

abril 2023

Miguel Ángel Presno Linera

La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en Estados Unidos

Julián Carlos Ríos Martín

Cultura, sistema penal, cárcel y Derechos Humanos

Rafael Abril Manso

Régimen de responsabilidad del transportista aéreo de pasajeros

Rosario Serra Cristóbal

La participación de los jueces en las redes sociales

Ian Duncan Burnett

Independencia institucional y responsabilidad del poder judicial

Francisco Alemán

La degradación universitaria: señas de Leviatán

José Ricardo de Prada

Discriminación, racismo y violencia contra la población indígena en Perú (II)

Manuel García y Enrique Medina

La marcha a pie de La Desbandá

Dossier. Corrupción en España

Joaquim Bosch

Una aproximación general a los problemas de la corrupción

Gemma Rubí

La historia de la corrupción política en España

Alfonso Pérez Medina

Veinte años de suciedad

Manuel Villoria

¿Qué es corrupción?

¿Existe una visión progresista de lo que es corrupción?

Elisa de la Nuez

La reforma del delito de malversación

Lourdes Parramon

La perspectiva de género en la lucha contra la corrupción

Silvina Cruchaga y Joan Queralt

El mapa de riesgos de la corrupción judicial

JUECES *para la* **DEMOCRACIA**

INFORMACIÓN Y DEBATE

nº 106 abril 2023

EDITA: **Juezas y Jueces** *para la* **Democracia**

En este número: Abril, Rafael. Magistrado, Juzgado Mercantil, Oviedo
Alemán Páez, Francisco. Catedrático de Derecho Laboral de la Universidad de Córdoba
Bosch, Joaquim. Magistrado, Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción, Moncada
Cruchaga, Silvina. Dra. en Derecho, ex facultativa del CSM (Argentina)
De Prada, José Ricardo. Magistrado, Audiencia Nacional
De la Nuez, Elisa. Abogada del Estado
Duncan Burnett, Ian. Lord Burnett of Maldon, Lord Chief Justice de Inglaterra y Gales
García, Manuel. Sindicalista y memorialista
Medina, Enrique. Magistrado, Juzgado Social, Málaga
Parramon, Lourdes. Jefa relaciones institucionales, Oficina Antifrau de Catalunya
Pérez Medina, Alfonso. Periodista
Presno Linera, Miguel Ángel. Catedrático Derecho Constitucional, U. Oviedo
Queralt, Joan. Catedrático Derecho Penal, Universitat de Barcelona, Barcelona
Ríos, Julián Carlos. Profesor Derecho Penal, U. Comillas. (ICADE), Madrid
Rubí, Gemma. Catedrática de Historia Contemporánea de la U. Autònoma, Barcelona
Serra Cristóbal, Rosario. Catedrática Derecho Constitucional, U. Valencia
Villoria, Manuel. Catedrático de Ciencia Política, U. Rey Juan Carlos, Madrid

Jueces para la Democracia. Información y Debate

Publicación cuatrimestral de *Juezas y jueces para la Democracia*

Consejo de Redacción: Perfecto Andrés Ibáñez, Joaquim Bosch Grau, Esther Erice Martínez, José María Fernández Seijo, José Miguel García Moreno, Javier Hernández García, Marcos Marco Abato, Ascensión Martín Sánchez, Fátima Mateos Hernández (secretaria de redacción), Luis Carlos Nieto García, Amaya Olivas Díaz (codirectora), Concha Roig Angosto, Ramón Sáez Valcárcel (codirector), Yolanda Rueda Soriano.

El dossier ha sido coordinado por Joaquim Bosch

Imágenes: Wikimedia. Creative Commons Zero, Dedicación al Dominio Público

Consejo asesor: Manuel Atienza (U. Alicante), Antonio Baylos Grau (U. Castilla la Mancha), José Luis Díez Ripo-llés (U. Málaga), Cristina González Beifuss (U. Barcelona), Juan Igartua Salaverría (U. País Vasco), Elena Larrauri Pijoan (U. Pompeu i Fabra), Javier Andrés González Vega (U. Oviedo).

Directrices para los autores: las normas de estilo se encuentran publicadas en nuestra página web.

Boletín de suscripción en la página www.juecesdemocracia.es

Suscripciones y contacto: *Juezas y Jueces para la Democracia*, calle Núñez de Morgado, 3, 4.º B. 28036 Madrid
Tel. 682 01 28 84

E mail: jpd@juecesdemocracia.es

Precio de este número: 15 € (IVA incluido)

Suscripción anual (nacional): 30 € (3 números) / Europa: 40 € / Resto: 50 €

Depósito legal: M. 15.960-1987. ISSN: 1133-0627. Impresión: Estudios Gráficos Europeos, S.A.



ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
Dossier. Corrupción en España	
— <i>Una aproximación general a los problemas de la corrupción.</i> Joaquim Bosch	5
— <i>La historia de la corrupción política en España.</i> Gemma Rubí	11
— <i>Veinte años de suciedad.</i> Alfonso Pérez Medina	19
— <i>¿Qué es corrupción? ¿Existe una visión progresista de lo que es corrupción?</i> Manuel Villoria	24
— <i>La reforma del delito de malversación.</i> Elisa de la Nuez	39
— <i>La perspectiva de género en la lucha contra la corrupción.</i> Lourdes Parramon	47
— <i>El mapa de riesgos de la corrupción judicial.</i> Silvina Cruchaga y Joan Queralt	58
Estudios	
— <i>La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial</i> <i>en Estados Unidos.</i> Miguel Ángel Presno Linera	79
— <i>Cultura, sistema penal, cárcel y Derechos Humanos.</i> Julián Carlos Ríos Martín	91
— <i>Régimen de responsabilidad del transportista aéreo de pasajeros.</i> Rafael Abril Manso	105
Teoría/Práctica de la jurisdicción	
— <i>La participación de los jueces en las redes sociales.</i> Rosario Serra Cristóbal	119
— <i>Independencia institucional y responsabilidad del poder judicial.</i> Ian Duncan Burnett	135
Debate	
— <i>La degradación universitaria: señas de Leviatán.</i> Francisco Alemán	151
Internacional	
— <i>Discriminación, racismo y violencia contra la población indígena en Perú (II).</i> José Ricardo de Prada	167
Memoria	
— <i>La marcha a pie de La Desbandá, crónica del 2023.</i> Enrique Medina y Manuel García	183

Una aproximación institucional al problema de la corrupción en España

Joaquim BOSCH

Los indicadores internacionales, los más diversos organismos y los expertos en la materia nos explican reiteradamente que la corrupción es un grave problema en nuestro país. Los datos de Transparencia Internacional y del Banco Mundial especifican que nos encontramos a gran distancia de las democracias europeas más avanzadas. Además, resulta llamativo constatar que hay países asiáticos, africanos subsaharianos o de América Latina que en los últimos años están presentando niveles de percepción de corrupción más bajos que España, después de haber realizado un meritorio esfuerzo de desarrollo institucional, al contrario de lo que ha pasado en nuestro país. Por otro lado, el Grupo Anticorrupción del Consejo de Europa (GRECO) también nos ha estado reprochando constantemente las patologías o debilidades de nuestras instituciones que dificultan la actuación contra estos delitos.

Una singularidad que ha llamado la atención de los analistas españoles e internacionales es que las prácticas corruptas se han enquistado aquí especialmente en el ámbito político. El contraste con otras partes del mundo puede ser interesante. En los países centroamericanos existe lo

que suele denominarse “corrupción sistémica”: la corrupción afecta a los políticos, pero impregna también por completo a todo el espacio público, entre ellos los funcionarios, jueces, militares y policías¹. En España estas prácticas delictivas afectan a toda clase de empleados públicos, pero a niveles muy bajos o residuales². En cambio, resulta evidente el altísimo nivel de implicación de los cargos políticos, a partir de su exteriorización judicial. En casi todos los territorios autonómicos tenemos o hemos tenido condenados o encausados a presidentes, consejeros, cargos políticos de las diputaciones, parlamentarios, alcaldes y concejales de todo tipo de ciudades, pequeñas, medias o grandes. Esta altísima concentración de corrupción de tipo político no cuenta con apenas equivalentes en la Europa democrática.

Además, se trata de unas prácticas de notable presencia en todas las administraciones: la central, la autonómica, la provincial, la local, las empresas públicas o mixtas, las fundaciones institucionales. Y han

1 Meza, V. (coord.), *El manejo político y social de la corrupción en Honduras*, Tegucigalpa, CEDOH, 2016.

2 Villoria, M., *La corrupción política*, Madrid, Síntesis, 2006.

afectado a los principales partidos del país que han asumido la responsabilidad de gobernar durante cierto tiempo. Resulta lógico preguntarse por el origen de esta grave patología institucional, para que se pueda realizar un diagnóstico adecuado y pautar el tratamiento pertinente.

Una respuesta usual consiste en atribuir la presencia de corrupción a razones de tipo biológico o culturalista. Cada país tendría unos rasgos identitarios que los diferenciarían de otros, lo cual afectaría también a costumbres sociales que conducen a prácticas corruptas. Cualquier análisis riguroso nos demuestra que hay descartar estas causas y que el origen de la corrupción hay que buscarlo en la organización de las instituciones de cada país. Hay configuraciones institucionales que dificultan la corrupción y otras que la favorecen.

Daron Acemoglu y James A. Robinson³ han analizado problemas de institucionalidad en todo el mundo y han expuesto las diferencias en el diseño de los organismos públicos de cada país. Por ejemplo, han estudiado el caso de Corea, que era un país unido hasta hace unas décadas; la división llevó a configuraciones muy distintas en las dos Coreas, lo cual llevó también a niveles de corrupción muy dispares, a pesar de los rasgos culturales comunes. En el mismo sentido, Botswana era un país con similares rasgos de subdesarrollo institucional a los de otros estados africanos de su región; sin embargo, hace décadas sus dirigentes iniciaron reformas democráticas e institucionales que han llevado a este país a niveles de corrupción muy inferiores a los de otras sociedades de su entorno.

Más que elementos biológicos o culturalistas, la historia nos aporta algunas claves que aclaran la razón de hábitos

muy asentados y que nos ayudan a entender las configuraciones institucionales de cada país. Los historiadores de la corrupción, como el alemán Jens Ivo Engels, nos explican que a mediados del siglo XIX no había grandes diferencias entre España y otros países europeos en relación con la habitualidad de las prácticas corruptas⁴. Dinamarca suele ser considerado hoy uno de los países menos corruptos del mundo, pero la historiadora Mette Friske Jensen indica que, tras las guerras napoleónicas, los sobornos, los fraudes y las malversaciones eran muy frecuentes en este país⁵. Las grandes transformaciones sobre dicha cuestión empiezan a producirse a finales de esa centuria y a principios del siglo XX, con la profesionalización de la administración pública y la regulación de mecanismos sólidos de democracia electoral. En España los pactos del turno dinástico de la Restauración provocaron que nos empezáramos a rezagar de los esfuerzos de modernización que se hacían en otros países europeos. Durante la Restauración, la manipulación del sistema electoral fue un instrumento más para consensuar los distintos gobiernos y parlamentos⁶. Y la estabilidad y profesionalización del empleo público tardó bastante en implantarse, ante la persistencia de las redes clientelares de los dos principales partidos, que se iban alternando en el poder y también alternaban a sus propios empleados afines.

La II República intentó recuperar el tiempo perdido, con algunas mejoras en

4 Engels, J.I., "De lo antiguo a lo nuevo. La historia de la corrupción política en Europa. Estado de la cuestión y debates actuales de investigación", en B. de Riquer, J. L. Pérez Francesch, G. Rubí, L.F. Toledano y O. Luján (coords.), *La corrupción política en la España contemporánea*, Madrid, Marcial Pons, 2018.

5 Frisk Jensen, M., *Korruption*, Aarhus, Aarhus Universitet, 2015.

6 Varela Ortega, J., *Los amigos políticos. Partidos, elecciones y caciquismo en la Restauración (1875-1900)*, Madrid, Marcial Pons, 2001.

3 Acemoglu D., y Robinson J. A., *Por qué fracasan los países*, Barcelona, Ediciones Deusto, 2014.

la limpieza del procedimiento electoral y con la regulación de incompatibilidades para los cargos políticos. Sin embargo, la breve tentativa reformista republicana fue cortada de manera fulminante por el golpe de estado de julio de 1936. En el ámbito institucional, la España de Franco se situó a una distancia abismal de las democracias europeas.

La corrupción es inherente a las dictaduras. Los abusos de poder se expanden cuando no hay pluralismo político, ni prensa libre, ni poder judicial independiente. El franquismo no fue excepción a esta regla general, sino más bien paradigma, por la larguísima duración de la dictadura y por la brutal represión que dificultó las iniciativas opositoras contra el régimen. Los historiadores han demostrado que la corrupción enriqueció al dictador⁷, a muchos de sus familiares, de sus ministros o de sus generales⁸. También los abusos de poder beneficiaron a bastantes empresarios vinculados al régimen⁹ (a menudo, como pago de los servicios económicos prestados para que se impusiera la sublevación militar) y a todo tipo de cargos públicos de todo el sistema institucional de la dictadura, desde gobernadores civiles a alcaldes. Por otro lado, las redes clientelares en la administración fueron la regla de funcionamiento habitual, a partir de un sistema de partido único que premiaba a los fieles de los grupos vencedores de la guerra.

Los abusos sistémicos de poder estuvieron presentes en los distintos periodos del franquismo y generaron efectos decisivos sobre el futuro de las instituciones de nuestro país. Las actuaciones fraudulentas

en la contratación pública, los tratos de favor en el ámbito urbanístico, el amiguismo en la promoción de viviendas o el control de los altos cargos fueron una constante durante toda la dictadura¹⁰. Además, esta corrupción generalizada en todos los ámbitos institucionales arraigó profundos hábitos sociales.

Era muy difícil que tras la muerte del dictador se pudieran corregir rápidamente estas dinámicas institucionales, a causa de su descomunal envergadura, pero las circunstancias de la Transición dificultaron aún más una ruptura con las prácticas corruptas del franquismo. Los acuerdos del periodo transicional llevaron a numerosas continuidades en el ámbito político, funcional y empresarial de protagonistas destacados de la dictadura, que necesariamente mantuvieron buena parte de la cultura del franquismo en la gestión de las instituciones. Por otro lado, no hubo ningún requerimiento de responsabilidades por las actuaciones corruptas del pasado, porque no hubo exigencia de responsabilidades en ningún aspecto. Como explica Javier Pradera, era imposible en aquel contexto poner sobre la mesa el grave problema de la corrupción que procedía de la dictadura. La naciente democracia afrontó el serio problema de la corrupción ignorándolo. Por ello, Pradera considera que las continuidades en las prácticas corruptas fueron un coste inevitable que tuvo que asumir el nuevo sistema democrático para poder existir¹¹.

Posteriormente, la democracia tuvo que afrontar nuevas situaciones, como las derivadas del pluralismo político y la financiación de los partidos. A partir de los años ochenta, los gobernantes democráticos

7 Viñas A., *La otra cara del Caudillo. Mitos y realidades en la biografía de Franco*, Barcelona, Crítica, 2015.

8 Preston P., *Un pueblo traicionado*, Barcelona, Debate, 2019.

9 Sánchez Soler, M., *Los ricos de Franco*, Barcelona, Roca Editorial, 2020.

10 Bosch, J., *La patria en la cartera. Pasado y presente de la corrupción en España*, Barcelona, Ariel, 2022.

11 Pradera, J., *Corrupción y política. Los costes de la democracia*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2014.

podieron valorar si se cortaba o no con las estructuras que propiciaban la corrupción. Lo cierto es que se mantuvo esencialmente la arquitectura normativa que permitía esas prácticas. Las leyes en materia de urbanismo, contratación pública o nombramiento de altos cargos dictadas por régimen anterior se mantuvieron durante largo tiempo. Y después se reformaron tarde y mal. El nuevo sistema democrático asumió la corrupción que venía de la dictadura como un mal aprovechable. Era un comodín que se podía utilizar si se mantenía en esos ámbitos el sistema institucional-legal anterior.

Esas debilidades institucionales explican que los principales partidos pudieran financiarse ilegalmente con extrema facilidad, como nos indican los hechos probados de bastantes sentencias. Las resoluciones judiciales también aportan luz sobre la considerable magnitud de la corrupción política en España, como hemos indicado anteriormente. En esas dinámicas destaca especialmente la corrupción urbanística, una conducta de hondas raíces históricas, que aporta una excepcional rentabilidad al sector inmobiliario y es la responsable de buena parte de la destrucción estética, paisajística y medio ambiental que se ha producido en nuestro país, en palabras de Armando Fernández Steinko¹².

El sistema institucional y de partidos pactado durante la Transición contenía numerosos elementos que favorecían potencialmente la corrupción. Se optó por el funcionamiento de partidos muy jerarquizados, con cúpulas que detentaban un poder casi absoluto y con minúscula democracia interna en las bases, así como escasos controles y tesorerías muy opacas. Se trata de unas estructuras organizativas que se han mostrado abiertamente permeables

a la influencia de determinadas injerencias económicas vinculadas a la corrupción. Además, el peculiar sistema electoral español de listas cerradas y bloqueadas permitió acentuar el poder de los órganos de dirección de las organizaciones políticas y dificultó el control ciudadano en las urnas.

Otras características de nuestro sistema institucional también demuestran que su diseño es el más favorable para la corrupción, al generar trabas para la rendición de cuentas o la exigencia de responsabilidades, como ocurre con los aforamientos o la inviolabilidad del jefe del estado. Además, no se apostó por una verdadera vertebración de contrapesos que permitiera la vigilancia efectiva de los abusos de poder. Esa concepción abonó la colonización por parte de los principales partidos de los órganos que debían controlar su actuación, como el CGPJ, el Tribunal Constitucional, la Fiscalía General del Estado, el Tribunal de Cuentas o el Defensor del Pueblo.

En consecuencia, no nos encontramos ante problemas genéticos o culturalistas, sino ante insuficiencias democráticas que deberían corregirse con un mayor desarrollo institucional, como han hecho los países más avanzados. Precisamente, el grupo GRECO del Consejo de Europa ha insistido con razón en la trascendencia de vertebrar en España unos órganos de contrapeso respetuosos con la separación de poderes y que garanticen equilibrios, mecanismos de supervisión y espacios de vigilancia institucional.

Por otro lado, el crecimiento institucional contra la corrupción debe implicar dificultar que se puedan producir estas prácticas. Más allá de las socorridas, recurrentes y habituales apelaciones al castigo penal severo, lo cierto es que lo más efectivo será fortalecer las medidas de prevención. Como sabemos, la acción penal siempre es tardía por naturaleza y se materializa cuan-

¹² Fernández Steinko, A., *La economía ilícita en España*, Alianza Editorial, Madrid, 2021.

do el daño ya se ha producido. Además, las prácticas corruptas son muy difíciles de detectar y también de acreditar. Todos los estudios nos indican que la corrupción que accede a los juzgados es solo la punta del iceberg.

Por tanto, será bastante más efectivo actuar sobre los espacios que posibilitan las prácticas fraudulentas, sin perjuicio de que se pueda mejorar la actuación penal. Los esfuerzos punitivos deberían centrarse más bien en el diseño de instrumentos efectivos de persecución. En ese terreno resulta notorio que existe una percepción ciudadana de impunidad o de respuesta muy lenta. La penuria de medios y los atascos procesales vinculados a la LECRIM explican las constantes demoras que acompañan a los procedimientos por delitos vinculados a la corrupción. La mejora institucional en ese ámbito habría de pasar necesariamente por la dotación de más recursos a los órganos judiciales y por la apuesta firme por otro sistema procesal penal.

En materia de prevención resulta fundamental acabar con elementos de discrecionalidad en la contratación pública que permitan sobrecostes abiertamente superiores al precio de mercado, así como adjudicar de manera amiguista. Una de las claves esenciales sería que a precio de mercado no puede existir corrupción en la contratación pública. A pesar de algunas mejoras relevantes que incorporó la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, su evolución posterior evidencia la persistencia en la práctica de fraccionamientos, modificados y otras artimañas administrativas que siguen ocasionando abusos de poder y manipulaciones fraudulentas de todo tipo.

En otro orden de cosas, resulta impensable que la corrupción haya podido extraer decenas de miles de millones de euros de nuestras instituciones sin que casi

nadie lo haya advertido desde dentro. Lo cierto es que apenas han saltado las alarmas internas. Esta circunstancia debería llevar a incrementar los controles internos y externos sobre las administraciones públicas. Además, en el ámbito interno, parece necesario reforzar el papel de los técnicos imparciales en detrimento de los asesores de partido y de cargos de confianza que progresivamente han ido ocupando más y más espacios de poder.

La transparencia es uno de los instrumentos más eficaces para prevenir y detectar las prácticas corruptas. Como indica Emilio Guichot, los niveles de corrupción son menores en los países que han regulado de forma más amplia el acceso a la información pública¹³. Como regla general, las sociedades más informadas tienen menos delitos de este tipo. La transparencia estimula el conocimiento del funcionamiento de las instituciones y, especialmente, de sus mecanismos de contratación y de actuación urbanística sobre el territorio. No debemos confundir gestión transparente con propaganda política empaquetada para que sea difundida de forma interesada, como ha advertido Rafael Jiménez Asensio. Nuestra legislación sobre esta materia tiene importantes insuficiencias que deberían corregirse.

Además, los partidos también necesitan más mecanismos de transparencia, en especial en todo lo relacionado con sus tesorerías y su gestión económica, uno de los focos más habituales de corrupción en nuestro país. Del mismo modo, resulta pertinente la introducción legal de mecanismos obligatorios de democracia interna en las fuerzas políticas, así como de ele-

13 Guichot, E., "Transparencia y acceso a la información pública en el marco de la lucha contra la corrupción", en M. Vitoria, J. M. Gimeno y J. Tejedor (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier, 2016.

mentos de control externo y de rendición de cuentas.

En conjunto, la actuación contra las prácticas corruptas requiere de alteraciones sustanciales de nuestro sistema institucional. Casi todas ellas dependen de los principales partidos, los cuales hasta ahora se han mostrado bastante reticentes a modificar unas estructuras que les han permitido ejercer un poder desmesurado. Se trata de un círculo vicioso bastante complejo. Sin embargo, como indica Manuel Villoria¹⁴, hay factores que a veces permiten asentar el pie en alguna institución para empujar desde ahí a favor de las transformaciones, como ha ocurrido en los países que han logrado un mayor control de la corrupción. Se puede incidir a través

de presiones sobre las partes del círculo que representan puntos más cuestionables. Cualquier avance en una parte de ese círculo ayuda a mejorar en las restantes y posibilita empezar a romper el bucle en su conjunto. Los cambios provocarían sensibles transformaciones en nuestra calidad democrática, nuestro nivel de vida y en la dotación de nuestros servicios públicos.

Un Estado Social redistribuye con equidad la renta desde los más privilegiados a los más necesitados. La corrupción hace lo contrario: redistribuye la renta de los más necesitados hacia los más privilegiados. La corrupción es radicalmente anti-social. Es uno de los principales motivos para acometer las reformas estructurales necesarias.



Loro, c. 400 CE, Roman Syria, mosaico romano, Museo de Arte Kimbell



León y presa, mosaico romano de piedra del Levante, periodo imperial tardío, c. Siglo III a V d.C

¹⁴ Villoria, M., *Combatir la corrupción*, Barcelona, Gedisa, 2019.

La historia de la corrupción política en España: entre la impunidad, la inmoralidad y la demanda de regeneración

Gemma RUBÍ

Introducción

Desde hace unos años la corrupción política es una de las principales preocupaciones de la ciudadanía, junto a una creciente desconfianza general frente a la política, los políticos y las instituciones, reflejada principalmente en los barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas. Los rankings de Transparencia Internacional también son reveladores. Aunque el índice de percepción de 2019 había mejorado en relación con años anteriores, desde 2020 ha empezado a empeorar perdiendo tres puestos. El índice de 2022 sitúa a España en la posición 35 sobre un total de 180 países considerados, al lado de Botswana, Cabo Verde y San Vicente y las Granadinas. Dentro de la Unión europea ocupa una posición intermedia, pero inferior a la de Portugal. A su lado, la investigación de José Abreu constata que casi la mitad de los casos de corrupción detectados entre 2000 y 2020 tuvieron lugar en el intervalo temporal de 2009 a 2015, coincidiendo con las consecuencias de la crisis económica de 2008 y de los recortes en las políticas sociales ¹.

Aunque resulte algo paradójico el que la inquietud ciudadana por la política haya

desplazado a la corrupción como principal problema, existen fuertes vinculaciones entre ambas problemáticas.² En el año 2017 nada menos que el 94 % de los ciudadanos consideraban que en España el nivel de la corrupción era muy alto, frente a una media de la Unión Europea situada en el 68 %. Una desafección que se traduce desde 2009 en un descenso prolongado de los indicadores relativos a la calidad institucional del sistema democrático español actual. La crisis de confianza política como fenómeno global tiene en España su propia evolución histórica y su expresión particular, que socava instituciones, partidos y clase política.

Estos indicadores, aunque son necesarios y significativos, no son suficientes a la hora de buscar posibles interpretaciones, puesto que reflejan realidades fundamentalmente coyunturales. Es imprescindible rastrear e identificar aquellas claves históricas que han moldeado nuestra cultura cívica, es decir, las bases culturales que han cimentado la transición del liberalismo político del siglo XIX a la democracia de masas actual. En concreto, las que puedan dar respuesta, en términos de larga duración, a este deterioro que en los últimos años

¹ Abreu, José, "La corrupción política en España: un análisis descriptivo (2000-2020)", *Documents de Treball* (IREA), nº 21, 2022.

² Fernando Jiménez "La corrupción política en la España democrática: fuentes y métodos para el análisis" en Gemma Rubí; Lluís Ferran Toledano (eds.), *Investigar la corrupción: conceptos, fuentes y métodos*, Bellaterra, Servei de Publicacions, 2021, pp. 105-121.

ha sufrido la calidad institucional de la democracia española. En España y en otras democracias occidentales la inquietud se deriva también de los discursos populistas que, al invocar la corrupción de políticos, partidos e instituciones, ponen en jaque a las conquistas democráticas devaluando el propio sistema de gobierno.³ En suma, la corrupción política se ha convertido en uno de los factores que explican el acusado incremento de la desafección hacia el actual sistema democrático y de una importante sensación de impunidad frente a la ausencia de suficientes mecanismos de control y de prevención.

La frecuencia de los escándalos político-financieros, o el contraste entre normas y expectativas producidas por las políticas fiscales, han sido tan solo algunas variables que han podido contribuir a explicar históricamente la vulnerabilidad de las instituciones y de los partidos. En España tardó en aceptarse que pudieran existir relaciones jurídicas transparentes entre la administración y los particulares. Tanto más grave cuanto se tendía a confundir la política con la administración, y por ello con frecuencia se denunciaba la falta de reglas claras y que bajo el pretexto del secreto administrativo los ciudadanos no tuvieran acceso a los expedientes.

Todo parece sugerir que tuvo un enorme coste la patrimonialización política de la administración, añadido a las grandes dificultades que históricamente han tenido los ciudadanos para el acceso a la información en sus tramitaciones. En ese sentido, cobra importancia el análisis de los debates parlamentarios sobre las inmorales administrativas y las discusiones que acompañaron a la elaboración de le-

yes de procedimiento administrativo.⁴ A su vez, el desigual acceso de la ciudadanía a la toma de decisiones y a los cenáculos del poder, así como la creencia de que los corruptores recibieron o reciben un escarmiento “débil” por sus delitos.

Un concepto prescriptivo

Aparentemente indicadores citados nos conducen a pensar que probablemente España se halla estancada en la lucha y prevención de la corrupción. Es verdad que un avance o retroceso de la percepción no significa ni que las prácticas corruptas hayan aumentado o bien disminuido. Una percepción más positiva o negativa puede querer indicar que la corrupción está menos o más presente en el debate público o que tiene una mayor o menor visibilidad en los medios de comunicación.

Esta observación nos lleva a considerar la corrupción política como un concepto esencialmente prescriptivo, siempre moralmente injustificable y que cambia en cada sociedad y contexto histórico considerados, tanto la percepción como su visibilidad. Los estudiosos de la corrupción política han intentado ofrecer una definición mínima, una tarea harto difícil. Probablemente la que ha reunido un mayor consenso es la que dio en su momento el profesor Michael Johnston según la que la corrupción sería “*the abuse, according to the legal or social standards constituting a society's system of public order, of a*

3 Iancu, Alexandra, “Corruption et politique: un cadre d’analyse” en Alexandra Iancu et Silvia Marton (sous la dir.), *Corruption et politique en Europe. Enjeux, reformes et controverses*, Paris, Harmattan, 2019, pp. 9-28.

4 Geoffrey Hosking, “Trust and Distrust: A suitable theme for Historians”, en *Transactions of the Royal Historical Society*, 16 (2006), 95-115. Ute Frevert, *Moral Economies*, Vanderhoeck and Ruprecht, Göttingen, 2019. Nicolas Delalande, *Les batailles de l’impôt. Consentement et résistances, de 1789 à nos jours*, Ed. du Seuil, Paris, 2011 (basada en parte en su tesis titulada *L’État, les citoyens et le problème de la confiance sous la III République*). Mark Knights, *Trust and Distrust. Corruption in Office in Britain and its Empire, 1600-1850*, Oxford University Press, 2021.

public role or resource for privat benefit"

⁵. Otra definición convincente es la que proporcionan unos politólogos suecos en 2016: la corrupción se identificaría con el abuso de una posición de autoridad en la cual políticos o funcionarios aprovechan el cargo con favoritismo, contraviniendo así el principio de imparcialidad, con el fin de obtener una ganancia personal para ellos o bien para personas próximas ⁶.

Es importante tener en cuenta que las percepciones del abuso, del bien común o de los beneficios privados, son construcciones sociales concretas sometidas a procedimientos de evaluación morales que dependen de procesos de impugnación y de conflictos que han tenido lugar en espacios y momentos históricos precisos. De este modo se entiende cómo la práctica del nepotismo entre los empleados públicos puede aceptarse legalmente, pero no socialmente; para poner tan solo un ejemplo, durante la Europa del Antiguo Régimen era una práctica social aceptada ⁷.

La corrupción se convirtió en una cuestión política coincidiendo con el inicio de la modernidad contemporánea, cuando se empezó a vincular su denuncia con la necesidad de separar las esferas pública y privada ⁸. A caballo entre los siglos XVIII y XIX, coincidiendo con el desarrollo del

capitalismo, fue el momento histórico en que la corrupción se vinculó nítidamente con la sustracción de recursos públicos en beneficio privado, a través del soborno, la malversación o la prevaricación. También entonces se produjo el cambio de significado que adquirieron fenómenos como el favoritismo, el nepotismo o, directamente, el clientelismo político. Estos procesos tuvieron lugar durante el largo siglo XIX. En definitiva, la corrupción se politizó al compás de la consolidación de las nuevas ideas y valores liberales, y también del crecimiento de la burocracia del Estado.

La historiografía sobre la corrupción política en la España contemporánea

En las dos últimas décadas las aproximaciones en el estudio histórico de la corrupción política en el estado español han seguido a grandes rasgos cuatro vías diferentes: una primera vía se ha centrado en el análisis de cómo las diferentes culturas y tradiciones políticas se posicionaron discursivamente frente a la corrupción, qué estrategias y políticas de anticorrupción impulsaron, si es que lo hicieron, y en qué ámbitos se desarrollaron las prácticas corruptas. Una segunda línea de investigación se centra en las vinculaciones entre política y negocios; una tercera es la perspectiva básicamente jurídica que busca las responsabilidades penales de políticos y funcionarios y que analiza la eficiencia, o no, de la administración de justicia; y finalmente hay que considerar los estudios sobre la denuncia pública de los casos de corrupción con la voluntad de provocar escándalos políticos, y cómo estos determinaron la acción política de los gobiernos y la correlación de fuerzas políticas.

A pesar de todo, la corrupción política y su historia sigue siendo una asignatura pendiente en el sistema universitario es-

5 Johnston, Michael. - (2001), "The Definitions Debate. Old conflicts in New Guises" en Arving K. Jain (ed.), *Political economy of corruption* London, England: Routledge, pp. 11-32.

6 Bergh, Andreas, Erlingsson, Gissur, Sjölin, Mats & Öhrvall, Richard (2016), *A clean house? Studies of Corruption in Sweden*, Lund: Nordic Academic Press, p. 39.

7 Rubí, Gemma; Toledano, Lluís Ferran (2019), "La corrupción general del siglo. Palabras y discursos sobre la corrupción política en la España del siglo XIX". *Ayer. Revista de historia contemporánea*. 115/3, pp. 131-157, p. 134.

8 Engels, Jens Ivo (2006), "Corruption as a Political Issue in Modern Societies: France, Great Britain and the United States in the Long 19th Century", *Public Voices*, x, pp. 68-86. Kroeze, Ronald, Vitoria, André, Geltner, Guy (ed.) (2018), *Anticorruption in History. From Antiquity to Modern Era*. Oxford University Press, 2018.

pañol. Así, solo existen dos equipos de investigación especializados en esta línea de trabajo. Uno es el GREPIIC, Grupo de investigación y estudio sobre la política, las identidades, las instituciones y la corrupción que dirijo en la Universitat Autònoma de Barcelona, y el otro es el equipo liderado por la profesora María Asunción Díaz Zamorano en la universidad de Huelva. Mientras este último equipo se centra prioritariamente en el trasvase de discursos y prácticas entre España y América, el nuestro prioriza una mirada comparativa con el resto de Europa. Por este motivo, entendemos que deberíamos conocer, entre otras cuestiones, en qué medida la corrupción española ha podido tener un carácter singular en comparación con el entorno meridional europeo y con el Norte protestante, más allá de los discursos de dominio con los que históricamente se ha querido connotar la supuesta mayor corrupción del Sur católico.

De momento, empezamos a tener algo más clara la evolución semántica de las diferentes palabras de la corrupción en la España del siglo XIX y también de su marco penal.⁹ Igualmente, estamos arrojando luz sobre el papel del secreto y del mantenimiento de zonas opacas del gobierno y del Estado a la inspección pública; la gestión del secreto en el parlamento, el uso de los gastos reservados, los destinados a la ingeniería electoral y a los fondos de reptiles, como indicadores de la construcción del “régimen de verdad” y de la tutela de los ciudadanos.¹⁰

En el contexto de la descomposición del Antiguo Régimen y de los inicios de la revolución liberal, la corrupción política se correspondía básicamente con el peligro del despotismo ministerial y del favoritismo, deudora de una cosmovisión católica y orgánica que hacía derivar de la corrupción del cuerpo de la monarquía, la corrupción de las costumbres de sus servidores. En el lenguaje común de entonces, una conducta corrupta abarcaba desde la relajación de las costumbres a la corrupción de menores o la degradación física. En los albores del siglo XIX, la corrupción equivalía así al abuso de poder, entendido como una alteración del justo proceder y de la conducta que embrutecía el comportamiento moral y que, en consecuencia, dañaba las costumbres públicas y el buen gobierno. En el curso de la revolución liberal estos conceptos fueron ampliando sus significados; se relacionaron más estrechamente con la justicia, el juez y lo penal, y luego adquirieron otros sentidos como los de prevaricación y malversación, a menudo aireados en las Cortes y entre la opinión pública por medio de periódicos y panfletos. En su sentido jurídico, el término corruptela se equiparaba al abuso de la ley o del derecho, y también con el de soborno (el cohechar al juez o cualquier persona con dádivas y gratificaciones). Estos significados se mantuvieron casi inalterados en los diccionarios oficiales desde fines del siglo XVIII hasta fines del siglo XX.¹¹

Lo distintivo en el liberalismo español, en su versión conservadora, fue defender que los gobernantes se pudieran mover en

9 Riquer, Borja de; Rubí, Gemma; Toledano, Ferran (2018), “Más allá del escándalo. La historia de la corrupción política en la España contemporánea” dins Riquer, Borja de; Pérez-Francesch, Joan Lluís; Rubí, Gemma; Toledano, Ferran; Luján, Oriol (dirs.), *La corrupción política en la España contemporánea. Un enfoque interdisciplinar*, Madrid, Marcial Pons, pp. 47-80.

10 Monier, Frédéric; Toledano, Ll. Ferran; Pubill, Joan y Rubí, Gemma (eds.) (2022), *Las sombras de la trans-*

parencia. Secreto, corrupción y “estado profundo” en la Europa contemporánea. Editorial Comares.

11 Rubí, M. Gemma, Toledano, Lluís Ferran (2019), “La corrupción general del siglo. Palabras y discursos sobre la corrupción política en la España del siglo XIX” op. cit.

el terreno de la impunidad y, en el fondo, de la inviolabilidad y la sacralidad, frente a las conflictivas prácticas del asamblearismo parlamentario gaditano, primero, y de las amenazas locales del liberalismo progresista y radical, después. Incluso la denuncia era también censurada por crear alarma pública. Importaba más la “denuncia calumniosa” que pudiera afectar al honor que no la propia existencia de conductas corruptas.

La corrupción pudo desarrollarse y arraigar en la España liberal gracias a la inexistencia de una auténtica división de poderes. Porque era el ejecutivo el que controlaba la composición del legislativo, ya que los gobiernos que convocaban las elecciones siempre las ganaban y así fabricaban unas mayorías parlamentarias adictas. A ello se unía un poder judicial precario y controlado jerárquicamente desde el gobierno, por lo que apenas podía manifestar su independencia. Paralelamente, el conjunto de normas penales anticorrupción no sufrió un desfase tan acusado en su actualización, pese a estar sujetas en España, como en otros países, a los vaivenes políticos. Los problemas residían en la relajación e ineficacia en su aplicación. Lo propio de la corrupción en la España decimonónica era la sensación de impunidad del poder y el incumplimiento de la ley. Frente a los miedos que causaba la participación política ciudadana y la vitalidad política local y del provincialismo, la corrupción obtuvo su funcionalidad como dispositivo, protegiendo al ejecutivo y a la administración del Estado. Por otra parte, en esta época compartió con otros países como Portugal, Italia y Rumanía, la misión de garantizar la alternancia “controlada” en el poder de los partidos dinásticos sobre los que reposaban estos regímenes liberales.¹²

En referencia al falseamiento de las elecciones, los actores de la época fueron conscientes de que las trampas electorales eran moneda común como práctica sociopolítica, que eran difíciles de erradicar y que sólo podrían extinguirse con una aplicación decidida de la legislación penal. Una normativa que, a diferencia de otros países europeos, en España llegó tarde, en 1864. Además, se aplicó de manera flexible, porque estas prácticas, aun no siendo toleradas por la opinión pública, e incluso por parte de las propias élites políticas cuando se rebasaba un cierto límite, sí resultaban rentables para los candidatos en liza, y, sobre todo, eran útiles para garantizar la estabilidad del sistema político. El fraude electoral cumplía una funcionalidad, la de forzar el consenso inter-elitista, mientras que la corrupción impulsada por los candidatos competidores promovió, como en toda Europa y en diferentes etapas y ritmos, la politización en los distritos electorales¹³. Las elecciones eran unas prácticas sociopolíticas que movilizaban a la ciudadanía de manera periódica y que visibilizaban las pugnas por el poder y la influencia social en los distritos y circunscripciones.

En la España de principios del siglo XX, la corrupción política fue una de las causas más evidentes del desprestigio del régimen de la Restauración y del rey Alfonso XIII,

Trois études de cas d'alternance limitée dans des pays en transition (Espagne, Italie, Portugal) », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 99, n° 3, pp. 607-640. Marton, Silvia (2019) «La “corrupción” electoral en Rumanía. Los comienzos titubeantes de la democracia», dentro del monográfico coordinado por Frédéric Monier y Gemma Rubí, “Modernización y corrupción política en la Europa contemporánea”, en *Ayer. Revista de Historia Contemporánea*, 115 (3), pp. 77-104.

13 Rubí, M. Gemma (2014), «La représentation de la corruption : L'Espagne dans la construction du libéralisme politique (1840-1868)», en Olivier Dard; Jens Ivo Engels; Andreas Fahrmeir; Frédéric Monier (dirs.), *Scandals et corruption à l'époque contemporaine: Les coulisses du politique dans l'Europe contemporaine*. Paris, Armand Colin, pp. 162-180.

12 Rocchi, Jean-François (2014), “La démocratie parlementaire confisquée en Europe du Sud au XIXe siècle.

perjudicando de paso a la institución monárquica, como había ocurrido antes con María Cristina y su hija Isabel II. En 1929 Alfonso XIII obtuvo acciones de la Sociedad de Liebre Mecánica y recibió los réditos de las apuestas de las carreras de galgos organizadas por el Club deportivo galguero español, sociedad teóricamente sin ánimo de lucro. Podrá parecer irrisorio al lado de las grandes corruptelas y negocios en los que participó el monarca, ya fuera en el metro de Madrid, en Hispano Suiza y Pirelli, en el negocio del corcho o en las minas del Rif, producto de la guerra colonial asesina en Marruecos. En diciembre de 1933, el magistrado Mariano Luján, titular del juzgado número 10 de Madrid, elevó al Tribunal Supremo la acusación del Rey por lucrarse con apuestas cruzadas en las carreras de galgos, estafa y malversación de caudales públicos.

Pero también la corrupción salpicó a un ejército que no supo evitar el desastre de Annual en julio de 1921. La limpieza de la corrupción como uno de los males endémicos de la historia española, y uno de los peores vicios de la política liberal, fue uno de los principales elementos de legitimación de la dictadura de Miguel Primo de Rivera (1923-1930). Este régimen dictatorial tampoco erradicó el caciquismo, tan sólo llevó a cabo una substitución de personas. Contrariamente, su acción estuvo llena de arbitrariedades administrativas, de irregularidades judiciales y de tratos privilegiados escandalosos, entre los que citar al llamado “pirata del Mediterráneo”, el empresario mallorquín Joan March Ordinas.

Con la proclamación de la Segunda República se alumbró una nueva época a la que le correspondió un nuevo umbral de tolerancia social de la corrupción. La moral republicana debía comportar la consecución del ideal regeneracionista de una ciudadanía activa que acabase con el lastre de

la corrupción. Aun así, durante el sexenio republicano tuvieron lugar importantes debates que denunciaron el enchufismo o acumulación de cargos; la ley de 1933 prohibió la pertenencia de los parlamentarios en consejos de administración de empresas proveedoras del estado; y, extendieron un salario mensual a los diputados como formas de esquivar la corrupción política.¹⁴ Sin embargo, se fomentaron nuevas prácticas de corrupción que afectaron a políticos y empresarios en relación con los monopolios del Estado, e incluso estallaron los grandes escándalos del caso Straperlo y del asunto Nombela, que tuvieron como consecuencia inmediata la caída del partido republicano radical que pasó de 102 diputados a 5 en los comicios de febrero de 1936. La denuncia de la corrupción y su combate adquirieron otros matices, todo lo contrario, a lo sucedido durante la dictadura franquista calificada por muchos como un régimen del pillaje.

A diferencia de la guerra civil cuya corrupción en ambos contendientes sigue siendo una incógnita, la corrupción sistémica que caracterizó a la dictadura franquista sí que ha recibido una considerable atención. Una corrupción que descendía jerárquicamente hasta los municipios, empezando por el dictador y su familia, discurriendo por las clientelas adictas al régimen y favorecida por la total dependencia del sistema judicial de las directrices gubernamentales y la inexistencia de una prensa libre.¹⁵ Mayoritariamente los casos de corrupción eran silenciados, y sólo algunos en los que eran evidentes las rivalidades internas del régimen –falangistas

14 Rubí, Gemma y Casals, Quintí, (2021), “Esquivando la corrupción: la remuneración del diputado y la cuestión de las incompatibilidades en España (1812-1933)”, *Historia constitucional*, 22.

15 Viñas, Ángel (2015), *La otra cara del caudillo. Mitos y realidades en la biografía de Franco*. Barcelona, Crítica.

contra tecnócratas—, se hicieron públicos, como fue el asunto Matesa (1968), aunque bien pronto los principales políticos procesados y condenados fueron indultados (1971).

Durante el proceso de la transición política a la democracia no hubo voluntad política para intentar erradicar la corrupción política proveniente del Franquismo. Quizás porque ello exigiría tener que pasar cuentas a bastantes políticos, funcionarios y empresarios que se habían enriquecido de forma desmesurada e ilícita. De hecho, la exigencia de responsabilidades políticas quedó descartada con la ley de amnistía de 1978. De este modo, al no haber sanciones ni depuraciones por corrupción, se reforzó la alianza entre buena parte del alto funcionariado y los intereses económicos. Este perdón y olvido generalizado de las prácticas corruptas significaron, de hecho, tolerar y aceptar su pesada herencia delictiva en la sociedad y en la administración española. Las grandes secuelas dejadas por esas prácticas corruptas, que el régimen democrático actual no ha querido liquidar, están hoy claramente presentes en la España del siglo XXI. Se trata de una herencia inmoral que quizás explica por qué en la sociedad española ha arraigado tanto una cultura política indulgente y comprensiva con la corrupción.¹⁶

Con el tiempo, la corrupción política se ha ido transformando, se ha adaptado a los nuevos marcos políticos y administrativos, y a la nueva legalidad. El alto grado de corrupción en el actual sistema democrático español sigue siendo un importante tema de debate político y académico. Predomina la gran corrupción frente a una insignificante importancia del soborno en la pres-

tación de servicios públicos. Por su lado, la financiación irregular de los partidos políticos parece ser la cuestión más destacada, tanto por el número de casos como por su volumen económico.

Actualmente los grandes protagonistas de la corrupción son la administración local —41 % de las denuncias—, la central —27 %— y la autonómica —22 %—, aunque por su volumen económico es la administración central la más significativa, ya que supone más del 50 %. Y los sectores más propicios a las actividades corruptas son la contratación pública de obras y servicios, fundamentalmente en urbanismo y sector inmobiliario, que significa un tercio de las condenas judiciales; en segundo lugar, la financiación ilícita o faltada de controles de los partidos políticos; y, finalmente, la concesión de subvenciones y ayudas públicas. La existencia de unos presupuestos públicos elevados, en buena parte debidos a la financiación del estado del bienestar, hacen del conjunto de las administraciones públicas un terreno bastante propicio a generar gastos “excesivos” en algunas intervenciones. A ello debe sumarse algunas herencias sociales del pasado, como la existencia de sectores del empresariado demasiado acostumbrados a comprar favores; pero también de una administración a veces propicia a los trapicheos, precisamente por su elevado grado de politización partidista. Una de las cuestiones a debatir es hasta qué punto este clientelismo de partido *at the top* es una reminiscencia del caciquismo histórico.

Nuestra hipótesis de investigación

En nuestro grupo de investigación, estamos contrastando una hipótesis general: la elevada percepción y denuncia de la corrupción fue una constante desde los inicios

¹⁶ El libro de Joaquim Bosch, *La patria en la cartera. Pasado y presente de la corrupción en España*, (Ariel, 2022) comparte algunas de estas reflexiones.

del constitucionalismo español.¹⁷ Décadas después de la coyuntura esperanzadora de las Cortes de Cádiz, se fue forjando una lectura negativa de las instituciones liberales y de los representantes políticos que atravesó las diferentes ideologías y culturas políticas. La modernización del Estado llevada a cabo por el moderantismo en el poder blindó la administración frente a las amenazas del mundo plebeyo primero, y del progresismo y el federalismo después. Consistió en una visión autoritaria y centralizada del poder del Estado en general, y del poder ejecutivo y de su brazo administrativo en particular. Más que la separación de poderes propia de todo estado de derecho liberal se habría dado una cierta confusión de poderes, fundamentalmente entre el ejecutivo y el legislativo, y a la par un temprano sometimiento del poder judicial a la lógica administrativa.

El devenir histórico español ha conjugado etapas de intensa politización, junto a otras, caracterizadas por una supuesta apatía, desafección y desencanto. Es sintomático que estas pulsiones coincidieran con demandas de regeneración para superar los vicios políticos y la inmoralidad administrativa, sentidas como auténticas “revoluciones morales”. Se han sucedido diversas coyunturas en las que, de una u otra forma, el cambio ha respondido al deseo de un “buen gobierno”. Episodios como el vivido por el regeneracionismo josefino en 1808, una vez iniciada la guerra de la independencia contra Napoleón, las comisiones de investigación anunciadas en 1854 con el fin de dilucidar las malas prácticas del decenio anterior, el deseo de una sana honra pública nacional en 1868 mientras la reina Isabel II emprendía el exilio una vez

estallada la Revolución Gloriosa, la oleada regeneracionista que tuvo como epicentro el llamado desastre colonial de 1898, la campaña moralizadora utilizada como herramienta de legitimación por Miguel Primo de Rivera entre 1923 y 1924, durante los primeros meses de la dictadura, o incluso las críticas de la derecha al incumplimiento de las promesas regeneracionistas republicanas entre 1931 y 1932.

El mal uso del poder público y el abuso de poder han llevado históricamente a un profundo sentimiento de injusticia y de frustración.¹⁸ Ello nos conduce a pensar en la existencia de una insatisfacción ciudadana ante una gobernanza liberal que ha tratado al conjunto de la sociedad como menor de edad y necesitado de tutela. ¿En qué medida la corrupción y los déficits de confianza en la toma de las decisiones políticas han modulado la calidad de la gobernanza y de la gobernabilidad en la España contemporánea? Entendiendo por gobernanza aquellos procesos de toma de decisiones del legislativo y del ejecutivo, incluyendo las diversas instancias de la administración del Estado, así como el modo cómo las decisiones fueron implementadas. Como ha señalado esta autora, la gobernanza y la promoción del ideal de un buen gobierno, concierne a un amplio abanico de medidas que no se limita solamente a las políticas o medidas anticorrupción.¹⁹

18 Rose-Akerman, Susan y Palifka, Bonnie J., *Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas*, Madrid, Marcial Pons, 2019, 2ª ed.

19 Rose-Ackerman, Susan, “Governance and Corruption”, en B. Lomborg (ed.), *Global Crises, Global Solutions*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 301-362.

17 “Grupo de investigación de estudios políticos, las identidades, las instituciones y la corrupción” (GREPIIC/ Universitat Autònoma de Barcelona).

Veinte años de suciedad

Alfonso PÉREZ MEDINA

Tres y media de la tarde del 31 de enero de 2023. Sede de la Audiencia Nacional en San Fernando de Henares. Acaba de terminar la tercera sesión del noveno juicio contra la trama de corrupción Gürtel, que destapó la financiación en negro del Partido Popular (PP) durante más de dos décadas. En el banquillo de los acusados se sienta Francisco Camps, expresidente de la Generalitat valenciana, que ha presenciado incómodo la declaración del líder de la red, Francisco Correa. Este ha reconocido los amaños de contratos en la Administración valenciana por la amistad de uno de sus lugartenientes, Álvaro Pérez, ‘El Bigotes’, famoso por una conversación en la que confesaba a Camps que le quería “un huevo” mientras él le llamaba “amiguito del alma”.

Ante el asombro y estupor de los presentes, Camps se dirige a Correa y empieza a vociferarle: “¡Hijo de puta, me estás jodiendo la vida!”. El empresario, que lleva años colaborando con la Fiscalía Anticorrupción tras haber sido condenado a 88 años de cárcel, no se arredra y planta cara a su antiguo benefactor. Si no llegan a las manos es porque los acusados, abogados y policías que presencian la escena les separan y tratan de calmar los ánimos. Cuando los periodistas le preguntan a Camps qué ha sucedido, recupera la compostura, se estira las solapas de la chaqueta y les espetta: “Vamos a las cámaras”. El incidente se cuenta en los informativos de televisión, pero no antes del minuto 20 y tampoco ocupa la portada de ningún periódico na-

cional. La decadencia de la España de la corrupción se acompasa ya a la de sus protagonistas.

El noveno juicio contra la red Gürtel continúa y los tribunales todavía tienen mucho trabajo por delante para ajustar las cuentas con los máximos exponentes de un periodo negro para la historia de nuestro país, el que se sucedió desde el final de los años noventa hasta bien entrada la segunda década del siglo XXI y que bien podría denominarse como los “años locos” de la corrupción en España. Sustentado en el urbanismo desaforado que recorrió el territorio nacional de punta a punta y la falta de escrúpulos de una buena parte de la clase política, el país vivió una continua fiesta en la que se saquearon sin recato administraciones, empresas públicas y cajas de ahorro.

Los escándalos se sucedieron en la Cataluña del pujolismo, en la Andalucía de los ERE, en la Galicia de los caciques o en la Comunidad Valenciana de los pelotazos urbanísticos. La corrupción se convirtió en un fenómeno transversal del sistema y su máximo exponente, el rey Juan Carlos, afronta la última etapa de su vida arrojado al exilio por su propio hijo tras haber tenido que reconocer su condición de defraudador fiscal a través de dos regularizaciones fiscales con las que abonó a la Hacienda Pública más de cuatro millones y medio de euros.

La Fiscalía tuvo que hacer encaje de bolillos para archivar las tres diligencias de investigación que abrió por las comisiones

del AVE que supuestamente abonaron las empresas españolas que construyeron entre Medina y La Meca, los pagos en negro que sufragó al antiguo monarca el empresario mexicano Allen Sanginés-Krause y los fondos que guardaba durante décadas en un banco del paraíso fiscal de la isla de Jersey. A pesar de ello, el emérito pasará a la historia como el “rey de las comisiones”, el hombre capaz, según reflejó la investigación del fiscal suizo Yves Bertossa, de cobrar a los adjudicatarios de los contratistas del tren de alta velocidad, por conseguirles el negocio, y a los adjudicadores, por lograrles una rebaja del precio.

Otras integrantes de la Casa Real también han dejado frases para la posteridad que resumen a la perfección esta etapa de nuestra historia democrática. La infanta Cristina fue absuelta en el caso Nóos a base de repetir en el juicio expresiones como “no lo sé”, “no recuerdo” y “no me consta”, utilizadas tan frecuentemente por los acusados en juicios de corrupción que muchos jueces, fiscales y abogados definen ya de forma habitual esta técnica tan recurrente con la expresión “hacerse la infanta”. Su hermana Elena, sin pretenderlo, resumió con una frase la esencia de toda una época cuando explicó por qué se vacunó en Emiratos Árabes Unidos antes de que le llegara su turno en España: “Se nos ofreció y accedimos”.

Los grandes casos judiciales que se han destapado en España en los últimos veinte años arrojan la conclusión de que la corrupción responde a causas profundas y estructurales que, tras un concienzudo análisis de los principales sumarios instruidos por los tribunales españoles, se podrían sintetizar en tres grandes ámbitos: la financiación de los partidos políticos —desde la Filesa del PSOE hasta la caja B del PP, pasando por el *tres per cent* de Convergència Democràtica de Catalunya

(CDC)—, el establecimiento de estructuras clientelares y caciquiles que buscan perpetuar a un determinado grupo en el poder, y la codicia individual de sus protagonistas.

Estas últimas décadas han revelado historias que demuestran la extravagancia, la mezquindad y la miseria en la que se movía una buena parte de la cúpula política que gobernaba en todas las administraciones. Presidentes autonómicos que se creían protegidos por la providencia y que casi acaban a mamporros con sus antiguos protegidos cuando estos declaran ante los tribunales, responsables de diputación que amenazaban con orinar en las sedes de los partidos rivales, alcaldes que reconocían que estaban en política para, literalmente, “tocarse los huevos”. Esa España que todavía luce sus penurias por las salas de vistas era la de los “volquetes de putas”, un país donde las adjudicaciones de contratos públicos se decidían en cacerías, bares o discotecas, a golpe de cubata, y en el que los presuntos corruptos salían de la cárcel crecidos y desafiantes para argüir excusas solo aptas para imbéciles cuando tenían que explicarse ante los tribunales.

La lista de cargos públicos que han pasado y todavía tienen que pasar por el calvario de los tribunales no es pequeña. El vicepresidente del Gobierno de José María Aznar, Rodrigo Rato, padre de aquel “milagro económico” que generó la burbuja inmobiliaria, se enfrenta a setenta años de cárcel por el dudoso origen de su patrimonio y llegó a entrar en prisión por autorizar el uso de las tarjetas *black*, los gastos personales que consejeros de todos los partidos gastaron a su antojo y que se cargaban en una cuenta opaca para el fisco. Junto a él, cumplen sus penas o siguen realizando el paseíllo por los juzgados ministros como Jaime Matas, Eduardo Zaplana, Magdalena Álvarez o Ana Mato, presidentes de comunidades autónomas como Jordi Pujol,

Ignacio González, Manuel Chaves, José Antonio Griñán o Francisco Camps; presidentes de Diputación como Carlos Fabra o Alfonso Rus; diputados, alcaldes, concejales, directores generales, asesores, cargos de confianza...

También ocupan un lugar de privilegio en esta España negra de la corrupción los banqueros que llevaron a las cajas de ahorros al desastre y, aunque las penas que les impusieron fueron bajas y el rescate de Bankia se saldó sin un solo condenado, muchos de sus desmanes quedaron al descubierto. De la misma manera, han sido destapados los sistemas fraudulentos puestos en marcha por los partidos políticos para financiarse ilegalmente, como la famosa caja B del PP que Luis Bárcenas gestionó durante casi veinte años, o para mantenerse en el poder durante décadas, caso del sistema de ERE fraudulentos pergeñado por los gobiernos socialistas de la Junta de Andalucía para acallar el descontento social que trajo la crisis de 2008 y afianzar sus mayorías absolutas.

El análisis de lo que ha pasado en España en las últimas dos décadas podría llevar a la desolación. La corrupción se coló en nuestras vidas y lo invadió todo. Mientras el ciudadano medio sufría el embate de la crisis, perdía su trabajo o se hipotecaba de por vida, se destapaban los pornográficos excesos en los que había vivido una parte de la clase dirigente, desde el rey Juan Carlos hasta una buena parte de la élite política y empresarial que exiliaba sus fortunas a paraísos fiscales y bancos en Suiza para eludir el pago de impuestos.

Los años locos de la burbuja inmobiliaria pusieron de manifiesto también la falta de controles para regular la financiación de los partidos políticos; el saqueo de las cajas de ahorro por parte de Gobiernos autonómicos y los respectivos partidos de la oposición, repartiéndose el pastel a conve-

niencia; el clientelismo de ciertas estructuras que hacían lo que fuera necesario por conservar el poder; o la indiferencia de los medios de comunicación, que participaban de la fiesta económica y, salvo honrosas excepciones, preferían mirar para otro lado.

Pero el hecho de que hoy podamos hacer este análisis y de que sepamos con bastante certidumbre lo que ocurrió durante esos años también incita al optimismo. Si algunas investigaciones llegaron a buen puerto es gracias a la colaboración de quienes, sabiéndose cazados, se arrepintieron y decidieron tirar de la manta. Y también del trabajo ímprobo de los verdaderos "héroes de la Justicia": magistrados, fiscales, agentes de la UDEF o de la UCO, técnicos de la Agencia Tributaria que, con sus modestos sueldos de funcionarios, se fajaron con el batallón de abogados excepcionalmente pagados que suele defender a los corruptos. Y en muchos casos les ganaron. La España democrática está en deuda con todos ellos.

