdos a fin de lograr la unión de la voluntad de muchos para un mismo fin, siendo que por ocasión de estos pactos se transferían las *fuerzas y facultades* con el fin de que cuando todos hubieran hecho lo mismo, aquél al que se someten sea dueño de una fuerza tal que por miedo de ella pueda conformar las voluntades de todos en orden a la unidad y la concordia¹⁶. A esto Hobbes llamó *Estado o sociedad civil*, afirmando que “el Estado es *una sola persona* cuya *voluntad*, como consecuencia de los acuerdos de muchos hombres, ha de tenerse en lugar de la de todos para que pueda disponer de las fuerzas y de las facultades de cada uno para la paz y defensa común”¹⁷.

Ahora bien, una vez transferida las *fuerzas y facultades* el PODER SUPREMO o la POTESTAD SOBERANA o el DOMINIO lo ostentaba el *hombre* o la *asamblea* a cuya voluntad han sometido los demás la suya, siendo que el ciudadano ya no podía oponerse a dicho poder. Por ello Hobbes decía categóricamente que “todo *ciudadano*, así como toda *persona civil subordinada* se llama SÚBDITO del que tiene el poder supremo”¹⁸. Si ello es así, y el súbdito solo debía obedecer al poder supremo, entonces no había forma alguna que pueda cuestionar sus decisiones, al punto que las leyes solo servían para obligar al ciudadano, pero jamás podía el ciudadano reclamar algo al Estado ni éste estaba obligado con nadie¹⁹.

Siendo que el poder supremo era absoluto y las leyes que emanaban de dicho poder obligaban a todos los ciudadanos, pero nunca al mismo Estado ni a éste con persona alguna, la libertad del individuo (que ya la cedió de forma irrevocable) no juega aquí ningún papel para la contención del *ius puniendi* estatal²⁰.

¹⁶ *Ibidem*, p. 53.

¹⁷ *Loc. Cit.*

¹⁸ *Ibidem*, p. 54.

¹⁹ Por ello encontramos en HOBBS, Thomas, *Op. Cit.*, p. 62, afirmaciones como las siguientes: “Por eso las *leyes civiles* no obligan al Estado mismo; porque las leyes civiles son leyes del Estado, y si le obligasen se obligaría a sí mismo. Tampoco puede el Estado obligarse con el ciudadano...”. “Ahora bien, la voluntad de la *asamblea* o del *hombre* a quien se le ha confiado el *poder supremo* es la voluntad del Estado; incluye pues la voluntad de cada ciudadano en particular; por eso aquel a quien se ha confiado el *poder supremo* no está obligado a las *leyes civiles* (esto sería estar obligado a sí mismo), ni a ningún ciudadano”.

²⁰ Esta concepción se siguió manteniendo por filósofos y teóricos del derecho, pues, por ejemplo, SCHMITT, Carl, en su obra *El valor del Estado y el significado del individuo*, traducción de Celestino Pardo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, afirmaba respecto a la relación entre el Estado y el ciudadano, lo siguiente: “El Estado no es una construcción que los hombres

Entonces, fácilmente se puede colegir, que la producción de las normas que conforman el Derecho no estaban sujetas a ningún control y menos existía un esfuerzo por hallar legitimidad, que no sea una supuesta legitimidad original al ya haber “cedido” el ciudadano su libertad natural para integrarse al pacto social.

Es claro que en una concepción comunitarista del Estado, el ciudadano tiene un rol escaso, quizá solo como objeto de la regulación, pero sus *derechos fundamentales* no juegan ningún papel ni legitimante ni limitador. Por contraposición, bajo la perspectiva del liberalismo político, y teniendo en cuenta lo anotado de forma precedente sobre la *autonomía política*, es el propio ciudadano, a través de los canales democráticos establecidos en la propia Constitución quien decide acerca de las normas que le van a regir y con las cuales se les va a sancionar, incluso ya de forma coercitiva. Con ello, evidentemente, se gana legitimidad democrática en la represión penal²¹.

Actualmente, las tesis justificatorias de las sanciones penales que han ganado mayores adeptos son aquellas vinculadas a una *legitimidad procedimental*, en tanto que esta forma de legitimación *intersubjetiva* permite la concreción de los principios de autonomía privada y pública del ciudadano, otorgando legitimidad democrática a la producción normativa. En esta línea van autores como Alcácer Guirao²², García Amado²³, Habermas²⁴,

hayan hecho. Al contrario, él hace de cada hombre una construcción. Esta gran organización supra personal no es obra de individuos. No se inserta en una cadena de fines y medio de más o menos hombres” (p. 65). Y, sobre la libertad del individuo como límite a las normas del Estado, afirmaba de forma tajante: “Hablar de una libertad del individuo en la que el Estado tenga su límite, es incomprensible” (p. 68).

²¹ En la misma línea de lo que acabo de anotar, el profesor GARCÍA AMADO, Juan Antonio, *El derecho y sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 509, formula la siguiente tesis: “sólo el conjunto de la ciudadanía, en ejercicio de la soberanía popular que la Constitución le atribuye y por la vía de los derechos políticos que le garantizan la participación en igualdad en la creación de la ley, ha de poder establecer las normas que tipifiquen las sanciones para los propios ciudadanos”.

²² ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *Op. Cit.*, p. 160, afirma que de la interacción entre ambas formas de libertad, la negativa y la positiva, aparece el *contrato social*, siguiendo en este punto a la formulación de John Rawls. Citando al referido autor, refiere que “El contrato social no debe entenderse, como alguna vez se hizo, como un momento histórico por el que, saliendo de un estado de naturaleza, se conforma, accediendo a otorgar por cada individuo una parte de su libertad, la sociedad y el Estado. Por el contrario, dicha figura ha de concebirse como un *criterio de legitimación de instituciones públicas*, consistente en un procedimiento de decisión imparcial bajo el que puede fundamentarse racionalmente que todos los intervinientes consentirían, bajo

Rawls, entre otros, a quienes se les denomina *neo contractualistas*, para vincularlos y a la vez diferenciarlos de la original teoría del *contrato social*, refiriéndome con ello expresamente a la formulada por J. J. Rousseau, y no a otras teorías predecesoras.

Así las cosas, solo resultarían aceptables aquellas regulaciones (penales) que puedan contar con el asentimiento no forzado de todos, con un hipotético consenso. Entonces, se afirma que esta figura que se acaba de esbozar puede entenderse como “una gran metáfora de la democracia”.

III. ¿Son compatibles las “instituciones positivas” con los fundamentos axiológicos del Estado liberal?

Ya he indicado brevemente algunas ideas que giran en torno a la concepción de un Estado como liberal, siendo que la premisa esencial del liberalismo político lo constituye la libertad de la persona, de tal forma que la restricción de la misma (a través del proceso penal y de la pena) solo puede ocurrir en tanto sirve para cautelar otros bienes de semejante valor constitucional, logrando así garantizar las condiciones mínimas de la vida en sociedad y reduciendo toda forma de violencia o dominación.

Anoté también que la “libertad negativa” implicaba respetar el principio de *autonomía privada* del individuo, de lo que se extrae la prohibición al Estado de legislar para reforzar o establecer determinadas obligaciones morales o religiosas. Como complemento de ello, la “libertad positiva” se traduce en la facultad del ciudadano de poder autodeterminarse políticamente, esto es, participar activamente a través de los mecanismos

un acuerdo hipotético, una serie de principios de justicia, por los cuales habrán de regirse los poderes públicos”. Considera, por ello, el profesor español que con Rawls se produce el renacimiento del neocontractualismo ético y político.

²³ El profesor de la Universidad de León, al referirse a quién se encuentra legitimado para dictar normas y, por ende, para castigarnos, afirma: “El poder de dictar normas sancionadoras no ha de sustraerse a esos ciudadanos que van a ser destinatarios de tales normas y de las correspondientes sanciones, pues hemos quedado en que, conforme a las bases y los fundamentos del Estado de derecho, nadie es más que nadie para andar castigando a otros. La vía son los derechos políticos de los ciudadanos, derechos que les permiten, en un contexto de libertades y de debate plural y pluralista, participar en el proceso de formación de mayorías legitimadas para dar contenido a la ley, lo cual tiene mayor justificación y razón de ser cuanto más crucial es el contenido de la ley y cuanto más afecta a los intereses básicos y primeros de la ciudadanía”. *Op. Cit.*, p. 514.

²⁴ Fundamental, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, 4ª ed., traducción de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

establecidos democráticamente en el proceso de producción normativa, pues, al fin de cuentas, ellos son los destinatarios de las normas.

Pues bien, y ¿qué relación tiene esto con las denominadas “instituciones positivas”? Sucede que tal como se concibe en tiempos actuales la responsabilidad penal, cada vez más se ha ido fortaleciendo la idea que *toda* forma de responsabilidad penal tiene su origen en un sistema dualista de imputación: derivado de la institución negativa o de instituciones positivas. De la institución negativa se derivaría un rol general del ciudadano; mientras que de las instituciones positivas se derivarían roles especiales. También se afirma que el quebranto de la institución negativa da lugar a los denominados delitos de organización o de dominio; mientras que el quebrantar una institución positiva da lugar al denominado de delito de deber o de infracción de deber.

Respecto a la institución negativa se afirma que su contenido se resume en la sentencia “no dañar a nadie” (*neminem laedere*) y que con pequeñas variantes terminológicas ha sido recogida por los más importantes sistemas filosóficos²⁵. Pues bien, entonces según la casi unanimidad de la doctrina el fundamento último de la responsabilidad penal en los delitos denominados de dominio es la prohibición de dañar a otro. Fundamento que, por cierto, lo entienden claramente como *distinto* al fundamento de la responsabilidad en los delitos de infracción de deber, que se asienten sobre la idea del quebranto de una institución positiva.

Desde la dogmática penal se afirma que la persona responde por una “organización defectuosa” de su esfera de libertad, siendo irrelevante si actuó de forma activa u omisiva en el plano empírico, pues lo importante es determinar únicamente si ha infringido el deber general negativo de evitar organizaciones propias que afecten a otros. Se presupone, claro está, que el ciudadano ha tenido el dominio de la propia esfera de organización²⁶.

25 Así, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber*, en: Robles Planas, Ricardo (Director), *La responsabilidad en los “delitos especiales”*. El debate doctrinal en la actualidad, BdeF, Buenos Aires, 2014, p. 289, afirma: “para Kant, se trata de no inmiscuirse en las “esferas de libertad” ajenas; en la Filosofía del Derecho de Hegel, la máxima se concreta en el conocido “respeta a los demás como personas” (parágrafo 36), y para Schopenhauer, “el deber jurídico ante los demás es: ¡no dañes!; por citar solamente algunas de las formulaciones de este principio”.

26 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., ideas, Lima, 2019, p. 366.

De otro lado, cuando se habla de “instituciones positivas” se hace referencia ya no a un deber general que tiene todo ciudadano de “no dañar a nadie”, sino a ciertos deberes específicos que ostentan algunas personas y que los obliga a realizar acciones encaminadas a edificar un mundo en común, imponiéndoles jurídicamente prestaciones de ayuda y fomento²⁷. Precisamente aquí quiero detenerme un momento, pues antes de ingresar a analizar cuestiones dogmáticas sobre esta forma de construir la responsabilidad penal, debe repararse en algunas críticas que se han realizado a los delitos de infracción de deber.

Si se ve con algo de detalle podrá notarse que mientras para los delitos de dominio -que se cometen por quebrantar la institución negativa de no dañar a nadie- basta con que el sujeto no lesione bienes de terceros, para no responder penalmente; para los delitos de infracción de deber -que se realizan por quebrantar un deber especial- no basta solo con no lesionar, sino que el ciudadano *debe realizar prestaciones positivas* para salvaguardar o preservar un bien. En razón a estas obligaciones que se impondrían a los ciudadanos para poder sustentar un delito de infracción de deber, se ha acusado a estos delitos de representar o contener una *inadmisible moralización del derecho*. Entiendo que con ello se refieren a imponer ciertos *deberes morales* como el del “buen padre” o del “correcto funcionario” o del “buen contribuyente”. Pero ¿acaso ciertos deberes que tienen raigambre moral no pueden constituirse también en deberes jurídicos? ¿Significa ello romper con el principio de *laicidad* del derecho?

Hasta donde alcanzo a ver no existe razón alguna para que en un Estado liberal la protección de los derechos de los ciudadanos, mediante el recurso al derecho penal, tenga que plasmarse solo mediante obligaciones de no dañar, sino que, por el contrario, en ciertos supuestos también podría realizarse bajo obligaciones de fomento. Y es que finalmente lograr evitar las lesiones de bienes jurídicos importantes en una sociedad como la actual, tan dinámica y variada, no podría realizarse solo mediante prohibiciones, diciéndole al ciudadano “no mates”, “no lesiones”, etc., sino que en tanto habitamos un mundo pre configurado donde existen instituciones necesarias para la subsistencia social,

27 Respecto a los delitos de infracción de deber se recurre siempre a JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2° ed., traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, p, 791, quien refiere: “hay delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo (delitos de infracción de deber)”.

debemos exigir prestaciones especiales a quienes ocupan un *lugar* especial.

No imagino una sociedad actual donde el Estado no *exija* a los padres velar por la vida e integridad de sus hijos, de tal forma que despliegue normas que incidan en diversos ámbitos vitales. Para el derecho civil existen normas que obligan a prestar alimentos, al margen que el obligado quiera o no hacerlo. Para el derecho penal existen normas que obligan a los padres a responder bajo amenaza de pena por la vida de sus menores hijos, no siendo suficiente aquí el alegato de no haberlo “dañado directamente”, pues el *deber* que tienen frente a ellos es mucho más amplio, de forma tal que deben procurar todos los medios para preservarlos de cualquier lesión o daño. La “institución positiva” *vínculo familiar* genera una verdadera obligación jurídica, y no solo constituye una directriz de carácter moral²⁸.

Lo mismo ocurre para con los *deberes estatales*. El Estado a través de sus diversas entidades cumple funciones sociales y busca la concreción de aspiraciones básicas de cualquier sociedad (ante las cuales nos reconocemos mutuamente); ejemplo de lo primero son las atenciones en sectores como educación y salud, o la atención descentralizada de las necesidades de las poblaciones a través de los recursos que administran municipalidades o gobiernos regionales; ejemplo de lo segundo es la Justicia. Ni uno ni lo otro se podría lograr si los funcionarios a quienes se les otorga potestades no tuvieran deberes especiales de fomento. Es más, en un Estado de libertades no puede garantizarse la debida protección jurídica de la vida, el patrimonio o el honor si antes no se asegura el adecuado funcionamiento de la administración de justicia, a través de la imposición de ciertos deberes específicos a los funcionarios que en dicho ámbito actúan.

Por ello, se afirma que concluir que los deberes positivos no tienen cabida en el Derecho penal es, en la sociedad actual, incorrecto, pues si bien no puede negarse que los deberes positivos para la edificación de un mundo en común restringen el ámbito de actuación propio, esta restricción es absolutamente legítima. Y esto sería así porque las instituciones positivas

²⁸ Por ello SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Op. Cit.*, p. 292, nos recordaba que el propio Schopenhauer distinguía dos grandes grupos de estos deberes positivos: los familiares y los estatales, diciendo sobre el primer grupo lo siguiente: “Quien tiene un hijo se encuentra obligado a sustentarlo hasta que sea capaz de sustentarse a sí mismo... En efecto, mediante la simple no prestación de ayuda, es decir, una omisión, se lo lesionaría o incluso se le causaría la muerte”.

aseguran las condiciones fundamentales de existencia de la institución negativa, en definitiva, de la libertad. Se afirma, finalmente, que no se podría garantizar la institución negativa, la libertad individual, sin asegurar simultáneamente los medios para garantizar tal institución, medios que no son otros sino precisamente las instituciones positivas²⁹.

Además, como afirma Gómez Martín³⁰ “en un modelo de Estado intermedio entre un Estado liberal radical y otro totalizante, habría espacio para la protección penal de ciertas instituciones positivas. Creo que ello es así porque, como afirma el propio Sánchez-Vera, tiene pleno sentido que algunas instituciones positivas, como las que representarían las figuras de los padres, los maridos, los funcionarios o los jueces, produzcan efectos, pese a su origen moral, en el ámbito del Derecho penal, sin que ello implique una inadmisibles intromisión de la moral en el derecho”. Solo cabe recordar, de acuerdo con el propio Gómez, que lo que se protege no es la institución en sí misma considerada, sino el interés social que despierta la función prestada por dicha institución, pues, de lo contrario, el delito no podría ser entendido como la lesión de un bien jurídico, sino como la mera infracción de un deber de desobediencia al Estado³¹. Y esto tiene plena concordancia con lo que vengo afirmando respecto a los postulados axiológicos en un Estado de libertades, pues finalmente en dicho tipo de Estado se busca proteger la libertad y otros bienes jurídicos de trascendencia constitucional de los ciudadanos, sea a través de la imposición de deberes negativos o sea a través de mandatos de optimización o fomento (deberes positivos), siempre que ellos sirvan en última instancia para mejorar la convivencia social; es decir, se protege a la familia, a la administración pública y a la justicia porque ello redundaría en el individuo, no porque tengamos simples deberes de obediencia estatal o rindamos culto a las instituciones *per se*.

IV. ¿Puede un extraño responder penalmente por un delito de infracción de deber?

Hasta aquí he analizado algunos temas vinculados a los fines del derecho penal, al Estado liberal y a las instituciones negativas y positivas. Sobre estas últimas quizá solo reste decir algo adicional, de importancia para las ideas que siguen. Y es que

²⁹ *Ibidem.*, pp. 298-299.

³⁰ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *Réplica*, en: Robles Planas, Ricardo (Director), *Op. Cit.*, p. 386-387.

³¹ *Loc. Cit.*

normalmente se afirma que “ambas instituciones, la positiva y la negativa, deben ser diferenciadas tajantemente”³², pues obedecerían a fundamentos distintos. No obstante, considero errada dicha apreciación. Más allá de la construcción dogmática que se ha realizado en los últimos tiempos y que permite realizar un trato diferenciado a quienes intervienen en un delito de dominio o en uno de infracción de deber, no veo razones de fondo que obliguen a realizar tan tajante distinción. Entiendo con claridad que esta división tiene notables ventajas dogmáticas, pues permite atribuir responsabilidad penal, en un caso, en atención al dominio que haya ostentado una persona y, en el otro, teniendo en cuenta si quien era un obligado especial cumplió o no con su deber. No obstante, abrir una distancia entre estas formas de imputación puede conducir a ciertos equívocos, más aun teniendo en cuenta que en la realización de un hecho considerado delito intervienen normalmente una pluralidad de personas y a cada una de ellas, que contribuyen para la valoración global del hecho, le asisten deberes distintos, pero con una común ligazón: todos tienen prohibidos cometer o intervenir en la realización de delitos.

En la misma línea parece estar Peñaranda, cuando afirma que “es un error contraponer los “delitos de dominio” y los “delitos de infracción de deber” como si fuesen tipos totalmente distintos y sometidos a modelos de responsabilidad también radicalmente diferentes, con el riesgo (aquí sí) de que queden de este modo indebidamente escindidos y desconectados aspectos del hecho que son relevantes para la imputación en ambos casos”³³.

Pero bien, ya ingresando al tratamiento de los delitos de infracción de deber, es común leer en algunos autores la afirmación según la cual el *extraneus*, es decir, aquel que no posee la cualidad exigida por el tipo penal, no puede responder de forma alguna (cómplice o instigador) por el delito cometido por el *intraneus*, y ello sería así, precisamente, porque no poseen un deber especial y las expectativas garantizadas mediante los delitos de infracción de deber, no pueden ser defraudadas por aquellos. Así, por ejemplo, Robles Planas³⁴ afirma: “Por tal razón sigo pensando que aquel sujeto a quien no le alcanza el deber -el *extraneus*- no puede responder por esta clase de delitos: lo que haga u omita el *extraneus* es inocuo para el tipo que sólo sanciona

³² Así, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Víctor, *Op. Cit.*, p. 295.

³³ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, *Réplica*, en: Robles Planas, Ricardo (Director), *Op. Cit.*, p. 337-338.

³⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Réplica*, en: El mismo (Director), *Op. Cit.*, p. 353.

incumplimiento de deberes especiales, que ha dejado fuera, por tanto, las lesiones de bienes jurídicos producidas de modo general”. Incluso, exige el referido autor que “para el castigo del *extraneus* se requiere la tipificación expresa del merecimiento de pena de su conducta (como sucede en el cohecho o en el tráfico de influencias)”.

No obstante, desde el punto de vista dogmático y desde una perspectiva filosófica ¿existe alguna razón para que el extraño no responda penalmente pese a haber contribuido para la realización de un delito de infracción de deber? ¿Acaso no existe una norma general que prohíbe a *todos* los ciudadanos cometer o participar en la comisión de delitos? O ¿es que acaso el *extraneus* no es un ciudadano también obligado a evitar la comisión de delitos?

Desde el punto de vista dogmático, Sánchez-Vera³⁵ se ha encargado de demostrar que el planteamiento según el cual el extraño no puede responder penalmente, al margen de la contribución que haya brindado en un delito de infracción de deber, es inconsistente. Refiere que no es correcto afirmar que las expectativas garantizadas mediante los delitos de infracción de deber no incumben también a quien no se encuentra obligado positivamente. Lo que sucede -explica- es que la especialidad de tales expectativas reside en que no pueden ser defraudadas sin la concurrencia de un especialmente obligado por una institución positiva, pero nada más. Por ello, como conclusión de su razonamiento, indica: “La institución positiva únicamente puede ser dañada a través del obligado especial, pero, a través de él, pues, también incumben mediatamente al *extraneus* las expectativas positivas”. Agrega, finalmente: “Las expectativas de esas instituciones positivas atañen, pues, al menos de forma mediata, a todos”³⁶.

Por su parte, desde otra perspectiva, atendiendo al lugar que ocupa el bien jurídico dentro de la estructura social y teniendo en cuenta el acceso que al mismo tienen tanto el sujeto *privilegiado*, al situarse en una posición de dominio especial, como el *extraneus*, quien con su comportamiento penetra en una estructura social o institucional, Rueda Martín sostiene también la responsabilidad penal del extraño en un delito de infracción de deber. Así, refiere que “cuando un *extraneus* ha participado en un ataque al bien jurídico en el seno de estas estructuras sociales realizado por un *intraneus* que ostenta el dominio social típico o

³⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002, pp. 219-220.

³⁶ *Loc. Cit.*

que abusa de su especial posición de dominio, su conducta (de partícipe) contiene el desvalor que se expresa en el delito especial³⁷. Agrega la referida profesora que el ámbito de protección de la norma de los delitos especiales abarca todos los ataques al bien jurídico en el seno de tales estructuras, de manera que al *extraneus* también le incumbe la prohibición penal contenida en el tipo correspondiente³⁸.

Aún dentro del ámbito de la dogmática, existe otra razón más para incluir a los *extraneus* como responsables penalmente en un delito de infracción de deber. Y es que no se entiende por qué en esta clase de delitos no puede participar (y responder penalmente) el que no tiene un deber especial, cuando para los delitos de dominio es doctrina unánime que sí responde penalmente el que interviene, pero no tiene dominio del hecho (criterio usado para definir al autor). Para el caso de los delitos de dominio toda la teoría de la participación delictiva se ha construido sobre la idea que *autor* es quien *domina el hecho* (con sus respectivas matizaciones para el autor mediato y el coautor) y *partícipe* quien *no lo domina*, pero interviene sea determinando al autor a realizar el delito (instigador), sea colaborando en la preparación y/o ejecución del mismo (cómplice). Entonces, la *circunstancia de dominar el hecho es útil solo para fijar la autoría*, no para determinar la participación y menos para excluir de responsabilidad a quienes no dominan el hecho. Y ello es lógico por cuanto no puede utilizarse un criterio de delimitación (dominio del hecho para los autores) para, en base al mismo, excluir supuestos distintos (*no domino* de los partícipes).

Si ello funciona así, ¿por qué debería ser distinto para los delitos de infracción de deber? El argumento que estos delitos están contruidos sobre la *figura del autor, del obligado especial*, y que, por tanto, quien no tenga dichos deberes especiales, no puede responder penalmente, no convence. Ni siquiera para los delitos de dominio se afirma que la responsabilidad penal está contruido en torno al autor (y ello al margen que por un tema de técnica legislativa los tipos penales se referirían aparentemente solo a él), y que, por ende, los partícipes intervienen *accesoriamente* a través de él, pues hoy la doctrina afirma que la *accesoriedad* que resulta relevante es la que existe entre *todos los*

³⁷ RUEDA MARTÍN, M^a. Ángeles, *Réplica*, en: Robles Planas, Ricardo (Director), *Op. Cit.*, p. 420.

³⁸ *Ibidem.*, p. 421.

intervinientes y el hecho, no entre los partícipes y el autor³⁹. Tampoco para que el partícipe responda penalmente en un delito de dominio debe *ostentar el dominio típico*, pues, si así fuera, dejaría de ser *partícipe* para convertirse en autor.

Lo mismo rige para los delitos de infracción de deber. Es claro que el *extraneus* no tiene un deber especial que infringe, pues -al igual que opera para los delitos de dominio-, si lo tuviera, dejaría de ser partícipe para convertirse en *autor*. El *intraneus* es autor porque infringe un deber especial; el *extraneus* es partícipe porque *no* infringe ningún deber especial, pero sí contribuye a la realización del hecho⁴⁰. Las normas penales que sancionan delitos, sean de dominio o de infracción de deber, no realizan distinción alguna, pues finalmente están construidas para sancionar *hechos constitutivos de delitos*; la forma cómo se *distribuye* la responsabilidad por esos hechos, es un trabajo de la dogmática, que no necesariamente encuentra respaldo normativo.

Pues bien, corresponde ahora analizar si desde una perspectiva filosófica existen razones para dejar impune a quien participa, sin tener un deber especial, en la realización de un delito de infracción de deber. Para tal efecto, otra vez debemos ubicarnos en un Estado constitucional de derecho, políticamente liberal, en el que la sanción penal se justifica en cuanto sirve para proteger las libertades y otros bienes de importancia constitucional. En este orden de ideas, ¿tiene sentido acaso que el Estado proteja las libertades y otros bienes de los ciudadanos, pero solo parcialmente? Y es que para quienes postulan que el *extraneus* no puede responder penalmente al intervenir en un delito de infracción de deber, la consecuencia normal es *la impunidad* del mismo, salvo que -exigen ellos- el legislador tipifique expresamente su intervención.

³⁹ Sobre el *injusto único de participación*, fundamental, ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

⁴⁰ En esta misma línea, realizando las comparaciones entre delitos de infracción de deber y de dominio, SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Réplica*, en: Robles Planas, Ricardo (Director), *Op. Cit.*, p. 452. Afirma: "También en el delito de infracción de deber debería ser reconocido abiertamente, sin fisuras ni mayores problemas, que quien no infringe el deber del *status* especial positivo (vs. que quien no domina el hecho), de todas formas puede ser partícipe en el delito: sin infringiese el deber positivo (vs. si dominase el hecho) sería autor, y comoquiera que no lo infringe (vs. que no domina el hecho), pero ha llevado a cabo una contribución al hecho, es partícipe".

V. El deber penal de todo ciudadano

La posición que defiendo es la siguiente: en un Estado moderno el ciudadano no solo tiene derechos cautelados normativamente y cuya protección corresponde a las diversas instituciones estatales, sino que, a la vez, tiene obligaciones de diversa índole, como contrapartida al ejercicio de su libertad y como corresponsable del mantenimiento de dicho estado de libertades. En este contexto, **todo ciudadano tiene un deber penal al que no puede sustraerse: le está prohibido intervenir en la realización de un delito.** Este es el mandato que rige para todo ciudadano, no siendo importante, desde la perspectiva del fundamento último de la responsabilidad, si lo hace directamente, de manera conjunta, utilizando a otro, o interviene determinando al autor o contribuye para su ejecución. Tampoco es trascendente si el delito se comete en un ámbito de dominio general (delitos de dominio) o en un ámbito cualificado (delitos de infracción de deber). Estos ámbitos constituyen contextos de actuación en los que puede aparecer la responsabilidad penal y que, incluso, resultan complementarios, en la medida que todos ellos integran la realidad social. Darles un tratamiento diferenciado para efectos de una más nítida imputación jurídico penal es perfectamente entendible y se puede compartir, pero escindirlos por completo para, a partir de ellos, excluir responsabilidad, es algo que carece de fundamento.

Mi idea es que a cualquier forma de comisión de delitos le subyace el planteamiento general que he realizado: el que todos estamos prohibidos de intervenir en la realización de un ilícito penal. Lo que sucede es que el reproche es mayor en ciertos ámbitos de actuación, porque mientras ciertos bienes se encuentran “al alcance de todos” y cualquiera puede lesionarlos, existen otros a los cuales no cualquiera puede *acceder*, en tanto los mismos se encuentra bajo la esfera de custodia y fomento de ciertas personas con un *status* especial. Así, por ejemplo, el *status* de padre de familia o la posición de funcionario público, Juez o Fiscal, entre otros. En estos casos la posibilidad de vulnerar el bien jurídico no se presenta igual para todos los ciudadanos.

El obligado especial ostenta un *status* que lo coloca en una posición privilegiada respecto de los bienes que debe cautelar. Así, para el caso de la administración pública, no cualquier ciudadano puede disponer de los caudales de una municipalidad depositados en una cuenta bancaria, por más que quiera y se esfuerce en hacerlo. Sin embargo, el funcionario designado para el manejo de las cuentas públicas y con firmas registradas ante la entidad financiera, sí que pueda lograr con

mayor facilidad apropiarse de dichos fondos. Ello, por cierto, no cancela en absoluta la posibilidad que un *extraneus* colabore en la ejecución del delito, de uno u otro modo, contribuyendo así a la ejecución del hecho punible. En tal sentido, a ambos les está prohibido por igual cometer delitos, ambos tienen la obligación ciudadana de contribuir con un estado de libertades⁴¹, y ambos han ejecutado el evento delictivo, lo único que podría discutirse es la *fuerza* de la responsabilidad, pero no que esta exista.

Si han seguido con detenimiento lo que he venido esbozando, recordarán que Sánchez-Vera sostiene que “las expectativas de esas instituciones positivas atañen, pues, al menos de forma mediata, a todos”. Y precisamente por dicha afirmación se le ha criticado en el sentido que no existiría un *deber mediato* que se vulnera por los *extraneus*, pues en ellos no recae deber especial alguno y, por ello, no quebrantan ninguna institución positiva.

Más allá de que esta afirmación parte del equívoco conceptual de considerar que las *instituciones positivas* se construyen a partir de la figura del *obligado especial*, y no a partir de la función que cumplen en el entramado social (pues también con instituciones positivas se protege a los ciudadanos y a las instituciones que finalmente van a garantizar sus derechos), lo cierto es que prefiero construir la imputación de “abajo hacia arriba”. Es decir, no parto de derivar un *deber subsidiario* del extraño a partir de la obligación especial que tienen ciertas personas, sino que, en sentido inverso, considero que *todos* respondemos penalmente por participar en cualquier evento delictivo, con la particularidad que quien tiene un deber especial por poseer el *status* exigido por el tipo penal, tiene un reproche mayor y, por ello, se lo considerará siempre autor. De ello se colige que quien no tiene la cualidad exigida por el tipo penal, pero interviene en el mismo, solo será partícipe y *normalmente* se le debería disminuir el *quantum* de la pena.

⁴¹ En esta misma línea, afirma PAWLIK, Michael, *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 43: “Por consiguiente, la corresponsabilidad por el mantenimiento de un estado de libertades [*Freiheitlichkeit*] concierne a todos y cada uno de los ciudadanos. El reconocimiento de esta corresponsabilidad es, al fin y al cabo, un mandato de *fairness*”. Y, sobre el fundamento del deber de cooperar, agrega: “El deber de cooperación reforzado con pena encuentra el *fundamento de su legitimación* en la libertad de los ciudadanos, la cual solamente adquiere un valor estable real en el marco de un ordenamiento jurídico capaz de imponerse” (p. 45).

Palabras finales

Soy consciente que existen muchos temas vinculados a los delitos de infracción de deber que dejo en el tintero, pero este trabajo no tenía por finalidad tratar los diversos problemas dogmáticos que existen. Por el contrario, he centrado mi preocupación en establecer los lineamientos de un Estado liberal y la implicancia que ello tiene en el derecho penal. A partir de ello he tratado de demostrar que en un Estado constitucional de derecho, de corte liberal, se protegen las libertades de los ciudadanos y otros bienes de similar importancia no solo a través de prohibiciones, sino también utilizando mandatos de optimización o de fomento, y que en este contexto sí tienen cabida los delitos de infracción de deber, con las precisiones conceptuales que he realizado. Pero también he querido dejar claramente asentada la idea de que no existe razón alguna ni dogmática ni menos filosófica para que las personas consideradas como extrañas al tipo penal de los delitos de infracción de deber, no deban también responder penalmente. Podemos discutir la forma de la responsabilidad, el título de imputación, pero resulta inadmisibles plantear, sin más, la irresponsabilidad penal del *extraneus*, como si no fuera también un ciudadano, con todas las obligaciones que ello implica. No concibo un Estado que proteja a sus ciudadanos donde no se reproche penalmente la participación de estos en la comisión de delitos, pues finalmente la obligación de respetarnos mutuamente y preservar las instituciones que garantizan la libertad y los fines sociales que el Estado encarna, compete a todos.

CIUDADANÍA UNIVERSAL: UN RETO MUNDIAL PARA LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, EL GARANTISMO Y LA PAZ

DAMIÁN ARMIJOS, Álvarez¹

Introducción:

Cada día 367,000 personas nacen en el mundo y mueren otras 154,080 (Marroquín, 2014), todas son o fueron potencialmente discriminadas por una misma noción: la ciudadanía.

Todas las personas en el mundo son titulares de derechos fundamentales, uno de ellos es el derecho a la igualdad y está amenazado desde el primero hasta el último de nuestros días en virtud de un criterio universalmente compartido: la ciudadanía.

Los Estados en el mundo están llamados a respetar, proteger y garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales de las personas que lo habitan, pero estas obligaciones pueden limitarse a los extranjeros en virtud de un criterio: la ciudadanía.

Las sociedades del planeta no se desarrollan aisladamente, el intercambio comercial, científico, artístico, tecnológico, etc., comprende la interrelación de pueblos ubicados en diversas latitudes, sin embargo, el acercamiento de las personas está limitado por un mismo factor: la ciudadanía.

La ciudadanía tiene un poder bidimensional que permite a las personas gozar de privilegios o excluirla de los mismos, en el primer caso ese poder se manifiesta a través de la protección del

¹ Abogado de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca; Especialista Superior en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar; Fundador y Director General del Instituto Latinoamericano de Investigación y Capacitación Jurídica Latin Iuris.

Estado al que se pertenece, y, en el segundo, mediante la exclusión de un Estado al que no se pertenece.

Lo dicho no significa que las personas estemos inexorablemente condenadas a la exclusión del Estado ajeno. Todos los Estados gozan de reglas que permiten al extranjero acceder y permanecer en él, así como las condiciones en que debe darse su estadía, pero esto no deja de significar *prima facie* que estemos limitados -jurídicamente- a los confines del Estado al que pertenecemos.

Desde un enfoque de la población mundial, el beneficio que otorga la ciudadanía recae sobre las minorías, hasta el Estado más poblado del mundo es minoría frente a las grandes mayorías –que son el resto de la población mundial- excluidas por la noción de ciudadanía de dicho Estado. ¿Es jurídicamente aceptable sostener una institución que beneficie a unos pocos y al mismo tiempo perjudique a la mayoría?

Las sociedades han migrado a lo largo de la historia, en la edad de bronce Grecia recibió y fue habitada por tribus indoeuropeas. Roma en su expansión imperial estableció redes migratorias para las colonias conquistadas, así como leyes sobre la esclavitud y la ciudadanía que impulsó a extranjeros libres a venderse a sí mismos como esclavos con tal de obtener la ciudadanía romana (Perelló, s.f.). Cuando la hambruna llegó a Canaán, región en la que habitaba el pueblo hebreo, éste se movilizó y asentó en Egipto, mismo que los sometió a la esclavitud mediante el sistema de *corvea* por el cual quienes no podían pagar los tributos con la cosecha debían hacerlo con su trabajo como esclavos.

Razones para la movilidad humana existen en demasía, conflictos bélicos, hambre, trabajo, crisis económicas y políticas, catástrofes naturales, entre otras causas han impulsado el traslado de grupos humanos hacia circunscripciones territoriales ajenas a las de su origen.

Es oportuno entonces reflexionar si estas causas han acechado nuestros pueblos en algún momento de la historia o si estamos exentos de aquellas de tal forma que podamos evitar preocuparnos del fenómeno migratorio, también es necesario observar el comportamiento social frente a la migración y las garantías que nuestros Estados ofrecen para la protección de los derechos fundamentales de los migrantes y finalmente cabe diagnosticar la pertinencia de mantener la noción de ciudadanía, en aras de conservar la paz que se ve en riesgo ante la creciente oleada migratoria.

Si entendemos que el planeta es la casa común de todos los seres humanos sabremos que debemos cuidarnos mutuamente, entenderemos la necesidad del desarrollo simétrico de los pueblos aprovechando las ventajas que la naturaleza ofrece en diversas latitudes, comprenderemos que nadie es extranjero porque no se elige dónde nacer y crearemos condiciones para la convivencia pacífica a raíz de un derecho fundamental de carácter supraestatal: la ciudadanía universal.

Los derechos fundamentales como conquistas históricas

Pensar en la ciudadanía universal como un derecho fundamental puede resultar confuso, extraño o utópico en un mundo donde es inaceptable la libre movilidad humana universal, esto concierne una meditación especial sobre lo que son los derechos fundamentales y cómo se han establecido en nuestras constituciones.

Deben estar garantizados como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz: el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos civiles y políticos, los derechos de libertad, pero también, en un mundo en el que sobrevivir es cada vez menos un hecho natural y cada vez más un hecho artificial, los derechos sociales para la supervivencia (Ferrajoli, 2010, pág. 43).

En nuestros días es posible recitar un catálogo de derechos más o menos amplio. Hay tantos derechos como luchas sociales detrás de cada uno de ellos, esto significa que la conquista de derechos obedece a razones que merecen ser atendidas con el afán de compararlas con la situación de la migración y las respuestas que frente a ella ofrece la ciudadanía universal.

En el *ancien régime* no existían derechos individuales.

Los derechos civiles personales no existían. Cada uno compartía los derechos del grupo social al que pertenecía, ya sea un sector de la nobleza, una asociación de oficios, o cualquier jerarquía social. Cada sector o jerarquía social se regía por sus propias leyes y tenía sus propios tribunales. Los señores, dueños de tierras, tenían derecho de vida y muerte sobre quienes habitaban su señorío (www.cronotecagenealogica.com, s.f.).

Los derechos individuales llegan con la Revolución Francesa y el Estado Liberal implantándose con ellos la idea de la igualdad ante la ley, el respeto a la propiedad individual, entre otros.

Con la industrialización el trabajo humano se vio amenazado, hubo reducción de salarios y despidos masivos, esto dio lugar al nacimiento del movimiento obrero que tomó acciones radicales como la destrucción de la maquinaria e incendios de fábricas con el objeto de proteger sus derechos frente a la explotación laboral, la represión de los Estados causó que el movimiento pueda afianzarse internacionalmente y avanzar en la conquista de derechos laborales.

Los movimientos por la independencia en América Latina son también muestra de las conquistas de derechos de libertad alcanzados con sustento en la lucha social.

La historia más reciente nos deja ver que movimientos de universitarios, de mujeres, de maestros, entre otros grupos sociales, efectivamente han alcanzado sus demandas de mejorar su condición jurídica a través del reconocimiento y la garantía de sus derechos fundamentales.

Si buscamos un común denominador en los derechos fundamentales como conquistas históricas, podemos observar que existe un primer momento en el que se da la negación del derecho mediante la exclusión de quien lo demanda, en un segundo momento el excluido reacciona y adopta medidas -principalmente fácticas- para cambiar la situación y en un tercer momento los derechos son efectivamente reconocidos y protegidos por el Estado. Tristemente la historia demuestra que el tránsito del segundo al tercer momento implica el uso de una violencia desmedida que deviene en sangre, desaparición, muertes y guerras.

Enunciados estos momentos ¿en qué momento se encuentra la búsqueda del derecho a la ciudadanía universal?, ¿hay una conciencia colectiva de la necesidad de reivindicar la ciudadanía universal?, ¿la realidad social de la migración es lo suficientemente irresistible para que los Estados cedan?.

El derecho a la ciudadanía universal

La Real Academia de la Lengua Española establece el significado de ciudadanía como “cualidad y derecho de ciudadano” (Española, s.f.). En el ámbito jurídico las Constituciones asocian la noción de ciudadanía a la nacionalidad, de tal forma que el nacional de un Estado es además su ciudadano.

En el caso de Ecuador la ciudadanía constituye una condición que habilita a sus nacionales el goce de todos los derechos establecidos en la Constitución (art. 6), pero además la ciudadanía otorga privilegios en materia de hábitat y vivienda

(art. 30), protección en la niñez (art. 45), participación en asuntos de interés público (art. 95) y en los diferentes niveles de gobierno (art. 100), en la convocatoria a consultas populares (art. 104), en la participación de organismos del Estado como el Consejo de Participación Ciudadana (art. 209) el Consejo Nacional Electoral (art. 218) el Tribunal Contencioso Electoral (art. 220), así como en la iniciativa de reforma constitucional (art. Art. 441 y 442). (Constitución del Ecuador (2008), 2017).

En consecuencia, si la ciudadanía otorga privilegios solo a quienes la detentan, es consecuentemente excluyente con los demás. Se puede pensar que este beneficio y exclusión es equitativo en la medida que si estoy en mi Estado puedo disfrutar de las virtudes que ofrece la ciudadanía, pero si salgo de él tendré que sujetarme a las mismas condiciones de los extranjeros afrontan en relación al Estado que pertenezco. Precisamente es esa la lógica que permite a la ciudadanía operar en la actualidad, lo que implica que la ciudadanía lejos de ser un derecho que le corresponde a todo ser humano por su propia naturaleza, es un privilegio aislado en los límites de un Estado.

Si la ciudadanía se tratara de un derecho fundamental como la vida o la integridad física simplemente no interesaría al Estado receptor la condición del migrante, nadie que visita un Estado extranjero es muerto por razones de su origen, ni golpeado o torturado por la misma razón, pues se afectarían sus derechos fundamentales, pero si puede ser excluido de los privilegios que la ciudadanía otorga, ¿solo se afectan privilegios?, ¿qué pasa con los derechos fundamentales?

La ciudadanía impone varias limitaciones desde la óptica de la ciudadanía universal:

- 1) Acceso al Estado receptor. - el extranjero está impedido -en principio- para acceder al Estado al que no pertenece, para superar ese impedimento debe cumplir con los requisitos que las disposiciones legales que el ordenamiento jurídico del Estado receptor impone, tales requisitos constituyen *per se* una barrera.
- 2) Permanencia en el Estado receptor. - el extranjero que, cumpliendo los requisitos de acceso, permanece en el Estado receptor, está llamado a observar plazos de permanencia, de tal forma que su estadía no es ilimitada, lleva consigo la obligación de irse.
- 3) Libre movilidad humana. - quien no puede acceder no goza el derecho a la libre movilidad en su plenitud, aun cuando las razones de acceso sean de tránsito la

imposición de condiciones de acceso impiden el ejercicio del derecho a movilizarse en libertad por donde se desee.

- 4) Libre desarrollo de la personalidad. – toda persona tiene derecho a desarrollar su proyecto de vida, a buscar su felicidad, si estos propósitos los puede cumplir fuera de los límites geográficos de su Estado tendrá impedimentos impuestos por el Estado receptor.
- 5) Reconocimiento a la personalidad jurídica. - toda persona tiene el derecho de ser reconocido en cualquier parte como titular de derechos y obligaciones, la ciudadanía permite considerar que existen personas (extranjeras) ilegales y por tanto limita su reconocimiento como sujetos de derechos.
- 6) Libertad personal. – quien incumple las normas de acceso o permanencia del Estado receptor puede ser considerado ilegal y por tanto detenido y deportado a su Estado de origen, su libertad y posiblemente su vida e integridad está “legalmente” en riesgo.
- 7) Circulación y residencia. – aunque el ejercicio de este derecho está condicionado a las normas que cada Estado pueda establecer, visto desde la ciudadanía universal todo ser humano puede circular y establecerse donde tenga el deseo de vivir dignamente.
- 8) Igualdad ante la ley. – todos *los ciudadanos* son iguales ante la ley.
- 9) Participación. – Involucrarse en los actos de la vida cívica y política de la comunidad mediante la participación activa en un derecho jurídicamente restringido a favor de los ciudadanos.

La prevención de infracciones penales, la protección de la seguridad nacional, la seguridad, el orden público, la moral, la salud pública y los derechos y libertades de los demás (Convención Americana de Derechos Humanos, s.f.), son los motivos que sustentan la vigencia de la noción de ciudadanía, proponer algo que se oponga a tales principios sería un despropósito, pero es preciso pensar en la necesidad e idoneidad del mantenimiento de la noción de ciudadanía considerando los problemas que causa y los peligros que enfrentamos al no resolverlos.

Ningún Estado está exento de causas que puedan empujar masivamente a su población a otros territorios en busca de

oportunidades para la supervivencia. Vivo en un país que fue abatido por una crisis económica voraz, fueron sus migrantes los que permitieron sostener e impulsar el progreso económico, tras varios años después de la crisis, Ecuador pasó de ser un Estado emisor de migrantes a un Estado receptor, el conflicto armado en Colombia y después la crisis política, económica y social de Venezuela han convertido en Ecuador en uno de los países con mayor flujo migratorio en la región.

En el año 2015 la foto de Alan Kurdi, un niño Sirio que fue hallado muerto en la playa de Turquía causó impacto mundial y generó conciencia sobre la guerra en Siria y las causas de la migración, la historia detrás de su muerte implica necesariamente su consideración como ilegal. Alan (de 3 años) murió ahogado junto a su hermano (de 5 años), su madre y otras 12 personas Sirias que viajaban de Turquía con destino a Grecia, de toda la embarcación, el único sobreviviente fue su padre. La familia de Alan no recibió el status de refugiados que les permitiera viajar a Canadá y reunirse con sus parientes, así que buscaron una alternativa que solo les llevó al fatal deceso (Mundo, 2015).

Otras causas como las catástrofes naturales siguen impulsando a las poblaciones hacia lugares donde puedan establecerse y seguir con su vida.

En la actualidad, la población que debe abandonar su lugar de origen por problemas generados por las catástrofes naturales, es superior a los desplazados por conflictos bélicos, causas políticas o socioeconómicas. El calentamiento del planeta, inducido por la acción antrópica, ha originado cambios en el sistema natural y sus dinámicas, suponiendo este hecho, mayores periodos de sequía, mayor número de incendios, erosión, desertificación, deforestación, etc.; lo que ha generado en hambrunas, enfermedades y exilios (<http://www.pensandoelterritorio.com>, s.f.).

En el año 2012 solo hubo dos grandes terremotos, pero que supusieron un buen número de desplazados. Ocurrió en Yunnan, China (185.000 desplazados) y en Filipinas (182.000 desplazados). (...) El huracán Katrina, que asoló la zona de Nueva Orleans en 2005, causó el desplazamiento de 1,5 millones de personas y se calcula que unas 300.000 nunca regresaron a su lugar de origen. (...) Anualmente, hay entre 20 y 25 millones de personas en el mundo que se ven afectados por las inundaciones provocadas por tifones, episodios extremos de lluvia, ciclones o monzones. La mayoría se originan en el África Subsahariana (Chad, Níger, Nigeria o Sudán del Sur), donde este año se desplazaron algo más de 7,5 millones de personas, o Asia

(Pakistán, India, Filipinas, China o Bangladés) con 20 millones de migrantes. (...) Aunque existen diversos tipos de catástrofes, provocados por la propia naturaleza; la mano del hombre está ocasionando mayor número de fenómenos y de mayor magnitud, difíciles de predecir y de mitigar, con graves y peligrosos impactos para la población, que se verán obligados a migrar en las próximas décadas, estimando que en torno a 200 millones pueden hacerlo, en 2050, por estos motivos (<http://www.pensandoelterritorio.com>, s.f.).

Una película de ficción sobre el cambio climático llamada “El día después de mañana”, nos permitiría pensar que la población de un Estado receptor por excelencia como los Estados Unidos de América, podría ser empujada intempestivamente a sus países vecinos, la noción de ciudadanía, aplicada en estricto rigor, impediría la aceptación de esta oleada migratoria ficticia, en razón de proteger la salud, el orden o el interés público, puede decirse que en estos casos que la migración es de orden humanitario y los migrantes merecen la calidad de refugiados, pero esa es una calificación que no está asociada a causas naturales.

Sobran ejemplos de migraciones masivas movidas por causas de diversa índole y las tragedias que deben soportar frente a las limitaciones impuestas por Estados receptores que limitan su acceso por la noción de ciudadanía.