Buenos ejemplos son el juez Pablo Ruz, que investigó la caja B del PP y, finalizada la comisión de servicios por las que ocupaba una plaza en la Audiencia Nacional, acabó en un juzgado de Móstoles; o el inspector de la UDEF que dirigió esa investigación, Manuel Morocho, destinado en una comisaría en Canfranc (Huesca) tras las múltiples trabas que sus superiores en la Policía le pusieron para llevar a cabo su trabajo. O fiscales como Carmen García, que en una declaración del caso Púnica llegó al borde de las lágrimas cuando interrogó a un agente de la Guardia Civil condenado por dar un chivatazo a Francisco Granados durante las fiestas de Valdemoro para advertirle de que estaba en marcha la investigación judicial contra él. "¿Usted trabaja en la UCO? ¿Es consciente de lo que puede suponer para una operación pasar una información y la decepción que puede

suponer para las personas que están trabajando en ella? –le preguntó—. Yo estoy dolida personalmente con todo esto”.

Resulta obvio hoy, en 2023, que en muchas de las investigaciones de corrupción que se han seguido en los últimos años existe una especie de techo de cristal que limita las responsabilidades a un reducido número de personas, con el objetivo último de salvaguardar la vigencia de las instituciones en las que se cometieron los delitos. Los negocios del rey emérito se acotan a su figura para que la Corona salga indemne. La caja B del PP se circunscribe a Bárcenas para que el partido sobreviva a su tesoro. Las prejubilaciones millonarias que se concedieron algunos banqueros fueron su responsabilidad, sin que la entidad deba responder por ellos.

Sin embargo, no se puede ignorar que en estos últimos años los tribunales han investigado, han dictado sentencias y han enviado a prisión a algunos de los responsables de una época nefasta para la historia de España. Cabe la duda de si todo eso ha servido para acabar con la barra libre que existía en el país a principios del siglo XXI, si hemos aprendido algo y si en el futuro se harán las cosas mejor. Haciendo balance de esos años y de las consecuencias que todos aquellos desmanes han tenido, a veces parece cumplirse la máxima lampedusiana de que todo ha cambiado para que todo permanezca igual. Y ello a pesar de que lo judicializado y lo publicado por los medios de comunicación no es más que una parte del iceberg de la corrupción en España. Y que, lamentablemente, muchos seguirán haciendo realidad aquella vieja viñeta en la que un corrupto aparecía dando botes de alegría. “¿Por qué está tan contento?”, preguntaba alguien. “Porque todavía no ha salido lo suyo”.

La justicia, siempre escasa de personal y de medios materiales, ha sido la hermana

pobre de la administración para todos los gobiernos de la democracia, y, probablemente, seguirá siéndolo. A ningún partido político le conviene un sistema judicial potente y eficaz que pueda ventilar los casos judiciales que les afectan con una inmediatez y contundencia que, de forma instantánea, pueda liquidar sus parcelas de poder. La Justicia es lenta porque a nadie le conviene que sea rápida. Cuando los tribunales escriben sus sentencias, los protagonistas de los casos de corrupción suelen encontrarse amortizados y llevan años fuera de la escena política. Las resoluciones judiciales tienen un efecto y un alcance, pero limitado y controlado, quizá con la excepción de la sentencia de la Gürtel, en la que la condena como partícipe a título lucrativo al Partido Popular desencadenó la primera moción de censura exitosa de la democracia. Francisco Camps ya hace muchos años que no preside la Generalitat valenciana y sus invectivas para intentar liderar una eventual candidatura del PP al Ayuntamiento de la capital son tomados a risa en su partido y en todos los demás.

No obstante, aquellos años locos de la “España en la que todo valía”, como el ex-tesorero del PP Luis Bárcenas definió el país en el que se supo mover como pez en el agua, se han saldado en los tribunales con una respuesta que, aunque quizá no haya podido depurar responsabilidades hasta el fondo en todos los casos, sí ha permitido que muchos acusados hayan rendido cuentas y acabado en la cárcel. Algunos intocables han dejado de serlo. La indignación social que estalló en las movilizaciones del 15-M, que llevó a los preferentistas a tomar las calles y que hizo añicos el bipartidismo ha tenido su reflejo en los juzgados.

A pesar del mercadeo y el intercambio de cromos entre conservadores y progresistas que mueve el Consejo General del

Poder Judicial (CGPJ), y la influencia irrefutable que este órgano ejerce en la elección de jueces y magistrados y en su ascenso en la escala judicial, la Justicia española funciona y es perfectamente equiparable a las del resto de democracias de nuestro entorno. Aunque sus integrantes tengan una ideología mayoritariamente conservadora, lo habitual –salvo contadas excepciones– es que sus decisiones se rijan por la estricta aplicación de los principios del Derecho y si se comete alguna desmesura, el sistema de recursos suele estar engrasado para que se

corrija en una instancia superior. Una vez puesto en marcha, el engranaje judicial no se para. Aunque sea con la velocidad de una tortuga y en muchas ocasiones fracase en su objetivo de destapar toda la verdad.

Y lo hace en buena medida gracias a cientos de funcionarios que desempeñan su misión con la única pretensión de ser honestos consigo mismos. Ellos son la cara de la moneda frente a quienes un día se creyeron intocables y hoy arrastran sus patéticos modos pendencieros por las salas de vistas de los juzgados.



Pavo real y flor, c. 400 EC, Siria romana, mosaico, Museo de Arte Kimbell

¿Qué es corrupción? ¿Existe una visión progresista de lo que es corrupción?*

Manuel VILLORIA

Recientemente, la corrupción se ha aceptado públicamente como uno de los retos más relevantes para la humanidad, una situación impensable hace sólo treinta años, cuando la palabra “corrupción” apenas aparecía en los medios de comunicación o en la investigación social. En la actualidad, la reducción de la corrupción se ha convertido en una batalla global para lograr la buena gobernanza y el desarrollo sostenible (Argandoña 2017). Ahora bien ¿tenemos los progresistas y los conservadores la misma idea de lo que es corrupto? Este texto intentará dar respuesta a esta pregunta. Para ello, seguiremos un itinerario que parte de analizar los conceptos de corrupción en lo público, pues no vamos a tratar la corrupción entre privados, y, finalmente, intenta dar respuesta a la pregunta antes mencionada.

I. Corrupción en el sector público

El concepto de corrupción, por sí mismo, ha dado lugar ya a numerosos libros y a innumerables artículos (entre otros, Heidenheimer, 1989; Heidenheimer y Johnston, 2000, 2011). Este concepto puede estudiarse, además, desde diferentes disciplinas. Heidenheimer distingue tres categorías de definiciones, las centradas en el

mercado, las centradas en el servicio público y las centradas en el interés público. En las primeras, que usan un aparato teórico y conceptual propio de la economía, la corrupción es un negocio más, ilegal, sí, pero un negocio en el que hay un actor racional que busca maximizar ganancias usando su posición y poder, un actor que tiene estrategias para alcanzar el punto de máximo beneficio en la curva de demanda de la ciudadanía (Van Klaveren, 1989, pp. 25-6).

Otra variante de estas definiciones fundadas en teoría económica se basa en la teoría del principal-agente, en estas definiciones la corrupción es vista como el abuso por parte del agente (funcionario o gerente de una empresa) de la posición que le encarga ocupar el principal (ciudadanía o accionistas), un abuso en el que se incumple la obligación fiduciaria de velar por el interés del principal en todas las acciones, poniendo por delante el interés propio del agente. Para algunos autores, el sector público es muy propicio a este tipo de abusos, pues es difícil controlar la acción de los políticos y funcionarios, sobre todo en un contexto político en el que se expande la acción gubernamental; así, Banfield (1975) considera que la corrupción es un rasgo típico de las organizaciones gubernamentales, pues el agente está dotado de un enorme conjunto de privilegios que le permiten abusar de su posición con respecto al principal. Otros, ven en la propia estructura de actuación gubernamental

* Este artículo se basa en un previo publicado en el libro “La corrupción. Lecturas desde el pensamiento político contemporáneo”, ed. Isabel Wences, Comares, 2022.

en la economía un conjunto de incentivos para el surgimiento de “buscadores de rentas”, es decir empresarios que tienen como estrategia de éxito las relaciones con los políticos y funcionarios, los cuales adoptarían decisiones favorables a estos “buscadores” a cambio de financiación para sus campañas o actividades privadas (Tullock, 1993). En definitiva, las políticas públicas tienden a tener un componente sesgado (frente al interés general) debido a las actividades extralegales de individuos y grupos para ganar influencia especial sobre la burocracia y los parlamentos.

Las estrategias que se derivan de este tipo de definiciones son de dos tipos, por una parte, aquellas que consideran que la corrupción sería consecuencia, dados los postulados antes establecidos, de una ausencia de mecanismos de control e incentivos suficientes para evitarla. El camino para reducir su impacto sería, así pues, mejores controles internos (desincentivos) e incentivos mejor diseñados. De acuerdo con Klitgaard (1988) la corrupción implica un abuso de poder para beneficio privado que se produce con seguridad cuando se genera su ecuación: $M+D-C$. Según su famosa fórmula, la corrupción florece donde se le otorgan poderes monopolísticos en la toma de decisiones a un servidor público (M) y, además, se le garantiza una alta discrecionalidad en el uso del poder (D), sin que existan mecanismos de control y rendición de cuentas adecuados (C). Para explicarse la corrupción urbanística en España este esquema de Klitgaard, unido a otros elementos ha sido muy útil. En concreto, la confluencia de un modelo de gobierno local de alcalde fuerte –con monopolio en la toma de decisiones importantes y alta discrecionalidad, sobre todo cuando podía firmar convenios urbanísticos–, un sistema local de integridad complejo pero mal diseñado, la prevalencia de determina-

das reglas e instituciones informales como el clientelismo y, por último, los incentivos perversos generados por la financiación ilegal de los partidos (García Quesada *et al.*, 2013) han generado un verdadero problema de corrupción expandida que ha dañado enormemente a la economía y el entorno medioambiental en España. Luchar contra la corrupción implica reducir el monopolio y la discrecionalidad y fomentar los controles.

Las otras serían aquellas que proponen una reducción significativa de la actuación pública, pues con ello se reducen las posibilidades de corrupción intrínsecas al propio sector público (Rose-Ackerman, 1978), máxime cuando el “principal” muchas veces no tiene principios y fomenta también la corrupción. Ambas teorías no son contradictorias, sino que pueden actuar en paralelo, con mayor o menor énfasis en una u otra según las circunstancias. En su conjunto, estas definiciones tienden a explicar una realidad política con teorías económicas y priorizan la explicación individual de la corrupción, la cual sería un acto individual de búsqueda de riqueza que daña al buen funcionamiento del mercado, por lo que hay que evitarlo. Cuando los autores que asumen estas ideas elevan la explicación a términos más sistémicos, la conclusión es, a menudo, la necesaria reducción de intromisión política en el mundo del mercado y, en definitiva, menos Estado.

La visión centrada en el servicio público considera la corrupción desde el ejercicio del cargo público y los deberes jurídicos que se derivan del mismo. En suma, se trataría de un abuso del poder fiduciariamente entregado, por parte de servidores públicos, para beneficio privado, directo o indirecto, con incumplimiento de las normas que rigen el funcionamiento honesto del servicio público. Según Bayley (1989),

corrupción es el abuso de autoridad por razones de beneficio particular no necesariamente monetario. En una visión general del fenómeno, corrupción (pública) sería toda acción tomada por un empleado público en el ejercicio de su cargo, que se desviara de las obligaciones jurídicamente establecidas para el mismo por razones de interés privado –familiar, personal, de clique...–, con beneficios pecuniarios o de status. O, también, cualquier violación de las normas contra el uso abusivo de cargo público en beneficio privado (Nye, 1989). Pero sería también corrupción la acción del corruptor, no solamente la del corrupto, de ahí que en la moderna definición de soborno la culpa sea tanto del que ofrece como del que recibe. Este enfoque de la corrupción está dominado por la visión jurídica del fenómeno. A favor de este tipo de conceptos de corrupción hay, al menos, dos tipos de argumentos. El primero, que son los únicos que permiten poner en marcha la maquinaria de la sanción estatal, y de la cooperación sancionadora internacional, y, por ello, son los más eficaces en la lucha contra la corrupción. El segundo, que delimitan claramente lo que se puede y no se puede hacer, estableciendo los criterios morales mínimos que todos deben seguir. Sin estas definiciones, todo sería posible y el relativismo paralizante dominaría todo el debate. En contra, es preciso decir que estas definiciones son demasiado estrechas y dejan fuera situaciones dignas de rechazo moral, acciones que, aunque no entran en categorías jurídicamente penalizadas, atentan contra la legitimidad de los regímenes políticos y pueden producir cambios sustanciales a medio o largo plazo en los mismos (Heidenheimer, 1989). Así, puede que, como ocurre en numerosos países, la financiación privada y sin límite de los partidos no sea ilegal, y sin embargo sea una actividad corrupta y claramente

dañina para el régimen democrático. En general, el problema con esta definición es que deja fuera muchas prácticas situadas en los límites de la corrupción y que, desde luego, no son éticas de acuerdo con los criterios morales mayoritarios en las democracias actuales, como la captura de políticas.

A continuación, analizaremos las definiciones de origen politológico, centradas en el interés general. Para Friedrich (1989), la corrupción existe cuando un responsable de un puesto público, con unas funciones y atribuciones definidas, es, por medios monetarios o de otra naturaleza, inducido a traicionar sus deberes y a actuar favoreciendo a quien proporciona el beneficio y, por ello, dañando al público y a sus intereses. Esta definición podría incluir toda ley, política pública o programa que se adopta o implanta considerando los intereses de solo una parte afectada, dados los beneficios extras que esta parte puede proporcionar a los políticos o empleados públicos responsables de la decisión. O, incluso, toda acción o inacción tomada en el sentido de influir interesadamente a favor de una política pública dominada por tal interés privado, sin consideración de los efectos perjudiciales que tal acción pueda provocar sobre el interés común, a cambio de recompensas económicas o de otra índole para el partido o sus dirigentes. Es cierto que la idea de interés general es muy ambigua. Por ejemplo, para un neoliberal podría estar en concordancia con el interés general defender los intereses de grandes empresas, aunque ello implicara sacrificar derechos laborales de los trabajadores, en la creencia de que a largo plazo los intereses del mercado son los intereses de la comunidad. Pero la corrupción estaría en favorecer a alguna de las grandes empresas o a algún sector empresarial por haber

financiado al partido o por ayudarle mediáticamente a ganar elecciones, o por tener conexiones personales la dirección del partido con la dirección de dicha empresa o grupos de empresas. En ese caso, el mercado es también dañado, pues el mercado se funda en la justa competencia y la quiebra de tal principio es una traición al propio mercado y, con ello, al interés general. En general, un factor que diferencia una actividad política corrupta de la que no lo es, en este marco conceptual, es el factor “quid pro quo”, es decir, el otorgar algo a cambio de algo de manera oculta, fuera de los cauces normales de negociación y compromiso, y sin publicidad (Kjellberg, 2000). La idea que late detrás de esta concepción está en la conexión del concepto de buen gobierno con el de búsqueda del interés general y en la necesidad de justificar las decisiones en torno a esa búsqueda. El “buen gobierno”, así pues, no consiste en favorecer a los que votaron al gobierno, ni en llevar adelante un programa indefectiblemente, sino en procurar, siendo coherentes en lo posible con el programa, tomar decisiones que beneficien a la comunidad en su conjunto considerando el contexto. Ello implica una voluntad de objetividad e imparcialidad, de forma que se consideren los intereses de todos los afectados antes de tomar una u otra decisión. La corrupción, en consecuencia, puede realizarse actuando legalmente, pues cumpliendo la ley, o a través de la propia ley, se puede perfectamente actuar buscando el interés privado y beneficiar a un sector social frente a la comunidad en su conjunto, a cambio de algún tipo de beneficio económico, mediático, electoral...

Siguiendo esta línea de razonamiento, se pueden considerar corruptas aquellas acciones u omisiones que tienen que ver con el uso abusivo de los recursos públi-

cos para beneficios privados, a través de transacciones clandestinas que implican la violación de algún modelo de comportamiento (Della Porta y Vanucci, 2002, p. 86). En esta definición se deja abierto de qué recursos públicos se trata, pues efectivamente la corrupción no implica necesariamente toma de decisiones favorables sobre concursos o licencias, también puede usarse la información para favorecer al corruptor, o la sanción a competidores del indebidamente favorecido. En suma, lo que el corruptor busca son dos tipos de beneficios: influencia sobre decisiones y/o información confidencial que le sitúen en una situación de ventaja ilícita sobre sus competidores. Los beneficios privados para el corrupto son también muy amplios, pueden consistir en dinero, pero también en regalos no monetarios, y, últimamente, ha adquirido importancia el buen trato en los medios de comunicación afines al corruptor. Esos beneficios privados pueden ir directamente al patrimonio del corrupto, pero también pueden ser usados para campañas electorales, incluso pueden ir destinados al partido directamente, sin beneficio directo para el corrupto. Asimismo, es muy importante considerar que la inacción puede ser corrupta; por ejemplo, cuando se conoce una infracción o un incumplimiento y no se actúa contra el infractor por intereses políticos, electorales o de otro tipo. O cuando debería modificarse una norma o una situación de privilegio competitivo que está dañando claramente el interés general y no se hace nada por el apoyo que el grupo privilegiado otorga al decisor. Finalmente, incluso decisiones que no causen daño a la Hacienda pública pueden ser plenamente corruptas si se abusa del poder para beneficiar a unos actores frente a otros, recibiendo el correspondiente beneficio. Por ejemplo, se puede otorgar un contrato a la empresa

que realmente es la mejor y que puede hacer de la forma más eficiente el trabajo, pero exigirle un cohecho para otorgarle el contrato. El daño al interés general en este caso es simbólico, pues daña la reputación del sistema.

Para finalizar este epígrafe, creemos muy interesante la clasificación de Von Alemann (2004) en cinco tipos diferentes de comprensión del fenómeno: corrupción como declive social, como lógica de intercambio, como conducta desviada, como un sistema que permite medir percepciones y como política en la sombra. De sus cinco tipos tomamos el primero pues nos ayudará a entender mejor posteriormente qué se entiende por corrupción desde una perspectiva progresista. Los otros cuatro pueden integrarse en las definiciones previas. En la Antigüedad, la corrupción estaba vinculada, en gran medida, a la pérdida de integridad y de virtud moral. Sobre todo, tenía que ver con la natural tendencia de toda forma de gobierno a ir perdiendo su vigor hasta convertirse en otra diferente. “El temor a la decrepitud política se encuentra en las obras de escritores antiguos como Platón, Aristóteles, Polibio, Tucídides, Tácito, Epicteto y Séneca. En estos relatos, la corrupción era la causa y el efecto de la agresiva construcción del Imperio, el hedonismo (sobre todo el lujo), la desigualdad material y la profesionalización cívica, especialmente de las funciones militares” (Buchan y Hill, 2014: 10). Ello no quiere decir que no se considerara también la corrupción como degeneración individual por parte de los servidores públicos. La corrupción es un proceso que destruye el juicio independiente de una persona; esta corrupción del juicio lleva a una persona a abusar de su función pública para obtener beneficios privados. En consecuencia, como indica Platón, una persona cuya in-

dependencia no puede ser destruida no puede ser sobornada y, por tanto, es *adiaphthorōs* (Harvey, 1985: 105). Desde hace más de 3500 años se encuentran normas contra la corrupción de los magistrados públicos y la sofisticación de algunos de los sistemas antiguos para evitar la corrupción son ciertamente sorprendentes. Pero para nuestro texto creemos esencial dos elementos de toda esta construcción intelectual de la antigüedad sobre la corrupción del régimen. Ambos están ya en Aristóteles y otros pensadores clásicos, como Cicerón, y son los siguientes. Primero, la importancia de la estabilidad política, la cual entra en riesgo cuando los responsables del régimen son dominados por el ansia de poder y riqueza generando un poder arbitrario. De ahí la importancia de los regímenes mixtos, donde los diferentes componentes se controlan mutuamente. El segundo, el riesgo de la desigualdad. Para muchos pensadores clásicos, las desigualdades económicas y sociales eran contrarias a la libertad y las repúblicas estables. Platón (c.427-c.347 a.C.) criticó el culto sin sentido a la riqueza material, argumentando que conduciría al abuso, la corrupción y el eventual derrocamiento del Estado por parte de los pobres indigentes. Aristóteles afirmó que los mejores estados estaban dominados por una gran clase media; esta clase media reducía la rivalidad entre clases y, por tanto, fomentaba el orden y la libertad. Por el contrario, un Estado caracterizado por la polarización de la riqueza estaba plagado de conflicto y era propenso a la tiranía. Las discrepancias de riqueza restringían la libertad y suprimían la virtud porque los ricos se preocupaban por atesorar más y más dinero, mientras que los pobres carecían de los medios para defender su propia libertad o la de la república (Buchan y Hill, 2014: 25 y ss.).

II. La corrupción desde el pensamiento progresista

Una vez aclarados los conceptos con los que vamos a trabajar, procedamos a desarrollar el argumento esencial de este texto. Para ello, comenzaremos con la actualización y adaptación del concepto de corrupción usado en la antigüedad a la realidad actual. La corrupción en sentido amplio sería la perversión de los principios bajo los cuales un sistema político funciona (Kuhner, 2016). Esta perversión tiene dos dimensiones, la primera tiene que ver con la falta de autonomía del sistema político para poder cumplir su misión. En definitiva, consiste en la propia corrupción de la política, que deja de cumplir su misión para ponerse al servicio de los intereses económicos de una parte de la sociedad. La segunda conecta ya con el abandono de los principios que sostienen el régimen y le dan coherencia. Veamos ambas dimensiones.

4.1. La corrupción de la política

El propio concepto de política es muy complejo, admitiendo distintas concepciones. Siguiendo a Philp (1997), la política se distingue de las relaciones comunales, las cuales están basadas en relaciones familiares y grupales y son generadoras de solidaridad espontánea; en estas relaciones la pertenencia es fruto de circunstancias “naturales”, no de actuaciones voluntarias, y las relaciones de intercambio están regidas por pautas simbólicas, tradiciones y reglas de estatus, estima y confianza. La conformidad, la estabilidad, el respeto y la jerarquía son bienes esenciales en estas relaciones. Si alguien viola estas reglas la sanción es el aislamiento y la propia vergüenza social. También se distingue del mercado, dado que éste se

caracteriza teóricamente por la existencia de agentes autónomos e iguales que, buscando maximizar sus beneficios, entran en relaciones de intercambio económico. En él no hay liderazgo, no hay acción colectiva, las relaciones son instrumentales y no hay solidaridad, ni lazos afectivos. Pero debe haber igualdad entre los agentes e información distribuida homogéneamente. Si se quiebra la igualdad, se falsean las cuentas o existe información privilegiada, el mercado resulta dañado y sus agentes pierden confianza en el mismo. Y, finalmente, la política se diferencia de las relaciones entre patrón y cliente. El clientelismo es asimétrico, basado en la desigualdad de poder; tiende a ser permanente y a extenderse en red; se sitúa fuera de los cauces de la moralidad proclamada oficialmente en la sociedad en la que se desarrolla, aunque puede no actuar ilegalmente (Caciagli, 1996). Cuando el Estado falla, o cuando la descentralización es defectuosa y el poder central no llega a determinadas partes del territorio, entonces surgen los patrones, los cuales aseguran a sus clientes un acceso a determinados servicios que aquéllos, por sí mismos, no podrían alcanzar; en contraprestación, estas personas sirven al patrón y le apoyan políticamente. El bien esencial aquí es la fidelidad y la estabilidad jerárquica.

Pero la política es diferente a todas estas formas de relación social. Siguiendo a Vallés (2000), la política son acciones o prácticas que realizan las personas para regular los conflictos sociales y cuyo resultado son decisiones obligatorias incluso por la fuerza para la comunidad. Si imaginamos una comunidad mínimamente compleja sin política nos daremos rápidamente cuenta de la razón de ser de la política. En esa comunidad surgen intereses diversos, visiones diferentes del interés común, necesidades distintas y, como consecuencia de ello, con-

flictos. Sin política, esos conflictos llevan inevitablemente a una guerra de todos contra todos. La política tiene su fundamento en la existencia de sujetos que se reconocen autónomos, iguales y libres pero que saben que viven juntos; y su praxis se expresa en aquellas actividades humanas en las que existe un propósito común: seguridad, bienestar, justicia. Es de la interacción de sujetos que asumen la existencia de ideas e intereses diversos que deben conjugarse a través del diálogo y no de la violencia o la manipulación de donde surge la política (Arendt, 1998). Los miembros de la comunidad política no se relacionan transacción a transacción, negocio a negocio, sino que mantienen una permanente relación de comunidad, pero, a su vez, esta relación no se fundamenta en relaciones familiares o solidarias, sino de ciudadanía. Tampoco se fundamenta la relación en intercambios particularistas, privilegiados, con el patrón, sino en la asunción y el cumplimiento de unas reglas universales y comunes, obligatorias para todos, en unas leyes. La corrupción política, con estas premisas, implicaría la ausencia de participación efectiva, la supremacía del interés particular en la esfera de las decisiones públicas y, con ello, al final, el ejercicio de la autoridad para el bien de unos pocos (Mendilow, 2012).

Sería erróneo creer que la política se puede ejercer sin poder. "Politics is who gets what, when, how" nos indicaba Laswell (1936). La política implica acciones e interacciones para alcanzar, mantener y expandir el poder (Thompson, 2001), el poder que permite el control de las instituciones políticas, desde donde se decide con autoridad e, incluso, con violencia legítima. Pero la política va más allá del poder por el poder, tiene una dimensión funcional, sirve para algo: para resolver conflictos sociales. Y, más aún, se guía por un principio implícito: la superación de los

juegos de suma cero y, con ello, la búsqueda de un interés común para una colectividad compleja. Si quien toma decisiones políticas lo hace tan solo pensando en el poder, construirá relaciones clientelares y usará patrimonialmente las instituciones estatales, pero no hará verdadera política. Si quien tiene el poder político toma decisiones buscando únicamente su enriquecimiento, introducirá el interés egoísta propio en la política y sacrificará el interés común. Si el sistema político permite que quienes tienen el poder económico también tengan el poder político y lo usen en su beneficio para seguirse enriqueciendo, la política perderá su razón de ser como espacio de deliberación y negociación compleja, y no de mero intercambio de bienes. Si las relaciones familiares o las lealtades personales dominan las decisiones políticas entonces la política dejará de poder resolver conflictos sociales, cuya superación exige imparcialidad y justicia. Todos estos son ejemplos de corrupción política, ejemplos de cómo, más allá de las leyes y de las fronteras, la política se corrompe y deja de cumplir el papel que funcionalmente debe ocupar, perdiendo su bien interno (McIntyre, 1984) y la razón de ser de su existencia legítima. Para lograr fines benéficos para la sociedad, ha sido precisa una forma de hacer política y una forma de ejercer el poder: aquella que busca el bien común a largo plazo (Burke, 2009: 363), que promueve la cooperación y evita que las decisiones se conviertan en un continuo de conflictos mutuamente destructivos. En última instancia, de lo que estamos hablando es de la existencia de unas metafóricas líneas de separación entre la política normativamente considerada y la economía o las relaciones comunales/particulares. Y la corrupción política consistiría, así pues, en permitir que los intereses económicos particulares o las redes comu-

nales determinen las decisiones políticas. Ciertamente, ni los gobernantes, ni los ciudadanos podemos saber a priori qué es el interés general, igual que la mayoría de las veces no sabemos cuáles son las preferencias ciudadanas reales (Mackie, 2004), pero lo que sí podemos saber es si existe un interés privado que guía la acción política y un aprovechamiento privado del poder concedido en fideicomiso, sí podemos saber si se nos ha escuchado en la configuración de la decisión colectiva, si nuestros intereses y necesidades han sido tomados en cuenta, si el procedimiento ha sido justo.

La concepción progresista de la política recoge en lo esencial las tesis que hemos recogido. En primer lugar, el ser humano es ser social y en la sociedad alcanza sus máximas posibilidades, no aislado atomísticamente. Este ser humano es igual en lo esencial a todos los demás. La garantía y promoción de la igualdad y de la libertad del ser humano es esencial para la acción política y para la actividad estatal. No hay libertad real sin igualdad y no hay igualdad real sin libertad. Es preciso promover la naturaleza cooperativa y comunitaria del ser humano, y garantizar la igualdad y libertad, para que la política alcance toda su potencialidad en la vida humana. Por ello, la política no es una mera lucha por el poder, sino que debe tener un sentido emancipador y de promoción de la justicia. Pero esta emancipación tiene que ser producto de la propia interacción y comunicación humana, partiendo del reconocimiento de la pluralidad y de la confianza en el poder de los buenos argumentos. El socialismo marxista es antipolítico, cree en unos fines predeterminados por la evolución histórica, en unas verdades que no deben discutirse, que pueden imponerse dictatorialmente. El progresista cree que la política es ejercicio de la libertad y permite la expresión real de la libertad. Pero la libertad no es la

libertad del estado de naturaleza, sino la dependencia respecto a leyes no arbitrarias, válidas para todos y generadas entre todos (Viroli, 2000). Por esta razón, asume ideales republicanos de participación e implicación en la búsqueda del bien común. En suma, entiende la política como “la actividad mediante la cual se concilian intereses divergentes dentro de una unidad de gobierno determinada, otorgándoles una parcela de poder proporcional a su importancia para el bienestar y la supervivencia del conjunto de la comunidad” (Crick, 2001, p. 22). Y frente al avance de la economía, como expresión de las nuevas ideologías tecnológicas, podríamos decir, de nuevo con Crick, que la economía es ciertamente una ciencia, pero “sólo en el importante sentido de que puede indicarnos el coste de cada demanda social, calculado en términos de las otras demandas que obliga a desoír. Lo que no puede hacer es decidir la legitimidad de las demandas, ni siquiera de las que sean económicamente restrictivas o disparates económicos” (Crick, 2001, p. 122).

La corrupción de la política parte de situarla al servicio de la economía, y, más en concreto, de intereses económicos determinados, eliminando su vocación de interés general, reduciendo su amplitud y su libertad, haciendo de los seres humanos seres centrados en su interés individual y desgajados de la búsqueda colectiva del interés común. La causa de esta corrupción está en una corrosión del carácter de los políticos, pero también de la ciudadanía, la pérdida de valores cívicos, el desarrollo del individualismo, el particularismo y el mercantilismo. La lucha contra esta corrupción no puede ser sino política y educativa. Política, a través de la argumentación, y la consolidación de valores republicanos y comunitarios. Educativa, mediante la educación en valores cívicos y en cómo ejercer una ciudadanía responsable.

4.2. La corrupción del régimen

Como indicamos previamente, partimos de que el régimen que nos muestra los elementos comunes y razonables de un buen gobierno sería la democracia. Obviamente, dentro de la democracia liberal puede haber prioridades axiológicas diferentes, políticas y programas diversos, intereses divergentes. Pero existen unos elementos comunes que, si se sacrifican en la acción política, corrompen el régimen y, finalmente, lo destruyen. Según Dahl (1989), la democracia parte de un principio nuclear, el de que todos los miembros de la comunidad política deben ser tratados -bajo la Constitución- como si estuvieran igualmente cualificados para participar en el proceso de toma de decisiones sobre las políticas que vaya a seguir la asociación. A partir de ahí, surgen unos principios de desarrollo para formar una democracia como ideal, estos son:

a) Principio de la consideración igualitaria de los intereses, que implica que para que sea posible considerar de forma igualitaria los intereses de cada individuo en un proceso de adopción de decisiones colectivas, estos “deben ser equitativamente tratados y deben ser divulgados los intereses de la totalidad de las personas involucradas en tales decisiones”. Subyacente a este principio está presente la idea de la satisfacción de los intereses ciudadanos como criterio de gobierno y la ineludible *accountability* de los poderes públicos. Esta “responsividad” genera la posibilidad real de que los ciudadanos puedan influir en el gobierno. b) Principio de igualdad intrínseca, que supone la asunción de que los seres humanos son esencialmente iguales en lo fundamental. Siguiendo a Rawls y su teoría de la justicia (2005), Dahl asumirá la igualdad intrínseca del ser humano, consistente en aceptar que cada individuo po-

see la capacidad de concebir una idea del bien y un sentido de la Justicia a través del uso de la razón práctica. De ahí se deriva la necesidad de respetar los derechos humanos y construir un Estado de Derecho fuerte. c) Principio categórico de la igualdad, que postula que todos y cada uno de los ciudadanos están cualificados para autogobernarse. Es decir, la democracia exige que, para tomar decisiones colectivas, sea necesario un proceso de adopción de estas que realice en la práctica dicho principio de igualdad. La democracia debe maximizar las oportunidades de autogobierno de los individuos. Esto implica que los individuos deben poder participar y que el resultado de sus decisiones debe ser asumido como ley. Esto genera, a su vez, para los ciudadanos, el deber de participar y obedecer las leyes que ellos mismos eligen. Estas ideas conectan con la importancia de las elecciones libres y justas y los mecanismos de participación ciudadana directa. d) Presunción de la autonomía personal o principio de la autonomía moral; que es la creencia en la capacidad de cada uno de analizarse a sí mismo y revisar los propios fines, la capacidad de decisión sobre los propios principios morales mediante un proceso de reflexión y deliberación. La autonomía o autodeterminación debe ser complementada con el principio de la autonomía personal formulada, de nuevo, en clave utilitarista: cada individuo debe ser considerado como el mejor juez de sus propios intereses. De este principio se deriva el necesario respeto a las libertades públicas y la competición electoral.

Estas ideas se intentaron operativizar para poder generar mecanismos de análisis empírico sobre la calidad de la democracia. En esa línea, Diamond y Morlino (2004) generaron una teoría sobre la calidad democrática que resumimos en su esencia; estos autores consideran que los tres principios

clave en los que se sustenta la democracia son la soberanía popular, la igualdad política y las libertades civiles y políticas. A partir de ahí surgen ocho dimensiones de la calidad: libertades, Estado de derecho, vertical accountability (elecciones libres y justas), responsividad, igualdad, participación, competición y horizontal accountability (que incluye sólidos controles horizontales sobre la labor del ejecutivo). Con esto en mente podríamos analizar múltiples actividades que caerían en la categoría de corruptas por atentar contra alguno de los tres principios esenciales de la democracia y desnaturalizar las diversas dimensiones de esta. Así, es corrupta una acción política que traiciona la soberanía popular. Esta soberanía popular exige elecciones libres y justas, exige participación, exige responsividad. El fraude electoral sería, por ello, corrupción; ya sea a través de la compra de votos o mediante mecanismos de financiación corruptos.

Entrando en este complejo tema de la financiación, hay múltiples modalidades de financiación corrupta; corrupta pues atenta contra la justicia y limpieza de las elecciones. Un ejemplo es la “financiación de captura”, que se refiere a supuestos en los que, a través de la financiación, sea legal o ilegal, se capturan puestos relevantes, políticas o decisiones gubernamentales. En ella se acepta la financiación como un pago anticipado por la toma de decisiones que favorecerán a los contribuyentes/financiadores del partido. Otro supuesto es “la financiación ventajista”. Supuesto en el que, incumpliendo o abusando de las lagunas de la normativa, se busca una situación de ventaja competitiva no equitativa con respecto al resto de candidatos o partidos. En suma, se busca que el resto de los partidos cumplan y el propio no, consiguiendo, de esa forma, unas ventajas o unos ingresos que los otros no tienen y

que lo hacen más competitivo. Aquí podríamos incluir: 1. La aceptación de pagos provenientes del delito. Esta situación se produce tanto si se aceptan fondos del crimen organizado, como del terrorismo o de traficantes de armas. 2. Gastos ilegales en campaña. Aquí se incluirían actividades como la compra de votos, o la compra de favores de los órganos electorales, o la propia actividad clientelista de “acarreo” al lugar del voto y promesas de empleos interinos en la Administración, etc. 3. El abuso de los recursos estatales. Tanto las infraestructuras, como el personal y la información de la Administración pueden ser usados por los gobernantes en beneficio de su propia campaña. Un supuesto típico es el de la propaganda partidista bajo el velo de la publicidad institucional. Finalmente, la corrupción más grave en este ámbito sería la “financiación coercitiva”. En este caso, la financiación se obtiene a través de la extorsión y/o la amenaza. Los progresistas tienen muy claro que la equidad en el combate electoral es esencial para poder llevar adelante sus propuestas y poder alcanzar el triunfo electoral. De ahí la importancia de generar toda una serie de normas de financiación de partidos y elecciones que eviten que los intereses económicos capturen e introduzcan vetos, ya desde el principio, en las agendas políticas y, después, generen asimetrías en el acceso a fondos para sostener las campañas o el funcionamiento ordinario de los partidos (para más detalle sobre este tema me remito a Villoria, 2006).

Pero también implicaría corrupción la ausencia de respuesta a las demandas ciudadanas y el bloqueo de mecanismos de participación ciudadana efectiva en la formulación y gestión de políticas. Para explicarnos este problema en toda su crudeza es preciso dar un salto sistémico y entender la tensión entre el propio sistema

capitalista y la democracia. La ambigüedad inherente al nexo capitalismo-democracia está en el origen de esta tensión entre voto popular y lógica del sistema de mercado. Por un lado, existe la correlación entre la libertad económica (mercado) y la libertad política (democracia liberal); por otro lado, está la contraposición entre la apropiación privada (sancionada por el poder empresarial) y los objetivos sociales (“la voluntad del pueblo”). Para dar cabida a ambos aspectos (libertad económica y política: poder privado y el poder público) el comportamiento político “normal” requiere una “colusión” entre el capitalismo y la democracia para que el sistema funcione. Es decir, los políticos tienen que tomar decisiones que permitan que la economía funcione, que los inversores inviertan, que los propietarios mantengan la confianza, que la rentabilidad sea clara. Más aún, para no perder las elecciones la economía tiene que generar riqueza o, al menos, no caer en bancarota, y para que genere riqueza un político debe considerar los intereses de los empresarios y grandes corporaciones, y auxiliarles en la competencia global. Pero esto atenta muy a menudo contra los intereses de la mayoría, y, desde luego, contradice lo que votaría o vota la ciudadanía. La “corrupción”, desde esta perspectiva, representa la percepción normativa del “exceso” capitalista: la culminación del proceso sistémico de colusión entre las élites económicas y políticas que, en contra de la teoría democrática, tiene como resultado la “reconfusión” de las esferas pública y privada (Girling, 1997: ver prefacio y p. 1 y ss.). De esta colusión surgen los riesgos de corrupción. Que se consolidan cuando no existe un marco de valores social que lo dificulta ni una integridad en los dirigentes que lo bloquea. La corrupción no es un problema de “manzanas podridas”, es un problema sistémico que sólo puede ser

contenido con la honestidad de los políticos, el capital social y la imparcialidad de la Administración.

Las transferencias de riqueza del Estado al sector privado, las de riqueza del trabajo al capital y las leyes fiscales favorables a la concentración de la riqueza requieren que las facetas participativa y representativa de la democracia se mantengan bajo control (Kuhner, 2016). La globalización económica basada en la financiarización, endeudamiento y especulación continua es incompatible con la calidad democrática. Es incompatible con la soberanía popular porque las decisiones económicas esenciales para cualquier país no están controladas por sus votantes, estos ni controlan realmente la agenda del gobierno, ni controlan la agenda del sistema (Dahl, 1999), pueden votar lo que deseen, pero la realidad gubernamental será, sobre todo en la política económica y social, la que decidan los grandes organismos prestatarios, los propietarios de los grandes fondos de inversión y, en definitiva, la lógica del mercado global. Una economía basada en el endeudamiento hace imposible a los gobiernos trabajar con autonomía, son actores dominados por los intereses de las elites financieras globales (Lazzarato, 2013; López Garrido, 2014). Este tipo de situaciones está generando problemas de legitimación política y, sobre todo, el desarrollo de espacios de desafección muy extendidos entre la ciudadanía. La sensación de falta de representación –“no nos representan”– abre el camino al desarrollo de propuestas populistas que constituyen un riesgo para el régimen democrático. En todo caso, la corrupción, en estos supuestos, no estaría tanto en tomar decisiones guiadas por presiones internacionales a favor, por ejemplo, de la austeridad, sino en la manipulación, el secretismo y el engaño, la ocultación de datos, la no explicación y

justificación. Y, desde luego, sería corrupto todo lo que se deriva de este poder sin controles, el uso de fondos públicos para refinanciar bancos sin compromisos de devolución ni control del salario de sus directivos, la captura de leyes, decisiones clave, instituciones de control por el poder económico bien organizado, etc. En resumen, si la democracia quiere tener un sentido y un apoyo popular continuado debe reafirmar sus principios incluso contra el mercado; la soberanía y la libertad política no pueden sacrificarse en el altar de los intereses financieros o de los grandes lobbies (Kuhner, 2016).

Con respecto a los derechos humanos, la corrupción es uno de los factores más dañinos para la realización efectiva de esos derechos. Un país plagado de corrupción no puede garantizar efectivamente los derechos humanos. La conexión entre corrupción y falta de respeto a los derechos humanos debe ser uno de los elementos que más preocupe a cualquier progresista. Unos derechos que no sólo deben ser reconocidos en las leyes, sino que deben ser vividos en la práctica y que deben configurar la armazón de un auténtico desarrollo humano (Sen, 1999). La corrupción, tanto individual como de régimen atenta gravemente contra los derechos humanos. Esencialmente porque establece un sistema de discriminación permanente entre los privilegiados y el resto; también, porque impide la eficaz prestación de servicios públicos esenciales para hacer efectivos derechos fundamentales. La corrupción atenta contra el derecho a no ser discriminado por las autoridades, el derecho a no tener que pagar sobornos por lo que deberían ser servicios públicos gratuitos y el derecho a ser tratado con “igual preocupación y respeto” por parte de los tribunales. Además, para las personas que no reciben la atención sanitaria a la que

tienen derecho, porque no pueden pagar los sobornos que exigen los médicos, la corrupción puede poner en peligro su vida. Lo mismo puede ocurrir con los ciudadanos que no reciben protección de la policía porque no pertenecen al grupo “correcto” (Rothstein y Varraich, 2017: 58 y ss). La corrupción en el ámbito educativo impide la formación y preparación adecuada de las personas para acceder a empleos y para poder construir las capacidades que les permitirán ser libres (Sen, 2009). En suma, la democracia que permite que la corrupción penetre sistémicamente en los niveles políticos y administrativos está destruyendo sus principios fundacionales.

En cuanto a la igualdad política, sabemos que es un concepto amplio y que es prácticamente imposible que se dé en la vida real en todas sus posibles dimensiones. Pero al tiempo que sabemos esto, somos conscientes de que su eliminación de la vida democrática implicaría la demolición del propio régimen. La igualdad política requiere para su realización que las desigualdades económicas y, sobre todo, la pobreza, sean controladas y a ser posible reducidas a mínimos insoslayables. Donde existen amplias desigualdades es mucho más fácil que se produzca la compra de votos, el clientelismo y la captura del Estado por los más ricos (You, 2015; Rothstein y Uslaner, 2005). Esto reduce peligrosamente la calidad democrática. También demanda que, en la toma de decisiones, se tengan en cuenta los intereses de todos los afectados por ellas; obviamente, al final habrá que tomar un camino y algunos podrán ver sus intereses plenamente reflejados en las normas y otros verlos mayoritariamente sacrificados, pero la esencia de la democracia requiere el respeto a este procedimiento de escuchar a todos los afectados y tomar decisiones de forma equilibrada, equitativa y guiada por el bien

común. Como indica Barry: *"What is required is as far as possible a polity in which arguments are weighed and the best arguments win, rather than one in which all that can be said is that votes are counted and the side with the most votes wins"* (Barry 1995, p. 103). No se podrá decir que hay corrupción cada vez que se toma una decisión que no es perfectamente simétrica, pero sí podemos decir que hay corrupción cuando se obvia escuchar dolosamente a alguno de los afectados o se toma la decisión considerando sólo los intereses de los que financian o apoyan al partido. Finalmente, la igualdad política se respeta cuando la Administración aplica las leyes con imparcialidad. Siguiendo a Rothstein (2011), la calidad del gobierno, entendida como imparcialidad, existe cuando implementando leyes y políticas, los servidores públicos no toman en cuenta sobre el caso o el ciudadano/a nada que no esté previamente estipulado en la norma o la política. Cada vez que un funcionario pide o acepta un soborno, trafica con las influencias o incumple a sabiendas las normas de conflictos de intereses estamos ante un caso de corrupción.

Frente a estos requisitos de calidad democrática, existe corrupción cuando se adoptan políticas que se sabe perfectamente que ahondan la desigualdad y generan pobreza, y todo ello para servir los intereses de sectores privilegiados de la sociedad, a cambio de su apoyo económico, mediático o internacional. Hay también corrupción cuando se captura el Estado o, de forma más concreta, las políticas y decisiones públicas. De acuerdo con la definición del Banco Mundial, la captura de las políticas consiste en una modelación interesada de la formación de las reglas básicas del juego (por ejemplo, las leyes) a través de pagos privados ilícitos y no transparentes a los responsables públicos ([\[worldbank.org/docs/1199.pdf\]\(http://worldbank.org/docs/1199.pdf\)\). En suma, sería un soborno a gran escala con efectos permanentes, que no se agotan en un solo contrato. No obstante, en este texto se defiende que la captura de la política va más allá de la modelación a cambio de pagos, sean ilícitos o incluso sean legales, pues la configuración de una política a imagen y semejanza de lo querido por los captores puede conseguirse sin necesidad de pagos. Así, puede conseguirse que los decisores públicos sacrifiquen el interés general y favorezcan a un actor social en exclusiva ante la amenaza de conflictos fuertes o por la intimidación mediática, o puede producirse el caso de que los decisores públicos convaliden una política que haya sido configurada de acuerdo con los intereses de la burocracia que ha capturado las instituciones donde tales políticas se formulan o implementan. Incluso, la captura de las políticas puede ser fruto no de un pago, sino de una eficaz estrategia de penetración por parte de lobbies en puestos clave del gobierno o en comisiones decisorias o influyentes; o de una inteligente estrategia de contratación de políticos y altos funcionarios mediante las denominadas puertas giratorias. En definitiva, las definiciones de captura vinculadas a pagos no expresan toda la realidad de la captura. Por ello, lo mejor sería definir la captura como la ausencia de autonomía del Estado, una situación en la que ciertos grupos sociales son capaces de controlar a los líderes políticos a través de diversos mecanismos y los líderes tienen poca capacidad y/o poco deseo de resistir tales influencias \(Shafer, 1994\). Por el contrario, existe autonomía estatal cuando los líderes pueden aislarse razonablemente de las presiones sociales particularistas y son capaces de definir intereses nacionales autónomamente, acierten o no. La captura deteriora seriamente el principio de la igualdad po-](http://www.econ.</p>
</div>
<div data-bbox=)

lítica, pues genera actores privilegiados a los que garantiza una posición relevante en la toma de decisiones, posición que no es fruto del interés general que promueven sus opciones ni de la coincidencia de sus preferencias con las de la mayoría, sino de la utilización de métodos fraudulentos para garantizarse un beneficio inmerecido y asimétrico. Finalmente, sería corrupto el abuso de poder. El abuso de poder, en este caso, consiste en el uso de las instituciones públicas para reforzar el poder partidista y dificultar la labor de la oposición, tanto de la oposición de otros partidos como la de la sociedad civil. El abuso es un intento deliberado de quebrar el principio de la igualdad política mediante la ocupación y uso partidista de organizaciones que habrían de ser independientes e imparciales en la búsqueda del interés general, y que se instrumentalizan para consolidar poder. En el abuso de poder suele haber una voluntaria quiebra o manipulación de las reglas procedimentales de la democracia para beneficio partidista, pero puede hacerse plenamente dentro de la ley. Un ejemplo de estos abusos se da con el patronazgo en los nombramientos para cargos públicos o con la generación de estructuras clientelares.

Conclusiones

En estas páginas se ha intentado demostrar que, aunque la corrupción tiene un componente neutro y apartidista, la comprensión del fenómeno en su conjunto no puede obviar diversas interpretaciones y la selección de enfoques que permiten observar la realidad de forma diversa. Es obvio que el soborno no es de derechas o de izquierdas, pero sí es diferente la visión progresista y conservadora de la corrupción cuando incorporamos al concepto aspectos como la captura de políticas, la desigualdad estructural en la

toma de decisiones o la colusión entre las élites económicas y políticas. Una visión de la corrupción con lentes progresistas creemos que enriquece el concepto y permite buscar instrumentos de lucha más eficaces y útiles para el bien común.

Bibliografía

- Arendt, H. (1998) *¿Qué es la política?* Barcelona: Paidós. Argandoña, A. (2017). *Private and public corruption: Facilitating payments*. In C. Rowley & Marie de la Rama (Eds.), *The changing face of corruption in the Asia Pacific: Current perspectives and future challenges* (pp.71-79). Cambridge: Elsevier. Banfield, E. (1975): "Corruption as a Feature of Government Organization", *Journal of Law and Economics*, 18, 587-605. Barry, Brian. 1995. *Justice as impartiality*. Oxford England, New York: Clarendon Press. Bayley, D.H. (1989) "The Effects of Corruption in a Developing Nation", en Heidenheimer, A.J., Johnston, M. y Levine, V. T. (eds.), *Political Corruption*, Transaction Publishers, New Brunswick. Burke, E., 2009. *Selected Writings and Speeches*. Peter J. Stanlis (ed). New Brunswick: Transaction. Buchan, B. and L. Hill (2014) *An Intellectual History of Political corruption*. New York: Palgrave Macmillan. Caciagli, Mario (1996) "Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada. Evidencias empíricas y propuestas teóricas a partir de los casos italianos", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. Crick, B. (2001): *En defensa de la política*, Barcelona: Kriterios Tusquets. Dahl, R. (1999): *La democracia. Una guía para los ciudadanos*, Taurus, Madrid. Dahl, R. (1989): *Democracy and its critics*, Yale University Press, New Haven-Londres. Della Porta, D. y Vanucci, A. (2002): "Los recursos de la corrupción: algunas reflexiones sobre el caso italiano", *Zona Abierta* 98/99, 2002, pp. 85-118. Diamond, L., & Morlino, L. (2004): "The Quality of Democracy. An Overview", *Journal of Democracy*, 15 (4). Friedrich, C.J. (1989) "Corruption Concepts in Historical Perspective", en Heidenheimer, A.J. et al.(eds.), *Political Corruption*, Transaction Publishers, New Brunswick. García Quesada, M., Jiménez, F., Villoria, M. (2013): "Building Local Integrity Systems in Southern Europe: The case of local corruption in Spain", *International Review of Administrative Sciences*, Volume 79 Issue 4 December 2013, pp. 618-637. Girling, John (1997) *Corruption, Capitalism and Democracy*. Londres: Routledge. Harvey, F.D. (1985) 'Dona Ferentes: Some Aspects of Bribery in Greek Politics', *History of Political Thought* 6 (1-2), 96-115. Heidenheimer, A.J. (1989): "Perspectives on the Perception of Corruption" en Heidenheimer, A.J., Johnston, M. y Levine, V. T., *Political Corruption*, Transaction Publishers,

New Brunswick. Heidenheimer, A.J. and Johnston, M. (eds.) (2011) *Political Corruption: Concepts and Contexts*. New Brunswick, NJ: Transaction Publishers. Heidenheimer, A. J., & Johnston, M. (2002): *Political corruption: concepts and contexts*, Transaction Publishers, New Brunswick. Kjellberg, F. (2000) "Corruption as an Analytical Problem: Some Notes on Research in Public Corruption". Memorial Article presentado en el International Political Science Association XVIII World Congress, Quebec, agosto 1-5, 2000. Klitgaard R (1988): *Controlling Corruption*, Berkeley: University of California Press. Kuhner, Timothy K. (2016) The Corruption of Liberal and Social Democracies, 84 *Fordham L. Rev.* 2453-2480. Lasswell, Harold D. (1936) *Politics; who gets what, when, how*. New York, London, Whittlesey house, McGraw-Hill book company. Lazzarato, Maurizio. (2013) *Governing by Debt*. Los Angeles: Semiotext(e). López Garrido, D. (2014) *La edad de hielo*. RBA, Barcelona. Mackie, Gerry (2004) *Democracy Defended*. Cambridge: Cambridge University Press. McIntyre, Alistair. (1984) *After Virtue*, Notre Dame Univ. Press, Notre Dame, IN. Mendilow, Jonathan. (2012) "Corrupción y financiación electoral: Una perspectiva burkeana". *Economía*, nº 2: 3-17. Nye, J.S. (1989) "Corruption and Political Development: A Cost-Benefit Analysis", en Heidenheimer, A.J. et al. (eds), *Political Corruption*, Transaction Publishers, New Brunswick. Philp M. (1997) Defining Political Corruption. *Political Studies* 45(3):436-462. Rawls, J. (2005): *Political Liberalism*, Columbia University Press,

Nueva York. Rose-Ackerman, S. (1978): *Corruption. A Study in Political Economy*, Academic Press, Nueva York. Rothstein, B. y Uslaner, E.M. (2005): "All for All: Equality and Social Trust". LSE Health and Social Care Discussion Paper Number 15, The London School of Economics and Political Science, Londres. Rothstein, B. (2011): *The Quality of Government, The University of Chicago Press*, Chicago. Rothstein, B & A. Varraich (2017) *Making Sense of Corruption*. Cambridge: Cambridge University Press. Sen, Amartya. 2009. *The idea of justice*. London: Allen Lane. Sen, A. (1999): *Development as Freedom*. Oxford University Press, Oxford. Shafer, M. (1994) *Winners and Losers. How Sectors Shape the Developmental Prospects of States*. Cornell University Press, Ithaca. Thompson, J.B. (2000). *Political Scandal: Power and Visibility in the Media Age*. Cambridge: Polity Press. Tullock, G. (1993): *Rent Seeking*, Edward Elgar, Aldershot. Vallés, Josep M. (2000): *Ciencia Política: una introducción*, Ariel, Barcelona. Van Klaveren, J. (1989): "The concept of Corruption", en Heidenheimer, A.J. et al. (eds.), *Political Corruption*, Transaction Publishers, New Brunswick. Villoria, Manuel (2006) *La corrupción política*. Madrid: Síntesis. Viroli en Bobbio, N. y Viroli, M. "Diálogo", *Revista de libros*, nº 48, diciembre de 2000. Pp. 40-47. Von Alemann, U. *The unknown depths of political theory: The case for a multidimensional concept of corruption. Crime, Law and Social Change*, 42, 25-34 (2004). You, Jong-Sung (2015) *Democracy, Inequality and Corruption*. Cambridge University Press, Cambridge.



Mosaico de gallo, pájaro, faisán, toro y ciervo en patrón de voluta de vid, romano, Homs, Siria, 450-462 d. C., Museo de Arte Chazen

Un paso atrás en la lucha contra la corrupción: la reforma del delito de malversación de caudales públicos

Elisa de la NUEZ

El 22 de diciembre de 2022 se publicó en el BOE la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso. Bajo este extenso epígrafe, la Ley 14/2022 –por lo que aquí nos interesa– reforma el delito de malversación de caudales públicos e introduce un nuevo delito de enriquecimiento ilícito (artículos 432 a 438 del Código Penal). Como es sabido, la reforma del delito de malversación se debe a una circunstancia muy concreta, la necesidad del Gobierno de asegurar el apoyo parlamentario de ERC hasta el final de la legislatura. ERC, entre otras cuestiones, puso como condición para apoyar los Presupuestos Generales del Estado para 2023 una reforma para beneficiar a una serie de ex altos cargos de ERC y JuntxsCat pendientes de juicio o ya condenados a consecuencia de diversas actuaciones vinculadas con el *Procés*.

El número de personas a las que afectaría esta reforma varía según las fuentes consultadas, pero en todo caso se trata de un número no demasiado grande, si bien es previsible que puedan también resultar beneficiarios otras personas que tengan juicios pendientes o condenas por malver-

sación. Es cierto que la LO 14/2022 tiene una Disposición Transitoria Segunda en cuanto a la revisión de sentencias firmes en ciertos casos, pero en opinión de muchos expertos esta Disposición no puede evitar que se produzcan consecuencias no previstas en relación con otros condenados por el antiguo artículo 432.1 CP (administración desleal del patrimonio público), en la medida en que en la reforma se introducen rebajas de la pena, como veremos.

También es cierto que si bien la reciente interpretación llevada a cabo por el Tribunal Supremo pueda frustrar esta finalidad –la Sala Penal del Tribunal Supremo mediante Auto ha revisado la sentencia dictada en la causa del *procés* el 14 de octubre de 2019, a la vista de la reforma del Código Penal, rechazando rebajar la pena por el delito de malversación a cuatro líderes independentistas, entre ellos Oriol Junqueras– no lo es menos que esta era la intención de la reforma.

Por último, conviene recordar que la reforma de este delito se incorporó vía enmiendas y, por tanto, sin las garantías que conlleva la tramitación ordinaria de un proyecto de ley orgánica. Insistimos en que el propósito declarado desde las filas independentistas era sencillamente el de mejorar la situación procesal de una serie de personas concretas con nombres y apellidos, lo que añade a la cuestión formal an-

tes mencionada la del rechazo que produce una reforma normativa “ad hominem” del Código Penal, máxime especialmente si afecta sólo a políticos o a altos cargos. No nos detendremos aquí en el argumento utilizado tanto por los políticos y los medios para defender o atacar una reforma de estas características, en la medida en que aportan poco desde el punto de vista del debate técnico-jurídico en general y de la lucha contra la corrupción en particular, que es la óptica desde la que se hacen estas reflexiones.

Pues bien, lo primero que hay que señalar es que esta forma de legislar se puede calificar como de privilegio, en el sentido estrictamente etimológico del término. La palabra “privilegio” procede del latín “privilegium” que remite a la idea de una ley privada, o a una ley de uno o particular, cuando la ley debe de tener un carácter general por definición. Por tanto, podemos hablar en este caso de privilegio en el sentido de un beneficio otorgado por ley a un individuo o individuos particulares. Como es obvio, se trata de una forma de legislar que atenta directamente no ya contra el principio de igualdad ante la Ley proclamado en el artículo 14 de la Constitución española, sino contra el concepto mismo de ley, siendo rechazable ya en principio por este motivo. El dato de que la norma beneficie a una serie de altos cargos (recordemos que el delito de malversación solo puede ser cometido por funcionarios, autoridades o a los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas) agrava el problema en la medida en que puede entenderse como un privilegio que los políticos se autoconceden al margen de los intereses de la ciudadanía.

En este punto conviene no engañarse. Las condenas por este delito a altos cargos del *Procés* se referían precisamente a la ad-

ministración desleal del patrimonio público (sin apropiación) y esta es precisamente el tipo penal cuyas penas se rebajan, como veremos. Como ya hemos dicho, la interpretación que ha hecho el Tribunal Supremo de esta reforma puede poner límites a los beneficios que se pretendían obtener con esta rebaja, pero indudablemente este y no otro era el propósito de la norma y en ese sentido las manifestaciones de los líderes independentistas no dejaban lugar a dudas. Por otra parte, puesto que la reforma no podía evitar que esta misma rebaja se aplicase a otras personas en situación similar (aunque *a priori* sea difícil precisar el número de afectados) el potencial daño para la defensa del patrimonio de las Administraciones Públicas y los intereses generales podía ser mucho mayor.

Como ya he señalado, este es precisamente el punto central de estas reflexiones: en qué medida una reforma de este tipo perjudica los intereses generales de los ciudadanos y en particular, en qué medida perjudica la lucha contra la corrupción al lanzar un mensaje profundamente erróneo. En este sentido, resulta especialmente preocupante que el debate público en torno a esta reforma haya girado en torno a argumentos -procedentes incluso de juristas- que diferencian entre las conductas malversadoras de apropiación “con ánimo de lucro” (el famoso “meterse el dinero en el bolsillo”, según el argumentario oficial) que serían las más rechazables, y aquellas otras conductas en las que se produce una desviación del dinero público para otro tipo de fines que no tendrían la misma gravedad, en la medida en que el dinero público no va directamente al bolsillo del alto cargo o funcionario implicado, aunque tampoco, claro está, al fin público previsto. Este segundo tipo de conductas son las que se equiparaban a la administración desleal antes de la reforma y a mi

juicio son más graves que las que suponen la apropiación del dinero público.

Por otra parte, desde el punto de vista de los intereses generales (y del bien jurídico protegido) lo que ocurre es en términos de resultado es sencillamente lo mismo: el dinero público se utiliza para fines que no son los previstos normativamente, o, dicho de otra forma, se pierde el dinero público para los fines a los que estaba destinado, con independencia de que acabe o no en el bolsillo del funcionario o alto cargo de turno. En los dos casos es posible hablar de corrupción, al menos según la definición clásica que la equipara con el abuso del poder público para fines particulares o para obtener una ventaja ilegítima en beneficio privado o particular. Por otra parte, hay que presuponer razonablemente que cualquier alto cargo o funcionario público que desvía dinero público para otros fines distintos a los legalmente previstos, ya sean públicos o privados, ha de tener algún interés particular en hacerlo, aunque sea de forma mediata y no consista en el puramente crematístico que subyace a la apropiación del dinero. Dicho de otra forma, hay que entender que la desviación del dinero público para otros fines distintos a los establecidos responde siempre a un interés particular, aunque sea el del partido o la ideología a la que se pretende servir. Por último, tampoco es difícil relacionar este comportamiento con las ventajas concretas que se pueden obtener a través de este tipo de conductas ya sea en forma de promociones, nombramientos o simplemente de la confianza del grupo político o ideológico al que se pretende favorecer.

Pero, además, en las conductas de corrupción en que se produce la desviación del dinero público es imprescindible involucrar a las instituciones que se dirige o para las que se trabaja. Creo que este es un aspecto crucial: para desviar dinero

público para otros fines es precisa la colaboración de una serie de agentes públicos y esto implica o presupone la existencia de una corrupción institucional generalizada. Por otra parte, supone una confusión entre fines públicos y fines particulares que en el caso de la apropiación no se produce. Efectivamente, para determinados agentes muy ideologizados o sencillamente carentes de una sólida cultura institucional, la desviación de dinero público para fines que se consideren importantes desde el punto de vista político, partidista o ideológico puede resultar no sólo razonable sino hasta legítimo y, por tanto, perfectamente justificable. En ese sentido, que esta reforma se haya producido a consecuencia de los procesos judiciales derivados del *Procés* no es casualidad. Para un sector importante de los políticos, los medios y la sociedad catalana este tipo de conductas sencillamente no parecen demasiado graves en la medida en que el destino de los fondos públicos desviados, ya sea privado o público, ha sido –supuestamente– el deseado al menos por una parte de la población, aunque haya sido al margen de las reglas del Estado de Derecho y de los procedimientos legalmente establecidos, incluidos los presupuestarios.

En este punto, el argumento de la menor sensibilidad social hacia este tipo de conductas (en particular, en Cataluña entre los votantes independentistas), pudiendo ser cierto, es profundamente preocupante desde el punto de vista del Estado de Derecho. Por otra parte, es fácil suponer que, si este mismo tipo de conductas se hubiera producido en otras comunidades autónomas o fomentado desde gobiernos “de derechas”, la tolerancia hubiera sido mucho menor. En definitiva, lo que se tolera, o incluso se justifica si se realiza por agentes del grupo al que se pertenece, se considera sencillamente intolerable

e injustificable si lo realiza alguien que no pertenece a ese grupo. En este sentido, la reacción desde sectores cercanos al PSOE frente a la sentencia de los EREs de Andalucía o desde el PP a la sentencia del caso Gürtel es muy ilustrativa. La tolerancia frente a la corrupción propia es un dato que alerta sobre la falta de cultura democrática e institucional.

En ese sentido, no está de más recordar que el delito de malversación se encuadra en el título XIX del Código Penal, bajo el epígrafe “Delitos contra las Administraciones Públicas” y que nuestro Código Penal no contempla un delito de corrupción como tal. En este tipo de delitos el bien jurídico protegido es el patrimonio público, el buen funcionamiento de las administraciones públicas y el deber de lealtad que tienen los altos cargos y los funcionarios para con dichas administraciones públicas. Precisamente una de las finalidades de la reforma del Código Penal realizada por LO 1/2015 de 30 de marzo fue endurecer las normas penales para combatir la corrupción, en un contexto de proliferación de casos (en pleno auge del caso Gürtel) y de procedimientos de investigación. Como es sabido, en dicha reforma se estableció un tipo de malversación general que englobaba tanto los casos de apropiación indebida como de administración desleal del patrimonio público (desvío del dinero público para otros fines distintos de los previstos, ya sean privados o públicos).

Esto es lo que cambia ahora con la reforma, aunque lógicamente el bien jurídico protegido sigue siendo el mismo, dado que el dinero público se tiene que seguir destinando exactamente a los fines previstos normativa y presupuestariamente o, si se prefiere, al cumplimiento de los fines que se hayan establecido en cada caso por los órganos competentes. Ya hemos adelantado que también puede considerarse

que lo que se protege es el deber de lealtad institucional del alto cargo o funcionario en la medida en que este deber incluye el de destinar los fondos públicos a los fines establecidos. En todo caso, llama la atención desde un punto de vista técnico-jurídico la rebaja de las penas solamente en uno de los supuestos y no en el otro, dado que el daño al bien jurídico protegido es exactamente el mismo.

Antes de seguir adelante, debemos de hacer una referencia al contenido esencial de la reforma que, como ya hemos adelantado se distingue entre la malversación que supone la apropiación de fondos por parte del autor o de un tercero cuya apropiación se consiente (artículo 432 CP) y la malversación que consiste en la desviación del uso del patrimonio público para fines privados (nuevo artículo 432 bis CP) o públicos (artículo 433 CP). Además, el artículo 433 ter CP define lo que debe entenderse por patrimonio público (todo el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas).

Recordemos que el art. 432 del CP modificado por LO 1/2015 establecía lo siguiente:

«1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o

b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.»

Pues bien, la nueva redacción del art. 432 del Código Penal es la siguiente:

«1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos que se refieren en el apartado anterior hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público,

b) el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 50.000 euros,

c) las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se tratase de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

Si el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

3. Los hechos a que se refiere el presente artículo serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio público sea inferior a 4.000 euros.”

Por su parte, el art. 252 (relativo a la administración desleal) establece que: «1. Serán punibles con las penas del artículo

249 o, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado.

2. Si la cuantía del perjuicio patrimonial no excediere de 400 euros, se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.»

Por tanto, la clave de la reforma consiste en que, por una parte, el delito de malversación de caudales públicos deja de remitir en su redacción al artículo 252 del Código Penal –es decir, al delito de administración desleal, también modificado por la LO 14/2022– y la mención al ánimo de lucro. A efectos de la malversación se diferencia entre las conductas de apropiación del patrimonio público y las de desviación de patrimonio público para usos privados o públicos, con penas diferentes.

En el primer caso las penas no cambian con respecto a la redacción anterior cuando la autoridad o funcionario público –siempre con ánimo de lucro– se apropie, o consienta que un tercero lo haga, del patrimonio que tenga a su cargo (2 a 6 años de prisión e inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo de 6 a 10 años). También se mantienen las penas agravadas en los supuestos de daño o entorpecimiento graves al servicio público, cuando el valor del perjuicio causado o del patrimonio apropiado supere los 50.000 euros o en el caso de que las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico, así como si se trate de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública. Las penas son las de prisión de 4 a 8 años e inhabilitación absoluta de 10 a 20 años. Por último, se mantiene el tipo superagravado para los casos donde

el patrimonio apropiado o el perjuicio causado supere los 250.000 euros.

En el segundo caso se encuentra el destino o desvío para usos privados del patrimonio público que la autoridad o cargo público debe de administrar. Se trata del art. 432 bis introducido por la reforma de diciembre que establece lo siguiente:

“La autoridad o funcionario público que, sin ánimo de apropiárselo, destinare a usos privados el patrimonio público puesto a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a tres años, y suspensión de empleo o cargo público de uno a cuatro años.

Si el culpable no reintegrara los mismos elementos del patrimonio público distraídos dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior.”

Como puede verse, en este caso, las penas de prisión serán menores (de 6 meses a 3 años) y también llevan aparejada la suspensión de empleo o cargo público de 1 a 4 años si reintegra los efectos al erario público en los 10 días siguientes a la incoación del proceso.

Por último, tenemos el desvío para usos públicos del patrimonio público administrado al que se refiere el art. 433 del CP que señala lo siguiente:

“La autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado, incurrirá en las penas de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial de empleo o cargo público de dos a seis años, si resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado, y de inhabilitación de empleo o cargo público de uno a tres años y multa de tres a doce meses”.

Esta conducta, como puede verse, consiste en dar al patrimonio público un uso diferente al determinado legalmente, y le corresponde una pena inferior, puesto que se estima que el patrimonio se sigue desti-

nando a fines o usos públicos, aunque no sean los que la ley determine. Sus penas son las de prisión de 1 a 4 años e inhabilitación especial de empleo o cargo público de 2 a 6 años siempre que resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que dicho patrimonio estuviere consignado; o únicamente de inhabilitación de 1 a 3 años y multa de 3 a 12 meses si no se produjera dicho perjuicio.

Pues bien, como ya hemos adelantado, desde el punto de vista de la lucha contra la corrupción, y en particular de la lucha contra la corrupción institucional, la noción de que pueden diferenciarse (a efectos de sancionarlo con penas de menor gravedad) entre malversaciones “malas” y “menos malas” cuando estamos hablando en todos los casos de conductas que vulneran el bien jurídico protegido con estos tipos penales y que suponen la apropiación o desviación de dinero público –sea por los motivos que sean– resulta profundamente preocupante. En primer lugar, por el mensaje que se trasmite a la sociedad (y a los propios políticos o altos cargos).

Si bien desde mi punto de vista, la mejor forma de combatir la corrupción es sin duda la prevención, a través de mecanismos institucionales (los famosos “contrapesos”, empezando por los que supone la existencia de una función pública independiente y neutral que realice los oportunos controles), no es menos cierto que, en un entorno de alta politización como el que tenemos en España, estos controles pueden ser fácilmente desactivados. Es el problema que se plantea cuando el controlador depende del controlado, como ocurre con los funcionarios controladores de los Ayuntamientos o en numerosos entes públicos, cuyo nombramiento y cese, posibilidades de promoción o remuneraciones variables puede depender del controlado.

Por otra parte, una vez realizada la conducta, existen pocos controles externos operativos. En ese sentido, la politización de las instituciones de control externo, tanto estatales como autonómicos, es un problema adicional. Pensemos por ejemplo en el Tribunal de Cuentas, como se ha puesto de relieve precisamente en el caso del *Pro-cés*, en el que la renovación de los consejeros del Tribunal ha supuesto un cambio de criterio técnico en torno a la desviación de fondos. Algo similar sucede con los procedimientos administrativos sancionadores, en la medida en que difícilmente se van a exigir responsabilidades a subalternos por conductas que han sido amparadas o promovidas por sus superiores. En definitiva, la politización de las administraciones públicas y de los organismos de control lleva a que las únicas medidas realmente eficientes desde el punto de vista del combate contra la corrupción, especialmente en el caso de los altos cargos y autoridades sean, precisamente, las de tipo penal.

Por otra parte, si bien la preocupación por la corrupción en España (según los datos del CIS) es mucho menor que en otros momentos, no deja de ser llamativo que en el último Eurobarómetro (2022) nada menos que el 89% de los ciudadanos españoles piensan que la corrupción sigue estando generalizada (la media europea es el 68%) También un 48% de los ciudadanos españoles (41% es la media de los europeos) cree que la corrupción ha aumentado en los últimos tres años mientras que un 42% cree que se mantiene igual. Tan sólo un 6% en España. No son datos que avalen una reforma de la malversación que lanza el mensaje inequívoco de que determinadas prácticas de desviación de fondos públicos no son demasiado trascendentes.

En esa línea, en el último Índice de Percepción de la Corrupción en 2022 que publica Transparencia Internacional, Espa-

ña sigue cayendo. Aunque no se trate de una caída excesiva, sí pone de relieve una tendencia descendente que este tipo de reformas no puede sino acentuar. España ha descendido en 2022 un puesto respecto a 2021, tres en relación a al 2020 y cinco frente a 2019 en una tendencia que no se revierte y que la aleja de los países de nuestro entorno. España pierde un punto en el ranking respecto al 2021 y se encuentra (con una puntuación de 60 en una escala de cero a 100, donde cero es “muy corrupto” y 100 “muy transparente”) en la posición 35 de 180 países analizados.

Tampoco están tan lejanas en el tiempo las condenas por grandes casos de corrupción ligados a la financiación de campañas electorales o/y partidos políticos (recorremos la famosa sentencia en el caso Gürtel que, por cierto, propició la moción de censura liderada por el actual presidente del Gobierno por motivos de higiene institucional y democrática) y otras sentencias condenatorias en casos de corrupción institucional sistemática, como la del caso EREs en Andalucía son muy recientes. Y sigue en el momento de escribir estas líneas el goteo incesante de investigaciones ligados a casos de supuesta corrupción institucional.

Dicho de otra forma, desde el punto de vista de la lucha contra la corrupción, no cabe duda de que la corrupción institucional es mucho más grave que la que podríamos denominar corrupción particular. O, por emplear el mismo lenguaje que utilizó el ex presidente del Gobierno Mariano Rajoy, una manzana podrida siempre será menos grave que un cesto podrido. Efectivamente, mientras es posible malversar para buscar el lucro particular (ese “llevarse el dinero al bolsillo”), sin implicar o comprometer todo el entramado institucional -aunque hace falta que se den ciertas circunstancias favorables, claro está,

como disponer de la posibilidad de transferir dinero público a cuentas particulares-, a la inversa no ocurre lo mismo. Para desviar dinero público a fines diferentes a los previstos en el ordenamiento jurídico, ya sean públicos o privados, necesariamente hay que contar con otros agentes, en la medida en que es preciso contar con la complicidad, el consentimiento o por lo menos el desistimiento –la no oposición activa o el silencio, al menos– de una serie de funcionarios o altos cargos cuya misión es, precisamente, velar porque el dinero público se destine a los fines normativamente previstos, empezando por los máximos responsables.

En ese sentido, la sentencia de los ERES andaluces es un buen ejemplo de lo que decimos. El Tribunal Supremo consideró que la cúpula del Gobierno andaluz creó y mantuvo, entre los años 2000 y 2009, un sistema de concesión de ayudas socio-laborales pensado para evitar todo control administrativo, disponiendo del dinero público de forma discrecional y al margen de toda legalidad. Es decir, fue necesario diseñar un entramado para eludir el control del dinero público e involucrar a un gran número de personas y entes públicos, que tuvieron que colaborar o mirar para otro lado para que el desvío del dinero público

fuera posible. Como es sabido, entre los varios condenados por malversación se encuentran ex varios altos cargos que no se apropiaron de cantidad alguna, entre ellos el ex presidente José Antonio Griñán. Y, sin embargo, nadie duda de que estamos ante una gran trama institucional de corrupción que involucró a un gran número de altos cargos, produjo un daño enorme al erario público y, de paso, enriqueció a unos cuantos aprovechados.

En definitiva, estamos ante una reforma que se hace por las razones incorrectas, por un procedimiento formalmente poco garantista, que prescinde de informes y opiniones de expertos, que elude un debate parlamentario sosegado y riguroso sobre el tema, que obvia cuestiones de política criminal, que perjudica potencialmente la lucha contra la corrupción, al menos desde el punto de vista de la sanción penal -sin perjuicio de que quizás este punto se pueda ver subsanado por la interpretación jurisprudencial, como estamos viendo-, que lanza a la sociedad un mensaje equivocado sobre la tolerancia con ciertas conductas y que va a incidir aún más negativamente en la percepción de los ciudadanos sobre la existencia de una corrupción generalizada que afecta sobre todo a la clase política. No se puede hacer peor.



Pato y pájaro, detalle de una escena nilótica.
Mosaico romano.

Aplicar la perspectiva de género a la lucha contra la corrupción. Conexiones entre género, poder y corrupción

Lourdes PARRAMON I BREGOLAT

El triángulo conceptual entre género, poder y corrupción no es ningún misterio. Aun así, es todavía insuficiente el conocimiento, compartido y aplicado, sobre la interrelación entre estos tres ámbitos; especialmente al efecto de orientar y mejorar las políticas públicas de lucha contra la corrupción al tiempo que avanzamos hacia una sociedad más justa.

La relación entre poder y corrupción parece obvia si entendemos la corrupción como una de las perversiones en el ejercicio del poder. El uso incorrecto del poder es la esencia de la corrupción pública, en palabras de Susan Rose-Ackerman. La definición más extendida, adoptada por el Banco Mundial o *Transparency Internacional*, la configura como el abuso de la posición pública para obtener un beneficio particular; sea dicho rédito inmediato o diferido; para uno mismo o para un tercero (mi amigo, mi socio, mi marido, mi partido); económico o de otra naturaleza. A pesar del consenso académico sobre esta noción persisten ciertas dificultades para trasladarlo, tanto al espíritu del legislador o la práctica institucional, como a la consciencia ciudadana. En este sentido, el barómetro de la Oficina Antifraude de Cataluña de 2022 sobre las percepciones y actitudes de la ciudadanía¹ arroja cifras ilustrativas sobre las dificultades

de la población encuestada para identificar como corrupción algunas conductas paradigmáticas. Que un empresario pague para obtener un contrato público no lo considera corrupción un 21,9%, en tanto que un 22% no reconoce como tal el aprovechamiento del cargo público para un beneficio personal. Revelador.

La relación entre género y poder es también objeto de atención a partir de la consideración del género como una construcción que determina lo que se espera, lo que se permite o valora en una mujer o un hombre en un determinado contexto. El déficit femenino a la hora de ejercer el poder se constata fácilmente, si observamos las cifras agregadas, en todas las fuentes de poder: político, económico, mediático, judicial. En cualquiera de estos órdenes persisten discriminaciones ligadas a la falta de igualdad de oportunidades o al ejercicio ecuatoriano de derechos diversos. La brecha salarial es una manifestación grosera de desigualdad, pero otras manifestaciones indirectas pasan desapercibidas. Los fenómenos descritos a través de metáforas como el *techo de cristal* o el *suelo pegajoso* –usadas para expresar el conjunto de trabas, con frecuencia invisibles, que impiden a las mujeres situarse en la cúspide de las organizaciones y que las mantienen en el rango inferior de la pirámide profesional– incorporan manifestaciones adaptativas que reflejan la continuidad y

¹ *La corrupción en Cataluña: percepciones y actitudes de la ciudadanía* (Barómetro | Oficina Antifraude de Catalunya).

la evolución de asimetrías persistentes. Es el caso de la *escalera mecánica de cristal*² (el ascenso rápido a lugares de gestión y dirección que experimentan los hombres que se incorporan a entornos profesionales tradicionalmente feminizados) o el *acantilado de cristal* (la tendencia de situar a las mujeres al mando en situaciones de extrema dificultad y notorias perspectivas de fracaso)³.

De los tres vértices del triángulo me propongo, en este artículo, centrarme en la conexión entre género y corrupción; la que cuenta con menor trayectoria de investigación y, en gran medida, pasa desapercibida a los cargos públicos, los operadores jurídicos y al gran público debido al irregular tratamiento en los medios de comunicación. En primer lugar, aportando referencias sobre los principales aspectos del fenómeno de la corrupción en que el género tiene alguna influencia. Los datos procedentes de estudios, cuantitativos y cualitativos, y experimentos académicos nos permiten dilucidar si las mujeres experimentan, perciben o sufren la corrupción de manera diferenciada a como lo hacen los hombres. Asimismo, podemos vislumbrar si el género importa en el compromiso contra la corrupción y en las diversas formas de canalizarlo. Todo ello con el propósito de recopilar brevemente, en última instancia, algunas iniciativas y buenas prácticas para mejorar la lucha contra

la corrupción mediante la incorporación de la mirada de género. La experiencia de la Oficina Antifraude de Cataluña (OAC)⁴ puede ser ilustrativa a este respecto.

Consideraciones generales

Contar con información objetiva sobre la corrupción es uno de los grandes desafíos. Estamos ante un fenómeno elusivo, con enorme cifra negra, que tiene en la ocultación uno de sus rasgos definitorios ya que vive cómodamente en el silencio y la *omertá*. Un crimen sin cadáver. Cuesta, por tanto, medir su aumento o disminución y evaluar las medidas para contrarrestar su proliferación.

Las cifras de que disponemos sobre la dimensión de la corrupción que nos afecta son meras aproximaciones. Es el caso de los datos procedentes de encuestas sobre percepción y sobre el contacto personal y directo, generalmente muy distanciados. El barómetro bienal que elabora la Oficina Antifraude de Cataluña registra una percepción asentada en niveles muy altos (el 80,2% considera que hay mucha o bastante corrupción y un 82,2% percibe la corrupción como un problema muy o bastante grave).

Junto a los datos procedentes de estudios cuantitativos están las memorias de la Fiscalía General del Estado y las estadísticas judiciales (de investigaciones y condenas). El repositorio del Consejo General del Poder Judicial ha representado un avance,

2 Término acuñado por la socióloga Christine L. Williams en el artículo *The Glass Escalator: Hidden Advantages for Men in the "Female" Professions*, publicado por Oxford University Press en 1992.

3 El caso de la efímera *premiera* británica, Liz Truss, ha sido citado ha sido citado entre los ejemplos recientes de este fenómeno, cuya denominación (*glass cliffs*) debemos a Michelle K. Ryan, investigadora de la Universidad de Exeter. En el sector público es interesante el artículo: Smith, A. (2015). On the Edge of a Glass Cliff: Women in Leadership in Local Government. *Public Administration Quarterly*, 39(3), 484-517. <https://www.jstor.org/stable/24773425>

4 La Oficina Antifraude de Cataluña es una institución independiente del gobierno, adscrita al Parlamento, encargada de prevenir e investigar la corrupción, así como de preservar la transparencia y la integridad de las administraciones y del personal al servicio del sector público en Cataluña. En su vertiente de prevención ofrece apoyo a las instituciones públicas para la consolidación de sus sistemas de integridad estudiando, promoviendo e impulsando buenas prácticas que coadyuven a la mejora de la calidad en la prestación del servicio.

pese a que la información no es de fácil acceso y la compilación es todavía fragmentaria e incompleta.

Por otra parte, las noticias periodísticas, que nutren la opinión pública, tienen una fiabilidad relativa atendida su polarización y la escasa pluralidad interna de los medios. La percepción de objetividad de la información que proporcionan es reducida según los datos de Antifraude (un 66,3% de las personas encuestadas el 2022 consideran que es poco o nada objetiva). Además, la información sobre el coste de la corrupción suele acotarse al impacto económico: 120.000 millones de euros anuales, según la Comisión Europea; 40.000 millones de euros anuales, en el ámbito del Estado español, si estimamos el coste social, según el cálculo del Instituto Universitario de Turismo y Desarrollo Sostenible (TIDES) asociado a la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria⁵. Mejorar la calidad institucional (con el correlativo impacto en términos de reducción de la corrupción) supondría un aumento del 16% del PIB en quince años⁶. El consenso de los expertos enfatiza, no obstante, que los efectos de la corrupción no son solamente económicos, sino políticos –en términos de desafección y desconfianza hacia las instituciones, amén de la alteración del comportamiento político que incide, por ejemplo, en el crecimiento de la abstención⁷– e incluso

morales, en la medida en que quiebra la confianza social e interpersonal. De acuerdo con una encuesta reciente –elaborada⁸ para la agencia valenciana de lucha contra el fraude (AVAF)– la mayoría de las personas encuestadas en el Estado español (47%) opina que para tener éxito económico hay que “tener buenos contactos y cultivarlos” antes que “tener buenas ideas y esforzarse en aplicarlas” (42,8%); una diferencia abismal con el norte de Europa donde el mérito y el esfuerzo se consideran la clave para cualquier progreso o promoción, en lugar de la afinidad o una agenda bien nutrida. Ello enlazaría con la llamada “economía de la influencia”, instalada en buena parte de las democracias occidentales. Dicha noción alude al continuado y sucesivo intercambio de favores entre las élites política y económica, que no siempre se traduce en un *quid pro quo* burdo e inmediato, sino en una sutil telaraña de decisiones sesgadas.

La influencia del género en la corrupción

Si es difícil reconocer la corrupción, computarla y diagnosticarla más difícil resulta presentar resultados categóricos sobre la influencia de variables como el género en sus distintas manifestaciones o determinar las causas. Con todo, es posible afirmar que las mujeres sufren, experimentan y perciben la corrupción de forma diferenciada.

Entre los hallazgos más relevantes está la constatación de que la corrupción no perjudica de la misma forma a hombres y mujeres. *Transparency International* habla

5 Estudio elaborado, en 2013, por Carmelo J. León, Jorge E. Araña y Javier de León.

6 El Informe de Francisco Alcalá Agulló y Fernando Jiménez Sánchez, publicado por la Fundación BBVA en 2018 sobre *Los costes económicos del déficit de la calidad institucional en España* se puede consultar en: Informe-DE-lvie-2018_costes-economicos-deficit-calidad-institucional.pdf (fbbva.es)

7 En el supuesto de que el partido al que se quería votar se viese afectado por un caso de corrupción, aunque durante el mandato hubiera conseguido disminuir el paro y mejorar la situación económica, un 23% lo continuaría votando, un 42,7% votaría a otro partido. El efecto sobre la abstención se elevaría al 22,5%. Datos del Barómetro 2022 de la OAC.

8 La encuesta ha sido elaborada por el catedrático de la Universidad de Murcia Fernando Jiménez, en colaboración con Luís de Sousa, profesor de la Universidad de Lisboa.

de una feminización de los estragos de la corrupción, de la misma forma que existe una feminización de la pobreza, pues son ellas las más afectadas. También los organismos de las Naciones Unidas (PNUD) han trabajado específicamente este punto; en la “pequeña corrupción” porque habría una victimización por género, partiendo de que los sectores pobres son los que más necesitan los bienes y servicios públicos y de que los trabajos de cuidados están mayoritariamente a cargo de las mujeres; en la gran corrupción porque la población pobre (mujeres, en su mayor parte) es la más afectada por la falta de desarrollo y oportunidades.⁹

Numerosos estudios elaborados por universidades y organizaciones internacionales certifican que las mujeres se involucran menos en intercambios irregulares¹⁰. Las tesis esencialistas, fundadas en una presunta superioridad ética femenina, han sido paulatinamente desplazadas, aunque siguen contando con adeptos que abogan simplemente por situar a mujeres en posiciones de poder. No por cuestión de justicia sino para, mecánicamente, reducir

el problema. Parecen mejor fundadas las teorías que atienden, más que a factores cuasi biológicos, a razones de oportunidad, aunque difícilmente se sostendrían a largo plazo. Hoy por hoy, las mujeres participan en menor medida en muchos de los círculos donde suelen gestarse buena parte de las relaciones corruptas, incluidos los llamados *old boys networks* (desde las cárceles del franquismo, que retrata La escopeta nacional, al *palco del Bernabeu*, entendidos como metáforas de los entornos informales de toma de decisiones). Asimismo, como efecto derivado de los roles de género y los estereotipos dominantes, son percibidas como socias menos fiables por su mayor aversión al riesgo, lo que explicaría que reciban menos ofertas y que las recibidas sean por menor importe, en un grotesco mimetismo de la brecha salarial¹¹. Las teorías del contexto, finalmente, conectan la normalización del acceso femenino a las posiciones de poder a la mayor calidad democrática y a la reducción de la corrupción.

Los prejuicios y estereotipos sociales también explicarían diferencias en el tratamiento y enjuiciamiento de las personas acusadas de corrupción. Son frecuentes los pronunciamientos judiciales sesgados que asumen las estrategias defensivas que se acogen a la llamada “teoría del amor”¹². En este sentido, avalan el cliché paternalista de la mujer acrítica e ignorante, por dependiente (“esto lo lleva mi marido”, “no me consta”), que difícilmente prosperarían en sentido inverso¹³. Cabe

9 La influencia del género en los efectos de la corrupción se ha estudiado sobre todo en países con corrupción endémica o sistémica, en que las mujeres son las más afectadas por las formas cotidianas de corrupción. En este sentido, actuaría como un impuesto regresivo, como un gravamen adicional, según datos del *Barómetro Global de TI* sobre el mayor índice de sobornos en hogares de bajos ingresos. Ellas sufrirían más la corrupción por su condición de superior vulnerabilidad (datos del DTJ) especialmente en determinados sectores prioritarios para las mujeres (salud reproductiva, embarazos, cuidado de los hijos).

El elemento psicológico de desmotivación en la participación en la política institucional por parte de los grupos tradicionalmente discriminados (caso de las mujeres) operaría también en los países donde no hay corrupción sistémica. Cabe señalar que este elemento asociado a la desigualdad de oportunidades está aún menos estudiado.

10 Los informes más relevantes sobre esta materia están referenciados y pueden consultarse en el compendio publicado en la web de la OAC: Referències sobre gènere, poder i corrupció. Curs d'estiu 2019 (antifrau.cat).

11 Diversos experimentos demuestran como la brecha salarial, que se proyecta hasta después de la vida laboral (en la percepción de las pensiones), se reproduce en los intercambios corruptos, de manera que a las mujeres se les ofrece sobornos de menor cantidad.

12 Cordón, 2007.

13 Hay ejemplos recurrentes de estrategias de defensa ligadas al papel secundario, subordinado y accesorio de las mujeres ante acusaciones de corrupción: caso

señalar, por el contrario, que las mujeres acusadas de corrupción suelen sufrir una mayor censura social (“bruja”, “ambiciosa”...) y un hostigamiento superior, amplificado por los medios y las redes sociales. Especialmente cuando se alejan del rol de género tradicional: madre abnegada, mujer entregada o ultra preocupada por cuestiones afectivas. La cobertura informativa acumula comentarios sobre el aspecto físico, con derivadas morales, para las implicadas en escándalos de corrupción como Rita Barberá (“machorra”) o Ana Mato (“monja, pero sexi”). Proliferan asimismo los clichés sobre la madre víctima, la sufrida y abnegada progenitora que busca proteger a su entorno, la *superwoman*, la *femme fatale*, la *mujer objeto*... que no tienen contrapartida para los implicados masculinos.

Los datos del Barómetro 2022 de la Oficina Antifraude de Cataluña registran como el género influye en diversos ámbitos: es el caso de los umbrales de tolerancia, ya que las mujeres aceptan y justifican la corrupción en menor medida y la identifican mejor¹⁴. El comportamiento electoral también quedaría afectado de forma diferenciada, puesto que las mujeres optan por la abstención en un porcentaje superior (27,1% versus 17,7%).

Noos (en relación al rol de la infanta Cistina y a Ana María Tejeiro, esposa de Diego Torres); caso Gescartera (en que Pilar Jiménez se autodefine como “florero”); casos de Isabel Pantoja o Maite Zaldívar (con argumentos de amor y desamor en que ellas se involucran en la trama por un motivo sentimental); caso Ana Mato (quién aduce que no sabe quién pagó el viaje a Disneyland París con su hijo por una dependencia económica que choca con su proyección social y profesional), etc.

¹⁴ A título de ejemplo: que un cargo político contrate a un amigo íntimo para un cargo de confianza lo considera muy aceptable un 9,1% de los hombres y un 5,4% de las mujeres. Si se trata de ocultar ingresos para pagar menos impuestos sobre la renta, el porcentaje de personas encuestadas que lo consideran muy justificable es del 9,7% y 4,5% respectivamente. También hay diferencia a la hora de contratar un servicio sin factura para ahorrarse el IVA, en porcentajes del 10,2% versus el 6,4%.

Además de impactar de forma distinta a hombres y mujeres la corrupción presenta modalidades que afectan de manera diferenciada a las mujeres. Se conoce como *sextorsión* la conducta de quien, abusando de una posición de autoridad o confianza, solicita o acepta de alguien un favor sexual a cambio de algo que está en su mano dar o negar o se prevale de tal condición. Se trata de un ilícito de mera actividad, con independencia de si se lleva a cabo o no o de si se resuelve efectivamente una pretensión pendiente. El neologismo –acuñado por la Asociación Internacional de Mujeres Juezas (IAWJ)– designa la corrupción sexual; esto es, el abuso de poder para obtener un “favor” o contraprestación sin contenido económico sino índole sexual. El cuerpo (generalmente femenino) se convierte en moneda de cambio entre personas que no están en pie de igualdad. Un nombre nuevo para un viejo mal, que afecta especialmente a las personas más vulnerables. Lo sufren desproporcionadamente las mujeres, adultas o niñas, aunque también puede perjudicar a hombres, especialmente con opciones de género y sexuales “no conformistas”, en palabras de Umberto Eco.

Se considera una modalidad de corrupción porque afecta al funcionamiento íntegro de las instituciones. Compromete la probidad de los funcionarios, que deben tratar los asuntos de manera objetiva e imparcial para servir al bien común y no en provecho propio. Se trata de una figura híbrida, situada en la intersección entre los delitos que atacan la libertad e indemnidad sexual de las mujeres (bien jurídico individual), por una parte, y la integridad de las instituciones y la prestación del servicio público orientada al interés público (bien jurídico supraindividual o difuso), por otra parte. Es, pues, pluriofensiva. En la nómina de sujetos y bienes a proteger cabe situar a

la sociedad en su conjunto si consideramos el derecho de la ciudadanía a gozar de una democracia plena que no esté atravesada por el privilegio de unos y la discriminación y el abuso de otras.

Pese a la elaboración doctrinal no es pacífico que, en el derecho español, queden incluidos en el tipo del cohecho los favores sexuales no retribuidos. Un buen anclaje fue la modificación del Código Penal en la línea de las recomendaciones del GRECO (por ejemplo, en el criterio de fijación de la multa), pero sigue habiendo aspectos polémicos. Uno de los flecos pendientes sería la conveniencia de excluir de sanción el ofrecimiento *del* (o, con más frecuencia, *la*) particular cuando ello responda a situaciones de vulnerabilidad (por ejemplo, mujeres extranjeras en tránsito o en situación irregular) manteniendo, por el contrario, la sanción a la aceptación del ofrecimiento si lo que se pretende es el comportamiento irreprochable del funcionario. Parece lógico que no se castigue a la mujer vulnerable que “ofrece” lo único que tiene en una situación límite, pero no hay razón para que la conducta del funcionario quede impune.

Si surgen dificultades para tratar la sextorsión como una modalidad de corrupción es porque la visión de la corrupción (y en concreto, el soborno) suele tener un sesgo economicista. También tiene dificultades para encajar en la idea de acoso sexual ya que la sextorsión no necesita ser reiterada, puede ser ocasional, mientras que el tipo del artículo 184 del Código Penal se contrae al “*ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual*”. Lo nuclear de la sextorsión es que hay una especie de intercambio, pero se encuadra en una relación de poder asimétrica. En realidad, la sextorsión combina tres elementos: el abuso de posición; la coerción psicológica (no hay

un consentimiento libre sino contaminado por la existencia de una relación desigual); y un intercambio (esto por aquello) aún viciado o perverso, descrito con la máxima clásica *ut do es* (traducido de forma inexacta como *quid pro quo*) que puede ser ocasional o no. En el lenguaje cotidiano hay ciertas expresiones, del estilo “si tú eres buena conmigo yo seré bueno contigo”, que recogen la naturaleza transaccional al tiempo que traslucen la ambigüedad eufemística con que suelen formularse, en la práctica, este tipo de requerimientos. Autoras como Deborah Cameron consideran que términos técnicos como “sexo transaccional” o “favor sexual” minimizan la sextorsión ya que la presentan como una forma de intercambio libre alejada de la realidad.

El tratamiento fragmentario de la sextorsión ha venido determinado, en buena parte, por el marco mental del legislador. La falta de un planteamiento global del fenómeno desemboca en un tratamiento casuístico (que puede dejar conductas por el camino) y en una dualidad de sanción que resultaría incongruente con la naturaleza de la infracción. No faltan voces cualificadas¹⁵ que abogan por repensar, reubicar o incluso suprimir el artículo 443 del Código Penal y regular la sextorsión, sin ambages, como una forma de cohecho (no dinerario) puesto que comparte su lógica. Ello resolvería: las asimetrías entre la corrupción dineraria y la sexual, que actualmente se pueden saldar con la infrapenalización de esta última;

15 Morales Prats F y Rodríguez Puerta, M^a José, “Comentarios al art. 443 CP”, en Quintero Olivares, G y Morales Prats, F (Dir.), *Comentarios al Código penal*, 2016, Aranzadi y más recientemente Bonet Esteve, Margarita, “El sexo como elemento corruptor de la función pública: una propuesta de “*lege ferenda*” en relación con el cohecho (arts. 419 a 424 CP) y la solicitud sexual (art. 443 CP)”, en *Una perspectiva global del Derecho Penal Libro homenaje al profesor Dr. Joan J. Queralt Jiménez*, 2021, Atelier.

y las lagunas derivadas, bien de la restricción a “tener una pretensión pendiente o evacuar un informe” del apartado primero (la casuística es muy amplia y cabría que la prestación sexual se pida para “hacer la vista gorda”, por ejemplo), bien de los espacios de impunidad resultantes de la dificultad de prever la totalidad de escenarios potenciales (apartado segundo).

La reciente reforma de 2022 –que mantiene una redacción un tanto decimonónica para referirse a la voluntad de mantener un contacto sexual– supone una mejora en tanto que contempla expresamente algunas ausencias flagrantes como los centros de detención y custodia temporales y los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE)¹⁶, aunque es posible vislumbrar contextos no incluidos en la reforma que representan lagunas potenciales en la punición. Algunas situaciones en escenarios posibles pueden no encajar del todo con la noción de institución o centro; por ejemplo, controles policiales o identificaciones preventivas en lugares fronterizos no señalizados, aduanas, etc. Por otra parte, hay situaciones de poder o prevalencia en las que una solicitud sexual merecería idéntica sanción que en los supuestos legalmente previstos (sanitarios encargados del cuidado de personas enfermas, monitores o tutores que asuman el cuidado temporal de menores, o cualquier persona que, en

un momento puntual, tenga capacidad de influencia o decisión o sobre la vida de otro sin ser necesariamente funcionario público). Las conductas abusivas también pueden darse en una entrevista de trabajo en la que la relación laboral aún no se ha constituido y donde por tanto no se pueda aplicar el artículo 184 del Código Penal.

Los datos con que contamos sobre la sextorsión son escasos, hasta el punto de que se habla de ella como la “corrupción silenciosa”, la que no sale en las estadísticas. El cómputo de casos es estimativo, a partir de aproximaciones que exceden de la noción propia de esta figura: un tercio de las mujeres europeas son víctimas de violencia física o sexual y un 75% han sido objeto de algún tipo de acoso laboral. El barómetro global de *Transparency International* de 2019 contiene el informe *Rompiendo el silencio* con algunas cifras de alcance global y un análisis sobre determinados aspectos del fenómeno. En el llamado tercer mundo se vincula al acceso a servicios básicos, como los de salud o el agua; a procesos migratorios y a las fronteras, un auténtico agujero negro. En el “primer mundo” afecta especialmente a colectivos vulnerables, como las personas en situación administrativa irregular. Aunque se puede dar en cualquier contexto¹⁷, en cualquier servicio público (licencias, permisos), el riesgo aumenta cuando la víctima acumula condiciones de desventaja: ser mujer, con menores a cargo, racializada, pobre, “sin papeles”, que trabaja en la economía sumergida, etc., favorecida por la opacidad. El riesgo de abuso, no obstante, existe siempre, ya que es inherente al ejercicio de la función pública y propio de

16 Cabe citar, como antecedente, la sentencia absolutoria dictada por la Audiencia Provincial de Málaga de 5 de junio de 2015 en el caso seguido frente a cinco policías encargados de la custodia de un Centro de Internamiento de Extranjeros a quienes no se condenó por abuso sexual por no quedar acreditado el contacto sexual ni por las solicitudes a las internas por aplicación del principio de tipicidad, al no estar recogida dicha conducta en la literalidad del artículo 443.2 del Código Penal. El tribunal sí acogió y estimó la petición de la acusación popular ejercida por *Andalucía Acoge* de instar al gobierno, conforme al artículo 4.2 del CP, a que sancionara, en los mismos términos que a los funcionarios de prisiones, a aquellos funcionarios que llevaran a cabo esta conducta en relación con internos en un CIE.

17 Ana Linda Solano, consultora del programa EU-ROsocial + que ha estudiado especialmente el fenómeno en América Latina analiza diversos ejemplos en su artículo para *Agenda pública*: La extorsión sexual, una forma soterrada de corrupción | Agenda Pública (elpais.com)

un sistema estructuralmente discriminatorio para las mujeres.

Uno de los principales escollos es la infradenuncia, que es el primer paso hacia la impunidad. Lo que no se denuncia, no se investiga y no se castiga. La cultura del abuso implica la cultura del silencio. A los frenos ordinarios de la denuncia de corrupción en general (no disponer de prueba, pensar que el responsable no será castigado, tener miedo a represalias o no saber dónde ir)¹⁸ se suman los escollos específicos ligados al componente sexual: la culpa, la vergüenza o el estigma; máxime en determinadas culturas en que cualquier agresión sexual se procesa como una afrenta a la comunidad, además de al individuo, junto a la desconfianza en un sistema policial o judicial proclive a la doble victimización. También juega, en personas que acumulan episodios de violencia extrema, la bautizada por Seligman como “indefensión aprendida”, la inhibición de toda respuesta de enfrentamiento por puro agotamiento.

Hay referencias valiosas sobre la especificidad de género en materia de represalias. Tim Bray, creador del lenguaje HTML y ex-vicepresidente de Amazon, dimitió a causa de las represalias contra el personal de almacén que protestaba por la falta de medidas de protección frente al Covid y señaló¹⁹ que los despidos selectivos se dirigían deliberadamente hacia mujeres (y personas racializadas) como estrategia disuasiva para extender el miedo e imponer el silencio. Por su parte, el catedrático de economía (UPF) José García Montalbo documenta el mayor porcentaje de despidos de mujeres respecto del total de personas que incurren

en infracciones financieras sancionadas por el regulador FINRA en EUA.

Si tomamos nota de las conclusiones sobre cómo debe ser, en general, un buen sistema de denuncia de la corrupción con- vendremos en la necesidad de asegurar: que sea fácil (accesible, usable, sin requerimientos exorbitantes para el denunciante); que sea seguro (frente a potenciales represalias); y que sea útil (germen de una investigación diligente y una respuesta eficaz). Si a estos requisitos añadimos la especificidad de género sería preciso implantar canales sensibles a esta circunstancia, que cuenten con personal debidamente formado, y que proporcionen tanto acompañamiento psicológico como asesoramiento y orientación jurídica.

Los canales anónimos (ciegos al género) pueden ser una herramienta útil. La experiencia de la Oficina Antifraude de Cataluña –que dispone desde 2017 de una solución tecnológica de anonimización que impide el rastreo de la identidad digital (IP), al tiempo que permite la comunicación bidireccional con el informante– es que el anonimato dispara el índice de denuncias²⁰ sin menguar la calidad de su contenido, tomando como indicador objetivo la superación del Análisis Previo de Verosimilitud.

El género también importa en ámbitos que guardan una íntima relación con la corrupción. Es el caso de la transparencia, considerada como su mejor antídoto, en la medida en que facilita el escrutinio y seguimiento de las decisiones públicas. En la práctica de la Oficina Antifraude en materia de acceso a la información (transparencia activa) se observa, de manera recurrente,

18 En porcentajes del 56,9%, 44,6%, 36,8% y 26,7%, respectivamente (según datos del Barómetro 2022 de la OAC).

19 Carta pública: ongoing by Tim Bray · Bye, Amazon (tbray.org).

20 Las 430 denuncias recibidas en 2021 (de las cuales el 67% entraron por el buzón anónimo) representan un 132% más que la media recibida en el periodo 2010-2020 (185 comunicaciones). En 2022 se alcanzan las 554 denuncias (de las cuales 355 son anónimas, 338 vía el buzón anónimo).

un mayor porcentaje de peticiones de información (SAIP) por parte de hombres que por parte de mujeres. Esta asimetría es coherente con la que se produce en el ejercicio del derecho de acceso a información en poder de la administración de la Generalitat según los datos que publica la unidad de Gobierno abierto y los de la Comisión de Garantía (GAIP) en cuanto a las reclamaciones formuladas por denegación de información. Las peticiones a la administración son hechas por un 32% mujeres y un 57% hombres (el resto son personas jurídicas)²¹. En cuanto a las reclamaciones: sólo el 32% de los que reclaman son mujeres, frente al 68% de los hombres. Y estas cifras, de 2021, son las más igualitarias publicadas hasta la fecha. Son datos que tienen correlación con los del Estado y los de otras comunidades como Andalucía. Un artículo del presidente de la asociación Acredita²² planteaba como hipótesis: la brecha digital, el conocimiento desigual de los propios derechos, la distinta presencia de hombres y mujeres en el espacio público (más hombres) y privado (más mujeres) con dificultades de conciliación²³. En cualquier caso, es pertinente reproducir, entre las conclusiones sobre las políticas de inclusión la advertencia de la última cumbre de la Alianza para el Gobierno Abierto (OGP) en cuanto al bajo porcentaje de compromisos en este ámbito, ya que sólo un 2% tiene presente las consideraciones de género.

En materia de publicidad (transparencia pasiva) el *sello Infoparticipa* –elaborado por el *Laboratorio de Comunicación* sono-

ra, estratégica y transparencia (COMSET), vinculado a la Universidad Autónoma de Barcelona– constata que las alcaldesas son más transparentes que sus colegas alcaldes, en la medida que de manera recurrente los ayuntamientos con mujeres al frente obtienen mejores resultados en publicidad activa. El 2020 obtenían sello 29 alcaldesas, en tanto que el total de ayuntamientos catalanes gobernados por mujeres era de 23²⁴. Cabe precisar que el dato sólo atiende al género de la persona que ocupa la alcaldía y al cumplimiento de indicadores relativos a la información publicada en la página web. Tiene valor, no obstante, ya que es una tendencia sostenida en el tiempo.

Propuestas para aplicar la perspectiva de género a la lucha contra la corrupción

Si concluimos, ante el conocimiento académico y la práctica institucional, que el elemento de género incide en diversos aspectos de la corrupción es recomendable que las instituciones públicas con responsabilidades en este ámbito tengan en cuenta este factor a la hora de diseñar e implantar políticas públicas.

La Oficina Antifraude de Cataluña ha introducido la mirada de género a partir de los siguientes anclajes:

1. Promover la investigación y divulgar el conocimiento sobre esta materia. En este sentido recopila información, diseña cursos y participa en sesiones sobre esta materia²⁵.

21 Datos actualizados en agosto de 2022 (Visualització de l'evolució del dret d'accés. Govern obert (gencat.cat)).

22 Artículo de Francisco Delgado Morales, publicado en la Revista de Transparencia (RET), número 6, 2018, accesible en: FRAN_DELGADO.pdf - Google Drive.

23 La asimetría en el tiempo dedicado a cuidados no remunerados es de 4,4h al día frente a 1,4h según la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

24 Los resultados pueden consultarse en: <https://www.uab.cat/web/sala-de-prensa/detalle-noticia/la-uab-otorga-el-sello-infoparticipa-a-122-administraciones-catalanas-1345830290069.html?detid=1345818880516>

25 Los vídeos y el relato de la jornada monográfica sobre *Género, Poder y Corrupción*, organizado por la OAC en julio de 2019, son accesibles en: Género, poder y corrupción. Curso de verano 2019 de Antifraude | Oficina Antifraude de Catalunya.

2. Segregar datos para disponer de información fiable. Este ejercicio previo ha permitido a la Oficina Antifraude extraer conclusiones útiles para proporcionar alternativas seguras al silencio (denuncia con reserva de identidad o anonimato pleno²⁶) y para orientar los trabajos de prevención de la corrupción a partir de los datos sobre percepción y actitudes de la ciudadanía.

En el barómetro bienal se tiene en cuenta la variable de género, además de otras como la edad o el nivel de estudios.

Por otra parte, la OAC publica desagregados los datos sobre denuncias recibidas. Ello nos permite constatar cómo, históricamente, se registra un mayor número de comunicaciones de varones que de mujeres. La cifra (teniendo en cuenta el número total de denuncias acumuladas 2010-2021) es del 23% frente al 77%.

Mujeres			Hombres		
	Denuncias	% sobre total	Denuncias	% sobre total	
2010	15	14%	96	86%	
2011	20	22%	72	78%	
2012	27	25%	79	75%	
2013	20	15%	111	85%	
2014	38	28%	96	72%	
2015	28	22%	100	78%	
2016	37	28%	95	72%	
2017	28	23%	95	77%	
2018	23	27%	62	73%	
2019	25	27%	68	73%	
2020	28	29%	70	71%	
2021	27	23%	91	77%	
Total	316	23%	1.035	77%	

No obstante, esta segmentación puede quedar desvirtuada a partir de finales de 2017, con la implantación del buzón anónimo, que desde esa fecha viene acumulando el 65% del total de denuncias recibidas. Se pierde cierta información sobre el perfil de la persona que denuncia. Pese a todo, entre el personal al servicio público o grupos políticos se observa que la tendencia se invierte y proliferan las denuncias de mujeres, mientras que entre particulares se mantiene el sesgo de mayor denuncia por parte de varones.

	Mujeres	%	Hombres	%
Trabajador/a público	43	14%	88	9%
Representante de un grupo político	98	31%	253	24%
Representante sindical	13	4%	53	5%
Particular	162	51%	641	62%
Total	316		1.035	

3. Aumentar la consciencia y el conocimiento a través de iniciativas de sensibilización y formación. Esta actividad debe dirigirse tanto a la sociedad en su conjunto, como a los operadores jurídicos y al personal de las administraciones de manera específica. Resulta útil para identificar y corregir los sesgos existentes, evitar estereotipos, superar la doble victimización en los procedimientos, etc. También es necesario para corregir las disfunciones (normativas, organizativas, comunicativas...) detectadas.

5. Visibilizar a las mujeres como referentes éticos y reconocer la contribución femenina en materia de integridad. Este empeño nos lleva a velar por su presencia y participación al programar actividades de concienciación, al fomentar los trabajos de investigación o los programas de escrutini-

26 Información sobre el canal de denuncia disponible en: <https://www.antifrau.cat/es/investigacion/denuncia.html>

nio de políticas públicas, al diseñar los casos para estudio y discusión en jornadas de capacitación, al presentar expertas en los foros públicos o al seleccionar comitivas o grupos de representación institucional y en los espacios de liderazgo. Ello en cualquier formato, presencial o en línea, ya que la infrarrepresentación femenina también se produce en la conversación digital²⁷.

La técnica del *Name and Shame* (¿Dónde están las mujeres?) ha puesto en evidencia las ausencias clamorosas y abrumadoras de las mujeres en los foros públicos. Resulta dolorosa, aunque previsible, la invisibilización de las mujeres como alertadoras o facilitadoras²⁸. No son pocas, pero siguen ocultas a la mirada ciudadana. Sirva esta constancia final como modesto

ejercicio de reparación ante el escaso reconocimiento público que han recibido: Itziar González y Lourdes Conesa (caso *Ciutat Vella*), Carme González (caso *Mercuri*), Maite Carol (caso *Pretoria*) Ana Garrido (caso *Gürtel*), Gracia Ballesteros y Azahara Peralta (caso *Acuamed*), Dafne Carouane (investigaciones en *Malta*); Irène Frachon (caso *Mediator*); Sheron Watking (caso *Enron*), Brittany Kaiser (caso *Cambridge Analítica*), Stéphanie Gibaud (caso *UBS*), Erin Brocovich (caso *PG&A*), Rigoberta Menchú o Berta Cáceres (denuncias de abusos contra la comunidad indígena en Guatemala y en Honduras)... y otras tantas cuyo compromiso cívico es, todavía, insuficientemente conocido y valorado. Muchas gracias.



Mosaico de delfines. Finales del siglo 2/3 d.C. Museo Nacional Arqueológico de Tarragona

27 El informe sobre *Mujeres líderes en el umbral de la visibilidad* –que analiza la conversación digital sobre referentes en la política, la empresa y el periodismo– puede consultarse en: 220307_LLYC_Informe_Mujeres_ESP.pdf (llorenteycuenca.com).

28 La consideración de la desprotección de las personas alertadoras, en general, ha sido reiteradamente expuesta por la Oficina Antifraude. Las alegaciones efectuadas al respecto pueden consultarse en la web institucional: Protección de los alertadores | Oficina Antifraude de Catalunya.

Prevención de la corrupción en el Poder Judicial: el mapa de riesgo

Silvina CRUCHAGA / Joan QUERALT*

I. Introducción

La actividad pública en el sistema español es vigilada por múltiples instancias y mecanismos de control; para ejemplificar, a nivel autonómico existen oficinas especializadas para la implementación de mecanismos de evaluación de riesgos como el Consello de Contas de Galicia, Oficina Antifrau de Catalunya, Oficina de prevenció i lluita contra la corrupció a les Illes Balears, sistema de Alertas Rápidas de la Generalitat Valenciana, que postulan diseños de calidad institucional, control organizacional y/o de códigos de integridad contra la corrupción a nivel público¹. El nivel de eficiencia de estos controles se ve mermado ante la falta de obligatoriedad de que las instituciones públicas posean un mecanismo de identificación de riesgos (en particular, de riesgos delictivos y riesgos que afecten la integridad pública). Aún así, la finalidad de estas oficinas de crear mecanismos favorecedores de la integridad y que identifiquen los riesgos en diferentes

áreas de actividad pública puedan padecer (como la implementación de protocolos adecuados para cada una de las actividades o procesos y la evaluación constante de estos mecanismos) permite que los mecanismos de control (incluyendo los disciplinarios) se orienten a una cobertura de daños con finalidad preventiva y no solo represivos.

En el ámbito público se han desarrollado diferentes estrategias para la elaboración de códigos de conducta o de ética pública de aplicación a la actividad de las administraciones públicas y sus funcionarios. Se presenta asimismo, la elaboración de acuerdos o Pactos de Integridad a nivel autonómico o local, que implica el establecimiento de medidas anticorrupción en el concreto espacio de la contratación pública (entre TI-E y el Ayuntamiento de Madrid, la Generalitat Valenciana y la Junta de Castilla La Mancha, por ejemplo).

Estos mecanismos pueden analizarse a la luz de lo establecido normativamente respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El Código Penal español prescribe el programa de compliance (art. 31 bis 2 CP); programa del que la propia norma exige a la esfera pública de implementar (art. 31 quinquies CP). El mecanismo implica la existencia de modelos organizacionales y de gestión que identifiquen ámbitos de actividades que puedan ser espacios de ejecución de delitos, particularmente delitos de naturaleza financiera.

* La Dra. Cruchaga es autora, bajo la dirección del Prof. Joan Queralt, de la tesis *Transparencia y corrupción en el Poder Judicial: la dación de cuentas en la Justicia* y ex Becaria del TransJus de la Universitat de Barcelona. La presente contribución constituye un extracto actualizado y ad hoc para esta publicación de la mencionada tesis, reelaborada por ambos.

¹ Vid.: <https://www.ccontasgalicia.es/gl/>; <https://www.antifrau.cat/>; <https://www.antifrau.cat/es/dialectic/>; <https://www.oaib.es/>; Red de alertas-Consumo-Generalitat Valenciana, (todos visitados por última vez en noviembre de 2022).

Estos modelos deben, en primer término, estructurar protocolos o procedimientos para la toma de decisiones de las actividades observadas como sensibles a riesgos (delictivos). Asimismo, debe establecer un mecanismo de gestión, información de riesgos e incumplimientos; establece un sistema disciplinario; finalmente, verifica periódicamente que el mecanismo creado sea eficiente en función de la prevención de las conductas riesgosas, en su detección y en la respuesta objetiva e imparcial frente a las conductas irregulares de sus integrantes. Tales mecanismos de información e identificación, prevención, detección y gestión de daños frente a riesgos concretos se aproximan a mecanismos de control internos y replicables a las instituciones públicas.

Pese a las limitaciones, algunas iniciativas se implementan y se desarrollan en la Administración Pública, en ámbitos vinculados con la contratación pública y la realización de políticas públicas. En ningún caso se vinculan con la actividad desarrollada por el Poder Judicial, considerado como organización pública. El objeto del presente trabajo es el diseño de un *mapa de riesgo en el Poder Judicial, considerado como organización, para la prevención, identificación, gestión y estudio de riesgos, principalmente de integridad o de corrupción*. La estructura de este trabajo gira en torno a la elaboración de conceptos operacionales concretos para la confección de un Mapa de Riesgo y una Matriz de Riesgo, y a las conclusiones y propuestas.

II. Mapa de riesgo: propuesta para el Poder Judicial

Los controles existentes de responsabilidad sobre jueces y magistrados y sobre el órgano de gobierno no son eficientes en generar mayor y mejor control organiza-

cional en el Poder Judicial², pues no están pensados para ello, sino para la protección del buen funcionamiento de la Administración de Justicia como, singularmente, bien jurídico-penal. En cambio, los principios constitucionales de buena administración y de buen gobierno orientan a la transformación de los controles represivos en preventivos³; y los que se aplican sobre estructuras organizacionales se orientan a la buena gestión y a la defensa de los derechos de los ciudadanos. En suma se pretende un cambio de paradigma: se trata, sin minusvalorar la función reactiva, dar entrada, a los aspecto proactivos y preventivos del buen gobierno y la buena gestión.

En este contexto, tal como demuestran experiencias en sectores públicos y privados en los que ya se viene aplicando, el mapa de riesgo es una herramienta que visibiliza los sectores de mayor debilidad de una organización y en los que se puede generar, por circunstancias externas o

2 La responsabilidad sobre jueces y magistrados es de naturaleza jurídica con dos dimensiones: disciplinaria y penal (la responsabilidad civil ha sido eliminada del sistema legal español); la responsabilidad del órgano de gobierno también es jurídica (de naturaleza contencioso-administrativa sobre sus acuerdos y actos por ante el Tribunal Supremo, como de naturaleza económico financiera por el Tribunal de Cuentas). No existe responsabilidad de naturaleza política.