Pensar entonces que debe reemplazarse la noción de ciudadanía tradicional por la ciudadanía universal sería una alternativa, puede decirse que este reconocimiento arrastre aún más problemas de los que tenemos con la ciudadanía tradicional, pero saltan a la vista los peligros que se dan por no resolverlos.

La migración se combate como causa y no como efecto, aun cuando ésta obedece a una multiplicidad de razones. La ciudadanía universal sería un elemento que permita a los Estados involucrarse más en las causas que motivan la migración, entendiendo que en una comunidad global ningún Estado está exento de resistir las causas de la migración y todos somos potencialmente migrantes.

Esbozando un concepto podría decir que el derecho a la ciudadanía universal comprende el derecho que tiene todo ser humano a ser reconocido como parte del planeta en el que puede circular, vivir y disfrutar con la única limitación de cuidar del mismo y de sus semejantes.

Considero que el derecho fundamental a la ciudadanía universal debe ser reconocido en las Constituciones e instrumentos internacionales como un derecho de carácter supra estatal y consecuentemente debe generarse en sede internacional

la garantía idónea para tutelar este derecho como parte de las obligaciones internacionales que tengan como fin último precautelar la paz y la cooperación entre las naciones.

Un nuevo garantismo frente a la ciudadanía universal

El garantismo constituye el complemento *sine qua non* del constitucionalismo, a través del cual es posible que los derechos puedan alcanzar su grado máximo de eficacia.

El garantismo se manifiesta en la relación existente entre el Estado y el ciudadano, a mayor nivel de satisfacción de los derechos del ciudadano mayor será el grado de garantismo que pueda ofrecerle su Estado.

La ciudadanía universal ofrecería una variación al garantismo entendiendo por tal, la relación entre los Estados y los ciudadanos del mundo (universales) medible en el grado de satisfacción de los derechos fundamentales que aquellos ofrecen a éstos.

En la actualidad la negativa de acceso de extranjeros al Estado receptor está justificada por la soberanía estatal, así como por instrumentos internacionales que otorgan el poder al Estado receptor para establecer las reglas de acceso del extranjero. La consecuencia inmediata es que ningún Estado receptor tendrá responsabilidad internacional por negarse a recibir extranjeros.

El garantismo en nuestros días fue concebido sobre la idea de dignidad humana mediante la cual se estableció un orden público internacional que impida a los Estados violar los derechos fundamentales de *sus ciudadanos*, bajo pena de ser juzgados internacionalmente. El holocausto provocado por los nazis fue la demostración latente que la legalización del trato inhumano no puede aceptarse nunca más en la historia de la humanidad.

Los elementos que acarrea el criterio de ciudadanía tradicional no distan del todo. Una persona puede ser considerada ilegal, detenida, privada de sus derechos y deportada del Estado receptor poniéndose en riesgo su vida, y todo bajo argumentos legales.

Los Estados receptores a través de sus políticas y leyes migratorias además de limitar el acceso de extranjeros, los estigmatiza y fomenta el rechazo social interno, de tal forma que, inclusive, quienes acceden legalmente tienden a ser discriminados por su origen, causando una relación de superioridad-inferioridad entre grupos humanos, es una expresión –quizás indirecta- de una vulneración masiva y sistemática de los derechos humanos. Precisamente lo que se quiso combatir después de la segunda

guerra mundial subsiste en nuestros días con matices más o menos densos.

La transición de la noción de ciudadanía tradicional a la ciudadanía universal indudablemente traería una serie de desafíos, pero es en este período donde el garantismo tendrá un rol fundamental para la convivencia armónica con orientación a la evolución en las relaciones de las sociedades y sus Estados.

Mediante la garantía internacional del derecho a la ciudadanía universal, los Estados estarían avocados a combatir la real causa de la migración y no ésta como un problema internacional, de tal forma que el desarrollo de los pueblos pueda ser simétrico en virtud de la necesaria cooperación internacional.

Luego del reconocimiento del derecho a la ciudadanía universal, la primera garantía básica para su defensa quizás sea el establecimiento de responsabilidades internacionales por vulneración de este derecho.

Son dos pasos que el mundo debe adoptar bajo pena de su propia paz, y aunque los veo necesarios, también lejanos. Las aspiraciones de ciudadanía universal son poco consideradas por los migrantes, por el contrario, la noción de ciudadanía tradicional está sumamente arraigada, al punto que quienes migran desean la ciudadanía del Estado receptor.²

En este contexto, el reconocimiento de la ciudadanía universal como un deber necesario de la humanidad, quizás no sea el resultado de las exigencias puntuales de los movimientos migratorios, sino la necesaria consecuencia de su fuerza cada vez más empujante por el acceso a los Estados receptores.

En el año 2018, 107.192 personas han arriesgado sus vidas intentando llegar a Europa, se teme que 2.133 han muerto ahogadas.

“La realidad es que las personas refugiadas no arriesgarían sus vidas en un viaje tan peligroso si tuvieran la oportunidad de prosperar en el lugar en el que se encuentran” (<https://www.acnur.org>, s.f.).

Un garantismo renovado, orientado a la efectivización de los derechos de cualquier persona, con independencia de su ciudadanía es el reto que demanda la ciudadanía universal, considero preciso enunciar algunos de los retos que lo deparan:

- a. Universalización del reconocimiento. - Los retos que demanda la ciudadanía universal podrían superarse a

² En esta indagación al ingresar la palabra “ciudadanía” en el buscador de la página web de ACNUR encontré entradas como: “Refugiado propietario de restaurante, aliviado tras obtener ciudadanía en estonia”, “la ciudadanía trae nuevas esperanzas a minoría apátrida en Kenia”.

partir del reconocimiento de este derecho en los diversos ordenamientos jurídicos del mundo, lo que conllevaría la reflexión sobre el derecho en diversas latitudes del planeta. Cada pueblo conoce su historia y las causas de sus migraciones, conoce además el impacto que la recepción de extranjeros ha causado en su sociedad y puede proponer alternativas viables para enviar y recibir migrantes sin arriesgar sus derechos.

- b. Defensa jurisdiccional. – Los derechos sin garantías no tienen razón de ser, deben implementarse garantías de orden jurisdiccional que permita exigir el cumplimiento del derecho por parte de sus titulares y la población en general.
- c. Responsabilidad internacional. – El desarrollo de todo derecho conlleva el riesgo de su desconocimiento y negación, por lo que el establecimiento de responsabilidades internacionales para el Estado que lo vulnera es una garantía especial para la protección del derecho.
- d. Establecimiento de garantías mínimas. - Al igual que en la lucha contra la pobreza extrema (<https://www.undp.org>, s.f.) el mundo puede plantearse objetivos respecto de la ciudadanía universal cuya eficacia podría medirse en plazos específicos y de acuerdo a la realidad de los países.
- e. Cooperación internacional permanente. - Ningún Estado es inmune a soportar causas que provoquen migraciones masivas, la comunidad internacional entendiendo la potencialidad y vulnerabilidad de las naciones frente a estas causas, pueden establecer políticas de cooperación internacional que permitan a los grupos migratorios disponer de más opciones de destino, reduciendo el impacto migratorio en un solo Estado.
- f. Reciprocidad. - El Estado receptor siempre podrá ser emisor como reciprocidad a su acogimiento.
- g. Incentivo. - Los Estados emisores pueden establecer un programa de incentivos a sus nacionales que les

permitan retornar, superando las causas de la migración y continuar con sus vidas.

- h. Fomento de oportunidades. – La falta de oportunidades en los Estados emisores impulsa la salida de sus nacionales. El establecimiento de políticas internacionales que fomenten oportunidades en todos los países sería un factor motivante a la permanencia en los Estados.
- i. Trato equitativo.- Una de las causas del rechazo de los migrantes por los nacionales del Estado receptor es el trato inequitativo en el ámbito laboral, un extranjero es explotado laboralmente en razón de su *ilegalidad*, esta explotación segrega a los nacionales de las oportunidades de trabajo. La ciudadanía universal es una respuesta para combatir el trato inequitativo.

Uno de los caminos hacia la ciudadanía universal podría ser una suerte de reconocimiento de “ciudadanía regional”, la comunidad Europea demuestra en materia de movilidad humana, que una política comunitaria no está necesariamente condenada a la tragedia.

El libre tránsito de personas en la comunidad andina ha facilitado a originarios de Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Venezuela circular sin problemas entre sus países.

El requerimiento de pasaporte se está eliminando progresivamente entre unos países y otros, los Estados se están preparando poco a poco para superar una noción de ciudadanía que es excluyente y no permite hermanar el mundo.

La paz como modo de convivencia.

La Carta de las Naciones Unidas es el reflejo de las aspiraciones que nuestros abuelos y padres nos heredaron, soñaron con prevenir la guerra para salvar las generaciones del futuro, su experiencia más inmediata a la guerra les enseñó que la humanidad debe buscar la paz como modo de convivencia humana.

¿Es suficiente este legado para garantizar la paz de las generaciones futuras?, ¿Acaso, el fenómeno migratorio no se enfrenta con la dignidad, el valor de la persona humana, la igualdad de derechos de hombres y mujeres de naciones grandes y pequeñas como nos legó la Carta de las Naciones Unidas?, ¿estamos dispuestos a modificar el modo de convivencia y

garantizar la paz en pro de las futuras generaciones, al igual que nuestros padres y abuelos?

El ejercicio del poder en nuestros días difiere radicalmente de las formas de las generaciones pasadas, la implementación de los derechos humanos como normas que condicionan la actuación de los poderes públicos nos permite alzar la voz y exigir del Estado condiciones aptas para desarrollar un modo de vida, pero lo podemos hacer solo si somos ciudadanos.

Si mañana estamos abocados a migrar posiblemente no podremos exigir de la sociedad y del Estado receptor que se establezcan las condiciones que estimo necesarias para vivir con dignidad y paz.

¿Cómo entendemos la paz?, parecería que la paz sencillamente es la ausencia de guerra, no está considerada como condición de vida libre de violencia, concepto al que debemos evolucionar.

Las oleadas migratorias del presente dejan ver altos índices de violencia que además la sufren las generaciones del futuro. Miles de niños separados de sus padres en la frontera de Estados Unidos y México³ demuestran que las generaciones del futuro necesitan un compromiso presente de los gobiernos del mundo. La Carta de las Naciones Unidas quizás nos dio paz, la paz que se aspiraba en ese momento, pero puede resultar insuficiente para la paz que necesitan nuestros hijos.

El reto del presente es crear las condiciones que permitan un trato justo a quienes no han sido bien tratados en los lugares donde decidieron vivir, un principio de solidaridad internacional merece especial atención para asegurar una nueva forma de convivencia mundial.

Si todos los Estados se proponen instaurar mecanismos para elevar el nivel de vida de sus nacionales y extranjeros incrementará el progreso social y económico, la convivencia armónica, la tolerancia y la seguridad, condiciones necesarias para la paz.

Conclusiones

La noción tradicional de ciudadanía resulta más que un derecho un criterio de privilegios y discriminaciones, debemos evolucionar en este concepto por el de ciudadanía universal para evitar tratos inhumanos a la comunidad migrante.

³ <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-45013007>

Ningún Estado es inmune a las causas de migración de su población, esto hace necesario reconocer la necesidad de implementar en todos los ordenamientos jurídicos el derecho a la ciudadanía universal, que permita la libre movilidad humana y residencia en cualquier parte del planeta donde las personas tengan a bien desarrollar su proyecto de vida.

Las garantías que deben adoptar los Estados frente a la ciudadanía universal son urgentes, el riesgo es carecer de condiciones para la paz de las generaciones futuras.

DERECHOS DE LA NATURALEZA, CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN. POR UN NUEVO PACTO CIVILIZATORIO PARA PROTEGER LA VIDA Y LAS JUSTICIAS

CÓRDOVA VINUEZA, Paúl¹

Introducción

Para mirar el presente y pensar el futuro de esos derechos, es preciso advertir que el desarrollo se ha construido a partir de visiones excluyentes y desiguales para los derechos de los pueblos y la naturaleza. La búsqueda de un modelo de desarrollo propio y sus alternativas requiere alterar y reinventar los sistemas económicos, políticos, culturales y ambientales de dominación, incluso repensar aquellos imaginarios y prácticas en torno a la vida, la producción, el consumo y las maneras en que nos relacionamos como individuos y alcanzamos nuestras necesidades.

La existencia de aquellos derechos debe tomar distancias y marcar disputas con un concepto de desarrollo asociado a un modo de vida sustentado en la economía de consumo, centrada únicamente en el extractivismo de los recursos naturales y que ha creado prácticas y subjetividades orientadas a legitimar la reproducción social basada en la mercantilización de los derechos y servicios, la privatización de oportunidades, la exclusión para el desarrollo de capacidades y el sometimiento de la condición humana a los propósitos y bondades del capital, en su perspectiva de ponerle un precio a todo acto humano y de constreñirlo a la lógica de la operación económica: oferta-demanda-costo.

¹ Docente en la Universidad Central del Ecuador, Universidad Técnica del Norte y Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Doctor en Jurisprudencia (UCE) y Msc. de Investigación en Derecho, mención Derecho Constitucional (UASB-E).

¿Por qué del derecho al ambiente a los derechos de la naturaleza?

La incorporación de los derechos de la naturaleza en la Constitución ecuatoriana representa una señal potente de cambio civilizatorio y también supone un aporte al pensamiento crítico del Derecho.

Los ordenamientos constitucionales de la región y los instrumentos internacionales consideraron un importante avance el reconocimiento del derecho al goce de un ambiente sano y equilibrado por su íntima relación con otros derechos como la vida, la integridad física, el trabajo, la propiedad, la libre circulación, el desarrollo, la libre iniciativa económica, lo cual coadyuvaría a su mejor realización puesto que aquel derecho y los otros mencionados son parte de la protección del derecho a la vida. La preocupación de esos ordenamientos que han sido señalados en esta introducción con respecto al derecho al ambiente estaba orientada a cuáles serían las condiciones que permitirían el derecho al goce de un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

Christian Cao analiza el derecho al ambiente natural y al patrimonio cultural a partir de su cuidado en vinculación con el bloque de las normas socioeconómicas que puede repercutir en, al menos, tres sentidos.² Desde la perspectiva del objeto de la tutela del derecho, menciona que el derecho al ambiente tutela los bienes naturales y culturales para la satisfacción de las necesidades presentes. Sostiene que por un lado, el ambiente natural está asociado a los recursos naturales y serían los bienes que ofrece la naturaleza (suelo, subsuelo, flora y fauna, agua, minas) en cuanto no han sido transformados por el hombre y puedan serle útiles. Por ello, cree que todo uso, tratamiento o disposición de bienes –sea para consumo final o sea para la realización de actividades de reproducción- debe considerar el límite impuesto por la protección ambiental mediante el texto supremo y definidos particularmente por el legislador.³

La utilización de los recursos naturales para la satisfacción de las necesidades actuales se encuadra en un marco de provecho racional de los recursos naturales y se incardina con la proyección futura de su tutela. Para este Cao, el problema sobre la titularidad (presente y futura) del derecho al ambiente puede contenerse a partir de dos principios: el de sustentabilidad ambiental y el precautorio.

² Christian Alberto Cao, *Constitución socioeconómica y derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ediar, 2015, pp. 528-32.

³ *Ibid.*, p. 529.

Las problemáticas de afectación al ambiente no fueron resueltas con la declaración de este derecho ni con medidas constitucionales declaradas por la regla suprema como en el caso argentino reseñado por Cao y, problemente, acaso ahí pueda encontrarse la justificación para crear los derechos de la naturaleza como medida preventiva del propio ordenamiento constitucional que fortalezca los derechos relacionados con el ambiente. Las medidas constitucionales que podrían explicar la innovación de los derechos son condesadas por este autor como límites constitucionales al ejercicio de los derechos y mandatos legislativos orientados a los poderes constituidos:

- a) Que las actividades productivas actuales no comprometan a las generaciones futuras;
- b) La utilización racional de los recursos naturales;
- c) Consecuentemente, el deber de preservar el ambiente (natural y cultural) y la diversidad biológica;
- d) Que el daño ambiental genere prioritariamente la obligación de recomponer, y no la mera reparación compensatoria-pecuniaria;
- e) Proveer la información y educación ambiental;
- f) Establecer presupuestos mínimos de protección ambiental.⁴

No obstante, ¿cuáles son las razones por las cuales se encuentran tantos obstáculos para el goce del derecho a un ambiente sano y equilibrado a pesar de constar expresamente en las normas constitucionales? La problemática de la eficacia en torno a este derecho ocurre debido a que las sociedades carecen de una conciencia ambiental que permita incorporarlo en sus realidades de vida.⁵

El origen de esta carencia estaría en el corazón de la civilización occidental. Oviedo Freire lo explica así:

Los latinos-romanos empezaron la invasión, evangelización, colonización y civilización por la fuerza del ‘Cercano Oriente’, posteriormente de Europa del Sur, y finalmente de los llamados pueblos ‘bárbaros’ de Europa del Norte. (Los hombres rubios eran considerados como los más bárbaros –genéticamente hablando- por los griegos, que eran mayoritariamente de pelo negro; hoy irónicamente es al revés). A su vez fueron los europeos, hace 500 años los que se encargarían

⁴ *Ibíd.*, p. 532.

⁵ Al respecto, ver Alberto Acosta, *La maldición de la abundancia*, Quito, Aby-Yala, Comité Ecuménico de Proyectos, 2009 y Diego Carrión Sánchez y Ricardo Sánchez Cárdenas, *Pensar las alternativas. Economía extractiva y efectos comparados: turismo, petróleo y minería*, Quito, Rosa Luxemburgo, 2016.

de imponerla al mundo entero. El argumento y fundamento para ello fue la supraculturalidad de ‘occidente y de la razón’ sobre los esclavos, las mujeres, los pueblos no-occidentales, y la naturaleza, a través de su desacralización (extirpación de idolatrías) para proceder a su explotación despiadada. Y así centralizar todo, desde hace 2.000 años, en el hombre civilizado como fin de toda la existencia, y al cual todos deben prestar servicio: esclavos, mujer, naturaleza, materia, ciencia. Así hasta el día de hoy.⁶

Para este autor, el desprecio hacia la naturaleza se fue consolidando mediante el pensamiento de grandes autores que fueron exaltados y cuyos postulados se propagaron desde el conocimiento académico. Cita el caso, por ejemplo de Newton, quien dividió la vida en seres vivos y seres inertes, sujetos y objetos, donde consagró la superioridad del hombre y la inferioridad de la naturaleza como premisas máximas del monoteísmo-monárquico hasta la actualidad. Según Oviedo Freire, hemos seguido un listado de autores promulgadores y ejecutores del “embate contra la matrilidad (naturaleza-salvajes-mujer-sensibilidad-espiritualidad) y de encubramiento de la razón-materialidad-capital, que constituye el eje de existencia y fin del paradigma patriarcalista”.⁷

De ahí que el pensamiento occidental es el resultado de concepciones dominantes frente a la naturaleza para propiciar su explotación, negación y menosprecio. Para este autor, lo que tenemos es una pérdida de encanto por el mundo encaminado por la racionalización y banalización total de la vida que lo explica así:

Así se confirmó y consolidó la desacralización de la naturaleza (cosificación) comenzada por los racionalistas helénicos, quienes concretizaron teóricamente la separación y superposición entre unos hombres y otros (esclavismo), entre el hombre y la mujer (androcentrismo), entre el hombre adulto y el hombre joven (patriarcalismo), entre el hombre y los demás seres de la vida (antropocentrismo), entre el hombre ‘blanco’ y los demás hombres de la Tierra (racismo), entre la cultura europea y las demás culturas del mundo (eurocentrismo), ente los heterosexuales y los homosexuales (heterocentrismo), e incluso de Dios, al cual también conciben separadamente (teocentrismo).⁸

⁶ Atawallpa Oviedo Freire, *Buen vivir vs. Sumak Kawsay. Reforma capitalista y revolución alter-nativa. Una propuesta desde los andes para salir de la crisis global*, Buenos Aires, Ciccus, 2013, pp. 105-6.

⁷ *Ibíd.*, p. 109.

⁸ *Ibíd.*, p. 109.

Si la Norma Fundamental de algunos países incluyó la descripción del derecho a un ambiente sano y equilibrado, ¿ha sido suficiente para generar las políticas y la legislación encargadas de crear condiciones para su desarrollo? Las aproximaciones a esta pregunta de análisis pueden ser contestadas desde dos aristas. La primera, desde la perspectiva de las políticas públicas y su visión del desarrollo; y, la segunda, desde la perspectiva jurídica y sus efectos.

La optimización del derecho a un ambiente sano y equilibrado no es posible en medio de las condiciones de crisis civilizatoria universal y decadencia del esquema primario exportador. Por ello, este derecho ha sido reformulado en la Constitución ecuatoriana⁹ y se mantiene junto con un grupo de derechos que pueden representar los puntos de partida para justificar y pensar en otras formas de desarrollo: los de la naturaleza.

El rumbo de aquellos derechos, me refiero al de un ambiente sano y equilibrado y los de la tierra, está directamente relacionado con el rol de las capacidades del ser humano que enfaticen otras formas de desarrollo en función de todo aquello que realmente necesitamos como sociedad, con perspectivas de respeto a la naturaleza y la búsqueda de otras alternativas productivas en los ámbitos industriales, comerciales, culturales y de sobrevivencia.

La política constitucional socio-económica enfrentada a la justicia ambiental

Frente a ese canon del desarrollo –para asegurar la autoexpansión del capital–, la preocupación por lo que pueda pasar con estos derechos supone construir otro(s) paradigma(s): alternativas al desarrollo actual que interpelen las condiciones de producción y privilegien el estímulo de capacidades y oportunidades con responsabilidad ambiental e incentivando las fortalezas productivas de los pueblos y nacionalidades con sus modos de vida para vincularlos con el conjunto de políticas públicas hacia el desarrollo de sus culturas, conocimientos, sentimientos y pensamientos. Si queremos que los derechos en discusión tengan algo de futuro, aquello que postulo es una necesidad; pero, también, una decisión de responsabilidad para frenar el modelo acumulador y depredador que impera en el

⁹ El Art. 66, numeral 27 de la Norma Fundamental lo define como: El derecho a vivir en un ambiente sano, ecológicamente equilibrado, libre de contaminación y en armonía con la naturaleza”.

mundo. Pensar otro desarrollo es disputar la construcción de un nuevo pacto civilizatorio.

Para definir las contrariedades de los derechos de la naturaleza es preciso redescubrir la dimensión epistémica, material y territorial de su ejercicio. Para que estos derechos puedan ser activados se evidencia su escaso proceso de institucionalización, entendido como la falta de condiciones específicas para su desenvolvimiento y desarrollo, y, con ello, me estoy refiriendo a dos factores cruciales: i) la ausencia de servidores administrativos y judiciales imbricados en la vida cotidiana para que puedan intervenir oportunamente en las demandas de la gente sobre los derechos ambientales y sus acuciantes conflictos, y ii) la escasa dogmática jurídica y jurisprudencia potente en materia de protección ambiental que generen un pensamiento alternativo en operadores administrativos y de justicia para encarar los imaginarios y la cultura dominante que ignora las necesarias protecciones a la naturaleza.

Las deficiencias en el desarrollo normativo de distintas categorías expresadas en el texto constitucional sobre los derechos de la naturaleza ocasionan dificultades en los operadores judiciales en el momento de implementar aquellas categorías con relación a los actos normativos cuestionados por infringir los derechos *in comento*.¹⁰ Uno de los inconvenientes de la falta de discusión y capacitación de estos temas en la formación judicial,¹¹ la insuficiente investigación en educación superior sobre este tema y el atrasado tratamiento legislativo es un problema para el quehacer jurisdiccional: ¿cómo deciden los jueces la aplicación de principios, valores y reglas para amparar y reparar la naturaleza?, ¿es posible una colisión entre derechos del individuo y de la naturaleza?

¿Qué nos falta para impulsar el ejercicio de estos derechos? Son múltiples las variantes que se requieren, pero es menester empezar por mocionar la carencia de repertorios ciertos de acción social que se encuentren provistos de un correlato constitucional y procesal que ponga en funcionamiento las

¹⁰ Al respecto, pueden revisarse los trabajos de Gerardo Damonte, Manuel Glave y Juana Kuramoto, *Industrias extractivas y manejo de conflictos*, Lima, Grupo de Análisis para el Desarrollo, 2014; y Felipe Castro León, “La política extractiva petrolera frente a los derechos de los pueblos indígenas. Análisis de caso”, tesis de abogacía, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016, publicada en el repositorio digital de esa universidad.

¹¹ Renata Estefanía Nieto Moreno, *Acceso a la justicia según el Principio 10 de la Declaración de Río sobre medio ambiente y desarrollo en casos de daño ambiental en el Ecuador*, tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016, pp. 82 y ss.

garantías jurisdiccionales sin perder de vista el acompañamiento con el seguimiento social para la generación de conquistas jurisprudenciales y sus efectos políticos.

Es imperativo exigir a los jueces mayores compromisos y obligaciones con el derecho ambiental constitucional mediante la presión argumentativa que entraña la defensa de lo más mínimo de nuestra existencia cotidiana y la suya, esto es: los conflictos socioambientales quebrantan los derechos esenciales de la vida y, en realidad, es ella misma la que está en peligro de extinción.

Existen dificultades con lo que pueden aportar las garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos de la naturaleza, lo cual hace posible la agudización de las problemáticas en cuestión y sus dilemas civilizatorios.

Y quisiera enfatizar en estos señalamientos por una razón cardinal: en los límites de aquellas garantías se mide la capacidad de acción de los jueces, de lo cual se desprenderán las condiciones expansivas o restrictivas de las garantías existentes para proteger estos derechos y las razones para proponer una jurisdicción especial y una garantía constitucional exclusiva para obtener los resultados que aquí se discuten.

La vigencia de los capítulos cuarto –sobre derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades– y séptimo –sobre derechos de la naturaleza de la norma máxima– tienen diversas articulaciones para su concreción.

En primer término, están provistos de un ejercicio subjetivo que requiere condiciones ideológicas y políticas para proyectar construcciones materiales en los complejos contextos socioambientales. De otra parte, son derechos que demandan fuertes dosis de entusiasmo y demasiados esfuerzos para poner en evidencia la predominancia de relaciones sociales caracterizadas por un conocimiento de la vida sustentado en la negación del “otro”, a partir de un dominio cultural marginador que habilita o deshabilita el devenir de ciertos derechos.

Las sociedades están enfrentando en la actualidad un modelo de producción y desarrollo donde el sujeto y sus márgenes de sobrevivencia están por exceder los umbrales de sus posibilidades, si acaso no lo han hecho ya-. Por ello, este tipo de derechos contribuyen a un florecimiento del activismo social que puede aportar a un proceso expansivo y justificatorio del activismo judicial para superar los límites de la legislación ambiental en procura de resguardar los derechos ambientales. Lo que corresponde buscar, como siempre, son los recovecos dentro de la institucionalidad para materializar estos derechos.

La existencia de aquellos derechos debe tomar distancias y marcar disputas con un concepto de desarrollo asociado a un modo de vida sustentado en la economía de consumo, centrada únicamente en el extractivismo de los recursos naturales y que ha creado prácticas y subjetividades orientadas a legitimar la reproducción social basada en la mercantilización de los derechos y servicios, la privatización de oportunidades, la exclusión para el desarrollo de capacidades y el sometimiento de la condición humana a los propósitos y bondades del capital –en su perspectiva de ponerle un precio a todo acto humano y de constreñirlo a la lógica de: oferta-demanda-costo-.

Aquellos propósitos son viables si los Estados redefinen sus políticas públicas hacia visiones que rectifiquen el desarrollo hacia enfoques inclusivos para repensar la satisfacción de derechos, igual acceso a oportunidades y condiciones compartidas para producir. No se trata de vivir todos de la misma forma, sino bajo la expansión de iguales derechos para promover potencialidades humanas, oportunidades sociales y alternativas que respeten la vida de las personas, así como la protección de las libertades públicas para vivir y desarrollar(se).

El mejoramiento de las condiciones de los derechos *in comento* es posible mediante la descolonización de la vida humana y las maneras para armonizarla con el ambiente, lo cual será viable con políticas públicas en desarrollo inclusivo e innovación que privilegie el siguiente horizonte: la potenciación de capacidades humanas y la profundización de políticas redistributivas para alcanzar la articulación de prácticas de economía social y solidaria. Sin embargo, conviene también puntualizar que estas políticas deben reconocer y coadyuvar todas las expresiones -laborales, comerciales o industriales- de sectores que pueden tener diferencias y disensos con relación a los enfoques anunciados, pero que merecen de respuestas y oportunidades para innovar, producir y crear oportunidades.

La innovación radica en que hace falta un desarrollo que pueda crear otras estrategias y objetivos en las políticas, para reformularlas en la perspectiva de que las capacidades y potencialidades de los individuos se conviertan en ejes articuladores y generadores de nuevas riquezas y potenciadores de oportunidades, con su correspondiente redistribución hacia mayores mecanismos incluyentes que corrijan las desigualdades¹². No es posible un nuevo pacto civilizatorio sin la búsqueda de

¹² El desarrollo inclusivo como una estrategia y alternativa debe también profundizar los mecanismos de transparencia, así como mayor control administrativo y horizontal de las políticas públicas.

otros referentes y paradigmas para la vida, el desarrollo y la innovación.

El paso del derecho a un ambiente sano a los derechos de la naturaleza implicó precisar diferencias que también busquen otras comprensiones a aquellos inconvenientes que no fueron superados por el reconocimiento del derecho a un ambiente sano, calidad ambiental y calidad de vida. En la valoración del primero, correspondía un carácter instrumental, utilitario y económico; mientras que, en los derechos de la naturaleza, la valoración es intrínseca y propone valores propios; en el primero, la perspectiva es antropocéntrica y en el segundo es biocéntrica. El derecho al ambiente busca una justicia ambiental y los derechos de la naturaleza se orientan por una justicia ecológica; el tipo de ciudadanía en el primero es una ciudadanía ambiental con ampliación de derechos ciudadanos, mientras que en el segundo intervienen “meta-ciudadanías ecológicas con definición contingente a culturas y ambientes; las respuestas en el derecho al ambiente son la indemnización, la compensación y la reparación y en los derechos de la tierra las respuestas son la preservación y la restauración de la Naturaleza; y, finalmente, las aplicaciones del primero tienen énfasis en soluciones científico técnicas para una participación posible y en el segundo las aplicaciones son la incertidumbre y riesgo, principio precautorio, y la participación indispensable”.¹³

La tradición jurídica de identificar derechos a las personas naturales como los únicos sujetos titulares de aquellas prerrogativas desconoce otras nociones de convivencia y desarrollo; al mismo tiempo que consagra la idea de que el individuo es el único ser vivo. Esa tradición se enmarca en una noción de dependencia jurídica y epistémica que reproduce la colonialidad del poder, del saber y del ser en los conflictos socio-ambientales.

Sin embargo, el reconocimiento de los derechos de la naturaleza no se ha desarrollado en políticas públicas y decisiones judiciales, todas las cuales no han logrado disminuir los niveles de violencia hacia poblaciones enteras ni han logrado reforzar la protección de derechos de pueblos y nacionalidades en las políticas permanentes de explotación de recursos naturales. Aunque la Ley Fundamental ha innovado en materia de derechos

¹³ Eduardo Gudynas, “Los derechos de la naturaleza y la construcción de una justicia ambiental y ecológica en Ecuador”, en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Camilo Pérez Fernández (edits), *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, p. 119.

para la Pacha Mama y variados derechos colectivos, en distintos territorios existen hombres, mujeres y niños enfermos y excluidos, con serias restricciones en su derecho al agua, a la soberanía alimentaria y a la vivienda.

Desde que se realizó el cambio constitucional, conviene revisar qué pasó con la doctrina, la legislación y la jurisprudencia para atisbar si estos elementos han logrado describir e interpretar los alcances de los derechos a la tierra y si han conseguido los diversos instrumentos de política y gestión que las respectivas cláusulas constitucionales definen para los nuevos contornos públicos y privados en beneficio de estos derechos.

Se vuelve inexcusable una evaluación de las citadas disposiciones constitucionales por el transcurso de un tiempo prudencial al cumplirse cerca de una década de su promulgación. La experiencia de otros países es relevante al momento de pensar los esfuerzos de análisis cuando se innovaron en derechos afines como el caso de la norma de tutela ambiental en la reforma constitucional argentina de 1994, como lo sugiere García Minella:

La cláusula ambiental no ha habilitado por el solo hecho de su entrada en vigor, un cambio inmediato en nuestras vidas, pero ha sacudido algunas estructuras políticas, y jurídicas. Es a partir de los cambios que en ellas operan, que esta reforma constitucional ha sido para el ámbito material, mucho más que un buen comienzo. [...] Durante estos veinte años la consolidación del derecho humano a un ambiente sano ha sido definitiva a través de la doctrina y la jurisprudencia, los puntos más cuestionados y/o debatidos se han centrado en la estructura de federalismo de concertación y en la prohibición de ingreso de residuos potencialmente peligrosos. Fundamentalmente, creemos que la instauración de este derecho, ha permitido desplegar nuevas herramientas políticas y procesales para corregir las distorsiones y deficiencias estructurales del modelo que no permiten alcanzar la efectividad de los derechos humanos que la propia constitución define.¹⁴

En la región tenemos diferentes modelos constitucionales sobre los derechos subjetivos de las personas al ambiente y los derechos colectivos, donde se encuentra un diseño institucional de no regulación, la determinación de la interpretación constitucional

¹⁴ Gabriela García Minella, "La norma de tutela ambiental en la reforma constitucional argentina de 1994. Una evaluación de contenidos, veinte años después" en Marcelo Bernal, Calogero Pizzolo y Andrés Rossetti (coords), *¡Que veinte años no es nada! Un análisis crítico a veinte años de la reforma constitucional de 1994 en Argentina*, Buenos Aires: Eudeba / Universidad de Buenos Aires, 2015, pp. 263-4.

para su atención y distintas formas de tipicidad de los derechos. El problema ahora es cómo garantizamos su aplicación y ya no una cuestión de reconocimiento como lo sostiene Ricardo L. Lorenzetti:

El problema de la protección constitucional del ambiente, cualquiera sea el modelo constitucional que tengamos [...], no es la declaración constitucional y la tipicidad, ni tampoco es la legislación infraconstitucional –ya que tenemos suficientes tratados que contrapesan las ausencias de las declaraciones constitucionales o de las legislaciones infraconstitucionales–. El problema es la implementación y que el derecho no devenga en algo meramente declarativo, en un *soft law*, en el que se dice mucho pero se aplica poco. Este es uno de los grandes desafíos que hoy enfrenta la constitucionalidad ambiental: ¿cómo se decide la aplicación de toda la normativa de protección ambiental en la práctica?¹⁵

Las deficiencias en el desarrollo normativo de distintas categorías expresadas en el texto constitucional ecuatoriano sobre los derechos de la naturaleza ocasionan dificultades en los operadores judiciales al momento de implementar aquellas categorías con relación a los actos normativos cuestionados por infringir los derechos *in comento*.¹⁶ Uno de los inconvenientes de la falta de discusión y capacitación de estos temas en la formación judicial¹⁷, la insuficiente investigación en educación superior sobre este tema y el atrasado tratamiento legislativo es un problema para el quehacer jurisdiccional: ¿cómo deciden los jueces la aplicación de principios, valores y reglas para amparar y reparar la naturaleza?, ¿es posible una colisión entre derechos del individuo y de la naturaleza?

¿Qué nos falta para impulsar el ejercicio de estos derechos? Son múltiples las variantes que se requieren, pero es menester empezar por mocionar la carencia de repertorios ciertos

¹⁵ Ricardo L. Lorenzetti, “La evolución del derecho constitucional ambiental en América Latina” en Konrad Denauer Stiftung, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2014*, Bogotá, Año XX, 2014, pp. 317-326.

¹⁶ Al respecto, pueden revisarse los trabajos de Gerardo Damonte, Manuel Glave y Juana Kuramoto, *Industrias extractivas y manejo de conflictos*, Lima, Grupo de Análisis para el Desarrollo, 2014 y Felipe Castro León, “La política extractiva petrolera frente a los derechos de los pueblos indígenas. Análisis de caso”, tesis de abogacía, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016 y publicada en el repositorio digital de esa universidad.

¹⁷ Renata Estefanía Nieto Moreno, “Acceso a la Justicia según el Principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en casos de Daño Ambiental en el Ecuador” (tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2016), pp. 82 y ss.

de acción social que se encuentren provistos de un correlato constitucional y procesal que ponga en funcionamiento las garantías jurisdiccionales sin perder de vista el acompañamiento con el seguimiento social para la generación de conquistas jurisprudenciales y sus efectos políticos.

Es imperativo exigir a los jueces mayores compromisos y obligaciones con el derecho ambiental constitucional mediante la presión argumentativa que entraña la defensa de lo más mínimo de nuestra existencia cotidiana y la suya, esto es: los conflictos socio-ambientales quebrantan los derechos esenciales de la vida y, en realidad, es ella misma quien está en peligro de extinción.

Hay un cierto fracaso con lo que pueden aportar las garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos de la naturaleza, lo cual hace posible la agudización de las problemáticas en cuestión y sus dilemas civilizatorios.

No obstante, el fracaso no solamente puede detectarse desde el andamiaje de las garantías, sino a partir de la falta de atrevimiento de los sectores de la sociedad civil por sus omisiones en hacer funcionar garantías como la Acción de Protección, la Acción de Incumplimiento y la Acción por Incumplimiento para amparar derechos como la restauración de la naturaleza o la promoción y el respeto a los elementos del ecosistema. Y quisiera enfatizar en estos señalamientos por una razón cardinal: en los límites de aquellas garantías se miden la capacidad de acción de los jueces, de lo cual se desprenderá las condiciones expansivas o restrictivas de las garantías existentes para proteger estos derechos y las razones para proponer una jurisdicción especial y una garantía constitucional exclusiva para obtener los resultados que aquí se discuten.

La vigencia de los capítulos cuarto sobre derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades y séptimo sobre derechos de la naturaleza de la Norma Máxima tienen diversas articulaciones para su concreción.

En primer término, están provistos de un ejercicio subjetivo que requiere de condiciones ideológicas y políticas para proyectar construcciones materiales en los complejos contextos socio-ambientales. De otra parte, son derechos que demandan fuertes dosis de entusiasmo y demasiados esfuerzos para poner en evidencia la predominancia de relaciones sociales caracterizadas por un conocimiento de la vida sustentado en la negación del “otro” a partir de un dominio cultural marginador que habilita o deshabilita el devenir de ciertos derechos.

Las sociedades están enfrentando en la actualidad un modelo de producción y desarrollo donde el sujeto y sus

márgenes de supervivencia están por exceder los umbrales de sus posibilidades –si acaso no lo han hecho ya. Por ello, este tipo de derechos contribuyen a un florecimiento del activismo social que puede aportar para un proceso expansivo y justificatorio del activismo judicial para superar los límites de la legislación ambiental en procura de resguardar los derechos ambientales. Lo que corresponde buscar, como siempre, son los recovecos dentro de la institucionalidad para materializar estos derechos.

Lo que sí hay que tener muy presente es que los derechos de la naturaleza no están flotando en el aire ni tampoco las situaciones para su efectividad se desarrollan por sí solas. Tampoco es dable pensar que las condiciones para la realización de estos derechos deben adaptarse a los contextos actuales y sus escenarios. La perspectiva a no perder es que son los contextos institucionales y los escenarios procesales los que deben adaptarse hacia generar condiciones para su realización.

Seguramente, ni con estos derechos consagrados en el texto iusfundamental ni con más derechos en esta materia tendremos un ambiente resguardado y protegido porque el corazón del conflicto radica también en un modelo de desarrollo que silenciosamente agrava la vida. Si bien lo novedoso es que los derechos a la naturaleza evidencian también las profundas contradicciones del Derecho y cuestionan los intersticios entre su validez y eficacia, los resguardos jurisdiccionales con que podamos contar en la institucionalidad jurídica deben estar orientados a contener los factores nocivos de ese modelo porque al mismo tiempo que se puede aceptar una garantía para revertir un proyecto extractivista se impulsan cuatro nuevos proyectos de similar índole a escala regional y global.

En consecuencia, lo que se trata es de pensar estos derechos a partir de las propias experiencias de los pueblos, nacionalidades y comunidades en lugar de adaptarlos a las circunstancias cerradas que puede ofrecernos un ordenamiento jurídico, porque si éste tiene limitaciones, la consecuencia es una tutela endeble y frágil de aquellos derechos.

Cuando agotamos el análisis de estos derechos y sus formas de ejercicio a la visión monista que puede derivarse de las normas infraconstitucionales lo que hacemos es dar paso a concepciones homogéneas que clausuran las posibilidades de un Estado plurinacional e intercultural. Lo que nos queda es entretejer los criterios fragmentados del pluralismo jurídico para debatir maneras de exigibilidad y justiciabilidad de la protección de la naturaleza y los derechos de pueblos y nacionalidades, todo

lo cual también es pertinente ubicar en instrumentos internacionales y recogerlos para su mayor potenciación.

El desmoronamiento de la vida y de sus ciclos vitales requiere nuevas formas materiales y subjetivas de protección, así como de mejores mecanismos para su justiciabilidad por una razón esencial: la naturaleza, “donde se reproduce y realiza la vida”, ha sido blanco de una agresión sistemática y el Derecho ha sido incapaz de contener esa agresión. Entonces, el interés de los gobiernos por la explotación de minerales, petróleo y energía es un síntoma más de esa agresión y hay que cuestionar dónde se ubica el Derecho para actuar y, si una vez más devela su horror, hay que organizar los argumentos para promover litigios estratégicos que permitan salvaguardarla.

Ahora, hay que considerar que las interpelaciones sociales por la afectación a los derechos de la naturaleza no tienen siempre el mismo efecto y la misma contundencia. Más todavía, hay que tener claro que a la actual generación le corresponde pensar las alternativas y hacerlas viables.

¿Cómo entender que el Art. 73 de la Ley Fundamental señala que el Estado “aplicará las medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales”, cuando son precisamente las propias instituciones estatales que suscriben contratos con empresas que despliegan procesos orientados a generar todo ese tipo de afectaciones?

Por tanto, se trata que la actual generación logre combinar distintos esfuerzos y creatividades para deconstruir el Derecho y pensar formas de indisciplinar las tradicionales perspectivas con miras a ejercer y proteger los derechos porque está en juego el proyecto de proteger la vida, mediante la definición de protecciones y garantías especiales para cuidar la existencia. Cabe tener cuidado en que el Derecho no pueda responder en su totalidad y termine cediendo frente a las actuales y nuevas formas de agresión a la vida.

En efecto, las interpelaciones sociales deben identificar su objetivo: ¿hacia dónde hacerlo? Y es ahí donde se vuelve indispensable fijar un sentido emancipatorio y un pensamiento crítico que, así como identifique los límites de la modernidad constitucional, se encuentre dispuesto para proponer estrategias jurídicas creativas porque el Estado constitucional puede conferir contextos óptimos o peyorativos para las contingencias normativas que necesitan los derechos ambientales. El desafío consiste en ir más allá de lo que podemos encontrar en la

institucionalidad estatal porque la realidad ha demostrado que no es suficiente.

El tiempo de ocho años transcurridos desde la aprobación de la Norma Máxima nos aleccionó algo proverbial: la configuración de derechos a favor de la naturaleza también supuso imposibilidades para su ejecución y serias reticencias como la falta de preparación de la institucionalidad jurisdiccional para intervenir con formas de protección mediante las decisiones de los jueces. Por ende, no es pertinente adoptar una posición regresiva o despreciar el capítulo séptimo de la Norma Máxima, lo que conviene es hacer una evaluación objetiva sobre si la institucionalidad estatal y los procedimientos actuales responden o no a los grandes propósitos que expresan los derechos ambientales. Es imperativo dar cuenta de lo logrado y obstruido por la Constitución con un horizonte reflexivo: el reconocimiento de obligaciones y responsabilidades jurídicas para proteger la vida no debe alienar los dispositivos e interpelaciones populares para luchar por nuevos y mejores derechos para la naturaleza. Si no desplegamos todos los referentes contestatarios que tenemos a nuestro alcance y aquellos que aún no los hemos ensayado, el respeto integral a la existencia de la vida y su mantenimiento perecerá.

No es exagerado señalar que con la descripción constitucional de los derechos de la naturaleza se enajenaron las convergencias de acción social y cayeron en su trampa semántica: al consagrarse derechos se creyeron superadas las formas de agresión a la naturaleza y ya bastaba únicamente con incomodarse, cuando parecería que hemos perdido las capacidades de reacción.

No basta con que los derechos de la naturaleza declaren los daños ambientales y su tipo de impacto, aquellos deben estar acompañados de luchas sociales que posibiliten contrarrestar y superar eventuales afectaciones al ambiente. Y es ahí donde aparece una de las principales complicaciones de los derechos a la naturaleza que explico a continuación. En el Art. 72 del texto constitucional, se hace mención a la obligación del Estado y de personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados y que el ambiente tiene derecho a la restauración que será implementado en caso de impacto ambiental grave o permanente.

Hay que advertir que no puede adoptarse la idea que puede girar en torno a esta disposición de que sería posible admitir *cualquier* tipo de explotación a los recursos naturales porque luego operaría la indemnización y la reparación para

precautelar la restauración y la ejecución de medidas que eliminen o mitiguen las consecuencias ambientales nocivas. No sería dable consentir que el concepto que implica esa norma es que las vulneraciones a la naturaleza, como son posteriormente restauradas, pueden ser enteramente aceptadas cuando el problema radica en que se ignoran que los daños ambientales no pueden ser plenamente resarcidos porque sus consecuencias son precisamente irreparables.

Por tal razón, es menester plantear un giro en la comprensión y alcance de estos derechos: hay que expresar reparos a la reparación y resarcimiento del ambiente -de manera posterior al daño- y eso es efectivo si superamos la visión que legitima toda afectación con la justificación de que la naturaleza tiene derecho a la restauración y concentrar mayores esfuerzos, voluntades y entusiasmos por las políticas preventivas y proteccionistas.

Detrás de la idea de afectación al ambiente también hay que preservar la idea de afectación al individuo. De ello resulta necesario admitir que aquellas denuncias provenientes de experiencias de vulneración como las denuncias de pescadores por la contaminación de ríos y mares; los atropellos que sufren pueblos o nacionalidades por la extracción de hidrocarburos y las consecuencias de estas actividades; o, la disputa por tierras cuando están en riesgo derechos de pueblos y nacionalidades -por citar tres casos, entre otros-, deben ser también atendidos e interpretados como afectaciones al derecho a la vida de los individuos precisamente por los principios de reciprocidad y complementariedad entre ser humano y ambiente. Como lo sostiene Ramiro Ávila:

Del principio de reciprocidad se deriva, en la teoría de los derechos humanos, la idea de valor y respeto. Lo que se tiene que cuidar, proteger y promover tiene que ser protegido por el derecho, que es una noción abstracta que genera vínculos y límites al accionar humano. Si la naturaleza es recíproca con el ser humano y viceversa, conviene preservar esa interrelación por medio de la noción de derecho. Descuidar, desproteger y dañar la naturaleza afectaría irremediablemente al principio de reciprocidad. Además, si las relaciones son recíprocas, existe pues una razón más para poder aplicar la noción de igualdad y, por tanto, de no discriminar a una de las partes en relaciones equivalentes. Al ser la naturaleza un elemento universal que se complementa, se corresponde, se interrelaciona y con la que se tiene relaciones recíprocas, la consecuencia obvia es que debe protegerse. No hacerlo significaría alterar o descuidar las

interrelaciones entre los elementos de la vida que son absolutamente necesarias.¹⁸

Cuando existen distintas zonas en apremio socio-ambiental es pertinente pensar que no son radicalismos de los *pachamamistas* -descripción con la cual se busca descalificar los reclamos por transgresiones a la naturaleza-, sino que se trata de conflictos de distintos derechos y de riesgos para la vida de los animales humanos y no humanos. De ahí que es oportuno discutir el enfoque que está presente en el derecho a la restauración por impacto ambiental grave o permanente y la responsabilidad de indemnización por afectación a los sistemas naturales, por cuanto eso puede introducir la justificación de que toda explotación a los recursos naturales es posible y necesaria para el desarrollo nacional cuando el peligro es que existen actividades propias de las explotaciones que pueden significar destrucciones y alteraciones irremediables a los ciclos naturales y a la vida.