3 Juli Ponce (2012) concluye que el derecho administrativo aventaja al derecho penal en la prevención de la corrupción porque se desarrolló para proteger los derechos de los ciudadanos y la buena gestión pública, mediante el diseño de estructuras organizativas y procedimientos que conduzcan a ese resultado, reduciendo la discrecionalidad allí donde sea posible incrementando el derecho a una buena administración “e inyectando tanta transparencia y participación como sea posible.” (p. 112) La prevención de la corrupción mediante la garantía del derecho a un buen gobierno y a una buena administración en el ámbito; Ponce (2016) La innovación al servicio del buen gobierno y la buena administración Juli Ponce Solé; (2017) Transdisciplinariedad para la lucha contra la corrupción y la promoción del buen gobierno: Las experiencias de un instituto de investigación y un postgrado universitarios (URL visitados por última vez en noviembre de 2022).

internas, situaciones de riesgos contra la integridad o de corrupción. La propuesta de armar un mapa de riesgo de integridad o de corrupción es un eslabón entre otros dentro de las estrategias de un plan integral para la integridad y de prevención e identificación de la corrupción. Este instrumento jurídico-preventivo requiere indeclinablemente de una decisión política⁴. En segundo lugar, este mapa de riesgo carece de sentido si no se implementan a la vez otras estrategias de rendición de cuentas y control social, que comprendan desde el acceso a información como el diálogo de la organización con la ciudadanía y la relación entre los funcionarios públicos y los ciudadanos a través de la transparencia en la gestión y la adopción de los principios de buen gobierno en el Poder Judicial⁵.

Como presupuesto de su implementación, el mapa de riesgo debe realizarse empíricamente con la intervención de la organización que presenta una realidad que será evaluada desde sus fortalezas y debilidades, ante los riesgos que puede padecer. Así, en las líneas que siguen se combina el análisis de diferentes elementos (académicos, normativo-legales y técnicos) para arribar a un modelo lo más cercano posible a ese ideal. Somos conscientes de

que formulamos una aproximación externa al Poder Judicial; por ello nuestro mapa de riesgos será un diseño con características más deductivas y teóricas de lo que debe ser un verdadero mapa de riesgo. Por ello, la propuesta es una formulación de baja complejidad⁶ para identificar formas primarias de amenazas, situaciones y escenarios de riesgo de corrupción, ya que el mismo se realiza sin la participación de la institución judicial.

A. Lineamientos del mapa de riesgos

En este artículo, consideramos que la solidez del diseño de mapa de riesgo se basará en los siguientes aspectos: la racionalización de la gestión de riesgos y el marco metodológico. La norma ISO 31000:2018 establece un proceso lógico y sistemático para la gestión del riesgo en todo tipo de organización que enfrentan influencias internas o externas que tornan incierto el cumplimiento de sus objetivos; para la norma esa incertidumbre es el riesgo y toda actividad de una organización implica cierto riesgo. La gestión del riesgo es una arquitectura (principios, marco y proceso) para gestionar los riesgos con eficiencia, mientras que gestionar el riesgo se refiere a la aplicación de esta arquitectura a ciertos riesgos en particular. Lo que se busca de la gestión de riesgos es que sea sistemática, transparente y confiable a través de reglas comunes para permitir la ponderación de los mecanismos establecidos e integrar la gestión a la gobernanza, incluyendo a la mayor parte de actores interesados (desde los responsables del desarrollo de la política de la gestión de

4 Se recuerda que en todo el marco de definición del mapa de riesgo se brega por principios considerados indispensables para el compromiso público: la construcción de esta política pública desarrollada desde los principios rectores del gobierno abierto y la transparencia activa de los estados, el derecho fundamental de acceso a la información y la rendición de cuentas como aspectos de un mismo suceso político que es la realización de una democracia informada y participada. (Conf. entre otras, OAI, 2020).

5 Martha Badel Rueda (2008) sostiene que la elaboración de mapas de riesgos de corrupción en la Justicia resulta estratégica para garantizar no solo la política pública de integridad y rendición de cuentas, sino las normas y los procedimientos para prevenir y neutralizar la corrupción (conf. p. 6; Badel Rueda, Martha Elena *La corrupción judicial en Colombia. Una aproximación al mapa de riesgos*, visitado por última vez en noviembre de 2022).

6 Conf. la conceptualización utilizada en *Manual para la elaboración de mapas de riesgo*, p. 17 (URL visitado por última vez en noviembre de 2022).

riesgos; como los diseñadores, los gestores, los evaluadores de dicha gestión).⁷

El diagrama de evaluación se desarrolla vinculando los mecanismos COSO⁸ y SAINT⁹, así como sus modificaciones a tra-

vés de diversas guías de gestión de riesgos y control interno.

En segundo término, la definición de los factores del contexto externo e interno y la selección de los procesos se diseñan combinando los criterios de diversas guías de diseño institucional.

Se utilizan, por ejemplo, la Guía de aplicación y evaluación del art. 11 de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción; las guías de diseño de mapas de riesgo en las administraciones públicas de diferentes estados (europeos y latinoamericanos); las líneas orientadoras en la identificación de corrupción del Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), y de la Oficina Antifrau de Catalunya (OAC) principalmente. El paradigma que sostiene a todas las guías consultadas es o bien el de gobierno abierto/gobierno inteligente que propone una perspectiva de gobernabilidad orientada hacia el modelo de Gestión de Riesgos; o el de buen gobierno o buena gobernanza (en aquellos casos que desarrollo legal comienza a contenerlo). Los contextos así evaluados señalan los riesgos, establecerán prioridades para su

7 Conforme a lo expuesto en Introducción ISO 31000:2015, pp. 7/8, disponible en https://www.academia.edu/34709504/Gesti%C3%B3n_del_riesgo_IRAM-ISO_31000; (revisitado por última vez en enero 2023). Óscar Capdeferro Villagrasa, Óscar. Nuevas Respuestas Judiciales a La Corrupción Pública. Análisis Desde El Derecho Administrativo Y El Derecho Penal (New Judicial Responses to Public Corruption. An Analysis From Administrative and Criminal Law) visitado por última vez en agosto de 2021; UNE-ISO 31000:2018 Gestión del riesgo. Directrices. (visitado por última vez en noviembre de 2022).

8 Committee of Sponsoring Organization of the Treadway Commission identifica los componentes del mecanismo-metodología COSO III en cinco etapas; la Comisión Técnica del Instituto de Auditores Internos de España utiliza la misma estrategia (conf. <https://www.coso.org/Shared%20Documents/CROWE-COSO-Internal-Control-Integrated-Framework.pdf>; https://auditorresinternos.es/uploads/media_items/f%C3%A1bricacoso-sectorp%C3%BAblico.original.pdf, ambos visitados en enero 2023). Se comprende que es posible la implementación empírica de este procedimiento de control, sin que interfiera el principio de independencia judicial de jueces y magistrados. Como ejemplo concreto, la Auditoría Superior de la Federación (México) realiza evaluaciones desde 2014 aplicando la metodología COSO a instituciones del Poder Judicial (en concreto Consejo de la Judicatura Federal, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México); conforme Auditoría Superior de la Federación- Cámara de Diputados Estudio sobre la Implementación de los Sistemas de control Interno en el Sector Público Federal, 2016. Disponible en: *Estudios sobre la Implementación de los Sistemas de Control Interno en el Sector Público Federal* (visitado por última vez en noviembre de 2022).

9 La herramienta SAINT/IntoSAINT está diseñada por el Tribunal de Cuentas de los Países Bajos junto con el Ministerio del Interior y la Oficina de Integridad de la Ciudad de Ámsterdam para la evaluación de integridad (vulnerabilidad y resistencia) de las organizaciones del sector público (la segunda se orienta especialmente a las Entidades Fiscalizadoras Superiores (EFS) y se aplica a áreas de auditoría interna o fiscalización de control interno de organizaciones de todo tipo. Conf.: *Manual para la Conducción de Autoevaluaciones de la Integridad en las Entidades Fiscalizadoras Superiores*; y *Manual para la*

Conducción de Autoevaluaciones de la Integridad en las Entidades Fiscalizadoras Superiores (IntoSAINT) (ambos links visitados por última vez en noviembre de 2022).

La dinámica de esta metodología preventiva refiere a la realización de talleres. La robustez de la herramienta se basa en la construcción colectiva de los conceptos de vulnerabilidad y riesgo (la propiedad de las medidas de integridad es colectiva) y la importancia de la percepción individual de los participantes basados en sus experiencias laborales en la organización (sobre las etapas del diseño de la metodología *Manual para la Conducción de Autoevaluaciones de la Integridad en las Entidades Fiscalizadoras Superiores (IntoSAINT)*, visitado por última vez en noviembre de 2022). No se ha encontrado caso práctico en el que se haya iniciado una evaluación de este tipo sobre el Poder Judicial o por la propia organización judicial. La herramienta puede ser valiosa para el Poder Judicial porque sus puntos fuertes son su construcción en función de la idea de integridad y la valoración de la percepción de los actores individuales e internos de la organización.

monitoreo y la mitigación de riesgos, para finalmente elegir deductivamente qué tipos, qué riesgos encuadrar en el mapa de forma deductiva.

En tercer lugar, la solidez del diseño de la matriz de procesos y matriz de riesgos se funda en las líneas europeas de identificación de riesgos en el Poder Judicial producidas por GRECO y CCJE.¹⁰

Los documentos producidos por GRECO, CCJE y la Carta Magna de los Jueces permiten identificar auxilios y amenazas, es decir los riesgos de tipo externo que intervienen en el Poder Judicial español generados por las prácticas políticas entre el Poder Judicial y los otros poderes (procesos legislativos, procesos político-institucionales, etc.) e instituciones del estado español y autonómico que configuran el sistema político o el sistema judicial e influyen directamente en el Poder Judicial. GRECO, en la Cuarta Ronda de Evaluación retoma su preocupación respecto de independencia judicial y la asocia a la integridad y la corrupción¹¹; comprende como áreas con riesgos de corrupción de los poderes judiciales de los estados miembros del grupo, a los siguientes:

- nombramiento de los miembros del consejo judicial.
- nombramiento de jueces y magistrados;

- carrera judicial: promociones, condiciones de trabajo, salarios;
- gestión de casos y procedimiento;
- principios éticos y normas de conducta, declaraciones de bienes e ingresos, identificación de conflicto de interés, incompatibilidades y prohibiciones, recusación y abstención;
- disciplina y sanciones: supervisión y cumplimiento de los deberes éticos y de la carrera;
- procesos de formación, concienciación y asesoramiento respecto de cuestiones éticas y corrupción.

De las respuestas dadas por España al GRECO, éste realizó las siguientes recomendaciones:

v. realizar una evaluación del marco legislativo que rige el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) y de sus efectos sobre la independencia de este órgano frente a cualquier influencia indebida, real y aparente, con objeto de corregir cualquier deficiencia que se detecte (párrafo 80);

vi. se estipulen por ley los criterios objetivos y los requisitos de evaluación para el nombramiento de altos cargos en la judicatura, por ejemplo, presidentes de las Audiencias Provinciales, de los Tribunales Superiores de Justicia, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo, con el fin de garantizar que estos nombramientos no pongan en tela de juicio la independencia, imparcialidad y transparencia de este proceso (párrafo 89);

vii. que (i) se adopte y se facilite el acceso al público de un código de conducta para jueces y (ii) que se complemente con servicios de asesoría especializados en conflictos de intereses y demás materias relacionadas con la integridad (párrafo 101);

viii. ampliar el plazo de prescripción para procedimientos disciplinarios (párra-

10 Consejo de Europa- Consejo Consultivo de Jueces Europeos (2010), *Carta magna de los jueces* (visitado por última vez en enero 2023).

11 "Focusing on corruption prevention in respect of parliamentarians is a natural continuation of GRECO's scrutiny of political financing during the Third Evaluation Round and prevention of corruption regarding judges (including lay judges) and prosecutors represents an in-depth follow-up to a particularly important element of the First Evaluation Round, the independence of the judiciary." (Introducción Informe Cuarta Ronda de fecha 19 de octubre de 2012, GRECO-Consejo de Europa, 19 de octubre de 2012). Disponible en (visitado por última vez en noviembre de 2022): <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806cbdfe>.

fo 116); (*Informe de evaluación aprobado en la 62ª Reunión Plenaria de GRECO- Estrasburgo, 2 a 6 de diciembre de 2013*).

Estas recomendaciones presuponen un conjunto de amenazas. La recomendación V se refiere a la indebida influencia (real o aparente) en la independencia del órgano de gobierno del Poder Judicial teniendo en cuenta el contexto externo configurado por el marco normativo. De la recomendación VI las amenazas parten del sistema de elección de altos cargos judiciales que afecten la independencia, imparcialidad y la transparencia. De la VII la amenaza responde a la ausencia de un código de ética profesional o la falta de acceso público al mismo, como también la necesidad de delinear de mejor manera reglas respecto de conflictos de interés e integridad. Respecto de la última recomendación, la debilidad surge de la capacidad real del control disciplinario.

A partir de estas recomendaciones, el estado español tuvo posibilidad de establecer objetivos y políticas orientadas al mejoramiento de los aspectos cuestionados. En el Informe GRECO adoptado en marzo y publicado en septiembre de 2021 se concluye que la recomendación V no se ha cumplido¹², respecto de la recomendación VI fue observada como parcialmente cumplida¹³ y las recomendaciones VII y VIII

fueron valoradas como cumplidas. De las recomendaciones no cumplidas o parcialmente cumplidas, GRECO pide al Jefe de la Delegación de España presente información antes de marzo de 2023¹⁴.

De estas recomendaciones y del contenido de la Carta Europea sobre el Estatuto del Juez, se puede señalar que los nombramientos son el principal campo de tensión entre los principios de independencia e imparcialidad (integridad, finalmente) respecto a la injerencia de otros poderes. Teniendo en cuenta los intereses del cuestionario de evaluación de 2012 y de los informes de 2014 y del segundo informe de cumplimiento 2021 GRECO considera que en el sistema español las amenazas se focalizan en las siguientes áreas de riesgo:

- Marco legislativo del CGPJ, referido a la influencia real o aparente en la independencia del órgano de gobierno.
- Sistema de selección de altos cargos judiciales: los sistemas discrecionales de elección de jueces y magistrados.
- Sistema ético, pocas medidas de control de conflictos de interés e integridad.
- Sistema de control disciplinario eficiente.

del CGPJ repercuten negativamente en las decisiones de nombramiento adoptadas por este último. Incluso si los procedimientos para el nombramiento de los puestos superiores de la judicatura se han articulado y mejorado con el tiempo, como se ha descrito anteriormente, persiste a los ojos de los ciudadanos una sombra de duda sobre su imparcialidad y objetividad. Dado el amplio margen de discrecionalidad con que cuenta el CGPJ para el nombramiento de los puestos superiores de la judicatura, la cuestión de su composición parece de importancia primordial. Esta es otra razón que demuestra la importancia crítica de implementar debidamente la recomendación vi. 54. GRECO concluye que la recomendación vi continúa parcialmente cumplida." (p. 12, visitado en enero 2023: <https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-con-respecto-a-/1680a3fd52>).

14 Conf. Conclusiones del informe 112 y 113 (visitado por última vez en enero 2023): <https://rm.coe.int/quinta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-y-promocion-de-/1680a5f3c2>

12 "43. En este contexto, GRECO solo puede lamentar la falta de un avance positivo tangible en este ámbito. GRECO insta a las autoridades a que apliquen sin demora la recomendación V. Al hacerlo, es sumamente importante que se consulte al Poder Judicial y que tenga voz en las decisiones clave relativas a su funcionamiento y a sus prioridades. Los debates necesarios a este respecto con otros poderes del Estado deben celebrarse en un clima de respeto mutuo y tener especialmente en cuenta la preservación de la independencia y la imparcialidad del poder judicial" (p. 10, visitado en enero 2023: <https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-con-respecto-a-/1680a3fd52>).

13 "53. Por último, GRECO señala que, lamentablemente, las críticas sobre la percepción de politización

Por su parte, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) preparó en enero de 2018 un cuestionario de consulta respecto de integridad y corrupción judicial dirigido a los estados parte. El CCJE pidió una respuesta desde la práctica judicial y no desde la formalidad de las leyes¹⁵. Esta consulta fue la base para elaborar la Recomendación 21 que trata sobre “Integridad judicial y lucha/prevención de la corrupción en el sistema judicial”. El cuestionario construye la definición de corrupción judicial desde una perspectiva de las percepciones¹⁶, y describe las maneras cómo los estados garantizan la integridad judicial y previene la corrupción entre los jueces. El Estado español no ha respondido a la encuesta¹⁷, por lo que no se puede deducir qué consideran las autoridades respecto de estas líneas de análisis.

Por su parte, la Carta Magna de los Jueces¹⁸ identifica como áreas sensibles del

Poder Judicial en las que la independencia y la imparcialidad puedan sufrir amenazas concretas, los mecanismos de selección y nombramiento (en la medida que sean o no objetivos o en el órgano de gobierno al ejercer la garantía de independencia judicial al ejercer el mecanismo de elección).

B. Elementos del mapa de riesgo en el Poder Judicial

A la luz de los anteriores requerimientos y presupuestos se han de diseñar los mapas de riesgos. Todas las propuestas de construcción de mapas de gestión de riesgos plantean la evaluación del contexto o marco de referencia. El contexto externo es el espacio de procesos sociales, prácticas y procedimientos en el que la organización se desarrolla y que esta no puede controlar. El contexto externo puede crear, influir y modelar la organización; comprende el ambiente social, cultural, político, normativo (en todos sus niveles), económico-financiero, tecnológico, entre otros; y las relaciones que se crean entre la organización que se estudia y su contexto que establecen fortalezas y debilidades, oportunidades y amenazas de corrupción¹⁹. El contexto interno es el espacio social donde la organización busca alcanzar sus objetivos; involucra la estructura organizacional, sus normas internas (formales e informales), su cultura (valores y percepciones); la forma de gobierno, sus funciones, sus obligaciones, las políticas para lograr sus objetivos; sus recursos humanos, los procesos, el capital; la forma en que se construye un sistema de informa-

15 “Please in your answers do not send extracts of your legislation but describe the situation in brief and concise manner. Comments on what is also happening in practice, and not only on point of law, will be much appreciate.”, refiere el documento. CCJE prepares Opinion on judicial integrity and corruption - Newsroom (visitado la última vez en noviembre 2022).

16 Particularmente las preguntas 2.3 (“How are the reasons for corruption among judges perceived in your country? Is there a difference between perceived reasons for corruption among judges and perceived reasons of corruption among other public officials?”) y 2.5 (“Is there any difference between the perception of corruption and the actual extent of corruption in your country? If the answer to this question is affirmative, please briefly describe which factors may influence such discrepancy.”) <https://rm.coe.int/questionnaire-preparation-opinion-no-21-2018-integrity-judges-corrupti/1680794726> (visitado por última vez en noviembre 2022).

17 *Opinion* No. 21 “Preventing corruption among judges” (visitado por última vez en noviembre 2022).

18 La Carta postula dos presupuestos para el correcto funcionamiento del poder judicial: la independencia (estatutaria, funcional y económica, interna –pto. 10– y externa) y la imparcialidad (igualdad de armas entre defensa y ministerio público, pto.11). Para la Carta, los estados tienen la obligación de crear un consejo que tenga como atribución principal la defensa de la independencia judicial (pto. 13), que sea independientemente del ejecutivo y del parlamento y compuesto en su mayoría o totalidad por jueces, además de tener la obligación de rendir cuen-

tas: “El Consejo de la Justicia tiene que rendir cuentas de sus actividades y de sus decisiones (pto. 13)”. Disponible en <https://rm.coe.int/magna-carta-spanish/168063e44a> (visitado por última vez en noviembre de 2022).

19 Conf. *Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción 2015* (visitada última vez en enero 2023).

ción, los procesos de toma de decisión, los flujos de información; la interacción entre las partes internas de la organización, etc. El contexto interno implica el mayor conocimiento de la entidad, de sus objetivos, metas, estrategias, procesos y procedimientos; el organigrama institucional, el sistema de administración, de gestión y de control (general y de corrupción).

La evaluación del contexto externo e interno permite, en primer término, la identificación de procesos²⁰ y los factores²¹ que influyen en la organización y los riesgos²².

Todo sistema social tiene un tipo de organización más o menos formal— que se integra de estructura, jerarquía, objetivos y procedimientos para alcanzar unos fines específicamente determinados; el diseño organizacional de los mecanismos de control fortalece la gobernanza organizacional. La Justicia y el Poder Judicial en su dimensión poliédrica de Poder Público y

Administración de Justicia o servicio público de justicia se ajusta a estos conceptos de organización con una trascendencia aumentada: la gobernanza que se construye no solo es intra-organizacional sino que la faz extra-organizacional constituye la base de la paz social y consolida la confianza pública. Fomenta el diálogo de la organización con la ciudadanía, como la relación entre los funcionarios públicos y los ciudadanos a través de la transparencia en la gestión y la asunción de los principios de buen gobierno en el Poder Judicial.²³

23 Para la reflexión de estos conceptos: desde una perspectiva jurisprudencial, las SSTC 56/1990; 62/1990; 31/2010; 162/2012 y 235/2012; 120/2014; 173/2014, entre otras sentencias.

Sobre el concepto de Justicia, servicio público de justicia, Poder Judicial y Administración de Justicia, la bibliografía de análisis jurídico es prolífica. Se mencionan aquí otros artículos que reflejan otras perspectivas de análisis, como la sociológica o de las ciencias políticas, que pueden ampliar la mirada y enriquecerla aún más. Sobre gobierno judicial, Linn Hammergren (2002). *Independencia judicial y rendición de cuentas: el balance cambiante en las metas de reforma*. http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/3923/ren_cuentas.pdf?sequence=1&isAllowed=y; *Apuntes para avanzar en el debate sobre cómo mejorar el Gobierno Judicial*, <http://biblioteca.cejamerica.org/handle/2015/262>; (2006 a) *Apuntes para avanzar en el debate sobre Cómo mejorar el gobierno judicial. Revista Sistemas Judiciales. Revista n° 10 Gobierno Judicial*; (2006, B) *Independencia judicial y rendición de cuentas: el balance cambiante en las metas de reforma*. http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/3923/ren_cuentas.pdf?sequence=1&isAllowed=y (revisado en marzo 2020); Caballero, José A.; de Gràcia, Carlos Gregorio y Hammergren Linn. *Buenas Prácticas para la implementación de soluciones tecnológicas en la administración de justicia*. Seminario sobre Tendencias Recientes y Buenas Prácticas en la aplicación de Tecnologías Digitales al Proceso Judicial. *Ilusticia* (revisado en agosto 2021). Sobre gobernanza judicial: Ng (2011) Ng, Gar Yein (2011) *A discipline of judicial governance? Utrecht Law Review*. Volume 7, Issue 1 (January) 2011, pp. 102-116. <https://utrechtlawreview.org/articles/10.18352/ulr.149>, revisado en noviembre 2022; URN:NBN:NL:U:10-1-101163; Akutsu, Luiz y Tomas de Aquino Guimarães (2012). *Dimensões de governança judicial e sua aplicação ao sistema de judicial brasileiro. Revista Direito CV*, Sao Paulo 8 (1). Jan-Jun 2012. Pp. 183/202. Disponible en <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireito-gv/article/view/23999/22753>; (revisado en noviembre 2022); ; (2015). *Governança judicial: proposta de modelo teórico-metodológico*, Revista de Administração

20 Un proceso es “un método para convertir recursos en productos y servicios que logren las tareas y las metas de la organización” (Manual IntoSAINT, 2014, p. 21). Para la OAI (2020) el proceso es “un conjunto de actividades interrelacionadas que crean valor y transforman recursos (entrada de proceso) en un producto (salida de proceso) destinado a una persona interna o externa a la administración (usuario)” (p.12). La organización, para lograr sus resultados requiere la planificación de procesos. Para la clasificación de procesos, ver *Guía Marco de Gestión de Riesgos de Corrupción en Organismos Públicos*.

21 La OAC (2011) identifica a los factores de los riesgos de corrupción en externos, internos e individuales, según se encuentran fuera del control del organismo público o de su organigrama. En términos de la normativa de gestión de riesgos, refiere a procesos de actividad explícitos que no tergiversen misiones u objetivos institucionales. Para el Consejo de Contas, los riesgos vinculados a la corrupción en el ámbito público se identifican con “las diferentes formas de corrupción”: (conf. *Metodología para a Administração de Riscos*, Conselho de Contas, p. 13/14).

22 La ISO 31000:2015 define el riesgo como el efecto de una incertidumbre sobre el logro de los objetivos, una desviación respecto de lo esperado por la organización. (conf. ISO 73:2013 e ISO 31000: 2015). SAINT define riesgo como la posibilidad o probabilidad de la ocurrencia de cierto incidente no deseable multiplicado por su impacto o el daño que causaría (Riesgo=Probabilidad x Impacto).

B.1. ¿Qué es un proceso en el Poder Judicial?

Cuando hablamos de los procesos en el Poder Judicial, nos encontramos con un entramado de reglas (tanto jurídicas como técnicas), que desarrollan los diferentes aspectos de su actividad, unas políticas públicas establecidas para la realización plena de la misma y un conjunto de prácticas institucionales relacionadas a las maneras (formales e informales) de realizar aquella. Este entramado configura los procesos del Poder Judicial que integrarán un mapa de riesgos.

El proceso para la gestión de riesgos en el Poder Judicial debe significar un reflejo de los valores constitucionales del Estado social y democrático de Derecho, con los que ha de sintonizar plenamente la cultura judicial, los procesos, las estructuras organizacionales, los procedimientos y las estrategias para satisfacer a los ciudadanos su función pública, esto es, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. La identificación sistemática de las situaciones que pueden generar prácticas que afecten a la integridad

permitirá la redacción simple de los riesgos de corrupción de cada área o proceso. Esta identificación se realiza por el contexto interno, que elaborará un “mapeo de procesos”: identificar, analizar, describir y representar la lista completa de procesos llevados a cabo por la organización que integrarán el mapa de riesgos (Conf. OAIB, 2020, p.12).

B.2. ¿Qué es un riesgo en el Poder Judicial?

Para el cumplimiento de sus fines o el logro de sus objetivos, el Poder Judicial realiza ciertos actos. Esos actos pueden ser actividades (aisladas) o procesos de actividades continuas (vinculando procesos), que buscan el cumplimiento de objetivos; los resultados así obtenidos son considerados productos. Cualquier situación que impida la realización de un objetivo, es una desviación o incertidumbre; esta desviación o incertidumbre representa un riesgo²⁴.

El riesgo así prefigurado se configura como *la probabilidad que ocurra un suceso o situación generadora de una incertidumbre sobre el logro de los objetivos institucionales del Poder Judicial. También puede afectar otros aspectos organizacionales como la misión, la visión o los procesos del poder judicial, con una consecuencia negativa o perjudicial; esa consecuencia es una afectación o modificación de signo*

Pública, Vol. 49,Nº4. jul./ago. Pp. 937/958. (revisado en agosto 2021); Garoupa, Nuno; Ginsburg, Tom (2008) *Guarding the Guardians: Judicial Councils and Judicial Independence* (revisado en agosto 2021); Kosař, D. (2016). *Perils of Judicial Self-Government in Transitional Societies* (Comparative Constitutional Law and Policy). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/CBO9781316282519. Sobre políticas públicas judiciales, da Silva, Jeovan & Florêncio, Pedro (2014). *Políticas Judiciárias no Brasil: o Judiciário como autor de políticas públicas* Revista Do Serviço Público, 62(2), p. 119-136; (revisado en noviembre de 2022). Sobre el concepto organizacional del Poder Judicial desde una perspectiva perspectiva de las ciencias políticas y de la Administración Pública: López Sánchez, Eliseo y Casal Oubiña, Daniel (2018). El proceso de traspaso de la administración de justicia como instrumento de análisis de las dinámicas del Estado Autonómico. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública* 5-1 2018, pp. 67/89. Disponible en (revisado en noviembre 2022): <http://dx.doi.org/10.5209/CGAP.60611>. Todos los URL de esta nota fueron revisados en enero de 2023, salvo los indicados de manera específica.

24 Para Saint la integridad posee cinco dimensiones; una de ellas, la política global de integridad debe intervenir en la sanción como, y sobre todo, en la prevención; “[e]l daño en el sector público puede ser definido en términos de pérdida económica, imparcialidad o baja calidad de los servicios y bienes públicos brindados al público en general, pérdida de ingresos tributarios, pérdida pública del respeto o confianza depositada en el gobierno, [...]El común denominador es que el abuso de poder daña la imagen del sector público y socava la confianza pública y la legitimidad del gobierno.” (*Manual para la Conducción de Autoevaluaciones de la Integridad en las Entidades Fiscalizadoras Superiores (IntoSANT)* p.11, revisado enero de 2023).

*negativo de la posición de los beneficiarios de la actividad institucional (ciudadanos) o en sus integrantes.*²⁵

Esta concepción de riesgo se encuentra vinculada con la definición organizacional de los objetivos y las metas institucionales del Poder Judicial; por lo que una vez determinados estos, pueda considerarse los riesgos que interfieran o produzcan efectos negativos en el cumplimiento de esos objetivos y metas.

B.3. ¿Qué es gestión de riesgos?

Todas las organizaciones, aún las más informales, enfrentan riesgos y, para poder hacerles frente, estructuran mecanismos de prevención de riesgos. Las normas ISO 31000:2018 proponen realizar un estudio crítico de sus prácticas y procesos que sea eficaz; es decir, que cree una arquitectura de principios, marcos y procesos para enfrentar los riesgos. Así, cabrá pasar a la acción organizacional de poner en dinámica esa estructura. Cuando este esquema busca que esa herramienta sea sistemática, transparente y confiable a través de reglas comunes para poder ponderar los mecanismos establecidos, se habla de gestión de riesgos, integrada en la gobernanza, los valores y la cultura de la organización en particular²⁶.

25 Conforme las definiciones de riesgo de corrupción y de corrupción judicial de los recursos citados, particularmente: Bader Ruda (2008) *La corrupción judicial en Colombia. Una aproximación al mapa de riesgos*, conf. p. 8/16; visitado por última vez en noviembre de 2022; OAC (2011) *Identificar y gestionar los riesgos de corrupción*, revisado en noviembre de 2022 principalmente p.2; *Plan Anticorrupción y Acciones de Participación en el marco de MIPG*. La Auditoría Superior de la Federación (ASF, México) y el Consejo de Contas de Galicia postulan una tipología similar de riesgos en el ámbito público (estratégico, a la integridad, operacional, reputacional, financiero, legal o tecnológico; ver *Guía de Autoevaluación de Riesgos a la Integridad en el Sector Público*; y *Metodología para a Administración de Riesgos*, Consejo de Contas. revisado en enero de 2023).

26 Siempre existe algún mecanismo de gestión de los riesgos en las organizaciones a través de una revisión

B.4. Valoración de los riesgos

La calificación o valoración de los riesgos es un proceso que otorga un criterio —que puede ser de carácter numérico o de carácter valorativo— respecto de los riesgos, e indican cuán posible de ser afectada es un área o proceso en el Poder Judicial. Los tres elementos de esta valoración son la probabilidad, el impacto y las zonas de riesgo.

1) La probabilidad de riesgo es la oportunidad o posibilidad de ocurrencia de ese evento. Se mide según la frecuencia (número de veces en que se ha presentado el riesgo en un período determinado); se toman unidades de tiempo y se contabilizan las veces que los sistemas de control existentes han identificado la producción de ese riesgo. En todo caso, deben contarse con sistemas de control que ya hayan reconocido la posibilidad de riesgos (estratégicos, a la integridad, reputacionales, operacionales, financieros; en nuestro estudio, de corrupción); es decir que la organización cuente con sistemas sensibles a estas problemáticas. En caso de no contar con sistemas de control de riesgos concretos, puede medirse por la factibilidad (factores internos o externos que pueden determinar que el riesgo se presente o a través de métodos deductivos sobre resultados de otros sistemas de control no específicos). La organización judicial no cuenta con evaluación de riesgos, pero sí utiliza mecanismos de control interno, los que pueden utilizarse de manera deductiva. Por

crítica de las prácticas y procesos de una organización; esta identificación puede realizarse a través de técnicas cuantitativas (auditorías) y cualitativas (que surgen de la experiencia y conocimiento organizacional). In extenso: *Guía de Autoevaluación de Riesgos a la Integridad en el Sector Público*, s/f., p. 17; sobre la tipología de riesgos, *Guía de Autoevaluación de Riesgos a la Integridad en el Sector Público*; y *Metodología para a Administración de Riesgos*, Consejo de Contas, revisados en enero 2023.

ejemplo, el mecanismo de control disciplinario no es un mecanismo de identificación de riesgos; pero de las sanciones aplicadas sobre el comportamiento judicial demuestra las oportunidades en las que el sistema de control fue capaz de identificar dichas conductas. En el caso, la cantidad de veces que se castiga una conducta en una unidad de tiempo puede servir de patrón.²⁷

2) El impacto se comprende como las consecuencias o efectos que puede generar la materialización del riesgo de corrupción en la entidad y se considera que siempre será negativo. La calificación de impacto se realiza en función de una matriz o formato consistente en un conjunto de preguntas que deben responderse afirmativa o negativamente y, dependiendo de la cantidad de respuestas afirmativas o negativas, se determina una graduación para determinar el impacto en diversas categorías. Este puede ser bajo/medio/ o alto impacto; moderado/mayor/ o catastrófico. La OAC (2011) concluye que los riesgos de corrupción –dadas sus consecuencias– en ámbito público se clasifican como riesgos graves y muy graves²⁸.

27 Una aproximación deductiva en base a un estudio estadístico de las sanciones aplicadas por el CGPJ en el plazo 2010/2021 permite observar que se aplicaron un centenar y medio de sanciones por retrasos en el procedimiento judicial (art. 417.9, 418.11 y 419.3 LOPJ), lo que representa el 60% de las sanciones totales. Las faltas vinculadas a incompatibilidades del art. 417.6 y 418.14 LOPJ se identificaron en tres oportunidades. Podría concluirse que es más probable un riesgo que afecte la extensión del procedimiento, que un riesgo que afecte a la imparcialidad por incumplimiento de las incompatibilidades; o que el mecanismo de control sea ineficiente en el segundo caso (conf. <http://hdl.handle.net/2445/123318>, y actualización). Una calificación de probabilidades de riesgos en el Poder Judicial puede seguirse según los criterios de la *Guía para la Gestión del Riesgo de Corrupción 2015*, que califica en cinco niveles (visitado por última vez en enero 2023).

28 El impacto en el Poder Judicial siempre es relevante ya que la mayor cantidad de casos afectarán a cuestiones de riesgos reputacionales, por lo que no se considera adecuado mantener una categoría de riesgos como mínima o “insignificante”.

3) De la combinación de calificaciones de probabilidad e impacto se establece un nuevo cuadro que determinará una calificación de riesgo de corrupción, estableciendo zonas de riesgo. Será una clasificación en tres o cuatro categorías de riesgo (bajo, moderado, alto; a las que puede agregarse la categoría de extremo). Estas zonas significan que los riesgos que en ellas se producen deberán ser identificados y minimizados a través de estrategias o medidas concretas para mejorar las calificaciones reduciendo los riesgos al mínimo valor posible en cada proceso.

B.5. ¿Qué objetivos cumple un mapa de riesgo en el Poder Judicial?

Se puede postular entonces, como objetivos general y específicos:

Objetivo General

Esto supone interiorizar en los jueces y magistrados, en los otros poderes del estado y en la sociedad el fortalecimiento de la integridad y el rechazo a la corrupción judicial, a través del: 1) establecimiento de áreas de la actividad judicial sensibles a riesgos a la integridad y de corrupción; 2) y la promoción de acciones que faciliten su prevención, control y seguimiento; 3) poner en conocimiento las acciones encaminadas a promover la transparencia y la rendición de cuentas.

Objetivos Específicos

En síntesis se pueden cifrar como sigue:

- respecto del Poder Judicial como organización: extender las políticas de transparencia y rendición de cuentas, centrando en la sociedad las estrategias implementadas; establecer mecanismos de identi-

- ficación y gestión de los riesgos de corrupción; brindar a la sociedad servicios oportunos y efectivos para el control social (audiencias públicas, divulgación y publicaciones en la web, etc.)
- respecto de los jueces y magistrados como funcionarios: construir colectivamente reglas y compromisos de integridad, a través de la autoevaluación de los riesgos a la integridad, reputacional y de corrupción.
- respecto de los ciudadanos: promover el ejercicio del control social sobre el Poder Judicial.

C. Matriz de Evaluación de procesos y Matriz de Riesgos

En el tercer eje de solidez del diseño de mapa de riesgos –reseñado en páginas anteriores– consolidado en los estudios de GRECO y CCJE, fundamentalmente, sirven para la elaboración del listado o “mapeo de procesos” (conf. OAIB, 2020) en el Poder Judicial observado como organización. Los procesos identificados como “sensibles a riesgos de integridad” por los contextos externo e interno pueden clasificarse de la siguiente manera, construyendo la matriz propuesta:

- A. procesos de integridad
 1. subproceso de principios éticos y códigos de conducta
 2. subproceso de declaración de bienes
 3. subproceso de declaración de conflictos de intereses, incompatibilidades y prohibiciones
 4. subproceso de formación/concienciación y asesoramiento sobre cuestiones éticas
- B. procesos de elección, nombramiento y formación
 1. subproceso de elección de miembros del CGPJ

2. subproceso de nombramientos “discrecionales” por el CGPJ
3. subproceso de nombramiento de jueces y magistrados
4. subproceso de formación
- C. proceso de carrera judicial
- D. proceso de control

Una vez enumerados los procesos, hay diferentes estrategias para establecer los riesgos que puedan acontecer en cada uno de los mismos. La OAC²⁹ señala que todas las funciones públicas son intrínsecamente vulnerables a riesgos a la integridad y que ello conlleva que la institución haga dos ejercicios: uno, de concienciación que todo cargo en el que haya capacidad de decisión y administración de recursos para conseguir el fin organizacional puede estar en una situación de riesgo; y el segundo ejercicio, de comprensión que siempre existe riesgo, por mínimo que sea o improbable que parezca.

La estrategia de identificación y evaluación de riesgos que plantea la OAC es una indagación a través de preguntas simples. Esta estrategia es eficiente y permite una evaluación crítica de los procesos por los que se satisfacen los objetivos de la organización:

El riesgo cero no existe. No podemos prevenir ni evitar todos los riesgos, pero sí podemos identificarlos, minimizarlos y gestionarlos. Para gestionar los riesgos de conductas y situaciones contrarias a la integridad, observe su unidad, organismo, entorno y territorio y pregúntese: ¿Qué puede ir mal?; ¿De qué manera?; Si algo va mal, ¿cuáles serán los costes, incluidos los de reputación?; ¿Qué unidades, qué puestos de trabajo y qué personas están tomando las decisiones de riesgo? A partir de estas re-

29 Conf. (revisado en noviembre 2022): https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Documents/Recursos/0001esp_eines_integricat.pdf

flexiones puede buscar mecanismos eficaces para gestionar los diferentes riesgos a los que se enfrenta.” (OAC, 2011. Identificar y gestionar los riesgos de corrupción. Orientación para directivos.)

La propuesta del ente tiene la facilidad de ser intuitiva; es decir, son preguntas accesibles que permiten la identificación de eventos que afecten la obtención de un

resultado institucional concreto. Llevado a cabo la definición de matrices en estos dos pasos, es decir, la matriz de la identificación de procesos y subprocesos dentro del Poder Judicial y la matriz de identificación de riesgos, se pasa a la aplicación concreta. Para cada uno de los procesos y subprocesos se aplica el cuestionario de identificación de riesgos propuesto por la OAC:

Riesgo	Pregunta A ¿Qué puede ir mal? ¿De qué manera?	Pregunta B Si algo va mal, ¿cuáles serán los costes, incluidos los de reputación?	Pregunta C ¿Qué unidades, qué puestos de trabajo y qué personas están tomando las decisiones de riesgo?
Proceso			
A. Proceso de Integridad			
A.1 Subproceso principios éticos y códigos de conducta			
A.2 Subproceso Declaración de Bienes			
A.3 Subproceso Declaración Conflictos de Intereses y segundas actividades			
A.4 Subproceso formación/ concienciación y asesoramiento sobre cuestiones éticas			
B. Procesos de elección, nombramiento y formación			
B.1 Subproceso Elección de miembros del CGPJ			
B.2 Subproceso Nombramientos discrecionales por el CGPJ			
B.3 Subproceso Nombramiento de juezas y jueces			
B.4 Subproceso Formación			
C. Proceso de la carrera judicial			
D. Proceso de control			

Tabla 1. Tabla Matriz de evaluación de procesos y evaluación de riesgos. Referencias Preguntas de los riesgos conforme OAC, 2011. Identificar y gestionar los riesgos de corrupción. Orientación para directivos. Selección de procesos en función del desarrollo teórico previo.

III. Propuestas

Para las propuestas se utiliza la misma estructura de la Matriz de Riesgos. Cada uno de los recuadros plantea riesgo y una potencial solución; como ejercicio deductivo, estas propuestas buscan el diálogo y la reflexión respecto de posibles cambios que mejoren los procesos para fortalecer la integridad organizacional y la confianza social.

A) El Proceso de Integridad

Las propuestas referidas al Proceso de Integridad serían:

1) En el Subproceso identificado como principios éticos y códigos de conducta (identificado como A.1 en la matriz de riesgos), hay que destacar que el Pleno del CGPJ aprobó en diciembre 2016 los Principios de Ética Judicial. La descripción de este proceso también mereció algunas consideraciones, pero centrándonos en las propuestas de este trabajo, serían dos:

a) El primero, el establecimiento de un código de conducta especial para los miembros del CGPJ (según propuestas de la Asociación judicial Juezas y Jueces para la Democracia)³⁰.

La propuesta se funda en dos observaciones: una, que las funciones de los miembros del CGPJ no son jurisdiccionales, por lo que las garantías formales y el diseño del rol profesional no necesariamente es idéntico al de jueces y magistrados. Por lo que los derechos, las obligaciones y las responsabilidades deben ser diferenciadas. Las normas de la LOPJ respecto de estos

miembros son insuficientes. Por lo que se postula el dictado de un cuerpo deóntico autónomo.

b) Particularmente, el establecimiento de una Comisión de Ética elegida directamente por los jueces y magistrados parece un logro del más alto interés.

Por lo que las propuestas se orientan al establecimiento de mecanismos de seguimiento de su actuación: el conocimiento que los jueces tengan de la referida Comisión y sus dictámenes; si conocen el mecanismo de consultas implementado, si lo han usado, si conocen la doctrina conformada por las opiniones vertidas en los diferentes dictámenes, si saben si son seguidos y si saben qué consecuencias tiene no seguirlos.

Se propone también la profundización del rol de la Comisión de Ética, ampliando sus funciones a consultas generales y abstractas. También resultaría sumamente relevante transformarla en autoridad del diseño de las declaraciones que se proponen a continuación.

2) En los subprocesos de declaraciones (subprocesos A.2 y A.3 de la matriz de riesgos) se propone el desarrollo de tres declaraciones: declaraciones de bienes y derechos patrimoniales, de conflictos de intereses y de segundas actividades. Antes de entrar en cada una de estas declaraciones, se efectúan unas observaciones generales respecto de estas temáticas:

a) Existen algunos mecanismos que tangencialmente refieren a iguales problemáticas.

La cuestión es que la perspectiva preventiva de identificación de riesgos es más amplia que los objetivos perseguidos en la actualidad con los mecanismos existentes.

Por ejemplo, existen obligaciones de declaraciones patrimoniales de los altos cargos judiciales, pero estos mecanismos no están diseñados de manera integral en

30 JIdD reconoce la necesidad de normas específicas para los/as candidatos/as y miembros del CGPJ y otros órganos de gobierno y requerimientos éticos para las Asociaciones Judiciales. *Acuerdo sobre las normas Deontológicas para la Judicatura española* (revisitado en enero 2023).

la LOPJ y se confunde la declaración misma con los mecanismos de publicidad. No existe una reglamentación específica para la declaración que determine la autoridad ante la cual se debe realizar, las características de la declaración, las formas de presentación y depósito de las mismas, etc.

Con relación a los conflictos de intereses, se carece de mecanismos preventivos. La determinación de incompatibilidades de la LOPJ es insuficiente, toda vez que se refieren indistintamente tanto a casos de conflictos de intereses como a segundas actividades.

Por otro lado, la existencia de mecanismos de abstención y recusación tienen como finalidad mantener la imparcialidad intra-procesal, esto es, limitar el conflicto de intereses dentro de la relación jurisdiccional. Tiene efectividad procesal, pero este mecanismo carece de efectividad preventiva general.

b) Como son diferentes o nuevas declaraciones, la implementación debe estar a cargo de una oficina concreta que sea la autoridad interna en el Poder Judicial para este tipo de declaraciones. La propuesta refiere a que siempre, en estos temas éticos, la Comisión de Ética tenga un rol activo. Estas declaraciones de jueces y magistrados integran un sistema de prevención, gestión y garantías a la integridad; por tanto deberían ser realizadas, depositadas, registradas, protegidas y determinada la publicidad por una oficina que no dependa en el organigrama las Comisiones del CGPJ, en especial, no debería depender de la Comisión Permanente ni de la Disciplinaria.

c) Las propuestas han tenido en cuenta los regímenes legales vigentes (es decir la LOPJ con sus reformas de 2015 y 2018; y la Ley 3/2015 de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado que diseña el mecanismo de declaraciones patrimoniales

en la Administración Pública española); las opiniones de GRECO y del Consejo Consultivo de Jueces Europa; la Guía de Aplicación del art. 11 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; y, los mecanismos derivados de la reglamentación del CGPJ y de la publicidad del Portal de Transparencia.

d) Dentro de las *declaraciones sobre bienes y derechos patrimoniales* (subproceso identificado A.2) toca analizar la normativa interna de otros estados integrantes de la Comunidad Europea (particularmente, Italia³¹), y se propone diferenciar la declaración de la publicidad. En el sistema vigente actual, se desconoce cómo se procede para la elaboración de la ficha de publicidad del Portal de Transparencia del CGPJ³² y si responde a un sistema de declaraciones (como es el caso de la Ley 3/2015) o solo a una elaboración de síntesis de la declaración tributaria. En consecuencia, se propondría:

- i) un sistema de declaración que sea universal para todos los integrantes del Poder Judicial (jueces y magistrados, altos cargos y miembros del CGPJ).
- ii) respecto de los sujetos obligados, la

31 Italia previno en el año 1982 el depósito de una declaración de contenido patrimonial y de ingresos personales de los jueces y del cónyuge no separado, hijos y familiares hasta el segundo grado (si lo consintieran). En 2019 actualizó el procedimiento por Lettera circolare n. P.19146 sul registro dei "patrimoni" dei magistrati ordinari del Consiglio Superiore della Magistratura, recogiendo las observaciones de GRECO sobre el fortalecimiento del mecanismo de declaraciones patrimoniales, e implementó un mecanismo de comunicaciones con fines formativos a través de los presidentes de las cortes de apelación, para que los jueces y magistrados cumplieran con sus obligaciones más adecuadamente. GRECO, Fourth Evaluation Round. Corruption prevention in respect of members of parliaments, judges and prosecutors. Second Compliance Report Italy, de fecha 29.03.21 (revisitado en enero 2023): <https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680a1ea96>

32 C.G.P.J. - Altos Cargos: Retribuciones, declaraciones de bienes y gastos de desplazamiento (visitado en noviembre 2022).

ampliación a integrantes de la unidad de convivencia (lo que resulta siempre conflictivo), respetando en todo momento el equilibrio con el principio de proporcionalidad de la extensión de una obligación de este tipo. El objetivo es observar si el modo de vida puede responder a la situación patrimonial real de los declarantes.³³

iii) la publicidad también universal de las declaraciones de los jueces y magistrados de todas las categorías.

e) Para el Subproceso conflicto de intereses y segundas actividades (subproceso A. 3 de la matriz) se propondría una declaración para cada aspecto.

i) Una declaración que integre las actividades de la vida económica y social, integradas de manera más racional para la identificación de los conflictos de intereses reales, potenciales o aparentes. La idea es promover la comprensión que el conflicto de intereses puede generarse por cualquier desequilibrio entre esas afiliaciones y la función pública, una prevaloración (aunque no sea discriminatoria o disvaliosa por sí misma) que influya en el proceso de toma de decisión. En este caso particular, la legislación francesa³⁴ propone un sistema de entrevistas

para la concienciación y asesoramiento respecto del contenido de las declaraciones de conflictos de intereses que parece adecuado analizar.

ii) Un punto relevante es el mecanismo de declaración de segundas actividades de jueces y magistrados. En 2016, la opinión pública observó de manera crítica la participación de jueces y magistrados en ciertos cursos, debido a quiénes eran los organizadores de tales eventos. En agosto de 2021, en eldiario.es y en elconfidencialdigital.com³⁵, se publicaron artículos de investigación respecto de una segunda actividad compatible, pero que no siempre se realiza con transparencia. Se referían a la actividad de preparador de las oposiciones para ingreso a la carrera judicial o fiscal por parte de los jueces y magistrados en ejercicio. Si bien es una actividad permitida, que requiere ser declarada, hay dudas de su correspondiente declaración a efectos laborales o tributarios. Por eso, se postula una declaración de segundas actividades y un régimen de publicidad de actividades diferente al implementado en la actualidad por el CGPJ.

Se plantea la necesidad de considerar la denominación de segundas actividades por ser más amplia y concentrar en una sola expresión todas las actividades, ya fueren permitidas (como las del ejemplo) y las que no requieren autorización (que quedan hoy en día fuera de la visión preventiva), las que requieren ser autorizadas como compatibles y las que no se autorizan. Ello permitirá el establecimiento de los criterios objetivos previos y, por tanto, preventivos.

3) En el subproceso de formación, concienciación y asesoramiento sobre cuestiones éticas (subproceso A.4) la propuesta hace referencia a la profundización de los

33 La Guía de Aplicación y marco de evaluación para el artículo 11 de la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, propone un conjunto de interrogantes que son síntesis del desarrollo de la problemática contenido en pp. 23/26. *Guía de aplicación y marco de evaluación del artículo 11 - Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (revisitado en enero de 2023). El CCJE no establece una preferencia de personas obligadas al mecanismo de control por declaraciones. Los criterios que ofrece son el respeto al principio de proporcionalidad entre la información requerida, el respeto a la integridad judicial, la amplitud y uso de los datos y el mecanismo de publicidad que se implemente. La ampliación a terceras personas se fundamenta en la posibilidad de evaluar si el nivel de vida del juez es acorde a sus capacidades económicas y las de su entorno, como la posibilidad de identificar "cortafuegos" de un conflicto de interés real o aparente. *Opinion No. 21 "Preventing corruption among judges"* (visitado noviembre 2022).

34 Loi organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et de recrutement de magistrats et ainsi qu'au du Conseil Supérieur de la Magistrature *LOI organique n° 2016-1090 du 8 août 2016 relative aux garanties statutaires, aux obligations déontologiques et au recrutement*

des magistrats ainsi qu'au Conseil supérieur de la magistrature (1) - Légifrance (visitado en noviembre 2022).

35 El Poder Judicial defiende la presencia de jueces en los cursos de Ausbanc | Política | EL PAÍS; El negocio en negro de jueces y fiscales: hasta 4.000 euros al mes por preparar a opositores; Los testimonios de los opositores que pagan en B a jueces y fiscales: "A principios de mes se da un sobrecito"; https://www.elconfidencial.com/espana/2018-11-01/preparadores-privados-oposicion-juez-fiscal_1635471 (URL visitados en noviembre de 2022).

mecanismos de identificación de riesgos, su asesoramiento y acompañamiento; esto se relaciona con las diferentes funciones que la Comisión de Ética considere adecuadas y las diferentes declaraciones exijan para su implementación.

B) El Proceso de elección, nombramiento y formación

El proceso siguiente que analizamos es de elección, nombramiento y formación, que se ha dividido en los subprocesos de elección de miembros del CGPJ; de nombramientos discrecionales y reglados de jueces y magistrados y el proceso de formación.

1) Las propuestas para el subproceso de elección de miembros del CGPJ son dos: una referida a la elección de los miembros del consejo y la propuesta respecto de la elección del presidente del CGPJ.

a) La primera, que se refiere a la elección efectuada por otra institución o cuerpo político, como son las Cortes Generales, habría de implicar un aumento de publicidad, limitación de la discrecionalidad y participación de la sociedad.

La publicidad permite poner foco en la responsabilidad de los partidos políticos en esa elección como en los criterios tenidos en cuenta para la elección (legalidad versus lealtad). Informar sobre las etapas del procedimiento y que cada una cumpla una finalidad de garantía no solo formal sino real; en particular, que las comparecencias de los candidatos ante las comisiones y pleno no sean meramente rituales y pro forma.

La elaboración previa a la elección de listados de candidatos para el cargo, cuyas cualidades (antecedentes técnicos, méritos y compromiso democrático) hayan sido revisadas por instancias externas o internas a las Cortes (universidades, colegios y asociaciones profesionales, TI-E, etc.) es un

mecanismo que permite limitar la discrecionalidad y dar participación a organizaciones sociales relacionadas a la justicia.

La mayor publicidad proactiva de las Cortes y del propio CGPJ, junto con la profunda misión democrática de la prensa, permitiría un más adecuado conocimiento social de esta actividad pública tan sensible. La participación de la sociedad a través de instituciones cuyo objeto se relacione con el derecho o con la prestación del servicio de justicia (colegios profesionales, universidades, sindicatos, etc.) daría un mayor impulso al control social y la responsabilidad pública.

b) La segunda propuesta se refiere a la elección del Presidente del CGPJ. Es el primer acto de gobierno realizado por la nueva integración del cuerpo.

Para esta elección deben establecerse pautas concretas orientadas por los principios de publicidad, limitación de la discrecionalidad y participación. Para ser elegido Presidente del TS y del CGPJ será necesario ser miembro de la carrera judicial (con una categoría y condiciones concretas, conforme art. 586 LOPJ) o bien ser un jurista de reconocida competencia (veinticinco años de antigüedad en el ejercicio de su profesión, según el mismo artículo). Si el candidato pertenece a la primera categoría entonces integra un conjunto numeroso pero limitado de candidatos, por lo que puede conocerse y publicarse sus nombres, antecedentes y condiciones exigidas que cumplimente. Respecto de los juristas que puedan acceder al cargo, no sucede lo mismo ya que hay una mayor indefinición; por lo que la limitación de la discrecionalidad (como se indicara en el caso de las autolimitaciones sobre las decisiones de las Cortes) parece el mecanismo más idóneo. Explicar los motivos jurídicos y políticos por los cuales se prima una categoría u otra en la elección concreta del presidente; y la

justificación de la elección de un candidato para demostrar que la discrecionalidad no se basa en irracionalidad, o que es interés sectorial, son herramientas para mejorar y fortalecer el proceso electivo particular.

2) Respecto del subproceso de nombramientos discrecionales³⁶, el TS identificó varios “riesgos” en sus pronunciamientos³⁷; teniéndose en cuenta, se plantearía como propuestas: 1) aumentar la transparencia de los criterios seguidos para la elección en cada uno de los procedimientos; 2) una argumentación que busque satisfacer los requisitos de garantías formales y materiales de independencia e imparcialidad; 3) la correcta y completa valoración de los antecedentes; 4) el respeto por los criterios objetivos en oportunidad de evaluación de la Comisión Permanente; 5) una decisión tendencialmente más homogénea, con criterios más claros respecto de la apertura de los procedimientos para cubrir una vacante o la decisión de implementar un mecanismo de sustitución.

3) El subproceso de nombramiento de juezas y jueces a través de la oposición libre y formación teórica cuenta con una forta-

leza primordial para la función pública: el prestigio social del que goza. En esta temática, el Poder Judicial español puede demostrar que responde a las problemáticas más comunes de la formación judicial de manera adecuada, aunque mejorar la calidad de estas respuestas garantizan mejor gobernabilidad.³⁸ Las debilidades se pueden encontrar cuestiones previas a la evaluación (su relación con el resto del sistema educativo) como a las posibilidades de preparación de los postulantes para acceder a la oposición³⁹. A su vez, la evaluación misma puede presentar debilidades respecto de la objetividad, equidad e igualdad en la evaluación y calificación, las cualidades

38 La formación debe estar encaminada no solo a desarrollar y profundizar sus conocimientos jurídicos, sino también enriquecer otros que fortalezcan y sostengan a aquellos (p. 19/20 *Guía de aplicación y marco de evaluación del artículo 11-Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*). En igual sentido la Opinión Número 11 del Consejo Consultivo de Jueces Europeos sobre la Calidad de las Decisiones Judiciales, correspondiente al año 2008. (*Consejo Consultivo de Jueces Europeos*), la *Guía de Recursos para Reforzar la Integridad y Capacidad Judiciales de 2017*; *Guía de aplicación y marco de evaluación del artículo 11 - Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción* (conforme pp. 19/23 de este último recurso -todos los links de esta nota revisitados en enero 2023), proponen formaciones más amplias y estrategias para evaluar los sistemas judiciales en esta problemática.

39 Refiere a las posibilidades para acceder a becas, preparadores, cursos de preparación gratuitos (a través de las asociaciones judiciales, el propio CGPJ u otros) ya que el proceso es largo. La media de formación para la oposición en la Promoción 71 (2021-2022) fue de cinco años y un mes; el 99,42% señala manutención del grupo familiar y el 2,92% indica haber disfrutado de una beca; el 73,68% no trabajó previamente a la oposición; de los que laboraron, el 5,26 % lo hizo en ámbito jurídico. La Promoción 72 (2022-2023) redujo un mes el plazo de formación; solo el 3,23% obtuvo beca. El 64% no habían trabajado previamente; de ellos, solo el 9,03% lo hizo en ámbito jurídico. Existen puntuales estrategias que involucran a las asociaciones profesionales para la accesibilidad a recursos y preparadores, con desigual éxito. (Datos estadísticos visitado en enero 2023:

<https://www.poderjudicial.es/cgjp/es/Temas/Escuela-Judicial/Formacion-Inicial/Estadisticas/Datos-Estadisticos-71-Promocion-Curso-2021-2022>; <https://www.poderjudicial.es/cgjp/es/Temas/Escuela-Judicial/Formacion-Inicial/Estadisticas/Datos-Estadisticos-72-Promocion-Curso-2022-2023>).

36 Estos puestos sensibles son alrededor de 150 magistrados para los respectivos cargos del TS y de la AN; aproximadamente 480 cargos para los Tribunales Superiores de Justicia; menos de un millar de puestos en audiencias provinciales; puestos cuyo sistema de selección difiere al de oposición reglada o sistema ordinario. El informe GRECO 2016 observa que esto es un tema de preocupación para el CGPJ y mencionan el resultado de la Encuesta a la Carrera Judicial de 2015 donde el 67% de los encuestados consideraba que los criterios de mérito y la capacidad no se observaba en las decisiones de nombramiento realizados por el CGPJ respecto de los rangos más altos del poder judicial. Este resultado se acentuó entre los jueces y magistrados hombres, de mayor edad y años de ejercicio, pertenecientes a los Juzgados en lo Contencioso Administrativo y en los del TS.

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ca04a> (visitado por última vez en noviembre de 2022).

37 Vid. SSTs 4511/2020 y 4512/2020 de 30/12/2020; SSTs 4223/2020 y 4179/2020 de 17/12/2020; SSTs 1260/2021 y 1261/2021 de 08/04/2021; STS 744/2021, de 10 de febrero, , STS 4121/2021 de 2/11/2021, entre otros.

evaluadas y a las técnicas implementadas⁴⁰. Estas debilidades pueden impactar como riesgos. En consecuencia, se propone mejorar la relación de esta evaluación con el sistema educativo universitario; mejorar las condiciones de accesibilidad de los postulantes a la formación de las oposiciones (lo que puede continuar en manos particulares y de las asociaciones judiciales, pero no de manera exclusiva sino ser una política pública de accesibilidad); garantías de objetividad en la oportunidad de evaluación; un mecanismo de rendición de cuentas respecto de los evaluadores para que las medidas de transparencia (criterios y aspectos evaluados) sean respetadas y así comunicadas a los examinados. Asimismo, medidas de transparencia respecto de los preparadores. También se propone la evaluación de otros contenidos además de los específicos jurídicos (temarios que incorporen otros aspectos del conocimiento social, sociológico, psicológico, normativo, que se considere relevante para la práctica profesional o demostrativos de valores y prácticas democráticas).

4) El subproceso de formación inicial y continua las sugerencias se orientan a

40 El éxito del evaluado puede depender de factores ajenos a la capacidad y formación del examinado. Bagües (2007) efectuó un estudio empírico comparativo respecto de las oposiciones como proceso de selección objetivo e imparcial en el acceso a la función pública y en particular, el judicial. El informe concluye que las posibilidades de éxito del evaluado dependen también de factores ajenos a su conocimiento y capacidades; la oposición tampoco muestra ser mejor respecto de criterios de equidad o igualdad. Bagües, Manuel F. (2007) Las oposiciones: análisis estadístico *Revista Jueces para la Democracia Información y Debate* Número 59 Julio 2007 (visitado por última vez en noviembre de 2022). La AJFV señala que corresponde realizar mejoras en la transparencia del proceso electivo y particularmente en la calificación “al opositor, tanto si aprueba como si suspende, no se le proporciona una información detallada sobre la valoración que el Tribunal ha efectuado de los distintos parámetros explicitados en las bases [de la oposición].” (AJFV, 2021. *El acceso a la carrera judicial en España: Análisis de la situación y propuestas de mejora* visitado por última vez en noviembre de 2022).

mejorar los niveles de transparencia y participación. Así, definir mejor la elaboración de necesidades formativas -en especial en la formación continua- en cada etapa (contenidos, metodología, estrategias pedagógicas) a través de actividades (encuestas, evaluaciones internas) que deben ser publicitados. Otra sugerencia es la participación de actores internos y externos al sistema de Justicia, participación que debe equilibrarse con los posibles riesgos de influencias o lobby posterior.

C) El Proceso de carrera judicial

Este proceso es el más difícil de resolver desde una perspectiva deductiva y exterior por lo que la elaboración interna de los puntos fuertes y débiles, las amenazas y las fortalezas de este proceso debe ser profundamente reflexiva del cuerpo judicial. Asimismo, es uno de los procesos que mayor incidencia de riesgos generados en la propia organización puede padecer. Algunos mecanismos son asimilables al resto de oposiciones, concursos abiertos y promociones, por lo que las debilidades del sistema son similares (publicidad de la vacante y criterios objetivos para la cobertura definitiva o provisorio; cambio de destino, bases de los procedimientos y autolimitación de la discrecionalidad, formación de ternas, etc.). Otras situaciones, en cambio, refieren a la posibilidad de promoción equitativa para juezas y jueces, referidas a la (falta de) perspectiva de género.

D) El Proceso de control

Respecto del proceso de control, que se ha dividido en subproceso de inspección y disciplinario, las propuestas son:

1) En cuanto al subproceso de Inspección se propone orientar la actividad de inspección de manera total a objetivos

preventivos de identificación de riesgos. Es decir, en lugar que los informes del servicio de inspección refieran a actividades puntuales en expedientes de personal, se orienten definitivamente a informes de naturaleza organizacional, es decir, a identificar situaciones globales y a plantear soluciones y propuestas orgánicas.

2) Respecto del subproceso disciplinario, el fundamento rector es represivo, no preventivo. Por lo que la efectividad de este mecanismo respecto de la identificación de riesgos es limitada a la posibilidad de aplicar una sanción a un caso concreto y determinado. Sin embargo, para su eficiencia se requiere una identificación previa de los riesgos, de modo que pongan más precozmente de manifiesto las quiebras del sistema.

En todo caso, las propuestas que se formulen se orientarán a los procedimientos de control disciplinario. Así, aumentar la publicidad proactiva que debe desarrollarse respecto de la actividad de control disciplinaria; la cantidad de procedimientos a estudio de la comisión; etapas procesales en las que los expedientes se encuentran; criterios utilizados, mayor accesibilidad a las resoluciones que decidan casos disciplinarios, etc.

IV. Conclusiones

La pregunta síntesis de este trabajo puede formularse de la siguiente manera: ¿Hay algún mecanismo que pueda implementarse para el control organizacional del Poder Judicial que respete a los integrantes del Poder Judicial y de respuestas a la sociedad?

1) Los mecanismos preventivos derivados de la práctica del derecho público (los paradigmas de transparencia y gobernanza ya han desarrollado marcos jurídicos alentadores) y los recursos de otros

campos teóricos que permiten la observación del Poder Judicial, no sólo desde la perspectiva jurídico normativa sino organizacional, abren otras visiones para el diseño de mecanismos de control de integridad más eficientes. La adopción de paradigmas de gobernanza ha permitido el desarrollo de mecanismos aplicables en áreas de derecho orgánico y de derecho administrativo sancionador, así como las perspectivas organizacionales agregan aspectos de control que se alejan de los mecanismos represivos clásicos. Un mapa de riesgo para el Poder Judicial se comprende como una herramienta adecuada para la identificación de riesgos de integridad y de corrupción en la organización judicial, que respeta la independencia judicial y satisface las demandas sociales de publicidad y rendición de cuentas. Todo ello con el fin de prevenir y, en su caso, sancionar, las desviaciones disfuncionales que la corrupción suscita. Ello, por descontado, fomentará la cultura de la buena gobernanza y alejará a jueces y magistrados de las patologías indeseables.

2) Respecto de la independencia judicial, debido a que la implementación de un diseño de mapa de riesgo es autónoma, la decisión depende únicamente del propio Poder Judicial. De igual manera, su arquitectura es factible dentro de la institución, sin dependencia estructural de oficinas exteriores. Elegir un diseño de este tipo requiere una modificación normativa mínima a nivel reglamentario del propio Poder Judicial.

3) Respecto de las demandas sociales, un mapa de riesgos en el Poder Judicial permitirá un conocimiento más completo de la actividad desarrollada, como la implementación de controles sociales y participativos en diferentes procesos dentro del Poder Judicial, a través de asociaciones o instituciones (asociaciones gremiales de

jueces y magistrados, de abogados y otras profesiones afines a la actividad judicial, universidades, asociaciones de usuarios, de víctimas, etc.) o a través del simple control informal desencadenado de la publicidad y transparencia necesarias para dar a conocer este procedimiento y sus productos.

4) En el análisis conceptual de mapa de riesgo como representación de áreas de actividad judicial (en sentido amplio, no sólo reducido a la actividad jurisdiccional) se evalúan diferentes mecanismos de control interno. No se fija el uso de uno en particular; estos se combinaron priorizando aquellas técnicas que valoraran una mayor participación de los integrantes de la organización judicial. Esta elección se debe a la fuerte construcción de pertenencia de los jueces y magistrados al Poder Judicial, el prestigio que significa la integración del cuerpo y la alta comprensión valorativa del rol y la función del juez. Estas fortalezas permiten una perspectiva interna robusta, cuyas impresiones, perspectivas y conclusiones son necesarias y constructivas.

5) La elaboración de una matriz de evaluación de riesgos dentro de la estructura de mapa de riesgo implica la implementación de una política pública de evaluación de riesgos, transparencia y rendición de cuentas. La matriz de evaluación de riesgos se construye en función de documentos regionales que observaron, evaluaron y calificaron al Poder Judicial español. Su consistencia se sostiene en la adecuación e integración de las conclusiones contenidas en esos informes y recomendaciones; como también en las guías de gestión de riesgos de organismos internacionales, regionales y locales. Se comprende que esta matriz permite dar respuesta a las preguntas que se seleccionaron como metodología para la identificación de actos que puedan ser declarados de corrupción judicial, su valoración socio-política y las acciones

correctivas en el marco legal y con consenso social.

6) Tanto el mapa de riesgo como la matriz de evaluación de riesgos presentadas en este trabajo son formulaciones de baja complejidad ya que son diseños deductivos y teóricos para la identificación preliminar de amenazas y daños, sin la participación de la institución judicial.

Los mecanismos propuestos se inspiran en principios de transparencia y de rendición de cuentas. Su totalidad es de naturaleza preventiva. Algunos de ellos requieren de voluntad política para su implementación; otros de reformas legales porque implican modificaciones al estatuto judicial; en menor escala pueden resolverse a nivel reglamentario por el CGPJ. Las estrategias propuestas no modifican el esquema de responsabilidad de jueces y magistrados contemplado en la LOPJ.

Las propuestas elaboradas son la conclusión de la aplicación de estos principios. Las herramientas de las declaraciones de bienes, intereses, compatibilidades y segundas actividades son eficientes en etapas de formación, como de detección y rectificación; y en caso que los cortafuegos preventivos no hayan logrado la gestión de la conducta conflictiva, sirven para una más eficiente y rápida gestión o resolución. Su diseño no afecta derechos personalísimos, personales y económicos de la personas obligadas a realizarlas; los sujetos obligados pueden ser los jueces y magistrados como terceros siempre en equilibrio y respeto del principio de proporcionalidad. Estas declaraciones integran estatutos judiciales de los países del entorno europeo. Los mecanismos de publicidad y participación en los diferentes procesos de elección de funcionarios del CGPJ y del Poder Judicial expande la posibilidad de control y rendición de cuentas, fortaleciendo la confianza pública y la calidad democrática.

La libertad de expresión del disidente y su articulación jurisprudencial en Estados Unidos

Miguel Ángel PRESNO LINERA*

1. Presentación

En una sentencia “clásica” del Tribunal Supremo de Estados Unidos se afirmó con vigor “el derecho... a ser intelectualmente diferente o a discrepar, así como a no estar de acuerdo con lo que representa el orden establecido,... incluyendo naturalmente las opiniones provocadoras o despreciativas” (asunto *Texas v. Johnson*, de 21 de junio de 1989). Pues bien, de eso es de lo que hablaremos en las siguientes líneas: de la libertad ampliamente reconocida en Estados Unidos para exteriorizar opiniones e ideas que, citando otra sentencia no menos “clásica”, en este caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puedan ofender, molestar o inquietar a la mayoría social o desafiar a las Instituciones más importantes del Estado (asunto *Handyside c. Reino Unido*, de 29 de abril de 1976).

Este amplio reconocimiento con el que se ampara hoy la expresión de la disidencia política, social o cultural tanto en Estados

Unidos como en la mayoría de los países que forman parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos, es el fruto de un largo recorrido histórico a ambos lados del Atlántico y que ha estado jalonado por avances normativos y, en buena medida, jurisprudenciales, pero que también ha experimentado no pocos retrocesos y que, desde luego, no puede considerarse totalmente consolidado, como hemos podido ver en los últimos tiempos en España con ocasión de condenas penales, avaladas por el Tribunal Constitucional, por haber llevado a cabo actos expresivos como quemar una foto del anterior Jefe del Estado o por haber arengado, en el contexto de una protesta laboral ante una instalación militar, a quemar “a puta bandeira”.

Lo que aquí se trata de sostener es que la libertad de expresión es tanto más valiosa cuanto más sirva para, de manera pacífica, oponerse al orden establecido, conclusión a la que llegó el Tribunal Supremo norteamericano no sin antes pasar por episodios oscuros como los que supusieron varios de sus pronunciamientos tras la entrada del país en la Primera Guerra Mundial o en los primeros años de la Guerra Fría.

* presnolinera@gmail.com; <https://orcid.org/0000-0002-0033-6159> <http://presnolinera.wix.com/presnolinera>; <http://presnolinera.wordpress.com/>

Por todo ello, no está de más recordar la llamada del juez Holmes, que también experimentó su propio proceso de aceptación de la expresión de la disidencia, a estar “siempre vigilantes” para poner freno a quienes pretendan controlar las manifestaciones de ideas u opiniones que detestemos o que consideremos peligrosas.

2. El desarrollo de la libertad de expresión del disiente en Estados Unidos: de la *Sedition Act* y el *bad tendency test* al *clear and present danger test*

Comencemos recordando una famosa historia: el Tribunal Supremo de Estados Unidos, en el importantísimo asunto *New York Times Co. v. United States*, de 30 de junio de 1971, el llamado de “los papeles del Pentágono”, dictó una sentencia *per curiam* sobre la divulgación periodística de documentos relativos a la guerra de Vietnam que el Gobierno había declarado secretos y que fueron filtrados por un antiguo empleado del Pentágono, Daniel Ellsberg. Los documentos empezaron a ser publicados por el *New York Times* y por el *Washington Post* y 15 de junio de 1971 el Gobierno pidió judicialmente que se prohibiese la divulgación de más extractos porque ello supondría un “peligro grave e inminente” contra la seguridad de Estados Unidos.

Los tribunales inferiores dieron la razón al Gobierno en la petición contra el *Times* pero no contra el *Post*; de forma extraordinariamente rápida los casos llegaron al Tribunal Supremo, que también los tramitó con gran diligencia, y dicho órgano declaró que todo sistema de censura previa tiene en su contra una fuerte presunción de inconstitucionalidad, por lo que el Gobierno debe asumir la carga de probar la necesidad de esa censura. Como tal exi-

gencia no fue cumplida por el Ejecutivo, el Supremo avaló el rechazo de la petición contra el *Post* y ordenó la orden contraria al *Times*.

En la sentencia hay una mención expresa al precedente que supuso el asunto *Near v. Minnesota*, de 1 de junio de 1931, el primer gran caso sobre la libertad de prensa en palabras de Anthony Lewis¹, y los votos concurrentes incluyen afirmaciones rotundas sobre la cuestión que aquí nos ocupa: así, en el que firman los jueces Black y Douglas se dice que proteger los secretos militares y diplomáticos en detrimento de la información sobre el Gobierno representativo no proporciona seguridad real a la República; al contrario, y citando las palabras del *Chief Justice* Hughes en el caso *DeJonge v. Oregon*, de 4 de ene-

1 Lewis, A., *Make No Law: The Sullivan Case and the First Amendment*, Vintage, 1992, p. 90. En 1927 J. M. Near empezó a publicar el periódico *The Saturday Press* en Minneapolis y a divulgar comentarios en los que se decía que las bandas judías estaban prácticamente gobernando la ciudad y se criticaba al jefe de la policía, al alcalde y a otros personajes públicos, uno de los cuales presentó una demanda contra los editores del periódico al amparo de la *Public Nuisance Law*, de 1925, también conocida como “Minnesota Gag Law”. En la demanda se decía que las acusaciones formuladas en los nueve números publicados entre el 24 de septiembre de 1927 y el 19 de noviembre de 1927, así como el tono general antisemita del periódico, constituían una violación de esta ley.

El 22 de noviembre de 1927, el juez Matthias Baldwin, del Tribunal de Distrito del Condado de Hennepin, emitió una orden temporal que prohibía a los acusados editar, publicar o distribuir *The Saturday Press* o cualquier otra publicación que incluyera contenidos similares. Esta orden fue concedida sin previo aviso a los demandados y surtiría efecto mientras, como exigía la ley, no demostraran que lo publicado era verdad y, además, se había divulgado con buenas intenciones.

Después de dos apelaciones al Tribunal Supremo del Estado, con el intermedio de una segunda decisión del Tribunal de Distrito, el asunto llegó al Tribunal Supremo Federal, que, con ponencia del juez Hughes, declaró que la Ley de Minnesota representaba la “esencia de la censura” y era inconstitucional: el hecho de que la libertad de prensa pudiera ser aprovechada para cometer abusos no hacía menos necesaria la inmunidad de la prensa frente a la censura previa, pues se generaría un perjuicio mayor si se permitiera que fueran los funcionarios los que determinarían qué historias podían publicarse.

ro de 1937, “cuanto más importante resulta la protección de nuestra comunidad frente al llamamiento a derribar las instituciones por la fuerza y la violencia, resulta más imperativa la necesidad de preservar inviolados los derechos constitucionales a la libre expresión, la libertad de prensa y la libertad de reunión para así permitir la formación de una discusión política libre y ello para que el Gobierno sea responsable ante el pueblo... Ahí residen la seguridad de la República y el fundamento mismo del orden constitucional... en relación con las cuestiones públicas, el debate debe producirse sin inhibiciones, robusto y ampliamente abierto...”.

Como también es sabido, las cosas no siempre fueron así en Estados Unidos y retrocediendo mucho en el tiempo nos encontramos con la aprobación de la *Sedition Act*, el 14 de julio de 1798, en el contexto de una posible guerra contra Francia—Geoffrey Stone habla de “cuasi-guerra”—, norma que permitía la suspensión del derecho a la libre expresión cuando concurrieran circunstancias excepcionales², pues dicha ley partía de dos premisas: primera, que en momentos de inestabilidad política, cualquier manifestación, ya fuese oral o escrita, que cuestionase la política llevada a cabo por el Gobierno debía ser suprimida para salvaguardar la confianza de los ciudadanos en sus instituciones; segunda, que la crítica política debía ser considerada

una traición y los discrepantes enemigos del Estado³.

Con esta finalidad, contemplaba multas y pena de prisión para quien llevara a cabo “la redacción, impresión, declaración o publicación de cualquier escrito o escritos falsos, escandalosos o maliciosos contra el gobierno, contra el Congreso o contra el Presidente de los Estados Unidos con la intención de difamarlos, de provocarles desacato o mala reputación, o de instigar contra ellos el odio del buen pueblo de los Estados Unidos, o de provocar sedición dentro de los Estados Unidos o de promover asociaciones ilegales para oponerse a las leyes válidamente aprobadas o de apoyar los planes de potencias extranjeras contra los Estados Unidos”⁴.

3 Para conocer el contexto en el que surge la *Sedition Act*, véase el libro de Abel Arias Castaño *Clear and Present Danger test. La libertad de expresión en los límites de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

4 Esta ley no fue objeto de un juicio de constitucionalidad directo por el Tribunal Supremo, si bien este mismo órgano concluyó que, “a pesar de que la Ley de Sedición no fue nunca analizada por este Tribunal, ha sido el tribunal de la historia quien ha dictaminado sobre su validez. Las cantidades pagadas por las multas que la Ley impuso fueron devueltas mediante otra Ley del Congreso, precisamente por considerarse que la Ley de Sedición era inconstitucional. Calhoun, siendo ponente en el Senado en 1836 de esta ley que reintegró las multas, afirmó que su invalidez constituía una cuestión sobre la cual «nadie duda hoy». Jefferson, como Presidente, amnistió a aquellos que habían sido condenados y sentenciados de acuerdo con dicha ley, y revocó las sanciones, declarando lo siguiente: «He amnestiado a todos los que habían sido condenados o perseguidos por aplicación de la Ley de Sedición, porque he considerado y aún hoy considero que dicha ley está viciada de nulidad, nulidad tan absoluta y palpable como lo sería una ley en la que el Congreso nos ordenase arrodillarnos y adorar una imagen de oro». La invalidez de la Ley ha sido, asimismo, afirmada por Jueces de este Tribunal [Holmes, voto particular discrepante al que se adhirió Brandeis en *Abrams v. United States*, 250 US 616; Jackson, voto particular discrepante en *Beauharnais v. Illinois*, 343 US 250; Douglas, *The Right of the People* (1958), p. 47]. Estos puntos de vista reflejan un consenso general de que la Ley, debido a las limitaciones que imponía a quienes criticaban al Gobierno y a los cargos públicos, contravenía la 1.ª enmienda” (*New York Times Co. v. Sullivan*, de 9 marzo de 1964).

2 Stone, G. “Liberté d’expression et sécurité nationale”, en Zoller, E. *La liberté d’expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, París, 2008, p. 207. Véase al respecto, en lengua española, el minucioso estudio de Santiago Muñoz Machado *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Crítica, Barcelona, 2013, p. 94 y ss. Sobre las restricciones a la libertad de expresión en tiempo de guerra o en situaciones excepcionales, véase el amplio análisis de Geoffrey Stone *Perilous Times: Free Speech in War Time. From the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2004; una versión posterior es *War and Liberty. An American Dilemma: 1790 to the present*, W. W. Norton & Company, Nueva York/Londres, 2007, p. 207.

Pasaron más de 100 años desde la expiración de la *Sedition Act*, en 1801, hasta que volvieron a surgir conflictos de ámbito federal en relación con la criminalización de conductas “desafectas”. No obstante, como señala Arias Castaño⁵, este “período de tranquilidad normativa” en el conjunto del país no implicó la ausencia de disposiciones singulares en los Estados para sancionar las críticas a instituciones como la esclavitud, ni tampoco la inacción de las autoridades federales frente a los que, por ejemplo, demandaban soluciones no militares durante la Guerra Civil.

En todo caso, será en los primeros años del siglo XX cuando empiece a esbozarse el que, posteriormente, se denominará *bad tendency test*, de acuerdo con el cual estaba justificada la sanción penal de ciertas expresiones por su “tendencia” a producir un determinado resultado; este criterio interpretativo se puede encontrar ya en los casos *Turner v. Williams*, de 16 de mayo de 1904, y *Patterson v. Colorado*, de 15 de abril de 1907.

En el primero de ellos se enjuició la deportación de un anarquista en aplicación de la *Alien Immigration Act*, de 1903, concluyendo el Tribunal Supremo que la tendencia a la utilización de los puntos de vista anarquistas era tan peligrosa para el interés general que los extranjeros que los sostuvieran e hicieran apología de ellos podían suponer incorporaciones indeseables para la población norteamericana; en el asunto *Patterson v. Colorado* se consideró que la publicación en un periódico de editoriales y caricaturas críticas con un Tribunal por haber dictado una determina-

da sentencia podía ser considerada como constitutiva del delito de desacato judicial, pues las expresiones enjuiciadas “tienden a obstruir la Administración de Justicia”.

Los conflictos jurídicos a propósito del alcance de la libertad de expresión y qué tipo de mensajes podrían ser considerados delictivos se recrudecieron con ocasión de la entrada de Estados Unidos en la Primera Guerra Mundial y a ello contribuyó, sin duda, la aprobación de leyes *ad hoc* como la *Espionage Act* de 15 de julio de 1917 y, de nuevo, una *Sedition Act*, en este caso de 16 de mayo de 1918.

La primera de estas leyes sancionaba cualquier interferencia en las operaciones militares con intención de apoyar a los enemigos de Estados Unidos durante la guerra; igualmente, castigaba la insubordinación militar y la obstaculización al reclutamiento⁶; la segunda amplió la *Espionage Act* para abarcar una gama más amplia de delitos; en particular, para sancionar los discursos y expresiones que cuestionaran las decisiones gubernamentales en relación con los esfuerzos bélicos⁷.

6 En la Sección tercera del Título I se castigaba con penas de prisión de hasta 20 años y con multas de hasta 10.000 dólares a aquel que “en tiempo de guerra: realizara o transmitiera voluntariamente informes o afirmaciones falsas con la finalidad de impedir u obstaculizar las operaciones o los éxitos de las fuerzas terrestres o navales de los Estados Unidos o de facilitar el éxito de sus enemigos. Voluntariamente causara o intentara causar insubordinación, deslealtad, motín o negativa de obediencia en las fuerzas terrestres o navales de los Estados Unidos. Voluntariamente obstruyera el reclutamiento o el servicio de alistamiento de los Estados Unidos”.

7 Entre otras conductas, sancionaba declarar, imprimir, escribir o publicar voluntariamente cualquier expresión con la intención de producir desacato, menosprecio, agravio o mala reputación para la forma de gobierno, la Constitución, las fuerzas militares o navales, el uniforme o la bandera de los Estados Unidos.

Declarar, imprimir, escribir o publicar voluntariamente cualquier expresión con la intención de incitar, provocar o animar la resistencia hacia los Estados Unidos o de promover la causa de sus enemigos.

Exhibir voluntariamente la bandera de un país enemigo...

Respaldar o apoyar con palabras o con actos la causa

5 Arias Castaño, citado, p. 56. En la abundante literatura norteamericana destacan, entre otros, los trabajos de Geoffrey Stone (ya citados) *Perilous Times. Free Speech in Wartime*, “Liberté d’expression et sécurité nationale”, y W. H. Rehnquist *All the Laws but one: Civil liberties in Wartime*, Knopf, Nueva York, 1998.

La construcción jurisprudencial que se consolidará con ocasión de los asuntos planteados a raíz de la aplicación de estas normas no presupone la concurrencia de un nexo causal entre las expresiones y un concreto efecto nocivo; bastaba con que del contenido del mensaje se pudiera extraer la idoneidad del mismo para producir esos resultados, al margen de que realmente dicha consecuencia fuera la querida en el asunto objeto de enjuiciamiento.

Así, el primer caso en el que se invocó la Primera Enmienda con ocasión de una condena impuesta a partir de la Ley de Espionaje fue en el famoso asunto *Schenck v. United States*, de 3 de marzo de 1919, donde el Tribunal Supremo avaló la constitucionalidad de la Ley y, aunque se mencionó, por obra de Holmes, juez ponente, la provocación de un peligro claro e inminente (*clear and present danger*), en realidad se argumentó a partir del *bad tendency test*: si la Ley colocaba en el mismo plano las palabras que se pronunciaban y el objetivo de las mismas no había razón para afirmar que el acto –las palabras– solo era delictivo si alcanzaba los fines.

En el posterior, y también muy conocido, caso *Abrams v. United States*, 10 de noviembre de 1919, la mayoría concluyó que se debe responder de los efectos que es probable que nuestros actos provoquen y en el asunto *Debs v. United States*, de 10 de marzo de 1919, el magistrado ponente, el propio juez Holmes, argumentó, para avalar la constitucionalidad de la condena a diez años de prisión impuesta al líder del Partido Socialista, que sus manifestaciones sobre reclutamiento militar habían sido

expresadas “de manera tal que su efecto natural sería obstruir el reclutamiento”.

Esta configuración está relacionada con el hecho de que en estos momentos conflictivos de finales de la segunda década del siglo XX no se consideró que la libertad de expresión ocupase una posición especialmente relevante en el funcionamiento del sistema democrático estadounidense.

En segundo lugar, el *bad tendency test* no operaba como un criterio jurisprudencial sobre la constitucionalidad de las leyes que limitaban la libertad de expresión, que debía presumirse.

Finalmente, ese test se reforzaba a partir de una idea de democracia militante, aunque no recibiera ese nombre ni se construyera dogmáticamente como se haría mucho después en la República Federal de Alemania: en el asunto *Schaefer v. United States*, de 1 de marzo de 1920, el Tribunal Supremo concluyó que se producía un espectáculo curioso cuando, como hacían los demandantes del caso, se invocaba la libertad de expresión garantizada por la Constitución para justificar las actividades anarquistas y de los enemigos de Estados Unidos, utilizando así a la Constitución como ariete contra ella misma.

Se acaba de comentar que en el asunto *Schenck v. United States*, el juez Holmes, ponente de la sentencia, empleó ya la expresión *clear and present danger*, si bien no cabe concluir que ahí apareciera mínimamente esbozado el que luego sería el test del mismo nombre. Tal cosa empezó a producirse en el caso *Abrams* donde Holmes, junto con Louis Brandeis, emitió un voto discrepante, rompiendo así la unanimidad de los casos precedentes.

No deja de ser llamativo que también en este último caso la mayoría del Tribunal Supremo, a través de la ponencia del juez Clark, considerase que los panfletos distribuidos por Jacob Abrams y otras cuatro

de cualquier país con el que los Estados Unidos estuvieran en guerra.

Oponerse, con palabras o con actos, a la causa bélica de los Estados Unidos.

Al respecto, C. M. Finan *From the Palmer Raids to the Patriot Act: a history of the fight for free speech in America*, Beacon Press, 2007, p. 27 y ss.

personas, rechazando el envío de tropas estadounidenses a Rusia y abogando por una huelga general, habían generado un riesgo claro y actual. Lo cierto es que no se acreditó que esos panfletos generaran una amenaza real pero, para la mayoría, el propósito de los mismos era provocar desafección, sedición, disturbios y, en última instancia, la revolución.

Frente a esta argumentación, que no sino una de las concreciones del *bad tendency test*, Holmes y Brandeis replicaron que únicamente un peligro actual e inminente, o el intento de crearlo, justificaría que el Congreso impusiera limitaciones a la libertad de expresión cuando no estuvieran en juego derechos de otras personas. Y es que, argumentaron, el Congreso no podía prohibir todos los intentos dirigidos a cambiar la opinión de la sociedad. Además, no cabía pensar que la publicación clandestina de unos panfletos “estúpidos” representara por sí misma un peligro para la acción bélica del Gobierno, ni tan siquiera que pudiera perturbarla de alguna manera⁸.

8 El propio Holmes describe los panfletos en los siguientes términos: “El primero de estos panfletos afirma que el silencio cobarde del Presidente sobre la intervención en Rusia demuestra la hipocresía de la pandilla plutocrática de Washington. Insinúa que “el militarismo alemán se unió con el capitalismo de los aliados para aplastar la Revolución Rusa”, prosigue diciendo que los tiranos del mundo luchan entre ellos hasta que divisan un enemigo común, el progreso de la clase obrera, y se unen para aplastarlo; y que ahora el militarismo y el capitalismo se han unido, aunque no abiertamente, para aplastar la Revolución Rusa. Proclama que sólo hay un enemigo común y que ese es el capitalismo; que es un crimen que los trabajadores americanos luchen contra los trabajadores rusos, y termina “¿Alzaos! ¡Alzaos, trabajadores del mundo!, firmado “Revolucionarios”. En una nota añade: “Es absurdo llamarnos pro-alemanes. Odiamos y despreciamos el militarismo alemán más de lo que lo hacéis vosotros, tiranos hipócritas. Tenemos más razones para denunciar el militarismo alemán que las que tiene el cobarde de la Casa Blanca”.

El otro panfleto, encabezado con la expresión “Trabajadores – Despertad”, afirma con lenguaje injurioso que América junto con los aliados llevará sus soldados a Rusia para ayudar a los checoslovacos en su lucha contra los

Será en este voto particular donde Holmes plasme de manera brillante su concepción de la libertad de expresión en un sistema democrático: “cuando los hombres se dan cuenta de que el tiempo hace fracasar muchas de las creencias por las que lucharon, comienzan a pensar que... al ansiado bien supremo se llega mejor a través del libre intercambio de ideas, que la mejor prueba a que puede someterse la verdad es la capacidad del pensamiento para imponerse en un mercado en el que compita con ideas y pensamientos opuestos... debemos estar siempre vigilantes para poner freno a quienes pretendan controlar las manifestaciones de ideas y opiniones que detestemos o que consideremos que conducen a la muerte salvo que sea necesario controlarlas para así salvar a la Nación...”

Es sorprendente, no obstante, que Holmes comenzara su voto discrepante afirmando que no dudaba de la corrección constitucional de los casos precedentes (*Schenck, Frohweck y Debs*), en los que él mismo había actuado como ponente, pues parece claro que su punto de vista había

bolcheviques, y que esta vez los hipócritas no engañarán a los emigrantes rusos ni a los amigos de Rusia en América. Conmina a esos emigrantes a que escupan ahora en la cara de la falsa propaganda militar a través de la cual se ha motivado su solidaridad y colaboración con la guerra, y les dice que con el dinero que han prestado o van a prestar “no sólo se fabricarán balas para los alemanes sino también para los trabajadores soviéticos de Rusia”, y añade “trabajadores en las fábricas de munición, estáis produciendo balas, bayonetas, cañones, no solo para matar a los alemanes sino también para matar a vuestros más queridos, los mejores de entre vosotros, qué están luchando en Rusia por la libertad”. Luego apela a esos mismos emigrantes rusos para que no consientan la expedición inquisitorial y dice que la destrucción de la Revolución Rusa “es la razón política que inspira el desplazamiento de tropas a Rusia”. El panfleto concluye exclamando “¡Trabajadores, nuestra respuesta a esta brutal intervención debe ser una huelga general!”, y después de unas cuantas palabras sobre el espíritu de la Revolución, exhortaciones contra el miedo y algunas arengas usuales, termina “pobres de aquellos que se opongan al progreso. Viva la solidaridad. Los rebeldes”, traducción de C. Arjona Sebastián *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, Iustel, Madrid, 2006, págs. 142 a 144.

cambiado y ello, como señala Rodríguez Montañés, probablemente influido por las múltiples críticas de profesores y analistas a la sentencia del caso *Debs*, por la opinión mantenida por el juez Lenard Hand en el asunto *Masses* y por el trabajo “Freedom of Speech in War Time”, de Zechariah Chafee, publicado en la *Harvard Law Review* en el mismo año 1919⁹.

Y será a partir de los votos particulares formulados por Holmes y Brandeis entre 1919 y 1927 como se va a ir fraguando el test del peligro claro e inminente; uno de esos votos se emitió en el caso *Gitlow v. People of New York*, de 8 de junio de 1925, donde, por vez primera, el Tribunal Supremo aplicó de manera conjunta las Enmiendas Primera y Decimocuarta, sentando el criterio de que la libertad de expresión era un derecho fundamental protegido por ambas disposiciones.

El test que ha de emplearse para analizar la constitucionalidad de las expresiones que pretenden ser reprimidas exige la concurrencia de dos requisitos: que el peligro que entrañen las expresiones sea claro y que, además, sea inminente. En palabras del Tribunal Supremo, hay que plantearse si realmente existió un peligro claro; si tal peligro era inminente, y si el mal temido era tan importante como para justificar la estricta medida adoptada por el Congreso (asunto *Whitney v. California*, de 16 de mayo de 1927).

Por lo que respecta a la claridad, hay que identificarla con la probabilidad de que lo dicho pueda generar un daño, por lo que un peligro claro está presente en las expresiones cuando hay mucha probabilidad de causar ese mal. Y en cuanto a la

exigencia de que el peligro sea inminente, hay que relacionarla con la inmediatez entre la expresión y el resultado dañoso. Así, ya en el voto particular en el caso *Abrams*, se dice que se debe estar siempre vigilante frente a los intentos de controlar las opiniones que detestamos, e incluso que consideramos muy peligrosas, salvo que amenazan de manera tan inminente con una interferencia inmediata en los legítimos y urgentes propósitos del Derecho que sea necesario controlarlos de inmediato para así salvar a la Nación. Finalmente, hace falta que ese peligro claro e inminente implique el riesgo de una lesión grave para la sociedad; en *Abrams*, como acabamos de ver, se habla de “salvar a la Nación”.

El test del peligro claro e inminente, en la concepción de Holmes, será un instrumento al servicio del libre intercambio de las ideas, permitiendo que mediante ese flujo y confrontación de opiniones podamos conocer la verdad, entendiendo ésta en un sentido relativo y con buena dosis de escepticismo. También, y en la línea de Brandeis, servirá dicho test como apoyo a la configuración democrática del Estado y a la protección de las minorías.

No obstante, no siempre que en lo sucesivo se fue invocando esta doctrina el resultado final fue el que cabría anticipar del recto entendimiento de la misma; así, en el caso *Dennis v. United States*, de 4 de junio de 1951, el Tribunal Supremo avaló la condena de 11 militantes del Partido Comunista por conspiración para defender el derrocamiento del Gobierno: el peligro de dicho derrocamiento era, ciertamente, improbable pero se justificó la reacción punitiva del Estado apelando a la extraordinaria gravedad de la amenaza.

Otro momento histórico en el discorrir de la jurisprudencia norteamericana se produjo bastantes años después con ocasión del trascendental caso *New York*

9 <https://archive.org/details/freedomspeechin00cha-goog>, (a 18 de febrero de 2023). Rodríguez Montañés, T. *Libertad de expresión, discurso extremo y delito: una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 163.

Times Co. v. Sullivan, de 9 de marzo de 1964, del que fue ponente el juez William Brennan. Además, como ya se ha dicho en una nota al pie, de apelar al “tribunal de la historia” para descalificar la *Sedition Act* de 1798, en esa sentencia, en relación con la supuesta existencia de una voluntad de difamar y hacer daño por parte del famoso periódico, se afirma que “los debates que tengan por objeto cuestiones públicas deberían realizarse sin inhibiciones, de forma vigorosa y abierta, asumiendo, obviamente, que ello puede incluir ataques vehementes, cáusticos y, en ocasiones, desagradables contra el Gobierno y los empleados públicos” y, citando a Madison, que “es el pueblo el que puede censurar al Gobierno y no el Gobierno quien puede censurar al pueblo”.

3. La exteriorización de la disidencia por medio de actos expresivos frente a símbolos nacionales de Estados Unidos

Es bien conocido que se pueden expresar ideas y opiniones no solo con palabras sino a través de diferentes maneras; una de ellas es la realización de conductas simbólicas, de las que nos ocuparemos en las líneas siguientes. El propio Tribunal Supremo de Estados Unidos admitió la existencia de comportamientos que, no siendo palabras o escritos, contienen suficientes elementos de comunicación como para poder ser incluidos en las Enmiendas Primera y Decimocuarta; así, en el asunto *United States v. O'Brien*, de 27 de mayo de 1968, se enjuició la sanción impuesta a un exsoldado por haber quemado públicamente su cartilla militar.

Pero es que ese mismo Tribunal ya había declarado inconstitucional, el 18 de mayo de 1931, una ley estatal californiana que prohibía enarbolar banderas comunis-

tas (asunto *Stromberg v. California*); según el juez Hughes, ponente, esa disposición vulneraba conjuntamente las Enmiendas Primera y Decimocuarta atentando, en definitiva, contra la libertad de expresión.

En esas misma línea, el Tribunal Supremo declaró en el año 1943, y con ponencia del juez Jackson, que el simbolismo es una forma primitiva pero efectiva de comunicar ideas y el empleo de una bandera o un emblema representa un sistema político, una idea, una institución, y es una forma abreviada de comunicarse entre las personas. Y a estos símbolos suelen asociarse una serie de conductas como muestra de respeto o aceptación: saludos, inclinación de cabeza, descubrirse la cabeza (asunto *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, de 14 de junio de 1943).

En este asunto se enjuició la constitucionalidad de la expulsión de escolares Testigos de Jehová que se negaban a presentar saludo a la bandera en los centros educativos y el Tribunal concluyó, aplicando la doctrina del *clear and present danger*, que no se había acreditado que esa actitud durante el izado de la bandera supusiera un peligro claro e inminente de un mal grave. Pero, profundizando en la protección de la libertad de expresión, añadió que si hay alguna estrella inamovible en la constelación constitucional norteamericana es que ninguna autoridad o poder público, tenga la jerarquía que tenga, puede prescribir lo que sea ortodoxo en política, religión, nacionalismo u otros posibles ámbitos de opinión. En consecuencia, la imposición del deber de saludo y de fidelidad a la bandera iba más allá de lo permitido por la Constitución y vulneraba la Primera Enmienda.

Esta interpretación amplia del alcance de la libertad de expresión la aplicó también el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el famoso asunto *Texas v. Jo-*

hanson, de 21 de junio de 1989: durante la Convención del Partido Republicano celebrada en Dallas (Texas) en el año 1984, que proclamó como candidato a la reelección presidencial a Ronald Reagan, se celebraron varias manifestaciones en contra de su actuación política; en una de ellas Gregory Lee Johnson quemó, como forma de protesta, una bandera de Estados Unidos. Luego de la denuncia presentada contra él, fue juzgado y condenado a un año de cárcel y a pagar 2.000 dólares por un delito de ultraje a la bandera, tipificado como tal en el Código penal de Texas; el recurso de apelación fue estimado por el Tribunal del Quinto Circuito, que apreció que esa conducta era una forma de ejercicio de la libertad de expresión; el Estado de Texas recurrió ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos.

Y este Tribunal, con ponencia del juez Brennan, recordó el carácter expresivo no solo de las palabras sino de ciertas conductas: llevar brazaletes negros contra la guerra de Vietnam, una sentada de personas negras en una zona reservada a blancos, usar de forma satírica uniformes militares para protestar contra la guerra, negarse a saludar la bandera,... todas ellas conductas protegidas por la Primera Enmienda,... Insiste el Tribunal, por si no fuera conocido, en el enorme valor que tiene la bandera en un país como Estados Unidos: "simboliza esta nación tanto como las letras que componen la palabra América". Debe recordarse, además, que en este pronunciamiento se vuelve a mencionar la importancia del contexto a efectos de enjuiciar una conducta, debiendo tenerse en cuenta, con un examen muy minucioso, las circunstancias reales en las que se emitió tal o cual expresión.

Para el Tribunal Supremo, "si hay una idea o principio fundamental que cimienta la Primera Enmienda es que el Gobierno no

puede válidamente prohibir la expresión o difusión de una idea sólo porque la sociedad la considera ofensiva desagradable... Ni siquiera cuando la bandera nacional estaba en cuestión hemos admitido excepciones a este principio... La interpretación que el Estado de Texas da a la conducta del señor Johnson no tiene en cuenta lo esencial de nuestra jurisprudencia: el Gobierno no puede prohibir válidamente a una persona ejercer su derecho a la libre expresión únicamente porque no está de acuerdo con su contenido y ello no depende de la manera concreta que se ha elegido para manifestar o transmitir el mensaje".

Ante esta resolución judicial, el Congreso tramitó y aprobó una Ley federal, la *Flag Protection Act*, de 1989, pero el Tribunal Supremo, y por las mismas razones que en el caso anterior, la declaró inconstitucional, con la misma mayoría, en el asunto *United States v. Eichman*, de 11 de junio de 1990.

4. ¿Un punto de inflexión en la jurisprudencia norteamericana en el contexto de la lucha contra el terrorismo? El asunto *Holder v. Humanitarian Law Project*

Es de sobra conocido el impacto político, social y jurídico que tuvieron en Estados Unidos los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001; aunque no con la misma dimensión, no era la primera vez que se producía en suelo norteamericano un gravísimo ataque: basta recordar el atentado perpetrado por Timothy McVeigh y Terry Nichols contra el edificio federal Alfred P. Murrah en la ciudad de Oklahoma City, el 19 de abril de 1995, que ocasionó la muerte a 168 personas y heridas a 680. Precisamente, tras la comisión de este último atentado, se aprobó por el Congreso la *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act*, firmada por el presidente Bill Clinton

el 24 de abril de 1996, que, entre otras cosas, tipificó como delito proveer soporte material a organizaciones extranjeras que hubieran sido catalogadas como terroristas por la Secretaría de Estado. Como recuerda David Cole, dentro de la provisión de soporte material se incluyen, además de bienes y cosas tangibles, todo servicio, asesoramiento experto, asistencia, lo que puede ser aplicado al discurso expresivo¹⁰.

La reacción legal a los atentados del 11 de septiembre fue mucho más intensa y se concretó en la *USA Patriot Act*, acrónimo de *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001*, aprobada el 26 de octubre de 2001, mes y medio después del atentado, y que, como una suerte de Código antiterrorista, ha estado en vigor, luego de una reforma de 9 de marzo de 2006, hasta el 31 de mayo de 2015, viniendo a ocupar su lugar la *USA Freedom Act*, acrónimo de *Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ending Eavesdropping, Drag-net-collection and Online Monitoring Act*, de 2 de junio de ese mismo año.

El menoscabo generado por la *USA Patriot Act* en derechos constitucionalmente protegidos como la intimidad, el secreto de las comunicaciones o la protección de datos no se extendió, al menos de manera directa, a la libertad de expresión¹¹. Así,

10 Cole, D. "The First Amendment's Borders: The Place of *Holder v. Humanitarian Law Project* in First Amendment Doctrine", *Harvard Law and Policy Review*, vol. 6, 2012, p. 151.

11 Véanse, por ejemplo, los estudios de R. Abele *A User's Guide to the USA Patriot Act and Beyond*, University Press of America, 2005, y Cole./Dempsey. *Terrorism and the Constitution: Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security*, New Press, 2006; en la doctrina española, el trabajo de Esperanza Gómez Corona "Estados Unidos: política antiterrorista, derechos fundamentales y división de poderes" en el libro dirigido por Javier Pérez Royo y coordinado por Manuel Carrasco Durán *Terrorismo, democracia y seguridad, en perspectiva constitucional*, Marcial Pons, 2010, p. 57 y ss.

Geoffrey Stone señaló que, a diferencia de otros momentos críticos en la historia de los Estados Unidos, tras el 11-S NO se llevaron a cabo investigaciones criminales por criticar las políticas gubernamentales contra el terrorismo ni se encarceló a persona alguna por discrepar de esa "guerra"¹².

No obstante, el propio Stone matizó que ningún cambio legal o cultural es irrevocable y que no existen garantías de que el Gobierno no pretenda perseguir a los que cuestionan esas políticas o, lo que resulta más importante por lo que luego veremos, que los tribunales no aspiren a eludir lo establecido por el Tribunal Supremo en el asunto *Brandenburg v. Ohio*, de 9 de junio de 1969, donde sostuvo que la libertad de expresión impide sancionar la apología del uso de la fuerza salvo si esa defensa está orientada a incitar o causar una acción ilegal inminente o si es probable que incite o produzca dicha acción.

Pues bien, parece que los temores de Stone se materializaron 6 años después tras la publicación de la sentencia del caso *Holder v. Humanitarian Law Project*, de 21 de junio de 2010, donde el Tribunal Supremo, por mayoría de 6 a 3 y con ponencia del *Chief Justice* Roberts, admitió la constitucionalidad de una previsión de 1994, pero modificada por la *USA Patriot Act*, sobre el carácter delictivo del discurso que consista en un asesoramiento a una organización terrorista extranjera derivado de un conocimiento científico, técnico o especializado.

El Supremo validó así la norma que reprime el mero asesoramiento -que en el caso, además, era asesoramiento por cauces pacíficos en relación con el Derecho internacional y la ayuda humanitaria-

12 Stone, G. *Perilous Times: Free Speech in War Time. From the Sedition Act of 1798 to the War on Terrorism*, W.W. Norton & Company, Nueva York, 2004, p. 551.

al entender que con ello no se está castigando el mero discurso político sino una forma de colaboración con el delito, prevaleciendo el interés superior de la defensa de la seguridad nacional y de lucha contra el terrorismo internacional¹³.

El Tribunal Supremo argumentó que, por una parte, ese apoyo permite que la organización terrorista pueda dedicar esos recursos que se ahorra a finalidades delictivas; por otra, sostuvo que ese discurso contribuye a la legitimación del grupo terrorista, con la consiguiente facilidad para reclutar nuevos miembros y conseguir fondos económicos.

Para los críticos con esta sentencia, la cuestión a dilucidar es el efecto que pueda tener en el devenir de la Primera Enmienda y, en concreto, si supone el principio de la demolición de la estructura garantista de la libertad de expresión en relación con actividades violentas articulada, sobre todo, en el más arriba mencionado asunto *Brandenburg v. Ohio*: no puede ser criminalizado el discurso que defienda una conducta delictiva salvo que se pueda demostrar que esa defensa está orientada a incitar o causar una acción ilegal inminente o si es probable que incite o produzca dicha acción. Y es que en el asunto *Holder* el Tribunal Supremo sí admite la criminalización de expresiones que no defienden ni promueven delito alguno.

En palabras de David Cole, la sentencia distingue entre el discurso que se realiza de forma “independiente” de la organización terrorista, que no está criminalizado,

del “coordinado” con dicha entidad, que sí es perseguible, a lo que él objeta que el primero puede dotar de mayor legitimidad a esa organización precisamente porque se presenta como independiente y que no parece que existan razones fundadas para presumir que el segundo discurso puede aportar más beneficios sustanciales que el primero, sin olvidar que todo discurso es, en principio, relacional, sin que la identidad del interlocutor reduzca, en principio, el ámbito de protección otorgado al discurso¹⁴. Para Owen Fiss, si se trata de evaluar o sopesar el peligro social que surge del discurso no hay razón alguna para distinguir entre defensa política independiente y coordinada; ambas presentan el mismo peligro para la sociedad¹⁵.

Por otra parte, tampoco se entiende que se pretenda limitar la protección de las expresiones según se tenga, o no, un interlocutor extranjero, pues la Primera Enmienda protege la recepción de comunicaciones desde el extranjero y el intercambio de ideas con nacionales de otros países, como así declaró el propio Tribunal Supremo en los asuntos *Lamont v. Postmaster General*, de 24 de mayo de 1965, y *Kleindienst v. Mandel*, de 29 de junio de 1972. David Cole¹⁶ lo expresa gráficamente así: la Primera Enmienda protege el derecho a leer *The Guardian* como protege el derecho a leer *The New York Times*, igual que garantiza el derecho a acceder a páginas web alojadas en un lejano país y entregar una octavilla al vecino en la esquina de la calle.

En un tono pesimista sobre el futuro de la libertad de expresión en Estados Unidos, Owen Fiss concluyó que la prohibición de defensa política de organizaciones terroristas extranjeras, avalada por el Supremo,

13 David Cole realiza un comentario especialmente crítico de esta sentencia en el trabajo, ya citado, “The First Amendment’s Borders: The Place of *Holder v. Humanitarian Law Project* in First Amendment Doctrine”, p. 148 y sigs.; en lengua española Owen Fiss “El mundo en que vivimos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 37, 2013, p. 20-31; también se ocupa de esta sentencia Rodríguez Montañés, citada, p. 205 y ss.

14 Cole, citado, p. 166.

15 Fiss, citado, p. 26.

16 Cole, citado, p. 170.

“pronto se convertirá en una característica permanente de la vida cotidiana en los Estados Unidos e, incluso, podría irradiarse

a esferas ajenas a la lucha contra el terrorismo, alterando de esa manera la propia arquitectura de la Primera Enmienda¹⁷.



*Mosaico de perro persiguiendo a un conejo, romano, Homs, Siria, 450-462 d. C.
Museo de Arte Chazen*

17 Fiss, citado, p. 30.

Cultura, sistema penal, cárcel y Derechos Humanos

Julián Carlos RÍOS MARTÍN

1. Introducción

Tan solo una semana antes de comenzar a escribir este artículo (diciembre de 2022) estuve en un centro penitenciario para facilitar procesos de Justicia restaurativa entre víctimas y victimarios. Allí, como vengo haciendo desde los últimos años, después de traspasar cancelas de hierro, transitar por dos galerías y sentir las miradas de personas que revelaban los aspectos más extremos de la condición humana, me encontré con un grupo de condenados por delitos de terrorismo.

Me trasladé a la cárcel en un autobús, sentado junto a ciudadanos anónimos y cuya conversación, por su tono, era imposible no escuchar. Media hora después, entré en la cárcel y conversé con la directora para, posteriormente, encaminarme hasta una sala situada al fondo de una galería. A lo largo de este tránsito matinal fui testigo de discursos fragmentarios emitidos por personas libres, funcionarios y reclusos. Exponían perspectivas, no solo diferentes, sino antagónicas, acerca de la dimensión humana, social e institucional del delito. Los usuarios del autobús hablaban sobre la escasa gravedad de las penas. La conversación rezumaba una evidente indiferencia y desprecio humano hacia los presos y la justicia en general. Por otra parte, las voces silenciadas que sobrevivían entre muros y rejas encerraban un reconocimiento personal hacia las víctimas, y potenciaban

la justificación mental y emocional de los comportamientos delictivos. La responsabilidad sentida por el daño causado abría en la conciencia un abismo que aventuraba un vacío existencial. Sólo la verdad y la devolución de la cualidad humana, personalísima, arrebatada por el delito, pueden dibujar un futuro vital a quienes tienen el horizonte cercenado en 40 metros de distancia por el filo de las concertinas que coronan los muros cementados por la opinión pública. Unos ladrillos contruidos por albañiles mediáticos, sin buen oficio, que, a golpe de noticia sensacionalista y de instrumentalización política, han ido conformando el acervo cultural sobre la conceptualización social del crimen y su gestión por el Estado.

Esta cultura punitiva pertenece al patrimonio educativo de la sociedad. Merece ser rigurosamente reflexionado si, desde una perspectiva colectiva, se quiere evolucionar civilizadamente, no sólo en la prevención de los delitos, sino en la convivencia cotidiana. La parálisis o indiferencia hacia esta educación civil básica promueve un populismo que incrementa la exclusión desde la cultura de la intolerancia. Se hace pues, necesaria, una mirada crítica a la instrucción popular sobre el sistema penal.

Por otro lado, además de la dimensión social de la cultura, su configuración precisa de una mirada personal que apunte a una perspectiva existencial. La Unesco, en este sentido, la orienta hacia el cultivo del

espíritu humano en orden a incrementar la capacidad de reflexión. La conciencia, como lugar personalísimo en el que reside la dignidad, ha de permitir el discernimiento sobre los valores que sustentan determinada toma de decisiones y comportamientos. Desde esta óptica podemos hacer algunas preguntas en los estrados de los tribunales y en las prisiones: ¿pueden los jueces y fiscales reducir el sufrimiento humano en la aplicación de la ley penal?, ¿es posible la apertura a una dimensión compasiva, sin que la posición profesional o social, ciegue la mirada hacia la humanidad compartida sobre quien se acusa o juzga?, ¿se puede reducir la opacidad de la toga y de la ley para vislumbrar la esencia humana, quebrada, de quien se tiene delante?, ¿es posible, al menos internamente, “abajarse” de la mano de la humildad, para reducir el ejercicio de poder en cualquiera de sus formas y manifestaciones?, ¿qué medios materiales y personales pone en práctica la institución penitenciaria destinados a posibilitar, en las personas presas, la cultura de la responsabilización sobre el daño cometido, la reparación a la víctima y la resignificación de los conductas para el fomento del respeto?, ¿tiene la cárcel, desde una dimensión estructural, capacidad y posibilidad para la consecución de las finalidades educativas y de reinserción social que legalmente le han sido asignadas?, ¿pueden las víctimas abandonar su encorsetado lugar emocional tejido de un natural y adaptativo resentimiento para evolucionar hacia la serenidad?, ¿qué necesitan?

2. Cultura popular sobre el sistema penal

El sistema penal, con sus leyes, instituciones y personas que lo impulsan tiene una imprescindible dimensión convivencial. Las funciones preventivas y retributi-

vas que, simbólicamente, ejerce el sistema son, en principio, garantía y estabilidad de un sistema social basado en el respeto a los bienes jurídicos considerados esenciales para facilitar contextos en los que los ciudadanos puedan desarrollar libremente su personalidad y convivir en paz¹. Dicho esto, como presupuesto básico, hay que acudir a miradas que amplíen la conceptualización doctrinal y simbólica del derecho punitivo. El aparente correcto funcionamiento de las instituciones penales necesita de una óptica crítica. Es necesario que emerjan las miserias del sistema para que puedan ser corregidas.

Escribir sobre Derecho Penal implica nombrar la violencia. Violentos y, a veces irreparables, son algunos comportamientos humanos. Violenta es la aplicación institucional, legítima, del Derecho Penal². Y, violenta es la conceptualización que el inconsciente colectivo tiene sobre la pena y la prisión, en el que se abandona la empatía y la compasión, para recrudecer de

1 Para un estudio en profundidad de este tema ver: Arroyo Zapatero, Neumann y Nieto Martín, (coord.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2003, pp. 125-240. Baratta, A., *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*, Siglo XXI, México, 1991. Bustos Ramírez, J., *Manual de Derecho Penal (Parte General)*, PPU, Barcelona, 1994, 4ª ed. Capítulo I: Control social y Derecho penal, pp. 5-40, y Capítulo III, La pena y sus teorías, pp. 65-92. L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 209-458. D. Garland, *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 1999. W. Hassemer y F. Muñoz Conde, *Introducción a la Criminología y al Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989. E. Larrauri, *La herencia de la criminalidad crítica*, Siglo XXI, 2000. Obregón García, A., y J. Gómez Lanz, J., «Teoría general de la pena», en Molina Blázquez, M., (coord.), *La aplicación de las consecuencias jurídicas del delito*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 21 y ss. I. Rivera Beiras I, *El problema de los fundamentos de la intervención jurídico penal. Las teorías de la pena*, Signo, Barcelona, 1998. Zaffaroni, E.R., *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1998.

2 Sin duda, la violencia de cinco minutos que dura un robo con intimidación es elevada para la víctima; y la violencia que sufre su autor desde que es detenido hasta que sale de una prisión 60 meses después (por poner una cifra), es bastante más elevada que la primera.

forma inmisericorde la dimensión humana de quien delinque. No hay que olvidar que, con un incremento penal excesivo o desproporcionado, se corre el riesgo de que emerja otro tipo de inseguridad más grave que ha de llevar a los ciudadanos a preguntarse si están dispuestos a ceder libertad y seguridad jurídica en aras de la presunta eficacia del incremento de las penas³.

Si profundizamos en la perspectiva popular no es difícil escuchar expresiones acerca de la levedad del castigo penal, de la necesidad de incrementar el rigor punitivo en las leyes y en su aplicación carcelaria. Tampoco es infrecuente, así al menos lo escucho entre los alumnos en las primeras clases en la Universidad de la asignatura que imparto, que las penas de prisión apenas se cumplen, que los presos en poco tiempo están en régimen abierto, que las cárceles son hoteles de 5 estrellas, que los delincuentes cuando son detenidos entran por una puerta y salen por otra, que los jueces no hacen justicia, que hay que dudar de las personas presas cuando salen de cumplir sus condenas y descartarlas para la vida social. Este es parte del contenido cultural ciudadano sobre el sistema penal. Es limitado, sesgado y tergiversado. Ninguna de las expresiones anteriormente reseñadas se corresponden con la realidad. Un profesional que trabaje en la administración de justicia, en tan solo diez minutos, desmontaría tales creencias.

Esa perspectiva cultural solo queda coregada si la vida lleva a quienes piensan

así a experimentar personalmente, en amigos, o en familiares, la dureza y el rigor del sistema. Esta experimentación puede obtenerse si sufren un delito, en cuyo caso, la administración de Justicia les obligará a enfrentarse a la doble victimización que genera la propia dinámica de funcionamiento de las instituciones penales⁴. La consideración como testigos provoca que, más allá de los fines públicos preventivos de sistema, muchas de sus necesidades emocionales y vitales, se quedan sin cumplir. Y, por otro lado, si acceden al sistema punitivo como denunciados, acusados, condenados o presos, podrán experimentar el dolor infinito de su aplicación.

¿Es posible un Derecho Penal más humano en las actuales circunstancias sociales? Sin duda⁵. Hacia ahí, hay que caminar. Lamentablemente vamos en dirección contraria.

Los partidos políticos utilizan la información sobre el delito desde claves sesgadas y tendenciosas, generando una importante y desproporcionada alarma social, allí donde existe un intenso y respetable dolor. Este fenómeno suele ser aprovechado por el gobierno de turno con la intención de desviar la atención social de las raíces de la inseguridad⁶.

4 Para profundizar en este tema ver: Canelutti, F., «Las miserias del proceso penal», en Monografías jurídicas núm. 55, Themis. L. Wacquant, *Las cárceles de la miseria*, Alianza, Madrid, 2000. Varona, G., *La mediación reparadora como estrategia de control social*, Comares. Granada, 1998.

5 La pena es legítima cuando, sin rebasar el límite que derivan del principio de proporcionalidad, resulta eficaz desde el punto de vista preventivo; más concretamente, cuando proporciona la máxima eficacia preventiva, atendiendo tanto a su eficacia preventiva general, como a su eficacia preventiva especial, y a los distintos cauces a través de los cuales el recurso a la pena puede producir un efecto preventivo. Cardenal Montraveta, S., (2015). *¿Eficacia preventiva general intimidatoria de la pena? Consecuencias para la decisión sobre la suspensión de su ejecución*. Revista electrónica de ciencia penal y criminología, 2016. Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*. Tirant Lo Blanc.