Para complementar este aspecto y en la misma línea de análisis, una dificultad que ha sido observada sobre estos derechos radica en que al momento de su interpretación al juez o al operador administrativo le corresponde hacerlo en el marco de la filosofía andina inspirada en el *sumak kawsay* y el principio de relacionalidad, entendido como aquello que todo está vinculado y conectado con todo, “no existe nada sin esta condición trascendental”. A partir de ese margen de apreciación, es pertinente la reflexión siguiente de Llasag Fernández:

La Constitución alimenta la contradicción referida [acumulación de capital en su momento especulativo y es contrario a principios de *sumak kawsay*] al considerar sectores estratégicos a la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua y los demás que determine la ley. Desde la visión de la filosofía andina no sectores estratégicos porque todo, incluido los denominados ‘sectores estratégicos’, están regidos por los principios de la filosofía andina: relacionalidad, correspondencia, complementariedad y reciprocidad, razón por la cual no son susceptibles de comercio y explotación con fines comerciales,

¹⁸ Ramiro Ávila Santamaría, “El derecho de la naturaleza: fundamentos” en Alberto Acosta y Esperanza Martínez (comps), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política*, Quito, Universidad Politécnica Salesiana / Abya-Yala, 2011, pp. 217-8.

sino únicamente para satisfacer las necesidades elementales de la vida y mantener el equilibrio de la ‘naturaleza’ o Pachamama.¹⁹

El reparo expuesto por Llasag está orientado por la perspectiva de que si bien la Norma Fundamental no prohíbe la explotación con fines comerciales, lo que hace es reservar para el Estado la administración, regulación, control y gestión de los mismos. Por ello, observa que la explotación o aprovechamiento de esos “sectores estratégicos” la puede delegar a la empresa pública y privada, “visión que es totalmente contraria al régimen del *sumak kawsay* y violatoria a los derechos de la naturaleza o Pachamama, toda vez que las personas y colectivos no tienen el derecho de explotar y aprovechar la naturaleza, sino únicamente de beneficiarse pero para satisfacer las necesidades elementales manteniendo su integridad, que no incluye fines comerciales”.²⁰

Revisar la institucionalidad jurídica para la protección de los derechos de la naturaleza

Este período de ocho años de vigencia constitucional nos ha aleccionado sobre los límites de la institucionalidad estatal para la materialización de los derechos objeto del presente estudio. Los golpes de las economías extractivas sobre los derechos humanos y el medio ambiente deja auténticas ²¹ experiencias reflexivas que deben servir para un nuevo derecho ambiental que innove las relaciones de poder entre intereses devastadores privados y comunidades locales, donde se reformule la presencia estatal para superar i) su escaso margen de acción o ii) su omisión cómplice en los niveles de exclusión y violencia.

Los desafíos por la protección y defensa al asunto en comento requiere examinar una constatación: no hay condiciones ideales, ni dentro de la institucionalidad estatal ni fuera de ella, para pensar un proyecto epistémico que ampare la naturaleza y sus ciclos vitales debido a las distintas carencias analizadas que evidencian dos factores centrales: i) las decisiones emitidas por servidores administrativos y judiciales tienen aprietos para promover el alcance de los derechos a la naturaleza en la sociedad

¹⁹ Raúl Llasag Fernández, “Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía indígena y la Constitución” en Carlos Espinosa Gallegos-Anda y Camilo Pérez Fernández (edits.) *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2011, pp. 89-0.

²⁰ *Ibíd.*, 89.

²¹ Al respecto, ver César Rodríguez Garavito (coord.) *Extractivismo versus derechos humanos. Crónicas de los nuevos campos minados en el sur global*, Buenos Aires: Siglo XXI, 2016.

ecuatoriana y, ciertamente, que pueden terminar por restringirlos; y, ii) esa sociedad se identifica por una desigualdad estructural e instituciones democráticas cada vez más cuestionadas que ponen al sujeto naturaleza contra las cuerdas.

Las condiciones para posibilitar los derechos *in comento* demandan la implementación de políticas institucionales y jurisdiccionales para formar situaciones de protección, defensa y reparación como las que se discutirán de aquí en adelante:

Algunos estudios coinciden en el imperativo de establecer una jurisdicción ambiental especial²² por cuanto en la actualidad los daños al ambiente, según su dimensión, son tratados por la autoridad administrativa o por los juzgados civiles y penales. Esta propuesta está centrada en los retos de enfrentar tres urgencias i) contar con jueces especializados y con conocimiento técnico al más nivel; ii) organizar judicaturas ambientales que respondan con celeridad y oportunidad las amenazas y eventuales riesgos en la materia; iii) formar jueces con otros criterios y conocimientos actualizados que puedan responder a la evolución y cambios del Derecho Ambiental.

El tipo de jueces que se solicita para encarar la resolución de los problemas socio-ambientales corresponde a perfiles innovadores para el ejercicio jurisdiccional. Como lo señala Lorenzetti:

Hoy necesitamos de los poderes judiciales como jugadores no ortodoxos. Si la estructura del poder no cambia, si las democracias generan incentivos negativos para la protección ambiental, es necesario que nuestros poderes judiciales estén presentes, así como las organizaciones de la sociedad civil, para proteger los derechos a la igualdad, los derechos de los inmigrantes y para proteger los derechos ambientales. Todos ellos, vinculados con la categoría de derechos económico-sociales, se encuentran en crisis en el mundo actual. Y es allí, en la defensa de esos derechos, donde los poderes judiciales adquieren un rol importante. Y con relación a nuestra región, es necesario llevar adelante el rol de jugadores no ortodoxos con ideas propias. Especialmente, porque los poderes judiciales de

²² Cristina Elizabeth Sánchez Saravia, "Estudio de las competencias jurisdiccionales y administrativas en la determinación de la responsabilidad ambiental en el Ecuador" (tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2011), pp. 122 y ss; Renata Estefanía Nieto Moreno, "Acceso a la Justicia según el principio 10 de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo en casos de daño ambiental en el Ecuador", p. 99; Judith del Rocío Rodríguez García, "Derechos ambientales de la naturaleza", tesis de abogacía, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2015, p. 87.

América Latina se han especializado por medio de su jurisprudencia, y debido a la realidad sociopolítica en la que se encuentran inmersos, tanto en la problemática de la igualdad como en la ambiental. La región puede así expresarse de un modo diferente y original en el mundo. La cultura jurídica latinoamericana tiene mucho para aportar a las demás culturas jurídicas.²³

Conviene discutir la facultad de que los jueces ambientales puedan adoptar medidas cautelares de oficio con la finalidad de restablecer una justicia ambiental y así propiciar las tutelas necesarias.

Considero oportuno debatir si la Acción de Protección es la garantía más adecuada para la protección de estos derechos. En el caso de Bolivia, existe la Acción Popular para resolver aquellos problemas del ambiente y su deterioro. Esta discusión que sugiero lo hago en razón de considerar desacertadas aquellas regulaciones legislativas y jurisprudenciales de la garantía ecuatoriana porque existen ámbitos que, siendo motivo de conflictos socio-ambientales, no podrían ser resueltos por esta garantía debido a su naturaleza residual y subsidiaria.

Derechos de la Naturaleza y derechos de pueblos y nacionalidades

La discusión actual sobre el estado de los derechos a la tierra no puede descuidar el abordaje de la realidad de los derechos de pueblos y nacionalidades. Una pregunta puede condensar estas implicaciones: ¿cómo resolver las tensiones entre los derechos e intereses de los pueblos y nacionalidades y los derechos e intereses del resto de la población, cuando existen de por medio posibles derechos de la naturaleza que pueden ser quebrantados y, más todavía, si podrían entrar, tantas veces, en conflicto con los primeros?

Existen precedentes jurisprudenciales²⁴ que marcan la ruta indisoluble entre los tipos de derechos anunciados como los siguientes:

“Al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, que podía estar afectando otros derechos básicos como el derecho a la identidad

²³ Ricardo L. Lorenzetti, “La evolución del derecho constitucional ambiental en América Latina”, p. 325.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos Comunidad Indígena Yakye Axa, Sentencia de 17 de junio de 2005, serie C No. 125 y caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, Sentencia de 29 de marzo de 2006.

cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.

La restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiere ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención. Cuando los Estados se vean imposibilitados por razones concretas y justificadas, de adoptar medidas para devolver el territorio tradicional y los recursos comunales de las poblaciones indígenas la compensación que se otorgue debe tener como orientación principal el significado que tiene la tierra para éstas.²⁵

Uno de los planteamientos de Quiroga Soria consiste en afirmar que los procedimientos administrativos consideren dos aspectos medulares para ser sustanciados: i) incluir y tomar en cuenta aspectos de los pueblos indígenas; ii) ser simples y accesibles; y, estar provistos de condiciones técnicas y materiales.²⁶ Esto se debe a la existencia de regulaciones pertenecientes al derecho público y al derecho privado que no facilitan la convivencia pacífica de la convergencia de sistemas normativos distintos entre el derecho estatal y el derecho indígena. El reconocimiento de la propiedad indígena en las normas legales y los precedentes jurisprudenciales, así como el respeto a los usos y costumbres de pueblos y nacionalidades, pueden contribuir para comprender otros enfoques para materializar el amparo a los derechos de la naturaleza.

La política nacional de contratación pública y los derechos de la naturaleza

Existen serios conflictos entre la definición del estatuto constitucional para el sistema económico como de “social y solidario” frente a la matriz productiva extractivista impulsada a partir de la aprobación de la Norma Fundamental en 2008.

Los derechos de la naturaleza y sus mecanismos de protección se enfrentan con la política constitucional relativa a los sectores estratégicos. En un esquema de economía “social y

²⁵ César Quiroga Soria, “Propiedad indígena y el cambio constitucional en Bolivia” en Liliana E. Abreut de Begher (direc. y coord.) *Propiedad indígena*, Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires / La Ley, 2010, 190-1.

²⁶ *Ibíd.*, 191.

solidaria”, lo que debería ser estratégico es la búsqueda de una relación más armónica del ser humano con su entorno.

La política constitucional socio-económica definida en la Norma Suprema de 2008 ha creado las condiciones para una política pública que desconoce y violenta los derechos de la naturaleza: a saber, las llaves de la definición institucional de la “última palabra” sobre la prohibición de la actividad extractiva de recursos no renovables en áreas protegidas y zonas intangibles no tiene la ciudadanía, sino la élite del poder político, según la disposición del Art. 407 de la C. R. E.

El desarrollo del modelo productivo extractivista, que se ofrece desde ciertas disposiciones constitucionales, se reproduce en un sistema débil de controles y límites al poder. La política pública de contratación de obras, bienes y servicios del Estado ha profundizado la matriz productiva extractivista y se ha caracterizado por los siguientes componentes: i) eliminación de informes de controles previos de Procuraduría General del Estado y Contraloría General del Estado desde el año 2008 con la aprobación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; ii) consolidación de un organismo rector de la contratación pública: antes INCOP, ahora Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP) que ha concentrado demasiadas atribuciones para el funcionamiento del sistema de compras públicas y las demandas de los actores de ese sistema lo han rebasado y superado para que ese órgano pueda cumplir cabalmente sus funciones; iii) la reducción de las competencias de control de la Contraloría General del Estado con la enmienda constitucional de 2015; iv) promoción de mecanismos discrecionales de contratación como el giro específico de negocios en las empresas públicas, el régimen especial para contratos de comunicación y difusión en entidades estatales, las contrataciones con proveedores únicos; es decir, tipos de contratación con escasos medios de control y seguimiento para la inversión de los recursos públicos.

La política de contratación de obras, bienes y servicios no ha sido capaz de estimular el desarrollo sostenible ni tampoco a los actores de la economía popular y solidaria. La asignatura pendiente del sistema en esta década consistiría en: ¿cuáles son los controles ambientales a los procesos de contratación pública? Los tipos de contratación previstos en la L. O. S. N. C. P. no contienen formas de protección y compensación ambiental en los procesos contractuales irregulares. El mecanismo de la Feria Inclusiva, que es el que más privilegia los actores micro, pequeños y medianos productores, ha sido el menos utilizado

durante los diez años del sistema de contratación pública y éste ha aportado poco en su desarrollo.

La política nacional de compras públicas en el Estado ecuatoriano promueve un modelo de producción sin límites humanos ni ambientales. Las políticas de ejecución presupuestaria y control del gasto público incentivan el consumo con escasos límites para el desarrollo sustentable porque el principal requisito es gastar y consumir para asegurar la asignación presupuestaria anual de cada entidad y el compromiso de la entrega de recursos.

La reducción de la desigualdad estructural no es el parámetro de control del gasto público y los procesos de contratación pública, sino que los controles existentes están hechos para proteger y favorecer a los grandes productores, contratistas y proveedores con el único fin de gastar el presupuesto asignado y comprometido. No es novedad que las entidades públicas se vean en la obligación de gastar todo su presupuesto en contratos de consultorías con escaso valor técnico, insuficiente seguimiento de su proceso contractual y mínima necesidad institucional para su realización, todo lo cual se justifica para asegurar el mismo presupuesto anual o uno mayor en el próximo año.

A manera de conclusiones

El desafío radica en pensar otra política de contratación pública y otro Derecho económico para un modelo de producción distinto. Hay una relación directa y perfecta entre la matriz productiva extractivista y la corrupción que Eduardo Gudynas la identificó a partir de los siguientes ejes: i) la imposición de emprendimientos extractivistas; ii) el debilitamiento de los controles estatales; iii) la invisibilización de los impactos locales; iv) la exclusión de los reclamos de transparencia; v) la inmunización de malas prácticas empresariales; y, vi) el reforzamiento de la cultura extractivista. La convergencia de esos parámetros daría como resultado una política extractivista corrupta.

Aquellos propósitos son viables si el Estado redefine sus políticas públicas hacia visiones que rectifiquen el desarrollo con enfoques inclusivos para repensar la satisfacción de derechos, igual acceso a oportunidades y condiciones compartidas para producir. No se trata de vivir todos de la misma forma, sino bajo la expansión de iguales derechos para promover potencialidades humanas, oportunidades sociales y alternativas que respeten la vida de las personas, así como la protección de las libertades públicas para vivir y desarrollar(se).

El mejoramiento de las condiciones de los derechos *in comento* es posible mediante la descolonización de la vida humana y las maneras para armonizarla con el ambiente, lo cual será viable con políticas públicas en desarrollo inclusivo e innovación que privilegie el siguiente horizonte: la potenciación de capacidades humanas y la profundización de políticas redistributivas para alcanzar la articulación de prácticas de economía social y solidaria. Sin embargo, conviene también puntualizar que estas políticas deben reconocer y coadyuvar todas las expresiones –laborales, comerciales o industriales– de sectores que pueden tener diferencias y disensos con relación a los enfoques anunciados, pero que merecen respuestas y oportunidades para innovar, producir y crear oportunidades.

LA OBEDIENCIA AL DERECHO: DESAFÍOS PARA UN ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

*ALARCÓN REQUEJO, Gilmer*¹

1. INTRODUCCIÓN

Sin duda, uno de los problemas centrales de la filosofía y la teoría del Derecho es el de la normatividad, obligatoriedad o fuerza vinculante del Derecho. Entre el Derecho y la moral o entre el Derecho y el poder coactivo suelen hallarse sus explicaciones². No es sólo una cuestión de separación conceptual entre el Derecho que es y el Derecho que debería ser, propio del positivismo, tema sobre el que debaten González Vicén y Elías Díaz, sino también sobre las consecuencias prácticas de la obediencia al Derecho desde una discusión entre iusnaturalismo conservador y positivismo moderado, tema sobre el que discuten Elías Díaz y Montoro Ballesteros. Discusiones que adquieren toda su relevancia cuando hoy día, como dice Juan Carlos Bayón, gana adeptos la idea de que no existe una obligación de obedecer al Derecho, a cualquier Derecho, para la que carecería de sentido la afirmación de que «no todo Estado es Estado de Derecho».

¹ Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid.

² BAYÓN agrega que esta tesis constituye también la base de las posiciones reiteradamente defendidas por Felipe González Vicén y Javier Muguerza en la conocida polémica, desencadenada a partir del célebre trabajo del primero, «la obediencia al Derecho», y que ha ido desarrollándose en España a lo largo de la década de los ochenta en torno a la existencia o inexistencia de una obligación moral de obediencia al Derecho. BAYÓN, Juan Carlos, “Obligaciones de creación no voluntaria: concepto y justificación de la autoridad”, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, p. 604.

2. LA RELEVANCIA MORAL DEL DERECHO, ENTRE EL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO Y LA SALIDA LIBERTARIA

En el clásico trabajo de González Vicén sobre la obediencia al Derecho, se encuentra una tesis genérica de la incompatibilidad entre autoridad (incluida la autoridad democrática) y autonomía y un propósito abiertamente normativo: poner a resguardo las conciencias individuales. La discusión de González Vicén con Elías Díaz terminaba en una conclusión libertaria: “No sé si mis argumentos habrán convencido a mi eminente crítico, aunque mucho me temo que no. Sea de ello lo que fuere, yo me atrevería a recomendar a Elías Díaz que meditara reposadamente sobre las viejas palabras de Montesquieu con las que cerraba yo mi trabajo y con las que voy también a concluir esta anticrítica: «En un Estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en no estar forzado a hacer lo que no se debe querer»³. Parece terminar en una ética de la convicción, en una ética de contenidos.

El gran tema de González Vicén ha sido que un fundamento presuntivo o condicionado de obediencia al Derecho sólo puede serlo, en el pleno sentido de la palabra, si el Derecho no contradice el mundo autónomo de los imperativos éticos. Si un Derecho entra en colisión con la exigencia absoluta de la obligación moral, este Derecho carece de vinculatoriedad y debe ser desobedecido. Tesis que ha sido seguida y, en cierto modo radicalizada, por Javier Muguerza⁴. Muguerza viene insistiendo en reivindicar para el pensamiento de la izquierda el usufructo de

³ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “La obediencia al Derecho. Una anticrítica”, *Sistema* nº. 65, marzo, 1985, p. 105. Es bueno recordar que para Montesquieu la «libertad es el derecho de hacer todo lo que las leyes lo permiten». *El espíritu de las leyes*, Segunda Parte, Libro XI-3, edición castellana de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Tecnos, Madrid, 1987. Según Peces-Barba, la “función de libertad, que conecta la libertad con la ley, es decir, como libertad jurídica en la forma en que MONTESQUIEU entiende el tema, en la tradición, que arranca de los estoicos, para ser libre hay que ser siervos de la ley (*Legum servi sumus, ut liberi esse possumus*. CICERÓN)”. PECES-BARBA, Gregorio, “Derecho y fuerza” en PECES-BARBA, Gregorio, FERNÁNDEZ, Eusebio y DE ASÍS, Rafael, *Curso de teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 113.

⁴ MUGUERZA, Javier, (*Desde la perplejidad Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo*), FCE, México, 1990, p. 366. La intervención de Muguerza en el debate González Vicén-Elías Díaz se puede ver en “La obediencia al Derecho y el imperativo de la disidencia (Una intrusión en un debate)”, *Sistema* nº. 70, enero, 1986, pp. 27-40 y “Sobre el exceso de obediencia y otros excesos (Un anticipo)”, *Doxa* nº. 4, Alicante, 1987, pp. 343-347.

las ideas de “individuo” y “sociedad civil”, hasta ahora abusivamente monopolizadas por el pensamiento de la derecha⁵. Muguerza, en el debate filosófico es conocido por desarrollar la idea de que el consenso en cuanto tal no pasaría de oficiar a la manera de un registro catastral de semejante expansión del coto vedado, cuyos primeros exploradores y colonos habrían sido los disidentes⁶. Presta atención al principio de autodeterminación, eclipsado -a su parecer- por la gran atención que se le ha venido prestando históricamente al principio de universalidad⁷.

La idea que preocupa a González Vicén y a Javier Muguerza, y que se encuentra en el fondo del debate con Elías Díaz, es la relación kantiana entre *imperio de la ley* y *dignidad humana*. Ambos reconocen que por ser su concepto el del *reino*

⁵ MUGUERZA, Javier, “contestación de los conferenciantes” en *Ética pública y el Estado de Derecho*, Seminario derechos humanos y ética pública, Instituto Juan March, Madrid, 2000, p. 142. Esta preferencia de Muguerza no conlleva necesariamente a la irrelevancia moral del Estado democrático de Derecho y a una actitud formalista del Derecho. Dice, parafraseando a Aranguren, que desde el punto de vista de la Ética pública: “naturalmente, *la democracia como institución* o «democracia establecida», según gustaba Aranguren de referirse a ella, es tan sólo una imperfecta materialización del ideal del *Estado democrático y social de Derecho* y requiere por eso del acompañamiento de *una instancia crítica*, designada por Aranguren bajo el nombre de «democracia como moral» (para nuestros efectos, cabría entender kantianamente la *democracia como moral* a la manera de una tarea infinita: la tarea, imposible de consumir pero impostergable, de hacer coincidir el *Derecho* y la *Justicia* o, cuando menos, de mantener en pie sin relajarla la necesaria tensión entre uno y otra”. MUGUERZA, Javier, *Ob. Cit.*, p. 74. La actitud libertaria de González Vicén y Muguerza se aleja de las pretensiones del Estado mínimo de NOZICK, Robert, *Anarquía, Estado y utopía*, FCE, México, 1998, y también de la otra idea de justicia sin Estado sostenida por Bruce L. BENSON en su libro *Justicia sin Estado*, Unión Editorial, Madrid, 2000.

⁶ Sobre el *disenso*, como fundamento de los derechos humanos se puede ver los escritos de Muguerza: “La alternativa del disenso (En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos) en MUGUERZA, Javier y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, edición preparada por Gregorio PECES-BARBA, Debate Madrid, 1989; *Ética y derechos humanos. En conversación con Ernesto Garzón Valdés*, Argés, Madrid, 1998.

⁷ MUGUERZA, Javier, “Primado de la autonomía (¿Quiénes trazan las lindes del «coto vedado»?) en ARAMAYO R., MUGUERZA J. y VALDECANTOS A. (compiladores), *El individuo y la historia. Antinomias de la herencia moderna*, Paidós, Bacerlona, 1995, pp. 133-152. Sobre la interpretación kantiana de Muguerza, también se puede ver, “Epílogo: la indisciplina del espíritu crítico (Una perspectiva filosófica)” en KANT, Immanuel, *El conflicto de las facultades*, trad. Roberto Aramayo, Alianza Editorial, Madrid, 2003, pp. 202-233; “Las razones de Kant (En torno a la interpretación de la ética kantiana por José Gómez Caffarena)” en MUGUERZA, Javier y RODRÍGUEZ ARAMAYO, Roberto (eds.), *Kant después de Kant. En el bicentenario de la crítica de la razón práctica*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 630-646.

de los fines, este reino no es algo que se dé en la realidad. La carencia de “realidad” del *reino de los fines* no descansa en la imposibilidad de su “realización”, sino que es un elemento constitutivo de su estructura conceptual. El *reino de los fines* no es algo dado, sino una “idea práctica” referida al “hacer y omitir” de hombres y mujeres. Por esto, dice González Vicén, aun cuando, como ya veía Schleiermacher, el concepto del *reino de los fines* apunta por su estructura al concepto del Estado, su significación es meramente negativa. No una respuesta al problema de la libertad en la coexistencia real de los seres humanos, sino un preliminar necesario para su planteamiento⁸. Este análisis kantiano del principio de autonomía y dignidad humana en Kant termina en estos autores con una cierta visión realista y pesimista del ejercicio del poder del Estado. Como buenos individualistas no son capaces de ver en éste sino a lo sumo un mal necesario.

Tampoco Elías Díaz ha dejado en la cuneta a Kant, solo que está más cerca del análisis del imperativo categórico kantiano interpretado por Rawls, Habermas y Nino, en los cuales el *reino de los fines* no es comprensible sin contar con la pluralidad valorativa. Es cierto, dice Elías Díaz, que lo originario está en la ética, pero como conciencia crítica tanto para obedecer como para desobedecer. La moralidad exige adhesión interior, la legalidad se conforma más con el mero cumplimiento exterior. Lo que no cree es que el impulso de la autonomía moral implique una moral individualista sin que comprometa a un diálogo interindividual y a la confrontación con razones éticas más o menos objetivas. Pregunta si nunca la conciencia individual puede concordar con ninguna norma jurídica, con ningún elemento de ningún orden social y político, ni siquiera con uno de carácter democrático. No cree que el dictado de la conciencia individual sea la depositaria exclusiva de la justicia⁹.

En esta crítica al profesor de La Laguna, coincide con otros autores, entre ellos Manuel Atienza: la afirmación de González Vicén solamente es sostenible si se niega que los

⁸ GONZÁLEZ VICÉN, Felipe, “El principio de autonomía y el concepto de Derecho” en *De kant a Marx (Estudios de historia de las ideas)*, pp. 41-50. Una interpretación más específica llevada a cabo por González Vicén sobre Kant se puede ver “Introducción a la teoría del derecho de Immanuel Kant” en KANT, Immanuel, *Introducción a la teoría del Derecho*, trad. Felipe González Vicén, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 15-45.

⁹ CORTINA, Adela, “Sobre la «Obediencia al Derecho» de Eusebio Fernández”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo V, Madrid, 1988, p. 519. GUIÁN, Esperanza, “Razones morales para obedecer al Derecho”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* nº. 28, Granada, 1988, p. 147.

imperativos éticos, aunque tengan lugar en la conciencia individual, pueden referirse a acciones que sobrepasen la conciencia y el individuo, es decir, a acciones sociales. Sólo si se niega a la ética toda dimensión social se puede eliminar la posibilidad de que exista un campo de coincidencia entre el Derecho y la ética, lo que no es fácil de aceptar, aunque pueda sostenerse lógicamente su afirmación. A Manuel Atienza, le parece problemático atribuir validez y objetividad a los imperativos de la conciencia individual únicamente por su referencia a un momento histórico específico¹⁰.

En la obediencia al Derecho, aunque haya de contentarse con la legalidad de la acción, tiene también que *poder* ser seguido por razones morales¹¹. El Derecho “podrá exigir obediencia, bajo amenaza de sanción, pero –producido democráticamente, por la voluntad popular– habrá de tener muy en cuenta el más amplio reconocimiento posible de esa libertad y de las exigencias éticas de la conciencia individual. De no ser así, hasta la propia validez y vigencia del Derecho quedará más pronto o más tarde gravemente amenazada”¹². En última instancia, tanto González Vicén como Elías Díaz comparten una filiación positivista moderada, críticos del positivismo legal o legalista, aquella teoría para la cual todo Derecho producido correctamente y revestido de validez formal obliga con independencia de su contenido¹³.

Moral y Derecho serían dos formas de legislación, que no difieren por el contenido del mandato, sino por la forma en que

¹⁰ ATIENZA, Manuel, “La filosofía del derecho de Felipe González Vicén” en AA.VV., *El lenguaje del Derecho. Homenaje a Genaro Carrió*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 69. Se puede ver, también, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan, “Entrevista con Felipe González Vicén”, *Doxa* nº. 3, Alicante, 1986, pp. 317-325.

¹¹ HABERMAS, Jürgen, *La necesidad de revisión de la izquierda*, p. 91. Es conocido el debate de Muguerza con el constructivismo consensual de Habermas. Se puede ver MUGUERZA, Javier, “Más allá del contrato social (Venturas y desventuras de la ética comunicativa)”, *Desde la perplejidad (Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo)*, FCE, México-Madrid-Buenos Aires, 1990, pp. 255 y ss.

¹² DÍAZ, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, p. 84.

¹³ Andrea Greppi, ha hecho una crítica al antiformalismo. Que todo intento de escapar del formalismo y seguir siendo positivista le parece infructuoso. GREPPI, Andrea, “¿Hay alternativa al formalismo de los juristas?”, *Jueces para la Democracia* nº, 41, julio, Madrid, 2001, p. 36. Su crítica, en cierto sentido, está basada en los presupuestos del empirismo hobbesiano y en el liberalismo procedimental. Sin embargo, creo que la crítica al formalismo sigue vigente. La preocupación por el valor de la justicia busca fijar un límite al libre juego de las voluntades humanas para que el procedimiento no degenera en un juego estratégico.

obligan. Creo que concuerdan, más allá de las discrepancias reales, en la necesaria relevancia de los contenidos materiales del Derecho pero sin caer en posiciones extremas: a) la injusticia de una ley no es una razón suficiente para no obedecerla, b) igual que la validez jurídica de la legalización no es siempre suficiente para exigir obediencia. Aunque sea en Elías Díaz donde se reconozca con más claridad un esquema moderado; obedecer puntualmente, siempre que la injusticia no sobrepase ciertos límites, caso contrario se justifica la disidencia.

En este aspecto es importante acudir al análisis realizado por Juan Carlos Bayón, cuando dice que quien justifica el deber de obediencia al Derecho y *apela al Derecho* como criterio de evaluación implicaría, en último término, aceptar razones morales, aceptadas en virtud de su contenido y como razones dominantes sobre los intereses de cualquiera. No pueden ser razones prudenciales del sujeto para justificar decisiones que se impone a otros. En conclusión, no pueden ser sino razones morales. Convencionalmente llamamos «morales» precisamente a las razones últimas. Pero “sería un tipo particular de razonamiento moral, con la particularidad estructural de incluir como premisas juicios descriptivos de la existencia de ciertas normas como parte del derecho vigente”¹⁴. Así es como Juan Carlos Bayón, coincide conceptualmente con la tesis de González Vicén, radicalizada con el *imperativo de la disidencia* por Muguerza, comparte con ellos la idea de que no puede haber una obligación moral *prima facie* de «obedecer el derecho». Ya que del mero hecho de que una conducta haya sido jurídicamente

¹⁴ BAYÓN, Juan Carlos, “El deber jurídico” en *Enciclopedia iberoamericana de filosofía. El Derecho y la justicia*, p. 329. Bayón, agrega, podemos notar la necesidad de que la comunidad se ponga de acuerdo o convenga en determinadas reglas para el seguimiento de una acción que antes de la legislación era indiferente y ahora resulta obligatoria, más aun tratándose del caso de la autoridad estatal que viene a constituir el “supuesto más importante de autoridad práctica”. *La normatividad del Derecho*, p. 624. Este mismo autor nos trae a la memoria a Aristóteles, cuando éste diferencia entre el punto de vista de los dioses y el de los mortales frente a la justicia política. Para los dioses la justicia es una en todas partes. Ante los ojos de los mortales, dice, la justicia política aparece dividida en natural y legal o convencional. La justicia política *natural*, su fuerza es la misma en todas partes, independientemente de que lo parezca o no (“lo que es por naturaleza es inmutable y tiene en todas partes la misma fuerza, lo mismo que el fuego quema tanto aquí como en Persia”). La justicia política *legal*, “la de aquello que en un principio da lo mismo que sea así o de otra manera, *pero una vez establecido ya no da lo mismo*”, (el subrayado me corresponde) por ejemplo, que se deba sacrificar una cabra y no dos ovejas. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, trad. María Araujo y Julián Marías, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p. 81 (1135a).

prescrita no puede constituir por sí misma una razón para realizarla. Y entiende que Elías Díaz y otros críticos de González Vicén tampoco han defendido la tesis de que ha de hacerse lo que el derecho exige simplemente porque lo exige: lo que verdaderamente le ha interesado subrayar a G. Vicén es que lo que no puede el derecho es *fundamentar* razones morales para hacer lo que exige. Para Bayón, el desacuerdo entre González Vicén y Elías Díaz le parece, en este aspecto, verbal y no sustancial¹⁵.

En este mismo sentido razona Ricardo García Manrique. González Vicén y Elías Díaz, en el ámbito de la doctrina española, son partidarios de lo que él llama la «tesis del valor moral de la seguridad jurídica»; en otro ámbito, Gustav Radbruch sería el mejor ejemplo¹⁶. Señala que es “fácil observar lo que une a estas tres concepciones de la seguridad jurídica: las tres establecen un vínculo necesario entre la existencia del derecho y la generación de seguridad jurídica; las tres niegan que en la sola base de la seguridad jurídica pueda justificarse la obediencia al derecho (aunque la de Radbruch se acerca mucho a eso); pero las tres le atribuyen algún valor moral, vale decir, sostienen la tesis del valor moral de la seguridad jurídica”¹⁷.

Esto quiere decir que en la visión de González Vicén y Elías Díaz se puede constatar una concepción de la obligación jurídica por un lado descriptiva y por otro, normativa. Descriptiva, no existe obligación moral *prima facie* de obedecer al Derecho. Sin embargo, también normativa, la mejor vía de legitimidad del poder es la democracia limitada por la ética individual. Esto es lo que Nino llama adoptar un criterio mixto para identificar uno de los conceptos jurídicos fundamentales, el deber u obligación jurídica: en parte descriptivo y en parte normativo. La tesis central del positivismo permite explicar la existencia de un punto de vista externo, un observador que puede identificar y describir el Derecho como un fenómeno social sin

¹⁵ BAYÓN, Juan Carlos, “Obligaciones de creación no voluntaria: concepto y justificación de la autoridad”, *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción*, p. 707.

¹⁶ Radbruch sostuvo la tesis de que “sólo en casos excepcionales, tratándose de leyes extraordinariamente injustas, cabe la posibilidad de desconocer la validez de tales leyes, por razón de su injusticia”. RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del Derecho*, trad. W. Roces, FCE, México, 1974, pp. 44, 51 y 52. Uno de los últimos trabajos sobre Radbruch véase GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Radbruch y el valor de la seguridad jurídica”, *Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva Época*, Tomo XXI, 2004, BOE, Madrid, 2005, pp. 261-286.

¹⁷ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Acerca del valor moral de la seguridad jurídica”, *Doxa* n.º. 26, Alicante, 2003, p. 481.

tomar partido acerca de su valor moral. Nino, reconoce que esta tesis es un denominador común en la que se puede reconocer los diversos matices de positivismo jurídico (Kelsen, Hart, Bobbio, Ross): “El derecho es un fenómeno social que puede ser identificado y descrito por un observador externo sin recurrir a consideraciones acerca de su justificación o valor moral o acerca del deber moral de obedecerlo y aplicarlo. En otras palabras, y para repetir un viejo eslogan: el derecho que «es» puede y debe ser cuidadosamente distinguido del derecho que «debe ser»¹⁸. La crítica al positivismo legalista tanto por parte de González Vicén como por Elías Díaz, saca a luz la lógica de un “pseudo positivismo” que reconoce fuerza moral obligatoria a todo derecho positivo por el sólo hecho de existir o de ser tal.

“¡Es tan cómodo no estar emancipado!” decía Kant. Por eso uno de los argumentos liberales clásicos es que la función del Derecho sea sólo crear las condiciones necesarias para el florecimiento de la individualidad y ponerse a buen recaudo del peligro de leyes que tengan sólo por objeto mantener la cohesión moral de la sociedad. Pero en la sociedad civil contingente y de competencia burguesa la existencia individual es también débil y precaria. Por eso la función de los derechos humanos es “atrincherar” ciertos bienes constitucionales, oponiendo barreras a su sacrificio en aras de la satisfacción de los intereses de otros individuos o del Estado. Frente a los fines del individuo, el Estado es un mal necesario. Pero esto es sólo una dimensión del problema, y donde los argumentos de González Vicén adquieren consistencia. Falta la discusión sobre la relevancia del poder político, de un lado para no aislarlo y de otro, para avanzar en la discusión más allá de las relaciones entre Derecho y moral, preocupación central del trabajo “Sobre la obediencia al Derecho” del profesor de La Laguna.

Se puede afirmar que en la concepción libertaria de González Vicén no encontramos una suficiente articulación de los

¹⁸ NINO, Carlos Santiago, *La validez del Derecho*, 148. Esta es una de las razones por la que Nino recupera a González Vicén como un crítico de la dogmática ontológica del Derecho: “Como sostiene Felipe González Vicén en una muy interesante monografía, el iusnaturalismo racionalista que había construido una ciencia jurídica fundada en axiomas autoevidentes y universalmente válidos, se encontró de pronto con un derecho positivo, vale decir contingente, que la ciencia jurídica no podría eludir incorporar a su campo de investigación. «La ciencia del derecho deja de ser constructiva para hacerse reflexiva, para constituirse como conocimiento de algo –los derechos históricos– que le es dado desde fuera como punto de partida absoluto. La ciencia jurídica debía dejar de ser creadora para convertirse en reelaboradora”. NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1997, p. 337.

límites del ejercicio de la libertad, como control formal y no formal en el marco del Estado democrático de Derecho, al que no se le puede adjudicar un valor moral propio sino sólo derivado. Sin embargo, se puede pensar también que cuando se exige un *fundamento ético absoluto* para la desobediencia al Derecho, tal desobediencia se vuelve muy exigente en cuanto a sus condiciones para ser legítima. En *El Federalista* nº. 63, James Madison hizo una afirmación, que hoy casi es de sentido común, «que la libertad puede peligrar por los abusos de la libertad tanto como por los abusos del poder»¹⁹.

3. LEGITIMIDAD DEL PODER POR VÍA DE LA LEGALIDAD: IUSNATURALISMO VS POSITIVISMO

El juicio sobre los límites de la obediencia al Derecho y la validez de la desobediencia depende del criterio de legitimidad del poder democrático que se asuma. Siempre que unos hombres ejercen un poder político sobre otros hombres, la cuestión fundamental para los súbditos es si ellos se someten por mera fuerza o porque consideran el poder legítimo, es decir justificado. Esta justificación siempre es concebida como procedente de una fuente moral ¿Qué significa legitimidad? ¿Cuáles son los pilares de ésta?

Según Elías Díaz, el principio del individualismo es necesario pero no suficiente para asegurar la legitimidad de un sistema político, por eso el principio democrático deberá erigirse como otro pilar, un pilar ético-político y procedimental, el criterio de las mayorías deberá ser la regla de decisión para orientar la actuación de las instituciones políticas y la normatividad jurídica. Hoy, frente a individuos con intereses diversos y una sociedad compleja, si el poder político quiere ser legítimo, una condición necesaria pero *no suficiente* es que sea democrático. La validez de las obligaciones ya no es independiente de las voliciones, valoraciones o acuerdos a los que pudiera llegar. No cabe duda que el procedimiento democrático, conforme al cual hemos de juzgar si una norma podría encontrar el asentimiento no coercitivo, es decir, racionalmente motivado, de todos los posibles afectados, no garantiza ni la infalibilidad ni la

¹⁹ MADISON, James, *El Federalista* nº. 63, en *Artículos Federalistas y antifederalistas. El debate sobre la Constitución americana*, Selección e introducción de Ignacio SÁNCHEZ-CUENCA Y Pablo LLEDÓ, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 175-176.

univocidad del resultado, ni tampoco que éste se obtenga en el plazo deseado.

Para Montoro, inspirado en el iusnaturalismo conservador, el Estado de Derecho es un bien, sin embargo, da la impresión de encontrar en la soberanía popular, el potencial del mal, por eso es que busca la estabilidad política a través de un activismo cognitivo y virtuoso de las élites, garantes de una comunidad moral. Desconfía del ejercicio libre de la voluntad de la mayoría y también de la capacidad racional y razonable del individuo, distante del individualismo ético. De ahí que no todas las doctrinas iusnaturalistas coincidan siempre –como suponen sus defensores- con una ética de la resistencia a la opresión, de la defensa de la persona frente a las pretensiones del Estado, de la libertad individual frente al sometimiento servil a la ley, de la autonomía frente a la heteronomía²⁰.

Elías Díaz observa que en los argumentos de Montoro se encuentra el despliegue de un cierto iusnaturalismo esencialista que, indirectamente, hace irrelevante las normas positivas aprobadas mediante el ejercicio de la voluntad de la mayoría, la identificación, cuando no confusión, entre Justicia y Derecho, entre criterio (absoluto ético) y regla de decisión jurídico política, “sólo es Derecho, y sólo puede ser Derecho, lo que coincide con el Derecho natural, es decir lo que coincide con lo que piensan los iusnaturalistas”²¹. Montoro, en este sentido, dejaría de ser un procesalista moderno para mantener la obediencia de los ciudadanos en el limbo de una comunidad moral, mediante un consenso sustantivo.

Cuando se exige tomarse en serio el formalismo, la imparcialidad constituye el núcleo de la razón práctica, sólo se dispone de procedimientos falibilistas de fundamentación de

²⁰ Según Bobbio, en los brazos protectores del derecho natural han encontrado refugio una y otra vez, según los tiempos y las circunstancias, las morales más diversas, tanto una moral de la autoridad como una moral de la libertad; han sido proclamadas tanto la igualdad de todos los hombres como la necesidad del régimen de la esclavitud; tanto la excelencia de la propiedad individual como la excelencia de la comunidad de bienes; tanto el derecho de resistencia como el deber de obediencia. Respecto a ciertas relaciones conceptuales entre iusnaturalismo y positivismo, agrega, “por jusnaturalismo entiendo la teoría de la *superioridad* del derecho natural sobre el derecho positivo; por positivismo jurídico la teoría de la *exclusividad* del derecho positivo. El jusnaturalismo es dualista; el positivismo jurídico, monista”. BOBBIO, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Fontamara, México, 1992, p. 68. Entre iusnaturalismo y dualismo no hay una relación necesaria y suficiente, hay autores positivistas que se pretenden dualistas.

²¹ DÍAZ, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, p. 108.

normas. El propósito expreso de Montoro, al desconfiar de los resultados de la democracia, es poner en tela de juicio uno de los presupuestos del positivismo jurídico, las fuentes sociales y democráticas del Derecho. Uno de los rasgos principales del Derecho positivo se basa en las decisiones reflexivas y contingentes del legislador político, por tanto modificables conforme a las exigencias de tiempo y lugar, esto exige una conducta legal, no obstante, también debe ser legítima.

Y como en las convicciones morales no cabe esperar que cobren para todos los sujetos una obligatoriedad, la observancia de tales normas sólo es exigible, situados en la perspectiva de lo que Weber llamaba una ética de la responsabilidad, si cobran obligatoriedad jurídica y se extienden a aquello que Kant llamaba *aspecto externo* de la acción, no a los motivos e intenciones, en relación con los cuales no cabe forzar a nadie. La moralidad procedimental emigra al interior del Derecho positivo pero sin agotarse en derecho positivo²². Así se puede prevenir la paradoja, de una creciente moralización del Derecho devenga una creciente

²² El debate sobre el positivismo ha sido renovado últimamente no sólo por la crítica iusnaturalista o los moralistas como Dworkin sino también por un cierto debate de «familia», y que algunos llaman crisis del positivismo. Juan Carlos Bayón nos recuerda que las discusiones internas se producen entre «positivismo simple», «positivismo excluyente» y «positivismo incluyente»; él parece defender un positivismo incluyente cuando sostiene que nuestros sistemas jurídicos tienen una regla de reconocimiento compleja, de manera que algunas normas pertenecen a ellos en virtud de su contenido y otras en virtud de su fuente. BAYÓN, Juan Carlos, "Derecho, convencionalismo y controversia" en NAVARRO, E. Pablo y REDONDO, María Cristina, *La relevancia del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 71. Ródenas cree que, en líneas generales, la crisis que se predica del positivismo jurídico afecta básicamente a la "versión fuerte" de la "tesis de las fuentes sociales". Defiende la idea de que ciertos estándares valorativos jueguen algún papel en la identificación del Derecho. RÓDENAS, Ángeles, "¿Qué queda del positivismo jurídico?", *Doxa* nº. 26, Alicante, 2003, p. 448. Moreso hace una defensa del positivismo inclusivo y crítica la postura del positivismo excluyente de Raz, propone abandonar la noción raziana de la autoridad, las normas como razones para desplazar nuestro juicio o balance de razones sobre una cierta acción. Sugiere una teoría de la autoridad compatible con la presencia de razones jurídicas no totalmente opacas a las razones subyacentes o dependientes. MORESO, Juan José, "En defensa del positivismo jurídico inclusivo" en NAVARRO, E. Pablo y REDONDO, María Cristina, *La relevancia del Derecho*, p. 110. Según Nora Martínez, la indagación de Raz acerca de la obediencia al Derecho es idéntica a la que se formula González Vicén, si el Derecho por sí mismo genera una obligación moral de obediencia al Derecho. Esta interpretación que hace Nora Martínez de la tesis de González Vicén no me parece convincente, prefiero asumir la interpretación que realiza el profesor Bayón. MARTÍNEZ, Nora, *La obediencia al Derecho en la España democrática*, p. 307.

desobediencia civil y traiga consigo una considerable inseguridad jurídica y la falta de estabilidad del sistema político.

Las reservas neoconservadoras de Montoro frente al positivismo jurídico tienen que ver con su temor que la legislación democrática se deje llevar por la demagogia y deje de lado la idea de unas leyes supremas de justicia material en tanto límites a ésta. Se nota en sus escritos una escasa preocupación por los riesgos que conlleva la incondicionalidad de una extrema posición moral: leyes del derecho natural, de una ética material de valores o, en términos neoaristotélicos, del *ethos* en que el que se ha crecido. Una desformalización ilimitada del Derecho supondría abrir las puertas a una inundación de orientaciones valorativas materiales, que además de controvertibles, muchas veces, son irracionales.

Se ha tenido el cuidado de diferenciar entre legalidad, legitimación y legitimidad democrática. Con Elías Díaz se afirma: ni *todo* positivismo es mera legalidad, como si fuera indiferente que ésta sea liberal o antiliberal, ni en modo alguno la legitimidad democrática se *reduce* a simple legalidad, ni mucho menos a positivismo²³. Hay que situar el problema de la obediencia no en el Derecho sino en la ética. *Legalidad*, entendida como sinónimo sin más de Derecho, de ordenamiento jurídico; *legitimidad*, puede tomarse como término equivalente al de justificación del Derecho y del Estado; *legitimación*, por su parte, alude al hecho social de la aceptación o no de la legitimidad²⁴. Así, el Derecho injusto es Derecho pero la validez jurídica no es siempre suficiente para exigir una obligación legítima. De este modo siempre es posible establecer, desde el punto de vista de un observador, la distinción entre legitimación y legitimidad, de la misma manera que es posible hacerlo con respecto a la creencia de la verdad de un tercero²⁵.

²³ DÍAZ, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, p. 57.

²⁴ DÍAZ, Elías, *Ob. Cit.*, p. 26. Liborio Hierro selecciona diversos motivos por los cuales los sujetos pueden cumplir con las exigencias de acatamiento del Derecho: mera coincidencia, cumplen por temor a la sanción, cumplen por utilidad, cumplen por respeto al orden jurídico, cumplen por respeto a la legitimidad, cumplen por adhesión. *La eficacia motivadora de la norma jurídica* no resuelve el conflicto entre Derecho y moral, por eso, el agente "debe" comportarse conforme a su convicción moral. HIERRO, L. Liborio, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, p. 117. Esta es una línea de razonamiento marcada por Bayón y Nino con la que estoy básicamente de acuerdo.

²⁵ GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *Derecho, ética y política*, p. 328. De hecho, el recurso al consentimiento fáctico como fuente de legitimidad puede conducir a resultados totalmente inaceptables desde el punto de vista ético. *Pasar del*

De aquí no se sigue sin más que necesariamente deba negarse el carácter de jurídico al sistema que se observa. Los peligros de la no separación conceptual entre Derecho y moral lo vieron Hart, Kelsen, Ross y Bobbio, sobre todo en una sociedad compleja de valores plurales²⁶. Es insostenible una santificación de la soberanía popular, tiene que admitirse metodológicamente un punto de vista externo; si el Derecho positivo es realmente más progresivo, aunque haya sido producido por una minoría ilustrada y bien informada no tardará en lograr la adhesión de las mayorías y si la mayoría quiere evitar injusticias, para exigir obediencia, tiene que cumplir con una exigencia mínima, ejercicio de la libertad crítica de expresión y la libertad de participación y decisión políticas²⁷.

Todo esto se articula con una idea primigenia de que los derechos fundamentales de la persona humana son exigencias de justicia y en tanto conquista histórica, constituye elemento esencial del sistema de legitimidad del Estado de Derecho²⁸. Hay una exigencia del iusnaturalismo contractualista moderado que es prudente reconocer, no todo se reduce a construcción voluntaria. Para evitar el problema de un voluntarismo extremo y una santificación de la voluntad popular, Elías Díaz recurre a la

*plano de las creencias al plano de lo debido es falso, no porque podamos no estar de acuerdo con lo creído sino por razones lógicas, es en este sentido, tanto Elías Díaz como Garzón Valdés aconsejan distinguir entre legitimación y legitimidad de una organización político-social. Si se aceptan estas distinciones conceptuales “habrá que concluir que el análisis exclusivo de la legitimación no proporciona criterios suficientes para decidir acerca de la legitimidad de un sistema político. Elías Díaz (1982) a puesto claramente de manifiesto el peligro que encierra la «sacralización» de la legalidad y su confusión con la legitimidad”. GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Acerca del concepto de legitimidad”, *Anuario de derechos humanos* nº. Madrid, 1988-1989, p. 362. Tengo la impresión que con el desarrollo del concepto de «coto vedado» por parte de Garzón Valdés, su coincidencia en torno al concepto de legitimidad con Elías Díaz ha ido decreciendo.*

²⁶ KELSEN, Hans, “¿Por qué obedecer al Derecho?” en *¿Qué es justicia?*, trad. Albert Calsamiglia, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 182-193. ROSS, Alf, “la doctrina de las fuentes del Derecho”, *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. Genaro R. Carrió, EUDEBA, Argentina, 1997, p. 135-139; BOBBIO, Norberto, “La desobediencia civil”, *El tercero ausente*, trad. Pepa Linares, Cátedra, Madrid, 1997, pp. 116-127.

²⁷ DÍAZ, Elías, *De la maldad estatal y la soberanía popular*, pp. 132-133. Sobre este asunto ya se dijo algo en el capítulo 3.

²⁸ Uno de los temas pendientes y que no termina de ser explicado por Elías Díaz es la idea de que los derechos sólo sirven como criterio de legitimidad del sistema político si derivan de principios, y que si alguna norma sobre el deber de obedecer a cierta autoridad es aceptada, que sea por sus propios méritos y no porque fue formulada por otra autoridad.

distinción entre «legitimidad de las normas» y «justicia de las normas», aun así, le falta ser más explícito y desarrollar más esta idea, aceptar –por ejemplo- la tesis de Rawls de la distinción entre obligaciones y deberes naturales o partir del reconocimiento de la tesis de Hart, un *canon mínimo de derecho natural*²⁹.

Este es uno de los flancos débiles de la postura positivista de Elías Díaz, criticado por el profesor de Murcia, por supuesto, no desde el contractualismo sino desde una ontología metafísica. Alguna forma del principio de la mayoría es necesaria, pero la mayoría se puede equivocar al legislar, más o menos intencionalmente e imprudentemente. Elías Díaz cree que la crítica de Montoro puede estar fundada con relación al positivismo legalista, opuesto a plantear problemas de legitimidad y de justicia y resistente a la posibilidad de un discurso racional sobre valores. Y, en efecto, este es un riesgo que siempre corre el positivismo, el fraccionamiento y la ruptura de la totalización a través de la cual se configura la realidad y, junto a ello, la deificación constante e inevitable de lo dado, de lo real. Pero en ningún caso, se trataría de cambiar la metafísica del iusnaturalismo neoconservador por la metaética del cientificismo.

La reivindicación mayor del positivismo es sobre todo metodológica, reivindica la autonomía científica del Derecho positivo, autonomía que no se ve coartada por el reconocimiento, hoy mucho más expreso que en el pasado, de una ética de carácter histórico que valora críticamente. En efecto, el punto de vista expresado en un grupo social como moralidad positiva, a través de un sistema de legitimidad variable, relativo e histórico, puede muy bien no coincidir con lo expresado por el legislador en un concreto sistema de legalidad, ni con el juicio de valor formulado desde una personal moralidad crítica. Se puede estar de acuerdo con Elías Díaz que el positivismo actual no se resuelve en «la mera aceptación de lo dado»; ni de lo dado como derecho positivo por un legislador, ni de lo dado como moralidad positiva por un sistema de valores socialmente aceptados.

²⁹ Según Rawls, si nos ponemos de acuerdo en una constitución democrática, como un caso de justicia procedimental imperfecta, uno acepta al mismo tiempo el principio de la regla de la mayoría y suponiendo que la “constitución es justa y hemos aceptado y pensamos seguir aceptando sus beneficios, tenemos entonces una obligación, así como un deber natural (y en cualquier caso el deber), de observar lo que la mayoría estatuye, aunque pueda ser injusto. De este modo resultamos obligados a observar leyes injustas, no siempre, por supuesto, pero sí siempre que la injusticia no sobrepase ciertos límites”. RAWLS, John, “La justificación de la desobediencia civil” en *Justicia como equidad*, pp. 93-94. Véase también HART, Herbert, “Obligación jurídica y obligación moral”, *Cuadernos de crítica* n.º. 3, UNAM, México, 1977, pp. 5-33.

De este modo el positivismo no resulta ser la ideología forzosamente conservadora e inmovilista, al servicio del orden instituido³⁰. Recuérdese que se ha expresado un compromiso con la justificación moral del gobierno, y en especial del gobierno democrático, y que lo que debemos encontrar son razones morales para obedecer las normas jurídicas³¹. En tal sentido diré que la idea de obediencia al Derecho -en Montoro- presupone la idea de una democracia sustancial que reclama un elitismo como vía de un acceso privilegiado a la verdad, un desprecio del *common sense*, de la argumentación pública, del compromiso y del entendimiento. Este modelo podría conducir a la plutocracia o a la autocracia. Por eso Montoro no ve grandes contradicciones entre democracia y dictadura, ambos podrían mostrar sus maleficios y no respetar un Derecho justo si no están mediados por una élite que «sabe» y que ejerce el gobierno con «prudencia»; las mayorías, por sí solas, no garantizan la iluminación del camino moral.

El modelo de Montoro supone la sujeción a la ley «democrática» con una fuerte desconfianza en la voluntad de los ciudadanos. Y este es un contrasentido, ya que un régimen constitucional no puede existir sin suponer un común sentido de la justicia, cuyos principios se reconocen como soporte de la constitución y guía de su interpretación, en tanto razón práctica. Se tiene que presumir que la mayoría de ciudadanos de una sociedad democrática, o un número suficientemente grande de ellos, desean ver que se realiza la justicia. El elitismo moral radical es contradictorio con un sistema democrático. La desconfianza en las capacidades de los ciudadanos lleva a la falta de autoconsideración y autorespeto. Así, no se puede sostener que el disenso civil descansa en la prioridad de la justicia y en las iguales libertades garantizadas por ella, la objeción de conciencia,

³⁰ Elías Díaz da por supuesto que hay y ha habido juristas positivistas que simulando no ocuparse de valores, o creyendo posible prescindir sin más de ellos, autocalificándose como meros técnicos, adoptan una actitud eminentemente acrítica, social y políticamente conservadora. Ser positivista no significa que necesariamente apueste por el cambio, lo cierto es que el positivismo se identifica con más de un criterio de legitimidad del sistema político. Bobbio habla de seis criterios de legitimidad. Tres son más favorables al mantenimiento del *status quo* (*ex parte principis*): el principio teocrático, el apego a la naturaleza como fuerza originaria, y la tradición. Los otros tres son más favorables al cambio (*ex parte populi*): el principio democrático del consenso, el apelo a la naturaleza ideal (iusnaturalismo deontológico) y el progreso histórico. BOBBIO, Norberto, *Estado, gobierno y sociedad*, p. 117.

³¹ NINO, Carlos Santiago, “La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia” en *El Constructivismo ético*, p. 124.

por ejemplo, sólo estaría garantizada en mandatos heterónomos, en la fuente de minorías y la divinidad. La paradoja tomista neoconservadora que impulsa el uso de la razón y refuerza los impulsos morales de la gente a través de la prudencia, al final todos los entes obedecen a la «ley eterna», de manera espontánea y naturalmente.

Es cierto que a estas alturas nadie va a negar el papel que desempeñan las minorías, pero no sólo las minorías políticas, sino también las minorías culturales y las minorías étnicas, en general, las diversas minorías que componen la sociedad civil. El error de Montoro es que a veces, cuando habla de las minorías, parece estar hablando de minorías, «especialistas de lo justo»³². Entonces las normas jurídicas no se legitiman por su origen sino por su contenido sustantivo. «La legitimidad como la justicia son categorías ontológicas, la legitimidad (*validez filosófica*)»; la legitimidad hace referencia a los valores que inspiran el Derecho y en función de los cuales el Derecho trata de perfeccionar ética y técnicamente el ámbito de la vida social que él ordena. Sólo en estos términos, del momento constitutivo del derecho puede hablarse de Derecho justo y de Derecho injusto³³.

Montoro ha pretendido trascender argumentos más allá de su posición iusnaturalista ontológica y acercarse a los argumentos defendidos por Carlos Santiago Nino y Eusebio Fernández, quienes defienden una teoría procedimental de la justicia que, pasando por Kant, asumen tesis del neocontractualismo rawlsiano y el liberalismo político no metafísico.

Nino trata de defender una concepción deliberativa de la democracia, según la cual, las leyes sancionadas democráticamente las obedecemos por razones epistémicas y no por razones sustantivas. El sentido de las leyes sancionadas democráticamente reside en que ellas nos proveen de *razones para creer que existen razones para actuar o decidir*; las leyes democráticas no son en sí mismas razones para actuar o decidir³⁴.

³² En una línea conservadora, creo que Ignacio Sánchez Cámara, en la doctrina española, desde hace buen tiempo, viene investigando y defendiendo las tesis sobre minorías selectas y su relevancia en la política y el Derecho. De este autor se puede ver *La teoría de la minoría selecta en el pensamiento de Ortega y Gasset*, Tecnos, Madrid, 1986 y *De la rebelión a la degradación de las masas*, Altera, Barcelona, 2003.

³³ MONTORO BALLESTEROS, Alberto, "Utopía y realidad en la protección de los derechos humanos", pp. 246-247.

³⁴ NINO, Carlos Santiago, *La constitución de la democracia deliberativa*, p. 187. Según Nino, "Las leyes sancionadas por gobiernos autoritarios están completamente sujetas a la paradoja de su propia superfluidad para el razonamiento práctico. Sólo por el hecho de continuar con la práctica, esas

En estos argumentos es notorio el contraste entre la obediencia a un gobierno democrático y al que no lo es; un gobierno no democrático no justifica la suspensión de la propia reflexión y no cuenta con ninguna presunción de legitimidad. Según Nino, el origen democrático de una norma jurídica es relevante para el razonamiento práctico porque proporciona razones epistémicas, *razones para creer que tenemos razones para hacer*, es un «sucedióne regimentado» del discurso moral. Así se deriva un deber moral de obedecer las normas de origen democrático, tesis distantes de las de Montoro.

Desde la perspectiva de Eusebio Fernández, el valor de la democracia radica en su posibilidad de generar un Derecho justo. Y si hay una obligación moral de obedecer al Derecho justo y a las disposiciones jurídicas justas es porque deriva de la obligación moral más general que tienen los hombres de ser justos. Este tipo de obligación no puede ser directa ya que es distinta de la obligación moral en su sentido fuerte, que sería la que tiene como origen la autonomía de los individuos. Eusebio Fernández tiene especial interés en resaltar este carácter de obligación moral derivada que tiene la obligación moral de obedecer al Derecho justo y a las disposiciones jurídicas justas; el objetivo o ideal de un Derecho justo es difícil de realizar y de precisar, sólo es posible construir unas exigencias como vía y como contenido, con cuyo cumplimiento el sistema jurídico se convierte en un derecho «mínima y suficientemente justo». En definitiva, “existe una obligación moral de obedecer al Derecho cuando éste ha sido elaborado contractualmente y además, reconoce, respeta y garantiza el ejercicio de los derechos humanos fundamentales”³⁵.

leyes tienen algún sentido para el razonamiento práctico, pero es muy improbable que existan principios morales que justifiquen la preservación de este tipo de prácticas”. *Ob.Cit.*, p. 188. Sobre el deber jurídico en Nino se puede ver ROCA PÉREZ, Victoria, “¿De qué hablamos cuando hablamos de deberes jurídicos? (Algunas consideraciones sobre las fuentes del Derecho a partir de la tesis de Nino del caso especial)”, *Doxa* nº. 25, Alicante, 2003, pp. 471-501.

³⁵ FERNÁNDEZ, Eusebio, *La obediencia al Derecho*, p. 72. De este mismo autor se puede ver también, “Conciencia y respeto al Derecho” en PECES-BARBA, Gregorio, *Ley y conciencia. Moral legalizada y moral crítica en la aplicación del Derecho*, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1993, pp. 63-70; “La obligación moral y la obligación jurídica”, en *Obligatoriedad y Derecho. XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1991, pp. 41-56. Entre las muchas críticas a las tesis de Eusebio Fernández véase URBINA TORTELLA, Sebastián, “Derecho y desobediencia, ética y economía. Eusebio Fernández y Francisco Laporta” en *Perspectivas en la Filosofía del Derecho*, Universitat de Illes Balears, Palma de Mayorca, 1988, pp. 89-107; CORTINA, Adela, “Sobre «la obediencia al Derecho» de Eusebio Fernández”, *Anuario de Filosofía del Derecho* nº. 5, Madrid, 1988, pp. 513-525; DE PÁRAMO, Juan

Esta es una especie de «obligación política» que surge de un criterio combinado entre legitimidad de origen y legitimidad de ejercicio. Y respecto a si es adecuado o no acudir a argumentos iusnaturalistas, como hace Montoro, dice que las reglas de conducta son exigencias y necesidades morales y sociales y no leyes naturales. Las coordenadas de la ética y la historia con las que analiza Eusebio Fernández tanto el tema de los derechos humanos como la obediencia al Derecho llevan muchas veces a que sus argumentos sean tomados por autores positivistas o por iusnaturalistas, a veces justificadamente y otras, injustificadamente, como es el caso del iusnaturalista conservador Montoro Ballesteros.

En general las decisiones mayoritarias vienen restringidas mediante una protección de la minoría, articulada en términos de derechos fundamentales, en el ejercicio de la autonomía política los ciudadanos no pueden transgredir el sistema de los derechos, que es el que empieza constituyendo esa autonomía. Un papel distinto es el que desempeña la regla de la mayoría en el caso de la obtención de compromisos como un indicador de una distribución dada de poder. Esta relación entre derecho, poder y moral es mejor entendida antes que por Montoro por Delgado Pinto, defensor de un iusnaturalismo moderado.

Este autor, cree que es moralmente obligatorio atenerse a las normas que derivan de una constitución democrática, pero no es suficiente que nuestra conducta se ajuste a lo prescrito sin que actuemos con la convicción de cumplir con nuestro deber. Objetivismo y subjetivismo pero sin radicalismos³⁶. La democracia se puede justificar como el procedimiento por el que se puede llegar a legitimar el Derecho y su obediencia, pero desde una postura que admite la posibilidad de una fundamentación racional, reconociendo la igual capacidad de los miembros de una comunidad para conocer acerca de lo justo y lo injusto. Nos recuerda que fue Protágoras –quien, recurriendo a un mito-

Ramón, “La obediencia al Derecho”, *Anuario de Derechos Humanos* n^o. 5, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, 1988-1989, p. 497 y ss.

³⁶ DELGADO PINTO, José, “El Deber jurídico y la obligación moral de obedecer al Derecho”, *Obligatoriedad y Derecho. XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1991, pp. 38-39. No sólo Delgado Pinto se ha esforzado por superar viejos esencialismo en el iusnaturalismo jurídico sino también, en otros contextos, ha sido Finnis quien ha revitalizado una variante tomista. Un análisis sobre la posición de Finnis se puede ver SUÁREZ VILLEGAS, Juan Carlos, *¿Hay obligación moral de obedecer al Derecho?*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 66-99. FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, trad. Cristóbal Orrego Sánchez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.

justificó la democracia suponiendo que, a diferencia de lo que ocurre con los saberes técnicos, los dioses regalaron a los hombres en forma desigual el sentido de lo técnico, para construir una barca no se acude a la asamblea general sino al técnico, el sentido de lo justo y lo injusto fue distribuido por igual entre todas las personas.

Delgado Pinto afirma que el iusnaturalismo consiste precisamente en la creencia en la capacidad natural de la razón humana para poder llegar a un consenso, a propósito de los problemas básicos de la convivencia sobre la base de unos criterios y valores objetivos. La obediencia, en este sentido, tiene que estar racionalmente ilustrada, de tal modo que quienes opten por la obediencia al Derecho democrático se encuentren en condiciones de poder saber sobre qué se pronuncian. Este elemento racionalista e ilustrado de Delgado Pinto le acerca más a Nino, a Eusebio Fernández y a Elías Díaz que a Montoro y, efectivamente, iusnaturalismo y democracia no tienen por qué estar necesariamente en contradicción. En este sentido, el propio Elías Díaz se ha encargado de acercar posiciones:

“La verdad es que la mayor parte de lo que se ha dicho aquí a propósito del criterio de las mayorías lo acepto, como puede leerse en mis escritos [...] Junto al criterio de la mayoría, a lo que modestamente he puesto el nombre de «legitimidad eficaz», hablo constantemente de la «legitimidad crítica», que supone la posibilidad de conocimiento moral objetivo y que es una instancia más profunda, si se quiere, que la de la legitimidad eficaz por la que se orienta el derecho [...] En este sentido, propósito de la operatividad en la creación del derecho, es donde, por mucho que se diga, sigo sin ver otra solución operativa que el criterio de las mayorías –dejando, insisto- bien asentada como base de fondo la legitimidad crítica y la posibilidad de conocimiento moral individual, que no contradigo³⁷”.

³⁷ Elías Díaz y Delgado Pinto, entre otros iusfilósofos españoles, coincidieron como comentaristas de una ponencia de Nicolás LÓPEZ CALERA, “La legitimación democrática del Derecho”, ponencia y coloquio que fue publicado en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* nº. 16, 1976, pp. 33-90, dedicado al análisis del Derecho y la soberanía popular. Los textos citados de Delgado Pinto y Elías Díaz están en las pp. 81 y 88, respectivamente. En esa ponencia, entre otras cosas, López Calera decía que cuando el Derecho es auténtica expresión de una soberanía social, lo normal es su cumplimiento. Es decir, el Derecho se cumple y se acepta a través de la libertad y de la convicción, porque aun siendo fuerza es fuerza racionalizada. En estos casos lo anormal es su incumplimiento. Y frente al paternalismo, que algunos argumentaban a través de casos excepcionales en los que ha habido una coincidencia entre las opciones de poder autocrático o dictatorial y los intereses sociales, es evidente –afirmaba-

Los argumentos iusnaturalistas de Delgado Pinto son razonablemente comprensibles. En cambio, la posición de Montoro genera cierta incertidumbre, dada sus exigencias de una fundamentación esencialista de la obediencia al Derecho justo. Esta posición demanda el reconocimiento de una existencia ontológica de la ley natural, de un *orden ontológico impuesto*, cuya voluntad objetiva marca los lindes a la voluntad individual y a la voluntad colectiva. El concepto de obligación jurídica nace y muere con las normas de las cuales ha sido tomada, el riesgo, jubilar el ejercicio de la voluntad ciudadana en aras de una comunidad moral sustantiva. Uno de los últimos escritos de Francisco Laporta se encarga de sacar a luz las paradojas a las que conduce este tipo de pensamiento, en cuanto a la filosofía práctica y a la solución de conflictos a través del Derecho³⁸.

No es casual la crítica al racionalismo, al iusnaturalismo racionalista inclusive, por parte de Montoro. Como dice Elías Díaz, el problema de la justicia tanto para el individualismo ético como para el elitismo ético radica en determinar qué es lo que en concreto no se puede justa y legítimamente hacer. Si hay un autolímite es él de la básica libertad³⁹.

En síntesis, el uso que hace Montoro de expresiones lingüísticas en relación con la obediencia al Derecho en un contexto democrático se encuadra, más que en Aristóteles, en lo que Nino llama un esencialismo de carácter platónico, y que

que por más que el paternalismo sea sano queda dañado el principio de la dignidad y de la autonomía práctica, cada pueblo, cada individuo quiere ser dueño de su propio destino. Es una exigencia de la autonomía práctica que el Derecho sea creado democráticamente. *Ob. Cit.*, p. 37.

³⁸ Laporta ha criticado los argumentos esencialistas en los que se basa el dictamen "iusnaturalista" del Consejo de Estado español para oponerse al *matrimonio* de los homosexuales. Dice Laporta, "Y si esto es así, entonces la modificación legislativa de algunos de esos derechos y deberes lo único que comporta es el correspondiente reajuste en el viejo concepto de "matrimonio", y no la aparición de una nueva realidad con la consiguiente necesidad de un nuevo "orden" diferenciado, como el de los sorprendentes monotremas". LAPORTA, Francisco, "El ornitorrinco y el Consejo de Estado", en *El País*, 1 de febrero de 2005, p. 14. Posiciones contrarias a la sostenida por Laporta, sobre el matrimonio homosexual, y bajo presupuestos de un iusnaturalismo ontológico, son las que defienden: Rafael TERMES, "No puede ser en Derecho lo que no es por naturaleza", en *El País*, 27 de octubre, 2004; y, NAVARRO VALLS, Rafael, "Religión y objeción de conciencia", *El Mundo*, 5 de octubre de 2005. Una ampliación de las ideas conservadoras de este último autor, se puede ver NAVARRO VALLS, Rafael y MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1997.

³⁹ LAPORTA, Francisco y RUIZ MIGUEL, Alfonso, "Entrevista a Elías Díaz", *Doxa* nº. 15-16, 1994, p. 77.

consiste en suponer que hay una realidad trascendente a la experiencia que determina necesariamente el significado de las expresiones del lenguaje⁴⁰». Por eso se entiende que Montoro recurra a una necesaria argumentación trascendental fuerte, tratando de dar una respuesta a la pregunta de cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad desde un punto de vista metafísico y que conduce a desconfiar de la democracia y del individuo en pos de una comunidad moral y autocomprensiva. En última instancia, un ser trascendente es el garante epistémico capaz de iluminar la última duda posible sobre la fiabilidad de nuestras facultades. Según Pérez Luño, el iusnaturalismo tomista representó la más acabada explicación y legitimación de la unidad medieval del orden moral, político y jurídico⁴¹.

4. CUESTIONES FINALES

Elías Díaz ha dado argumentos para explicar y justificar los contornos de la democracia y el socialismo democrático como un proceso en constante «transición», abierto al disenso, y a los nuevos movimientos «identitarios» de la sociedad civil, tratando de evitar tanto la anarquía como la aristocracia, sabiendo que la libertad nunca será absoluta y que la libertad perfecta no es compatible con la seguridad jurídica. Ha sido criticado por González Vicén y Montoro Ballesteros por pretender legitimar la democracia basada en el ejercicio de la voluntad soberana colectiva que da origen a normas jurídicas, previo el filtro del proceso democrático, como garantía de un consenso con pretensiones éticas.

Se reconoce que entre soberanía popular y derechos humanos hay problemas de límites y zonas de interferencias. Esta visión ya no es compatible con la idea de la autonomía pública absoluta y fáctica, tampoco la conducta individual irrestricta frente a la autoridad democrática, «la condición humana es la autonomía relativa»⁴². Y no nos debe sorprender, en cuanto construcción de poder legítimo, se estimula la obediencia y se desalienta la desobediencia, tratando de evitar las minorías permanentes y la revocabilidad de las decisiones democráticas,

⁴⁰ NINO, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del Derecho*, p. 336.

⁴¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, p. 112.

⁴² HELLER, Ágnes, *Más allá de la justicia*, p. 328.

injustificadamente⁴³. Esto implica aceptar la promesa y los retos de la ciudadanía liberal-social y democrática pluralista.

Sin embargo, habrá que reconocer que la democracia como aspiración moral nunca puede ser totalmente institucionalizada. La estrategia argumentativa de González Vicén ha permitido hacer visible que no hay una conexión necesaria y suficiente entre la libertad individual y el gobierno democrático y que el principio de separación entre Estado y sociedad civil e individuo tiene un potencial crítico, el potencial crítico de los derechos individuales y los derechos de las minorías disidentes. No comparte el diagnóstico de Elías Díaz, cuando afirma que neolibertarios y neoliberales están tratando de reducir los problemas sociales a un conflicto entre Estado de Derecho y conciencia e intereses ético-individuales, bajo el riesgo de un individualismo extremo, propenso a inmunizar excesivamente al individuo contra el poder de decisión de las mayorías⁴⁴.

Montoro Ballesteros tampoco comparte el diagnóstico de Elías Díaz. Parte de la crítica tanto a demócratas radicales como a liberales individualistas, la anomalía moral de nuestro tiempo radica en el déficit de deberes naturales trascendentes y obligaciones comunitarias⁴⁵. Su mérito, ha sido introducir el tema

⁴³ Dice Elías Díaz, en su libro *De la maldad estatal y la soberanía popular*, que en tiempos en que es hegemónico el paradigma neoliberal se debería tener más cuidado cuando se habla tan maniqueamente de la maldad pública y la bondad privada. Los socialistas tendrían que seguir exigiendo una intervención más cualificada del Estado frente al ultraindividualismo, del «sálvese quien pueda». En este diagnóstico han coincidido con el profesor de La Autónoma diversos autores. CAMPS, Victoria, "Reflexión en torno a «*De la maldad estatal*»", *Cuadernos de Alzate, Revista vasca de la cultura y las ideas* nº. 2, primavera, 1985, pp. 93-96; SANTESMASES, Antonio, "¿Una identidad inevitable?", *Leviatán* nº. 19, Madrid, primavera, 1985, pp. 125-128; ATIENZA, Manuel "Elías Díaz: *De La maldad estatal y la soberanía popular...*", *Arbor* nº. 473, CSIC, Madrid, Mayo, 1985, pp. 129-131; PECES-BARBA, Gregorio, "El síndrome de la maldad estatal" en diario *El independiente*, Madrid, 4 de noviembre, 1988, p. 11; GARCÍA COTARELO, Ramón, "Díaz Elías: *De la maldad estatal y la soberanía popular...*" en *Sistema* nº. 67, Madrid, julio, 1985, pp. 139-144.

⁴⁴ Tanto Estévez Araujo (una visión socialista libertaria) como Carlos Díaz (una visión personalista libertaria) coinciden en este tipo de crítica a Elías Díaz. ESTÉVEZ ARAUJO, José Antonio, "Elías Díaz: «*De la maldad estatal y la soberanía popular...*»", *Anuario de Filosofía del Derecho. Nueva época*, tomo II, Madrid, 1985, pp. 435-444; DÍAZ, Carlos, "Díaz Elías: *De la maldad estatal y la soberanía popular...*", *Diálogo filosófico* nº. 5, Madrid, mayo/agosto, 1986, pp. 247-254.

⁴⁵ El diagnóstico de Montoro sobre los males de nuestro tiempo, el crepúsculo de los deberes naturales y cívicos, es compartido por Sánchez Cámara y Pedro Serna. SÁNCHEZ CÁMARA, Ignacio, "V. El crepúsculo de los deberes" en *De la*

de las virtudes cívicas para el combate a la anomia moral de nuestro tiempo, muy atento a la objeción de conciencia por deberes naturales pero escaso interés en el reconocimiento del ejercicio de la libertad crítico-política de todas las personas y la construcción común de la autonomía pública.

Toda democracia empíricamente institucionalizada tiene mecanismos excluyentes⁴⁶. Desde una perspectiva democrática, Rawls entendía que lo que justifica en último término la justicia como equidad, no es aquello que trate de reflejar un orden antecedente y dado a nosotros, sino su congruencia con nuestra más profunda comprensión de nosotros mismos y con nuestras aspiraciones, y al mismo tiempo nuestro constatar que, dada nuestra historia y las tradiciones propias de nuestra vida pública, la doctrina más razonable para nosotros⁴⁷. Y desde la perspectiva de los derechos, Dworkin sostiene que si no existiera nadie que pusiera en duda una ley aparentemente ya establecida en nombre de los derechos fundamentales, entonces no seríamos capaces de reconocer los cambios que ocurren con el transcurso del tiempo

rebelión a la degradación de las masas, pp. 143 y ss; SERNA, Pedro, "Modernidad, posmodernidad y Derecho natural: un iusnaturalismo posible", *Persona y Derecho* n.º. 20, Pamplona, 1989, pp. 157-330. Pedro Rivas, desde un iusnaturalismo cercano al de Finnis, critica a Elías Díaz de no evadir una contradicción pragmática, el autosuicidio de las mayorías, puesto que el voluntarismo político "no evade el problema de una posible autoentrega que la mayoría pudiera hacer de su propia libertad". RIVAS, Pedro, "Argumentación pragmática y fundamentación de la democracia. A propósito del pensamiento de Elías Díaz sobre la legitimidad", *Revista chilena de Derecho*, vol. 25, n.º. 3, Chile, 1998, pp. 579-590.

⁴⁶ Victoria Camps, exige una actividad creativa en una realidad compleja y si no conseguimos mantener una tensión creativa entre tres fuerzas que se interrelacionan, Estado-mercado-sociedad civil, "en el mejor de los casos, el Estado asumirá la función de preservar las esencias constitucionales y el individuo irá descubriendo que su bien particular se mueve en el vaivén de los intereses del mercado. Nos falta un discurso público concerniente a la responsabilidad, la socialidad y la sociedad civil, lo cual deja en nuestras manos el pensar qué clase de personas queremos ser y qué tipo de sociedad queremos construir". CAMPS, Victoria, *Ob. Cit.*, p. 125. En todo caso estamos interpelados por el desencantamiento de la ética. CAPELLA, Juan Ramón, "Malos tiempos para la ética", *Anuario de Filosofía del Derecho VI*, 1989, 399-408.

⁴⁷ RAWLS, John, *La justicia como equidad. Una reformulación*, trad. Andrés de Francisco, Paidós, Barcelona, 2002. Uno de los últimos trabajos sobre el liberalismo político de Rawls véase SELEME, O. Hugo, *Neutralidad y justicia. En torno al liberalismo político de John Rawls*, Marcial Pons, Madrid, 2004. Frente a los riesgos de un disenso abigarrado y amorfo en la sociedad actual, el consenso entrecruzado, es uno de los constructos teóricos más elaborados de la teoría jurídico-política con la que hoy contamos, como legado de Rawls, ya que el problema de nuestro tiempo no es sólo la rebeldía sino también la indiferencia a los problemas públicos.

en la moralidad de la comunidad y que la validez de la ley depende de procesos de prueba permanente. Someter a prueba no es patrimonio exclusivo de un crítico o de una élite selecta sino de todos los participantes en un proceso político, la objeción de conciencia como acto moral-jurídico y la desobediencia civil como acto principalmente político-jurídico⁴⁸. Ni Rawls ni Dworkin defienden la primacía absoluta de la conciencia moral del individuo frente a la ley pública.

Esto significa que tanto los derechos como la democracia suponen procesos de aprendizaje que nos permiten pensar que las instituciones democráticas pueden hacerse más democráticas en una dinámica vital entre disenso y consenso, entre el ideal de la libertad y el orden democrático⁴⁹. La autonomía como caracterización de la «modernidad», el sentido del prefijo «auto» ha quedado, sin embargo, distorsionado bajo el signo de un individualismo posesivo y de una subjetividad pura y dura. Tenemos que devolver a ese «auto» un sentido intersubjetivo. Nadie puede ser libre por sí solo. Nadie puede llevar desconectado de los demás una vida consciente, ni siquiera su *propia* vida. Nadie es un sujeto que sólo se pertenezca a sí mismo. El contenido normativo de la modernidad sólo puede descifrarse en su lectura intersubjetivista⁵⁰. La corriente democrática participativa y deliberativista tiene que estar dispuesta a asumir doctrinas y movimientos sociales emergentes igualitarios y no autoritarios, y asumir que el Estado democrático

⁴⁸ DWORKIN, Ronald, “La desobediencia civil”, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, Ariel, Barcelona, 1995, p. 304 y ss. Una interpretación de la tesis de Dworkin véase DE LUCAS, Javier, “Una consecuencia de la tesis de los derechos: la desobediencia civil según R. Dworkin”, en *Doxa* nº. 2, Alicante, 1985, pp. 197-207; este autor también ha escrito sobre democracia y obediencia, “Por qué obedecer las leyes de la mayoría” en LLANO ALEJANDRO y otros, *Ética y política en la sociedad democrática*, Espasa-Calpe, Madrid, 1981, pp. 167-264.

⁴⁹ COHEN, L. Jean y ARATO, Andrew, *Sociedad civil y teoría política*, pp. 672, 673.

⁵⁰ HABERMAS, Jürgen, *La revisión de la izquierda*, pp. 54-55. De este autor, ver también, “La desobediencia civil, piedra de toque del Estado democrático de Derecho”, *Ensayos políticos*, trad. Ramón García Cotarelo, Península, Barcelona, pp. 51-72. Una veta habermasiana en el análisis de la desobediencia civil véase VELASCO ARROYO, Juan Carlos, “Tomarse en serio la desobediencia civil”, *Revista internacional de filosofía política*, nº. 7, Madrid, mayo, 1996, pp. 159-184. Una de las críticas a Habermas desde sectores de izquierda, RIPALDA, José María, “Habermas y Europa”, *Mientras Tanto* nº. 96, otoño, Barcelona, 2005, pp. 17-22. Para una revisión analítica de estos problemas, BOBBIO, Norberto, “libertad y autoridad” en *Derecha e izquierda*, trad. Alessandra Picone, Taurus, Madrid, 1998, pp. 155-164.

de Derecho debe ser un instrumento para el ejercicio de la libertad real y que, la búsqueda en el Estado de Derecho del mal radical de nuestro tiempo, produce más trastornos que beneficios, “ya que para el positivista moderado, la legalidad es un bien por más que no sea el mayor de los bienes, y para el iusnaturalista moderado, un mal menor”.



**INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN
IBEROAMERICANO APEX IURIS**

**SECCIÓN SEGUNDA:
ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL
DERECHO**



APUNTES SOBRE LA RECEPCIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN EL PERÚ

*ROXANA SOTOMARINO Cáceres*¹
*CARLOS RAMOS Núñez*²

Comentarios previos.

Abordar la revisión del proceso de recepción de un modelo de pensamiento jurídico involucra considerar la manera como este influye en la propia definición de lo que entendemos por *Derecho*. Concepto, aspectos de la realidad y actividades de los operadores (interpretación, integración, investigación y

¹ Roxana Sotomarino es Doctora en Derecho, Magíster en Derecho Civil y Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Cuenta con estudios de Psicología en pre grado (PUCP) y estudios concluidos de Maestría en Psicología Social (USMP). Es docente de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Enseñó en la Universidad de San Martín de Porres, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, entre otras. Es consultora en el sector público y privado en temas de Derecho civil, Derecho civil-constitucional, Derecho procesal, administrativo, metodología de la investigación jurídica. Es investigadora. Abogada en ejercicio en su propio Estudio. Árbitro. Representó en Perú a organismos sin fines de lucro, destinados a apoyar a la niñez en condiciones de vulnerabilidad.

² Carlos Ramos Núñez es Magistrado del Tribunal Constitucional desde el 3 de junio de 2014. Es Doctor en Derecho y Magister en Derecho civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Jurista, escritor e historiador del Derecho, catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de otras prestigiosas universidades. Es miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Miembro de Número de la Academia Nacional de Historia del Perú. Miembro corresponsal de la Real Academia de Historia de Madrid y de la Academia de Ciencias Sociales de Argentina. Ha sido subdirector del Instituto Riva-Agüero de la PUCP. Visiting Scholar de la Universidad de Berkeley - California, Estados Unidos de América. Profesor del Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Investigador del Instituto Max Planck de Historia del Derecho, en Frankfurt Alemania. Autor de numerosos libros entre los que destacan la colección "Historia del Derecho Civil Peruano" publicado en 11 volúmenes, por el cual recibió el premio internacional "Ricardo Zorraquín Becú" y el premio "Manuel Bustamante de la Fuente".

enseñanza), se verán modificados por determinados fundamentos adoptados a partir de una línea de pensamiento. El Derecho recoge principios y reglas que se imponen en la sociedad para lograr la convivencia pacífica y el desarrollo armónico del grupo social; regular coactivamente de ser necesario, modelos de interacción subjetiva; transmitir un modelo de control social.

El término muchas veces, responde a estar teorías o corrientes de pensamiento que son jurídicas pues reflexionan sobre la naturaleza del Derecho a través del tiempo. Podemos citar, el *iusnaturalismo* o derecho natural y su desarrollo desde la Grecia y Roma antigua; el positivismo jurídico; la escuela histórica; el funcionalismo que implica una mirada desde el realismo jurídico, y, de aquello que nos ocupa y es el análisis económico del Derecho; entre otras corrientes. Hallaremos múltiples definiciones que se sostienen en base a determinadas columnas construidas por estas corrientes o teorías. Pretendemos en este caso, centrarnos en el proceso de recepción del mencionado análisis económico del Derecho.

1. Sobre el Derecho y su evolución “conceptual” a través del tiempo.

Hay una percepción “profana” que relaciona el Derecho con la ley, el juez, el abogado, con el Derecho penal incluso. Esa percepción generalizada, propia del “ciudadano de a pie” es solo una parte de lo que es el Derecho; se liga ella al instrumento que la formaliza y a quienes la aplican. Lo que se busca en las aulas universitarias, es que los estudiantes desarrollen una definición, pero, sobre todo adquieran conocimientos teóricos y prácticos especializados sobre la profesión, alejados de esa labor “profana”, incluso “vulgar, carente de técnica. Un rasgo importante es comenzar a entender la dimensión histórica, los cambios en la definición o definiciones a través del tiempo.

Los primeros pensadores de la Grecia antigua, reflexionaron sobre las reglas jurídicas a partir de corrientes de *iusnaturalismo* o derecho natural. Estas ideas pasaron a Roma. El Derecho podía y para muchos (que reclaman un *iusnaturalismo* moderno muchas veces a través del Derecho constitucional) debe ser definido a partir de la naturaleza misma del ser humano, y por ello, hay derechos y deberes que son inherentes a cada persona, a sus fines y propósitos. El Derecho fue y es creado por seres humanos (se decía es creación de “los hombres”); pero, debían “descubrirse” las reglas que se relacionan con la naturaleza

esencial de la persona humana (atribuida por la divinidad o por la razón) para que ellas fueran incorporadas al Derecho creado por “los hombres”. El *iusnaturalismo* o derecho natural pasó por distintas etapas también de evolución desde la antigüedad clásica en Grecia, desde Roma, desde el cristianismo y desde etapas posteriores. El ser humano se debe desarrollar en sociedad pues este es su estado “natural” y entonces, el Derecho debe buscar la convivencia armónica, pacífica al interior de un grupo, de una nación, del Estado. Pero, hay diversas “versiones” de este *iusnaturalismo*, que han admitido imponer reglas para justificar, por ejemplo, en manos del Nazismo que, en base a un proceso de selección natural darwiniana, el más poderoso se imponga sobre el más débil y este desaparezca. En estas ideas estuvo presente también, una perspectiva *iusnaturalista*. Por fortuna, una perspectiva contemporánea actual, es crítica y solidaria. Pero, ellas tuvieron un valor fundamental en la configuración del Derecho a través del tiempo. Los procesos históricos llevaron a que el Derecho natural (con variantes de conexión divina y luego humanista, racional, crítica) aunque con conciencia de la existencia de un Derecho creado por el hombre, se aplique en la Europa continental y en Inglaterra de manera distinta.

Procesos históricos y políticos crearon otras concepciones del Derecho a partir de decisiones jurisprudenciales o de normas generales y abstractas. De hecho, el Derecho romano recopilado por el Emperador Justiniano (que aparece en el siglo V después de Cristo, como el Código de Justiniano) incluyó jurisprudencia o decisiones de jueces ante casos concretos, aunque también regulaciones de emperadores. Estos instrumentos jurídicos fueron de suma importancia para su época y en forma posterior. Algunas reglas se han mantenido en los códigos que son creados mucho tiempo después.

Por razones históricas, en Inglaterra y en sus colonias la capacidad creadora del Derecho descansó en los jueces y sigue descansando en ellos. Los Estados Unidos de América adoptaron una Constitución, pero reconocieron a los jueces, la atribución prioritaria de interpretarla y de enmendarla cuando fuera necesaria, en concordancia con su tradición jurídica, de crear reglas y principios.

La aparición de los códigos en Europa continental ya a inicios del siglo XIX, reforzó el poder creador del Derecho por el Estado, a través de la ley. Ya en el siglo XX, ganó terreno la teoría de Kelsen sobre la ciencia jurídica (sobre todo antes de la

segunda guerra mundial). El Derecho fue entendido como disciplina que organiza reglas jurídicas que se imponen de manera imperativa a las personas, al grupo social, al Estado. El llamado *positivismo jurídico*, fue y es una corriente del pensamiento jurídico que destacó y destaca la lógica de la norma general contenida en ley, la que se aplica de manera imperativa. Aquello que distingue a la norma jurídica (que forma parte del Derecho) de otras normas como la social, moral y religiosa es su capacidad coactiva. Y el Derecho es válido en tanto ha sido creado mediante un procedimiento determinado. Se excluyó además a la moral cuando se analizaba la validez de la norma jurídica. Las fuentes creadoras del Derecho son reconocidas por su jerarquía (siendo la más importante la de fuente legislativa); interesa el órgano autorizado y el procedimiento reconocido para producir una norma jurídica válida. Ante el incumplimiento de la norma jurídica, es necesaria la sanción. Esta característica del Derecho, entre las ya citadas, es destacada por el positivismo jurídico. La definición del Derecho como orden que “manda”, reconoce derechos y deberes de la persona, de la sociedad y del Estado siempre que estén regulados en el texto legislativo. Esta perspectiva destaca el Derecho objetivo en su organización jerárquica de dispositivos que contienen a las normas jurídicas y que pueden ser comprendidas como una “pirámide”. La Constitución está en el “pico” de esa pirámide y debajo hay disposiciones de menor jerarquía. Desde la perspectiva del Derecho “objetivo”, por ejemplo, la Constitución Política tiene una función y ubicación superior en la estructura de cuerpos normativos. Su función es brindar reglas que mandan sobre las disposiciones de inferior rango para regular los derechos fundamentales, garantías (o derechos), los deberes de las personas, del Estado y de sus “poderes”, las reglas de organización de dicho Estado. La ley posee otra función derivada de la Constitución, y bajo ella, se pueden hallar disposiciones que deben rendirse ante esta jerarquía. El Derecho aparece como un “todo” que se organiza ordenadamente con determinada racionalidad, con jerarquías y prerrogativas. Pero, el Derecho para Kelsen, debía ser entendido a partir de su racionalidad específica “sin contaminarse” con la política, la sociología; pero, lo cierto es que no importaba mucho la adopción de valores. El positivismo jurídico que, como corriente de pensamiento, recoge especialmente, la imposición formal de la ley fue seguida en muchos Estados de Europa como Francia, Italia, Alemania, Holanda y España y las colonias, pretendió que la autoridad

judicial solo fuera “la boca de la ley” y no pudiera crear y menos pudiera “enfrentarse” a quienes dictaran las leyes.

Paralelamente, se desarrollan otras teorías y una de ellas, destaca el importante papel de la historia para construir la definición del Derecho. La Escuela histórica con Savigny, reclamó el proceso de creación progresiva y temporal del Derecho por parte de los pueblos y de sus costumbres. Hay mucho más que decir en torno al papel de la Escuela indicada. Tanto el *iusnaturalismo* o Derecho natural como el positivismo jurídico apuntaron a entender las reglas del Derecho como atemporales, únicas e inmutables, como permanentes en el tiempo y en el espacio. Pero, estas ideas fueron cuestionadas por la Escuela histórica. Otras corrientes resaltaron la práctica social en la creación del Derecho a través de la costumbre emanada de hechos o prácticas repetidas y respetadas a través del tiempo por los grupos sociales, que son capaces de crear normas jurídicas.

Como reacción al positivismo, surgiría la dogmática como corriente de pensamiento jurídico para la comprensión, interpretación, enseñanza y estudio del Derecho. Ella destacó “la elaboración conceptual o la obra intelectual de los juristas tendiente a construir o representar en categorías el vasto campo de los fenómenos del Derecho” (Ramos, 2011b: p. 15).

Se denominó “institucional” pero en la medida que rescataría el valor conceptual de las instituciones. Como método de investigación jurídica, se centraría en las ideas, conceptos, instituciones, definiciones jurídicas comunes dictadas por los especialistas (juristas de prestigio) más allá de las fronteras de la normativa estatal.

Aunque este análisis se realiza a manera de breves “apuntes”, podríamos señalar que desde diversos lugares y con distintos matices, se generarían cuestionamientos hacia un Derecho que sería excesivamente idealista, “metafísico”, alejado de la realidad. Rudolf von Ihering (quien vivió entre 1818 y 1892), pasó de simpatizar con el conceptualismo para abrazar el funcionalismo e indagar por los fines del Derecho. Reclamó una mirada hacia la realidad con su jurisprudencia de intereses. La casuística debía ser utilizada en el análisis; la aproximación del jurista tendría que considerar las necesidades sociales y no solo las individuales. Ihering realizó aportes a la enseñanza; pero, también contribuyó a renovar la filosofía del Derecho en Alemania (Sotomarino, 2013).

Aún a riesgo de simplificar las propuestas del “realismo” jurídico, podríamos destacar que mediante ellas se discutió y discute la validez de las leyes en función de su efectiva aplicación; importa la comprensión real, el cumplimiento (o incumplimiento) o aplicación de la ley por el grupo social y también la aplicación, la creación del Derecho por los jueces; importa el lenguaje jurídico, la psicología (Hierro, 2009). En este último aspecto, no es posible dejar de citar el aporte del realismo sueco. Norström precisaría: "los días de la metafísica están contados. Y se puede añadir con toda seguridad que también lo están los días de los sistemas filosóficos en sentido convencional." (citado por Hierro, 2009). La escuela planteó una propuesta distinta al iusnaturalismo y positivismo jurídico pues incidió en la realidad empírica del Derecho. Fundada en Uppsala por Axel Hägerström, el realismo jurídico escandinavo y sueco, en concreto, influyó en la Teoría del Derecho con otros juristas como Lundstedt, Olivecrona y Ross (Hierro, 2009).

Con una mirada totalmente crítica, Karl Marx como Frederich Engels en el siglo XIX, entre muchas otras ideas, destacarían el carácter clasista del ordenamiento jurídico. Se subrayó que en la creación y aplicación del Derecho resultaría esencial estar conscientes de que el Derecho es “herramienta de dominio camuflado” de un grupo económico sobre otro. El Derecho es entonces, solo la voluntad de la clase a la que se pertenece, elevada a ley; el contenido de tal voluntad está dado en las condiciones materiales de vida de la clase. Se reconocería un concepto de Derecho, pero se pretendió “desenmascararlo” (Sotomarino, 2013).

Francesco Carnelutti (1879-1965) buscó combinar lo que ocurre en la sociedad sin incurrir en posiciones materialistas. Se puede decir que se inspiró en Hegel, manteniendo la institucionalidad e instrumentalización del Derecho. Es una postura que buscaría acercarse a cómo funciona el Derecho en la realidad (Sotomarino, 2013).

A su vez, el desarrollo del utilitarismo con Jeremías Bentham (1748-1832) y luego John Stuart Mill (1806-1883), proclamaría la necesidad de entender los actos humanos y la propia regla jurídica a partir de la utilidad que producen. John Stuart Mill, consideró que, para cada ser humano, la “libertad bajo una lógica inductiva, representa una indagación sobre como el individuo puede preservarse de los poderes de la sociedad y del Estado o como pueden conciliarse la autoridad y la libertad”

(Sotomarino, 2013). Cada persona es su guardián. Aunque en un inicio, se convirtió en partidario de la filosofía de Bentham y hasta fundó la Sociedad Utilitaria en 1822, hacia 1826, cuestionó la formación recibida de este y de su padre, James Mill. El utilitarismo en todo caso, contribuiría a la revisión del funcionamiento del Derecho a partir de la utilidad de los actos humanos, de las normas y/o de las instituciones, en términos de placer o sufrimiento.

Bentham y Stuart Mill tuvieron notable influencia en el sistema inglés y el angloamericano como en el desarrollo de las ideas filosóficas y de libertad individual. Estas ideas serían utilizadas para desarrollar un análisis entre la Economía y el Derecho (siendo destacadas por Posner, 1998; y Sotomarino, 2013).

2. Apuntes sobre los inicios del Análisis Económico del Derecho.

Aunque solo desarrollamos breves apuntes en torno al desarrollo del análisis económico del Derecho o *Law and Economics*, es fundamental, en primer lugar, subrayar que esta corriente de pensamiento jurídico se aproxima al funcionamiento del Derecho en la realidad y a partir de la economía. Se reconoce entonces como una corriente de pensamiento funcionalista. Para Richard Posner (1998), “la economía es una herramienta poderosa para analizar un vasto conjunto de cuestiones legales (...)”. Es “ciencia sobre la elección racional” que nos habla de un mundo (nuestro mundo, como subraya Posner), en el que los recursos son limitados o escasos frente a las necesidades humanas (Posner, 1998).

Frente a las corrientes de pensamiento jurídico antes descritas, el Análisis Económico del Derecho no se centra en los fundamentos que sostienen al iusnaturalismo, al positivismo jurídico, a la dogmática, a la Historia del Derecho. Comparte con las teorías realistas del Derecho, la necesaria mirada a la realidad. Pero, su particularidad radica en la conexión del análisis del Derecho con la Economía.

Ciertamente apunta Posner, que “la mayoría de los juristas y los estudiantes de derecho (incluso los más brillantes) tienen dificultades para relacionar los principios económicos con problemas legales concretos”; sin embargo, es una realidad que el ser humano maximiza sus intereses, aunque no lo haga en forma

consciente; y, de ese proceso, como de su teorización y aplicación, se han ocupado jueces y juristas, sobre todo, en los Estados Unidos de América. Nociones como ya la indicada maximización de intereses; la función de utilidad por el cual los recursos deben orientarse a los usos más valiosos; eficiencia; externalidades; costos de transacción, entre otros, se integran al lenguaje jurídico no solo en el área de los monopolios, el derecho tributario, la regulación de servicios públicos. Se expande al Derecho civil incluyendo tanto a los contratos como al derecho de familia, la responsabilidad civil; incluso al Derecho constitucional, penal, laboral y, en general, a diversas ramas del Derecho público y privado. La teoría es mucho más amplia en cada una de las “vertientes” pues existirían tendencias propias de la Escuela de Chicago, la de Yale y recientemente, la Economía Conductual o *Behavioral Economics* con Kahneman. Esta última incorpora el análisis psicológico al estudio. Pretendemos, en todo caso, incidir en aspectos puntuales para comprender la recepción del Análisis Económico en nuestro país.