6 A raíz de la existencia de graves casos aislados, pero altamente notorios, donde es común encontrar

3 Frente a la “innegociable y absoluta” defensa de la sociedad que se preconiza, la historia de las penas es sin duda más horrenda e infame para la humanidad que la propia historia de los delitos. Como señala Ferrajoli, más despiadadas, y quizás más numerosas que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las mismas penas. Mientras el delito puede ser ocasional y a veces impulsivo, la pena siempre es programada, consciente, organizada por muchos frente a uno. Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta. 7ª ed. Madrid. 2005. P. 413-415.

La sociedad del siglo XXI se construye en torno a una cultura que ha elaborado un sistema de «objetiva» inseguridad con deriva hacia el miedo: la inseguridad sentida⁷. Citando a Bauman⁸, se destaca que la creciente sensación de inseguridad no procede de la escasez de protección. Es nuestra propia imposibilidad de crear vínculos personales y sociales duraderos y los condicionamientos de un mercado de consumo cada vez más impersonal lo que subyace en ese creciente miedo difuso. Los miedos han acompañado a la humanidad en toda su historia, pero es en la modernidad líquida cuando son netamente comercializables e intercambiables por mercancías. Estas fuerzas se colocan sobre los Estados, dejándolos impotentes en la protección de sus propios ciudadanos. Por otro lado, es la misma competencia del mercado el factor que desencadena la posterior desconfianza y falta de solidaridad entre las personas. Esta no conexión deriva en un sentimiento paranoico de supuesta agresión. La imprevisibilidad no se afronta en comunidad sino por separado, lo cual obviamente la hace más rentable. Es la suma de individualismo, descohesión social, ausencia de vínculos y de proyectos comunitarios, el caldo de cultivo del miedo que cristaliza de manera definitiva en temor al diferente.

un agresor peligroso y una víctima indefensa, es una situación excepcional que genera una reacción social que desde la sociología permite identificar la estructura de los miedos y las culpas de la clase media y los valores de los medios de comunicación, con la ventaja para los políticos de que su atención les permite desviar o evitar la discusión de problemas más graves de la seguridad social y de mayor conflictividad, quedando sin solución el problema de la inseguridad ciudadana pues solo se combate sus efectos, pero no sus causas Garland, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Gedisa, Barcelona, 2005.

7 Silva Sánchez, J., *La expansión del Derecho penal*. Civitas, Madrid, 2001.

8 Bauman, Z., *Miedo líquido: la sociedad contemporánea y sus temores*, Paidós, Barcelona, 2007.

En la actualidad, la inseguridad más grave para muchas personas es la supervivencia –residencial, laboral, sanitaria, alimentaria–. Existen altas tasas de paro, personas que padecen condiciones precarias de trabajo y sufren el grave problema de la ausencia de vivienda digna (muchas hipotecadas con cláusulas abusivas, que se ejecutan sumariamente y provocan desahucios practicados con crueldad insufrible); a ello se suma el desmantelamiento de los servicios sociales (particularmente dramático es el caso de la clausura de numerosos centros de atención a drogodependientes), la reducción de profesionales de la salud y, particularmente, de la mental. En suma, los recortes sociales aumentan la sensación subjetiva de inseguridad personal. Y, el Estado, incapaz de hacer frente a ésta, más auténtica y real que la vinculada al delito, simula su resolución por vía de la expansión ilimitada del Derecho Penal. Se trata de un remedio falaz y provisorio, ya que sólo cumplirá su función simbólica el día en que se anuncie la reforma. Posteriormente, la sensación pública de inseguridad continuará igual si no se interviene sobre las causas (adicciones, problemas mentales, déficits en la socialización, pobreza e injusticia estructural a nivel nacional e internacional...), ni sobre el origen de la sensación pública de inseguridad colectiva (desinformación de las instituciones del sistema penal, la desproporción y desmesura informativa de los crímenes cometidos en casi todas partes del mundo)⁹. El mensaje es claro: el Estado no

9 El discurso moderno de la seguridad se presenta ante la sociedad como un adecuado trueque de libertades por seguridad. La sociedad, asustada, da la bienvenida a la reducción de derechos, en parte adormecida por la constante invasión propagandística que le convence de la inminencia de un peligro delictual en su vida y de la necesidad de excluir y reprimir aquellos que ponen en peligro la forma social de organización. Se trata de un discurso político que pretende replantear al estado poli-

reconoce otra fuente de inseguridad que la asociada a los discursos de ley y orden. Se utiliza el sistema penal para reforzar su papel de garante de la seguridad y, así, obtener réditos políticos: “un gobierno estricto y duro con el delincuente, conviene a todos los ciudadanos”, se nos dice. Pero, en realidad, se trata de la utilización simbólica del Derecho Penal para la creación de una falsa seguridad ciudadana. De su mano, la opinión pública y las víctimas han tomado el papel de actores en el diseño y ejecución de la política criminal.

Hace años, las decisiones en este ámbito se tomaban por grupos de expertos. Hoy en día, la voz de los ciudadanos y los colectivos de víctimas desempeñan un papel fundamental¹⁰. Su aportación ha

cial, donde el orden, la seguridad y la protección de las víctimas se convierten en justificaciones ideológicas que repotencian directamente el poder perdido de la policía en la determinación y configuración del poder punitivo, eficiente no sólo para el control del delito sino también para el de la disidencia, logrando con ello un adecuado mecanismo de poder que permite proteger los objetivos de carácter económico y político de las clases más poderosas A. Chirino Sánchez, «El retorno a los delitos de peligro. ¿Un camino posible hacia el Derecho penal del enemigo?», en J. Llobet, *Justicia penal y Estado de derecho*. Homenaje a Francisco Castillo Gonzalez, Jurídica Continental, Costa Rica, 2007.

10 Hasta qué punto la presencia de expertos ni quien los define como tal, puede garantizar el respeto a los derechos fundamentales. La diferencia está entre respuestas razonadas e irrazonables, emotivas o motivadas, pero nadie tiene el monopolio Larrauri Pijoan, E., «La economía política del castigo», *Revista Electrónica de ciencia penal y criminología*. 11.6.2009. Efectivamente, los técnicos que elaboran los proyectos de ley ponen sus conocimientos al servicio de intereses políticos que vienen dictados por estrategias electorales o por intereses de grandes instituciones de poder económico. Por lo que la técnica jurídica de elaboración de normas no es una cuestión científica de búsqueda del interés general ni, en particular, de la justicia, en el marco del respeto a los derechos constitucionales. Ahora bien, sí le corresponde al Estado su elaboración, escuchando, pero delimitando, previa explicación social, que los límites de lo motivado y razonable están en los derechos fundamentales establecidos en los artículos. 10, 15 y 25.1 de la Constitución española: la dignidad, la prohibición de penas inhumanas y tratos degradantes, y la reeducación y reinserción social. Pero no lo hace, y busca unilateralmente sus propios objetivos.

contribuido a explicar la evolución de los sistemas de justicia penal¹¹. Ahora bien, el Estado no puede quedar atado a la opinión, respetable, que una parte de los ciudadanos tiene en torno al fenómeno delictivo, sobre todo cuando el debate público-mediático está huérfano de una reflexión serena respecto de los elementos jurídicos y sociológicos que concurren en el fenómeno delictivo. Los temas penales tienen múltiples aristas y perspectivas que necesitan ser tenidas en consideración. No sólo se trata de calmar la necesidad de justicia de la víctima y reparar su daño –necesario, sin duda-, sino determinar qué penas y medidas, en qué extensión y forma de ejecución, han de imponerse para que sean preventivamente eficaces y respetuosas con los derechos humanos. Hay que alertar, pues, acerca de una cultura del sistema penal dirigido exclusivamente desde y hacia las víctimas que puede llevar a poner en cuestión los derechos inquebrantables de los ciudadanos, detenidos, investigados o condenados. La defensa de las víctimas es compatible con el respeto escrupuloso a los derechos de los infractores. De otro modo, se alentaría la peligrosa cultura del “populismo punitivo”.

Ante este contenido cultural del sistema punitivo propongo un cambio de mirada para garantizar la legitimidad del sistema y una convivencia social respetuosa con los derechos humanos¹²: 1) de la autocompla-

11 J.L. Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*. Op.cit,

12 “La definición de las conductas humanas que puedan ser calificadas como delitos, así como la determinación de las penas, pertenece al Estado. Varios motivos sostienen esta opinión, pero, entre ellos, uno es fundamental: el poder que se otorga al Estado para establecer leyes penales y la regulación de las instituciones de la administración de justicia tiene como fundamento evitar la venganza privada y sustituirla por un sistema racional de castigos sometidos a unos límites establecidos en la Constitución: los derechos humanos. Esta racionalidad puede, no solo pedirse, sino exigirse a los políticos. No obstante, es un deber que olvidan fácilmente, porque les

cencia con el sistema, a su crítica, 2) de una óptica genérica, basada en el presupuesto del correcto funcionamiento de cada institución punitiva, a la agudeza de atreverse, osadamente, a observar desde otro lado: el de los lugares silenciados y oscurecidos de las instituciones punitivas o de las políticas criminales seleccionadas; y, como no, desde las voces mudas, o enmudecidas, de quienes son protagonistas del proceso, 3) implementar la compasión como valor en la intervención de la administración de justicia penal. Este sentimiento escasamente cultivado en los tribunales¹³, cárceles y comisarías, no se contrapone a la aplicación de la ley, sino que favorece la consecución de la justicia: la que toma en cuenta las necesidades vitales y profundas de las personas.

3. Dimensión cultural de la cárcel

Partamos de algunas preguntas: 1) ¿La dimensión cultural de la cárcel permite ampliar y profundizar a los presos en su experiencia humana?, 2) ¿su estructura y funcionamiento posibilita a las personas una introspección personal para una posible resignificación de los valores, actitudes y creencias que motivaron el comportamiento delictivo?, 3) ¿existen actividades culturales y tratamentales que posibilitan tales objetivos? A contestar es-

resulta más cómodo traducir en normas el clamor de la calle, sea justo o injusto, que intentar que la opinión pública discorra dentro del marco de la racionalidad" Vives Antón, T., "La injerencia, el error y el derecho", *Diario El País*, 1 de abril de 2010.

13 "El juez debería ser un espectador emotivo capaz de identificar en el proceso el sufrimiento ajeno para tutelar los derechos e intereses legítimos de los más débiles, dentro de lo que el ordenamiento jurídico le permite, su poder de disposición, que en muchas ocasiones no es pequeño, razonando siempre desde el derecho"... "frente al modelo de juez técnico que se escuda detrás de conceptos abstractos", Sáez Valcárcel, R., (2016), entrevista, Revista Galde. Ver epílogo de Del Arco, M.A., *La audiencia va de caza*. Granada, Veleta.

tas cuestiones están dedicadas las líneas que siguen.

Desde que la prisión se generalizó como pena y su ejecución pasara a organizarse en sistemas penitenciarios se ha pretendido conseguir con ella algo más que la mera retención o separación de la persona que delinque. Superado el planteamiento correccional de las primeras etapas históricas que aspiraba a conseguir la transformación o corrección moral del condenado, en la actualidad, y así está reconocido en la Constitución –art. 25.2 CE–, el sistema pone su objetivo en la reeducación y reinserción social.

Según la doctrina emanada del Tribunal Constitucional, se trata de un mandato vinculante para el legislador y la administración penitenciaria que determina cómo deben configurar la ejecución de las penas privativas de libertad. Por lo demás, tal mandato no comporta que éste sea el único criterio de configuración de tales penas ni que cada aspecto de la vida penitenciaria haya de venir regido sólo o principalmente por la regla de resocialización. Ha de ser compatible con el «fin primordial» de las instituciones penitenciarias de «retención y custodia de detenidos, presos y penados» (LOGP art.1), que comporta «garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro».

La LOGP de 1979, nacida –como sus homólogas alemana e italiana– en una época de plena efervescencia resocializadora basada en que el tratamiento podía ser la solución para todos los problemas de quien delinque, le dedica todo el título III. Con él se «pretende hacer del interno una persona con la intención y la capacidad de vivir respetando la Ley penal, así como de subvenir a sus necesidades. A tal fin, se procurará, en la medida de lo posible, desarrollar en ellos una actitud de respeto a sí mismos y de responsabilidad individual y

social con respecto a su familia, al prójimo y a la sociedad en general» (art. 59.2¹⁴).

Aún con este marco, la interpretación y aplicación de la legalidad penitenciaria, para algunas tipologías delictivas, no es compatible con parámetros constitucionales. Es más, aún con su estricta observancia, se ve lastrada por la realidad creada por la propia dinámica estructural¹⁵. Y, en todo caso, las disfunciones solo se ven con una avezada mirada de quien sufre el encierro. No quiero decir que la versión oficial de quienes se encargan de gestionar la ejecución penal no tenga razón en afirmaciones y visiones más amables sobre el propio sistema, sino que, simplemente, las perspectivas de la realidad son muy di-

ferentes en función de lugar profesional, la biografía vital y sus devenires vitales, así como del posicionamiento ideológico de quien observa e interpreta¹⁶.

Dicho esto, la cárcel tiene una cultura propia de funcionamiento. Su dinámica dificulta la toma de conciencia de las personas presas acerca de: 1) la asunción de la responsabilidad por el comportamiento delicto, 2) el reconocimiento y reparación hacia la víctima. Reflexionaré sobre estos aspectos en las líneas que siguen.

3.1. Limitaciones institucionales de la institución penitenciaria

La mayor parte de la plantilla de los centros penitenciarios corresponde al personal de seguridad o vigilancia. El componente técnico (juristas, psicólogos, pedagogos, sociólogos, educadores, trabajadores sociales, etc.) resulta insuficiente. Además, los trabajadores encargados de algunos programas y actividades de tratamiento, como los monitores deportivos, no son de plantilla. Son personal laboral o voluntarios pertenecientes a oenegés. Los profesionales se encuentran sobrecargados de trabajo. Su experiencia diaria es de agobio y exceso de tareas. Sin embargo, desde la posición de las personas presas, toda esa saturación y sobrecarga personal es experimentada como abandono y dejación.

14 «El tratamiento penitenciario consiste en el conjunto de actividades directamente dirigidas a la consecución de la reeducación y reinserción social de los penados» (art. 59.1) y «estará basado en el estudio científico de la constitución, el temperamento, el carácter, las aptitudes y las actitudes del sujeto a tratar, así como de su sistema dinámico motivacional y del aspecto evolutivo de su personalidad, conducente a un enjuiciamiento global de la misma, que se recogerá en el protocolo del interno» (art. 62 a). «Guardará relación directa con un diagnóstico de personalidad criminal y con un juicio de pronóstico inicial, que serán emitidos tomando como base una consideración ponderada del enjuiciamiento global a que se refiere el apartado anterior, así como el resumen de su actividad delictiva y de todos los datos ambientales, ya sean individuales, familiares o sociales, del sujeto» (art. 62 b), por lo que «los servicios encargados del tratamiento se esforzarán por conocer y tratar todas las peculiaridades de personalidad y ambiente del penado que puedan ser un obstáculo para las finalidades indicadas en el artículo anterior» (artículo 60.1). «Para ello, deberán utilizarse, en tanto sea posible, todos los métodos de tratamiento y los medios que, respetando siempre los derechos constitucionales no afectados por la condena, puedan facilitar la obtención de dichas finalidades» (art. 60.2).

15 Los efectos socio personales pretendidos con la conminación, imposición y ejecución de las penas, por muy necesarios que parezcan, en ninguna circunstancia deben superar ciertos confines. Uno de ellos es el de la humanidad de las sanciones, que viene a expresar que determinadas formas de ejecución son incompatibles con la dignidad de la persona humana, por lo que no pueden imponerse, cualquiera que sea la entidad lesiva del comportamiento o la intensidad de la responsabilidad personal. Díez Ripollés, J.L., *El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECPC), 2004, núm. 06-03.

16 Para el desarrollo de las valoraciones y reflexiones que se exponen sobre las limitaciones institucionales he tenido en consideración los trabajos de investigación los hemos realizado durante varios años analizando datos estadísticos oficiales y testimonios de personas presas y de profesionales. Ríos Martín, J., y Cabrera Cabrera, P., *Mil voces presas*, Universidad Comillas, Madrid 1997; *Mirando el abismo, condiciones del régimen cerrado*, Universidad Comillas, Madrid, 2003. Con Gallego Díaz, M., Segovia Bernabé, J.L. *Andar un Km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*. Universidad Comillas, Madrid, 2012. Así mismo, he basado las afirmaciones desde la experiencia de 30 años en el sistema penal, siguiendo la metodología de autobiografía etnográfica.

Los discursos en este sentido parecen claramente irreconciliables. Mientras que los primeros pueden estar matándose a trabajar, los segundos sienten que prácticamente nadie se ocupa de ellos. El personal, profesionalmente cualificado, al que están encomendados los programas y las actividades de tratamiento, difícilmente puede atender las demandas de la población interna. Si el medio en que deben llevarse a cabo tales actividades es muchas veces inhóspito o incluso contradictorio estructuralmente con los objetivos de las mismas, se hace muy difícil prestar una atención adecuada a las personas presas.

Es importante tener en cuenta los medios y las condiciones en que se tienen que desarrollar las actividades culturales y tratamentales. Lo deseable sería que la cárcel estuviera bien dimensionada, con patios y comedores desahogados, escuela con aulas bien equipadas y talleres suficientes para el número de internos. A estos efectos, conviene recordar que según el artículo 13 de la LOGP, «los establecimientos penitenciarios deberán contar en el conjunto de sus dependencias con servicios idóneos de dormitorios individuales, enfermerías, escuelas, biblioteca, instalaciones deportivas y recreativas, talleres, patios, peluquería, cocina, comedor, locutorios individualizados, departamento de información al exterior, salas anejas de relaciones familiares y, en general, todos aquellos que permitan desarrollar en ellos una vida de colectividad organizada y una adecuada clasificación de los internos, en relación con los fines que en cada caso les están atribuidos». Pero no siempre, ni en todos los centros penitenciarios es así. En este punto se observan diferencias importantes de unos a otros. Al igual que en recursos humanos, en infraestructuras se detectan carencias y limitaciones claras, particularmente en los antiguos.

Las acciones educativas y culturales de la población privada de libertad en centros penitenciarios dependientes de la SGIIPP son varias. El número de población penitenciaria matriculada en las actividades programadas a 31 de octubre de 2021 era de un total de 13.340 personas que suponen un 32,5% de la población, de los cuales 11.878 eran hombres (31,5% del total de hombres) y 1.462 mujeres (42,6% del total de mujeres), según consta en la tabla que se adjunta.

Por otro lado, desde la perspectiva oficial, existen programas de creación cultural. Son los que tienen lugar en los centros penitenciarios para facilitar el desarrollo de la creatividad de la población reclusa, al tiempo que difunden en los centros penitenciarios las manifestaciones culturales generadas en el entorno social. Así, se fomentan cursos y talleres ocupacionales sobre teatro, música, radio, televisión, publicaciones, pintura, fotografía, escultura y cerámica, entre otros. Existen también programas de Difusión Cultural que pretenden hacer llegar a la mayor cantidad posible de población interna todas aquellas manifestaciones culturales que fomenten la vinculación con las redes locales: representaciones de teatro, actuaciones musicales, conferencias y otras. Y, por último, existen programas de formación y motivación cultural que introducen y ayudan a valorar y potenciar actitudes positivas hacia su persona y hacia el resto de colectivo social. Con especial relevancia se atiende a la participación en concursos, certámenes y al desarrollo de programas específicos capaces de facilitar la formación de las personas que cumplen condena. Los datos sobre participación en estos programas durante el año 2021 se exponen en las dos tablas siguientes.

Por último, existen actividades en las bibliotecas y de animación a la lectura. A lo largo del año 2021, al menos du-

LÍNEA DE ACTUACIÓN	ACTIVIDADES					HOMBRES		MUJERES		TOTAL			
						Nº	%	Nº	%	Nº	%		
							37.651		3.429		41.080		
ENSEÑANZAS ESCOLARES	RÉGIMEN GENERAL	ENSEÑ. INICIALES DE EDUC. BÁSICA DE PERS. ADUL.	NIVEL I ALFABETIZACIÓN	ALFABETIZACIÓN		1.615	4,3	300	8,7	1.915	4,7		
				ESPAÑOL INMIGRA.	ALFAB. EXTRANJ.	272	0,7	12	0,3	284	0,7		
					ESPAÑOL EXTRAN.		967	2,6	55	1,6	1.022	2,5	
			NIVEL II CONSOL. CONOC. Y TEC. INSTRUM.					3.788	10,1	394	11,5	4.182	10,2
			TOTAL ENS. INIC. DE ED. BÁSICA P. A.					6.642	17,6	761	22,2	7.403	18,0
		EDUCACIÓN SECUNDARIA	EDUC. SECUND. DE PERSONAS ADULTAS	Presen.	PRIMER CICLO		1.488	4,0	114	3,3	1.602	3,9	
					SEGUNDO CICLO		623	1,7	63	1,8	686	1,7	
				Distan.	PRIMER CICLO		170	0,5	13	0,4	183	0,4	
					SEGUNDO CICLO		137	0,4	7	0,2	144	0,4	
				PRUEBAS EXTRAOR.	GRAD. SECUND		609	1,6	69	2,0	678	1,7	
	TOTAL ED. SECUN. P. A.				3.027	8,0	266	7,8	3.293	8,0			
	BACHILLERATO					445	1,2	45	1,3	490	1,2		
	PRUEBAS ACCESO A FORM. PROF. G.MEDIO					28	0,1	6	0,2	34	0,1		
	FORM. PROFESIONAL DE GRADO MEDIO					69	0,2	7	0,2	76	0,2		
	TOTAL EDUCACIÓN SECUNDARIA					3.569	9,5	324	9,4	3.893	9,5		
	RÉGIMEN ESPECIAL	ENSEÑANZAS DE IDIOMAS					6	0,0	1	0,0	7	0,0	
	TOTAL ENSEÑANZAS ESCOLARES						10.217	27,1	1.086	31,7	11.303	27,5	
	ENSEÑANZAS UNIVERSITARIAS	TOTAL ENSEÑANZAS. UNIVERSITARIAS				ACCESO	346	0,9	27	0,8	373	0,9	
						GRADOS	571	1,5	44	1,3	615	1,5	
						TOTAL	917	2,4	71	2,1	988	2,4	
	OTRAS ENSEÑANZAS	IDIOMAS					761	2,0	135	3,9	896	2,2	
		AULA MENTOR					53	0,1	0	0,0	53	0,1	
FORMACIÓN PROFESIONAL BÁSICA					49	0,1	0	0,0	49	0,1			
PREACCESO: UNED					34	0,1	17	0,5	51	0,1			
TOTAL OTRAS ENSEÑANZAS					744	2,0	305	8,9	1.049	2,6			
TOTAL MATRICULADOS						11.878	31,5	1.462	42,6	13.340	32,5		

ACTIVIDADES	MEDIA MENSUAL DE ACTIVIDADES	MEDIA MENSUAL DE PARTICIPACIONES
CURSOS Y TALLERES OCUPACIONALES	519	13.439
DIFUSIÓN CULTURAL	230	5.580
FORMACIÓN Y MOTIVACIÓN CULTURAL	142	1.189

rante algún periodo del año, 41 centros penitenciarios han contado con equipos de animación a la lectura. Durante este periodo, 1.183 personas (1.141 hombres y 42 mujeres), en media mensual, participaron en alguno de estos equipos. Se han

realizado 441 actividades y/o estrategias relacionadas. Asimismo, se han desarrollado 110 conferencias a cargo de reconocidos autores. En el conjunto del año, en la totalidad de las bibliotecas, la media de población lectora en préstamo ha sido

de 6.931 (6.154 hombres y 677 mujeres) al mes. Destacan como autores más solicitados: Kent Follet, Alberto Vázquez Figue-roa, Arturo Pérez Reverte, Stephen King, Dan Brown, Paulo Coelho. En el conjunto de las bibliotecas, en el mes de diciembre, había catalogados 871.202 volúmenes. La media por centro penitenciario es de 12.270.

3.2. Limitaciones estructurales intrínsecas

Aun pensando en la cárcel mejor gestionada, por un personal formado y comprometido en las tareas resocializadoras, el espacio estructural provoca graves consecuencias en las personas que comprometen el respeto a la cultura de los derechos humanos. La cárcel es un medio físico de carácter antiterapéutico, enormemente desequilibrador¹⁷. Es una estructura que genera sufrimiento. Las personas que allí habitan, y quienes trabajan, están sometidas a una elevada tensión relacional y emocional. Las normas que regulan esas relaciones en el espacio penitenciario son interpretadas desde claves restrictivas para mantener el orden y la seguridad.

Quienes cumplen pena de prisión tienen que adquirir una nueva identidad

como consecuencia de la alteración de la identidad personal que viene impulsada por el aislamiento de su entorno social y la imposición de los nuevos marcos de referencia psicológicos y relacionales. Ello provoca que la cárcel se convierta en un auténtico sistema social paralelo donde se sitúa al preso y en el que éste difícilmente puede prever situaciones agresivas. Las personas tienen que someterse y adaptarse a un entorno desestructurador, en el que difícilmente existen posibilidades de aprendizaje y de crecimiento personal. Así:

1. La cárcel genera en las personas una sensación de permanente peligro. Esto conduce al interno a un estado de ansiedad, que no sólo da lugar a trastornos psicosomáticos, sino que en general conduce a vivir con más estrés las permanentes tensiones que implica la vida en la cárcel, aumentando con ello las situaciones de riesgo. No es extraño que este estado mental se desborde en paranoias y situaciones de temor.

El miedo es fuente de violencia. Es un alimento compartido por todos los que habitan en la cárcel. El miedo es inseparable de la vida en prisión: a ser golpeado, a no salir nunca, a perder la razón y a volverse loco. Finalmente, el miedo más difícil de hacer desaparecer, el miedo a uno mismo. Por otro lado, una vertiente del miedo es el permanente riesgo de contagio de enfermedades. Ello genera consecuencias psicológicas muy serias: una situación de ansiedad permanente que, junto al sentimiento de inseguridad física y psicológica, dificulta cualquier intento de normalización conductual.

2. La cárcel provoca en las personas presas una intensa desconfianza como sistema de supervivencia. La extrema tensión del ambiente, con frecuencia, dará lugar a que, como íntimo mecanismo de

17 Para profundizar en el tema que abordaré a continuación se pueden leer los siguientes trabajos: BUSTOS, J, *Control social y sistema penal*, Barcelona: PPU, 1987. Cáceres Lescarbourea, A, *Los habitantes del pozo. Vida y muerte en una cárcel manicomio*, Aguacalera, Alicante, 1992. Clemente Díaz, M, *Psicología social y penitencia-ria*, Escuela de Estudios Penitenciarios, Madrid, 1988. Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura. Defensor del Pueblo, informes anuales desde 2011. Foucault, M, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, Madrid, 1978. Madrid. Manzanos Bilbao, C, *Cárcel y marginación social: contribución crítica e investigación aplicada a la sociedad vasca*, Gakoa-Tercera Prensa, Donostia, 1991. Redondo, S, *Evaluar e intervenir en las prisiones: análisis de conducta aplicado*, PPU, Barcelona, 1993. Valverde Molina, J, *La cárcel y sus consecuencias: la intervención sobre la conducta desadaptada*, Popular, Madrid.

defensa de la propia salud mental, la persona tiende a proteger su propio «Yo», lo que, en ese contexto, le lleva a un exagerado egocentrismo. De la desconfianza hacia la administración penitenciaria se pasa con el tiempo a la desconfianza en la justicia penal. La persona tiende a aislarse en sí misma. Ello genera graves consecuencias en la forma de afrontar las relaciones cuando sale de prisión. Hemos experimentado que sin confianza no hay posibilidades de relación. Este es uno de los motivos por los que, una vez en libertad, se queda sola. Y la soledad lleva a la exclusión y a la muerte social.

3. El internamiento genera un intenso sentimiento de indefensión. Viene provocado no sólo por la violencia institucional y personal en que la persona presa se encuentra inmersa, sino también por la falta de garantías legales para proteger la propia identidad que muchos presos experimentan o creen experimentar. La poca estimulación que se recibe en una cárcel es muy repetitiva y violenta. La violación de la intimidad es constante. Los presos, además de estar siendo observados continuamente (en muchos casos, por ejemplo, a través de cámaras permanentes a todas las horas), no puede disponer de un mínimo de espacio ni tiempo propio. Los cambios de cárcel o de celda o la intromisión en ésta, a cualquier hora del día, de los funcionarios para realizar cacheos, son unas ceremonias que generan indefensión. Esta viene dada fundamentalmente por no saber a qué atenerse, y por sentir que, haga lo que haga, va a dar igual, pues las respuestas que probablemente reciba no están conectadas necesariamente con las consecuencias que cabe en buena lógica esperar. Todo contribuye a exacerbar el sentimiento de inseguridad vital. Con frecuencia, el sentimiento que le acompaña es una fuerte sensación de impotencia

por estar enfrentándose a una situación que no es posible controlar, ni modificar. La persona no es dueña de decidir sobre su vida, ni siquiera en aquellos aspectos menores que, en principio, podría controlar estando en la cárcel. El preso termina por sentirse como un objeto, despersonalizado y prescindible. Sobre esta base, y teniendo en cuenta las limitadísimas posibilidades de tratamiento, no es extraño que el suicidio haga su aparición, como tentación cotidiana y como forma de llamar la atención respecto de las durísimas condiciones.

4. La cárcel genera y exagera un sentimiento de odio. Es una secuela, un subproducto que hace aparecer la venganza como objetivo. El proceso psicológico vivido por muchos presos se resume así: «era una persona y me estoy convirtiendo en una fiera con mucho odio». Este temor es un efecto del miedo mismo puesto que, en definitiva, todo está engendrado y amasado. Un hombre que dice haberse convertido en una fiera es un hombre que busca inspirar en los demás el terror que él mismo ha experimentado antes, y cuyos efectos degradantes y aniquiladores ha sido el primero en sentir previamente.

El fracaso de los programas de reinserción se encuentra alimentado una y otra vez por la dinámica del odio. Por otra parte, la distancia que media entre los objetivos programáticos y la constatación de la realidad cuando se está dentro del «talego», no hace sino exacerbar el rencor frente al sistema.

5. La prisionización es resultado último de la violencia larvada y manifiesta, personal e institucional, legal e ilegal, de unos y otros. La cárcel se cierra sobre sí misma y marca definitivamente a los que engulle. Deja incluso su huella en el cuerpo (tatuajes), en el rostro, en cierta expresión facial, de dureza y adustez, que resulta tan llamativa cuando salen en libertad.

De todas formas, quien se acaba «priorizando» y adopta determinadas pautas de comportamiento no lo hace por gusto o por elección libre y espontánea, sencillamente “hay que luchar por sobrevivir”. Con frecuencia no queda otra opción, de manera que lo que sirve en la calle, puede no tener ningún sentido tras las rejas, y viceversa. Lo que en otro ambiente carece de importancia aquí adquiere una gran relevancia, pudiendo derivar ciertas insignificancias, vistas desde fuera, en situaciones conflictivas e incluso de gran violencia.

Como consecuencia, al salir de la prisión existen una serie de condiciones objetivas que influyen en el desarraigo social: 1) trastornos psíquicos originados por la estancia en la cárcel o, intensificados, los que ya se tenían de base, 2) dificultad para vincularse y mantener relaciones empáticas hacia otros seres humanos sin manipular ni engañar, 3) falta de posibilidades de trabajo, 4) carencia de habilidades socio-laborales, 5) situación familiar deteriorada, 6) necesidad de un tratamiento socio-sanitario ante graves problemas de salud, sobre todo creados por el consumo de drogas. No quedan muchas posibilidades. La cárcel sumerge aún más a quienes ya vivían en la deriva social. En concreto, las condiciones esenciales del ser humano se ven cercenadas.

El objetivo de una cultura penal y carcelaria de derechos humanos tiene su condición de posibilidad en que las personas puedan volver a vivir en la sociedad respetando las normas. Esto precisa de una exigencia. El Estado tiene que apostar por políticas públicas, desde criterios de justicia social, que permitan a quienes estuvieron presos convivir con posibilidades de acceso a una educación, a una vivienda digna, a un trabajo suficientemente remunerado y a una sanidad eficiente. Desde una

perspectiva de política criminal, las administraciones del Estado deberían crear los medios personales y materiales para que se pudiese potenciar la aplicación de las medidas alternativas a la pena de prisión –suspensiones de condena previstas en el art. 80 CP–, así como incrementar las políticas penitenciarias dedicadas a la reinserción social –permisos, regímenes abiertos, libertades condicionales, programas de tratamiento, etc.–.

Y, por no delegar toda la responsabilidad y la fuerza del cambio en otros, o en el Estado, la reinserción tiene, como ya hemos indicado, una vertiente cultural que apela a la individualidad existencial: tomar conciencia del daño causado, y/o sufrido, y permitir que la verdad aflore.

A veces, la verdad no es sencilla de delimitar. Es más propio hablar de perspectivas de la verdad. Buscar y conocer la verdad, no para juzgar, sino para comprender, es lo que puede permitir sanar, liberarse de ataduras inconscientes que llevan a que determinados comportamientos se repitan una y otra vez. El instrumento más eficaz para cubrir estos objetivos son los procesos de justicia restaurativa. Una cultura de convivencia necesita la implementación de estos programas. En este aspecto la SS-GILPP actual ha apostado decididamente por ello.

4. El marco de una propuesta cultural: la Justicia restaurativa

La Justicia Restaurativa supone una concepción fuerte, abierta y positiva del ser humano, de la sociedad y de «otra» idea de Justicia de contornos todavía no perfectamente definidos, pero claramente perfilables por oposición a la justicia punitiva-adversarial, de base retributiva o preventiva, y que van siendo traducidos en documentos y prácticas de los organismos

especializados de la Organización de Naciones Unidas¹⁸.

Digamos que entendemos por Justicia Restaurativa, en sentido amplio, el método de resolver los conflictos que atienden prioritariamente a la protección de la víctima y al restablecimiento de la paz social, mediante el diálogo entre los directamente afectados, con la participación de la comunidad cercana y con el objeto de satisfacer de modo efectivo las necesidades puestas de manifiesto por los mismos, devolviéndoles una parte significativa de la disponibilidad sobre el proceso y sus eventuales soluciones, procurando la responsabilización del infractor y la reparación de las heridas personales y sociales provocadas por el delito.

La Justicia Restaurativa muestra su superioridad y su dependencia de tres elementos tan fundamentales como sencillos: una idea de justicia muy elemental (dar a cada uno lo que necesita), el rescate de la categoría de «necesidades» (previa incluso a la de «derechos») y buenas dosis de sentido común. Por ello, puede ir más acá de las funciones atribuidas al sistema penal al uso, minimizando violencia y dolor; y más allá, atendiendo a las necesidades puestas de manifiesto por el delito. Así, se analizan las causas reales del conflicto y sus consecuencias, se buscan las fórmulas más idóneas para ayudar a asumir las responsabilidades, reparar los daños, aliviar las penas, facilitar explicaciones necesarias, neutralizar los miedos, hacer desaparecer inseguridades y obsesiones, nivelar asimetrías

sociales o falta de oportunidades y procurar la reiteración de delitos en el futuro. La base de todo ello es el reconocimiento del otro como un «tú» competente (bastante más que una mera prueba de cargo o un enemigo a batir).

Y, junto a ello, el derecho a la verdad forma parte de la reparación debida, reivindica la memoria de las víctimas y alivia, al menos en parte, el dolor padecido por sus allegados. La verdad, por muy dolorosa que sea, es capaz de transformar la percepción del conflicto. Permite salir a la víctima de su posición, para ponerse, siquiera mínimamente desde un punto de vista emocional, en el lugar del “otro”. La verdad no busca la venganza ni, mucho menos, exaltar la crueldad. Todo lo contrario, la honradez con la verdad permite que nadie se deshumanice. Sin verdad, no puede existir comprensión, ni perdón, ni, por tanto, desinstalación de los sentimientos de odio y venganza. Se constata, así, que el hombre es un ente que no puede desentenderse de la verdad, sino que ésta constituye un ingrediente esencial de su propia realidad humana. Ello exige dar prioridad a los hechos y atender a sus consecuencias. Sólo la verdad responsabiliza al que ha cometido un delito; sólo desde ella la víctima puede sentirse reconocida y reparada adecuadamente.

5. Breve conclusión

Tomando en consideración las perspectivas culturales reflexionadas, me atrevo a señalar como horizonte deseable para un sistema penal civilizado la consecución de la paz y la reconciliación, propia y colectiva. La condición de posibilidad para ello es la evolución cultural de los ciudadanos. incrementando su educación o erudición en el ámbito penal. También un trabajo institucional desplegado en conciencia,

18 ONU. *Manual de Programas de Justicia Restaurativa*. Nueva York: Oficina contra la Droga y el delito. 2006. (ISBN 10: 92-1-133754-2). Se puede definir como cualquier proceso que permita a personas dañadas por el delito y a las personas responsables del daño a participar activamente, si dan su consentimiento libremente para ello, en la resolución de las consecuencias resultantes, con la ayuda de un tercero independiente y cualificado (el facilitador)” (Consejo de Europa, 2018:3).

por quienes están al frente de las instituciones penales, con un respeto escrupuloso a la ley, a los derechos humanos y a la dimensión existencial de quien se tiene enfrente¹⁹.

Una alternativa experimentada para el incremento de la educación ciudadana en la resolución dialogada de los asuntos penales es la apuesta por la Justicia restaurativa como método que encarna los valores

culturales necesarios en una sociedad para la pacificación de los conflictos.

No quiero dejar de recordar que esta sociedad, competitiva y orgullosa que tenemos, exalta la victoria frente al otro, considerado adversario, lo que resulta sinónimo de éxito, pero ganar es vencer, pero no pacificar. Castigar es dañar y no siempre libera el odio. Y con resentimiento, la vida y la convivencia se puede hacer insoportable.



Mosaico de ánfora con palomas en el borde, flanqueada por pavos reales, romana, Homs, Siria, 450-462 d. C., teselas de mármol policromadas. Museo de Arte Chazen

¹⁹ Las instituciones públicas –policía, jueces, fiscales, abogados y administración penitenciaria– que buscan la justicia y la verdad, con la estricta aplicación de la legalidad y la protección formalista de los derechos fundamentales pueden generar, espacios y situaciones de desigualdad, impunidad, y maltrato institucional. Todo ello genera graves consecuencias en la salud física y mental de quienes acuden al sistema penal, bien como acusados, bien como víctimas.

Régimen de responsabilidad del transportista aéreo de pasajeros

Rafael ABRIL MANSO

I. Régimen legal: nacional, comunitario e internacional

1. Normativa nacional

El régimen legal aplicable al transporte aéreo está integrado por numerosas normas de diferente vigencia y aplicación territorial, coexistiendo al mismo tiempo y concurriendo en su aplicación normas nacionales con normas internacionales, con los consiguientes problemas de determinación de Ley aplicable y, especialmente, de competencia judicial internacional, al tiempo que también se advierte la aplicabilidad en la materia de normas generales, que se ocupan de forma genérica de los contratos y de la protección de los consumidores y usuarios, y de normas especiales, sectoriales, que delimitan con precisión el ámbito del contrato de transporte aéreo de pasajeros y el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a pasajero y transportista aéreo.

El contrato de pasaje aéreo, que es como se denomina al “transporte aéreo de personas”, es objeto de regulación específica por la normativa nacional en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea¹ (en adelante, LNA), que dedica al contrato de transporte aéreo de viajeros

la Sección 1ª de su Capítulo XII, que comprende los arts. 92 a 101, ambos inclusive, aún vigentes, si bien se corresponden en su mayor parte con meras enunciaciones generales y programáticas, cuyo concreto desarrollo es llevado a cabo por la normativa de la Unión Europea (en adelante, UE) y de las Organizaciones Internacionales competentes en la materia, centradas, fundamentalmente, en el contenido del billete de pasaje y en la responsabilidad del transportista aéreo por incumplimientos contractuales vinculados con el pasaje o su equipaje.

Por ello, puede afirmarse que la normativa comunitaria e internacional en materia de transporte aéreo de pasajeros se ha “superpuesto” a la nacional, lo que, de hecho, ha supuesto la pérdida de su vigencia como norma de Derecho interno cuando el transportista es una compañía aérea comunitaria o internacional, pues se establece que la responsabilidad de una compañía aérea comunitaria en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje se regirá por las disposiciones del Convenio de Montreal de 1999 (en adelante, CM). Debe concluirse, pues, que la LNA resulta de aplicación al transporte aéreo de mercancías nacional, rigiéndose el transporte, nacional e internacional, de pasajeros, por la normativa comunitaria y por el CM.

Ciñéndonos a la legislación patria, y descendiendo de lo general a lo especial, resulta obligado empezar con una norma

¹ Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 176, de 23 de julio de 1960, entrando en vigor en fecha 12 de agosto de 1960.

de aplicación general y transversal como es el Código Civil (en adelante, CC), que establece la regulación general aplicable a todo tipo de contratos, por lo que han de entenderse aplicables también al contrato de transporte de pasajeros por vía aérea, encontrándose esta materia contenida en los arts. 1254 y siguientes, debiendo destacarse también los supuestos de exoneración de responsabilidad por concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor, a los que se refiere en el art. 1105.

Siguiendo con la normativa nacional general, también resultan de aplicación el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias y la normativa complementaria de las Comunidades Autónomas (en adelante, RDL 1/2007), en lo que al elenco de mecanismos de protección y derechos que asisten a los consumidores y usuarios, en general, y de transporte aéreo, en particular, se refiere.

Asimismo, la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, tras la reforma producida en la misma por la Ley 44/2006, de 29 diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, encuentra su aplicación práctica en relación con los contratos celebrados por compañías aéreas con usuarios de servicios de transporte aéreo, precisando cuándo las condiciones generales de la contratación contenidas en los contratos masa celebrados por el transportista con los pasajeros constituyen cláusulas abusivas.

Ya con un alcance más sectorial, referido estrictamente al transporte aéreo, reiteramos la aplicabilidad limitada de la LNA, que contiene el régimen jurídico nacional básico regulador del espacio aéreo, aeronaves, aeropuertos y aeródromos, servicios aeronáuticos, personal aeronáu-

tico, tráfico aéreo, contrato de transporte tanto de pasajeros como de mercancías, responsabilidad en caso de accidente, seguros aéreos, transporte privado, navegación de turismo y escuelas de aviación. Esta normativa sectorial básica en materia de transporte aéreo de personas se encuentra desarrollada por otra normativa complementaria, representada fundamentalmente por las siguientes normas:

- La Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos, aplicable a las tarifas y tasas por la utilización de infraestructuras aeroportuarias².
- El Reglamento de Seguridad Aérea, aprobado por Real Decreto 37/2001, de 7 de julio, por el que se actualiza la cuantía de las indemnizaciones por daños previstas en la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea.
- La Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea³.
- La Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo⁴.

2 En 2014 se modificó el marco jurídico y regulatorio de las tasas y tarifas aeroportuarias a través de la Ley 18/2014. Desde entonces se establece el denominado DORA (Documento de Regulación Aeroportuaria), de regulación quinquenal, a través de cuya aplicación el Estado garantiza la viabilidad y competitividad del conjunto de la red aeroportuaria de AENA, a la vez que el buen servicio al ciudadano. Este nuevo marco configuraba el conjunto de la red de aeropuertos de Aena como servicio de interés económico general, ordenaba las competencias de regulación, supervisión y operación del sector público en el ámbito aeroportuario. Referencia en internet: https://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/dora_mfom_0.pdfhttps://www.mitma.gob.es/recursos_mfom/dora_mfom_0.pdf.

3 Publicada en el Boletín Oficial del Estado número 162, de 8 de julio de 2003, entrando en vigor en fecha 28 de julio de 2003.

4 Publicada en el Boletín Oficial del Estado número

- El Real Decreto-Ley 23/2018, de 21 de diciembre, de transposición de directivas en materia de marcas, transporte ferroviario y viajes combinados y servicios de viaje vinculados⁵.
- La Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo, por la que se regula el procedimiento de resolución alternativa de litigios de los usuarios de transporte aéreo sobre los derechos reconocidos en el ámbito de la Unión Europea en materia de compensación y asistencia en caso de denegación de embarque, cancelación o gran retraso, así como en relación con los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida⁶.

268, de 4 de noviembre de 2017, entrando en vigor al día siguiente, 5 de noviembre de 2017.

5 Después de diversos intentos fallidos y ante el temor de padecer la imposición de una sanción por parte de la Comisión Europea, el legislador nacional trasladó a nuestro ordenamiento jurídico, tardíamente, la Directiva 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento número 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la anterior Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados. El análisis, detallado y crítico, de esta normativa lo hallamos en artículo de Manuel Ángel de las Heras titulado «La remodelación del viaje combinado por Real Decreto-ley 23/2018, de 21 de diciembre». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2020, n.º 30, <https://doi.org/10.7238/10.7238/idp.v0i30.3204>.

6 Esta orden tiene por objeto regular el procedimiento de resolución alternativa de los litigios que planteen los pasajeros ante AESA (Agencia Estatal de Seguridad Aérea), como organismo de resolución alternativa de conflictos sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos y sobre derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo. Lo dispuesto en esta orden no impedirá al pasajero acudir a cualquier sistema extrajudicial de resolución de conflictos aceptado por la compañía aérea o gestor aeroportuario, según corresponda, en particular al arbitraje de consumo o al sistema arbitral para la resolución de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad.

2. Normativa comunitaria

La regulación de la materia objeto de estudio en el ámbito de la Unión Europea está representada, fundamentalmente, por el Reglamento (CE) 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen las normas comunes sobre compensación y asistencia a pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de vuelos⁷ (en adelante, R261/04), cuyas Directrices Interpretativas han sido objeto de una Comunicación de la Comisión en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo de la COVID-19, norma que supuso la derogación del anterior Reglamento (CEE) n.º 295/91 del Consejo, de 4 de febrero de 1991, por el que se establecen normas comunes relativas a un sistema de compensación por denegación de embarque en el transporte aéreo regular (en adelante, R295/91).

Al lado de esta norma fundamental en la materia, también debe destacarse el Reglamento 2027/97 del Consejo de 1997 sobre la responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente⁸ (en adelante, R2027/97), el cual ha sido modificado por el Reglamento 889/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo⁹ (en adelante, R889/02), que ajusta dicha norma al Convenio de Montreal de 1999.

7 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha 17 de febrero de 2004, Diario L 46, que entró en vigor el 15 de febrero de 2005.

8 Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas en fecha 17 de octubre de 1997, Diario L 285, que entró en vigor al año de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, esto es, el 17 de octubre de 1998.

9 Publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas en fecha 30 de mayo de 2002, Diario L 140, que entró en vigor el mismo día de su publicación en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

Referido a un concreto sector de los pasajeros aéreos, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el Reglamento (CE) 1107/2006, de 5 de julio de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo¹⁰ (en adelante, R1107/06), cuyas Directrices Interpretativas han sido objeto de una Comunicación de la Comisión Europea en materia de derechos de los pasajeros en el contexto de la situación cambiante con motivo de la pandemia de la COVID-19.

Por último, para concluir este apartado, debe hacerse referencia al Reglamento (CE) n° 2111/2005, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2005 relativo al establecimiento de una lista comunitaria de las compañías aéreas sujetas a una prohibición de explotación en la Comunidad y a la información que deben recibir los pasajeros aéreos sobre la identidad de la compañía operadora¹¹ (en adelante, R2111/05), y por el que se deroga el artículo 9 de la Directiva 2004/36/CE, y al Reglamento (CE) n° 1008/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 2008, sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad, relativo al principio de la libre fijación de precios¹² (en adelante, R1008/08).

10 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha 26 de julio de 2006, Diario 204-L, que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE, esto es, el 15 de agosto de 2006, señalando su artículo 18 que será aplicable a partir del 26 de julio de 2008, a excepción de los artículos 3 y 4, que se aplicarán a partir del 26 de julio de 2007.

11 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha 27 de diciembre de 2005, Diario L-344, que entró en vigor a los veinte días de su publicación en el DOUE, esto es, el 16 de enero de 2006, señalando su artículo 17 que los artículos 10, 11 y 12 se aplicarán a partir del 16 de julio de 2006 y el artículo 13 se aplicará a partir del 16 de enero de 2007.

12 Publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea en fecha 31 de octubre de 2008, Diario L 293, que entró en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea, esto es, el 1 de noviembre de 2008.

3. Normativa internacional

El transporte internacional de pasajeros se rige por los Convenios Internacionales de carácter multilateral suscritos por los países interesados. En este concreto ámbito, el Convenio más importante inicialmente suscrito, por su mayor aplicación territorial, fue el Convenio de Varsovia para la Unificación de ciertas reglas relativas al Transporte Aéreo Internacional de 12 de octubre de 1929¹³ (en adelante, CV), complementado por varios Protocolos¹⁴.

En la actualidad, dicha normativa internacional ha cambiado sustancialmente con el CM¹⁵, firmado por España en el año 2000, debiendo tenerse en cuenta que es posible la aplicación del CV cuando el Estado de la parte contratante no ha ratificado el CM, siendo dos normas convencionales que subsisten y se hayan vigentes en la actualidad.

Al lado de los Convenios Internacional también presentan especial interés las “Condiciones Generales” aprobadas por la

13 Publicado en la Gaceta de Madrid número 233, de 21 de agosto de 1931.

14 Destacan, principalmente, el Protocolo de La Haya, de 28 de septiembre de 1955, publicado en el Boletín Oficial del Estado número 133, de 4 de junio de 1973, que fundamentalmente introduce dos modificaciones: aumenta el límite de responsabilidad del transportista aéreo en el art. 11 y deroga el principio de responsabilidad ilimitada en los supuestos de imprudencia grave en el art.13, y los denominados Protocolos de Montreal, de 25 de septiembre de 1975, que introdujeron ciertas modificaciones relativas los límites de responsabilidad del transportista aéreo, expresándose dichos límites en una moneda especial, los Derechos Especiales de Giro (D.E.G) fijados por el Fondo Monetario Internacional, que sustituyeron a los Francos Oro Pointcaré.

15 El Convenio de Montreal fue firmado por la Comunidad Europea (CE) el 9 de diciembre de 1999, siendo aprobado por Decisión del Consejo de 5 de abril de 2001, publicándose en el DOCE el 18 de julio de 2001. Dicho instrumento de aprobación fue depositado simultáneamente con los instrumentos de ratificación de cada uno de los Estados miembros, el 29 de abril de 2004, entrando en vigor para todos ellos el 28 de junio de 2004, en el caso español, tras su publicación en el Boletín Oficial del Estado número 122, de 20 de mayo de 2004.

IATA (International Air Transport Association) de aplicación en determinados ámbitos del transporte aéreo (mercancías peligrosas, municiones, animales vivos, mercancías perecederas, etc.).

II. Protección específica del pasajero: Régimen de responsabilidad

1. Introducción

En los últimos años hemos asistido a un fenómeno creciente de utilización habitual del transporte aéreo por la ciudadanía, especialmente en el territorio de la UE, donde el mercado único y la consiguiente eliminación de barreras físicas y legales para la circulación de personas, mercancías y capitales ha traído consigo una proliferación de compañías aéreas y una automatización en la prestación de servicios que ha “despersonalizado” un tanto al pasajero y difuminado en muchos casos sus derechos ante las compañías aéreas. Ello llevó a las instituciones comunitarias a reforzar el derecho de información de los pasajeros, implementando al efecto medidas prácticas (compensaciones automáticas por denegación de embarque, responsabilidad en caso de accidente, colocación en los aeropuertos carteles con la «Carta de los derechos de los pasajeros», etc.).

El difícil equilibrio entre la seguridad jurídica de los pasajeros y de las compañías y la protección de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado, evitando intervencionismos estatales o comunitarios en el ámbito del transporte aéreo, pasa, fundamentalmente, por facilitar una información precisa y actualizada a los pasajeros acerca del funcionamiento de las compañías aéreas y la implementación de medidas para la solución ágil de los litigios sobre reclamaciones de transporte

aéreo. Partiendo de la normativa expuesta, analizaremos seguidamente los diferentes supuestos legales de responsabilidad del transportista aéreo de personas.

2. Responsabilidad por lesiones o muerte

El régimen de responsabilidad por lesiones o muerte causadas en el transporte aéreo pivota en torno al concepto de “accidente”, analizado en el marco de un contrato de transporte aéreo en la STJUE asunto C-532/18, 19.12.2019 – GN/ZU - ECLI:EU:C:2019:1127, considerando el Alto Tribunal europeo que accidente es todo acontecimiento involuntario perjudicial imprevisto que ocurre a bordo de una aeronave o durante las operaciones embarque o desembarque, afirmando el TJUE que el art. 17.1 CM debe interpretarse en el sentido de que el concepto de “accidente”, a efectos de dicha disposición, comprende todas las situaciones que se producen a bordo de una aeronave en las que un objeto utilizado para el servicio a los pasajeros ha causado una lesión corporal a un pasajero, sin que sea necesario dilucidar si estas situaciones derivan de un riesgo típico de la aviación.

En nuestro Derecho positivo interno, el Capítulo XIII de la LNA, se ocupa de la responsabilidad en caso de accidente, comprendiendo los arts. 115 a 125, ambos inclusive. En particular, el art. 115 entiende por daño en el transporte de viajeros el que sufran éstos a bordo de la aeronave y por acción de la misma, o como consecuencia de las operaciones de embarque y desembarque, no siendo de aplicación esta normativa nacional a los daños ocurridos con ocasión del empleo de otro medio de transporte para el servicio de los viajeros de la aeronave fuera del aeropuerto, aunque dicho medio sea de la misma empresa. Aclara, asimismo, que se estimará

como daño en el transporte de mercancías y equipajes el que experimenten dichos efectos desde su entrega a la empresa hasta que por ésta sean puestos a disposición del destinatario, excepto el tiempo durante el cual permanezcan en poder de los Servicios aduaneros, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad que como depositario le corresponde, conforme a lo prevenido en el art. 109 LNA.

La LNA parte de una responsabilidad objetiva o cuasi objetiva, presumiendo la culpa del transportista aéreo durante el periodo de responsabilidad, que opera en cualquier supuesto, aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia. No obstante, el transportista u operador responde de sus propios actos y de los de sus empleados, y no pueden ampararse en los límites de responsabilidad, si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión suya o de sus dependientes, en la que exista dolo o culpa grave.

El art. 117 se ocupa de las indemnizaciones en favor del viajero, limitadas a 100.000 D.E.G. por muerte o incapacidad total permanente, hasta 58.000 D.E.G. por incapacidad parcial permanente, hasta el límite de 29.000 D.E.G. por incapacidad parcial temporal.

Al lado de la normativa nacional, la normativa comunitaria aplicable en este concreto ámbito está representada por el R2027/97, que instauró un sistema objetivo e ilimitado de responsabilidad en su art. 3.1 a), que señalaba que la responsabilidad de una compañía aérea comunitaria por los daños sufridos en caso de muerte, herida o cualquier otra lesión corporal por un pasajero en caso de accidente, no estará sujeta a ningún límite financiero ya sea legal, convencional o contractual. En su versión reformada por la aplicación del R889/02, dicho art. 3.1 señala que la res-

ponsabilidad de una compañía aérea comunitaria en relación con el transporte de pasajeros y su equipaje se regirá por todas las disposiciones del CM relativas a dicha responsabilidad.

Este Reglamento comunitario prevé un pago anticipado de las indemnizaciones precisas para cubrir las primeras e inmediatas necesidades económicas, el cual tendrá lugar, a más tardar en un plazo de quince días siguientes a la determinación de la identidad de la persona física con derecho a indemnización, y cuantitativamente será proporcional a los perjuicios sufridos, no pudiendo en ningún caso ser inferior el anticipo a 16.000 D.E.G. por pasajero en caso de muerte.

El pago de un anticipo no supondrá el reconocimiento de una responsabilidad y podrá compensarse con los importes que deban abonarse con posterioridad con arreglo a la responsabilidad de la compañía aérea comunitaria, pero no será reembolsable, salvo en los casos indicados en el art. 20 CM o cuando la persona que lo haya recibido no sea la titular del derecho a indemnización.

En el ámbito internacional, la originaria redacción del CV acogía un sistema de responsabilidad basado en la culpa presunta del transportista aéreo y en la limitación cuantitativa de la indemnización, salvo en los casos en los que concurriera dolo o culpa equiparada a éste en virtud de la aplicación de la ley de Tribunal que conociera del asunto.

Este sistema se altera con el CM, que establece en su art. 17.1, ya visto, un sistema de responsabilidad por muerte o lesiones corporales objetivo e ilimitado, estableciendo dos escalones para las indemnizaciones por lesión o muerte de pasajeros, conforme a su art. 21 CM:

a) hasta 100.000 D.E.G., la responsabilidad del transportista es puramente obje-

tiva, pues el transportista no podrá limitar ni excluir su responsabilidad. Ahora bien, puede quedar modulada por la concurrencia de culpas, esto es, por la contribución del lesionado al daño por negligencia o por acción u omisión indebida.

b) A partir de 100.000 D.E.G. se establece un sistema de responsabilidad subjetiva, con inversión de la carga de la prueba con carácter ilimitado desde el punto de vista cuantitativo. Esto es, el transportista aéreo no responderá si prueba que el daño no se debió a la negligencia o a otra acción u omisión indebida del transportista o sus dependientes o agentes; o que el daño se debió únicamente a la negligencia o a otra acción u omisión indebida de un tercero.

Además, es aplicable aquí también la causa exoneración genérica a la que hace referencia el art. 20, de manera que el transportista aéreo quedará liberado, total o parcialmente, de responsabilidad si prueba que la negligencia u otra acción u omisión indebida de la persona que pide indemnización causó el daño o contribuyó a él.

3. Responsabilidad por demora, daño o pérdida del equipaje

En la normativa nacional, la responsabilidad por retraso, daños o extravío, temporal o definitivo, del equipaje, se encuentra regulada en los arts. 97 y ss. LNA, si bien no define lo que ha de entenderse por equipaje, excluyendo, eso sí, los objetos y bultos de mano que el viajero lleve consigo, estando obligado el transportista a transportarlos de forma gratuita en cabina.

La escasa normativa interna se ve completada con la normativa comunitaria, representada por el R889/02. En el Anexo de dicho Reglamento se dispone que, en caso de retraso en la devolución del equipaje, la compañía aérea es responsable del daño

siempre que no haya tomado todas las medidas razonables para evitar el daño o le haya sido imposible tomar dichas medidas. La responsabilidad en caso de retraso del equipaje se limita a 1000 D.E.G. (importe aproximado en divisa local).

En caso de destrucción, pérdida o daños en el equipaje, la compañía aérea es responsable en caso de destrucción, pérdida o daños del equipaje hasta la cantidad de 1000 D.E.G. (importe aproximado en divisa local). Con respecto al equipaje facturado, es responsable aún cuando esté exento de culpa, salvo que el equipaje ya estuviese dañado. Con respecto al equipaje no facturado, la compañía aérea sólo es responsable de los daños causados por su culpa.

No obstante lo anterior, el pasajero puede acogerse a un límite de responsabilidad más elevado efectuando una declaración especial, a más tardar en el momento de facturar, y abonando una tarifa suplementaria.