Para Richard Posner (1998), ya desde Hobbes, se advertía una discusión sobre los alcances de los derechos de la propiedad en el siglo XVII, considerando la vinculación de la economía y el Derecho. Beccaria y Bentham en el siglo XVIII y principios del XIX, habrían realizado importantes trabajos sobre la economía del Derecho penal (Posner, 1998: p. 27).

La relación fue más evidente en algunos campos como la regulación antimonopólica y los servicios públicos. Pero, no se quedó en ellos. En 1961, cuando se publicó el artículo de Ronald Coase “El problema del Costo Social” y el artículo de Guido Calabresi sobre la responsabilidad civil extracontractual, se vislumbró una teoría económica del sistema jurídico angloamericano capaz de extenderse hacia otras materias (Posner, 1998: 27).

Richard Posner cita importantes fallos como el del Juez Learned Hand quien, en un proceso judicial en el año 1947 (en *United States versus Carrol Towing Co.*, 159 F. 2d 169, 173 - segundo circuito 1947), indagaba y fijaba reglas en el derecho de la responsabilidad civil por negligencia en función del costo de tomar precauciones frente a la probabilidad y la magnitud de los daños (Posner, 1998: p. 157).

Las principales ventajas del análisis económico del Derecho se relacionan con la posibilidad de conciliar el

razonamiento económico con las reglas que animan al Derecho (Posner, 1998; Cooter y Ulen, 1998), haciendo que el análisis se torne dinámico en la búsqueda de soluciones económicas. Es indudable su validez para valorar los efectos presentes y futuros de la toma de decisiones individuales y sociales ante instituciones civiles como la propiedad, la familia, etc. El paradigma de la persona racional, involucra considerar que este es capaz de determinar sus derechos y obligaciones a partir del análisis del costo y beneficio, de la atención al buen uso de los recursos. A partir de esta noción, se ha estructurado la del *consumidor razonable* empleada en el ámbito jurídico.

Las ideas del Análisis Económico del Derecho, se han construido en un modelo de economía de libre mercado en el que se asume la libertad en la producción e intercambio de bienes y servicios. No es propio de una propuesta de economía dirigida.

Creemos que sus concepciones han sido y son valiosas para diversos ámbitos de la vida social y la económica como en el Derecho de la competencia, las privatizaciones, la regulación de los servicios públicos, el derecho de la protección al consumidor, etc. Posner (1998), sin embargo, ha destacado que las críticas al uso del enfoque económico en el ámbito del Derecho, han apuntado a destacar que la economía suele ser “reduccionista” y muchas veces los fundamentos económicos aplicados al Derecho pueden ser hasta “repulsivos”; que se olvida el ideal de la justicia; o que los economistas y los abogados no hablamos el mismo idioma, entre otras críticas.

Se han superado las críticas con indicaciones referidas a que el análisis brinda una opción útil, sensata, y todo ello, es prometedor. Se examinan los incentivos que se pueden estar otorgando a irresponsables conductores ebrios cuando, por ejemplo, se conceden pésimas indemnizaciones en caso de accidentes de tránsito o no se aplica un adecuado y eficiente sistema penal.

3. La recepción del análisis económico del Derecho en el Perú.

Por recepción jurídica, entendemos el proceso histórico por el que se incorpora a un ordenamiento jurídico nacional (o incluso, a una familia o tradición jurídica), una institución o conjunto de instituciones jurídicas o incluso, toda una línea de pensamiento jurídico, nacida de modelos normativos,

jurisprudenciales, de la reflexión dogmática de otro ordenamiento nacional o familia o tradición jurídica.

Otros denominan a este proceso, “trasplante jurídico”. Bonilla (2009) usa la palabra *trasplante* referida al uso de la propuesta jurídica que ofrece el Derecho de un país y su recepción por otro. En ocasiones se ha usado el término de mutación jurídica para destacar los procesos de cambio de esquemas, conceptos y métodos jurídicos de comprensión, interpretación y aplicación del Derecho. Sin embargo, sea que usemos el término “recepción” o “trasplante”, lo importante es destacar el acogimiento de propuestas que no han nacido de determinada tradición jurídica.

Bonilla Maldonado (2009) ha expresado la importancia del proceso de trasplante jurídico en la actualidad:

Los trasplantes jurídicos han sido fundamentales para la construcción y transformación del derecho en el mundo. El comercio, los procesos de colonización y emancipación, los proyectos evangelizadores del cristianismo, los esfuerzos de integración regional y la globalización, por ejemplo, han sido factores poderosos para el encuentro de los diversos sistemas y tradiciones jurídicas que han existido en la historia de la Humanidad.

Tal proceso no supone “copiar” ni las ideas ni la metodología sea de una ley, de la jurisprudencia e incluso, de un modelo jurídico complejo al abarcar propuestas teóricas y prácticas estructurales como ocurre con el análisis económico del Derecho. Supone reflexión y adaptación progresiva que nace de comparar lo que se pretende recibir con lo que ya se tiene al interior de un ordenamiento jurídico nacional o de una familia jurídica.

Cabe destacar que la noción de familia jurídica enuncia la relación o vínculo que, en mayor o menor grado, desarrolla el Derecho de un país (como ordenamiento jurídico nacional), con otro u otros. Pero, aunque la terminología parece recordarnos la relación familiar que parte de un tronco común, como ocurre entre el Derecho de España frente al iberoamericano, las conexiones son bastante más complejas; obedecen a procesos en donde interviene la historia, la política, la economía, los cambios sociales, la filosofía, la religión. Estas “etiquetas” ayudan a comprender las conexiones. Así, el Derecho de la República

francesa por sus conexiones históricas, de tradiciones entre otras, forma parte de la familia romano-germánica. El Derecho de nuestro país, también se integra a dicha familia pues con la colonización española, se impuso un modelo jurídico determinado.

David (1968) identificó a las familias (también llamada tradición). Distinguió a la *romano germánica*, en la que se debían incluir a los ordenamientos jurídicos nacionales desarrollados en base al Derecho romano en el continente europeo a partir del siglo XII; se incidió en el origen geográfico. En esta familia se incluyeron ordenamientos jurídicos de los territorios colonizados por España, Francia, etc. a través de tres continentes.

La familia del *common law*, o de derecho común fue organizada también a partir de su origen, basado en la colonización normanda de Inglaterra en el siglo XI; se extendió la forma de entender al Derecho (a partir de creación jurisprudencial, casuística, empírica), hacia las posesiones y las colonias inglesas (Estados Unidos, la parte de Canadá que no fue ni es francesa, Australia, Nueva Zelanda). También se consideraron otras familias como la de tipo *socialista*, y la familia de base *religiosa* que incluye básicamente, al Derecho musulmán. Interesa para esta investigación, las dos primeras familias.

La revisión del desarrollo del análisis económico aplicado al ámbito jurídico, nos permite advertir que la propuesta nació en la familia del *common law*. Pero, al igual que muchas otras instituciones concretas, serían objeto de una recepción o trasplante jurídico.

Hacia la segunda mitad del siglo XX, se advierten rápidos cambios ideológicos en el pensamiento del Derecho Civil en el Perú (Ramos, 2000). Este proceso tuvo decisivo impacto en la producción legislativa y teórica. En el Código Civil de 1984, “parece acentuarse una corriente que postula un espíritu de solidaridad en las relaciones privadas” (Ramos, 2000).

Se debaten entonces:

“(…) figuras como los principios generales del Derecho peruano, el reconocimiento parcial de la costumbre como fuente del Derecho, el daño a la persona como frustración del proyecto de vida, la responsabilidad difusa de los daños, la excesiva onerosidad de la prestación en los contratos de tracto sucesivo, la

ampliación de formas de amparo frente a la lesión contractual, el mantenimiento del retracto, la defensa judicial frente a medios masivos de contratación ejemplificados en los contratos por adhesión y las cláusulas generales grafican esa tendencia que llamaríamos “comunitaria” (Ramos 2000).

Pero, pese a que habían transcurrido poco tiempo, “(...) y después de la vertiginosa crisis del socialismo y de sus propuestas más o menos cercanas como la social-democracia y el social-cristianismo en la experiencia peruana” (Ramos, 2000), se propuso “cierto tipo de metodología funcionalista, el *Law and Economics* o análisis económico del Derecho, súbitamente empezó a imponer sus radicales propuestas, recusando todo aquello que aludiera a *externalidad* y *sobrecosto*, con el auspicio de la ideología neoliberal llevada a la condición de política de Estado”.

Lo que fuera “una tendencia descrita como “comunitaria” empieza a revertirse en la década de los noventa, casi al final del milenio. Así, bajo el auspicio ideológico del neoliberalismo, pensamiento *fashionable*, se cuestiona el paternalismo socializante o la protección del débil.” (Ramos, 2000).

Se produjo un giro “hacia la tradición liberal, con especial referencia a sus postulados económicos, aunque con tibieza y hasta indiferencia frente a los principios políticos que a aquella se conectan.” (Ramos, 2000).

Se ha sugerido un cambio radical en las estructuras del Código civil y de sus instituciones. Así, se propone “en el ámbito del Derecho Civil, la derogación de todas aquellas instituciones nacidas al calor del Estado providencial: el abuso del derecho, el retracto, la lesión, la excesiva onerosidad de la prestación. En ocasiones, el fino análisis funcionalista cede paso a la ideología pura y a la exaltación de un mercado construido en términos universales y sin perspectiva histórica, que en ciernes albergaría la configuración de un nuevo dogma: el análisis económico del Derecho.”

Se encuentra en nuestro país, anotaciones sobre la conexión entre la responsabilidad civil extracontractual y la teoría económica en la obra de Fernando de Trazegnies (1988). Se examinó la conexión entre el daño extracontractual con la teoría del costo y del beneficio a fin de soportar el daño, la situación de

riqueza, los fallos emitidos por la jurisprudencia norteamericana, el óptimo de Pareto, las ideas de Coase, de Calabresi.

A su vez, Alfredo Bullard, importante exponente e impulsor de esta propuesta en nuestro país, ha puntualizado, por otro lado, que se trata de “una metodología de análisis que apareció, aproximadamente, en los años 60 en los EE.UU., y que lo único que persigue es aplicar los métodos de la Ciencia Económica al Derecho” (Bullard, 2009). Los seres humanos somos también agentes económicos, actuamos en función de incentivos y, por ello, “buscan lo que les favorece y evitan lo que les perjudica” (Bullard, 2009: p. 41).

El Derecho peruano forma parte de la familia romano germánica y ello ha determinado una formación distinta en la estructuración del Derecho peruano con una base menos utilitaria, frente a la tradición empírica del *common law* (en la cual, como ya indicamos, surgió el análisis económico del Derecho). Esto no ha significado rechazar su influencia. Un *formante* que influyeron e influyen sobre todo en la actualidad, en cómo se define el Derecho, ha sido el contexto económico que se liberaliza en la última década del siglo XX.

Sobre el tema “(...) en términos estrictamente científicos, una perspectiva teórica que confrontase la vigencia efectiva de normas e instituciones se hacía necesaria en el Derecho Civil peruano, envanecido en discusiones en ocasiones estériles e insensatas.” (Ramos, 2000).

La introducción de esta propuesta funcionalista “remecía desde sus cimientos el pensamiento legal, trabajosamente construido durante más de un siglo en sus modalidades clásicas de exégesis y dogmática. Ocurre, sin embargo, que buena parte de esa propuesta funcionalista está edificada sobre los cimientos de una experiencia histórica anglosajona distinta de la del mundo latino y muy diferente de las tradiciones y pautas culturales del país.” (Ramos, 2000). Se requiere evitar la “recepción mecánica de categorías” sin la comprensión del medio, costumbres, de los problemas que se vive en un tiempo y espacio.

Podemos concluir en la importancia de adoptar “Una corriente funcional, creativa, democrática y pluralista que supere a la vez la visión formalista y descriptiva del Derecho y que no corra el riesgo de caer en un nuevo tipo de dogmática, esta vez de carácter ideológico, ni desatienda la esencial libertad política de

una sociedad plural, parece ser la mejor opción de nuestro tiempo” (Ramos, 2000). A este reto nos enfrentamos de manera constante a fin de tomar de la corriente de pensamiento aquello que es útil, provechoso. Como señala Alfredo Bullard (2009), el análisis económico del Derecho (que llama AED), no propondría “acabar con el Derecho ni eliminar el uso de conceptos. Solo propone entender que esos conceptos no tienen vida en sí mismos, sino que son instrumentales y su valor radica en su capacidad para permitirnos regular de manera adecuada la conducta humana”. Regular con una mirada a la realidad empírica, en conexión directa entre el Derecho y la Economía.

EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY: DISMINUYENDO LOS INCENTIVOS PARA OBSTRUIR, MANIPULAR Y DIFICULTAR LA IMPOSICIÓN DE LA SANCIÓN A UN INFRACTOR

*HIGA SILVA, Cesar Augusto*¹

Introducción.-

Generalmente, para lograr el cumplimiento efectivo de la norma sustantiva², la autoridad ha puesto el acento en las sanciones que se le impondrá al infractor por incumplir esta norma; sin embargo, en algunos casos, el infractor³, ante la amenaza de la sanción, no necesariamente se inhibe de infringir la norma, sino que podría diseñar un plan para cometer la infracción sin ser capturado. La sanción podría tener el efecto paradójico de que en vez de desincentivar la comisión de una infracción, obligue al futuro infractor a ser más precavido, esto es, a planificar cómo evitará ser capturado y, si fuera el caso incluso, cómo entorpecer cualquier investigación y proceso en su contra.

¹ Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú. El correo al cual se pueden dirigir comentarios sobre el presente documento son los siguientes higa.cesar@gmail.com o chiga@pucp.edu.pe. Este artículo se basa en gran medida en lo escrito con Jorge Tudela en los siguientes artículos: Exploración de las condiciones y criterios necesarios en la elaboración y diseño de reglas formales que promuevan un clima de inversión inclusivo. Consulta en: <https://escholarship.org/uc/item/2rj0d5f7> ¿El enforcement de la ley solo depende de la sanción? Hacia un cambio de enfoque sobre la investigación y castigo de violaciones a la ley. Presentado en La Conferencia N° 18 realizada por La Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE

² Por ley sustantiva entendemos las normas que establecen derechos y obligaciones a los particulares.

³ En este artículo haremos referencia al infractor que planifica su acción.

Desde nuestro punto de vista, un infractor⁴ se centrará en los siguientes aspectos si es que no quiere ser sancionado: (i) diseñar cómo cometerá la infracción; (ii) destruir o eliminar todas aquellas pruebas que lo puedan incriminar; y, si fuera el caso, (iii) obstruir o impedir su investigación y juzgamiento. Si lo anterior es cierto, entonces centrarse solo en el quantum de la sanción como medida para desincentivar la comisión de una infracción no sería suficiente, dado que el infractor diseñará un plan para evitar ser condenado⁵.

El presente artículo tiene como objetivo proponer que el cumplimiento efectivo de la Ley depende no solo de la sanción que se pueda imponer a una persona por la infracción cometida sino también de un conjunto de medidas destinadas a descubrir la infracción, procesar e imponer la sanción respectiva. Así, las normas deben estar dirigidas principalmente a dos públicos: a las personas que potencialmente violen la ley y a los participantes del proceso que determina si la violación ha ocurrido (jueces, abogados, etc.⁶).

Por esa razón, consideramos que, además del quantum de la sanción, es necesario que la autoridad cuente con un conjunto de instrumentos que le permitan investigar, procesar y condenar efectivamente al infractor, a efectos de lograr un adecuado cumplimiento de las normas. Dentro de esta lógica, un sistema efectivo de cumplimiento de la ley debería prever, entre otros aspectos, lo siguiente: (i) desincentivos para que no obstruya la investigación o se destruyan las pruebas que permitan descubrir la infracción cometida; (ii) medidas que puedan incentivar la traición entre los que participaron de la comisión de la infracción o su delación por terceros; (iii) facultades amplias de investigación; y, (iv) flexibilidad en la asignación de cómo se asigna la carga y el estándar de prueba en el proceso⁷.

A continuación trataremos de mostrar que para incentivar el cumplimiento de la Ley no solo debe tener en cuenta el

⁴ Tal como se ha definido al infractor en el presente artículo. Cualquier referencia posterior al infractor deberá entenderse en ese sentido.

⁵Al respecto, se puede revisar el interesante artículo de SANCHIRICO, Chris William. Evidence Tampering. *Duke Law Journal*. Volume 53, February 2004, Nº 4, pp. 1222 y ss.

⁶ EHRLICH, Isaac & Richard A. Posner. *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*. Chicago Journals, *Journal of Legal Studies*, Vol. 3. No. 1 pp. 257-286.

⁷ En el trabajo se asumirá que los infractores conocen que su conducta se encuentra prohibida.

quantum de la sanción, sino tener un conjunto de herramientas que pueda desincentivar a los posibles infractores de violar la ley.

Importancia de las reglas y su cumplimiento

En su libro “*La empresa, el mercado, y la Ley*”, Ronald Coase advierte que se requiere algo más que la provisión de instalaciones físicas en las que puedan realizarse compras y ventas en una sociedad para el correcto funcionamiento de los mercados; se necesita el establecimiento de normas que determinen los derechos y deberes de aquellos que llevan a cabo las transacciones, a las cuales se llamará instituciones. En ese sentido, para el funcionamiento de los mercados además de infraestructura es necesario un conjunto de reglas que permita saber cuáles serán los derechos y deberes de los actores que participan en los intercambios. A este conjunto de reglas que gobiernan la interacción humana se les llamará instituciones.

Según North, las reglas son ideadas para restringir la interacción humana⁸, dado que su propósito es definir cómo se desarrollará la interacción humana⁹. Por esa razón, las reglas de juego reducen la incertidumbre proporcionando una estructura a la vida diaria. Estas guían la interacción humana, dado que permiten saber qué esperar de los otros actores en una sociedad¹⁰.

Desde nuestro punto de vista, las reglas establecen los parámetros de conductas que se puede esperar de otros actores ya sea porque sirven como guías o porque limitan lo que un actor puede hacer o no. A continuación se indicará dos tipos de reglas que interactúan en las relaciones humanas: las reglas formales y las informales.

1.1. Tipos de reglas.-

Las reglas de juego pueden ser formales o informales. Son formales cuando son creadas y emitidas por una autoridad para establecer cómo debe ser el comportamiento de los actores cuando interactúa con otros en la sociedad. Son informales cuando las reglas no son creadas ex profeso, sino que surgen del

⁸ NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1990, p. 4.

⁹ NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1990, p. 5.

¹⁰ NORTH, Douglass. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1990, p. 4.

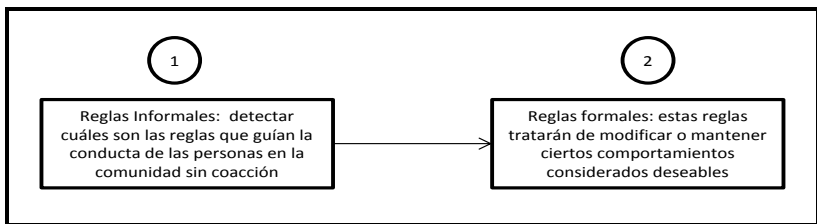
proceso de interacción entre los actores a través de la negociación o de la costumbre.

Ahora bien, el tipo de reglas que dan más información sobre el comportamiento de las personas son las informales, por cuanto son las que reflejan la idiosincrasia y motivaciones de las personas en su actuar diario. Descubrir cuáles son las reglas informales que guían el comportamiento de una comunidad resulta clave para analizar la estrategia y viabilidad de una reforma en una comunidad.

En ese sentido, para la elaboración e implementación de las reglas formales es necesario, primero, que se conozcan cuáles son las reglas informales que guían el comportamiento de los integrantes de la comunidad. Una vez que se conocen éstas, recién se deberían elaborar las reglas de segundo orden, esto es, las reglas formales, la cual debería ser acompañada de una estrategia de implementación y seguimiento. En caso contrario, las reglas formales podrían resultar siendo poco efectivas o incluso contraproducentes.

Gráfico N° 1

Relación entre las reglas informales y formales



Suele ocurrir que las reglas formales son elaboradas sin conocer cuáles son las reglas informales que rigen en la comunidad, lo cual elevaría el costo de cumplimiento de dichas reglas o incluso podría provocar su total incumplimiento. Ello, tendría efectos, luego, en la credibilidad de las reglas formales como instrumentos para regir la vida en sociedad.

1.2. Importancia de las reglas para la interacción de los actores

Las reglas de juego determinarán la estructura de incentivos – positivos o negativos – que rodearán la toma de

decisiones de los actores. Los incentivos determinarán los beneficios o perjuicios que un actor podría obtener de realizar una determinada conducta. De allí, su importancia, dado que si las reglas determinan la estructura de probables beneficios o perjuicios, los actores orientarán su comportamiento en función a esos incentivos. Por ello, las reglas tendrán una incidencia relevante en el tipo de actividades que desarrollarán los actores en la búsqueda de sus objetivos.

Si las reglas de juego en un determinado marco institucional están dirigidas a que el éxito o sobrevivencia de un agente dependa de su capacidad de influencia en los tomadores de políticas públicas, entonces éste realizará comportamientos dirigidos a influir en esos actores. Por el contrario, si el éxito del agente depende de su eficiencia en el desarrollo de sus actividades beneficiosas socialmente, éste orientará su comportamiento hacia ese tipo de actividades.

Las reglas pueden orientar el comportamiento de los actores a actividades productivas o extractivas¹¹. Para incentivar a los actores a actividades productivas es necesario que las reglas sean – en la terminología de Acemoglu y Robinson – inclusivas, esto es, aquellas reglas que permitan que los actores tengan la posibilidad de participar en las actividades donde sus talentos y habilidades sean recompensados en función al mérito y esfuerzo que despliegan en satisfacer las necesidades de otros¹². Este entorno incentivará a los actores a que éstos inviertan en capital físico, humano, tecnología, organización de la producción, etc.¹³, en otras palabras, en actividades productivas.

Sin embargo, las reglas también podrían producir un marco institucional extractivo, esto es, las entidades estatales se encargan **sólo** de extraer recursos de un grupo de la sociedad y redirigirlas hacia otro grupo sin favorecer alguna actividad productiva.

2. Actores.-

Por actores se entenderá todo tipo de entes, ya sea un individuo o una organización. Por esta última, se entenderá todas

¹¹ ACEMOGLU, Daron y James Robinson. *Why Nations Fails. The origins of Power, Prosperity, and Poverty.* Crown Business, New York, pp. 73 – 83.

¹² ACEMOGLU, Daron y James Robinson. *Why Nations Fails. The origins of Power, Prosperity, and Poverty.* Crown Business, New York, pp. 74.

¹³ ACEMOGLU, Daron y James Robinson. *The role of institutions in Growth and Development.* Working Paper N° 10, Commission on Growth and Development, p. 6.

aquellas entidades creadas por un grupo de personas para lograr determinados objetivos¹⁴.

En este trabajo se asumirá que los individuos buscan maximizar sus propios intereses y, en el caso de las organizaciones, éstas buscarán maximizar los intereses de quienes la dirijan. Esto es importante, porque asumiremos un entorno donde los actores son egoístas y racionales, así incluso se trate de organizaciones políticas o públicas.

Dentro de los actores que interactúan en la sociedad, los principales son las organizaciones estatales, dado que ellos pueden establecer las reglas que, en principio, ocupan el primer lugar para gobernar una determinada relación; estas organizaciones son las que arbitran entre los conflictos que pueden surgir entre los diferentes actores de la sociedad, determinando a quién o qué tipo de interés se protege; y, tienen la capacidad de imponer sus decisiones o mandatos al resto de actores en la sociedad.

No obstante no se debe perder de vista que las organizaciones estatales responderán al interés de quienes la dirijan. Estos intereses pueden estar alineados con el interés de la colectividad o con el interés de un grupo de presión con influencia sobre quienes manejan a la entidad estatal. La forma cómo se maneje las entidades dependerá del entorno institucional bajo el cual se desenvuelva la entidad.

3. Marco institucional

Las reglas y el comportamiento de los actores determinan el marco institucional o entorno bajo el cual ellos interactuarán en la sociedad. En función a cómo los actores perciban cuáles son las reglas de juego que guían el comportamiento de los actores de la sociedad, ellos adecuarán su comportamiento futuro.

Siguiendo a Acemoglu y Robinson, las sociedades pueden tener dos tipos de marcos institucionales: (i) el extractivo, esto es, las entidades estatales se encargan sólo de extraer recursos de un grupo de la sociedad hacia otro; y, (ii) el inclusivo donde las entidades se encargan de garantizar un entorno donde el éxito de los actores se deba a sus habilidades, méritos, esfuerzos, riesgo, etc., esto es, las oportunidades y beneficios de los actores

¹⁴ DAM, Kenneth W. The Law – Growth Nexus. The Rule of Law and Economic Development. Brooking Institution Press, Washington D.C., 2006, pp. 22 y 23.

no lo determina el poder político, sino cuán bien un actor satisface las necesidades de otros actores en el mercado.

4. Análisis del infractor si decide cumplir o no una norma¹⁵

Como regla general, la teoría económica caracteriza a los agentes que participan en el mercado como maximizadores de beneficios. Por ello, la sanción tendría como objetivo quitarle al infractor los beneficios obtenidos por el incumplimiento de una norma. La realización de una conducta ilícita está dirigida a obtener un beneficio mayor al que obtendría si realizará una actividad lícita. Es ese diferencial el que determinará si el infractor realiza una actividad ilícita.

En otras palabras, los individuos, racionales y maximizadores de su propia utilidad, decidirán si cumplen o no las leyes de acuerdo a los incentivos y desincentivos que el marco institucional les imponga al realizar una determinada acción. Los agentes orientarán su comportamiento en función a esos incentivos¹⁶. En ese sentido, un agente decidirá si infringe una norma en virtud de si los beneficios obtenidos por esta conducta son superiores a los perjuicios. Para tal efecto, tendrá en cuenta la sanción que se le podría imponer multiplicado por la probabilidad de detección.

Si bien una sanción superior al beneficio ilícito serviría para desalentar la realización de conductas sancionables, también es cierto que no todos los agentes involucrados en una conducta ilícita reciben una sanción. Que se imponga una sanción a un agente infractor depende de la capacidad de la autoridad de investigar, procesar, condenar y ejecutar la realización de dicha conducta, lo cual, como es lógico suponer, no ocurre en todos los casos.

En efecto, en la realidad, la autoridad solo detecta una parte de las conductas ilícitas que realiza un agente económico. Así, por ejemplo, la falta de recursos de la autoridad para

¹⁵ Esta sección se ha inspirado en mucho en las ideas de SANCHIRICO, Chris William. Evidence Tampering. Duke Law Journal. Volume 53, February 2004, Nº 4. .

¹⁶ HIGA, César y Jorge TUDELA. Exploración de las condiciones y criterios necesarios en la elaboración y diseño de reglas formales que promuevan un clima de inversión inclusivo. El artículo se puede consultar en el siguiente enlace: <https://escholarship.org/uc/item/2rj0d5f7>

investigar; o una estrategia deliberada por el agente económico para evitar ser sancionado. Por esa razón, los agentes aun existiendo la multa se verán tentados a continuar realizándolas pues existe la posibilidad de no ser atrapados por la realización de la conducta anticompetitiva. Entonces, para que la multa cumpla su rol disuasivo no basta con que sea igual o simplemente superior al beneficio ilícito, sino que debe ser ajustada por la percepción que los agentes posean respecto a que la autoridad conozca y sancione su actuación ilícita, es decir, debe ser ajustada por la probabilidad de detección.

Si un agente percibe que su actuación ilícita no va a ser sancionada, o que solo será sancionado por la acción particular que la autoridad detectó y no por las otras que en función de la probabilidad de detección la autoridad no pudo conocer, se verá incentivado a realizar una conducta ilícita, pues en el largo plazo solo le quitaran el beneficio de las conductas detectadas y conservará el beneficio de las otras que no se pudieron conocer, por lo que en el largo plazo obtendrá un beneficio ilícito neto a su favor.

Asimismo, un agente infractor tiene los incentivos para hacer que sus actividades sean clandestinas y obstruir la investigación que se lleve en su contra. Ello, a efectos de que la fracción de conductas ilícitas sancionadas fuera cercana a cero.

Es bajo este contexto que el enforcement – el hacer cumplir las normas – es un reto para los hacedores de leyes. De este modo, el hacedor debe tener herramientas y recursos que le permitan detectar, procesar, condenar y ejecutar las sanciones impuestas a efectos de que los infractores sepan que “el crimen no paga”.

5. Incentivos de los investigados

De acuerdo a lo mencionado, para no ser sancionado, un posible infractor tendrá en cuenta lo siguiente:

- (i) **Diseñar cómo cometerá la infracción:** antes de cometer una infracción, el posible infractor deberá analizar y evaluar cómo realizará dicha acción, a efectos de lograr su objetivo: cometer la infracción. Generalmente, en este proceso de planificación participan varios actores y se realizarán una serie de actos preparatorios que permitan llevar a cabo la infracción.
- (ii) **Analizar cuán probable es que la autoridad pueda detectar, procesar, condenarlo y ejecutar la sanción en**

su contra. En otras palabras, tratará de evaluar si el crimen paga.

- (iii) **Destruir o eliminar todas aquellas pruebas que lo puedan incriminar:** el infractor debe tratar de destruir todo rastro de los actos que han realizado para la comisión de la infracción. En caso no pueda destruirla, deberá manipular o alterar la prueba de manera tal que no los puedan vincular con la infracción cometida.
- (iv) **Crear redes de complicidad que le garanticen que la infracción cometida no será descubierta.** Sin embargo, si ello no funciona, el infractor debe encargarse de castigar a quienes lo delaten.
- (v) **Obstruir la investigación y juzgamiento.** En caso se inicie una investigación o, incluso, se le inicie un proceso, el infractor obstruirá, alterará, retrasará y, en general, dificultará en la mayor medida posible el descubrimiento de la verdad.

Como puede apreciarse, los posibles infractores realizarán una serie de actos para lograr su objetivo de cometer la infracción, pero a su vez, de ser capturados y sancionados. No solo tienen que prepararse para cometer el crimen, sino también en que no se conozca que ellos lo cometieron (al menos, por la autoridad).

Si se conoce que los infractores tienen esos incentivos, un sistema jurídico no solo debe centrarse en la búsqueda de la verdad, sino que también debe crear mecanismos que permitan sancionar a alguien que impide conocer la verdad. El objetivo es incrementar los costos de obstruir y manipular la investigación y su procesamiento. Estos costos deberían ser, al menos, equiparables a los costos de aceptar que cometieron la infracción imputada.

De acuerdo a Legrenzi¹⁷, ocultar la verdad, la mentira y la impunidad tiene un efecto sumamente pernicioso sobre el sistema en su conjunto. Si las personas creen que alguien no ha sido condenado porque ha ocultado, mentido o manipulado al sistema de justicia, entonces ellas desconfiarán en su eficacia y justicia.

Por esa razón, el sistema no solo se debe centrar en investigar la verdad, sino también en saber si alguien ha

¹⁷ LEGRENZI, Paolo. *Cómo funciona la mente*. Madrid: Alianza Editorial, S.A., 2000, p. 86 y ss.

manipulado, ocultado, destruido y, en general, si alguien está impidiendo saber qué ocurrió en la realidad. Impedir que se descubra qué ocurrió tiene un efecto sumamente dañino sobre la confianza del sistema, motivo por el cual este tipo de actos debe ser severamente sancionado. Un sistema eficiente de investigación y sanción se concentra tanto en la búsqueda de la verdad como en dificultar y aumentar los costos de ocultar, manipular y obstruir el funcionamiento del sistema de justicia. Será sobre este último punto que nos centraremos a continuación.

6. Eliminando los incentivos para ocultar la verdad

Desde nuestro punto de vista, los factores claves para garantizar que la autoridad pueda hacer efectiva el cumplimiento de la ley, además de la sanción por la infracción sustantiva, son las siguientes:

- (i) **Facultades para romper la cooperación entre las personas que participan en la planificación y ejecución de la infracción.** Para cometer una infracción, por lo general, es necesario el concurso de varias personas, ya sea como coautores o como colaboradores del hecho infractor.

Para efectos de tener información y descubrir cómo se llevó a cabo la infracción, es necesario que la autoridad rompa la cooperación entre los agentes para lo cual debe introducir incertidumbre entre los investigados respecto de que alguno de ellos no hablará u ofrecerá pruebas que puedan incriminar al resto. Si los agentes que participaron en un determinado acto no están seguros de que los otros no darán información, entonces la estabilidad para mantener en secreto este tipo de actividades será muy precaria. Al final, es muy probable que se terminen delatando.

Por ello, instituciones como la exoneración de responsabilidad, programas de reducción de la pena por aceptación de los hechos, beneficios por delación u ofrecimiento de pruebas son sumamente importantes porque vuelve inestable la cooperación entre aquellos que participaron en la comisión de la infracción.

Si son varios los investigados y se ofrece alguno de estos beneficios en caso alguno de ellos aporte pruebas que permita descubrir la infracción, es muy probable que

alguno de ellos termine colaborando con la autoridad ante la incertidumbre de que termine siendo delatado.

Para evitar represalias por parte del resto de los investigados, la autoridad debe mantener en secreto los acuerdos a los que llegue con alguien que ofrezca pruebas sobre los hechos investigados. Este es un elemento clave, pues si no le garantiza al colaborador que no sufrirá represalias por los investigados, entonces es muy probable que no quiera colaborar.

- (ii) **Sanciones graves por la destrucción, manipulación o falseamiento de las pruebas y los hechos.** Desde nuestro punto de vista, la sanción por estos actos debe tener castigos graves.

El objetivo es quitarle todo beneficio al infractor por este tipo de comportamientos, de manera tal que le resulte más beneficioso aceptar su responsabilidad por la infracción sustantiva. Esto, a su vez, implica que la autoridad no solo investigue la comisión de la infracción sustantiva, sino que también pueda investigar si el investigado está obstruyendo la investigación.

- (iii) **También se podrían establecer sanciones por no entregar información o documentación que se encontraba en su poder**¹⁸. En efecto, si el investigado tenía información y obstaculiza o no la entrega, éste debe ser sancionado por afectar la investigación.

No obstante ello, se debería evaluar si se autoriza al Juez a realizar inferencias negativas en contra del investigado por la destrucción o falta de entrega de información, porque es bastante probable que la falta de entrega de esa información haya sido contraria a sus intereses. De ahí, se podría inferir que el hecho que se quería probar con ese documento es contrario a lo alegado por el infractor. Sin embargo, se deben evaluar que otras posibles explicaciones podrían existir acerca de por qué no se entregaron esas pruebas y, en función de ello, determinar cuál es la inferencia más aceptable que se pueda realizar sobre el comportamiento del investigado.

¹⁸ Esta regla ha sido rephraseada de Lewy, 836 F. 2d. at 1108 (8th Cir. 1988) citado por SANCHIRICO, Chris William. Evidence Tampering. Duke Law Journal. Volume 53, February 2004, N° 4, p. 1274.

Palabras finales.-

Este trabajo tuvo como marco que las reglas juegan un papel importante en el comportamiento de las personas. Si los ciudadanos perciben que la probabilidad de ser sancionado por incumplimiento de las reglas formales es baja, ellos optarán por no cumplirlas. Al menos, el número de personas que incumplirá las reglas formales irá incrementándose con el tiempo. Para evitar tal situación es necesario que existan agentes estatales que se encarguen de lograr el cumplimiento de la ley.

En este trabajo exploratorio se ha querido mostrar que el cumplimiento efectivo de la Ley depende no solo de la sanción que se pueda imponer a una persona por la infracción cometida sino también de un conjunto de medidas destinadas a descubrir, procesar y condenar efectivamente al infractor. En ese sentido, se ha propuesto que medidas para romper la cooperación entre los infractores, incentivos para delatar u ofrecer pruebas incriminatorias, sanciones graves por destruir, manipular u ocultar pruebas o hechos y sanciones por la falta de entrega de información resulta clave para lograr un efectivo cumplimiento de la Ley.

Finalmente, es necesario indicar que también es necesario dotar a los órganos investigadores de recursos y herramientas que les permitan decidir qué casos investigarán; capacidad de negociación; infraestructura, herramientas para analizar y procesar información, entre otros elementos que le permitan incrementar la probabilidad de detección de una infracción.

En este pequeño trabajo solo nos hemos centrado en disminuir los incentivos que tiene un infractor en impedir que lo sancionen, pero al momento de diseñar un sistema de cumplimiento de la ley es necesario tener otros aspectos adicionales como los ya mencionado.

IDENTIDAD DE GÉNERO, MATRIMONIO Y ANÁLISIS ECONÓMICO: DOS CASOS POR RESOLVER, UN TEMA PENDIENTE

*URTECHO NAVARRO, Santos Eugenio*¹

En las siguientes líneas se hace una presentación liminar y centrípeta de dos casos que se vienen ventilando ante la justicia constitucional del Perú, uno de ellos ya en el Tribunal Constitucional y el otro –aún— en el Poder Judicial, respecto a la negativa administrativa del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil –RENIEC— a reconocer matrimonios civiles contraídos por personas del mismo género en ámbitos territoriales extranjeros donde, a diferencia del peruano, sí se da la posibilidad jurídica de uniones matrimoniales homosexuales. Se trata de los casos ‘Ugarteche-Aroche’ y ‘Paredes-Aljovín’.

En el caso Ugarteche-Aroche, que ya tiene algunos años resonando en el ámbito jurídico nacional, la historia en el trámite judicial dio un giro en contra de la sentencia estimatoria que había emitido el Séptimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima con fecha 21 de diciembre de 2016, y ahora el tema está – hasta la fecha (mayo de 2019)— pendiente de ser resuelto por el Tribunal Constitucional (Expediente N° 01739-2018-AA), donde la vista de la causa se realizó el 20 de junio de 2018 y ya ha vencido con exceso del plazo legalmente establecido para emitir la decisión final. Como fuere, el Tribunal Constitucional deberá decidir si el matrimonio de Oscar Ugarteche Galarza y Fidel Aroche Reyes, realizado en México, puede ser inscrito en el RENIEC o no, y con esta decisión sentaría un precedente importante que abriría o cerraría completamente el reconocimiento de derechos de parejas del mismo sexo en el Perú. Una decisión desestimatoria del supremo intérprete de la Constitución podría forzar a llevar el caso a la Comisión

¹ Abogado. Director del Estudio Jurídico Santos E. Urtecho Benites Abogados. Docente de Derecho Civil y Derecho Procesal en la Facultad de Derecho de la Universidad Privada del Norte (Trujillo). Árbitro

Interamericana de Derechos Humanos, que ya tiene amplia jurisprudencia a favor sobre el tema.

Se conoce –aunque extraoficialmente– que en el pleno del Tribunal Constitucional la votación se encontraría empatada, y que solo el voto del magistrado Manuel Miranda Canales definiría si el matrimonio Ugarteche Aroche debe ser reconocido por la instancia registral del Estado. Así, a favor de declarar fundado el recurso de agravio constitucional se encontrarían Eloy Espinosa-Saldaña Barrera, Marianella Ledesma Narváez y Carlos Ramos Núñez; en tanto que en contra estarían José Luis Sardón De Taboada, Augusto Ferrero Costa y Ernesto Blume Fortini.

Rememorando la tramitación en referencia, se tiene que Oscar Ugarteche y Fidel Aroche presentaron ante el RENIEC, el 12 de enero de 2012, la solicitud para que este organismo inscribiera en el registro correspondiente su matrimonio realizado en Ciudad de México el 30 de octubre del 2010 (siete meses después de que entrara en vigencia la reforma legislativa que permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo en ese país), previamente dicha unión había sido registrada en la Oficina Central del Registro Civil del Distrito Federal mexicano, y en 2011, Ugarteche había solicitado la inscripción de su matrimonio ante el consulado peruano en México; sin embargo, la representación diplomática le respondió –seis meses después– que la cancillería no sabía cómo proceder ante su caso.

El RENIEC resolvió con fecha 7 de marzo de 2012 señalando que la solicitud era improcedente y que no se podía inscribir porque “conforme al Código Civil Peruano de 1984, entre los elementos estructurales se encuentra la diversidad de sexo y responsabilidad entre los contrayentes”. Contra ello se presentó recurso administrativo de apelación, sustentando que tal decisión “viola en perjuicio del recurrente los principios-derechos constitucionales a la igualdad y no discriminación, que se encuentran cautelados en nuestra Constitución Política así como un elenco de tratados internacionales ratificados por el Perú”. En esa línea, el 18 de junio de 2012 el RENIEC expidió una resolución regional declarando infundado el referido recurso, y entre sus considerandos principales reiteró que “el artículo 234 del Código Civil señala que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada entre varón y una mujer, por lo tanto no existe en nuestra legislación respaldo normativo para el matrimonio entre personas del mismo sexo”. Para agotar la vía administrativa, el 16 de julio de 2012 se presentó recurso de revisión, reiterando en su argumentación que “se producían con dichas decisiones una violación de sus derechos constitucionales

de igualdad y no discriminación señalado en la Constitución Política del Estado y los diversos tratados Internacionales firmados y ratificados por el Perú”; ante lo cual, el 15 de agosto de 2012 el RENIEC expidió otra resolución declarando infundado el recurso, indicando entre sus argumentos que “no se ha violado el derecho de igualdad del demandante”.

Sometida a control judicial la actuación administrativa referida precedentemente es que con fecha 21 de diciembre de 2016 –como ya se ha referido *supra*— el Séptimo Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima emitió sentencia declarando fundada la demanda interpuesta por Oscar Ugarteche Galarza contra el RENIEC, ordenándose a la entidad demandada cumpla con reconocer e inscribir el matrimonio celebrado por el demandante en el extranjero en el Registro Civil correspondiente. De la parte considerativa de dicha sentencia se destaca la siguiente interrogante: “¿Existe una razón objetiva y razonable para no reconocer el matrimonio homosexual celebrado por el señor Ugarteche Galarza Oscar en la ciudad de México; debiendo tenerse en cuenta que el artículo 2 de nuestra Constitución Política indica que los derechos y libertades reconocidos en nuestra Constitución, deben ser interpretados de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por el Perú?”. Pero la mencionada judicatura considera “que la razón en la cual se ha fundamentado la denegación del reconocimiento del matrimonio celebrado con el demandante en el extranjero, es por la única razón de que fue celebrado entre personas homosexuales, no constituyendo dicho argumento ser razonable y objetivo, por lo que resulta altamente discriminatorio y contrario tanto a nuestra Constitución, como a todos los dispositivos internacionales citados en la presente resolución”.

Empero, la defensa de la demandada RENIEC no ha radicado sólo en la ya referida inicua imposibilidad que aparentemente fluye del artículo 234 del Código Civil. Aquella había invocado, como defensa de forma, que los plazos procesales ya estaban vencidos para la interposición de la demanda de amparo, pues el agotamiento de la vía administrativa le fue comunicado al accionante el 21 de agosto de 2012 y la demanda se presentó el 12 de diciembre del mismo año, pero el plazo de 60 días hábiles venció el 6 de diciembre. Tal argumento fue desestimado por el juez de la causa, quien con resolución de fecha el 15 de julio de 2015 había declarado infundada la excepción de prescripción en cuestión, considerando incluso el aspecto extrajudicial de que hubo una huelga de los servidores del Poder Judicial, además, la defensa de Ugarteche sostuvo que "no pudo

presentar su demanda dentro del término previsto" debido a que el titular del derecho se encontraba fuera del Perú, así como que quien recibió la notificación de agotamiento de la vía administrativa no era su representante ni "había sido investido de poder de representación" para intervenir en su nombre.

Pero, es en segunda instancia en que se ha acogido el argumento de forma aludido por el RENIEC, y la Cuarta Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución emitida con fecha 19 de enero de 2019, revocando la resolución que desestimó la excepción de prescripción y dejando sin efecto la sentencia del *A Quo*, ha declarado improcedente la demanda por tal aludida extemporaneidad. Esta es la decisión sometida al recurso de agravio constitucional que se encuentra pendiente de ser resuelto por el Tribunal Constitucional.

Un aspecto peculiar en el proceso en referencia es que, antes de la emisión de la mencionada sentencia de vista, la Defensoría del Pueblo ha sido incorporada como *amicus curiae*, en apoyo a la causa de Ugarteche y Aroche, señalando que "es pertinente recalcar que el reconocimiento de diversos tipos de familia, no afecta ni limita el derecho de las personas heterosexuales, que las personas lesbianas o *gays* se encuentran en la misma condición que las personas heterosexuales en relación con el reconocimiento de su derecho a conformar una familia y el Estado, lejos de obviar dicha realidad, debe garantizar, para todos y todas, que el reconocimiento de las parejas del mismo sexo como familia permitirá a estas personas gozar de otros derechos que se derivan de la unión. Asimismo, el reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero no vulnera el orden público internacional por las siguientes razones: No afecta el principio de protección de la familia en tanto el Tribunal Constitucional ha señalado que no existe un solo tipo de familia y que sin importar el tipo de familia, ésta será merecedora de protección frente a injerencias del Estado y la sociedad. Tampoco desnaturaliza el principio de promoción del matrimonio, toda vez que éste debe ser entendido como aquella política del Estado orientada a favorecer la posibilidad de que las personas contraigan nupcias. De acuerdo a los principios generales del derecho, el principio de igualdad asegura, entre otras cosas, que todas las personas tengan el mismo trato ante la ley. Ello, enfatizado por los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Perú es parte". Sin embargo, siendo estos argumentos de fondo, no han repercutido en la sentencia de segundo grado ya referida, en tanto

que la inferencia jurídica de ella se detuvo en el argumento de forma que sustenta la configuración de la prescripción, y estimando el mismo, ya no correspondía al A *Quem* pronunciarse sobre la materia de mérito.

En el correlato de la prescripción a la que ha atendido el órgano jurisdiccional de segunda instancia, es pertinente atender a que en el primer párrafo del artículo 44 del Código Procesal Constitucional peruano se establece que “El plazo para interponer la demanda de amparo prescribe a los sesenta días hábiles de producida la afectación, siempre que el afectado hubiese tenido conocimiento del acto lesivo y se hubiese hallado en posibilidad de interponer la demanda. Si esto no hubiese sido posible, el plazo se computará desde el momento de la remoción del impedimento”. Es decir, de este enunciado normativo fluyen dos escenarios posibles: i) El afectado tiene conocimiento del acto lesivo y está en posibilidad de interponer la demanda, por lo que el plazo de sesenta días hábiles empieza a correr normalmente; y, ii) el afectado tiene conocimiento del acto lesivo, pero no está en posibilidad real o concreta de interponer la demanda, por lo que el plazo de sesenta días no debería correr “normalmente”, sino que se empieza a computar desde que el impedimento –racional— deja de ser tal para el titular del derecho.

En el caso particular, al darse que la última resolución emitida por el RENIEC –con la que se dio por agotada la vía administrativa— fue notificada el 21 de agosto de 2012 al domicilio procesal que fijó el señor Ugarteche en sede administrativa, el primer día del plazo debió ser el 22 de agosto de 2012 y, descontando los días inhábiles, los sesenta días hábiles se debieron cumplir el 20 de noviembre de 2012. Empero, a dicha fecha era materialmente imposible presentar una demanda, pues del 15 de noviembre al 5 de diciembre del mismo año se llevó a cabo la ya referida huelga nacional de los trabajadores del Poder Judicial. Con ello, procesalmente correspondía que la demanda sea ingresada el 6 de diciembre de 2012, ya que desde ese momento ya no existía el impedimento que, hasta el día previo, hacía imposible ejercitar instrumentalmente la acción. Inclusive, el Tribunal Constitucional ha precisado en reiterada jurisprudencia que el término final del plazo se difiere al primer día hábil posible (o sea, al día siguiente de finalizada la huelga, cuando se retomó la atención en el Poder Judicial y ya era posible presentar la demanda).

En sentido concreto y objetivo, la respuesta resulta clara y el resultado evidente con respecto a la posibilidad tanto material como jurídica de ejercitar el derecho de acción a través de la

interposición de la demanda. Sin embargo, dadas las particulares connotaciones del tema de fondo, corresponderá al Tribunal Constitucional la interpretación que termine adoptando sobre el sentido del primer párrafo del ya mencionado artículo 44; es decir: i) si admite que el hecho de encontrarse en el extranjero para la firma del escrito es un “impedimento” en los términos descritos por la norma procesal, y con ello se revocaría la decisión de la Cuarta Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Lima y se habilitaría un pronunciamiento de fondo por parte del supremo intérprete de la Constitución; o, ii) si considera que tal situación no es un “impedimento”, o que no es atendible en el caso concreto, con lo cual el caso acabaría definitivamente, por lo menos en sede nacional. En ese contexto, no ha de perderse de vista que el Tribunal Constitucional ya ha efectuado interpretaciones que han conducido a ampliar el plazo existente: “decisiones excepcionales que abren la puerta a que se pueda conocer aquellos casos en los que, pese al vencimiento del plazo de prescripción establecido, se presenta una demanda de amparo. Una indebida aplicación de este criterio podría generar una sensación de inseguridad jurídica que el Código ha tratado de evitar”.

Un pronunciamiento que pase por alto, excepcionalmente por cierto, la configuración de la prescripción para el caso en comento permitiría definir, incluso con gran expectativa de precedente vinculante, uno de los puntos dogmáticos cardinales resaltado en la sentencia de primer grado, particularmente en sus considerandos Décimo Noveno y Vigésimo Noveno: “el Código Civil de 1984 no se ha adaptado a los nuevos cambios sociales como el caso del matrimonio homosexual”. Del primero de los mencionados considerandos se tiene que “desde el año 2001 recién se empezó a reconocer dicho derecho a dichas personas, debiendo indicar que nuestro Código Civil data del año 1984, momento en el cual era inimaginable pensar en una institución como la del matrimonio de personas del mismo sexo, razón por la cual el contenido del artículo 234° de dicho dispositivo legal no fue cuestionado por un largo periodo de tiempo; sin embargo en vista de los cambios sociales que se han ido presentando, es que a la fecha esta Judicatura considera que dicho artículo del Código Civil no se ha adaptado a dichos cambios que se han presentado en el mundo, razón por la cual hoy existe un largo debate sobre si se debe aprobar o no un matrimonio entre personas del mismo sexo...”; en tanto que en el otro considerando citado se tiene que “efectuando una interpretación evolutiva de nuestra Constitución, esta Judicatura considera que dicho dispositivo legal, debe ser

interpretado conforme a los cambios y exigencias que nuestra sociedad reclama, y al haber quedado demostrado que a la fecha un gran sector de la población reclama algún tipo de reconocimiento a las parejas homosexuales, ya sea por medio del matrimonio, unión civil u otro dispositivo; resulta factible que a falta de existencia de dicha institución, dichas personas puedan reclamar protección de sus derechos fundamentales por la vía judicial en virtud del contenido de nuestra Carta Política, puesto que no pueden estar a la espera de que se legisle a favor de ellos...”.

Al respecto, se destaca que se asume la teoría de la “*living Constitution*”, de la Constitución como un texto inacabado que se adapta a los nuevos tiempos. La Constitución, si bien nace en un determinado contexto, tiene una pretensión de vigencia indeterminada y, por eso mismo, de vivencia actualizada, a partir de la cual aspira a regir de manera efectiva la vida en común, en acomodo a los valores y principios que ella proclama. Teoría esta que ya ha sido asumida por el Tribunal Constitucional desde hace muchos años; de lo cual se tiene como botón de muestra que “...”, sustentándose en los artículos 3 y 43 de la Constitución, que reconocen al nuestro como Estado Social y Democrático de Derecho, ha venido otorgando contenido a sus principios a través de su jurisprudencia. De este modo, desde la STC N° 0008-2003-AIITC (caso Roberto Nesta Brero contra el artículo 4 del Decreto de Urgencia N° 140-2001) y en causas subsiguientes, se ha marcado la pauta de lo que el constituyente histórico ha querido plasmar en la concepción de una Constitución como una realidad viviente...”; así como que “la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional es también una fuente de primer orden no sólo para los tribunales ordinarios y los demás entes públicos, sino para el propio Tribunal a la hora de decidir un nuevo caso. En cada sentencia de principio, un nuevo dispositivo de nuestra Constitución es desarrollado sin olvidar que se trata de una obra duradera en el tiempo y en constante movimiento. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional es, en buena cuenta, Constitución viviente de la sociedad plural”.

Por otro lado, el caso Paredes-Aljovín es el más reciente, y —a la fecha— el proceso judicial en que se tramita recién agotó su primer grado. Así, la sentencia del Décimo Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima ha sido emitida con fecha 22 de marzo de 2019, en el expediente N° 10776-2017, y con ella se ha estimado la demanda de amparo interpuesta por Susel Ana María Paredes Pique y Gracia María Francisca Aljovín De Losada contra el RENIEC y el Ministerio de Justicia y

Derechos Humanos –MIMJUS—, en consecuencia se declara la nulidad de las resoluciones N° 077-2017/GOR/JR10LIM/RENIEC y N° 303-2017-GOR/JR10LIM/ORLIMRENIEC emitidas por la Oficina Registral de Lima y dispone que se vuelva a emitir la resolución que califica el título que contiene la partida de matrimonio, inaplicando el artículo 234 del Código Civil, en cuanto a las demandantes, e inscribiendo la partida de matrimonio, sin restricciones.

Paredes y Aljovín contrajeron matrimonio civil el 4 de agosto de 2016 en Miami, y una vez recibida la correspondiente partida de matrimonio, debidamente apostillada, se presentaron ante el RENIEC solicitando su inscripción ante dicho registro. Tal pedido fue rechazado mediante la resolución N° 077-2017/GOR/JR10LIM/RENIEC, con la cual la entidad señaló que el artículo 234 del Código Civil prescribe que el matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer, y al ser la de las solicitantes una unión concertada de dos mujeres, no es eficaz; asimismo, que al haberse celebrado el matrimonio en la ciudad de Miami (Estados Unidos), dicha unión se encuentra determinada por las normas comprendidas en el Libro X del Código Civil, y que si bien es válido en el país norteamericano, no lo es en el territorio peruano, donde es privativo para contrayentes de unión heterosexual.

De la sentencia en referencia se destaca que el juez ha señalado que la Constitución peruana no restringe de forma expresa ni tácita el matrimonio entre personas del mismo sexo; aunado a esto, ha referido que en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 6040-2015-AA se ha establecido que debe dejarse de lado el criterio que consideraba cualquier alteración de la identidad como una patología, así como que "el criterio sobre conceptos de este tipo (incluido el matrimonio), son conceptos que evolucionan en el tiempo, que es preciso proteger el derecho de estas personas, que los operadores del derecho deben actualizar el contenido normativo y si bien no se pronuncia respecto al matrimonio en sí mismo, en tanto no era una pretensión de la demanda, debe observarse que no hay una clara expresión omisiva, ni cuestionamiento a su reconocimiento".

También se ha resaltado en la sentencia el control de convencionalidad de lo señalado en el artículo 234 del Código Civil, recogiendo lo señalado en la Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solicitada por la República de Costa Rica, denominada "Identidad de género e igualdad y no discriminación

a parejas del mismo sexo", a partir de la cual el juez ha señalado que "el reconocimiento del derecho de estas personas debe ser amplio, no solo en cuanto a sus aspectos patrimoniales (sociedades), sino como una modalidad de familia, por lo que la norma adscripta invocada resulta aplicable y no es compatible con el Código Civil peruano que solo reconoce como matrimonio a aquel celebrado por varón y mujer, por lo que esta es una norma a inaplicarse, en el extremo en que fija como contrayentes, necesariamente a personas de distinto sexo, dando prevalencia a la norma convencional que de manera expresa 'protege el vínculo familiar que puede derivar de una relación de una pareja del mismo sexo', así como la Constitución Política que promueve el matrimonio, sin que se observe en su texto restricción al respecto".

Abundando en lo precedente, se tiene el resalte hecho a que, considerando la facultad de control difuso que tienen todos los jueces de la república, para ejercer el control de constitucionalidad, que se extiende al control de convencionalidad, que las normas convencionales forman parte del Derecho nacional, según lo estipula el artículo 55 de la Constitución, que asimismo, según la Cuarta disposición final y transitoria, las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y acuerdos internacionales sobre derechos humanos; en consecuencia los posibles conflictos con leyes nacionales de menor jerarquía deben ser aplicados e interpretados bajo el razonamiento de la Constitución y las Convenciones y en su caso, inaplicarse las normas nacionales, para aplicar a cabalidad la norma constitucional o convencional, (sobre derechos humanos). De otro lado, existe el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual, todo juez, (inclusive todo funcionario), está en la obligación de aplicar y hacer control difuso, para la aplicación de las normas convencionales, aunque el Tribunal Constitucional reserva dicho control difuso, solo para el Poder Judicial.

Asimismo, en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional se invoca directamente la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre dichos derechos, de los que el Perú es parte, para la interpretación del contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en dicho Código. De este modo, es que se ha

establecido, desde la legislación nacional, y convencional, el sustento para el control de convencionalidad, es decir, ubicando en la pirámide de Kelsen las normas constitucionales, las normas convencionales, el Código Civil, e interpretando éstas, de acuerdo a los tratados, a efectos de determinar la validez de un acto o resolución administrativa. Es preciso también tener presente que, en la teoría del Control de Convencionalidad, desarrollada por la propia Corte Interamericana y aceptada en el ámbito nacional, se tiene que no solo es el tratado, la norma vinculante, es decir, no solo la Carta constitutiva, sino las decisiones o fundamentos de la Corte, dictadas a través de sus resoluciones así, y también las Opiniones Consultivas, aún en las que el Estado no haya sido parte.

Entonces, tanto para el caso Ugarteche-Aroche como para el caso Paredes-Aljovín resultaría determinante la observancia a la opinión consultiva OC-24/17, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que es vinculante para el Estado Peruano (lo cual incluye al Tribunal Constitucional). Y, según dicha opinión consultiva, el artículo 234 del Código Civil peruano de 1984 es contrario al bloque de convencionalidad, por lo que “es necesario que los Estados garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales”. Quizá el Tribunal Constitucional peruano siga el derrotero ya trazado —no hace mucho— por sus homólogas Corte Constitucional de Colombia (SU 214-16) y Suprema Corte de los Estados Unidos de América (Obergefell Vs. Hodges en 2015), por citar sólo a las más cercanas tanto temporal como geográficamente, ante el vacío legislativo y hasta omisión —o negación— de intención sobre el tema del denominado ‘matrimonio igualitario’ en sus respectivos países.

BRECHA SALARIAL DE GÉNERO: BREVE ANÁLISIS ECONÓMICO DEL CAMINO LEGAL HACIA LA IGUALDAD

*GÓMEZ MOSCOSO, Andrea Verónica*¹

I. Introducción

“El trabajo más productivo es el que sale de las manos de un hombre contento”, frase de Víctor Pauchet, destacado médico cirujano francés de fines del siglo XIX y visionario de su tiempo. Con aquellas palabras profética, pronosticaba las expectativas que diversas generaciones de hombres y mujeres reclamarían para sí respecto al trabajo digno como derecho humano.

En Francia y Europa del siglo XIX, no existían los derechos laborales y las jornadas de trabajo sumaban al menos 16 horas diarias, dejándoles a las personas únicamente ocho horas de sueño y descanso. En el Perú la historia era la misma.

El trabajo no siempre fue reconocido como derecho humano; y su ejercicio fue bastante limitado. La libre elección del trabajo, el acceso a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, la protección contra el desempleo, la no discriminación laboral, la igualdad salarial, la remuneración digna, la protección social y el derecho de sindicación, promovidos por la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Organización Internacional, fueron consolidándose en el tiempo.²

En lo que se refiere al trabajo de las mujeres en particular, basta una rápida mirada a la historia para encontrar un campo

¹ Coordinadora Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle, Arequipa-Perú

Magíster en Derecho Empresarial por la Escuela de Negocios San Francisco Xavier. Abogada y Bachiller en Derecho por la Universidad Católica de Santa María. Egresada de la Segunda Especialidad en Derecho Laboral, Gestión Legal de Recursos Humanos y Seguridad en el Trabajo por la Universidad Católica de Santa María.

² Aldazábal, A. El Derecho Al Trabajo En El Perú [Internet]. [Consultado 29 abr. 2019]. Disponible en: <http://www.paraquenoserepita.org.pe/us/post-novedades/41/el-derecho-al-trabajo-en-el-peru>

fértil para los abusos laborales, tratos discriminatorios y desigualdad de oportunidades. Analicemos algunos escenarios.

Durante el siglo XIX, la labor femenina era considerada como “mano de obra barata”, pero no todo trabajo se consideraba adecuado a las mujeres. Si bien se las consideraba apropiadas para realizar jornadas en las fábricas textiles, de vestimenta, calzado, tabaco, alimentos y cuero, era raro encontrarlas en la minería, la construcción, la manufactura mecánica o los astilleros, aun cuando en estos sectores hacía falta la mano de obra que se conocía como “no cualificada”. Un delegado francés a la Exposición de 1867 describía claramente las distinciones de acuerdo con el sexo, los materiales y las técnicas: “*Para el hombre, la madera y los metales. Para la mujer, la familia y los tejidos*”.³ Aunque hubiera diversas opiniones acerca de qué trabajo era o no apropiado para las mujeres, y aunque tales opiniones se formaran en diferentes épocas y distintos contextos, siempre, sin excepción, en materia de empleo entraba en consideración el sexo. El trabajo para el que se empleaba a mujeres se definía como “trabajo de mujeres”, algo adecuado a sus capacidades físicas y a sus niveles innatos de productividad.⁴

Durante la primera mitad del siglo XX efectivamente se brindó una protección social paternalista a los derechos laborales de las mujeres, niños y adolescentes, quienes eran considerados como un grupo humano especialmente frágil para el trabajo. En efecto, se consideraba que el trabajo ejecutado tanto por mujeres como niños, consistía en una actividad ineludible que estaban compelidos a realizar, resultando necesaria pero indeseable, por lo que debía prohibirse o limitarse tanto como fuera posible para beneficiar a este grupo de trabajadores clasificados como débiles.

Este raciocinio tenía como resultado una división de género en el mercado de trabajo, agrupando a las mujeres en determinados empleos (aptos para mujeres) y no en otros, perpetuamente relegadas al peldaño inferior de cualquier jerarquía laboral, a la vez que fijaba sus salarios en niveles inferiores a los de la mera subsistencia.

La situación de las mujeres trabajadoras se percibía como un problema únicamente cuando distintos distritos electorales

³ Perrot, M, “Le Syndicalisme Français et les Femmes: Histoire d’un malentendu”, Aujurd’hui. 1984; 66 : 44

⁴ Scott, Joan w. La mujer trabajadora en el siglo XIX [Internet].FHUC; 2009. Disponible en: http://www.fhuc.unl.edu.ar/olimpistoria/paginas/manual_2009/docentes/mo dulo1/texto3.pdf

debatían los evidentes efectos sociales y morales, así como la factibilidad económica de esta división de roles.

Como no podía ser de otra forma, el análisis económico corría por cuenta de los economistas políticos, quienes propugnaban la idea de que los salarios de los varones debían ser suficientes no sólo para su propio sostén, sino también para el de una familia, pues en caso contrario, para el propio Adam Smith *“la raza de tales trabajadores no se prolongaría más allá de la primera generación”*. Por el contrario, los salarios de una esposa, *“habida cuenta de la atención que necesariamente debía dedicar a los hijos, se suponía que no debían superar lo suficiente como para su propio sustento”*⁵.

Para otros economistas políticos este supuesto sobre los salarios de las esposas se extendía en forma general a todas las mujeres: fuera cual fuese su estado civil, ellas dependían de los hombres por naturaleza. Si bien algunos teóricos sugirieran que los salarios de las mujeres debían cubrir sus costes de subsistencia, otros sostenían que tal cosa era imposible. El economista político francés Jean-Baptiste Say, por ejemplo, afirmaba que los salarios de las mujeres caerían siempre por debajo del nivel de la subsistencia, debido a la disponibilidad de mujeres que podían apoyarse en el sostén familiar (las que estaban en estado “natural”) y, por tanto, no necesitaban vivir de sus salarios. En consecuencia, las mujeres solas que vivían al margen de contextos familiares y aquellas que eran el único sostén de sus familias, serían irremediamente pobres. De acuerdo con su cálculo, los salarios de los varones eran primordiales para las familias, pues cubrían los costes de reproducción; en cambio, los salarios de las mujeres eran suplementarios y, o bien compensaban déficit, o bien proveían dinero por encima del necesario para la sobrevivencia básica.⁶

En este contexto, la asimetría del cálculo del salario era asombrosa: los salarios de los varones incluían los costes de subsistencia y de reproducción, mientras que los salarios de las mujeres requerían suplementos familiares incluso para la subsistencia individual. Como consecuencia de esta ideología, se promovió una brecha salarial por razón de género, que nos persigue hasta la actualidad y cuyo tratamiento jurídico es materia de la presente investigación.

⁵ 10. Adam Smith, *The Wealth of Nations*, vol 1, 2° Ed, Oxford, Clarendon Press, 1880, pág. 71

⁶ Jean Baptiste Say, *Traite de l' économie politique*, 6° Ed, 2 vols, París, 1841, pág. 324

II. Las mujeres trabajadoras en el Siglo XXI

Sin perjuicio de lo desarrollado en la parte introductoria del presente artículo, se puede afirmar en forma general que el resguardo de los derechos laborales de las mujeres ha sido objeto de una acelerada evolución en el último siglo, como consecuencia de la mejor comprensión del valor del trabajo en sí mismo, así como de la identidad femenina y del reparto de las responsabilidades en la vida familiar.⁷

Como se ha explicado, hasta mediados del siglo pasado inclusive se ha extendido una tendencia global de prohibir el trabajo femenino en determinadas situaciones, relacionadas tanto con su capacidad física⁸, con la maternidad y también en lo referente a labores consideradas tradicionalmente exclusivas de los varones, medidas paternalistas que no necesariamente encontraron correlato en la situación familiar o la capacidad de trabajo de las trabajadoras.

En el año 1919 la concepción de familia seguía altamente influenciada por los cánones religiosos, ubicando siempre a la mujer como pieza fundamental del hogar. En este escenario, la conciencia social del trance de la maternidad y la importancia de la atención al recién nacido ocasionaron que la OIT adoptara dos convenios dirigidos a resguardar la integridad física de las mujeres, evitando que sean empleadas en actividades consideradas como perjudiciales para su salud o para su condición femenina. Uno de esos convenios prohibió el trabajo de la mujer durante las seis semanas posteriores al parto⁹, impedía que realizase trabajos en horario nocturno. Posteriormente se prohibió también el trabajo de la mujer en los subterráneos de las minas.¹⁰

⁷ Pacheco-Zerga, L. La Igualdad de Oportunidades y el Derecho al Trabajo de la Mujer: Un Esfuerzo Internacional de Protección Social. *Ius: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, [Internet] 2012 [Consultado 29 Abr.2019]; (29), 108-129... Disponible en: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2664/Igualdad_oportuni_dades_derecho_trabajo_mujer.pdf?sequence=1

⁸ Alonso Olea, M. El trabajo de la mujer en el Derecho Español. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, no. 72 (1995) [Consultado 29 Abr.2019] Disponible en: <http://www.racmyp.es/R/racmyp/docs/anales/A72/A72-8.pdf>

⁹ OIT. C003 - Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3) [Internet]. Adopción: Washington, 1ª reunión CIT (29 noviembre 1919) [Consultado 15 mayo 2019]. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_COD E:C003

¹⁰ OIT. C003 - Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (núm. 4) [Internet]. Adopción: Washington, 1ª reunión CIT (29 noviembre 1919)

Esta bienintencionada regulación en un principio favorable, a la larga produjo el efecto económico adverso: convirtió en excesivamente onerosa la contratación de la mano de obra femenina para el empleador, con la consecuente disminución de oportunidades para las mujeres trabajadoras.

En el plano de los derechos humanos, en 1979 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) adoptó una “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”¹¹ mediante la cual entre otros derechos trascendentales, consagra para las mujeres la facultad de asociación para formar empresa, de ocupar cargos públicos, el derecho a la formación profesional, a acceder a las mismas oportunidades de empleo, inclusive a la aplicación de los mismos criterios de selección en cuestiones de empleo; a elegir libremente profesión y empleo, el derecho al ascenso, a la estabilidad en el empleo y a todas las prestaciones y condiciones de servicio; el derecho a igual remuneración, a igualdad de trato con respecto a un trabajo de igual valor, así como a igualdad de trato con respecto a la evaluación de la calidad del trabajo; hitos todos verdaderamente decisivos pero de escasa aplicación en la época.

Con el transcurrir del siglo XX y con más vigor en el siglo XXI la legislación laboral que se orienta a la protección de las mujeres trabajadoras viene experimentando un profundo escrutinio en cuanto a sus fundamentos e instituciones: tanto la OIT como la comunidad europea y latinoamericana, como es el caso del Perú, han optado por una política positiva en lugar de prohibitiva. De este modo se ha trazado una ruta para lograr la igualdad de oportunidades en el trabajo para hombres y mujeres, a fin que puedan acceder a un empleo en las condiciones de libertad, igualdad y seguridad exigidas por la dignidad humana. Esta política debería conducir a resultados tangibles: Uno de los pilares para que esta ruta no sea una mera declaración de buenas intenciones es blindar la protección a la madre trabajadora y extender al varón la titularidad de aquellos derechos-deberes que

[Consultado 15 mayo 2019]. Disponible en: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REV,es,C004,/Document

¹¹ ONU - Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979) Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1)) [Consultado 15 mayo 2019]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

competen a ambos padres y no en exclusiva a la mujer.¹² Una sociedad globalizada y competitiva, debe orientarse a eliminar la brecha de género que se manifiesta en la desigualdad salarial y de oportunidades entre hombres y mujeres.

III. La brecha salarial y la desigualdad de género en el mercado laboral peruano

La brecha salarial, ha sido definida como la distancia en la retribución media (salario más complementos) de mujeres y hombres ocupados¹³ la que alcanza, a todos los sectores, todas las ocupaciones, todas las edades y todas las modalidades de contratación. Este concepto pone de manifiesto el carácter intrínseco de la inequidad de género en el mercado laboral, la que resulta independiente de las características personales de las personas empleadas.

El concepto de brecha salarial entre mujeres y hombres también se utiliza como sinónimo de desigualdad salarial y de diferencia salarial. Algunas especialistas precisan que sólo cabe nombrar como discriminación salarial la parte de esa diferencia de remuneración que no queda justificada por una distinta aportación de valor en el desempeño de un trabajo.¹⁴

Partiendo del escenario ideal “A trabajo de igual valor, igual salario” existe brecha salarial cuando el valor del trabajo de un hombre y una mujer es el mismo pero el salario no. Un análisis económico nos revela indicadores propios de la lógica laboral, como por ejemplo la cultura organizacional de las empresas y sus estándares de productividad. Además, debe considerarse en la ecuación que la incidencia de la división sexual del trabajo en esa brecha salarial atribuye a las mujeres tareas domésticas y de cuidados, más allá de su voluntad y como si de algo “natural” se tratara, situándolas en posición subordinada,

¹² Pacheco-Zerga, L. La Igualdad de Oportunidades y el Derecho al Trabajo de la Mujer: Un Esfuerzo Internacional de Protección Social. Ius: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, [Internet] 2012 [Consultado 29 Abr.2019]; (29), 108-129... Disponible en: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2664/Igualdad_oportunidades_derecho_trabajo_mujer.pdf?sequence=1

¹³ Sallé M & Molpeceres L. La desigualdad salarial: concepto y aportaciones de contexto. En: En: Enred Consultoría S.L. Editor. La Brecha Salarial: Realidades y Desafíos. España. Enred Consultoría S.L.; 2009 p. 15-21.

¹⁴ Sánchez N, Trinidad A, Recio C & Torns, T. III. La brecha salarial y la desigualdad de género en el mercado de trabajo español. Federación Española de Sociología [Internet] 2012 [Consultado 15 mayo 2019] Disponible en: <https://www.fes-sociologia.com/files/congress/12/papers/3439.pdf>

bien porque se emplean en sectores feminizados e infravalorados, o bien porque ellas mismas llegan a percibir sus salarios, siempre inferiores a los de sus homólogos masculinos como algo normal.¹⁵

Considero que el factor desencadenante de la brecha salarial por género se encuentra en la desigualdad en educación y oportunidades que reciben en muchas zonas del mundo. Como se ha referido, históricamente a la mujer se la asocia con la crianza de los hijos, por lo que ve interrumpida su carrera profesional, inclusive en algunas culturas se le sigue considerando más débil. No obstante, en Perú, llama la atención que las mujeres, sobre todo en cuanto a estudios superiores se refiere, estén por encima de los hombres (Figura 1) Y que aun así, exista brecha salarial.



Figura 1: Número de Egresados por Universidad y sexo de las 14 Universidades con más alta población universitaria del Perú, Año 2016. Fuente: Superintendencia Nacional de Educación Superior (SUNEDU)

Lo anterior es determinante para que muchas mujeres no accedan a estudios superiores o no les proporcionen la oportunidad de ascender en su lugar de trabajo. Incluso en zonas desarrolladas, donde la paridad en educación es ya un hecho,

¹⁵ Sánchez N, Trinidad A, Recio C & Torns, T. III. La brecha salarial y la desigualdad de género en el mercado de trabajo español. Federación Española de Sociología [Internet] 2012 [Consultado 15 Mayo 2019] Disponible en: <https://www.fes-sociologia.com/files/congress/12/papers/3439.pdf>

siguen existiendo diferencias en el mercado laboral por estas razones.¹⁶

Esta es una realidad tangible en nuestro país: de acuerdo a datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), a diciembre del año 2018, en el Perú la brecha salarial existente entre hombres y mujeres se calculó en S/572.00, teniendo en cuenta la diferencia entre el salario promedio que percibe cada uno.¹⁷ Para precisar, el ingreso promedio de los hombres se ubicó en S/1,812.00, mientras que el ingreso promedio de las mujeres ascendió a S/1,240.00. (Tabla 1)

Tabla 1. Perú Urbano: Ingreso promedio mensual de mujeres y hombres según grupos de edad

Año móvil: Enero-Diciembre17 / Enero-Diciembre18
(Soles corrientes)

Sexo / Grupos de edad	Ene - Dic 2017	Ene - Dic 2018 P/	Variación (porcentual)
Mujer	1218,5	1240,0	1,8
De 14 a 24 años	845,8	839,8	-0,7
De 25 a 44 años	1311,7	1347,5	2,7
De 45 y más años	1243,9	1250,5	0,5
Hombre	1793,5	1812,0	1,0
De 14 a 24 años	1076,2	1062,4	-1,3
De 25 a 44 años	1912,1	1938,8	1,4
De 45 y más años	1923,7	1935,5	0,6

Nota: El ingreso promedio por trabajo se ha calculado sin acotaciones de los valores extremos.

P/ Preliminar.

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)- Encuesta Nacional de Hogares 2018.

En consecuencia, el ingreso promedio de las mujeres representó el 68,4% del ingreso de los hombres, lo que evidencia que existe una brecha entre los ingresos de ambos grupos de trabajadores.

Otro indicador importante que puede extraerse del informe del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) es el factor de edad: la mayor brecha de ingresos se presenta en mujeres y hombres de 45 y más años de edad. En este grupo, las mujeres ganan el 64,6% del ingreso de los hombres. En cambio,

¹⁶ Carazo, J. Brecha Salarial [Internet]. Economipedia: Jimenez.J Editor; [Consultado16 Mayo 2019]. Disponible en: <https://economipedia.com/definiciones/brecha-salarial.html>

¹⁷ Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) Perú: "Brechas de Género, 2018: Avances hacia la igualdad de mujeres y hombres"; Perú. 2018.

la menor brecha se produce entre los más jóvenes, donde las mujeres ganan el 79,0% del ingreso de los hombres.

El panorama que se ha dibujado presenta una realidad cotidiana pero no por eso justa. Ante ella el derecho no puede permanecer indiferente.

IV. Bases para eliminar la brecha: La evolución normativa en el Perú

Pese a que la igualdad de oportunidades sin discriminación en materia laboral constituye un mandato constitucional, la idea de generar desarrollo incluyente en el Perú es de data reciente. La Constitución de 1993 incluye un capítulo sobre el régimen económico¹⁸ en el que plasma la intervención del Estado en la economía. Fundamentalmente orienta al país a la generación de riqueza y promoción de empleo, garantizando la libertad de trabajo a través de políticas públicas que tengan como resultado el proceso de desarrollo de todos los peruanos, varones y mujeres sin distinción.

Entendiendo el proceso de desarrollo en el más amplio sentido como el “conjunto de factores políticos, culturales y económicos que definen un país como moderno y desarrollado”,¹⁹ el Estado peruano a través de su Carta Magna apunta a consolidarse como una sociedad moderna y globalizada.

No obstante esta alentadora visión de desarrollo, la legislación sigue concentrándose en la acumulación de capital, la creación de empresa, la promoción del comercio e industria, haciendo a un lado el impulso de políticas y análisis para la igualdad, diseñadas para la realización de las capacidades humanas en el marco de la equidad social entre hombres y mujeres. Esta situación ya ha sido abordada por el Centro de Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en el año 2015 poniendo en evidencia que “El crecimiento económico es solo un medio para lograr un fin: mejorar de forma justa y sostenible las vidas de las personas. Si el objetivo es realizar una evaluación exhaustiva de la vida en un país, ello requiere ir más allá de los indicadores macroeconómicos y evaluar el bienestar a lo largo y ancho de las muchas y diferentes áreas relevantes para los ciudadanos. En el caso de que el aumento agregado de la productividad y de la riqueza material no produzca mejoras significativas en el

¹⁸ Constitución Política del Perú. Promulgada el 29 de diciembre de 1993, Título III. Del régimen económico. (Artículos 58 al 77)

¹⁹ Kalmanovitz S. Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia. California University Press. 2001;(Grupo Editorial Norma).

bienestar de la población de un país, el desarrollo habrá fracasado tanto en términos económicos como humanos.”²⁰

En ese sentido, promover el desarrollo social desde procesos puramente económicos es condenar a los grupos humanos menos favorecidos (entre ellos las mujeres trabajadoras) a una situación de perpetua relegación, excluyéndolos de acceder a mejores oportunidades. Es innegable que las mujeres han sido y continúan siendo el sector social que más ha padecido de la situación de desventaja en el proceso de desarrollo del Perú (y en el mundo). Si bien por lo menos oficialmente se reconoce la igualdad entre hombres y mujeres, se ha demostrado que en el Perú está lejos de ser realidad. Por tanto, se hace indispensable contar con mecanismos legales que propicien la equidad social y económica en beneficio de todas las personas, en particular las que han sido históricamente relegadas.

Para responder a esta apremiante necesidad, el Estado Peruano ha tomado algunas iniciativas legislativas que serán brevemente abordadas en forma cronológica.

Como primer paso tangible, desde el año 2000 el Perú inició un proceso destinado a cambiar las relaciones de desigualdad de género. Para ello implementó instrumentos guía para sensibilizar a la población y lograr paulatinamente cambios que redujeran las brechas de género existentes. Estos planes se conocieron como PIO – “*Plan Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Varones, los que tuvieron una vigencia de cinco años cada uno.*”

Con base en los resultados obtenidos de la Evaluación del Plan de Nacional de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Varones 2006 -2010 (PIO), el año 2007, el Congreso de la República promulga la “*Ley de Igualdad de Oportunidades entre hombres y mujeres*”²¹ cuyo objetivo resulta más bien declarativo: establecer el marco normativo, institucional y de políticas públicas en los ámbitos nacional, regional y local, para garantizar a mujeres y hombres el ejercicio de sus derechos a la igualdad, dignidad, libre desarrollo, bienestar y autonomía, impidiendo la discriminación en todas las esferas de su vida, pública y privada, propendiendo a la plena igualdad.

Para obtener un correlato de la norma en la realidad, el año 2012 entra en vigencia el *Plan Nacional de Igualdad de Género (PLANIG) 2012 – 2017*, como herramienta de

²⁰ Centro de Desarrollo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Estudio multidimensional del Perú Volumen 1: Evaluación inicial. Mensajes principales. Lima; 2015 p. 15.

²¹ Ley 28983. El Peruano, 2007-03-16, núm. 9773, p.p. 341606-341608

planificación de política pública, para lograr la igualdad entre hombres y mujeres que se enfoca en atender específicamente las necesidades particulares de las mujeres, a fin de alcanzar la igualdad. Este documento cuenta entre sus objetivos estratégicos el de garantizar los derechos económicos de las mujeres en condiciones de equidad e igualdad de oportunidades con los hombres.

En el plano del Derecho Laboral, en 2014, el Tribunal Constitucional reconoce el carácter equitativo de la remuneración, señalando que la determinación de la misma “no puede ser objeto de actos de diferenciación por causas discriminatorias”.²² Teniendo siempre como eje a la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Hombres y Mujeres, en diciembre de 2017 entra en vigencia la “*Ley que Prohíbe la Discriminación Remunerativa entre Hombres y Mujeres*”²³. Con esta ley, el Perú prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres mediante la determinación de categorías, funciones y remuneraciones que permitan la ejecución del principio de igual remuneración por igual trabajo. En tal sentido, impone a las empresas la obligación de implementar cuadros de categorías y funciones, así como asegurar que en sus planes de formación profesional y de desarrollo de capacidades laborales de sus trabajadores se garantice la igualdad entre mujeres y hombres.

Finalmente, para asegurar y fiscalizar el cumplimiento de esta Ley, con base en las directrices planteadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el Estado Peruano aprobó el pasado setiembre de 2018 la “*Guía que contiene las pautas referenciales que pueden ser utilizadas por la organización empleadora para evaluar puestos de trabajo y definir el cuadro de categorías y funciones*”²⁴, documento que determina el modelo de cuadro de categorías y funciones y el contenido mínimo referencial de la política salarial.

Este instrumento plantea un proceso que implica identificar los puestos de trabajo y el género de cada uno de ellos al interior de una empresa o institución, para posteriormente valorizarlos, comparar y calcular las brechas existentes y finalizar implementando medidas para eliminarlas. En el ámbito de sus competencias, la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), será la entidad a cargo de fiscalizar el cumplimiento de la guía en las empresas a partir del 1° de julio

²² Sentencia recaída en el Expediente N° 0020-2012-PI/TC

²³ Ley 30709. El Peruano, 2017-12-27, núm. 106703, p.p. 3-4.

²⁴ Mediante Resolución N°243-2017-TR del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE)

del 2019. Respecto a las micro y pequeñas empresas, esta fiscalización empezará a partir del 1° de diciembre del 2019.²⁵

Si bien esta normativa y el factor de fiscalización tienen una orientación positiva hacia la eliminación de la brecha salarial por género y ofrecen un panorama nuevo y en cierto modo revolucionario para el mercado laboral peruano, es pertinente extender la apreciación hacia el campo del análisis económico del derecho para asegurar su eficacia.

V. Análisis Económico de la norma

El derecho puede ser considerado tanto un orden social como un orden normativo. Por una parte, la dimensión normativa del derecho es asociada a los conceptos de validez, fuerza obligatoria y aplicabilidad de la norma jurídica. Por otra parte, la dimensión social de derecho, requiere al menos de la eficacia de la norma jurídica.²⁶

En tal contexto, desde el punto de vista normativo, la promulgación de la *“Ley que Prohíbe la Discriminación Remunerativa entre Hombres y Mujeres”* y la posterior creación de la también llamada *“Guía para la Igualdad Salarial”* constituyen hitos de suma importancia en el camino hacia la equidad de género. Sin embargo, es también imprescindible que la ley revista validez desde el punto de vista social, es decir que esté dotada de eficiencia, como requisito fundamental para alcanzar su objetivo.

Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, la eficiencia de una norma implica obtener de ella el mayor provecho posible. Para lograr este escenario es necesario crear incentivos de conducta adecuados para lograr sus fines, evitando el desperdicio de recursos²⁷.

En análisis económico, se denomina óptimo de Pareto a *“aquel punto de equilibrio en el que ninguno de los agentes afectados puede mejorar su situación sin reducir el bienestar de cualquier otro agente”*.²⁸ Este concepto fue desarrollado por el economista, político y sociólogo italiano Vilfredo Pareto para describir a aquella situación en la que dados los recursos existentes, no es posible beneficiar a una persona sin perjudicar a otra.

²⁵ Resolución de Superintendencia N° 111-2019-Sunafil

²⁶ Navarro P. & Moreso J. Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas. *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. 1996; (5). 119-139

²⁷ Calabresi G. *Elecciones Trágicas, asignación de recursos trágicamente escasos*. 2nd ed. Editorial Fogueras; 1992.

²⁸ Pareto V. *Manual de Economía Política*. Buenos Aires: Atalaya; 1945.

Como primer paso del proceso de implementación de la norma bajo análisis, se asigna a las empresas la responsabilidad de identificar los puestos de trabajo y de determinar el género de los mismos. En este punto, se examinará esta exigencia desde el criterio de Pareto.

El determinar los puestos de trabajo existentes al interior de una organización, no debería resultar una labor complicada: la guía propone una clasificación general que la empresa puede adaptar conforme a su organización interna. La tarea se complica al intentar establecer el género de los puestos de trabajo como “predominantemente masculinos”, “predominantemente femeninos” o “neutros”. La *“Guía para la Igualdad Salarial”* establece como criterios para su determinación el porcentaje de hombres y mujeres en el puesto, la evolución histórica de puesto y los estereotipos vinculados al puesto. Si bien este paso es parte de un proceso que tiene el objetivo positivo de eliminar la brecha salarial existente, no puede obviarse la posible interpretación errónea o maliciosa que muchos empleadores pueden darle a esta etapa: Al clasificar a los puestos de trabajo como “predominantemente” masculinos o femeninos, existe el riesgo de restringir aún más las ya recortadas oportunidades laborales para las trabajadoras y viceversa.

Dado que la norma no asigna a la empresa el cumplimiento de una cuota de género, podemos imaginar una empresa en la que la mitad de trabajadores sean varones y la otra mitad mujeres. A su vez, la mitad de puestos de trabajo son clasificados como “predominantemente masculinos” y la otra mitad “predominantemente femeninos”. Siguiendo el ejemplo, no necesariamente las capacidades de todos los trabajadores varones calzan en los puestos de trabajo considerados “predominantemente masculinos” y tampoco las capacidades de todas las trabajadoras mujeres encajan en los puestos “predominantemente femeninos”. Al asignar la carga laboral, aparentemente las condiciones serán perfectas: la mitad de puestos considerados “predominantemente masculinos” serán asignados a trabajadores varones, mientras que la otra mitad de puestos considerados “predominantemente femeninos” serán asignados a trabajadoras mujeres. Ciertamente esta distribución ha favorecido a un grupo de trabajadores y trabajadoras cuyo perfil es afín al empleo, independientemente de si es considerado “predominantemente” masculino o femenino. Sin embargo ha perjudicado a otro grupo de trabajadores y trabajadoras limitando el acceso a un puesto de trabajo que va de acuerdo a sus capacidades por no corresponder a su género.

El escenario ideal pasa por asignar a cada trabajador un puesto de trabajo de acuerdo a su capacidad y no a la predominancia de género. Probablemente, trabajadoras mujeres sean asignadas a puestos de trabajo considerados como “predominantemente masculinos” y viceversa, a manera de intercambio. De esa forma, mejora la situación del trabajador y de la trabajadora involucrados en relación a la escena anterior: tienen trabajos más adecuados a su capacidad, no se ha perjudicado a nadie (el trabajo asignado a los demás permanece igual) y en general la situación es mejor que la descrita inicialmente en términos de Pareto y por tanto se cumple con el criterio definido.

Por tanto, se puede concluir que el escenario óptimo en la determinación de los puestos de trabajo de acuerdo a género será aquel en el que todos (o la mayoría) sean clasificados como “neutros”, es decir que puedan ser realizados indistintamente por trabajadores varones o por trabajadoras mujeres. De esta forma, la aplicación de la norma será realmente efectiva.

VI. ¿Por qué diferenciar la fecha de implementación?

Partiendo del principio de que el Derecho influye en la conducta humana, y que esta influencia es en alguna medida explicable y predecible²⁹, el criterio que ha adoptado la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL) al diferenciar las fechas de inicio del proceso de fiscalización en relación al tamaño de las empresas no ha quedado librado al azar: cabe aplicar los instrumentos propios de la ciencia económica para analizar cómo reaccionarán en el futuro los agentes afectados y ponderar sus posibles efectos.

Para efectuar esa ponderación, se debe llevar a cabo un análisis de los costos y beneficios, de las consecuencias negativas y positivas que puede suponer la real aplicación de la norma descrita.

La implementación efectiva de la ley, implica un proceso de adecuación de las políticas laborales existentes al interior de las grandes y medianas empresas. El impacto no debería ser tan alto, considerando que en su gran mayoría cuentan con un departamento de Recursos Humanos y asesoría legal que propicien el cumplimiento de este objetivo. En otras palabras, es

²⁹ Dómenech P. Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho. Revista de Administración Pública. 2014;(195):102.

un costo que estas empresas están en condiciones de asumir a corto plazo sin que les resulte excesivamente oneroso.

Sin embargo, tratándose de micro y pequeñas empresas, se observa un panorama distinto: la implementación efectiva de la norma bajo comentario trae como corolario la instauración de una política empresarial adecuada con la consiguiente creación de un departamento o unidad a cargo de su ejecución. Este es un costo que constituye una inversión de tiempo, dinero y capital humano que probablemente resulte demasiado oneroso poner en práctica a corto plazo, situación que probablemente culmine en la inobservancia de la norma o peor aún, en evitar la contratación de personal femenino para justificar su incumplimiento. La solución a corto plazo resultaría perjudicial debido a los costos de implementación.

No obstante, la existencia de una brecha salarial es un problema común para ambos grupos y ambos están obligados a cumplir con la Ley. En este caso en particular, resulta más beneficioso retrasar la implementación de la norma respecto a uno de estos sectores para asegurar su cumplimiento.

VII. Conclusiones

Primera: Pese a la existencia de un marco constitucional y jurisprudencial que apunta al desarrollo armónico de todos los peruanos y peruanas en los sectores socioeconómicos, la realidad evidencia que aún existen temas fundamentales en los que el Derecho debe insistir como la diferencia salarial y de oportunidades entre hombres y mujeres.

Segunda: La valorización de las capacidades humanas en el contexto de prometer acceso a puestos de trabajo a los grupos históricamente discriminados, como es el caso de las mujeres peruanas, solo será posible mediante la formulación de normas en base la transversalidad de políticas de igualdad de género. Esto implicaría la coexistencia articulada de las facultades constitucionalmente otorgadas al Estado para promover una economía de mercado con las libertades y derechos que el mismo sistema garantiza para la realización de todos los ciudadanos sin distinción de género.

Tercera: Finalmente, el análisis del Derecho Económico permite un análisis *ex ante* de las normas y resulta especialmente útil para predecir algunas conductas humanas como las que se han

analizado, con el objetivo de garantizar que su aplicación resulte más que declarativa, verdaderamente eficiente con énfasis en la brecha entre los aportes que las mujeres realizan a las economías del país y los beneficios que reciben.

LA EVALUACIÓN ECONÓMICA DE LA ACTIVIDAD JURISDICCIONAL EN LA ETAPA POST SENTENCIA EN LA ESPECIALIDAD DE FAMILIA

*BERMUDEZ TAPIA, Manuel Alexis*¹

1. Introducción.

En la evaluación de un *expediente judicial* entre personas que habían conformado una relación (matrimonial o convivencial o concubinal o temporal) o de una familia en una situación de crisis, se deben detallar algunos factores que inciden en el trámite del *proceso judicial*. Estos elementos detallan *períodos temporales* que resultan muy específicos, porque “identifican” elementos y características comunes. Estos elementos son: el contexto pre procesal de las artes en conflicto (i), elementos jurisdiccionales que se observan en el trámite del expediente judicial (ii) y elementos jurisdiccionales de carácter administrativo, que están vinculados al modo en el cual se ejecuta una sentencia judicial (iii). La doctrina en lo procesal y en la mayoría de las especialidades jurídicas no han detallado o ampliado sobre la etapa posterior a la emisión de la sentencia, sobre la base de la presunción de que la *resolución judicial – sentencia* se cumple *per se*.

No se toma en cuenta el contexto de violencia que usualmente acompaña el desarrollo y trámite de un expediente judicial en el ámbito familiar en cualquier especialidad jurisdiccional y por ello las partes no toman en cuenta la decisión judicial, porque la “sentencia” no ha logrado finalizar el *conflicto*

¹ Profesor de la Unidad de Postgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

material que dio inicio al proceso judicial. Véase en este ámbito que una situación de *crisis* (donde las partes en contradicción no hacen públicas sus diferencias) ha provocado un conflicto (donde las partes son antagónicas y esta situación es exteriorizada) y al no reducirse los niveles de violencia en la comunicación, es que el *problema familiar se judicializa*, no limitándose a un único expediente judicial, por cuanto es característico que surjan otros procesos judiciales derivados, complementarios o paralelos, que sólo amplían el contexto de relaciones contradictorias entre las partes procesales.

Sustentamos esta afirmación sobre la base de la evaluación de lo más común en el ámbito jurisdiccional familiar: casos como “alimentos”, “tenencia y/o régimen de visitas”, “violencia familiar” no logran ser solucionados en el “expediente judicial” porque las partes aún a pesar de los alcances de una sentencia, seguirán involucrados en un “conflicto” familiar superando en lo temporal el período del “proceso judicial”.

Un error que lamentablemente provoca una mayor crisis en el ámbito social y que extiende los efectos negativos de una visión parcial y limitada del verdadero problema en ciernes.

2. Los tiempos en la evaluación del conflicto que se judicializa.

En la parte introductoria del presente texto se ha expuesto que se pueden identificar tres períodos de tiempo. Estos *tiempos*, nos permiten identificar patrones específicos en las relaciones de pareja o relaciones familiares en crisis y esto está vinculado sobre todo al contexto en el cual se desarrollan los ámbitos “íntimos”, “privados” y “públicos” del “conflicto” que se va desarrollando y que no siempre adquiere la misma condición o evaluación en las partes involucradas.

a. La etapa previa al proceso judicial: el origen del conflicto.

En este período las “partes procesales” son identificadas en función al “conflicto material” que provoca el surgimiento de las personas con “legitimidad para obrar” (i) e “interés para obrar” (ii). En esencia, esta etapa permite identificar cómo se ejecutará el proceso judicial, por cuanto determinará las facultades y condiciones que deberán tener la “parte demandante” y la “parte demandada”, elementos esenciales para que se desarrolle un proceso judicial. Igualmente se configurará el “contexto” sobre la cual se desarrolla el *conflicto de intereses* que

esencialmente se vincula con el origen de la controversia entre dos partes.

Esta controversia está vinculada al ámbito de la determinación de “derechos” o en cuanto a la prestación de “obligaciones” de cada parte y serán expuestas en base a dos elementos referenciales: Lo regulado normativamente en alguna norma jurídica (i) y las condiciones en las cuales las partes han desarrollado sus relaciones interpersonales, que está vinculado a la “línea temática” del conflicto, la cual configura tanto la especialidad (i), como el órgano competencial (ii) en función al contexto del conflicto desarrollado.

Sin embargo, en el contexto familiar, a diferencia de otras jurisdicciones el “conflicto” no siempre da origen a un proceso judicial.

Este tipo de situaciones se deben a varias causas.

- a) Casos donde las propias partes optan por no desarrollar ningún conflicto judicial, en donde la “autonomía de voluntades” opera en un gran sentido y restringe el contexto negativo del conflicto y la solución está mucho más próxima a los intereses de las partes en conflicto.

De esta situación es que surgen los contextos de negociación o conciliación entre las partes.

- b) Casos en los cuales el conflicto familiar se soluciona con la limitación de una parte, quien acepta las condiciones de una “solución” aún en detrimento de sus propios intereses.

En este tipo de situaciones, las partes están en contradicción pero se asume una posición “favorable” ante el contexto de sobrellevar un proceso judicial, tanto por razones económicas, temporales y personales.

Esta situación explica el contexto en el cual las “conciliaciones” que usualmente se suscriben en los Centros de Conciliación reproducen “acuerdos” sumamente incongruentes con la realidad de las partes en conflicto y contienen elementos regulatorios imposibles de ser cumplidos en forma sostenida en el tiempo.

- c) Casos en los cuales luego de un contexto negativo se mantiene la opción de no ejecutar ninguna acción judicial, identificada como “período de procrastinación”, principalmente a raíz de la propia decisión de una de las partes, generalmente la más perjudicada con la situación. Esto explica el contexto en el cual una “madre” no suele plantear “alimentos” al surgimiento de la necesidad de un

alimentista y “atrassa” la ejecución de este recurso judicial en defensa de su propio hijo, porque su motivación no ha tenido un fundamento legal.

La motivación personal en estos contextos es sumamente complicado de detallar y responde más a razones personales de quien se ha sentido afectado por una acción de una contraparte, generalmente la pareja o un familiar con quien se tiene un conflicto sobre algún derecho o una obligación que aún no está precisada, respecto de su determinación y cumplimiento.

- d) Casos de desconocimiento de la normatividad a ser aplicada a la evaluación del conflicto.

Un factor referencial en todas las especialidades judiciales y que se debe principalmente al hecho del desconocimiento del derecho, que perjudica sobre todo a la parte más débil del conflicto.

Un desconocimiento que no es absoluto, pero que debe vincularse con un contexto mucho más amplio que el de la evaluación legal, porque en este punto se asume el *costo económico* que implica la tutela de un derecho o la formulación de una pretensión en el ámbito jurisdiccional.