Si el equipaje facturado ha sido dañado, retrasado, perdido o destruido, el pasajero debe señalarlo por escrito a la compañía aérea o su agencia de handling lo antes posible. Si el equipaje dañado es equipaje facturado, el pasajero lo señalará por escrito en el plazo de siete días, en un PIR (Parte de Incidencia de Irregularidad con el equipaje) emitido por el transportista, y en caso de retraso, de veintidós días, en ambos casos a partir del día en que el equipaje se puso a disposición del pasajero.

En el ámbito internacional, el originario CV incluía al equipaje facturado en el mismo régimen aplicable al transporte aéreo internacional de mercancías, tratamiento normativo que perduró hasta el Protocolo de Montreal nº 4 de 1975. En la actualidad, el régimen del CM en esta materia puede sintetizarse en los siguientes apartados:

- Se extiende el período de responsabilidad al tiempo en que el equipaje está bajo la custodia del transportista aéreo (y por lo tanto va más allá del período de transporte aéreo en sentido estricto).
- En cuanto a las causas de exoneración, establece para los supuestos de destrucción, pérdida o avería del equipaje, tres causas tasadas de exoneración específicas vinculadas con las características intrínsecas de éste: naturaleza, defecto o vicios propios (art. 17.2).
- Se establece una presunción en cuanto a la pérdida del equipaje: salvo que el transportista reconozca antes el extravío, el pasajero podrá ejercer las acciones a las que tenga derecho por la pérdida del equipaje cuando transcurran 21 días desde que debiera haber llegado a su destino (art. 17.3).
- En cuanto a los límites indemnizatorios, se establece en el art. 22 CM que la responsabilidad del transportista en caso de destrucción, pérdida, avería o retraso respecto al equipaje se limita a 1.000 derechos especiales de giro por pasajero a menos que el pasajero haya formulado una declaración especial del valor de la entrega del equipaje facturado en el lugar de destino y haya pagado una suma suplementaria, si hay lugar a ello.

En torno a ese límite, se va imponiendo la interpretación de que el mismo viene referido tanto al daño material o patrimonial como al moral, salvo que medie dolo o dolo eventual del transportistas o de sus agentes o declaración especial del valor de la entrega. En este sentido, la STJUE asunto C-63/09, 06.05.2010 - Axel Walz contra Clickair S.A., ECLI:EU:C:2010:251, vino a declarar que el término «daño», subyacente al art. 22.2 CM, que fija el límite de responsabilidad del transportista aéreo por el daño resultante, en particular, de la

pérdida de equipaje, debe interpretarse en el sentido de que incluye tanto el daño material como el moral.

Por último, para cerrar este apartado, debemos referirnos a la STJUE asunto C-410/11, 12.11.2012 - Pedro Espada Sánchez y otros/Iberia L.A.E. - ECLI:EU:C:2012:747, referida a un supuesto en el que la compañía aérea extravió el equipaje de los pasajeros. Se trataba de una familia de cuatro miembros que había distribuido su equipaje en sólo dos maletas. Se reclamaba una indemnización por cada pasajero, pero el Juzgado tan sólo indemnizó al que había facturado el equipaje y contaba con el correspondiente talón identificativo, tesis no seguida por el TJUE, quien afirmó que el art. 22.2 CM, en relación con el art. 3.3 del mismo Convenio, debe interpretarse en el sentido de que el derecho a indemnización y el límite de responsabilidad del transportista en caso de pérdida de equipaje se aplican también al pasajero que reclama esa indemnización a causa de la pérdida de un equipaje facturado a nombre de otro pasajero, si el equipaje perdido contenía efectivamente los objetos del primer pasajero. Asimismo, afirmó que el derecho a indemnización y el límite de responsabilidad del transportista en caso de pérdida de equipaje se aplican también al pasajero que reclama esa indemnización a causa de la pérdida de un equipaje facturado a nombre de otro pasajero, si el equipaje perdido contenía efectivamente los objetos del primer pasajero.

4. Responsabilidad por incumplimiento absoluto del contrato: denegación de embarque, cancelación o gran retraso

En este concreto ámbito, el protagonismo normativo especial y exclusivo re-

cae sobre el R261/04, cuyo objeto se afirma en su art. 1, el cual se identifica con el establecimiento de los derechos mínimos que asistirán a los pasajeros en caso de incumplimiento absoluto del contrato de transporte aéreo por causa no imputable al pasajero, esto es, denegación de embarque contra su voluntad, cancelación de su vuelo o demora o gran retraso del mismo.

Su ámbito de aplicación lo prevé el art. 3, que señala que el Reglamento será de aplicación a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado y a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en un tercer país con destino a otro situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado, a menos que disfruten de beneficios o compensación y de asistencia en ese tercer país, cuando el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo en cuestión sea un transportista comunitario.

Por el contrario, no es de aplicación el referido Reglamento a los pasajeros que viajen gratuitamente o con un billete de precio reducido que no esté directa o indirectamente a disposición del público. No obstante, se aplicará a los pasajeros que posean billetes expedidos, dentro de programas para usuarios habituales u otros programas comerciales, por un transportista aéreo o un operador turístico. Tampoco será de aplicación cuando un viaje combinado se cancele por motivos que no sean la cancelación del vuelo.

Examinaremos seguidamente cada uno de los supuestos que generan responsabilidad del transportista aéreo y derecho a compensación automática para el pasajero.

A. Responsabilidad por denegación de embarque y cancelación de vuelo

A la denegación de embarque se refiere el art. 4 R261/04, señalando al efecto en situaciones de denegación de embarque, por overbooking u otras circunstancias, el transportista aéreo deberá pedir, en primer lugar, que se presenten voluntarios que renuncien a sus reservas a cambio de determinados beneficios, que precisen del consentimiento del pasajero voluntario, además del derecho al reembolso del billete o a disponer de un vuelo alternativo.

En caso de ausencia de pasajeros voluntarios, cuando el transportista aéreo tenga que denegar el embarque a pasajeros contra su voluntad, procederá la compensación automática prevista para la cancelación de vuelos en el art. 7 R261/04, el reembolso o vuelo alternativo y la prestación de asistencia a que se refieren los arts. 8 y 9 R261/04.

Las denegaciones de embarque son frecuentes y normalmente se deben al fenómeno conocido con el anglicismo “overbooking”, figura que hace referencia a la sobrecontratación en el transporte aéreo de pasajeros, la cual está permitida por el art. 4.2 R261/04, sin perjuicio de los derechos que asisten a los pasajeros, que son, en esencia, los mismos que en el caso de la cancelación de vuelos, si bien la diferencia esencial entre una y otra clase de incumplimiento contractual imputable al transportista aéreo radica en la posibilidad de exoneración de responsabilidad por concurrencia de circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado las medidas adecuadas y razonables, lo que es predicable de la cancelación, no así con la denegación de embarque, en que se presume la au-

sencia de la mínima diligencia exigible al transportista aéreo.

El art. 5 R261/04 se ocupa de la cancelación de vuelos, supuesto en el que el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo estará obligado a proporcionar asistencia a los pasajeros afectados, consistiendo la misma en el reembolso del billete o en el ofrecimiento de un transporte alternativo cuando la salida prevista del nuevo vuelo sea como mínimo al día siguiente de la salida programada del vuelo cancelado. Además, los pasajeros afectados tendrán derecho a una compensación económica automática en función de la distancia prevista en ruta ortodrómica entre los aeropuertos de origen y destino.

Como excepción a esta aplicación automática de compensación económica, el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo no deberá hacer frente a la misma si:

a) informa a los pasajeros de la cancelación al menos con dos semanas de antelación con respecto a la hora de salida prevista; o

b) les informa de la cancelación con una antelación de entre dos semanas y siete días con respecto a la hora de salida prevista y se les ofrezca un transporte alternativo que les permita salir con no más de dos horas de antelación con respecto a la hora de salida prevista y llegar a su destino final con menos de cuatro horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista; o

c) les informa de la cancelación con menos de siete días de antelación con respecto a la hora de salida prevista y se les ofrezca tomar otro vuelo que les permita salir con no más de una hora de antelación con respecto a la hora de salida prevista y llegar a su destino final con menos de dos horas de retraso con respecto a la hora de llegada prevista; o

d) concurren circunstancias extraordinarias.

En cuanto al derecho a compensación, el art. 7 R261/04 establece un régimen de compensación en función de la distancia del vuelo en que se denegó el embarque o que se canceló, concretándose en las sumas de 250 € para vuelos de hasta 1 500 kms., 400 € para todos los vuelos intracomunitarios de más de 1 500 kms., y para todos los demás vuelos de entre 1500 y 3500 kms., y 600 € para los restantes vuelos, compensaciones que tienen la naturaleza de "mínimas".

La jurisprudencia ha ido delimitando los conceptos señalados en el Reglamento y procurando su interpretación y aplicación uniforme en el ámbito de toda la UE. En este sentido, el Libro Blanco de la Comisión sobre el Transporte, adoptado el 28 de marzo de 2011¹⁶, mencionaba entre sus iniciativas la necesidad de «*desarrollar una interpretación uniforme de la legislación de la UE sobre derechos de los pasajeros y una aplicación armonizada y eficaz que garanticen simultáneamente la competencia en condiciones de equidad para las empresas del sector y un nivel de protección europeo para los ciudadanos*».

La jurisprudencia ha contribuido decisivamente a la interpretación del Reglamento. En muchas ocasiones, los órganos judiciales nacionales han solicitado, por la vía de la cuestión prejudicial, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la oportuna interpretación y clarificación de determinadas disposiciones, incluidos aspectos clave del Reglamento. Sus numerosas e influyentes Sentencias interpretativas reflejan el estado actual del Derecho de la UE en la

16 Hoja de ruta hacia un espacio único europeo de transporte: por una política de transportes competitiva y sostenible. COM(2011) 144 final, véase la página 23: <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0144:FIN:ES:PDF>.

materia, que debe ser aplicado por las autoridades nacionales. Una evaluación llevada a cabo en 2010¹⁷ y una evaluación de impacto de 2012¹⁸ pusieron de manifiesto las abundantes Sentencias dictadas por el Tribunal, lo que ha incentivado la labor de las instituciones comunitarias, especialmente, Comisión, Parlamento y Consejo, para la adopción de medidas encaminadas a asegurar la comprensión común y la correcta aplicación del Reglamento en toda la UE, embrión de las denominadas “Directrices interpretativas” que se han ido fijando como criterios de interpretación común para los órganos judiciales nacionales.

De entre el abundante repertorio de Sentencias hemos de destacar, en lo que a la denegación de embarque y cancelación se refiere, las siguientes:

1) STJUE asunto C-83/10, 13.10.2011 – asunto Aurora Sousa y otros/Air France – ECLI:EU:C:2011:65, que afirma que el art. 2 l) R261/04 debe entenderse en el sentido de que, en una situación como la examinada en el asunto principal, no se refiere exclusivamente al supuesto de que el avión de que se trate no haya despegado en modo alguno, sino que incluye igualmente el supuesto de que el avión haya despegado, pero, cualquiera que sea la razón, se vea obligado a regresar al aeropuerto de origen y los pasajeros de dicho avión hayan sido transferidos a otros vuelos, así

como que el art. 12 R261/04, que alude al concepto de «compensación suplementaria», debe interpretarse en el sentido de que permite al juez nacional conceder, en las condiciones previstas por el CM o por el Derecho nacional, indemnización de daños y perjuicios, incluidos los daños morales, por incumplimiento del contrato de transporte aéreo. En cambio, dicho concepto de «compensación suplementaria» no puede servir de fundamento jurídico al juez nacional para condenar al transportista aéreo a reembolsar a los pasajeros cuyo vuelo haya sido retrasado o cancelado los gastos que éstos hayan tenido que efectuar a causa del incumplimiento, por parte de dicho transportista, de las obligaciones de asistencia y atención previstas en los arts. 8 y 9 R261/04.

2) STJUE asunto C-22/11, 04.10.2012 – asunto Finnair Oyj/Timyy Lassoo – ECLI:EU:C:2012:604, que declara que el concepto de «denegación de embarque» definido en los arts. 2 j) y 4 R261/04, debe interpretarse en el sentido de que se refiere no sólo a las denegaciones de embarque debidas a situaciones de exceso de reserva, sino también a las denegaciones de embarque por otros motivos, como los motivos operativos, no pudiendo justificarse una «denegación de embarque» en la concurrencia de «circunstancias extraordinarias» que llevan a un transportista aéreo a reorganizar vuelos posteriores ni eximir al citado transportista de su obligación de compensar al pasajero al que se deniega el embarque en uno de esos vuelos operados con posterioridad a dichas circunstancias.

3) STJUE asunto C-321/11, 04.10.2012 – asunto Iberia/Rodríguez Cachafeiro y otra – ECLI:EU:C:2012:609, que declara que el art. 2 j), puesto en relación con el art. 3.2, ambos del R261/04, debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de “denegación

17 «Evaluation of Regulation 261/2004 Final report Main report», de Steer Davies Gleave (febrero de 2010).

18 Documento de trabajo de los servicios de la Comisión «Evaluación de impacto que acompaña a la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica el Reglamento (CE) n° 261/2004 por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, y el Reglamento (CE) n° 2027/97 relativo a la responsabilidad de las compañías aéreas respecto al transporte aéreo de los pasajeros y su equipaje», Bruselas, SWD(2013) 62 final de 13.3.2013 y Propuesta de Reglamento que modifica el Reglamento (CE) n° 261/2004 [COM(2013) 130 final].

de embarque” una situación en la que, en el contexto de un contrato de transporte único que comprende varias reservas en vuelos inmediatamente sucesivos y para los cuales la facturación se ha realizado simultáneamente, un transportista aéreo deniega el embarque a ciertos pasajeros porque el primer vuelo incluido en la reserva ha experimentado un retraso imputable a ese transportista y este último ha previsto erróneamente que esos pasajeros no llegarán a tiempo para embarcar en el segundo vuelo.

B. Responsabilidad por gran retraso

La normativa nacional, representada por el art. 94 LNA, más que regular la responsabilidad por gran retraso regula la exención de responsabilidad del transportista aéreo por concurrencia de causa de fuerza mayor, al afirmar que el transportista quedará liberado de responsabilidad devolviendo el precio del billete si el viaje se suspende o retrasa por causa de fuerza mayor o razones meteorológicas que afecten a su seguridad.

En el ámbito internacional, el CM se ocupa del retraso en el cumplimiento de las obligaciones de las compañías aéreas, por demora en el vuelo, en su art. 19, el cual libera de responsabilidad al transportista cuando el daño tenga lugar por causa que no le es imputable y haya adoptado todas las medidas que eran razonablemente necesarias para evitarlo, limitándose en el art. 22.1 la responsabilidad a 4.150 D.E.G. por pasajero, salvo dolo o dolo eventual (art. 22.5).

En este concreto ámbito debemos hacer referencia a la STJUE asunto C-429/14, 17.02.2016 – asunto Air Baltic Corporation AS y Lietuvos Respublikos specialioji tyrimų tarnyba – ECLI:EU:C:2016:88, que analiza

el supuesto de una demanda presentada por quien no era pasajero pero había sido perjudicado por el retraso al ser empleador de dos pasajeros, trabajadores suyos, que tuvieron que prolongar su estancia a consecuencia del retraso y ello le obligó a pagarles una retribución adicional.

En este caso, el TJUE declaró que la responsabilidad del transportista aéreo, conforme al art. 19 CM, es exigible frente a cualquier persona que haya sufrido un daño como consecuencia del retraso, sin que sea preciso que, necesariamente, se trate de un pasajero, declarando al respecto que los arts. 19, 22 y 29 CM deben interpretarse en el sentido de que un transportista aéreo que haya celebrado un contrato de transporte internacional de personas con el empleador de los pasajeros, está obligado a responder frente a dicho empleador del daño ocasionado por el retraso en los vuelos efectuados por los empleados de éste en virtud del expresado contrato y derivado de los gastos adicionales soportados.

En el ámbito de la UE, el art. 6 R261/04 se ocupa del retraso, señalando al respecto que el transportista aéreo encargado de efectuar un vuelo está obligado a prestar asistencia y compensar automáticamente a los pasajeros, en los términos previstos en los arts. 7 a 9, ambos inclusive, R261/04, cuando incurra en demora, en particular los tiempos que contempla dicha normativa para que se aprecie la responsabilidad del transportista aéreo son los siguientes:

- retraso de 2 horas o más respecto de la hora de salida prevista, para vuelos de hasta 1500 kms.;

- retraso de 3 horas o más, respecto de la hora de salida prevista, en el caso de todos los vuelos intracomunitarios de más de 1500 kms., y de todos los demás vuelos de entre 1500 y 3500 kms.;

- Retraso de 4 horas o más en el caso de todos los demás vuelos.

–La asistencia gratuita que debe ser prestada por el transportista aéreo encargado de efectuar el vuelo consiste, según los casos, en:

–comida y refrescos suficientes (en función de tiempo que sea necesario esperar) y dos llamadas telefónicas, télex o mensajes de fax o correo electrónico;

–alojamiento en un Hotel y transporte entre el aeropuerto y el Hotel, cuando la hora de salida prevista sea como mínimo al día siguiente a la hora previamente anunciada;

–el reembolso en 7 días del coste del billete al precio en que se compró, cuando el retraso sea como mínimo de 5 horas.

Ahora bien, el hecho de que el citado Reglamento no asociara al retraso una consecuencia indemnizatoria, hizo que nuestros Tribunales pusieran de manifiesto el carácter de *minimis* del Reglamento aludido.

Ello fue destacado, entre otras, por la SAP Barcelona 15^a, 08.01.2007 – ECLI:ES:APB:2007:3, la cual señala que *«si la causa del retraso que dio lugar a la resolución del contrato no es debida a fuerza mayor o razones meteorológicas, sino a un problema de organización o funcionamiento de la compañía, ésta no queda liberada de su obligación con la devolución del precio, sino que debe responder del resto de los daños y perjuicios materiales o morales que el incumplimiento hubiera causado a los actores, recordando que al respecto no existe ningún límite de responsabilidad en la Ley de Navegación Aérea, sin que pueda aplicarse (a tal fin) el contenido de los arts. 6 (retraso) y 7 (derecho a compensación) del referido Reglamento 261/2004, pues en dichos preceptos se establece un régimen de compensación mínima y no hay límite de responsabilidad, por lo que no obsta la vigencia de una regulación nacional más favorable al viajero, ya sea es-*

pecífica o resultado de la aplicación de la normativa general».

Seguidamente se hará referencia a pronunciamientos judiciales del TJUE y del TS que han ido perfilando el sistema indemnizatorio señalado en el R261/04, debiendo recordarse en este ámbito del gran retraso la aplicabilidad de la doctrina expuesta en la STJUE asunto C-83/10, 13.10.2011 – asunto Aurora Sousa y otros/Air France – ECLI:EU:C:2011:65 para la cancelación de vuelos.

Destacamos en primer lugar la STJUE asuntos acumulados C-402/07 y C-432/07, 19.11.2009 – Christopher Sturgeon, Gabriel Sturgeon y Alana Sturgeon contra Condor Flugdienst GmbH (C-402/07) y Stefan Böck y Cornelia Lepuschitz contra Air France SA (C-432/07) – ECLI:EU:C:2009:716, que concluye que los arts. 2 l), 5 y 6 R261/04 deben interpretarse en el sentido de que los vuelos que sufran retraso, con independencia del tiempo por el que se prolongue y aunque se trate de un gran retraso, no pueden tenerse por cancelados si se efectúan con arreglo a la programación inicialmente prevista por el transportista aéreo, equiparándose los pasajeros de los vuelos retrasados a los pasajeros de los vuelos cancelados a los efectos del derecho a compensación previsto en el art. 7 cuando soportan, en relación con el vuelo que sufre el retraso, una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas, es decir, cuando llegan al destino final tres o más horas después de la hora de llegada inicialmente prevista por el transportista aéreo. Sin embargo, este retraso no da derecho a compensación a los pasajeros si el transportista aéreo puede probar que el gran retraso producido se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables, es decir, circunstancias que escapan al control efec-

tivo del transportista aéreo. Finalmente, el TJUE afirma en esta conocidísima Sentencia que el art. 5.3 R261/04 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de «circunstancias extraordinarias» utilizado en dicha disposición no se aplica a un problema técnico surgido en una aeronave que provoque la cancelación o el retraso de un vuelo, a menos que este problema se derive de acontecimientos que, por su naturaleza o por su origen, no sean inherentes al ejercicio normal de la actividad del transportista aéreo de que se trate y escapen al control efectivo de dicho transportista.

Otra Sentencia clásica en materia indemnizatoria es la STJUE asuntos acumulados C-581/10 y C-629/10, 23.10.2012 – Eme-ka Nelson y otros contra Deutsche Lufthansa AG y TUI Travel plc y otros contra Civil Aviation Authority – ECLI:EU:C:2012:657, que declara que los arts. 5 a 7 R261/04 deben interpretarse en el sentido de que los pasajeros de los vuelos retrasados tienen derecho a ser compensados en virtud de lo dispuesto en dicho Reglamento cuando sufren, debido a tales vuelos, una pérdida de tiempo igual o superior a tres horas, es decir, cuando llegan a su destino tres horas o más después de la hora de llegada inicialmente prevista por el transportista aéreo. Sin embargo, tal retraso no da derecho a una compensación de los pasajeros si el transportista aéreo puede acreditar que el gran retraso se debe a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado incluso si se hubieran tomado todas las medidas razonables, es decir, a circunstancias que escapen al control efectivo del transportista aéreo.

También debe mencionarse la STJUE asunto C-11/11, 26.02.2013 – Folkters/Air France – EU:C:2013:106, que declara que el art. 7 R261/04 debe interpretarse en el sentido de que debe recibir una compensación, sobre la base de dicho artículo, el pasajero de un vuelo con conexiones que ha sufrido un retraso en la salida inferior a los umbrales establecidos en el artículo 6 del citado Reglamento, pero que llegó a su destino final con un retraso igual o superior a tres horas con respecto a la hora de llegada programada, dado que dicha indemnización no está supeditada a la existencia de un retraso en la salida y, en consecuencia, a que concurran los requisitos establecidos en el mencionado art. 6.

Finalizamos el examen jurisprudencial de la materia con dos Sentencias.

La primera de ellas es la STJUE asunto C-452/13, 04.09.2014 – Germanwings GmbH/Ronny Henning – EU:C:2014:2141, que establece que el concepto de «hora de llegada», utilizado para determinar la magnitud del retraso, designa el momento en el que se abre al menos una de las puertas del avión, al entenderse que en ese momento se permite a los pasajeros abandonar el aparato.

La segunda es la STS 533/2000, de 31.05.2000 – ECLI:ES:TS:2000:4430, dictada en el asunto TRANSWORLD AIRLINES (Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández), que examina los supuestos en que un retraso da lugar a indemnización por daño moral, situaciones que deben sobrepasar la mera molestia o incomodidad, debiendo concurrir los requisitos de falta de justificación del retraso, importancia del mismo y afección en la esfera psíquica.

La participación de los jueces en las redes sociales

Rosario SERRA CRISTÓBAL

1. Un nuevo paradigma comunicativo: la irrupción de las redes sociales¹

Cuando cualquier ciudadano piensa en el ideal de Justicia, viene a su mente la efigie de la dama con los ojos vendados y la balanza en la mano; esto es, el modelo idílico de una judicatura independiente, imparcial, y capaz de decidir todos los asuntos con la más absoluta neutralidad. Por esta razón, cuando un juez ha manifestado su opinión en un medio de comunicación tradicional, en las redes sociales o en cualquier otro medio, lo primero que se tiende a pensar es que dicha actuación está dañando la imagen de independencia e imparcialidad del juez. Parece que lo que “gusta” ver de cualquier miembro de la judicatura es una figura casi aséptica a cualquier ideología política, religiosa o filosófica, a pesar de que también siguen siendo ciudadanos e interactúan en la sociedad como tales. Hoy muchos jueces y juezas, como el resto de personas, tienen cuentas en diferentes redes sociales, participan de

los debates abiertos en las mismas y muestran sus preferencias sobre cuestiones de lo más variopinto como también lo hacen sus conciudadanos.

El papel de los jueces en el debate público, y en concreto su participación a través de los medios de comunicación, es algo que ha preocupado desde hace mucho. Hace unos lustros esa interacción de los jueces en el diálogo público podía canalizarse fundamentalmente a través de lo que denominaríamos “medios de comunicación tradicionales”: la radio, la televisión, la prensa escrita o la participación en entrevistas en revistas de difusión. Sin embargo, el paradigma comunicativo ha cambiado. La irrupción de las redes sociales ha aportado un nuevo canal de participación en el diálogo público y, por lo tanto, de expresión de las propias ideas y pareceres, con una potencialidad como nunca se había conocido. No se trata de “vino viejo en odres nuevos”, sino de algo notablemente distinto por varias razones:

En primer lugar, la capacidad de difusión de las redes sociales es infinitamente mayor a la de los medios de comunicación tradicionales. Un tuit lanzado en un momento por un juez está a disposición de millones de personas al segundo y puede convertirse en viral en minutos.

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación “Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos. IN_ JUSTICE”. Ref. PID2021-126552OB-I00.

En segundo lugar, se puede participar en ese debate público digital sin necesidad de invitación previa. Las redes permiten que un juez pueda crearse un perfil propio, ³/₄perfil que pueden ser profesional o personal³/₄, que constituye una ventana abierta al mundo donde puede emitir constantemente contenidos (pensemos en LinkedIn, Academia o en la creación de páginas web propias, o en la apertura de cuentas en Facebook, Instagram, Twitter, o de un blog, entre muchas otras opciones). A partir de ese momento cualquier juez puede comenzar a expresar sus opiniones o a difundir contenidos sin mayores límites que los derivados de la normativa propia de su estatuto jurídico, al que posteriormente haremos referencia.

En tercer lugar, las redes permiten un nuevo tipo de expresiones o posicionamientos por parte de los usuarios que no se conocían en el pasado, como es el uso de los *likes*; el simple retuiteo de un contenido o de una imagen publicados por un tercero, por un poder público, por una empresa o por quien sea; la respuesta breve a un mensaje o con el uso de un simple *hashtag*; la publicación de una imagen o un meme; o el aceptar la “amistad” en una plataforma como Facebook o Instagram, etc.

En cuarto lugar, las plataformas digitales posibilitan la participación activa y constante de un juez a través de seudónimos, pudiéndose garantizar un anonimato buscado, mientras que en las tradicionales intervenciones televisadas o radiadas tal anonimato o no es posible o no es lo común. De todos modos, aunque un miembro de la carrera judicial utilice un pseudónimo en las redes sociales, ello no supone carta blanca para saltarse las normas que rigen su actuación, luego hablaremos de ello.

Y, en quinto lugar, las expresiones y tomas de postura en las redes suelen te-

ner unas características muy singulares que son propias de estas plataformas: son mensajes breves y llamativos. La intervención de un juez en esas redes puede conducir a la emisión de mensajes rápidos, poco meditados, poco argumentados o excesivamente simplistas, con el riesgo de transmitir ideas o posiciones no queridas, que pueden malinterpretarse o que pueden dañar su posición como juez.

En definitiva, ese nuevo paradigma comunicativo ha abierto nuevos interrogantes sobre las diferentes modalidades de participación que las redes sociales ofrecen a los jueces y las consecuencias que ello podría tener para su imparcialidad.

No obstante, también sin que se produzca una participación activa de los jueces en las redes, estas y los debates que en ellas se suscitan podrían afectar a la independencia e imparcialidad objetiva del juez². Así, los denominados “juicios paralelos” –la presión social en redes acerca de determinadas cuestiones sobre las que tenga que pronunciarse un juez– podría acabar condicionando al juez que tiene que decidir un asunto, podría convertirse en especie de coacción sobre su actuación. Al fin y a la postre, esos principios de independencia e imparcialidad judicial buscan evitar cualquier tipo de presión sobre los jueces y asegurar que un juez se encuentra en una situación dotada de garantías bastantes para disipar toda duda razonable acerca de su parcialidad ante la resolución de un caso³.

De todos modos, no abordaremos en este texto esta cuestión de la posible presión de las redes sobre la actuación judicial, sino la del juez que interactúa en redes sociales. Conviene analizar los

2 Los términos independencia e imparcialidad objetiva son conceptos que a veces se solapan.

3 STEDH, de 1 de octubre de 1982, Caso *Piersak* c. Bélgica.

riesgos que ello podría generar para su imparcialidad, porque, tanto por sus características como por el uso que se da a las redes, estas pueden tensionar tanto los límites que fija el legislador a su actuación como los principios de ética judicial. Esta preocupación condujo a que, en el marco de la Red Mundial de integridad judicial, Naciones Unidas, en 2019 se adoptaran las *Directrices no vinculantes sobre el uso de las redes sociales por parte de los jueces*⁴, que simplemente delinear un marco amplio sobre cómo orientar y formar a los jueces en el uso de las diferentes plataformas de las redes sociales, en consonancia con las normas internacionales y regionales de conducta y ética judicial y los códigos de conducta existentes.

También la Comisión de ética judicial del Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CEJ) ha recibido diversas consultas en torno a la cuestión de la participación de los jueces en redes sociales, consultas que ha resuelto aludiendo fundamentalmente a los *Principios de Ética Judicial*. Ha de recordarse que estos fueron elaborados por el grupo de trabajo de ética judicial del Consejo y fueron asumidos y hechos públicos en diciembre de 2016 como texto que aspiraba a recoger los valores y reglas de conducta compartidos por la judicatura española, servir de pauta de comportamiento en el desempeño de la jurisdicción y fortalecer la confianza de la ciudadanía en la Justicia⁵. Son concebidos como un texto de principios de ética y en modo alguno como un código deontológico. No son norma jurídica ni tienen

carácter disciplinario, sino que suponen la expresión de pautas de comportamiento que han de asumirse con carácter voluntario. Como indicaba Roca Trías, «la aplicación de estos diferentes principios a los jueces, de momento, *soft law*, [...] tienen una cierta vocación de generalidad en el sentido de que, por una parte, se inspiran en decisiones de tribunales internacionales, como el TEDH, y, por otra, se pretende que se conviertan en principios que ayuden a la toma de decisiones en cuestiones relacionadas con la imparcialidad de jueces y magistrados»⁶.

Los *Principios de Ética Judicial* insisten en lo que ya recogían otros textos internacionales, en la idea de que «el juez y la jueza han de comportarse y ejercer sus derechos en toda actividad en la que sean reconocibles como tales de forma que no comprometan o perjudiquen la percepción que, en un Estado democrático y de Derecho, tiene la sociedad sobre la independencia del Poder Judicial» (Principio n. 9).

Pues bien, la cuestión que hemos de plantearnos ahora es qué comportamientos o modos de participar de los jueces en las redes sociales –fuera de las páginas oficiales donde pudieran hacer públicas sus actuaciones judiciales o lugares similares–, puede considerarse que comprometen la imparcialidad de un juez.

Para empezar, cabe recordar, de conformidad con el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que el ejercicio de la libertad de expresión, que entraña deberes y responsabilidades, puede ser sometido a ciertas condiciones o restricciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, *para garantizar la*

4 <https://www.unodc.org/ji/es/knowledge-products/social-media-use.html>

5 Para la elaboración de los Principios, el grupo de trabajo del CGPJ tuvo en consideración los Principios de Bangalore, el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial y la Declaración de Londres sobre la deontología de los jueces, promovida por el Red Europea de Consejos de Justicia.

6 Roca Trías, Encarnación, «Libertad de expresión, independencia, imparcialidad: los jueces en las redes sociales. Un estudio de las decisiones del TEDH», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 2021, n. 122, p. 18.

imparcialidad del Poder Judicial. De hecho, la normativa española contempla ciertos límites a la expresión pública de opiniones por los miembros de la carrera judicial que son aplicables con independencia del medio en el que se produzcan. Por lo tanto, también cuando ese límite es traspasado por un juez en su participación en una red social, cabe imponer la prohibición y, si procede, aplicar la sanción correspondiente.

El problema es que, si ya en el pasado el dilucidar si el juez había traspasado esas líneas rojas era complicado, el abanico de formas de participación y expresión que ofrecen las redes sociales hace más compleja esta tarea.

2. La prudencia como virtud

2.1. La imagen de imparcialidad en las redes

La libertad de expresión del juez y los límites que cabe establecer a la misma han sido cuestiones debatidas doctrinal⁷ y jurisprudencialmente⁸ por las implicaciones que puede conllevar para esa imagen de independencia e imparcialidad del juez a la que hacíamos referencia; y ese mismo debate cabe reproducirlo en el uso de las redes sociales.

En general, los diferentes códigos de conducta judicial de los Estados y los textos similares de carácter internacional coinciden en que los jueces deben abstenerse de demostrar preferencias ideológicas o personales en cualquier ámbito de su

actuación fuera o dentro del proceso. Ese llamamiento a una especie de *self-restrain* se recoge con el fin de asegurar la independencia e imparcialidad de los jueces no solo respecto de los casos que puedan tener que decidir, sino que parece buscarse también una imagen pública de cualquier juez lo más neutral posible como modo de preservar la confianza de la ciudadanía en la judicatura. En los *Principios de Bangalore sobre comportamiento judicial*⁹, adoptados en el marco de Naciones Unidas en 2003 y complementarios de los *Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura* (1985), se indica que «un juez deberá asegurarse de que su conducta está por encima de cualquier reproche a los ojos de un *observador razonable*» (Valor 3), al igual que en reiteradas partes del texto se alude a la “apariencia de independencia”, “apariencia de corrección”, “apariencia de imparcialidad”, etc. En un sentido parecido, la Declaración de Londres sobre la deontología judicial, aprobada por la Asamblea General de la Red Europea de Consejos de Justicia (2010), también se habla de “mesura, seriedad y prudencia” como cualidades judiciales.

En España, los *Principios de Ética Judicial* inciden en ello señalando pautas que hemos de tener en cuenta a la hora de analizar la actuación de los jueces en redes. Así se señala, entre otras cosas, que: «La imparcialidad impone también el deber de evitar conductas que, dentro o fuera del proceso, puedan ponerla en entredicho y perjudicar la confianza pública en la justicia» (principio 16); que «el juez y la jueza han de velar por el mantenimiento de la apariencia de imparcialidad en coherencia con el carácter esencial que la imparcialidad material tiene

7 López Aguilar, Juan Fernando, “¿Hacen política los jueces?», *Claves de la Razón Práctica*, nº 96, 1999. Serra Cristóbal, Rosario, *La libertad ideológica del juez*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004. Sainz Arnaiz, Alejandro (Dir.), *Los derechos fundamentales de los jueces*, Barcelona, 2012.

8 Nos remitimos a la jurisprudencia que se irá citando a lo largo de este texto.

9 Aprobados por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en su resolución E/CN.4/2003/65/Anexo, en la Haya, en noviembre de 2002 y adoptados el 10 de enero de 2003.

para el ejercicio de la jurisdicción» (principio 17); o que «la integridad exige que el juez y la jueza observen una conducta que reafirme la confianza de los ciudadanos en la Administración de Justicia no solo en el ejercicio de la jurisdicción, sino en todas aquellas facetas en las que sea reconocible como juez o jueza o invoque su condición de tal» (principio 22).

En concreto sobre el ejercicio de la libertad de expresión por los jueces los *Principios de Ética Judicial* indican que: «El juez y la jueza, como ciudadanos, tienen derecho a la libertad de expresión que ejercerán con prudencia y moderación con el fin de preservar su independencia y apariencia de imparcialidad y mantener la confianza social en el sistema judicial y en los órganos jurisdiccionales» (principio 31). Y que «En su vida social y en su relación con los medios de comunicación el juez y la jueza pueden aportar sus reflexiones y opiniones, pero a la vez deben ser prudentes para que su apariencia de imparcialidad no quede afectada con sus declaraciones públicas, y deberán mostrar, en todo caso, reserva respecto de los datos que puedan perjudicar a las partes o al desarrollo del proceso» (principio 19).

De todos modos, apuntaremos ya que, en realidad, aunque esa *apariciencia* de la judicatura pueda favorecer la confianza de los ciudadanos en la justicia, no debemos perder de vista que lo más importante no debiera ser el mantener una *imagen* de imparcialidad de los jueces, sino fundamentalmente asegurar que efectivamente estos sean independientes e imparciales cuando ejercen su función¹⁰, que es juzgar

y hacer ejecutar lo juzgado. Esta es la verdadera garantía del derecho del justiciable a que su causa sea oída de manera equitativa y resuelta con el exclusivo criterio de la ley.

2.2. El modo en que un juez se presenta en las redes sociales: la identificación

Hablando de prudencia, hemos de comenzar analizando cómo puede presentarse un juez en las redes sociales. Un juez puede intervenir en las redes bajo un seudónimo que prácticamente imposibilite conocer la autoría de sus expresiones; o puede hacerlo simplemente con su nombre y apellidos, sin añadir nada más, no alegando la condición de juez (aunque por su nombre pueda llegar a conocerse que pertenece a la judicatura); o bien puede hacerlo con indicación de su cargo de juez e incluso el juzgado o tribunal donde ejerce.

De entrada, como indican las *Directrices no vinculantes sobre el uso de las redes sociales por los jueces-ONU*, «los jueces pueden usar sus nombres reales y revelar su estado judicial en las redes sociales, siempre y cuando esto no vaya en contra de los estándares éticos aplicables y las regulaciones existentes» (punto 12). En España no existen directrices concretas al respecto más allá de las advertencias de la CEJ sobre los riesgos que la última de las opciones conlleva, indicando que cuando un juez interviene en una red social para emitir una opinión y lo hace después de haberse presentado con el cargo que desempeña, «se generan algunos riesgos entre los que pueden señalarse los siguientes: que algunas personas puedan considerar que emite esa opinión en su condición de juez o miembro de un tribunal; que pueda pensarse que esa es una opinión generaliza-

10 Como se indica en los *Principios de Bangalore*, aprobados en el marco de Naciones Unidas, «la imparcialidad es esencial para el desempeño correcto de las funciones jurisdiccionales. La imparcialidad se refiere no solo a la decisión en sí misma, sino también al proceso mediante el cual se toma esa decisión», (Valor 2).

da en el colectivo judicial; que cuando esa opinión afecte directa o indirectamente a lo que debe juzgar, quede afectada su apariencia de imparcialidad; que si emplea un tono desabrido, la falta de contención y prudencia pueda mermar la confianza en la justicia»¹¹. Por lo tanto, los jueces deberían efectuar una previa valoración ética sobre el modo de presentarse en redes y evaluar en qué medida su identificación como integrantes del Poder Judicial puede condicionar los contenidos, opiniones o comportamientos que hagan públicos en dichas redes sociales, así como sus reacciones a publicaciones de terceras personas.

Parecería, pues, que, si se quisiera extremar la prudencia, la mejor opción podría ser el uso de un *nickname*. Aún así, las *Directrices* indicadas señalan que, en todo caso, los pseudónimos nunca deben usarse para permitir a un juez un comportamiento poco ético en las redes sociales contrario a las obligaciones o límites que se derivan de su condición. Entre otras cosas porque el uso de un pseudónimo no ofrece ninguna garantía de que no se vaya a conocer el nombre real o la condición judicial que tiene el usuario.

3. Manifestaciones de opinión en plataformas electrónicas o redes sociales sobre cuestiones jurídicas

3.1. Opinión sobre procesos judiciales o normas

Si nos adentramos ya en aquello sobre lo que un juez podría manifestarse en redes, debemos de comenzar recordando que la intervención de este en cualquier medio, ³/incluidas las redes sociales³/, mostrando un parecer sobre cualquiera de

las partes o sobre un proceso del que está conociendo, pese a que expresamente no esté prohibido en la ley¹², sin duda, constituye causa suficiente para considerar que se ha faltado a la imparcialidad subjetiva¹³.

Dejando aparte dicha prohibición, hay otros modos de pronunciarse un juez sobre cuestiones jurídicas que podrían condicionar el modo en que resuelve un caso en el futuro o al menos sembrar una duda sobre como lo hará. Ahora las redes sociales permiten que un juez abra un blog personal, una página de Facebook o publique vídeos en TikTok, Instagram o YouTube, entre otras vías, para difundir contenidos de carácter jurídico en los que podría emitir su opinión crítica sobre legislación o jurisprudencia. La cuestión es que, manifestando sus opiniones, puede ir trazándose un perfil sobre cuestiones sobre las que tal vez tenga que pronunciarse en el futuro. Piénsese que un juez puede haber publicado en redes una crítica sobre el modo en que otro juez ha resuelto un caso similar al que tenga que conocer o sobre la legislación que haya de aplicar. ¿Cómo va a poder decidir imparcialmente un juez que, habiendo ejercido su derecho a la libertad de opinión en redes, debe enfrentarse con

12 En cuanto a la prohibición de realizar comentarios sobre un caso pendiente de resolución, hay que señalar que la misma no se contiene expresamente en la legislación española, a excepción de que el art. 417 LOPJ considera falta muy grave «la revelación por el Juez o Magistrado de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona».

13 Aunque la regla que debe regir es la de la presunción de imparcialidad del juez, esta puede ser destruida por cualquier tipo de prueba, y, como recordó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando un juez ha pronunciado determinadas opiniones en relación con casos que tiene entre manos se destruye la presunción de imparcialidad: STEDH asunto *Buscemi c. Italia*, de 16 de diciembre de 1999; asunto *Lavents c. Latvia*, de 28 de noviembre de 2002; asunto *Kyprianou c. Cyprus*, Grand Chamber, de 15 de diciembre 2005; asunto *Olujić c. Croacia*, de 5 de febrero de 2009.

11 Dictamen (Consulta 10/2018), de 25 de febrero de 2019.

un asunto sobre el que ya ha manifestado previa su opinión?

Esta cuestión no es nueva. El TEDH ya señaló en 2009 que el hecho de que un juez haya expresado previamente críticas a leyes sobre las que posteriormente debe pronunciarse, no revelará, por sí mismo, un problema de imparcialidad¹⁴. Pero, posiblemente el asunto donde por primera el Tribunal europeo analizó más claramente los posibles daños a la imparcialidad de un juez tras su pronunciamiento sobre cuestiones institucional-normativas fue el caso *Wille c. Liechtenstein*, de 20 de octubre de 1999. En aquella ocasión, el presidente del Tribunal Administrativo Central de Liechtenstein, durante una conferencia (opinión que podría haber expresado hoy en una red social), defendió que, en el supuesto de existir desacuerdos entre el Príncipe y el Parlamento, correspondería decidir a dicho Tribunal. Algunos extractos de esta conferencia pública se recogieron en la prensa, llegando a oídos del Príncipe Hans-Adam II. Éste, considerando que con ello se ponían en duda sus poderes, dirigió una carta al magistrado acusándole de defender sus propias opiniones por encima de la Constitución y, por lo tanto, de separarse de la letra de la misma. En su misiva, el Príncipe le decía que ello le hacía inapto para ejercer la función pública y le comunicaba que no procedería en el futuro a renombrarlo como Presidente del Tribunal Administrativo, como así sucedió. Para el gobierno de Liechtenstein, las manifestaciones del juez eran de naturaleza política y constituían una provocación, lo que podía quebrar la confianza del público en la independencia e imparcialidad de la justicia. Como consecuencia de esta decisión, el magistrado interpuso una reclama-

ción ante el TEDH por vulneración de su derecho a la libertad de expresión, reconocido en el art. 10.1 CEDH. El Tribunal admitió que las manifestaciones de opinión del juez tenían unas evidentes implicaciones políticas, pues se estaba discutiendo en esos momentos un proyecto sobre las competencias del Tribunal Constitucional. Sin embargo, también reconoció que la mayoría de los comentarios que se hagan sobre la materia de Derecho constitucional, inevitablemente, tienen implicaciones de carácter político. Ese simple motivo no podía suponer un impedimento para el magistrado de hacer manifestaciones como las que hizo. Al igual que reconoció que no podría afirmarse que durante la conferencia el demandante comentara casos en curso, criticara duramente a personas o instituciones públicas, o injuriase a altos funcionarios o al Príncipe. Así, el TEDH recordó que, aunque cabe establecer limitaciones a la libertad de expresión de los jueces, esas limitaciones debían estar recogidas en una ley, y además, en el caso concreto, la restricción a la libertad de expresión no perseguía ningún interés legítimo ni era necesaria en una sociedad democrática.

Asimismo, cabe citar otro caso mucho más reciente en el que el TEDH de nuevo tuvo que pronunciarse sobre las opiniones de un juez sobre una reforma legal, se trata del asunto *Baca c. Hungría*, de 23 de junio de 2016. El Presidente de la Corte Suprema húngara había manifestado unas opiniones contrarias a la reforma del sistema judicial en Hungría. Aprobada la reforma, su mandato terminó tres años antes de lo previsto y el juez consideró que ello se debió a las manifestaciones de opinión que había realizado. Así lo entendió el Tribunal de Estrasburgo, que reconoció que se había vulnerado el derecho a la libertad de expresión del juez húngaro.

¹⁴ STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto *Previti v. Italy*.

Esta jurisprudencia es plenamente aplicable a actuaciones del mismo tipo que pueden producirse hoy en redes sociales.

Podemos decir que, en principio, la participación de un juez expresando su opinión sobre jurisprudencia o legislación en una plataforma social no debiera plantear mayores problemas –salvo que un juez se pronuncie sobre un caso del que está conociendo (lo cual obviamente mancillaría su imparcialidad)–. Y, si del ejercicio de su libertad de expresión y sus posicionamientos en el blog u otras plataformas son de tal tenor que pudiera desprenderse que existe una causa objetiva suficiente para considerar que el juez tiene su criterio ya formado en relación a un caso que tiene que decidir, en dicho supuesto, cabría acudir a la figura de la recusación (o la abstención)¹⁵.

3.2. La función pedagógica de los jueces en redes

Se ha planteado que ese tipo de intervenciones de los jueces en el espacio público expresando opiniones sobre cuestiones jurídicas podría incluso constituir una obligación pedagógica¹⁶ o una exigencia democrática¹⁷. Una participación de ese tipo

en redes puede servir para fomentar la labor pedagógica que *los Principios de Ética Judicial*¹⁸ atribuyen a jueces y magistrados siempre que la misma se encuadre dentro de los límites de la sana crítica que, en ningún caso, ampara los ataques a las resoluciones judiciales por el simple hecho de disentir de la opinión emitida por la mayoría.

De hecho, la CEJ ha señalado que los comentarios públicos de los jueces sobre resoluciones judiciales deben ser divulgativos y evitar la censura para salvaguardar la imagen de neutralidad del Poder Judicial. La intervención de los miembros de la carrera judicial en cualquier medio de comunicación para explicar o comentar resoluciones judiciales u otros contenidos de carácter jurídico debe guiarse por la prudencia y moderación. La Comisión considera admisibles todos aquellos comentarios que ayudan a explicar, divulgar o contextualizar dichas decisiones judiciales, indicando cuáles son las normas procesales que entran en juego o informando sobre las exigencias de un Estado de Derecho y el funcionamiento de la Administración de Justicia. Así, el CEJ señalaba que «informar es contribuir a una legítima y elogiable labor pedagógica alentada por la ética»¹⁹.

4. Actuaciones en redes que pueden poner en duda la imparcialidad del juez respecto de las partes intervinientes en el proceso

Tradicionalmente se ha considerado que si un juez muestra su hostilidad o su

15 De la misma opinión, Roca Trías, Encarnación, «Libertad de expresión, independencia, imparcialidad...», op. cit., p. 43.

16 En este último sentido, puede verse la intervención de Racionero Carmona sobre el «Estatuto judicial y límites a la libertad de expresión y opinión de los jueces», en el I Encuentro entre Jueces y Periodistas, *Poder judicial*, número especial XVII, p. 401. El CEJ también ha reconocido que «el acceso de los jueces identificados como tales a las redes sociales puede favorecer el cumplimiento de los deberes éticos relacionados con la función pedagógica o con la defensa de los derechos fundamentales y los valores en los que se sustenta nuestro ordenamiento jurídico» (Dictamen (Consulta 10/2018), de 25 de febrero de 2019).

17 Atienza Rodríguez, Manuel: Intervención sobre el «Estatuto judicial y límites a la libertad de expresión y opinión de los jueces», en el I Encuentro entre Jueces y Periodistas, *Poder judicial*, número especial XVII, 1999, p. 438.

18 Recordemos que los Principios de Ética Judicial indican que: «En sus relaciones con los medios de comunicación el juez y la jueza pueden desempeñar una valiosa función pedagógica de explicación de la ley y del modo en que los derechos fundamentales operan en el seno del proceso» (principio 20).

19 Dictamen (Consulta 5/20), de 3 de diciembre de 2020.

simpatía hacia una de las partes en un proceso, ello puede poner en duda su imparcialidad subjetiva. De hecho, ello constituye una causa de recusación, e incluso determinados comportamientos hacia las partes podría constituir una falta (ej. art. 418.5 LOPJ). Al igual que si existe un vínculo con ellas o sus representantes en el proceso, se incurre en causa de abstención/recusación (219.9 LOPJ). Y ello puede suceder en cualquier ámbito, también a raíz de una manifestación o actuación del juez en las redes sociales, donde simplemente lo que cambia es el medio físico en el que se llevan a cabo esas expresiones de amistad o enemistad o se mantienen relaciones/contactos.

Pero, en redes sociales pueden surgir otros interrogantes respecto a relaciones de los jueces con las partes intervinientes en un proceso. Veamos algunas de ellas.

4.1. La “amistad” en una red social

El TEDH tiene pendiente de resolver la moción 55603/18, donde debe decidir si “la amistad” en Facebook entre un juez y una de las partes de un proceso puede ser alegada como motivo de recusación. Se trata de la disputa por la custodia de una menor; la progenitora solicita la anulación de todos los actos procesales en los que había participado el expresidente de la APEA (Autoridad Suiza de Protección del Niño y del Adulto), alegando que él y el padre de la niña eran “amigos en Facebook”²⁰. Este caso simplemente es ilustrativo de cómo actuaciones en redes de un “menor calado” pueden abrir interrogantes sobre la garantía de imparcialidad de los jueces, que es una garantía de los justiciables.

En el caso referido, y aún esperando a lo que decida el TEDH, estamos de acuerdo con la postura que ya previamente mantuvo el Tribunal de Casación francés de que: «...el término “amigo” utilizado para designar a las personas que acuerdan entrar en contacto a través de las redes sociales no se refiere a la amistad en el sentido tradicional del término...la existencia de contactos entre estas diferentes personas a través de las redes sociales no basta para caracterizar una parcialidad particular, siendo la red social simplemente un medio específico de comunicación entre personas que comparten los mismos intereses»²¹.

A este mismo respecto, en respuesta a una consulta emitida por el CEJ en 2019²², se señaló que el uso de las palabras “amigo” o “seguidor” en una red social no compromete la independencia e imparcialidad del juez y que dista mucho del más tradicional concepto de amistad a la que refiere la Ley²³.

Por otro lado, la “amistad” en Facebook puede ser como el seguimiento de un perfil de otra persona en otras plataformas, como, por ejemplo, en Instagram. En realidad, en la mayoría de los casos, ello no significa más que la relación establecida entre un proveedor de contenido (como un columnista de un periódico) y un lector o suscriptor.

Aún así, las *Directrices no vinculantes sobre el uso de las redes sociales por parte de los jueces* recomiendan que «los jueces deben evitar aceptar o enviar solicitudes de amistad a las partes o sus representantes legales, así como realizar cualquier otra interacción con ellos en las redes sociales.

21 Véase: arrêt n. 1 du 5 Janvier 2017 (16-12.394), Cour de cassation - Deuxième chambre civile - ECLI:FR:CCASS:2017:C200001.

22 Dictamen (Consulta 10/2018), de 25 de febrero de 2019.

23 Idem en Dictamen (Consulta 4/2020), de 14 de enero de 2021.

20 Asunto *Chaves Fernandes Figueiredo c. Switzerland*.

Lo mismo es aplicable a los testigos o a cualquier otra persona interesada conocida» (punto 30). De entrada, los jueces no deben participar en intercambios a través de redes sociales o servicios de mensajería con las partes, sus representantes o el público en general sobre los casos que se han presentado, o que es probable que se presenten, ante ellos para su decisión.

También cabe plantearse el supuesto contrario, el que determinadas personas físicas o jurídicas se conviertan en seguidores de una cuenta de un juez y que, con su constante presencia en esa página web o cuenta o con sus comentarios, acaben generando razonablemente una apariencia de parcialidad o de prejuicios en la imagen de ese juez. En esos supuestos, las *Directrices no vinculantes sobre el uso de las redes sociales* por parte de los jueces recomiendan aplicar el protocolo apropiado para eliminar y/o bloquear de la cuenta personal aquellos seguidores que pudieran generar tal daño a esa imagen de imparcialidad (punto 27). Los jueces deben ser conscientes de que la forma en que ellos son percibidos en las redes sociales puede estar basada, no solo en su uso activo de las mismas, sino también en las respuestas que reciben en sus cuentas en redes, blogs o páginas web y de quién la reciben, incluso si el contacto no fue solicitado por ellos.

4.2. El conocimiento de la verdad fáctica sobre los hechos o partes en el proceso a través de las redes

Internet y las redes sociales constituyen una fuente de información riquísima a los ojos de cualquier ciudadano. En las redes sociales millares de individuos publican diariamente en abierto fotografías y datos sobre su vida, sus gustos, sus actividades, sus relaciones familiares o de amistad, etc. Un juez que, como cualquier otro ciudada-

no, interactúe en las redes sociales puede toparse azarosamente, o podría buscarlo expresamente, con datos sobre una de las partes intervinientes en un caso que tenga que resolver y formarse con ello una imagen de los hechos o de las partes distinta a la que puede percibirse en el proceso (un ejemplo sencillo sería el de un juez que está conociendo de un caso de incapacidad por lesión física y en Facebook encuentra imágenes en las que dicho individuo está realizando actividades que demuestran que su incapacidad es fingida).

A este respecto, la CEJ ya señaló que el juez debe ser especialmente diligente y cuidadoso «en evitar que la información que pudiera llegarle por esta vía (la de las redes) pueda alterar la posición imparcial que debe adoptar en su enjuiciamiento»²⁴. Puesto que el juez puede llegar a conocer hechos o circunstancias que no han sido aportadas al proceso u obtener información sobre alguna de las partes o sus letrados que sesguen de forma inconsciente su enjuiciamiento, la Comisión recomienda que, «en cualquier caso, no es aconsejable que el juez haga una búsqueda de la verdad material fuera del acervo probatorio»²⁵.

5. Expresión de opiniones y posicionamientos ideológicos en redes por parte de los jueces

5.1. La participación en debates en redes y la expresión pública de opiniones

Las redes son un medio en el que se hace expresión pública de la propia opinión, opción política o filosófica o cualquier tipo de creencias y donde se gene-

²⁴ Dictamen (Consulta 1/2019), de 8 de abril de 2019.

²⁵ Mismo Dictamen (Consulta 1/2019), de 8 de abril de 2019.

ran debates con posicionamiento de los usuarios sobre temas de lo más variopinto. Como decíamos al comienzo, también los jueces interactúan en el mundo de las redes y, como ciudadanos, pueden acabar expresando opiniones que, sin duda, pueden tener un cariz ideológico.

En nuestro ámbito jurídico, el que un juez haga manifestación de posicionamientos políticos ha sido considerado tradicionalmente como algo peligroso para esa imagen de imparcialidad de la que hablábamos más arriba, haciendo un llamamiento a la mesura. Así, los *Principios de Bangalore* recuerdan que «un juez, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión y de creencias, derecho de asociación y reunión pero, cuando ejerza los citados derechos y libertades, se comportará siempre de forma que preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales y la imparcialidad e independencia de la judicatura» (valor 4.6). Y que el juez puede intervenir en los debates públicos, aunque «no debe tomar parte de modo inapropiado en polémicas públicas» (Comentario al Valor 4.6).

En esa línea, la CEJ en enero de 2021 se pronunciaba sobre la participación de los jueces en entrevistas, coloquios o redes sociales, invitando a no publicar nada que socavara la confianza del público en la imparcialidad del Poder Judicial. La CEJ concluyó que las intervenciones de los jueces en este tipo de foros «deben ajustarse al concepto de neutralidad política que impregna los principios de imparcialidad, independencia e integridad» y que deben actuar con «prudencia y moderación», que son «las dos actitudes sobre las que pivota la libertad de expresión del juez o magistrado tanto en los principios del Código ético español, como en el ámbito internacional»²⁶.

Ciertamente, determinadas manifestaciones de los jueces en las redes sociales, bien lanzadas de modo individual, bien en respuesta al hilo de un debate –por ejemplo, en un hilo de Twitter–, podrían generar una sombra de duda en la imagen de imparcialidad personal de los mismos. Indudablemente, hay expresiones que pueden tener una carga política evidente o pueden conllevar un posicionamiento por determinado perfil ideológico o partido político. Ha habido una tendencia a pensar que la expresión reiterada por un juez de las propias creencias puede acabar dibujando un perfil de juez que parece potencialmente influenciado por tales ideas y, por lo tanto, alejado de la neutralidad que se espera de él.

No obstante, con los años ha crecido la aceptación de un juez que también es ciudadano e interactúa en el debate público y nos hemos ido acostumbrado a ver a los jueces en los medios y en las redes (así como a ver a un juez abandonando temporalmente la judicatura para pasar ocupar un cargo político). En este sentido, sin ir demasiado lejos, en julio de 2022, la Comisión disciplinaria del Consejo sorprendía decidiendo no abrir expediente disciplinario al presidente del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León quien comparó en una entrevista al Partido Comunista de España (PCE) con el partido Nazi. Se entendió que el juez se limitó a expresar “su opinión personal” como ciudadano libre, y ello a pesar de la evidente carga ideológica y el carácter ofensivo de lo transmitido. La Comisión disciplinaria del CGPJ recordó que «los miembros de la carrera judicial, en cuanto ciudadanos, gozan del derecho de expresar libremente sus ideas y opiniones, sin perjuicio de los deberes de discreción y reserva que deben observar en aquellos casos en los que guar-

26 Dictamen (Consulta 4/2020), de 14 de enero de 2021.

den relación con asuntos sometidos a su jurisdicción»²⁷.

Asimismo, en la sentencia del TEDH de 28 de junio de 2002, asunto *M. D. y otros c. España*, en la que se condenó a España por los informes policiales que se elaboraron sobre una treintena de jueces y magistrados de Cataluña que habían firmado un manifiesto en el que se posicionaban a favor de la legalidad del referéndum independentista, el foco de atención no se puso en el hecho del posicionamiento ideológico de los magistrados, sino en la vulneración de su intimidad. De hecho, como consta en la sentencia, la Comisión disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial confirmó que las ideas expresadas por los demandantes en el manifiesto suponían el ejercicio de su libertad de expresión como ciudadanos y que no deberían implicar el ejercicio de facultades disciplinarias contra los firmantes del texto.

En definitiva, aunque sea positivo salvaguardar la imagen de imparcialidad de los jueces, con el consiguiente beneficio para la imagen de la judicatura en su conjunto, ello ha de conjugarse con el ejercicio de los derechos de los jueces como ciudadanos que son y en particular con el ejercicio de su libertad de expresión. El ejercicio de la libertad ideológica, propia de una sociedad pluralista, no tiene por qué afectar a su imparcialidad y puede desempeñarse individualmente, como lo hacen la mayoría de los ciudadanos. Naturalmente, el ejercicio de aquella libertad no debe condicionar el sentido de las decisiones que todos ellos deben adoptar en el ejercicio de sus funciones.