Igualmente, el análisis del *costo de oportunidad* y la evaluación del *costo humano* en la ejecución de un proceso judicial es un factor que no es tomado en cuenta en el ámbito institucional pero sí es evaluado en el ámbito de las personas que se ven inmersas en un conflicto familiar.

El punto final nos permite detallar las razones por las cuales la intervención del Poder Judicial, Ministerio Público o de la propia Policía Nacional del Perú no se registra en las etapas iniciales del conflicto familiar, porque las partes en conflicto aún no logran determinar su posición final (legal, familiar, social, económica) frente a la contraparte.

b. LA ETAPA DEL PROCESO JUDICIAL.

En esencia es cuando se formula una demanda en contra de una persona sobre la cual existe un “conflicto de intereses”, conforme es detallado tanto en los Títulos Preliminares del Código Civil (artículo III) y Código Procesal Civil (artículo III) o se genera una denuncia que detalla la ejecución de un acto que es considerado “típico y antijurídico”, sobre la cual se determinará una pena, conforme al Título Preliminar del Código Penal (artículo II).

El detalle de las principales normas aplicables a los procesos judiciales nos permite detallar que más allá de la determinación de las “partes en conflicto”, se detalla el “marco normativo y regulatorio” en el cual se desarrolla un proceso judicial que en principio finaliza con la imposición de una sentencia.

Bajo este parámetro, todo “tipo de proceso” o procedimiento en el ámbito jurisdiccional se deben considerar como equivalentes, por cuanto a la determinación de la sentencia como “cosa juzgada”, el trámite del proceso es seguido por las partes.

En esta etapa es donde se identifican:

- a) Los elementos que conforman el “petitorio” y los “argumentos de defensa” de las partes procesales.

En el ámbito jurisdiccional de familia, las pretensiones suelen tener un carácter subjetivo el cual suele no ser relacionado con el contexto jurídico que debería “vincularlo” al trámite de un expediente judicial.

- b) La exclusión de las personas que no son “parte procesal” del desarrollo del proceso judicial y su referencialidad como “tercero” en el desarrollo del mismo.

Un punto en particular que eleva el contexto de violencia social entre aquellas personas que siendo parte del conflicto familiar no logran participar en forma activa de un expediente judicial.

- c) La presentación y actuación de “medios probatorios”, que implica la ejecución de una actividad probatoria y de evaluación en contradicción por parte de las partes del proceso.

- d) La fundamentación de la decisión jurisdiccional, en base a los elementos expuestos anteriormente.

Hasta esta instancia, el ámbito de la doctrina es unánime y no existen elementos contradictorios, por cuanto la “sentencia” en esencia *debería resolver un conflicto de intereses o determinar la sanción de un hecho delictivo*, respecto de los temas de las áreas temáticas evaluadas como referenciales, para este acápite.

c. LA ETAPA DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.

Lo detallado en el punto precedente, en particular en lo contenido en el último párrafo es cuestionado en esta parte, principalmente porque:

- a) En el ámbito jurisdiccional penal, se puede observar:

- i. La víctima del delito, no siempre recibe una “reparación civil” o una “indemnización”.
Véase que en este punto, el fallo del sistema jurisdiccional en contra de las víctimas produce una *victimización estructural o de segundo nivel* sumamente nefasta en contra de la propia legitimidad del Sistema de Impartición de Justicia, porque la concepción de “justicia” no logra ser validada en la víctima o partes afectadas.
 - ii. La víctima no siempre observa que la “pena” impuesta es ejecutada conforme al contenido material de la sentencia, por ejemplo en casos de aplicación de un “beneficio penitenciario” a favor del condenado.
En el ámbito jurisdiccional de familia, estos problemas se incrementan sobre todo cuando entre familiares se han provocado *delitos* y frente al daño provocado, las relaciones familiares quedan en un contexto que afecta tanto a la víctima como a los familiares directamente involucrados con la víctima.
 - iii. El seguimiento de las condiciones impuestas, en caso de determinarse una “excarcelación” por la aplicación de algún beneficio penitenciario, nos permite preguntar: ¿Quién ejecuta el “seguimiento” de estos casos?
- b) En el ámbito jurisdiccional laboral, se puede observar:
- i. El trabajador que se ha visto afectado por una decisión del empleador no siempre recibe el “derecho” determinado en la sentencia en forma inmediata.
El período de trámite de la “sentencia” prácticamente exige el seguimiento de un “segundo procedimiento” ante el órgano jurisdiccional.
- c) En el ámbito jurisdiccional civil en el ámbito no patrimonial, se puede observar:
- i. En casos de interdicción, las partes en conflicto no siempre “desarrollan” relaciones interpersonales pacíficas.
 - ii. En casos de sucesiones intestadas, las partes no logran “resolver” el contexto de la “división y partición” de la “masa hereditaria”.
- d) En el ámbito jurisdiccional de familia, las partes en conflicto *no logran cumplir con las disposiciones judiciales*, situación que se evidencia en:

- i. En casos de alimentos, porque se genera un proceso judicial en la vía penal, al acreditarse la “omisión de asistencia familiar”. Surge un severo cuestionamiento a la *práctica jurisdiccional que ha desarrollado el proceso de cobro de alimentos*, que permite detallar que el “sistema” es defectuoso porque en esencia los alimentos es un “derecho fundamental” y cuando el juez que determina que su sentencia no se cumple y solicita la intervención del órgano jurisdiccional penal, evidencia su propia ineficiencia. Otro defecto del “sistema jurisdiccional” principalmente en función a lo dispuesto por la ley está vinculado al hecho material de que los procesos judiciales que evalúan la contradicción a la “pensión de alimentos” impuesto en estos procesos deben ser cuestionados en un segundo proceso con lo cual el período de desarrollo de la “acción procesal” a cargo de quien esté obligado a prestar alimentos provoca un contexto negativo en su propio ámbito individual.
- ii. En casos de regulación de “tenencia/visitas”, las partes suelen no cumplir estas disposiciones judiciales, en merito principal a una posición subjetiva [posición] ante la contraparte. En esencia, la partes ejecutan actos que no son justificados o son justificables, en términos objetivos, porque el principal elemento de su acción está vinculado a un contexto subjetivo, sobre el cual el Derecho y la sentencia, prácticamente no pueden “incidir”.
- iii. En casos de violencia familiar, se ha acreditado que las partes pueden seguir manteniendo una *relación afectiva* aún a pesar del registro de hechos de violencia. Basta con observar los alcances del artículo 356° del Código Civil para analizar que aún en casos de “trámite” de un proceso de divorcio, las partes pueden “solucionar” sus conflictos interpersonales, conforme a lo detallado en el artículo 346° del Código Civil. En otro sentido, en estos ámbitos, cuando se determina un “tratamiento psicológico”, las partes en conflicto no saben “cómo se desarrolla este ámbito”, por cuanto su determinación no es judicial sino

“clínica” y las reglas que se emplean para evaluar “el período”, la “cuantificación o evaluación del tratamiento”, o “las condiciones en las cuales se desarrolla el tratamiento” no son precisadas en forma preliminar a la regulación de las mismas.

De este modo, la *regulación del modo en el cual se desarrollan las medidas* jurisdiccionales resultan imprecisas y permiten un alto grado de discrecionalidad en personas ajenas al ámbito jurisdiccional, con lo cual el contexto preliminar de conflictividad se eleva y ello explica las razones por las cuales las partes involucradas en casos de “violencia familiar” elevan los niveles del conflicto y provocan casos de feminicidio o de actos mucho más graves en contra de la contraparte o de terceras personas, generalmente otros familiares.

En función al último punto, en que se basa este texto, es que consideramos que el *legislador* y el propio *contexto jurisdiccional* no han tomado en cuenta cómo se desarrolla la “etapa post sentencia” en el ámbito de la prestación de un servicio público de tanta importancia como es la administración/impartición de justicia.

3. El contexto que se desarrolla en la etapa posterior a la emisión de una sentencia.

Como se podrá acreditar, el contexto temporal “post sentencia” constituye un “período de tiempo” sumamente importante en la evaluación del proceso judicial, porque los fines del mismo no logran ser cumplidos y ello provoca la generación de un contexto mucho más conflictivo.

La complejidad que se evidencia en este “período de tiempo”, nos permite determinar los siguientes puntos referenciales:

- a) Tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público no han desarrollado niveles de regulación del modo en el cual se hace la evaluación del seguimiento de una sentencia judicial.

Esto se evidencia en la poca fiscalización de las disposiciones a ser ejecutas por las partes procesales y esto se debe principalmente al hecho material de la *sobre carga procesal*, que evitaría que el “expediente resuelto” con una sentencia “deje el despacho judicial”.

Una razón que nos permite detallar la necesidad de contar con órganos jurisdiccionales de carácter

administrativo que se encarguen de hacer el seguimiento de estos casos.

- b) El legislador debe *visualizar* el contexto del conflicto desarrollado en el ámbito social, para así poder regular de una mejor manera las “normas” tanto sustantivas como procesales que se requieren, tomando en cuenta el contexto temporal en el cual la sociedad está desarrollando sus propias condiciones porque tanto el Código Civil, el Código Procesal Civil, el Código Penal y otras normas referenciales, no logran ser *efectivas*, en cuanto a sus disposiciones.
- c) El análisis del contexto “pre judicial” debe ser mejor evaluado por el Ejecutivo y el Congreso de la República a través del diseño de mejores políticas públicas porque en esencia, podría detallarse mejores mecanismos pre judiciales de evaluación de conflictos sociales e interpersonales, generando una mejor acción estatal en la atención de derechos y determinación de obligaciones en las partes que las conforman.

Como se podrá detallar, surge un contexto que merece un poco más de atención para todos los involucrados en la gestión de un servicio público de tanta importancia como es la administración e impartición de justicia.

Continuar con la omisión en la evaluación de esta etapa permitirá pronosticar la agudización de los conflictos interpersonales en el ámbito social que representan contextos de mayor violencia social y que exigen la intervención oportuna del Estado, porque de lo contrario el propio *sistema jurisdiccional* resulta ineficaz y deslegitimado.

Continuar con una inacción ante este contexto, implica favorecer el incumplimiento de las sentencias judiciales, elevando los costos económicos, administrativos, humanos y logísticos del Poder Judicial y Ministerio Público en un ámbito ajeno al jurisdiccional.

4. LA COMPLICADA Y COMPLEJA RELACIÓN ECONOMÍA Y DERECHO RESPECTO DEL CONFLICTO FAMILIAR.

Previamente se había hecho el detalle del contexto vinculado al ámbito “íntimo” y “privado” que suelen ser característicos en un contexto de *crisis familiar*, sea porque la *pareja* o *la familia* presenta un contexto en el cual han surgido desavenencias y contradicciones respecto de intereses, derechos y

obligaciones, factor que da paso al contexto “público” del *conflicto familiar judicializado*. Los elementos precedentes son usualmente contextualizados en parámetros que ya han sido determinados en un punto específico: el contexto socio legal y el presente punto se analizará el contexto económico, en tres aspectos específicos:

a. La evaluación en lo personal, familiar, económico y legal sobre el conflicto.

Al surgimiento de una *crisis*, sea en la relación de pareja o sea en las relaciones familiares, las personas no suelen hacer una evaluación económica a priori de su situación porque los elementos familiares, sociales y culturales inciden en una mayor medida frente al contexto económico.

Es por ello que las *defensas legales* suelen asumir un elevado costo económico cuando la *crisis familiar* se ha *judicializado*.

Sin embargo, en este punto en particular, las personas asumen una situación muy particular y especial que no es detectado en el ámbito jurisdiccional ni estatal: la asunción de condiciones subjetivas peyorativas, limitativas, negativas o condicionales en su propia tutela de derechos y ello en función a sus propias expectativas frente a la ex pareja (porque ya se generó la crisis) u/o frente a la familia con la cual debate una condición que genera o intereses, derechos u obligaciones.

La descripción de elementos particulares en la *persona* que se convierte en *parte procesal* no es valorada finalmente por el Poder Judicial y Ministerio Público y ello eleva los costos emocionales cuando se desarrolla el proceso y permite detallar algunas consecuencias típicas en este tipo de procesos, en la jurisdicción de familia:

- a) Casos de procrastinación en la tutela de derechos por afectación directa o asunción de un daño provocado por una ex pareja o un familiar.
- b) Casos de procrastinación en la defensa de un interés o de un derecho a favor de una persona en situación de dependencia (económica, moral o física) respecto de las obligaciones de una ex pareja o un familiar.

Esta situación es explicada por cada *parte procesal* en la argumentación de sus *fundamentos de hecho* en la demanda o contestación de una demanda y lamentablemente no son observados por los magistrados.

b. La evaluación legal, económica y familiar que involucra participar en el sistema jurisdiccional.

En este ámbito, las *partes en conflicto* ya se convierten en *partes procesales*, superando el contexto íntimo y privado de la etapa inicial de la crisis familiar.

Se representa en el contexto jurisdiccional, cuando las *partes procesales* ejecutan *actos procesales* específicos, los cuales son de un carácter negativo a sus propios derechos e intereses:

- a) Casos de abandono procesal.
- b) Casos de negligencia en la defensa procesal.
- c) Casos de inejecución de una sentencia favorable.

La mejor representación de lo detallado se observa en el contexto del seguimiento de *procesos de alimentos*, donde las partes demandantes que han obtenido una victoria judicial no logran ejecutar sus derechos o los de una persona dependiente y ante la elevada condicionalidad para poder desarrollarlos, optan por desarrollar un *acto procesal contrario a sus intereses y derechos*.

c. La desvinculación de una evaluación de costos en el sistema jurisdiccional.

Tanto el Poder Judicial como el Ministerio Público no han tomado en cuenta el verdadero “costo” que implica la ejecución y evaluación de un *expediente judicial*.

Una evaluación tanto en lo económico como en lo temporal que podría ser sumamente positivo en una reformulación de una gestión institucional jurisdiccional, porque permitiría “observar”:

- a) El elevado costo logístico que implica mantener y sostener las instalaciones de las entidades jurisdiccionales.
- b) El elevado costo económico que implica abonar las remuneraciones de magistrados, personal jurisdiccional y personal administrativo en el Poder Judicial y Ministerio Público.
- c) El elevado costo logístico que implica prestar atención a cada requerimiento del sistema en el trámite de un expediente judicial.

Sobre estos puntos referenciales, entonces podemos señalar que es el *mismo costo* el “atender” un expediente sobre una violación sexual o un delito de peculado que el de un *caso de alimentos o de violencia familiar*.

Como se podrá observar, este problema hace que el propio sistema jurisdiccional no pueda atender sus propias necesidades y es un error sobre todo de gestión institucional.

Conclusiones.

La evaluación económica de la actividad jurisdiccional en el país es displicente pero esto se agudiza cuando se analizan conflictos familiares judicializados, lo cual genera el incremento de los niveles de violencia en las relaciones de pareja o relaciones familiares en crisis.

Un defecto institucional que no toma en cuenta la verdadera importancia de la *evaluación del conflicto humano* evaluado en el ámbito jurisdiccional, como si los conflictos familiares tuvieran la misma naturaleza que un conflicto societario o económico o penal.

PERSPECTIVA DEL AED EN LA ESTRUCTURA DEL TIRBUTO

*BOCANEGRA LANDERAS, Alvaro*¹

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo traduce los factores que en los últimos treinta años han influido en el sistema tributario. Para lo cual han generado un efecto que es la enfermedad social del siglo XXI: La Desigualdad. La tributación cumple un triple rol en un estado: a) financiar el gasto público; b) regular la economía (medidas contracíclicas); c) Promoción de políticas económicas públicas. Según Adam Smith un sistema tributario óptimo tiene que contener: a) equidad (capacidad contributiva), b) claridad (los tributos deben ser claros y no arbitrarios), c) razonabilidad (la recaudación debe realizarse de la forma menos costosa posible).

I. DERECHO FINANCIERO DE ESTADO

Los medios en que un estado se sostiene para desarrollar sus actividades y fines son mediante la obtención de recursos económicos, para este objetivo el estado extiende su actividad financiera, estas labores fiscales, las aplicará ejerciendo una naturaleza política en la que despliega su poder tributario. La actividad financiera es la obtención de ingresos para la cobertura de los gastos. Esta evolución del derecho financiero podemos resumirla en lo que señala Schumpeter: *“...la vida iba destruyendo la organización feudal... una vez que los feudos se habían convertido de facto en hereditarios desde hacía mucho tiempo, los vasallos empezaron a considerarse señores independientes de su tierra y empezaron a separarse en espíritu del vasallaje... El príncipe manifestó su insolvencia e indicó que*

¹ Especialista en Derecho Tributario por la Universidad Castilla de la Mancha – España.

asuntos tales como las guerras con los turcos no eran simplemente un asunto personal suyo, sino una exigencia común. En el momento en que hicieron esto se reconoció un estado de asuntos que iba a desvanecer todas las garantías escritas contra las peticiones de impuestos. Este estado de asuntos significaba que las viejas formas habían muerto...El estado había nacido de la exigencia común”.

Entonces la exigencia común, que era hacer frente a gastos militares y la burocrática recaudación, inicia el estado moderno. Pero ¿Qué representa el estado moderno? Una actividad financiera del estado de manera permanente, pero esta actividad financiera en su primera etapa no fue trasladada a los súbditos o ciudadanos, sino que era el propio estado o la corona la que debería financiar dichos proyectos con sus recursos propios. No es hasta después de la primera guerra mundial y el crack de 1929 que se genera un ensanchamiento de los fines públicos. La actividad financiera del estado se desarrollará no solo en la recaudación, también hay una intervención del mismo en la economía, protege la industria nacional mediante la aplicación de gravámenes a la importación, fomenta su comercio internacional con la exportación de productos nacionales, exoneraciones e inafectaciones a sectores que desea potencializar en mercados internacionales.

Señala Rodríguez Bereijo (citado por Juan Martín Queralt): *“El derecho financiero, en cuanto es ordenación jurídica de la hacienda pública de un estado, es esencialmente un Derecho redistributivo, cuyo eje central no está constituido tan solo por los ingresos tributarios, por la relaciones entre fisco y los contribuyentes, sino también, y primordialmente, por los problemas del empleo de los recursos detraídos de las economías individuales, es decir, por las relaciones entre los ingresos y los gastos públicos. Ello implica que la ordenación jurídica constitucional, en lo que se refiere al ámbito del derecho financiero, lleva a un enfoque total y unitario del fenómeno financiero como un proceso de interdependencia entre los ingresos y los gastos públicos”.*

Uno de los factores de la tributación es su previsibilidad, y esto debido que en la dualidad del derecho financiero (derecho tributario y derecho presupuestario) las normas tributarias estarán ligadas al déficit que se generen en el gasto público. Las normas tributarias deben ser generadas por el poder legislativo, extrayendo así la contaminación que pueden tener poderes que

tienen intereses en la aceptación popular. Salvedad que puede realizarse en la delegación de facultades del poder legislativo al poder ejecutivo, pero el control posterior de dichas normas será elemental en la creación de las mismas para mantener el equilibrio financiero tanto en la recaudación como en la aplicación particular de los contribuyentes. Observar la relación jurídica tributaria es desarrollar la potestad tributaria del estado, debido a que esta relación se basa en la soberanía entregada a la constitución. Y hay en la misma una verticalidad que se materializa en el tributo.

En el artículo 74° de la constitución peruana señala una dualidad para mantener el equilibrio entre los ingresos y los gastos, es decir entre el derecho financiero del estado. Es así que la norma indica que: *“Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo”*. En el siguiente párrafo de la constitución señala (...) *“El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio.*

Lo que intenta el constituyente es desarrollar la seguridad jurídica en la creación de tributos (ingresos) pero en el mismo articulado de la carta magna peruana encontramos que sobre los gastos indican: *“Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria”*. El tratamiento que la mencionada norma desarrolla es que no se creen tributos y en base a los mismos generar gastos futuros, sino por el contrario, basar un presupuesto con ingresos efectivamente recaudados. Este es un claro ejemplo de como la dualidad del derecho financiero del estado circula en base a los ingresos que son enmarcados en el derecho tributario y los gastos que serán plasmados en la ley de presupuesto.

II. FINALIDAD DEL DERECHO TRIBUTARIO

Método que enmarca el ordenamiento jurídico de los tributos, la generación de hechos económicos en hechos imponibles y la aplicación de los mismos, para esto el sistema desarrollará mecanismos recaudatorios que estarán encuadrados en la relación jurídica tributaria que se gesta entre el estado y el contribuyente. El derecho tributario tiene dos partes para su

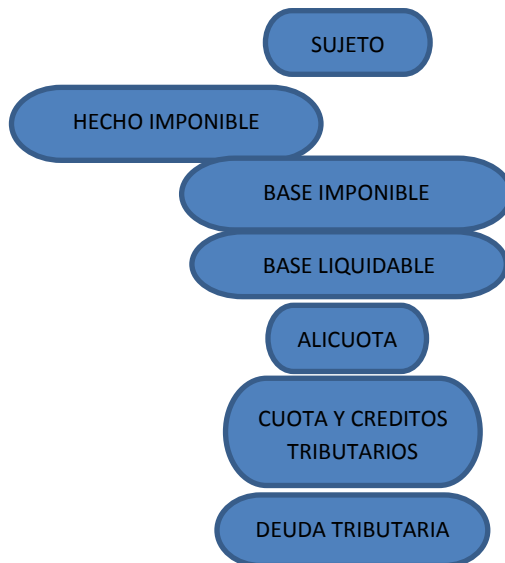
estudio: a) El Tributo (relación jurídica tributaria) y b) Procedimientos Recaudatorios (Inspección, verificación y fiscalización). El profesor Sainz de Bujanda entendía que la parte a la que nos referimos como procedimientos recaudatorios (derecho tributario formal) es el modo como se hace efectivo el tributo.

III. EL TRIBUTO

El concepto de tributo como tal no tiene una uniformidad doctrinal y en muchas legislaciones no se haya una definición expresa limitándose solo a dar una clasificación, es así por ejemplo que en las legislaciones peruana y mexicana solo hallamos una clasificación del mismo: Impuesto, Contribución y Tasa. Pero es en la Ley General Tributaria, española, en su artículo 2.1 que define el tributo: *“Los tributos son los ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por una administración pública como consecuencia de la realización del supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir, con el fin primordial de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos”*

Pero podemos señalar cuatro aspectos mínimos del tributo que estarán adheridos al mismo y son:

a) **Tiene una estructura.**



a.1) El Sujeto:

En este elemento se desarrolla la relación jurídica tributaria que tiene: *sujeto activo* quien es un ente público que aplicará los procedimientos administrativos para la gestión y exigir el tributo. Esta gestión de potestades administrativas no incluye dentro de la exigencia para la recaudación, el crear o establecer nuevos tributos. Es así que las actuaciones de la administración tributaria deben de ser aplicadas acordes con el principio de legalidad.

Sujeto pasivo, estarán señalados como tales en el tributo: *el contribuyente y el responsable solidario*. El *sujeto pasivo* es quien señalado por la ley debe cumplir la obligación tributaria principal debido a que realizó el hecho imponible, su obligación no es solo el pago sino que también las inherentes obligaciones formales que dicho acto genera. Las legislaciones denominan esta categoría como *contribuyente*.

El Responsable es quien sin ser el obligado principal de la imposición, ha sido señalado por la norma, como sujeto a responder por dicha obligación generada por el contribuyente. Es decir estará obligado a responder ante la administración tributaria por la obligación tributaria generada por un contribuyente.

a.2) El Hecho Imponible

Sobre el mismo el maestro Martín Queralt lo denomina hecho imponible, no obstante Blacio lo identifica como hecho generador y por su parte, González como presupuesto de hecho. De acuerdo con José Carlos Bocchiardo, en diversos países es conocido de la manera siguiente: Alemania, tabestand; en Italia, fattispecie y, en Brasil, fato gerador (p. 160). Según Francisco Ruiz de Castilla el hecho imponible es, de acuerdo a la manifestación de la riqueza, el acto de adquisición de los bienes de capital o en la tenencia, propiedad, de los mismos.

Lejos de la distinción terminológica, conceptualmente debemos entender a Dino Jarach, cuando señala que el Hecho Imponible es el presupuesto de la obligación impositiva y es el centro del derecho sustantivo tributario y que, en efecto, unas de sus características fundamentales es su naturaleza económica

En la legislación española es posible encontrar el Hecho Imponible en el artículo 20.1 de la Ley General Tributaria, el cual

al texto se puede leer “es el presupuesto fijado por la ley para configurar cada tributo y cuya realización origina el nacimiento de la obligación tributaria principal”. Sus elementos constitutivos son: (a) material, señala el acto tipificado; (b) espacial, indica el lugar en que se vincula la ley; (c) temporal, indica el momento histórico en el cual sucede y tiene vigencia y, (d) personal, fija los sujetos relacionados por la ley.

La naturaleza del hecho imponible hace de sus elementos, requisitos fundamentales, cuya falta de conjunción impacta negativamente en el sistema jurídico. De manera puntual, en el principio de reserva de la ley. De manera práctica, la falta de uno o más elementos hace imposible la obligación tributaria, debido a que no es posible tipificar el hecho imponible. El elemento material precisa que se está afectando o gravando mediante dicha disposición, generalmente responde al cuestionamiento que realiza Zapata sobre ¿qué es lo que se grava? De acuerdo a Geraldo Ataliba este elemento “es la propia descripción de los aspectos sustanciales de hecho o conjunto de hechos que le sirven de soporte.”

Este elemento debe entenderse como el acto, hecho o cualquier otra situación de los individuos o sus bienes contenidos en el Hecho Imponible y que sirven para la tipificación del mismo. El elemento Espacial, conforme Bocchiardo, especifica el lugar exacto en el cual el hecho señalado en la ley, pudiendo la normatividad basarse en el principio de la nacionalidad, del Domicilio, de la residencia o de la fuente para tales efectos. El elemento Temporal precisa de manera exacta el momento de la historia en el cual tiene vigencia y configura al hecho imponible. Fuera de esa fracción temporal el hecho imponible no puede existir sino en la ilegalidad. Sería una discordancia entre la exigibilidad y el momento de exigencia. Puede ser instantáneo o de período. Instantáneo es cuando el tiempo del hecho imponible se agota con la producción del elemento objetivo o material y no subsiste más allá de este hecho. Es de período cuando el plazo de duración es prolongado. El elemento personal, consiste en “la definición de los sujetos y pasivos que están relacionados con las circunstancias objetivas definidas en la ley, en forma tal que surja para unos la obligación y para otros la pretensión del impuesto”, idea que compartimos con el profesor Dino Jarach.

a.3) Base Imponible

Es la medición cuantitativa del hecho imponible, que refleja capacidad contributiva, importe de los beneficios brutos obtenidos en un negocio jurídico o un acto con terceros. Cada normativa del tributo contiene los métodos para la acumulación de los ingresos, rentas o beneficios que se considerarán elementos cuantificables de la base imponible. Estos datos se obtienen de las declaraciones, contratos, datos anotados en los libros contables, registros tributarios y demás documentos que tengan relación con la obligación tributaria.

a.4) Base Liquidable

Son las reducciones a la base imponible las mismas que estarán establecidas en la ley. Disminución que se realizará a la base imponible con la finalidad de deducir los costos y gastos tributarios que la ley predetermina. Por ejemplo en la ley peruana señala con referencia a los gastos, el artículo 37° de la ley del impuesto a la renta que a fin de establecer la renta neta de tercera categoría (rentas empresariales o rentas de personas morales) se deducirá de su renta bruta (base imponible) los gastos necesarios para producir y mantener su fuente.

a.5) Alícuota

Porcentaje que se aplica a la base liquidable con el que se obtendrá el resultado del tributo a pagar. Este resultado será la porción que el contribuyente entregará al fisco. Podemos observar dos tipos de alícuotas: *Proporcionales*, son las que no varían o se mantendrán indistintamente de la base a la que se aplicará. *Progresivas*, aumentarán de manera directa con la base, es decir, continuada, la alícuota va subiendo conforme aumenta la base. Proporcional también se realiza escalonadamente, dividiendo la base en tramos a los que se les irá aplicando una alícuota por cada porción de la cuantía establecida en la norma.

a.6) Cuota y Créditos Tributarios

Se debe hacer una distinción en este elemento sobre lo que debe entenderse sobre *la cuota tributaria*. Este será el monto que se ingresará al fisco, pero de esa cuantificación hay que distinguir, una cuota bruta a la que habrá que deducir medidas desgravadoras, como bonificaciones (beneficios tributarios), exenciones o estímulos tributarios, a esto llamaremos

cuota líquida. Sobre esta última hay que deducir, retenciones, pagos a cuenta que se realizaron durante el periodo tributario determinado, este procedimiento dará como resultado el monto a ingresar al fisco o si fuera el caso el que tendrá que devolver la administración tributaria.

a.7) Deuda Tributaria:

Pasado el tiempo de pago voluntario para ingresar la cuota tributaria, esta se convertirá en deuda tributaria, a la que tendremos que incluirle los intereses de demora. Además la administración tendrá habilitada los procedimientos de apremio, como son las cobranzas coactivas, medidas cautelares para asegurar el pago del tributo.

b) Grava hechos económicos con capacidad contributiva.

El Tribunal Constitucional Español en su Sentencia 193/2004, de 4 de noviembre señala: *“Desde una perspectiva constitucional el tributo constituye una prestación patrimonial de carácter público que se satisface a los entes públicos con la finalidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos, y grava un presupuesto de hecho o hecho imponible revelador de capacidad económica fijado en la ley”*.

El génesis del tributo es la ley, por lo que no podrá existir un gravamen donde no haya capacidad contributiva. Según Klaus Tipke dice que recaudar constituye un fin relevante que exige gravar las fuentes de riqueza allí donde se encuentren.

d) Recurso de Carácter Monetario

Esto se explica por la finalidad que tiene la recaudación, que es la financiación de los gastos públicos, las administraciones tributarias recaudarán y transferirán dichos montos al ministerio de economía o de hacienda para que estos, realicen la propuesta de presupuesto público anual para ser aprobada por el poder legislativo.

e) Prestación Patrimonial Impuesta

La obligación no solo es para los nacionales del país donde se genera imposición sino que afectará a todas las personas físicas, jurídicas o morales, que tengan negocios jurídicos y

patrimonios en los territorios en donde se desarrollan los hechos imponibles.

IV. El Tributo y el Procedimiento Tributario

El tributo tiene obligaciones formales las cuales son herramientas para que la administración tributaria ejerza su poder policía sobre los administrados, entendiéndose como tales a todos los sujetos comprendidos en el mandato de la norma, debido a que sin ser contribuyentes podrían tener obligaciones formales con el fisco.

García De Enterría señala *que toda acción administrativa se presenta como el ejercicio de un poder atribuido previamente por la ley, que definirá su alcance y limitaciones.*

El desarrollo de la misma estará en normas y principios procedimentales. Estas obligaciones serán: *Declaración del hecho imponible, inspección o fiscalización, la determinación.*

5.1 Declaración del hecho imponible

Los hechos imponibles contienen una obligación de información al fisco, para revelar los negocios jurídicos que una persona física o jurídica haya realizado, en dicha realización hay un hecho económico positivado. Esto se denominan autoliquidaciones, estas van de la mano con la generación de riesgo que la administración tributaria produzca, es decir, una alta posibilidad de que la administración tributaria detecte la omisión de los ingresos no declarados.

5.2 Inspección o Fiscalización

Este procedimiento se realiza por la administración tributaria en la indagación de la verdad de los hechos declarados por el contribuyente o cuando han sido ocultados por este, habiéndose la administración enterado por terceros ya sea por denuncia o algún cruce de información.

Las facultades que se le otorgan a la administración tributaria para realizar las inspecciones o fiscalizaciones tienen una especificación legal. Así la administración puede solicitar la exhibición de los libros contables y los registros tributarios, información a terceros, entre otras facultades que estarán contempladas en la norma procedimental. Los deberes que los terceros tienen de entregar información en estos procedimientos

están justificados por la posición contractual que les toca en el negocio jurídico, teniendo una posición de privilegio para que la administración pueda valorar dichas pruebas y llegar a un conocimiento relevante sobre el hecho imponible revisado.

Como señala Horacio Ziccardi, “la función de verificación que realiza la administración tributaria puede ser discrecional pero no arbitraria. En efecto, la discrecionalidad no es ausencia de norma sino la atribución normativa que habilita a esa función. Esta potestad que se otorga a la administración debe responder al principio de legalidad, lo que supone la sujeción de aquella al derecho. Esto significa que es la ley el fundamento mismo de la actuación de la administración, donde no solo se establece un límite a su hacer, sino que cualquier acto debe encontrar causa en una norma que le conceda al órgano la facultad correspondiente.”

Estas facultades encargadas a la administración no pueden ejercerse de manera indeterminada e intentar someter a los contribuyentes a pedidos de información que no guarden relación con el hecho imponible revisado, además la valoración que se realicen de las pruebas ofrecidas en el procedimiento, tendrán que tener una razonabilidad directa con el hecho imponible, no se puede realizar conclusiones no enmarcadas en la ley. A esta conclusión llegamos debido que el tributo es una unificación íntegra que no permite se inserten valoraciones abstractas debido, que quebrarán la reserva de ley y el principio de legalidad.

“EL FUTURO DE LOS IMPUESTOS EN UN MUNDO ROBOTIZADO.” IMPLICACIONES ÉTICAS, ECONÓMICAS Y TRIBUTARIAS.

*CAMPOS AMBROSIO, Marcos*¹
*TALAVERA MONCAYO, Cuauthemoc*²

Introducción

La historia ha demostrado que los acontecimientos son procesos concatenados unos con otros, son complejos productos de hechos y actos previos, por lo que resulta imposible considerarlos eventos espontáneos. La economía es prueba de ello. Aunque un suceso pueda parecer surgido de la nada, tiene un trasfondo, una red de sucesos y hechos que lo anteceden, es precisamente, un producto de todos lo que le antecedió. Una condición fundamental de nuestra sociedad contemporánea es su existencia económica ya que, a partir de su estructura económica, las sociedades contemporáneas (e incluso las antiguas) definen su organización política, social e incluso cultural y religiosa. De acuerdo con Marx (2008, p.4) “los hombres establecen determinadas relaciones, necesarias e independientes de su voluntad, relaciones de producción que corresponden a un determinado estadio evolutivo de sus fuerzas productivas materiales.” Es decir, el contexto en el que los individuos se desenvuelven los define en gran manera. “No es la conciencia de los hombres lo que determina su ser, sino, por el contrario, es su existencia social lo que determina su conciencia.” (Marx, 2008, p.5), por lo que las relaciones productivas son parte fundamental en la estructura de una sociedad y en la determinación de sus individuos.

¹ Especialista en Derecho Tributario – México.

² Especialista en Derecho Tributario – México.

Actualmente los avances tecnológicos se van acrecentando de manera exponencial, el desarrollo en campos como la robótica, la informática y la inteligencia artificial causan que dispositivos nuevos se vean obsoletos al cabo de un año y las máquinas, cada vez más complejas y especializadas, son capaces de realizar tareas que antes eran exclusivas de los seres humanos y resultan mucho más productivas en apenas una fracción de tiempo en la que una persona realizaría el mismo trabajo. El desarrollo tecnológico pues, está transformando profunda e inevitablemente a la sociedad en distintos niveles, no solo el económico. Es por ello que la intervención del Estado, a través de la política económica, y específicamente, la política fiscal, juega un papel muy importante en la definición de cómo estos cambios tecnológicos se van integrando en la sociedad.

En este trabajo se hace una reflexión sobre las consecuencias éticas, económicas y tributarias que la política fiscal puede provocar en la economía y en la sociedad a través la aplicación de impuestos a la tecnología, específicamente en las áreas de robótica e inteligencia artificial. El trabajo se divide en cinco secciones, en la primera se hace una revisión de la teoría del valor trabajo a través de sus principales exponentes, en la segunda se analiza el concepto de política fiscal y su papel en la economía, en la tercera se realiza un resumen sobre la evolución de la tecnología, haciendo hincapié en los avances en áreas como la robótica y la inteligencia artificial, y se analiza el desplazamiento de mano de obra como consecuencia de la implementación de nuevas tecnologías en diferentes sectores económicos, en la cuarta sección se realiza una reflexión sobre ética fiscal aplicada al sector tecnológico y por último se plantean las conclusiones.

1. Teoría económica del Valor-Trabajo

La teoría del valor trabajo es uno de los conceptos pilares en los que descansa la economía política clásica y como menciona Gullen (1976, p.18), “la economía política no puede concebirse sin los aportes de los dos gigantes de la escuela clásica: Adam Smith y David Ricardo.” No obstante, otro de los principales exponentes de esta teoría es Karl Marx, quien retoma esta teoría y la robustece no para hacer una aportación como tal a la economía política sino para criticarla.

1.1. Adam Smith

Adam Smith es considerado el padre de la economía política. Su obra *La riqueza de las naciones* plantea de manera ordenada conceptos que, si bien ya habían sido planteados por

distintos pensadores anteriormente, por primera vez se presentaban como partes de un todo más amplio y se complementaban con nuevos conceptos que los enriquecían y daban formalidad al estudio de la economía. No obstante, para Gullen (1967, p.18), la aportación más importante de la obra de Smith es el haber sentado las bases de la teoría del valor-trabajo, ya que considera que esta es “el instrumento fundamental para la comprensión y estudio científico del modo de producción capitalista”

Mientras que, para pensadores anteriores y contemporáneos, la generación del excedente de la producción se encontraba en campos como la circulación de mercancías o era atribuido a la naturaleza misma, Smith fue el primero en advertir que, en realidad, este se generaba en el proceso de producción. La teoría del valor-trabajo esbozada por Smith establece pues, que el único elemento generador de valor era el trabajo humano empleado para la transformación de las mercancías, y, por lo tanto, tanto el salario del obrero, como la ganancia del capitalista e incluso los impuestos recabados por el Estado, todos provienen del excedente generado por el trabajo.

Sin embargo, Smith, como es de esperarse, no termina de pulir bien esta teoría y comete algunos errores que generan inconsistencias en sus proposiciones. Uno de los principales errores conceptuales que comete es el de no hacer diferencia entre trabajo y fuerza de trabajo, es decir que entiende como equivalentes al valor y los salarios, y establece que el valor de una mercancía (es decir, la fuerza de trabajo que contiene en sí mismo), es igual a los ingresos que lo componen, lo cual implica una imposibilidad a la hora de explicar el funcionamiento de la ley del valor en la sociedad capitalista (Gullen, 1976 p.19).

Smith pues, plantea la teoría del valor-trabajo, pero al mismo tiempo termina desechándola ya que en su esquema, la fuente de valor de cambio (es decir, el valor intrínseco de la mercancía y que sirve como referencia para intercambiar por valores equivalentes), se encuentra en los costos de producción dados por la remuneración de los factores, por lo que “las remuneraciones son un elemento primario y la cantidad de trabajo que puede adquirirse con un bien es el elemento secundario o derivado.” (Gallo, 2005 pp.5 y 6). La teoría de Smith, es una teoría del valor fundada en los costos de producción, y esto genera un problema conceptual circular, del que este economista no dio elementos para encontrar respuesta, ya que, si el valor de cambio de una mercancía depende de la remuneración de los factores productivos, estos a su vez deben poseer un valor de

cambio que no está definido, pues como es lógico, no puede depender de las remuneraciones de los factores, por lo que la teoría del valor basada en los costos de producción no da respuesta a este problema.

1.2. David Ricardo

Ricardo busca superar las limitaciones que presenta el planteamiento de Smith y para ello establece, de manera decidida, que el valor de una mercancía depende del trabajo que se le incorpora en el proceso de producción, y no de las remuneraciones de los factores. Existe también un valor de cambio en las mercancías que depende de la utilidad de estas: sin utilidad no puede haber valor de cambio y si un bien no tiene valor de cambio entonces no es mercancía ya que no se puede intercambiar por otra.

Sin embargo, la utilidad no determina el valor de un bien: “el agua y el aire son muy útiles e indispensables para la vida, pero suelen valer poco o nada; por el contrario, el oro, en comparación con el agua y el aire, apenas tiene utilidad y, sin embargo, es muy valioso.” (Escartín, s.f. p.221)

Con su planteamiento, Ricardo busca demostrar que las características organizativas del capitalismo pueden ser explicadas mediante la teoría del valor-trabajo.

Como primer punto se tienen las relaciones asalariadas: el valor de las mercancías se distribuye entre beneficios (la parte que corresponde al capitalista por haber aportado los medios de producción) y los salarios (la parte que corresponde a los obreros por aportar su fuerza de trabajo). Al afirmar que el valor de una mercancía depende en su totalidad de la cantidad de trabajo necesaria para producirlo, implica que los beneficios son necesariamente una parte del valor generado por el obrero y de la cual se apropia el capitalista, por lo que un incremento de los beneficios solo es posible si se disminuyen los salarios. Esto contradice por completo a la teoría del valor-trabajo planteada por Smith, pues según su teoría basada en los costos de producción, un incremento de los beneficios no provocaría una disminución de los salarios sino un incremento del valor. (Gallo, 2005 p.6) Un segundo punto que esclarece Ricardo, es el papel del capital en la generación de valor. Para él, el único “insumo” que genera valor, es el trabajo. El capital y las materias primas solo transfieren su valor al producto final, por lo que se refuerza la idea de que el beneficio no es otra cosa que el valor generado por el trabajo obrero del cual se apropia el capitalista.

1.3. Karl Marx

Karl Marx es considerado dentro de la historia del pensamiento económico como el mayor exponente de la teoría del valor-trabajo, ya que es él quien la presenta de una forma más acabada y resuelve las contradicciones u omisiones que los otros autores cometieron. Al igual que Smith y Ricardo hace una distinción entre el valor de uso y el valor de cambio de una mercancía. El valor de uso es una característica indispensablemente heterogénea de las mercancías, ya que los distintos usos que tiene unas y otras son las que hacen que el intercambio sea necesario. Pero habiendo distintos y muy diversos valores de uso, es el valor de cambio el que permite encontrar un elemento en común entre las distintas mercancías para que el intercambio sea posible. Ese elemento unificador, capaz de hacer que las mercancías encuentren una equivalencia depende del tiempo de trabajo “simple” invertido en cada mercancía para su producción.

La categoría de “trabajo simple” es empleada por Marx para referirse a un concepto de trabajo común, que pueda ser equiparable en cantidad de horas dedicadas a la producción, así, el trabajo de un herrero, de un carpintero o de un sastre, a pesar de ser tan distintos, bajo la categoría de trabajo simple se homologan y es solo la cantidad de trabajo simple socialmente necesario para producir un bien la que determina el valor de una mercancía. Es decir, la cantidad de trabajo promedio dadas ciertas relaciones de producción específicas. (Gallo, 2005 p.10) Para Marx, al igual que para Ricardo, el capital en forma de maquinaria o materias primas que intervienen en el proceso de producción no generan valor nuevo en la mercancía, sino que solamente trasladan el valor que contienen en sí mismas, por para que haya una generación de valor adicional debe existir una mercancía capaz de integrar valor nuevo en el proceso de producción. Esta mercancía no es el trabajo, sino la fuerza de trabajo, es decir, “la disponibilidad de un trabajador para ponerse al servicio de un proceso productivo dirigido por un capitalista que le provee los medios de producción.” (Gallo, 2005 p.11)

Esta distinción entre trabajo y fuerza de trabajo es muy importante ya que el trabajo propiamente dicho, es el que se traspassa de los medios de producción y a la nueva mercancía durante el proceso de producción sin representar creación de valor nuevo; es valor que ya se encontraba en dichos medios de producción, producto de un proceso productivo anterior, y que se traspassa íntegro a la nueva mercancía, en otras palabras, es valor

congelado que de una mercancía se mueve a otra. Por otro lado, la fuerza de trabajo es una mercancía que sí genera nuevo valor, esto se explica debido a que esta fuerza de trabajo representa una cantidad de horas en las que el obrero produce mercancías, y a cambio recibe un salario igual al valor de los medios que el trabajador necesita para subsistir, y este salario representa invariablemente, una cantidad de valor menor al valor que generó durante su jornada, puesto que de otra manera, no habría una cantidad de valor excedente de la cual el capitalista se pudiera apropiar. En palabras de Gallo (2005, p.11) “El secreto de la capacidad creadora de valor que reviste la fuerza de trabajo, es que es capaz de producir más de lo que necesita para reproducirse ella misma”

Las implicaciones que la teoría del valor-trabajo tienen en el estudio de la economía son muchas y muy importantes, una de las conclusiones relevantes para este documento es el hecho de que el uso cada vez más intensivo de maquinaria que desplaza a la mano de obra en los procesos productivos, supone una pérdida de valor de las mercancías cada vez mayor, lo cual implica que no solo hay una pérdida de empleos por la utilización cada vez más intensiva de tecnología en los procesos productivos, sino que también esto afecta a las industrias pues su tasa de ganancia se reduce también (esta última está definida como la división entre el trabajo excedente del que se apropia el capitalista y la suma del capital más la mano de obra)

1.4. Teoría del valor subjetivo

Es importante mencionar que, en la actualidad, la teoría del valor en la que se basa la teoría económica contemporánea (neoclásica), no es la teoría del valor-trabajo, sino la teoría del valor subjetivo, la cual fue desarrollada por distintos autores, William Stanley Jevons, León Walras y Carl Menger de manera casi simultánea en la segunda mitad del siglo XX. Como su nombre lo indica, la teoría del valor subjetivo, no basa su noción de valor únicamente en elementos los objetivos que rodean a los bienes, sino que parte de nociones subjetivas como el “hecho de que satisfaga una necesidad, que se tenga conocimiento de la relación entre el bien y la satisfacción, y que se pueda disponer de él” (Stavisky, 2018, p. 432), por lo que esta teoría descarta por completo que el valor de una mercancía tenga relación alguna con la cantidad de trabajo contenido en ella. Dentro de las consideraciones que Menger tuvo al considerar la fuente del valor de los bienes, resalta la noción de escasez. Al haber una cantidad limitada de productos que puedan satisfacer las necesidades de los

individuos y al ser restringido también el acceso a estos productos (por la capacidad adquisitiva del individuo, por ejemplo), entonces se ven obligados a hacer una elección basada en el ordenamiento de sus necesidades. Es así que el valor de la mercancía depende de elementos objetivos como la disponibilidad de bienes y servicios, y elementos subjetivos como el ordenamiento de sus necesidades, respecto a sus gustos y preferencias.

Partiendo de lo anterior, se entiende que un mismo bien, tendrá distinto valor dependiendo de qué tan escaso sea, y de las necesidades, gustos y preferencias que tengan los individuos: si una persona tiene mucha hambre, encontrará mayor valor en una pieza de pan que en un par de zapatos, sin embargo, si esta misma persona cuenta con alimento suficiente, pero está descalza, valorará más el par de zapatos que la pieza de pan. La noción de valor dentro de esta teoría, como se puede ver, obedece a factores completamente subjetivos y circunstanciales e ignora por completo la cantidad de valor contenida en el bien en cuestión.

2. Política fiscal actual

El objetivo último de la economía es elaborar políticas que puedan resolver los problemas de un país. La política económica debe de servir para alcanzar las condiciones necesarias para que exista el pleno empleo, estabilidad de precios, la eficiencia distributiva y el desarrollo económico y social. Para esto el Estado cuenta con dos herramientas principales la política fiscal y la política monetaria. La política fiscal es la política que sigue el sector público respecto a sus decisiones sobre gasto, impuestos y sobre endeudamiento. La finalidad principal de esta política es incentivar el buen desempeño de la economía nacional para poder asegurar niveles aceptables de crecimiento, inflación, desempleo y redistribución de la riqueza entre otras variables.

Existen dos tipos de política fiscal: expansionista y contraccionista. La política expansionista es aquella mediante la cual el gobierno estimula la actividad económica ya sea reduciendo los impuestos con el fin de que los agentes económicos puedan gastar más o aumentando el gasto público para inyectar dinero en la economía o una mezcla de ambos. La política contraccionista es aquella mediante la cual el gobierno reduce el gasto, incrementa los impuestos o una mezcla de ambas, esto con el fin de capitalizar al gobierno. El objetivo de la política fiscal se puede resumir en tres aspectos principales: 1) redistribución de la renta, 2) contrarrestar los efectos de los ciclos económicos y 3) aumentar el nivel general de renta y la demanda.

En síntesis, la política fiscal es el conjunto de medidas e instrumentos que toma el Estado para recaudar los ingresos necesarios para la realización de la función del sector público. Teniendo en cuenta lo anterior, viene la pregunta de cómo la política fiscal debe adaptarse a los cambios tecnológicos actuales de manera que pueda seguir cumpliendo sus finalidades. A través de un modelo de crecimiento económico con generaciones traslapadas y agentes heterogéneos, Montealegre (2014) comprueba que, con un rediseño adecuado de la política fiscal, es posible que la economía alcance un equilibrio de largo plazo mayor que el inicial y que al mismo tiempo se reduzca la brecha salarial.

No basta pues, la implementación de mejores tecnologías para alcanzar un estado de bienestar general en la economía, sino que es crucial la implementación adecuada de la política fiscal para que estos avances tecnológicos tengan un impacto positivo en la sociedad. Es por lo tanto tarea del Estado lograr la implementación correcta de dicha política.

3. Tecnología

A lo largo de su historia la humanidad ha buscado distintas formas de relacionarse de manera que sea posible funcionar como sociedad. Los factores principales que definen esta interacción social son los procesos mediante los que se producen los bienes y servicios necesarios para la subsistencia colectiva. Dichos procesos a su vez definen la proporción en la que cada individuo tendrá acceso a los distintos productos sociales, es decir, el papel que cada individuo desempeña en el proceso productivo determinará el grado de consumo al que podrá acceder, en otras y lo definirá dentro de una u otra clase social. Desde la aparición de las sociedades más primitivas en donde la producción de bienes y servicios se basaba en las habilidades de los hombres para cazar y de las mujeres para recolectar frutos silvestres, el mejor cazador obtenía la mejor presa, y con ello, una serie de privilegios en la escala social. Son pues, los procesos productivos, una parte fundamental que define a la sociedad. Estos procesos al igual que los seres humanos, son orgánicos y por lo tanto se van transformando y adaptando en el tiempo a partir de los valores sociales, las necesidades colectivas y por supuesto del avance de la tecnología.

Actualmente vivimos en un mundo en el que la tecnología queda obsoleta en cuestión de unos cuantos años y es reemplazada por nuevos avances y descubrimientos los cuales, a su vez, serán desplazados por nueva y mejor tecnología en poco

tiempo. A cada salto tecnológico lo acompaña una modificación en el mercado, redefiniendo tanto la manera en que se produce como la manera en que se consume, y este cambio impacta de manera importante en el papel que los trabajadores asalariados desempeñan en la sociedad, modificando el valor que sus aptitudes y conocimientos tienen en el mercado. Si se busca la definición de tecnología en el diccionario, se encontrará que este concepto se refiere a una serie de conocimientos científicamente ordenados y aplicados en la resolución de un problema. Dentro del contexto de una economía capitalista, la tecnología ayuda a la resolución del problema de producción de bienes, es así que los avances tecnológicos tienen un alto impacto en los procesos de producción y por lo tanto impactan también el nivel de empleo y el crecimiento económico.

3.1. Robótica e inteligencia artificial y su impacto en el empleo

Los avances tecnológicos alcanzados los últimos años ejemplifican perfectamente la definición shumpeteriana de innovación tecnológica radical. De acuerdo con Klaus Schwab (2016), actualmente vivimos el inicio de la cuarta revolución industrial la cual sigue un camino previamente marcado en la década de los setentas: el desarrollo de la robótica. Sin embargo, a diferencia de lo visto durante la tercera revolución industrial, el salto que la robótica presenta en la actualidad lo convierte en un campo totalmente nuevo y revolucionario.

Si bien en los tres saltos tecnológicos experimentados en las revoluciones industriales anteriores el cambio en los procesos productivos tuvo efectos relevantes tanto positivos como negativos, este cuarto salto podría significar un replanteamiento de todo el sistema económico como se conoce. Según menciona Klaus Schwab (2016) “Nos encontramos al principio de una revolución que está cambiando de manera fundamental la forma de vivir, trabajar y relacionarnos unos con otros. En su escala, alcance y complejidad, lo que considero la cuarta revolución industrial no se parece a nada que la humanidad haya experimentado antes.” Existe evidencia empírica que demuestra que la implementación de tecnologías cada vez más sofisticadas está asociado al desplazamiento de la mano de obra menos calificada, pues estas tecnologías, requieren para su operación, de una mano de obra especializada. En el caso de las economías que presentan este “cambio tecnológico sesgado” se observa un mayor crecimiento a largo plazo, pero incrementa la brecha salarial a favor de aquellos con una mayor preparación

académica. (Berman, Buond y Machin, 1997; Acemoglu, 2002; Atkinson, 2003; Montealegre, 2014)

De acuerdo con el Foro Económico Mundial de Davos, la robótica encaminada a distintos campos emergentes como la nanotecnología, la inteligencia artificial, el desarrollo de drones y las impresiones 3D, son los artífices de la llamada Cuarta Revolución Industrial y el impacto a mediano plazo que se prevé por el desarrollo de estas nuevas tecnologías es la pérdida de alrededor de cinco millones de empleos en los países más industrializados del mundo. A pesar de que el capitalismo ha ido cambiando en el tiempo, ha mantenido una constante: la búsqueda de mayores ganancias, esto implica necesariamente un incremento en la productividad y una reducción de los costos marginales de producción. Históricamente se ha visto que quienes poseen el capital están dispuestos a reemplazar la mano de obra obrera por tecnologías que les permitan incrementar sus resultados. Sin embargo, más allá de un cuestionamiento moral habría que preguntarse, ¿hasta dónde es posible prescindir de los obreros?, ¿durante cuánto tiempo podría sostenerse una economía que se basa en la producción en masa si no cuenta con un mercado (compuesto principalmente por la clase obrera asalariada) que consume sus mercancías?

El capitalismo se ha ido renovando mediante la tecnificación de los procesos productivos, pero ante la perspectiva en la que las máquinas no solo puedan reemplazar a las personas en las actividades más simples, sino también en las más complejas podría pensarse que el límite de tecnificación que el capitalismo puede soportar se encuentra muy próximo. De acuerdo con un estudio realizado por el sindicato de Ignacio Fernández Toxo en línea con estudios de otros expertos, la idea de que solamente los empleos más mecanizados corren riesgo por las nuevas tecnologías es falso. Antes se pensaba que la capacidad de los robots era tan limitada que no podrían realizar actividades fuera de las más monótonas, sin embargo, en la actualidad se empiezan a sustituir empleos dentro de ámbitos que requieren conocimientos intermedios como la sanidad, el transporte o las tareas administrativas. (Sánchez, 2016)

Según estimaciones del Servicio de Estudios de CaixaBank, un 43% de los puestos de trabajo existentes en España corren un 66% de riesgo de ser automatizados en el mediano plazo. Si analizamos el corto plazo podemos observar que estas estimaciones no son tan descabelladas. Actualmente en España el 8% de los puestos de trabajo están ocupados por robots y se espera que para 2020 este porcentaje aumente a un 26%.

(Sánchez, 2016) Estos datos se vuelven aún más relevantes si consideramos la creciente capacidad que los robots adquieren para realizar actividades cada vez más complejas, esto gracias a la enorme cantidad de información a la que las máquinas pueden acceder gracias a la “Big Data”, esto les proporciona una potencial capacidad para una mejor y más rápida toma de decisiones con la que ninguna persona puede competir.

Dentro de este contexto cabría preguntarse si estamos ante una situación en la que será necesario realizar un cambio de paradigma, ya que anteriormente el hombre seguía manteniendo una ventaja por encima de las máquinas por su inteligencia y su capacidad para realizar actividades que requirieran de inteligencia para la toma de decisiones en actividades complejas, sin embargo, con el avance cada vez mayor en el campo de la inteligencia artificial esta brecha entre hombre y máquina se reduce de manera cada vez más alarmante. Ha habido tres revoluciones industriales anteriormente las cuales han representado cambios radicales en la sociedad global, no solo a nivel económico sino también a nivel cultural y hay autores que afirman que vivimos ya una cuarta revolución industrial, lo que implica que debemos estar preparados para adaptarnos a los cambios que están sucediendo y los que están por venir. Es responsabilidad de cada individuo hacerse de las herramientas necesarias para afrontar dichos cambios, pero el gobierno debe tomar las medidas a través de una política pública adecuada para propiciar los medios para que esta transición beneficie a todos.

4. Ética fiscal en el futuro.

Por todo lo analizado anteriormente, se puede observar que los cambios en la sociedad actual sugieren un cambio en toda la estructura económica y social, donde se presentará la necesidad de una reestructuración en los sistemas fiscales.

Las nuevas tecnologías como la Big Data y diversas plataformas digitales con inteligencia artificial hacen más importante esta actualización urgente de la materia tributaria en este futuro inmediato.

Por lo tanto, es muy necesario replantear las políticas fiscales en concordancia al avance vertiginoso de la tecnología actual pero sin perder la finalidad de una política fiscal que busque una mejor redistribución de la riqueza de manera efectiva que ayude a buscar estrategias de desarrollo económico inclusivo y por el bien de la sociedad con la aplicación progresiva (proporcional) y equitativa de la carga tributaria.

HERMENÉUTICA FISCAL

*PÉREZ RAMOS, José Antonio*¹

I. Introducción

Para poder interpretar la norma tributaria debemos comprender que dicho ejercicio debe realizarse a la luz de la hermenéutica, arte olvidado, casi ignorado, que amerita su reivindicación en el saber actual. Su ejercicio implica, necesaria y forzosamente hacernos interrogantes como: ¿Es correcta la interpretación de esta o aquella norma fiscal?, ¿Este artículo establece una imposición justa?, ¿Verdaderamente estamos pagando lo justo? o, ¿Existe una manera para alcanzar la justicia tributaria?. En el presente documento se abordan dos alegorías que permitirán al lector comprender la importancia de la Hermenéutica, su aplicación en la vida, en el mundo jurídico y específicamente en el ámbito fiscal. También se realiza una breve investigación histórica para encalar en la conceptualización de la Hermenéutica y el desarrollo académico de algunas vertientes. Respecto al rubro jurídico se aborda la hermenéutica en el plano legal, así como los métodos de interpretación gramatical, lógico, histórico, sistemático y económico que se han utilizado y continúan utilizándose en el quehacer de resoluciones jurídicas.

En ese mismo apartado, se estudian los precedentes en donde se pueden encontrar las anclas de lo expuesto, a través de caso resueltos con el uso correcto de la interpretación de la normatividad aplicable, reivindicando la hermenéutica jurídica en concordancia con los principios que rigen la materia tributaria.

¹ Especialista en Derecho Tributario – México. Abogado en MRCI – Manejo, Recursos, Controles Inteligentes.

II. Alegoría mitológica

El relato de historias es una manera sana y amena de compartir el conocimiento, que más cuando poseen un mensaje moral o intelectual, como son las alegorías. A continuación, expondré brevemente el mito de Hermes, el cual es importante en muchos sentidos debido a las implicaciones de los mensajes interpretados por uno mismo, sus beneficios y maldiciones. En ese sentido, cabe recordar que Hermes es también “la palabra que experimentamos en nuestro interior.” (Alesso, 2001, 21). Este mito alude al nacimiento de Hermes, sus primeras hazañas, pero sobre todo, a la función que como Dios le fue encomendado: el mensajero divino. En ese encargo, Zeus le solicitaba llevar a los dioses e incluso a los mortales, los anuncios del ápice olímpicos. Claro que por su naturaleza propia Hermes cumplió sus tareas, más, algo ocurre con el significado originario de aquellos mensajes primigenios. Una vez en manos de Hermes eran conducidos a los templos, donde las pitonisas interpretaban las misivas divinas, cuestión que cumplían, sin embargo, parte de ese mensaje primigenio cambiaba, entonces el significado originario ya no era el mismo.

Lo mismo ocurría cuando las pitonisas comunicaban el resultado al hombre que visitaba el templo en busca de respuestas, estos comprendían un significado diferente, así, el significado originario era una vez más mal interpretado, ya no se diga del resto de morales, sumergidos en confusión total. Esta alegoría nos recuerda que el culto de Hermes llegó a tener auge en la época tardía, siendo patrón de los magos, dando origen a una forma de filosofía simbólica que llamaron hermética (Garibay, 2004, p.24). En relación a esto, la palabra Hermenéutica también debe su nombre al del Dios.

Un ejemplo de la posibilidad de que un mensaje no conserve su significado original lo podemos encontrar en la famosa alegoría de Creso: Ante el inquietante avance de Ciro II de Persia, Creso envió un mensajero al Oráculo de Delfos, que le respondió que si conducía un ejército hacia el Este y cruzaba el río Halis, prediciendo a Creso, que, si guerrea contra los persas, destruirá un gran imperio (Berenguer, 2018, p.38); Alentado por el oráculo, Creso organizó alianzas y acudió a la guerra. Sin embargo, las fuerzas persas derrotaron a la coalición. De esta manera se cumplió el vaticinio: por culpa de Creso y su creencia en los oráculos, se había destruido su propio imperio lidio.

Creso interpreto a favor el mensaje y pagó cara su confianza, en efecto, o destruyó un imperio, el suyo. Podemos afirmar que su optimismo le hizo comprender que el mensaje era a su favor, más, otra persona, parcial, tal vez hubiera podido comprender la ambigüedad escondida en el mensaje, un conocimiento universal, en una guerra, cualquiera de los participantes puede ser destruidos. Todavía más, de no suceder literalmente la destrucción, las repercusiones pueden generar la sensación de que así sucedió. Estas dinámicas relatadas a manera de alegorías no se limitan al imaginario, suceden en cualquier entorno, incluso en el jurídico. Voy a poner un ejemplo, como es bien sabido, el Legislativo es el poder facultado para crear normas. Durante el proceso de desarrollo de las leyes sucede, muchas veces, que la iniciativa no se parece en nada al proyecto aprobado. Es decir, el mensaje de una u otra manera se pervierte y así llega a nosotros los mortales, los ciudadanos que no participamos en la invención de la norma. Obtenemos un mensaje difuso, difícil de entender o cada quien lo interpreta como quiere o a su conveniencia. La duda domina y ante ello surge nuestra pitonisa, la Suprema Corte, quienes nos ayudan a devolver ese mensaje original que se había perdido. No obstante, puede suceder que incluso ellos se equivoquen. Un ejemplo de ello podemos encontrarlo en el Código Fiscal de la Federación de México, en cuyo artículo número 5 se puede leer lo siguiente:

“Artículo 5o.- Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa” (CFF, 2019, artículo 5).

Ahora, bien, en la parte que interesa, señala que debe ser de aplicación estricta y es en donde entra la hermenéutica y comienzan los grandes problemas. En el segundo párrafo contiene:

“Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal” (CFF, 2019, artículo 5).

Las que no se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa deben interpretando cualquier otro método. Pero las que se refieran a estas deben ser estricta. Por lo cual no pueden interpretarse de otra manera. El problema mayor radica que los contribuyentes, los mortales de esta historia, lo creemos todo. Abandonamos la defensa legal. A veces incluso nos sujetamos a un criterio jurisprudencial considerado correcto, aunque haya sido producida con la mala aplicación de la hermenéutica.

Por nuestra parte, debemos esforzarnos para poder desentrañar el conocimiento originario y poder decirles a las pitonisas que esa interpretación que hacen no es el mensaje que Zeus o, ya más adentrados al terreno jurídico, la Justicia envió. Y que Hermes o el mensajero o ellas mismas, pidieron haberse equivocado al interpretarse.

III. Algunos antecedentes

Antes de continuar cabe aclarar que la interpretación es la aplicación de los principios de la hermenéutica, por lo que la hermenéutica es “el arte de la interpretación, desvelar aquello que está oculto” (Linares, 1996, 481). La interpretación es una actividad fundamental en muchas áreas de conocimiento, principalmente en el religioso, filosófico y en el jurídicos. Siendo el área fiscal, tributario o también conocido como financiero, en otros países, una rama del derecho, la interpretación resulta importante para su desarrollo, aquí radica s el núcleo de la presente ponencia y precisamente por es importante profundizar en su conocimiento. El sentido de la norma es lo que el derecho quiere expresar en esa fracción de su existencia. Por lo tanto, la Hermenéutica es un arte. El arte de interpretar. De la interpretación que proviene de lo hermético de lo escondido, lo oculto y, por lo tanto, el Hermeneuta es quien se dedica a interpretar y develar el sentido de los mensajes haciendo que su comprensión sea posible, ¿Qué es lo oculto? La Hermenéutica es la teoría de la Interpretación. De la interpretación que proviene de lo hermético de lo escondido, lo oculto y, por lo tanto, el Hermeneuta es quien se dedica a interpretar y develar el sentido de los mensajes haciendo que su comprensión sea posible, ¿Qué es lo oculto? La Hermenéutica es la teoría de la Interpretación, “la disciplina de la interpretación, trata de comprender textos” (Beuchot, 1999, p.5).

La Hermenéutica tiene un desarrollo primordial con las interpretaciones de los textos sagrados. Específicamente la

interpretación se fortalece con el brote de controversias que surgen derivado de la Reforma Protestante de Martín Lutero. Sin embargo, aunque sin duda la teología es su campo originario, interrogándose el significado originario de cada texto sagrado, su ejercicio se transportó a otras áreas de conocimiento, a saber: filosofía, historia y derecho, en cada una de ellas la Hermenéutica permite interrogar sobre el sentido que el autor quiso proporcionar al texto, interrogatorios que Giovanni Reale y Dario Antiseri explican de la siguiente manera:

Tabla 1. Cuestionamientos de la Hermenéutica en cada área

¿Qué cuestiona cada área?	Teología	¿Qué significa este texto sagrado?
	Filosofía	¿Es correcta la interpretación habitual de este o aquel texto?
	Historia	¿Qué quiere decir tal o cual inscripción?
	Derecho	¿Es correcta o equivocada la interpretación habitual de tal o aquella norma jurídica?

Elaboración propia con información de Reale y Antiseri, 2016, p.555.

Respecto a su desarrollo, la Hermenéutica siguió creció bajo la égida de los principales pensadores teológicos, San Agustín de Hipona en la Patrística; Santo Tomás de Aquino en la Escolástica y Martín Lutero, con la reforma. En las etapas patrísticas y escolástica se realizaron los intentos por desentrañar el sentido originario de la biblia. Sin embargo, como se ha mencionado, fue con el movimiento protestante donde se comenzó a ejercer una interpretación más abierta. Cabe recordar que antes de la Reforma, los textos bíblicos se encontraban solo en ciertas lenguas, es Lutero quien traduce la biblia al alemán y permite que cualquier persona pudiera leer el contenido sin intermediario alguno, por lo cual, cada lector se volvió su propio intérprete.

El hecho tiene relevancia por la apertura y la ruptura del monopolio hermenéutico que hasta entonces poseían las autoridades cristianas.

Friedrich Schlegel, padre del romanticismo, abordó el fundamento filosófico del descubrimiento del Yo, (Gutiérrez, 2013, 170), por lo cual incluye el concepto de lector, dando autonomía a las personas para poder interpretar cada lectura de acuerdo a sus convicciones. Y determina también que “una obra es cultivada, si está fuertemente delimitada por todas partes, si bien ilimitada e inagotable dentro de esos límites; cuando es totalmente fiel a sí misma, igual en todas sus partes, y, además, sublime por encima de sí misma” (Schlegel, 2005: 151), a su vez deja remantes para fundar la Hermenéutica como “un arte combinatorio de metafísica, poesía, religión y filosofía, y que puede resumirse con el título de uno de sus cuadernos de apuntes: filosofía de la filología” (Gutiérrez, 2013, 170). No obstante, todavía en esta etapa no se puede considerar a la Hermenéutica más allá de sus orígenes. Fue Friedrich Schleiermacher, quien intentó construir una teoría estructurada y coherente sobre la interpretación de los textos, por ello es considerado el padre de la Hermenéutica moderna (Cárcamo, 2005, 206).

De acuerdo a Ochoa Disselkoe la Hermenéutica schleiermacheana supone una metafísica, es decir, un principio de realidad y representa la recuperación de lo individual y contingente frente a lo universal y absoluto, un retorno a los límites de lo humano (Ochoa, 2009). En palabras de Echeverría: “el verdadero punto de partida de la hermenéutica, según Schleiermacher, arranca de la pregunta ¿cómo una expresión, sea está escrita o hablada, es entendida? La situación propia del entendimiento es la de una relación dialógica, donde hay alguien que habla, que construye una frase para expresar un sentido, y donde hay alguien que escucha. Este último recibe un conjunto de palabras para, súbitamente, a través de un misterioso proceso, adivinar su sentido (1997:219).

Ahora bien, Schleiermacher concibió la Hermenéutica como un fundamento del edificio de las ciencias del Espíritu, la cual habría que situarse en la base de la conciencia histórica y la historicidad del hombre. Derivado de ello, el intérprete puede emplear su capacidad de comprensión y penetración en combinación con el contexto cultural e histórico del texto abordado para así obtener el sentido original del texto. Otro gran pensador que aportó a la estructuración de la hermenéutica fue Wilhelm Dilthey, ya que concibió la Hermenéutica como un fundamento del edificio de las ciencias del Espíritu, la cual habría que situarse en la base de la conciencia histórica y la historicidad del hombre (Reale y Antiseri, 2016).

Por lo cual, el intérprete puede emplear su capacidad de comprensión y penetración en combinación con el contexto cultural e histórico del texto abordado para así obtener el sentido original del texto. Martín Heidegger es considerado el pensador más importante del siglo XX e inicios del siglo XXI. La importancia de Heidegger radica en la comprendió el estatus filosófico de las concepciones diltheyanas, en el sentido de considerar la Hermenéutica como una estructura constitutiva del ser ahí, *Dasein*, es decir, como dimensión intrínseca.

Heidegger transforma la concepción de la filosofía retomando expresamente el interrogatorio que cuestiona por el ser, devolviendo la importancia a la actualidad después de centurias cubierta en el polvo. Es Hans-George Gadamer quien da elaborar el concepto de "hermenéutica filosófica", que Heidegger inició, pero que nunca abordó en detalle (Reale y Antiseri, 2016). No obstante, en el ámbito hermenéutico es Emilio Betti quien transitar de la hermenéutica filosófica a la filosofía jurídica. El desarrollo gráfico de la evolución de la hermenéutica en este sentido se puede apreciar de la manera siguiente:

Tabla 2. Etapas de la Hermenéutica y principales expositores.

Teológico	<i>Patrística</i>	San Agustín de Hipona
	<i>Escolástica</i>	Santo Tomás de Aquino
	<i>Reforma</i>	M. Lutero
Romanticismo	Karl Wilhelm Friedrich von Schlegel Friedrich Daniel Ernst Schleiermacher	
	Wilhelm Dilthey Martín Heidegger Herbert L.A. Hart Hans-George Gadamer Emilio Betti	
Edad Contemporánea		

Elaboración propia con información de Reale y Antiseri, 2016, p.555.

Desarrollo En el ámbito jurídico

La aplicación de la Hermenéutica en el mundo jurídico se ha determinado por sus autores. El primer bloque lo constituyen John Austin y Hans Kelsen con el fortalecimiento del positivismo que respondía a los anhelos científicos de conducir los principios de las ciencias a las áreas sociales. Sin embargo, en medio del pensamiento positivo predominante surgió Herbert L.A. Hart, quien realizó una crítica al positivismo, específicamente a John Austin. La crítica consiste en que la teoría de Austin es incapaz de dar cuenta, de manera satisfactoria de los fenómenos jurídicos, obedece a que ni incluyen la idea de regla, sin la cual no es posible esclarecer ni quiera las formas más elementales del derecho.

Por lo tanto, Hart dice que las reglas sociales no pueden ser explicadas refiriéndose únicamente a regularidades externas de comportamiento, pues si bien estas son necesarias para elucidar este tipo de reglas, no son suficientes. El elemento indispensable que se requiere para dar cuenta es la actitud de los miembros de un grupo cuyo comportamiento se ve reflejado en dicho patrón externo.

Es otras palabras, Hart sugirió que la norma básica de todo ordenamiento jurídico no era una presunción sino un hecho: la regla de reconocimiento y lleva la interpretación social. Desde entonces todo el pensamiento jurídico desde entonces, absolutamente, pasa por las teorías de H. L.A. Hart, convirtiéndolo en una figura fundamental de la filosofía jurídica y también en la interpretación social al combinar aspectos exteriores de las normas con los internos de los normados.

Como se refirió en el apartado anterior, Emilio Betti, figura importante en la aplicación de la Hermenéutica en el campo Jurídico. Para Betti “el proceso interpretativo, en general, responde al problema epistemológico del entender” (Piconó, 1992, 223).

Tabla 3. Etapas de la Hermenéutica y principales expositores.

Principales pensadores y escuelas iusfilosóficas con implicaciones hermenéuticas	John Austin	<i>Iuspositivismo</i>
	Hans Kelsen	
	HERBERT L.A. HART	HERMENÉUTICA ANALÍTICA
	John Finnis	
	Robert P. George	
	Joseph Boyle	<i>Iusnaturalismo</i>
	Joseph Raz	<i>(Nueva Escuela del Derecho Natural)</i>
	Wilfred Waluchow	
	Dworkin	<i>Principalismo</i>
	Neil MacCormick	<i>Institucionalismo</i>
	HANS-GEORGE GADAMER	HERMENÉUTICA ONTOLÓGICA
	Jacques Derrida	<i>Hermenéutica Radical</i>
	Francesco Viola	
	EMILIO BETTI	
	Andrés Ollero	<i>Hermenéutica de aproximación</i>
Karl Larenz		
Jacques Derrida	<i>Hermenéutica Radical</i>	
Umberto Eco		
Paul Ricoer		
Mauricio Beuchot	<i>Hermenéutica, otros.</i>	
Jean Grondin		

Elaboración propia con información de Zambrano, P., 2009, pp. XI -XVIII.

IV. Hermenéutica jurídica

Partiremos del concepto de interpretación jurídica que propone el Dr. Hallivis Pelayo:

“Labor ineludible, espontánea o deliberada, que realiza el intérprete para, según el método que suscriba y la técnica que utilice, explicar, descubrir o atribuir el sentido o directiva de los textos normativos y, en su caso, determinar sus posibles consecuencias jurídicas, para, posteriormente, y justificando el resultado o producto de su labor interpretativa, poderlo exponer, traducir, revelar y/o aplicar, en su caso” (Hallivis, M., 2007, p.34). En la definición anterior, se dice que es una labor ineludible, porque el operador jurídico que requiera aplicar el derecho a un caso concreto, no puede rehusar a previamente

interpretar el texto jurídico. Esta actividad puede ser espontánea o bien deliberada, siendo espontánea cuando el operador jurídico no reflexiona sobre el proceso interpretativo que está realizando -por lo que utiliza el método de interpretación gramatical.

Ahora bien, la labor interpretativa, requiere además descubrir o atribuir el sentido o directiva de los textos jurídicos y sus consecuencias, para posteriormente aplicarlo o revelarlo a los casos concretos. De esta manera, las disposiciones legales que el operador jurídico interpreta, cambian su naturaleza una vez que se obtiene el resultado de esa interpretación. Ya que, al pasar por el proceso interpretativo, se torna en contenido normativo, siendo este, el que finalmente el operador jurídico aplica. De esta manera, el sujeto que interpreta un texto, le da un nuevo sentido al mismo, convirtiendo el texto de disposición jurídica a contenido normativo. Ahora bien, el horizonte de la interpretación se acrecienta y define notablemente en un ejercicio hermenéutico cuando el lector advierte que el texto no es una estación terminal, sino una puerta que comunica a otra época, a otro sujeto que vivió en otro momento histórico; bajo este punto de vista, el texto pierde su calidad de objeto y revela su carácter auténtico de comunicación, de mensaje, de información, de una locución emitida por alguien que se identifica como “autor”.

Podemos distinguir de forma general los siguientes métodos de interpretación jurídica: gramatical o exegético, lógico, histórico, sistemático, método económico (Nava, M., 2010). El método gramatical se centra en determinar el contenido normativo de una disposición fiscal, con base en el significado gramatical de las palabras empleadas por el legislador. Si bien es cierto, no es el único método de interpretación jurídica que admite la materia fiscal, también lo es que el poder judicial de la federación, ha empleado dicho método para resolver conflictos fiscales que trascienden en la esfera de los contribuyentes como lo expresa la tesis aislada de rubro: “Leyes Fiscales. El uso de palabras o conceptos específicos por parte del legislador, tiene trascendencia en su interpretación” (Tesis: 1a. CXIV/2010).

El Método histórico Investiga la génesis de la ley, sus antecedentes; los motivos sociológicos, antropológicos, políticos, imperantes en la época de creación de la ley. El Método Lógico reconstruye el pensamiento del legislador, acudiendo a debates legislativos, exposición de motivos, circunstancias que prevalecían en la época en que se creó la norma, para conocer el verdadero sentido de su expedición. Al respecto, desde la octava

época, el Pleno de la SCJN, ha considerado que las leyes no necesariamente deben atender a lo que señala su exposición de motivos, por lo que el método en sí mismo, no es suficiente para realizar un análisis hermenéutico de las disposiciones fiscales, en la tesis siguiente: “Leyes. No son inconstitucionales porque se aparten de la exposición de motivos de las iniciativas que les da origen” (Jurisprudencia P./J.15/1999).

El sistemático, por su parte, de acuerdo a este método, las disposiciones legales deben interpretarse con todo el conjunto de normas que constituyen el contexto del cual forma parte, y no de manera aislada. Este método ha sido aceptado incluso en aquellas materias en las que el constituyente consideró que la aplicación del derecho sería conforme a la letra, como se verá más adelante. Así, el método económico consiste en buscar un sentido económico a las normas fiscales, pues es precisamente el contenido esencial de la norma tributaria, lo cual permite regular la forma en que los particulares deben cumplir con su obligación de pagar las contribuciones requeridas por el Estado para la satisfacción de las necesidades colectivas.

VI. Hermenéutica fiscal

En materia fiscal existe dos Interpretación en caso de duda, la primera consiste en la interpretación en favor del fisco (*indubio pro fisco*). El Estado no establece las contribuciones para enriquecerse o aumentar su riqueza, sino que exige lo indispensable para cubrir las necesidades previstas el presupuesto de egresos. Por tanto, en caso de duda, se debe estar a favor del Fisco.

La segunda es la interpretación en favor de la libertad fiscal (*indubio contra fisco o pro contribuyente*). Este criterio se basa en que el legislador es el creador de la norma jurídica que establece la obligación fiscal, entonces, el Estado debe sufrir las consecuencias por expedir una norma oscura o deficiente, ya que las contribuciones son cargas para los particulares y, en caso de oscuridad de esta, se debe estar por el no pago del tributo. Asimismo, se atiende a diversos tipos de interpretación, como lo es la interpretación de resultados. De acuerdo con Zertuche García, distinguimos 4 clases de interpretación por resultados:

Tabla4. Clases de interpretación por resultados de acuerdo con Zertuche García

Interpretación Declarativa	Se apega a la letra de la ley, toma como valor de la norma el que se hace evidente por el sentido de las palabras, cuando la letra de la ley y la intención del legislador concuerdan plenamente. Según Guastini, este tipo de interpretación “atribuye a la norma su significado literal, es decir, el más inmediato, el significado prima facie que se desprende del uso común de las palabras y de las reglas sintácticas”.
Interpretación restrictiva	De acuerdo con esta forma de interpretación, se atribuye a la norma jurídica un alcance más limitado del que aparece en la expresión.
Interpretación extensiva.	Aplica el significado de una disposición, incluyendo en su campo de aplicación supuestos de hecho que, según la literalidad, no entrarían en él. Una forma de interpretación extensiva es la aplicación de la analogía donde la norma aplicable a un caso concreto se hace extensiva a casos no previstos por ella.
Interpretación progresiva o evolutiva.	Es la que adscribe a una disposición un significado nuevo y diferente de su significado histórico. Esta clase de interpretación consiste en considerar los factores políticos, económicos y sociales presentes en el momento de la aplicación de la norma jurídica.

Elaboración propia con información de Zertuche, H., 1990, p. 16.

En cuanto a la interpretación en materia fiscal, el legislador federal, estableció en el artículo 5 del CFF determinados principios para que los operadores jurídicos analizarán los casos en los cuales se encuentran inmersas normas tributarias. De esta forma, dividieron la legislación fiscal, entre normas que establecen cargas a los particulares, las que establecen excepciones a dichas cargas, las que establecen infracciones y sanciones; y las demás normas fiscales. Ahora bien, a pesar de que el precepto legal establece de forma clara dos modelos de interpretación -distinguiendo para ello si se está en presencia de normas que establecen cargas, excepciones, infracciones o sanciones, con la finalidad de aplicarlas de forma estricta, o bien, si se está en presencia de otras normas, para interpretarlas con cualquier método de interpretación jurídica-, el

Poder Judicial de la Federación y, en general la SCJN ha establecido parámetros que buscan interpretar, y aplicar el contenido de dicha disposición. Desde la Octava Época del Semanario Judicial de la Federación, la extinta Tercera Sala de la SCJN, sostuvo el criterio de que la interpretación sistemática de las normas fiscales no contraviene los principios de aplicación estricta y de legalidad que rigen dicha materia, emitiendo para tal efecto la jurisprudencia siguiente: “Leyes Fiscales. La interpretación sistemática no contraviene los principios de interpretación y aplicación estricta y de legalidad que rigen en dicha materia” (Jurisprudencia 3ª/J.18/91. Este criterio invocado destaca al menos dos elementos: 1. Que las normas impositivas se pueden interpretar de manera sistemática, sin que por ello se violen los principios de legalidad y de aplicación estricta. 2. Que la interpretación de la norma -aunque sea estricta- no puede arrojar como resultado que se establezcan al sujeto pasivo, contribuciones que no se encuentren establecidas en las leyes fiscales.

Posteriormente, en la Novena Época del Semanario Judicial de la Federación, la Segunda Sala de la SCJN sostuvo el siguiente criterio: “Contribuciones. Las disposiciones referentes a sus elementos esenciales, aunque son de aplicación estricta, admiten diversos métodos de interpretación para desentrañar su sentido” (Jurisprudencia. 2a./J.133/2002).

El referido criterio de la Segunda Sala de nuestro máximo órgano de impartición de justicia, establece algunos principios de interpretación en materia fiscal: 1. El primer método de interpretación que el operador jurídico se encuentra obligado a utilizar es el gramatical, o bien, una interpretación por sus resultados literal. 2. Solo en caso de que el análisis literal de las palabras utilizadas – sean técnicas o de uso común- genere incertidumbre sobre su significado, se podrá acudir a algún otro método de interpretación. 3. La aplicación estricta de la disposición fiscal, implica que una vez determinado el alcance de la norma, el operador jurídico la aplique solo a las situaciones de hecho que coincidan con lo previsto en ella. Asimismo, en el 2006 al resolver la Contradicción de tesis 181/2005-SS, la Segunda Sala de la SCJN, sustentó las siguientes tesis de jurisprudencia: “Interpretación de las normas fiscales que establecen los elementos esenciales de los tributos. Su alcance en relación con los principios constitucionales de legalidad tributaria y seguridad jurídica” (Jurisprudencia 2ª./J.26/2006), y también

“Interpretación del artículo 12 del código fiscal del estado de Baja California” (Jurisprudencia 2ª/J.27/2006)

Con las referidas tesis, la Segunda Sala de la Corte, ha fijado su postura respecto a la interpretación en materia fiscal. Estableciendo, que aún y cuando una disposición fiscal se refiera a elementos esenciales de las contribuciones, el operador jurídico puede acudir a diversos métodos de interpretación para definir su alcance. Ya que lo único que le está prohibido conforme a los principios de aplicación estricta, es que, una vez desentrañado el sentido de la norma, esta se aplique de manera análoga. Así como en México el CFF refiere los principios de hermenéutica fiscal que imperan, los demás Códigos Tributarios Latinoamericanos, también señalan sus propios principios. En este apartado, se hace un análisis de derecho comparado de algunos Códigos, con la finalidad de verificar los elementos comunes de la hermenéutica tributaria. De la confrontación de los códigos tributarios latinoamericanos, con los principios de interpretación de las disposiciones fiscales en México, tenemos que cada legislador federal ha establecido como un parámetro irreductible que, mediante la analogía, se encuentra prohibido crear cargas y exenciones tributarias a los particulares.

Solo Brasil, establece más elementos para realizar la interpretación de las disposiciones de índole fiscal, estableciendo parámetros de interpretación literal, aplicación analógica, y aplicación estricta. La labor ahora radica, en la consumación de los principios generales de la hermenéutica tributaria que consigne el verdadero significado de las normas de esta materia.

PRESUNCIONES EN MATERIA TRIBUTARIA EN EL NUEVO ORDEN JURÍDICO TRIBUTARIO

PÉREZ RAMOS, Rubén

I. Introducción.

El tema central de este debate, atañe a la cuestión de Seguridad Jurídica de los contribuyentes, en relación con los criterios establecidos recientemente por los gobiernos de diversas naciones, particularmente, aquellos que son miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), es un tema de relevancia para la comunidad internacional, académicos, órganos jurisdiccionales, autoridades hacendarias y desde luego para los contribuyentes.

Dos son las posiciones que han prevalecido en la existencia del Estado y su relación con el cobro de impuestos, por una parte, la denominada corriente *in dubio pro fisco*, que atañe el pago inevitable tributario a favor de la autoridad. En palabras de Tamagno, es cuando el parlamento asegura la equidad de la ley tributaria y de aplicación rigurosas sin otra finalidad que asegurar el ingreso de los recursos (1996, 576).

Por la otra parte, se encuentra la concepción *in dubio contra fisco* o *in dubio pro contribuyente*, la cual establece que en caso de duda, deberá interpretarse a favor del contribuyente. (Hallivis, 2010, 83). En ese sentido, la institución de la presunción, desempeña un papel importante y definitivo, además de manifiesto respecto a estas concepciones.

En otras palabras, las presunciones contenidas en la ley, permiten conocer si el sistema normativo consigna alguno de los principios indicados, *in dubio pro fisco* o *in dubio contra fisco*, de tal manera que involucran al contribuyente para conocer de antemano la postura de dicho sistema jurídico-tributario.

Las implicaciones de la presunción no se limitan a vislumbrar la referida cuestión, previamente expuesta, sino que se extienden a repercusiones jurídicas, reales y hasta filosóficas, de importante raíz en esta materia, si existe justicia tributaria o, por el contrario, injusticia tributaria. Tema fuerte, porque tal vez se ha considerado a la justicia como algo tan abstracto, sin posibilidades de encarnación en casos de índole económico, craso error, ya que la justicia, en su amplia concepción, no discrimina ninguna a materia, por lo cual, es loable acceder al concepto de justicia tributaria y ya desde la presunción establecida en un sistema jurídico, tenemos podemos tener cuenta de ella. La mayor justicia consiste en no incriminar anticipadamente.

En este trabajo abordaré la Presunción en su dimensión de inocencia, naciente por los esfuerzos de aquellos pensadores del pasado, que combatieron el simple señalamiento como motivo suficiente para fundar la culpabilidad de un individuo. Después, señalaré el debilitamiento de la presunción de inocencia y su tránsito a la dimensión de culpabilidad, esto como consecuencia del fortalecimiento de las facultades hacendarias, que, en aras de obtener recursos económicos, vulnera derechos de los contribuyentes.

Finalmente, abordo las graves consecuencias que entraña la inclusión de la presunción en su dimensión de culpabilidad en los sistemas jurídicos tributarios, dando cuenta de un caso que impactó a los contribuyentes mexicanos, sin dejar aparte, que tales medidas incluidas en la legislación de México, son productos de tendencias internacionales para fortalecer los sistemas financieros con la finalidad de detener el lavado de activos y financiamiento al terrorismo.

II. La presunción como instrumento de salvación del contribuyente

Latinoamérica todavía resiente el sometimiento por países europeos acaecido en el pasado, sus réplicas atemporales no dejan de ser un oscuro capítulo de su historia. Existieron diversos casos de aplicación regional donde el derecho sirvió como herramienta de dominación (Romero, A., 1974). La presunción jugó un papel importante, como se explicó, esta institución proyecta ya desde primera instancia, la concepción, y la intención, de justicia en el sistema jurídico en que se encuentra depositado. Esto también se manifiesta en el tipo de castigos, las llamadas penas infamantes, las cuales, se prohíben en diversas constituciones de nuestro continente, en México, por ejemplo, se localizan en el artículo 22

de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, 2019) y en la Constitución Política del Perú, establecido en el 2.24.h (CPP, 1993).

Por supuesto que esto no es exclusivo de América Latina. Se pueden encontrar en la historia, esfuerzos de pensadores, principalmente en Cesare Beccaria, para denunciar estas prácticas injustas, respecto a la inocencia, señaló que la credibilidad puede verse afectada por el odio, amistad, relaciones entre testigo y reo, así como también siempre será necesario la participación de suficientes testigos pues mientras uno niegue y el otro afirme, nada hay cierto, y cuyo caso, deberá prevalecer el derecho que todos tienen a ser inocente (2015, p.34).

Actualmente la Presunción de inocencia se encuentra en diversa legislación latinoamericana, así, es posible encontrarla en México en el artículo de la CPEUM el artículo 19, apartado B, fracción I, en el Perú, en el 2. 24.e; Así como en la Constitución de la Nación de Argentina 18, artículo que también prohíbe los azotes, tormentos y pena de muerte por causas políticas; en Uruguay en el numeral 20, en la cual contempla una presunción de inocencia parcial, en cuanto que prohíbe que “los acusados sean tratados en las declaraciones o confesiones como reos” (Risso, 2011, p.127).

En instrumentos internacionales este principio se encuentra en los numerales 8. 2 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y en el 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Por lo tanto, en el derecho mexicano la presunción de inocencia es considerada como derecho fundamental y, por lo tanto, de aplicación directa e inmediata, así, todas las autoridades están obligadas a aplicar correctamente su contenido, adoptando la interpretación más favorable y de mayor protección al sujeto pasivo del procedimiento administrativo sancionador (García, L. & Ortega, J., 2017).

Por lo tanto, en el tema fiscal o tributario, las legislaciones deben consignar el principio de presunción de inocencia del contribuyente, porque mas allá de la recaudación, necesaria para la subsistencia del Estado, el desarrollo histórico impera al respeto de la presunción de inocencia de toda persona, lo cual no se acota a ciertas materias o ámbitos de aplicación, sino que implica una protección integral que se extiende a las diversas áreas de desarrollo de los individuos.

Las implicaciones, como se refirió, no constituyen una cuestión meramente jurídica, política o económica, trasciende hasta raíces filosóficas porque la plenitud de la vida en sociedad

se cierne en la posibilidad de desarrollarse con la seguridad de que no será agravado de manera espontánea y arbitraria. Es pues, un concepto de vida plena donde solo casos extraordinarios, singularidades de la vida contemporánea, pueden afectar al desenvolvimiento de los individuos.

III. La irremediable des-virtualización de la seguridad jurídica tributaria.

En cualquier sistema jurídico actual se establece como principio fundamental el de la seguridad jurídica, que se traduce en “saber a qué atenerse para evitar la arbitrariedad” (Peces-Barba, 1995, p.253), es decir; el gobernado conoce plenamente sobre sus derechos y obligaciones, como sujeto pasivo de la relación jurídico tributaria, el contribuyente tiene certeza de los procedimientos de fiscalización y las facultades que la autoridad puede ejercer dentro de un marco regulatorio aplicable, en el cual se excluya la arbitrariedad y aquellas exigencias caprichosas que tornan ilegales los procedimientos de revisión.

La obligación de contribuir a través del pago de impuestos, se prescribe de igual manera en todo orden jurídico, dentro de un país en todos los niveles de gobierno, incluso en convenios para evitar doble imposición en transacciones de carácter internacional.

Sin embargo; en países como Perú (Villarán, F. 2000) y México existe un porcentaje mayor al 70% de comercio informal y superior al 50% en el trabajo informal (INEGI, 2013), respectivamente.

En ese tenor, el sistema tributario actualiza un rotundo fracaso, amén de la resistencia por parte de los contribuyentes al pago de tributos de manera natural, y que en ocasiones optan por la implementación de esquemas fiscales o economías de opción que no obedecen a una realidad jurídica o carentes de sustancia económica cierta. Existen conceptos plenamente reconocidos por algunas legislaciones iberoamericanas, referentes a:

- Abuso del derecho
- Fraude a la ley
- Preminencia del fondo sobre la forma
- Velo corporativo
- Sustancia económica
- Simulación de operaciones

Las cuales buscan atacar desde diversos frentes, la omisión en el entero de los impuestos, razón por la cual las autoridades obligan por los medios legales conducentes a que los

contribuyentes paguen. No es óbice manifestar que, en el afán de obtener recursos para financiar la actividad del estado, se cometen atropellos a los derechos fundamentales de los particulares, se generaliza la elusión o evasión fiscal de manera indiscriminada, sin tomar en cuenta que hay un grupo de contribuyentes que realiza sus actividades de conformidad a sus fines y sin pretender afectar al erario público.

Para la autoridad hacendaria de cualquier país, que no pueda fiscalizar de manera efectiva a todos los contribuyentes por no tenerlos en el padrón correspondiente, y aquellos que dentro de un registro de contribuyentes no pagan de manera correcta sus impuestos, ha resultado sencillo implementar estrategias de fiscalización basadas en simples presunciones. Esto resulta económicamente viable para el estado pues al presumir que un contribuyente realiza operaciones inexistentes o liquidar créditos fiscales con fundamento en un simple supuesto, automáticamente pasa la carga de la prueba al gobernado, quién tendrá que acudir con la hacienda pública para aclarar su situación y demostrar que está cumpliendo de manera cabal con todas sus obligaciones.

Lo que es una franca violación al derecho de presunción de la inocencia. Estamos ante la reconsideración de este principio, como una singularidad materia tributaria, en la cual, no solo se excluye su observancia, dejando al sujeto pasivo en una situación de neutralidad, sino que, por el contrario, se presume su culpabilidad.

IV. Un ejemplo grave

Este ejemplo doméstico tiene impacto internacional. Ocurrió en México, el de 9 de diciembre de 2013, se reformó el Código Fiscal de la Federación (CFF) cuando se publicaron en el Diario Oficial de la Federación diversas reformas al Código Fiscal de la Federación, entre la cuales, se incluía la adición del artículo 69-B. En este artículo encontramos la encarnación de lo expuesto en el apartado anterior. El texto primigenio es el siguiente:

“Cuando la autoridad fiscal detecte que un contribuyente ha estado emitiendo comprobantes sin contar con los activos, personal, infraestructura o capacidad material, directa o indirectamente, para prestar los servicios o producir, comercializar o entregar los bienes que amparan tales comprobantes, o bien, que dichos contribuyentes se encuentren no localizados, se presumirá la inexistencia de las operaciones amparadas en tales comprobantes.

En este supuesto, procederá a notificar a los contribuyentes que se encuentren en dicha situación a través de su

buzón tributario, de la página de internet del Servicio de Administración Tributaria, así como mediante publicación en el Diario Oficial de la Federación, con el objeto de que aquellos contribuyentes puedan manifestar ante la autoridad fiscal lo que a su derecho convenga y aportar la documentación e información que consideren pertinentes para desvirtuar los hechos que llevaron a la autoridad a notificarlos. Para ello, los contribuyentes interesados contarán con un plazo de quince días contados a partir de la última de las notificaciones que se hayan efectuado.

Transcurrido dicho plazo, la autoridad, en un plazo que no excederá de cinco días, valorará las pruebas y defensas que se hayan hecho valer; notificará su resolución a los contribuyentes respectivos a través del buzón tributario y publicará un listado en el Diario Oficial de la Federación y en la página de internet del Servicio de Administración Tributaria, únicamente de los contribuyentes que no hayan desvirtuado los hechos que se les imputan y, por tanto, se encuentran definitivamente en la situación a que se refiere el primer párrafo de este artículo. En ningún caso se publicará este listado antes de los treinta días posteriores a la notificación de la resolución.

Los efectos de la publicación de este listado serán considerar, con efectos generales, que las operaciones contenidas en los comprobantes fiscales expedidos por el contribuyente en cuestión no producen ni produjeron efecto fiscal alguno.

Las personas físicas o morales que hayan dado cualquier efecto fiscal a los comprobantes fiscales expedidos por un contribuyente incluido en el listado a que se refiere el párrafo tercero de este artículo, contarán con treinta días siguientes al de la citada publicación para acreditar ante la propia autoridad, que efectivamente adquirieron los bienes o recibieron los servicios que amparan los citados comprobantes fiscales, o bien procederán en el mismo plazo a corregir su situación fiscal, mediante la declaración o declaraciones complementarias que correspondan, mismas que deberán presentar en términos de este Código.

En caso de que la autoridad fiscal, en uso de sus facultades de comprobación, detecte que una persona física o moral no acreditó la efectiva prestación del servicio o adquisición de los bienes, o no corrigió su situación fiscal, en los términos que prevé el párrafo anterior, determinará el o los créditos fiscales que correspondan. Asimismo, las operaciones amparadas en los comprobantes fiscales antes señalados se considerarán como actos o contratos simulados para efecto de los delitos previstos en este Código” (CFF, 2013).

En el artículo transcrito encuentra el espíritu de la presunción de culpabilidad y se resume como la inclusión de los efectos condenatorios desde el inicio del procedimiento. Es decir, jurídicamente, en una terrible contradicción, este numeral consigna desde el comienzo de todo proceso administrativo una condena y un proceso, tan es así, que al final del mismo, los efectos se limitan a confirmar lo ya hecho, es decir, solo confirma la sanción administrativa.

Así, si bien los administradores deben enfrentarse al fraude, lavado de activos e incluso el financiamiento al terrorismo, no significa que la actuación administrativa niegue o impida la protección de la institución jurídica de presunción de inocencia, puesto que los derechos fundamentales no deben tener límites en cuanto su esfera mínima de protección.



**INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN
IBEROAMERICANO APEX IURIS**

Trujillo – Perú – Julio 2019