En todo caso, sí hay posicionamientos que quedan excluidos. Por poner un

ejemplo, hay que aludir a la prohibición de los jueces «de participar en las elecciones legislativas o locales más parte que la de emitir su voto personal» (art. 395.2 LOPJ), lo que les prohibiría pronunciarse en redes a favor de un partido político o un candidato en periodo electoral; o la expresión de opiniones contrarias al orden constitucional²⁸.

Por último, cabe reflexionar sobre el uso de las redes sociales por aquellos jueces que abandonan temporalmente la judicatura para dedicarse a una actividad política. A este respecto, la CEJ ha indicado que en tales casos el juez sigue sujeto a la obligación ética de guardar lealtad institucional al Poder Judicial para así reforzar la confianza de la sociedad en la imparcialidad de la Administración de Justicia, dado que puede ser vinculado con facilidad a la opción política que ejerció en el pasado²⁹. No obstante, consideramos que esto resulta estéril. No produce más daño a la imagen de imparcialidad de un juez las manifestaciones de opinión a favor del partido político en cuyas filas se ha unido temporalmente que el hecho mismo de haber aceptado un cargo político o haberse incluido en las filas de un partido político. Este hecho es el que verdaderamente ensombrece la imagen de imparcialidad de la que venimos hablando. Sus manifestaciones en redes sociales posteriores no vendrán más que a confirmar esa inclinación política o incluso a hacerla más evidente, pero la posible sombra de parcialidad de un juez o jueza nace de la participación en las listas de un partido político (aunque sea como independiente) o la aceptación de un cargo político.

27 Europa Press, «El CGPJ no abre expediente disciplinario al presidente del TSJ de Castilla y León que comparó al PCE con el partido Nazi», *Diario de Derecho*, 28-07-2022.

28 A este respecto puede verse la respuesta de la CEJ recogida en el Dictamen (Consulta 03/22), de 26 de abril.

29 Dictamen (Consulta 01/21), de 13 de mayo de 2021.

5.2. Felicitaciones o críticas a la actuación de poderes, autoridades o funcionarios públicos

Dentro de las posibilidades que brindan las redes, también cabe el dirigir a las instituciones felicitaciones o críticas por sus actuaciones. A este respecto, el art. 395 LOPJ establece que a los Jueces y Magistrados les está prohibido «dirigir a los poderes, autoridades y funcionarios públicos o corporaciones oficiales felicitaciones o censuras por sus actos», y el art. 418 prevé sanciones por ello. Son conocidos casos en los que la crítica —en algunos supuestos muy dura—, al funcionamiento de determinadas instituciones han acabado en una sanción disciplinaria para el juez que la ha emitido³⁰.

En esa misma línea, en el caso *Di Giovanni c. Italia*, el TEDH, en su sentencia de 9 de marzo de 2013, reconoció que el derecho a opinar sobre el funcionamiento de ciertos órganos puede tener limitaciones. Una magistrada publicó unas declaraciones críticas en prensa sobre el funcionamiento del *Consiglio Superiore della Magistratura*, por las que recibió una sanción, que el Tribunal europeo consideró proporcionada. En este caso, en ese equilibrio entre la libertad de expresión del

juez y el interés legítimo del Estado en garantizar la confianza en los tribunales, el Tribunal consideró que, atendiendo a los hechos, prevalecía el segundo.

Asimismo, los *Principios de Ética Judicial* señalan que: «Los miembros de la Judicatura han [...] ejercer la función jurisdiccional de manera prudente, moderada y respetuosa con los demás poderes del Estado» (Principio 3). De todos modos, este principio parece referir más a una prudencia frente a los demás poderes del Estado en el mismo momento de ejercer la función jurisdiccional.

En conclusión, más allá de las claras felicitaciones o críticas a las autoridades públicas y corporaciones —que está prohibidas fuera y dentro del ejercicio de la función jurisdiccional—, parece asimismo razonable que se exija del juez que sea cauto a la hora de criticar o elogiar de forma más solapada a cualquiera de ellos de tal modo que evite dar la sensación de que tiene una inclinación ideológica y/o personal y que si tuviese que resolver un pleito en el que estuviera en juego una de las materias sobre las que ha expresado su opinión, se dejaría influir por tales opiniones personales³¹. Las redes sociales permiten esos elogios o críticas sutiles como el poner un *like* (me gusta), o responder a una publicación sobre una de estas autoridades con un emoticono de aplausos, un emoticono que expresa rechazo, un meme, etc. Son manifestaciones que se expresan con un simple click, pero pueden tener mucho significado.

5.3. Reacciones en redes ante publicaciones de terceros

Ello nos lleva a hablar precisamente de la forma de emitir opiniones o reacciones

30 Solo a modo de ejemplo, el magistrado Joaquín Navarro, autor de diversas manifestaciones de opinión en los medios de comunicación, criticó muy duramente el sistema de selección de algunos jueces por el CGPJ (Navarro, Joaquín, «Manos sucias. El poder contra la justicia», *Temas de hoy*, Madrid, 1995, pp. 160 y ss.), por lo que fue sancionado disciplinariamente. Idem. «El Poder judicial abre una investigación al juez Navarro por criticar a Aznar y Garzón», *El País*, 25 noviembre 2000, p. 27. Con anterioridad el TS, en un supuesto en el que un juez había criticado al Consejo General del Poder Judicial y por ello fue sancionado, ya había dicho que ello no suponía vulneración de su libertad de expresión, ya que «dicha libertad tiene su límite infranqueable cuando en su ejercicio se incurre en infracción del ordenamiento, faltando ostensiblemente el respeto debido a los superiores jerárquicos» (STS 11 de diciembre de 1998, FJ. 5º, RA 7329).

31 Serra Cristóbal, Rosario, *La libertad ideológica del juez*, op. cit., p. 105.

ante publicaciones de terceros en redes, que puede ser muy variada. Porque, como acabábamos de indicar, el modo de reaccionar frente a publicaciones de terceros puede ir desde una respuesta a un tuit, con la expresión de una opinión en unas frases, o una respuesta larga en un blog –con lo que remitiríamos en ambos casos a mucho de lo ya indicado en otros apartados de este trabajo–; a la reacción con un simple *like* (me gusta); o respondiendo con un emoticono con significado aprobatorio o de rechazo; o al reenvío de un mensaje en Twitter, por poner solo algunos ejemplos.

También los modos de reaccionar ante publicaciones ajenas pueden ser muy variados. A este respecto, el CEJ en una consulta resuelta en enero de 2021 señalaba que los comentarios e intervenciones de los miembros de la Carrera Judicial en medios de comunicación, redes sociales o encuentros jurídicos deben desarrollarse «con las formalidades de la buena educación» y «sin expresiones irrespetuosas, vejatorias o dañinas»³². De hecho, ya había indicado con anterioridad que en redes (también en otros medios, obviamente) «el juez deben huir de las descalificaciones personales y del insulto y han de evitar generar o incrementar la crispación»³³.

Para abordar esta cuestión, hemos de empezar por recordar una vez más que un juez puede usar plataformas de redes sociales para seguir temas de interés como cualquier ciudadano. De hecho, puede ser de utilidad que el juez siga una amplia gama de temas y comentaristas, es bueno que esté informado de forma plural, a fin de evitar crear su propia “cámara de resonancia de ideas”. No obstante, las *Directrices no vinculantes sobre el uso de*

las redes sociales por los jueces establecen entre sus recomendaciones que «un juez debe ser cauteloso a la hora de seguir o darle a me gusta a publicaciones de ciertos grupos de defensa, campañas o comentaristas particulares, donde la asociación con ellos podría dañar la confianza pública en la imparcialidad del juez o la imparcialidad del Poder Judicial en general» (punto 23). De nuevo se está poniendo el acento en esa imagen de imparcialidad del juez, que parece que debe hacer ceder al derecho a ejercitar sus libertades.

De todos modos, si anteriormente se ha admitido que el juez puede ejercer su libertad de expresión –con las prohibiciones señaladas, y siempre con la carga de atender a la prudencia, evitando dañar objetivamente su imagen de imparcialidad–, lógico es considerar que a un juez también se le pueda permitir responder en las redes sociales, poner *likes* en determinadas publicaciones, o reenviar una publicación, vídeo o meme de un tercero. Volvemos a lo mismo, el límite está en aquel exceso de posicionamientos en la interacción en redes que acabe dibujando una sombra de inclinación ideológica del juez, objetivamente palpable, traspasado el cual podría constituir una causa para su recusación.

6. El pasado digital de un juez

La intervención de los ciudadanos en las redes sociales deja huella y va creando un perfil social e ideológico de aquellos que de forma reiterada cuelgan en ellas sus datos, expresan sus opiniones políticas o muestran su parecer sobre mil y un asuntos.

Cualquier joven que ahora está compartiendo esos contenidos y manifestándose abiertamente a favor de un partido político, o emitiendo tuits a favor o en contra de una ley o publicando fotografías

³² Dictamen (Consulta 4/2020), de 14 de enero de 2021.

³³ Dictamen (Consulta 2/2018), de 25 de febrero de 2019.

en las que muestra su asistencia a un mitin electoral, etc., puede acabar mañana aprobando una oposición y entrando en el cuerpo de la judicatura. Lógicamente, nada prohíbe a un ciudadano ejercer sus libertades ideológicas y de expresión con la más absoluta amplitud, pero todo ello queda en su perfil público digital, y las diferentes plataformas tiene unos sistemas de búsquedas que pueden devolver ese perfil en segundos. Decimos esto porque ese pasado en redes del hoy juez puede generar una sombra de parcialidad a los ojos de un justiciable. A este le es fácil indagar, seguir el hilo de participación en redes del que ahora es juez y acumular elementos de prueba suficiente como para romper la presunción de imparcialidad del mismo. Si ello sucede, y si los elementos son de suficiente entidad como para crear esa sombra de duda, afortunadamente al ciudadano le cabe la posibilidad una vez más de recurrir a la figura de la recusación.

7. Conclusiones

Como comenzábamos diciendo, las redes sociales constituyen un vehículo de relación social y de información de utilización masiva en la sociedad actual. Su uso se ha generalizado de tal manera en todos los ámbitos que cada vez es más difícil encontrar quien se mantenga al margen de las mismas. Como ciudadanos, los jueces deben poder acceder, y de hecho acceden, a tales redes sociales. Pero, también como jueces, han de tener en cuenta los riesgos que se generan en relación con el respeto a los principios de ética judicial, los cuales pueden verse afectados por su participación en esas redes sociales, incluso aunque no se identifiquen como jueces.

El tema del uso de las redes sociales por parte de los jueces es complejo porque, por un lado, como expresara Boyer

Chaammard hace mucho tiempo, «el juez no puede ser un ciudadano disminuido»³⁴. Pero, por otro lado, dada la naturaleza de la función judicial y la importancia de la confianza del público en la integridad e imparcialidad de los tribunales, los jueces han de ser conscientes de que, al igual que en otros ámbitos, su participación en las redes sociales y en el modo en el que lo hacen, puede tener un impacto no solo en la percepción pública que generen respecto de ellos mismos o en relación a la resolución de un caso concreto, sino también respecto de la judicatura en su conjunto y la confianza en el sistema de justicia en general. Hemos visto más arriba como en numerosos códigos de conducta y de ética judicial hay un continuo llamamiento a los jueces para que se comporten de tal manera que se conserve la dignidad de sus cargos y la imparcialidad e independencia del Poder Judicial. El CEJ señalaba que «esto impone al juez el deber ético de ser extremadamente cuidadoso a la hora de expresar sus opiniones, efectuar valoraciones personales y reaccionar ante valoraciones ajenas, especialmente cuando pueda ser reconocido como integrante del Poder Judicial, y esta cautela debe extremarse en el acceso a un medio de comunicación con el poder de difusión de las redes sociales»³⁵

A pesar de todo lo indicado, en una época en la que la participación en las comunidades a las que sirven los jueces incluye cada vez más la participación en actividades en línea, no puede ni debe prohibirse a los jueces participar en los medios sociales, siempre que dicha participación sea apropiada³⁶. El uso de los medios sociales

34 Boyer Chammard, Georges: *Les magistrats*, París, Presses Universitaires de France, 1985, p. 47.

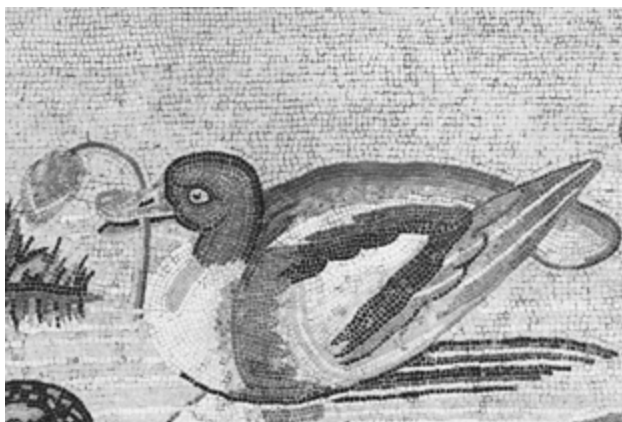
35 Dictamen (Consulta 10/2018), de 25 de febrero de 2019.

36 Braithwaite, Biljana y otros (editores), *Independence and impartiality of the judiciary*, The Aire Centre, 2021, p. 63.

por parte de los jueces ofrece un ejemplo de actualidad en el que es necesario encontrar un equilibrio entre el requisito de imparcialidad personal y el derecho de un juez a la libertad de expresión y asociación. En ese *balancing*, debiéramos apostar por la presunción de imparcialidad, la presunción de que el juez es capaz de decidir los asuntos con exclusiva atención a la ley, y permitirles actuar en redes sociales con una relativa amplitud y libertad.

Otra cuestión es la oportunidad o no de determinadas expresiones en redes, pero, mientras no se encuentren prohibidas disciplinariamente, han de ser aceptadas y entender que constituyen un uso legítimo de los derechos fundamentales de todo juez. La regla que prioriza es la de la presunción de imparcialidad judicial, por lo tanto, se requiere que exista una razón o elemento suficiente que pruebe que objetivamente puede existir un prejuicio o favoritismo por

parte del juez en la resolución de un caso. Y, tal vez, convenga desacralizar la figura del juez y darse cuenta de que la independencia-neutralidad de los miembros de la judicatura no es igual a decisión absolutamente "aséptica". Otto Bachof decía: «no puede desconocerse que el juez puede estar vinculado a prejuicios propios de su origen social, de su concepción política o de su visión del mundo; que en ningún hombre se puede eliminar un último resto de subjetividad»³⁷. A veces es mejor que ello aflore a que quede oculto a los ojos del justiciable. Porque, si se sabe de las inclinaciones personales de un juez a través de la participación en las redes sociales (como por cualquier otra vía) y se encuentran elementos objetivos suficientes para crear una sombra de duda razonable sobre su imparcialidad, siempre caben las figuras de la recusación y la abstención como garantía y cierre del sistema.



Pato, detalle de una escena del Nilótico. Mosaico romano Pompeya. Museo Arqueológico Nacional de Nápoles

³⁷ Bachof, Otto, *Jueces y Constitución*, Madrid, Civitas, 1985, p. 53.

Independencia institucional y responsabilidad del poder judicial*

Ian DUNCAN BURNETT

1. Es un honor que se me haya pedido pronunciar esta conferencia Cohen, aplazada desde 2020, cuando la pandemia de Covid se estaba propagando por el mundo. Es un gran placer poder estar con ustedes en la Universidad Hebrea de Jerusalén.

2. Mi punto de partida es Aristóteles. En su *Política* escribió lo siguiente sobre la naturaleza humana y el gobierno:

«El hombre, que cuando ha alcanzado toda la perfección posible es el primero de los animales, es el último cuando vive sin leyes y sin justicia»¹.

Sin duda, Aristóteles habría tenido mucho que decir acerca de cómo esta máxima se aplica a los asuntos mundiales en la actualidad. Sin embargo, mi atención hoy se centra en la forma en que las democracias se organizan para garantizar que pueden obtener lo mejor de la sociedad, mediante la salvaguarda de la independencia judicial. Sin independencia judicial, tanto individual como institucional, la humanidad se alejaría de la ley y la justicia.

3. La independencia judicial como principio constitucional es un camino muy trillado. Es considerada por los Principios

de Latimer House, consensuados por las naciones de la *Commonwealth*, que declaran que,

«Un poder judicial independiente, imparcial, honesto y competente es fundamental para defender el estado de derecho, generar confianza pública y dispensar justicia»².

También es contemplada en el artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴ y los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial⁵.

2 Principios de Latimer House, Principio IV.

3 Artículo 10, «*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal*». Véase, Congreso de las Naciones Unidas, Principios Básicos sobre la Independencia del Poder Judicial, Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, Principio 1, «*La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura*». <<https://www.ohchr.org/en/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>>.

4 Artículo 6, apartado 1, «*Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...*»

5 (2002), Principio 1, «*La independencia judicial es un requisito previo del principio de legalidad y una ga-*

* Texto de la conferencia Lionel Cohen 2022, pronunciada por el autor en la Universidad Hebrea de Jerusalén el 30 de mayo de 2022. Traducción al español de José Miguel García Moreno.

1 Aristóteles, *Política*, Libro I, 1253.a31 [Traducción al español de Patricio de Azcárate, Biblioteca Filosófica, Medina y Navarro, Volumen 3, Madrid, 1875].

4. Está codificada en unos estándares desarrollados en esta universidad, los Estándares Internacionales de Independencia Judicial del Monte Scopus⁶, y en el trabajo pionero del Profesor Shetreet, tanto en lo que respecta a su desarrollo, como a su obra *"Judges on Trial"*⁷. Se trata de un tema sobre el que han disertado en el pasado muchos jueces, y otras personas⁸, y sobre el que hablé hace cuatro años en Brisbane, pero su importancia justifica sobradamente la atención que ha recibido.

5. Hoy vuelvo a ella, no para volver a examinar las cuestiones que entonces consideré, sino para centrarme específicamente en la independencia institucional del poder judicial. A ella se refieren los Estándares del Monte Scopus como «independencia colectiva», distinta de la independencia individual de los jueces y su capacidad para resolver las cuestiones de fondo de las causas, sin ninguna presión o influencia indebidas⁹. No obstante, ambos aspectos de la independencia judicial están relacionados.

6. La relación entre la independencia institucional y la responsabilidad es digna de consideración. Por supuesto, el poder judicial no es responsable ante ninguna otra institución: ni el ejecutivo, ni el Parlamento, ni el electorado. Según una opinión los dos conceptos son incompatibles:

rantia fundamental de la existencia de un juicio justo. En consecuencia, un juez deberá defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como institucionales», y 1.1-1.6

https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/bangalore_principles/bangaloreprinciples.pdf.

6 (2008, modificados en 2012).

7 S. Shetreet & S. Turenne, *Judges on Trial*, (CUP, 2013).

8 Véase J. Beatson, *The Rule of Law and The Separation of Powers* (Hart, 2021) para un examen reciente y conciso del tema.

9 Denominada independencia sustantiva y personal, véanse los Estándares Internacionales de Independencia Judicial del Monte Scopus (2008, en su versión modificada de 2012), principio 2.2.

no puede haber verdadera independencia si hay responsabilidad. Esto podría llevar a la conclusión de que quienes hacen virtud de la independencia judicial están, en realidad, reclamando la irresponsabilidad judicial. Pero, como espero demostrar, la responsabilidad judicial está asegurada por varias vías más sutiles.

7. Hay otra opinión que afirma que la independencia y la responsabilidad no solo son compatibles, sino que se apoyan mutuamente. La independencia institucional requiere una rendición de cuentas adecuada y eficaz. Aquí se hace hincapié en *una rendición de cuentas adecuada* que no comprometa ni la independencia judicial individual ni la institucional. Existe el riesgo inherente de que los mecanismos de rendición de cuentas puedan conducir a la erosión de la independencia institucional. Previamente a analizar estas cuestiones, debo decir algo sobre lo que significa la independencia institucional y cómo está protegida en Inglaterra y Gales, antes de considerar la responsabilidad y cómo puede tanto proteger como erosionar la independencia institucional.

8. Mediante un poder judicial independiente y responsable aseguramos la administración de la ley y la justicia, cuya importancia destacó Aristóteles. O como expresan los Estándares del Monte Scopus:

«Un poder judicial independiente e imparcial es una institución del más alto valor en cada sociedad y un pilar esencial de la libertad y el estado de derecho»¹⁰.

9. Entonces, ¿cómo se garantiza este pilar esencial de la libertad y el estado de derecho en Inglaterra y Gales? Una rápida mirada a nuestra Constitución no co-

10 Estándares Internacionales de Independencia Judicial del Monte Scopus (2008, en su versión modificada de 2012), principio 1.1.

dificada podría llevar a la conclusión de que se trata de una innovación reciente. Una búsqueda del término «independencia judicial» en la colección legislativa no arrojaría ningún resultado antes de 2005. La primera vez en nuestra historia que el principio constitucional de independencia judicial fue mencionado explícitamente en una norma legal fue en la Ley de Reforma Constitucional de 2005. Esa norma redefinió el papel del Lord Canciller, que hasta entonces había sido la cabeza de la judicatura, el presidente de la Cámara de los Lores y un ministro de alto rango del gabinete. También era directamente responsable de los nombramientos judiciales. El *Lord Speaker* preside ahora la Cámara de los Lores¹¹, el *Lord Chief Justice* es la cabeza de la judicatura¹² y la Comisión de Nombramientos Judiciales propone el nombramiento de jueces¹³.

10. En el artículo 1 se reconoce el «vigente principio constitucional del estado de derecho» y «la vigente función constitucional del Lord Canciller en relación con [dicho principio]». El artículo 3 garantiza la continua independencia judicial. Impone al Lord Canciller, a todos los ministros y a todos los responsables de cuestiones relacionadas con el poder judicial o la administración de justicia, el deber de mantener la independencia continua del poder judicial. El Lord Canciller, otros Ministros de la Corona y otros responsables de la administración de justicia, deben seguir garantizando ese principio constitucional. También impone obligaciones específicas. El Lord Canciller y otros Ministros de la Corona no deben tratar de influir en las concretas resoluciones judiciales a través de cualquier acceso privilegiado al poder

judicial. Es importante destacar que el Lord Canciller debe valorar: a) la necesidad de defender la independencia judicial; b) la necesidad de que el poder judicial cuente con los medios necesarios para el ejercicio de sus funciones; y c) la necesidad de que el interés público en asuntos relacionados con el poder judicial o la administración de justicia esté debidamente representado en las decisiones que les afectan. A estos efectos, el poder judicial comprende todos los tribunales del Reino Unido y también los tribunales internacionales¹⁴.

11. Estos son deberes relevantes, de amplio espectro y concretos. No eran nuevos en 2005, pero reflejaban la posición aceptada y regulada hasta entonces por una convención constitucional. Proporcionan el marco de la independencia institucional del poder judicial. Las obligaciones impuestas al Lord Canciller, a los Ministros de la Corona y a los funcionarios públicos que se ocupan de la administración de justicia, tienen un contenido positivo. Al imponer una obligación al Lord Canciller de tomar en consideración la defensa de la independencia del poder judicial, éste está obligado a actuar en apoyo del poder judicial en el gobierno y, si es necesario, en público cuando esa independencia se ve amenazada o atacada.

12. La independencia institucional requiere una financiación adecuada de los tribunales. El deber de valorar el apoyo necesario al poder judicial abarca una financiación adecuada. Todas estas obligaciones se aúnan con claridad en el juramento del Lord Canciller, prestado ante el *Lord Chief Justice* y los jueces de más alto rango, en los Tribunales Reales de Justicia, tras su nombramiento:

«Yo... juro que, en el ejercicio del cargo de Lord Alto Canciller de Gran Bretaña, res-

11 Ley de Reforma Constitucional de 2005, artículo 18 y anexo 6.

12 Ley de Reforma Constitucional de 2005, artículo 7.

13 Ley de Reforma Constitucional de 2005, artículo 61.

14 Ley de Reforma Constitucional de 2005, artículo 3.7.

petaré el estado de derecho, defenderé la independencia del poder judicial y cumpliré mi deber de asegurar la provisión de recursos para la financiación eficiente y efectiva de los tribunales de los que soy responsable»¹⁵.

13. Ni la independencia judicial ni el estado de derecho son definidos en la Ley. Tampoco hay ninguna explicación auténtica de su contenido en la exposición de motivos de la Ley. Una definición prolija y abarcadora de cualquiera de los dos términos resultaría difícil. La mejor se puede encontrar en la obra corta de Lord Bingham *El Estado de Derecho*¹⁶. Pero la separación de poderes, de la que es una parte integral la independencia judicial, resulta inherente al estado de derecho.

14. La separación de poderes proporciona un punto de partida para concretar la independencia institucional. Perdonen que haga una referencia a la Carta Magna, a la que con frecuencia se atribuye mucho más de lo que puede estar justificado. Pero el reconocimiento de que el Rey no retrasaría, denegaría o comerciaría con la justicia marca una línea divisoria entre los poderes judicial y ejecutivo del Estado¹⁷. No era posible, por ejemplo, que el Rey solicitara algún pago de los litigantes para retrasar la impartición de justicia¹⁸. La justicia debía impartirse conforme a la ley, no conforme al capricho del Soberano. La Carta Magna también exigió que sólo aquellos con formación jurídica fueran nombrados jueces¹⁹. Esta fue una cuestión que desarrolló el gran *Lord Chief Justice* Sir Edward Coke,

el mayor defensor de la Carta Magna, en sus resoluciones relativas a Jacobo I en las *Prohibitions del Roi*. Resolvió que el Rey no podía actuar como juez en sus propios tribunales²⁰. El poder judicial del Estado no podía ser ejercido por el ejecutivo. De esa opinión se hicieron eco desde Bodin en el Siglo XVI hasta los autores de “El Federalista”, a través de Locke²¹. Cuando esos dos poderes confluyen, el resultado, como señaló Montesquieu, es «la arrogancia y la tiranía»²² del ejecutivo.

15. Una cosa es separar el poder judicial del estado del poder ejecutivo. No es más que una condición necesaria mediante la que garantizamos el estado de derecho. La influencia inadecuada se puede llevar a efecto de manera más sutil y eficaz que a través de la unidad de poder. Esa influencia fue ejercida mediante el simple expediente consistente en destituir a los jueces de sus cargos o, sencillamente, en rehusar nombrarlos de nuevo. Sir Edward Coke fue destituido del cargo por Jacobo I. Su nieto Carlos II también puso en práctica la suspensión de algunos jueces en sus funciones, mientras obligaba a otros a jubilarse anticipadamente. Y Jacobo II cesó a doce jueces que se negaron a resolver como él quería²³. La incertidumbre en el cargo puede ser un medio poderoso para asegurar sentencias favorables.

20 (1607) 12 Co. Rep. 63, ‘... el Rey en su propia persona no puede juzgar ninguna causa, ya sea penal, como por traición, u otro delito grave, etc., o entre partes, en relación con su herencia, bienes muebles o de otro tipo, etc., ya que estas cuestiones deben ser resueltas y juzgadas por algún Tribunal de Justicia, conforme al derecho y la costumbre de Inglaterra...’

21 J. Bodin, *Les Six livres de la République*, (1576), citado en M. Loughlin, *Foundations of Public Law*, (OUP, 2010), pág. 452; J. Locke, *Two Treatises of Government* (1690), (CUP, 1994); A. Hamilton, J. Madison & J. Jay, *Federalist Papers*, (Signet, 2003) N.º 47, 48 y 78.

22 C. Montesquieu, *De L’Esprit des Lois* (1748), (CUP, 1989), Libro XI, 6.

23 J. Baker, *An Introduction to English Legal History*, (OUP, 2019), pág. 179.

15 Ley de Reforma Constitucional de 2005, artículo 17.

16 Tom Bingham, *The Rule of Law*, Allen Lane 2010.

17 Carta Magna (2015), capítulo 40.

18 J.C. Holt, *Magna Carta* (2ª Ed.), (CUP, 1992) pág. 179, y pág. 84, en la que destaca que Juan sin Tierra incentivó a sus caballeros a unirse a su ejército ofreciéndoles la suspensión de las demandas formuladas contra ellos.

19 Carta Magna (2015), capítulo 45.

16. Mediante la Ley de Instauración de 1701²⁴ la facultad de cesar a los jueces de esta manera fue abolida: se estableció la garantía de inamovilidad. Los jueces -como sucede aún hoy- se mantendrían en sus cargos en tanto observasen un buen comportamiento²⁵. Los jueces de más alto rango sólo podrían ser cesados como consecuencia de una resolución de ambas Cámaras del Parlamento, como aún es el caso. Hasta 1760 los cargos judiciales eran objeto de cesión por la Corona, pero esa situación cambió y se estableció la plena garantía de inamovilidad²⁶.

17. La legislación de 1760 también aseguró otro aspecto de la independencia institucional. Estableció la garantía de los salarios²⁷. El poder judicial ya no podría verse influido por las amenazas de reducir sus ingresos. Esa garantía sigue estando vigente hoy en día, aunque es discutible si otorga una protección contra la reducción de las pensiones²⁸. Además, se complementó con la inmunidad judicial contra las demandas de responsabilidad civil por los actos realizados en el ejercicio de la función judicial²⁹, y por la atribución de la discipli-

na judicial al Lord Canciller, como cabeza del poder judicial hasta 2005, cuando se convirtió en una responsabilidad conjunta del Lord Canciller y del *Lord Chief Justice*³⁰.

18. Otra característica, quizás subestimada, de la independencia institucional merece ser mencionada. Como señaló el Consejo Consultivo de Jueces Europeos a petición del Consejo de Europa en 2007, el control de la formación judicial y de la promoción judicial son también aspectos importantes de la independencia institucional³¹. El control del ejecutivo sobre la formación judicial podría fomentar un poder judicial de mentalidad proclive al ejecutivo si fuera subvertida a tal fin, o si se utilizara para incentivar un enfoque concreto en las causas auspiciadas por el Gobierno. Nuestra formación judicial es impartida por el Colegio Judicial, anteriormente denominado Junta de Estudios Judiciales, incluido entre las competencias legales del *Lord Chief Justice*³². Del mismo modo, el control del ejecutivo sobre los ascensos judiciales podría llevar a nombramientos basados en la familiaridad con el ejecutivo o en lo comprensivo que podría resultar un candidato respecto del estado de ánimo político imperante. Podría alentar a los jueces a actuar según los criterios del ejecutivo por temor a perjudicar sus perspectivas futuras de ascenso.

19. El grado de implicación de los ejecutivos en los nombramientos judiciales

24 En inglés, *Act of Settlement 1701*. Se trata de una ley inglesa promulgada por el Parlamento de Westminster en 1701, que garantiza la sucesión a la Corona de Inglaterra a los miembros de la familia protestante de la Casa de Hannover, vinculada a la dinastía Estuardo por una hija de Jacobo I. Esta norma aseguró la exclusión del trono de los reyes favorables al catolicismo y acabó con las pretensiones de Jacobo Francisco Estuardo, católico, al que Luis XIV de Francia reconoció como Rey de Inglaterra en 1701, con el nombre de Jacobo III. Hoy en día esta Ley es la principal norma que regula la sucesión al trono británico, así como a la Jefatura del Estado en otros países de la Commonwealth [N. del T.].

25 Véase, por ejemplo, la Ley de Tribunales Superiores de 1981 (*Senior Courts Act 1981*), artículo 11.

26 Ley de Nombramientos y Salarios Judiciales de 1760 (*Commissions and Salaries of Judges Act 1760*), artículo 1.

27 Ley de Nombramientos y Salarios Judiciales de 1760 (*Commissions and Salaries of Judges Act 1760*), artículo 3.

28 Ley de Tribunales Superiores de 1981 (*Senior Courts Act 1981*), artículo 12.

29 Sentencias en los casos *Hamond v Howell* (1677)

2 Mod 218; *Sirros v Moore* [1975] QB 118; *Re MC (A Minor)* [1985] CA 528.

30 Ley de Reforma Constitucional, artículo 108.

31 Según se indica por el Consejo Consultivo de Jueces Europeos, en su Informe 10 (2007), a los párrafos [48] y [65] <<https://rm.coe.int/168070098e>>. Hay disponible una versión española de este documento en la web del CGPJ: <https://www3.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Relaciones-internacionales/Relaciones-internacionales-institucionales/Europa/Consejo-Consultivo-de-Jueces-Europeos/>

32 *Judicial College y Judicial Studies Board*, respectivamente. Ley de Reforma Constitucional, artículo 7.2.b.

de alto rango, incluso en las democracias maduras, varía enormemente. Por ejemplo, en Inglaterra y Gales el Lord Canciller juega un papel en la determinación de los criterios para los nombramientos y puede rechazar una recomendación de la Comisión encargada del nombramiento, pero sólo por razones justificadas³³. Esto aún no ha sucedido. Es el Lord Canciller quien inicia formalmente el proceso de nombramientos, pero es la Comisión de Nombramientos Judiciales quien decide a quién recomendar. Por el contrario, en los Estados Unidos la política juega un papel central en la identificación del candidato para muchos nombramientos federales y posteriormente en la aprobación por el Senado. Hay participación del ejecutivo en muchos sistemas de nombramientos judiciales, pero en aquéllos que se rigen no solo por el tenor literal de las correspondientes leyes en materia de nombramientos, sino por convenciones aceptadas por todos, es probable que los resultados respeten la independencia institucional. Hasta donde yo sé, no ha habido críticas de que los nombramientos realizados por los sucesivos Lordes Cancilleres se hubieran hecho por razones políticas partidistas, a pesar de su posición constitucional anómala. Esto se debió, sin duda, a que las personas de muy elevado prestigio, tanto como abogados como políticos, que fueron designadas Lord Canciller estaban profundamente imbuidas de sus responsabilidades constitucionales. Funcionó porque sabían dónde estaban los límites constitucionales y no habrían soñado con cruzarlos.

20. Hemos visto que en la década de 1760 dos de los tres aspectos más esenciales de la independencia institucional, tal

como fueron identificados por el Tribunal Supremo de Canadá en la sentencia del caso *R v Valente* [1985] 2 SCR 673³⁴, ya estaban vigentes: garantía de inamovilidad y garantía de los salarios. El tercer aspecto identificado es el control judicial de la administración de justicia³⁵, en la medida en que tiene relevancia en el ejercicio del poder judicial del Estado.

21. Hay diferentes puntos de vista sobre la medida en que la independencia institucional requiere el control judicial de la administración de los tribunales. Lord Browne-Wilkinson, por ejemplo, consideró que requería que el poder judicial controlara la administración de los tribunales en su integridad³⁶. Este modelo se ha adoptado en Escocia e Irlanda, pero no en Inglaterra y Gales ni en los tribunales administrativos del Reino Unido. En cambio, y de acuerdo con los Estándares del Monte Scopus, la administración judicial más amplia, bajo la forma de Servicio de Tribunales y Tribunales Administrativos de Su Majestad, desarrolla sus funciones en virtud de la colaboración entre el Lord Canciller, el *Lord Chief Justice* y el Primer Presidente de los Tribunales Administrativos. La colaboración se rige por un Documento Marco³⁷. El Servicio de Tribunales es una agencia ejecutiva y, como tal, parte de la administración pública, pero está a cargo de un consejo que incluye miembros no ejecutivos, entre ellos su presidente, altos ejecutivos del Servicio de Tribunales, tres miembros de origen judicial y un representante del Ministerio de Justicia. Además, disponemos de la Oficina Judicial, un departamento relativamente pequeño que opera de forma indepen-

34 [1985] 2 SCR 673, párs. 27 y 40.

35 *Ibíd.* pár. 47.

36 Lord Browne-Wilkinson, *The Independence of the Judiciary in the 1980s*, P.L. 1988, Spring, págs. 44-57.

37 Documento Marco del Servicio de Tribunales y Tribunales Administrativos de Su Majestad (2014).

33 Reglamento de Nombramientos Judiciales de 2013 (*Judicial Appointments Regulations 2013*), artículos 9, 15, 21 y 27.

diente respecto del Ministerio de Justicia y que responde ante el *Lord Chief Justice* y el Primer Presidente de los Tribunales Administrativos. Los Estándares del Monte Scopus destacan que la independencia institucional requiere, ora un modelo colaborativo, ora un modelo estrictamente judicial de la administración de los tribunales; y subrayan que los modelos de control exclusivo por el ejecutivo pueden comprometer la independencia institucional³⁸.

22. Un aspecto distinto de la administración de justicia en el que el control judicial es vital es el relativo al señalamiento de las causas. Si el ejecutivo pudiera controlar el señalamiento de las causas, podría manipular el orden en el que las causas son enjuiciadas. Podría retrasar las demandas contra el Gobierno o contra otras personas. Podría presionar al poder judicial sobrecargando la agenda de señalamientos. Podría atribuir prioridad a algunas causas por razones políticas ignorando los intereses más generales de la justicia. Recientemente hubo un momento en que se ejerció presión pública ante nuestros tribunales para priorizar las causas por delitos con armas blancas. Actualmente existe presión para priorizar las causas por delitos sexuales graves. Tal vez el año que viene se trate de las causas por estafas contra los ancianos. Pero la cuestión es que dar prioridad a algún tipo de causas supone necesariamente dilatar otras. Si se trata de establecer prioridades, los jueces equilibran los intereses de la justicia respecto de todas las personas implicadas en las causas que aguardan ser enjuiciadas por los tribunales. No deben inclinarse ante los vientos

políticos dominantes y cambiantes.

23. El Concordato entre el Lord Canciller y el *Lord Chief Justice*, que sentó las bases de la Ley de 2005³⁹, reconoció que el señalamiento de las causas es una función judicial. Por supuesto, la elaboración de las agendas de señalamientos en cualquier tribunal a menudo corresponde, en primera instancia, a los funcionarios. Pero éstos actúan con sujeción a las políticas de señalamientos definidas por la judicatura, no por el ejecutivo. Los jueces pueden modificar las agendas de señalamientos si los intereses de la justicia lo requieren y, en última instancia, adoptar decisiones muy difíciles, particularmente en la jurisdicción penal, sobre la prioridad de las causas.

24. Los elementos necesarios para la independencia institucional se centran en la separación del poder ejecutivo y del Parlamento del poder judicial, y también en garantizar la independencia de este último respecto de aquéllos. Hoy en día la independencia institucional también ha de incluir la independencia respecto de poderosos actores no estatales, como las grandes empresas, los sindicatos, los grupos de presión, los medios de comunicación, etc.⁴⁰

25. La independencia institucional no es, sin embargo, una calle unidireccional. Requiere algo más que garantizar que el poder judicial esté protegido de presiones o controles inadecuados. También exige que el poder ejecutivo y el Parlamento sean respetados por el poder judicial. Del mismo modo que el ejecutivo y el Parla-

38 Estándares Internacionales de Independencia Judicial del Monte Scopus (2008, en su versión modificada de 2012), principio 2.13, «La responsabilidad central de la administración judicial debe recaer preferentemente en el Poder Judicial o conjuntamente en el Poder Judicial y el Ejecutivo».

39 Lord Chancellor's Department, *The Lord Chancellor's Judiciary-Related Functions: Proposals (the «concordat»)*, (enero de 2004), pág. 36.

40 Véase, por ejemplo, la carta abierta del grupo de protesta ambiental «Insulate Britain» fechada el 20 de abril de 2022, declarando a los tribunales británicos como un «lugar de resistencia civil no violenta» <<https://www.insulatebritain.com/open-letter-to-the-uk-judiciary>>

mento, el poder judicial debe mantenerse en el ámbito de sus atribuciones constitucionales⁴¹. Esta dimensión adopta diversas formas.

26. La primera es que los jueces no deben formar parte del poder legislativo. Era ciertamente anómalo que, hasta 2005, mis predecesores fueran miembros activos de la Cámara de los Lores, como lo eran los jueces lores (*Lords of Appeal in Ordinary*). Intervénían y votaban en la Cámara de los Lores y formaban parte en los comités de ésta, en lugar de limitarse a resolver los recursos jurisdiccionales. Ese sistema, que tuvo sus raíces en siglos de evolución constitucional, causó pocos problemas prácticos evidentes porque todos los interesados reconocían los límites correctos de su implicación. Los jueces lores con frecuencia participaban en los comités técnicos e intervenían en éstos sobre cuestiones relacionadas con la administración de justicia. Lord Bingham, tras su nombramiento como *Lord Chief Justice*, pronunció un elocuente discurso inaugural sobre la importancia del derecho internacional⁴², y es bien sabido que Lord Lane, en su condición de *Lord Chief Justice*, intervino en 1989 en un debate sobre la regulación de los servicios jurídicos⁴³. La Ley de 2005 garantizó este aspecto de la separación de poderes y de la independencia institucional. Los jueces lores fueron apartados de la Cámara de los Lores con la creación del Tribunal Supremo y a los jueces en activo que son pares del Reino (hay tres de nosotros) se les prohibió participar en las sesiones

de la Cámara de los Lores⁴⁴. A los jueces se les había prohibido ser miembros de la Cámara de los Comunes desde principios del Siglo XIX⁴⁵.

27. Tampoco deben actuar los jueces como asesores del ejecutivo, como hizo durante muchos años el *Lord Chief Justice* Mansfield. En algún momento se llegó a decir que era el Primer Ministro *de facto*⁴⁶. Un caso claro de unidad en lugar de separación de poderes. No estaba solo, hasta la época de Lord Ellenborough no era inusual que los *Lores Chief Justices* fuesen miembros del Gabinete⁴⁷.

28. Lord Reading, nuestro primer *Lord Chief Justice* de origen judío, asumió el cargo en vísperas de la Primera Guerra Mundial. Pasó más tiempo asesorando al Gobierno que actuando en su condición de juez. Durante gran parte de 1914 y 1915 abordó la crisis financiera provocada por la guerra y llevó a la Comisión Financiera anglo-francesa a buscar el apoyo económico de los Estados Unidos. Medió en la crisis del Gabinete entre Asquith y Lloyd George en 1916. En septiembre de 1917 recibió el nombramiento especial como Alto Comisionado en los Estados Unidos y Canadá, y en 1918 fue designado Embajador Británico ante los Estados Unidos, permaneciendo todo el tiempo como *Lord Chief Justice*. Incluso participó en las reuniones del Gabinete de Guerra. Tal vez no es sorprendente que, después de toda

44 Ley de Reforma Constitucional de 2005, artículo 137.

45 Véase actualmente, Ley de la Cámara de los Comunes (Inhabilitaciones) de 1975 (*House of Commons (Disqualification) Act 1975*), artículos 1.1a), 1.2 y cuadro anexo 1.

46 N. Poser, *Lord Mansfield: Justice in the Age of Reason*, (McGill, 2013).

47 Véase el debate en la Cámara de los Lores sobre la posición de Lord Ellenborough como *Lord Chief Justice* y Ministro del Gabinete, Diario de sesiones de la Cámara de los Lores, 3 de marzo de 1806, Vol 16 págs. 253 a 284.

41 Véase la resolución del caso *M v The Home Office* [1992] QB 270 pág. 314.

42 Diario de sesiones de la Cámara de los Lores, 3 de julio de 1996, Vol. 573 págs. 1465 a 1468.

43 Diario de sesiones de la Cámara de los Lores, 7 de abril de 1989, Vol. 5050 págs. 1329 a 1333. Lord Lane describió las reformas de los servicios jurídicos propuestas como un intento de «destripar el sistema [jurídico]».

esa emoción, encontrara un poco aburrido su retorno a la vida judicial de la posguerra, y buscara su realización profesional en otros cargos, en particular como Virrey de la India.

29. La segunda es que los jueces deben ser alérgicos a la política. No corresponde a los jueces asesorar al Gobierno o al Parlamento, ni les corresponde manifestar sus opiniones sobre asuntos políticos en público, o de forma privada al Gobierno. Es apropiado y a menudo necesario que el poder judicial, en nuestro sistema judicial a través del *Lord Chief Justice* o de los delegados designados al efecto, formule comentarios sobre aspectos técnicos u operativos de la legislación propuesta. Podemos discutir con el Gobierno cómo las propuestas de política o las propuestas legislativas pueden afectar al funcionamiento práctico de la administración de justicia. Pero no hacemos comentarios sobre las cuestiones de fondo de la legislación propuesta. Los jueces que participan en las comisiones técnicas del Parlamento deben tener mucho cuidado para evitar verse envueltos en controversias políticas⁴⁸. Cuando un juez se desvía de esta posición de estricta neutralidad política y hace «observaciones políticamente controvertidas», el ejecutivo puede formular una respuesta igualmente «robusta», si es respetuosa⁴⁹.

30. ¿Dónde deja esto a la independencia institucional? Requiere la separación de poderes. El poder judicial debe ser independiente del Gobierno y del Parlamento, institucional, individualmente y a través de las influencias. Los tres poderes deben respetar los papeles de los otros. Debe haber

un proceso de nombramientos y ascensos que no esté sujeto a manipulación política. Los jueces deben disfrutar de las garantías de inamovilidad y protección de sus términos y condiciones de trabajo, especialmente el salario y la edad de jubilación, para evitar que el ejecutivo o el legislativo ejerzan presión sobre ellos. Deben existir mecanismos seguros y ejecutables para garantizar que la administración de justicia esté adecuadamente financiada. La formación judicial debe ser dirigida a la judicatura. El ejecutivo no debe tener el control sobre la disciplina judicial. Requiere la independencia de la administración de justicia; conseguida al menos mediante un modelo colaborativo de administración judicial.

31. Tras haber expuesto los elementos esenciales de la independencia institucional, paso a considerar la responsabilidad institucional. El gobierno es responsable ante el Parlamento y el electorado a través de las elecciones generales. También debe actuar en el marco del ordenamiento jurídico, una cuestión que debe ser determinada por los tribunales cuando la actuación del gobierno es impugnada. El Parlamento, como institución, no es responsable ante ninguna otra. Goza de una protección amplia y necesaria frente al escrutinio de los tribunales, pero los miembros individuales de la Cámara de los Comunes deben someterse periódicamente al electorado y los miembros del poder legislativo están sujetos a un escrutinio constante a través del carácter público de sus actividades y la información por una prensa libre.

32. Aunque no resulta controvertido que el poder judicial no rinde cuentas ante ninguna otra institución, esto no significa que los jueces no sean responsables, individual o institucionalmente. El mecanismo preciso de rendición de cuentas variará de un país a otro, y estará conformado por sus concretas disposiciones constitucio-

⁴⁸ Junta de Estudios Judiciales, *Guidance on Judges on Appearances before Select Committees*, (2012) pár.13. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/JCO/Documents/Guidance/select_committee_guidance.pdf>

⁴⁹ S. de Smith & R. Brazier, *Constitutional and Administrative Law* (8ª edición), (Penguin, 1998) pár. 375.

nales y su evolución histórica. Trataré de identificar diversos rasgos de nuestro sistema en los que se manifiesta la rendición de cuentas.

33. La primera forma de rendición de cuentas directa se consigue a través del principio de publicidad. Se trata de un fundamento del *common law* descrito por Jeremy Bentham como el «más punzante estímulo para el esfuerzo y el más seguro guardián contra la improbidad⁵⁰». Está garantizado por el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y, en parte, por el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Solo está sujeto a excepciones limitadas y proporciona un poderoso freno contra el comportamiento arbitrario. El principio de publicidad garantiza que lo que sucede en los tribunales y en los tribunales administrativos puede ser visto, discutido y objeto de información, incluso de manera crítica. Un aspecto importante del principio de publicidad lo constituye la amplia disponibilidad para el público, y no solo para las partes, de las resoluciones y sentencias de los tribunales y de los tribunales administrativos de todas las instancias. Los jueces debemos ser lo suficientemente realistas como para reconocer que gran parte de nuestra producción no resulta de interés más allá de las partes en la controversia concreta, pero es importante que haya acceso público a lo que sí resulta de interés. Históricamente han existido repertorios jurisprudenciales literales y causas judiciales notorias, incluso con más amplitud de lo que ahora se refleja en los periódicos. Los repertorios de jurisprudencia publicados durante siglos han constituido una fuente jurídica acreditada y siguen siendo vitales

para separar el trigo de la paja; pero la disponibilidad en Internet de todas las sentencias relevantes ha ampliado la accesibilidad pública y ensanchado los límites de la justicia pública. Una mayor publicidad de este tipo no solo asegurará una mayor rendición de cuentas, sino que contribuirá a sustentar la independencia institucional al mejorar la comprensión pública de lo que hacen los tribunales y de cómo se adoptan las resoluciones judiciales.

34. Un enfoque moderno del principio de publicidad comprende el respaldo al incremento de las retransmisiones lícitas de los procedimientos judiciales cuando éstas no tienen un impacto negativo en la administración de justicia.

35. La rendición de cuentas en el marco de los recursos contra las resoluciones judiciales está vinculada a la justicia pública. Casi todas las resoluciones judiciales pueden ser recurridas si cabe argumentar que incurren en un error jurídico. Esto genera la responsabilidad directa de los concretos jueces, e integra una parte importante de la rendición de cuentas institucional. Junto con la publicidad representa una vía para mantener unos estándares elevados en la judicatura. Que la corrección de los errores sea posible en el marco del procedimiento judicial reduce la posibilidad de que se hagan propuestas de debilitamiento de la garantía de inamovilidad para lidiar con los jueces que «adoptan las resoluciones erróneas», o de que se produzca la anulación de las resoluciones judiciales por el ejecutivo, en la práctica un recurso desde el tribunal al ejecutivo.

36. En cualquier sistema debe existir un tribunal de última instancia, pero en las democracias la soberanía última no recae en los tribunales. En el Reino Unido cabe la posibilidad de que el Parlamento legisle para dejar sin efecto una resolución judicial. En los sistemas regidos por una cons-

50 J. Bentham, *Draught for the Organization of Judicial Establishment*, en *The Works of Jeremy Bentham* (ed. Bowring) (William Tait, 1843) Vol. 4, pág. 316.

titución cuya modificación requiere una mayoría cualificada esto puede resultar menos fácil, pero se podría hacer.

37. Desde la Ley de 2005 se ha desarrollado otro aspecto de la publicidad, que adopta la forma de rendición de cuentas explicativa. No es incompatible con la independencia institucional, porque la medida en que se verifica está en manos del poder judicial. Sustenta esa forma de independencia porque se trata de un medio que permite al poder judicial explicar al público cómo se administra la justicia. Es un medio que permite mantener la confianza política y pública en el poder judicial. Esta modalidad de rendición de cuentas adopta varias formas. Yo mismo y mis predecesores recientes hemos mantenido una conferencia de prensa anual para tratar sobre una amplia gama de temas, algunos de ellos impredecibles. El *Lord Chief Justice* presenta un informe anual ante el Parlamento, en el que expone cómo han funcionado los tribunales y resume otras actividades. El *Lord Chief Justice* comparece ante las Comisiones Parlamentarias –la Comisión de Justicia de la Cámara de los Comunes y la Comisión Constitucional de la Cámara de los Lores– para debatir sobre el sistema de justicia y las novedades en la administración de justicia. Otros jueces comparecen ante las comisiones parlamentarias para prestar su asistencia respecto de distintas cuestiones técnicas. Hoy en día también es más frecuente que los jueces participen en debates retransmitidos y den entrevistas a los medios de comunicación. Nuestro propio sitio web aloja contenidos de jueces, incluyendo podcasts y videoclips, que explican lo que hacen.

38. Una de las grandes tradiciones del *common law* ha sido la participación pública en la administración de justicia y en la adopción de decisiones. En Inglaterra y Gales el público está directamente involu-

crado en la impartición de justicia penal. Los jueces de paz, legos procedentes de todos los ámbitos de la vida, resuelven las causas penales en los juzgados de paz y en los tribunales de menores. También participan cada vez más en la resolución de los litigios en materia de familia y de menores. Los jurados casi han desaparecido de los procedimientos civiles en nuestro sistema judicial, pero deciden sobre la culpabilidad o inocencia en todas las causas penales graves que son enjuiciadas en el Tribunal de la Corona. Si bien hay alrededor de 12000 jueces de paz, cientos de miles de personas desempeñan la función de jurados anualmente⁵¹. También hay miembros de muchos tribunales administrativos que no son juristas. La participación popular directa en los procedimientos judiciales no solo contribuye a asegurar la confianza y el consenso en el sistema de justicia, sino que también mejora la rendición de cuentas. Es importante destacar que, a través de la participación popular directa, los ciudadanos ven por sí mismos cómo se imparte justicia de una manera que informa un debate público más amplio.

39. Una forma de rendición de cuentas común en otros ámbitos de la vida no es compatible con la independencia institucional o incluso con la independencia individual de los jueces. Es lo que en ocasiones se conoce como responsabilidad sacrificial. Alguien puede ser cesado, sentirse obligado a dimitir o ser sometido a una presión intolerable para que dimita, por lo que se percibe son sus propios errores o los de una institución. Sir Jack Beatson lo ha descrito recientemente como una forma de

51 784.087 personas desempeñaron la función de jurados en 2019 (Ministerio de Justicia del Reino Unido, *Criminal court statistics quarterly: January to March 2020, (June 2020)*, disponible en <<https://www.gov.uk/government/statistics/criminal-court-statistics-quarterlyjanuary-to-march-2020/criminal-court-statistics-quarterly-january-to-march-2020-html#juror-statistics>>

responsabilidad que «implica la pérdida del trabajo». Como él continúa diciendo,

«En ausencia de salvaguardas como las contenidas en la Ley de Instauración [actualmente en Ley de Tribunales Superiores de 1981], y en los procedimientos disciplinarios y de incapacidad (...), la responsabilidad sacrificial es considerada incompatible con la independencia»⁵².

40. La necesidad de garantizar la inamovilidad no determina que los jueces sean inmunes a las medidas disciplinarias, incluido el cese si la infracción es suficientemente grave. Un sistema disciplinario que no se centre en las resoluciones judiciales, sino en la conducta judicial, es un medio adecuado de rendición de cuentas. Un mecanismo eficaz, eficiente y justo de investigación de las denuncias relativas a las conductas inapropiadas de los miembros del poder judicial constituye un aspecto importante de la rendición de cuentas. Si los jueces pudieran actuar de manera que desacreditaran el poder judicial sin ningún tipo de corrección o sanción, el poder judicial como institución se vería en sí mismo desprestigiado. Eso socavaría la confianza del público. Por lo tanto, un proceso disciplinario eficaz, que prevea la publicación de las conclusiones adversas, es un medio importante para mantener la independencia institucional y, al mismo tiempo, garantizar la rendición de cuentas. Como se ha señalado en los Estados Unidos,

«la independencia judicial no pretende aislar a los jueces individuales de la responsabilidad ante “el mundo en su conjunto (incluyendo el propio poder judicial)”, sino “salvaguardar la independencia de ese poder” respecto de sus dos competidores»⁵³.

La responsabilidad disciplinaria sustenta esa independencia contribuyendo a proteger al poder judicial de la responsabilidad sacrificial propia del parlamento o del ejecutivo, garantizando al propio tiempo que los jueces individuales sigan siendo correctamente responsables por sus comportamientos. En palabras del Abogado General Tankev,

«...los regímenes disciplinarios de los jueces establecen una serie de normas en virtud de las cuales a estos se les puede hacer rendir cuentas por negligencias graves, lo que contribuye a mejorar la confianza de la sociedad en la justicia»⁵⁴.

41. La independencia institucional no solo es coherente con las diversas formas de responsabilidad, sino que se sustenta en éstas. El poder judicial no debe ser inmune al escrutinio y a la rendición de cuentas. Esa rendición de cuentas debe diseñarse de tal forma que resulte eficaz, y también coherente, con la exigencia de garantizar que el poder judicial pueda desempeñar eficazmente su función constitucional. Como concluyó la Red Europea de Consejos de Justicia,

«Un Poder Judicial que reclama independencia pero que se niega a rendir cuentas ante la sociedad no disfrutará de la confianza de la sociedad y no conseguirá alcanzar la independencia por la que lucha (...) la independencia se debe ganar. No es, de ningún modo, automática»⁵⁵.

Esto se consigue a través de la responsabilidad directa, de la rendición de cuentas en el marco de los recursos contra las resoluciones judiciales, de la responsabilidad disciplinaria y de la rendición de cuentas explicativa.

52 J. Beatson, *The Rule of Law and Separation of Powers*, (Hart, 2021) pág. 107.

53 Como se señala por C. Gray en, *The Line Between Legal Error and Judicial Misconduct: Balancing Judicial Independence and Accountability*, Hofstra Law Review

(2004) Vol. 32, Número 4, Artículo 11, pág. 4.

54 Asunto C-791/19, Comisión Europea contra Polonia (ECLI:EU:C:2021:366), pág. 6.

55 Independencia y rendición de cuentas del Poder Judicial. Informe RECJ 2013/2014, (RECJ, 2014), pág. 4.

42. Pero, ¿qué sucede con los riesgos que los mecanismos de rendición de cuentas pueden suponer para la independencia institucional? Estos mecanismos pueden prestarse a abusos. No es necesario que los intentos de amedrentar al poder judicial sean tan evidentes como la amenaza de cesar a los jueces de sus cargos, tal como hicieron los reyes de la dinastía Estuardo.

43. La esfera más obvia en la que los mecanismos de rendición de cuentas pueden socavar la independencia institucional es la responsabilidad disciplinaria. Anteriormente expuse mi opinión de que el régimen disciplinario del poder judicial no puede recaer en manos del ejecutivo. Recientemente se han planteado problemas en este ámbito en Europa con respecto a Polonia. En 2017 se efectuaron cambios en la composición del Consejo Nacional del Poder Judicial, el órgano responsable de los nombramientos, los ceses y las jubilaciones de los jueces. Estos cambios dieron lugar a que la mayoría de sus miembros fueran designados por el legislativo. Como consecuencia, se ha sostenido que el órgano ha quedado sometido a la

«(...) dominación de los poderes políticos sobre el poder judicial (...), incompatible con el principio de separación de poderes.⁵⁶»

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha examinado la composición y las competencias de este órgano en varias resoluciones. También lo ha hecho con respecto a un órgano similar en Rumanía. En ambos casos ha subrayado la necesidad de que dichos órganos sean independientes de los poderes ejecutivo y legislativo, estén libres de influencias externas, y de que el

régimen disciplinario, del que son responsables, esté sujeto a garantías para «evitar cualquier riesgo de que dicho régimen pueda utilizarse como sistema de control político del contenido de las resoluciones judiciales⁵⁷».

44. Debería resultar obvio que la posibilidad de que cualquiera de los otros dos poderes del Estado controle el régimen disciplinario judicial colocaría al poder judicial en la posición en la que se encontraban nuestros jueces bajo el imperio de los reyes de la dinastía Estuardo. Los dejaría sujetos a la presión sutil e impropia de la coacción o a la presión absoluta de las medidas sancionadoras. Ambas socavan la independencia judicial individual y, por medio de ésta, la independencia institucional del poder judicial. La presión inapropiada, que según evidenció una encuesta realizada en 2017 entre las judicaturas europeas resulta preocupante en varios sistemas judiciales, es quizás más insidiosa en esta forma⁵⁸. Como ya he señalado, en Inglaterra y Gales las resoluciones definitivas sobre el régimen disciplinario judicial atañen al *Lord Chief Justice* y al *Lord Canciller*, que deben estar de acuerdo en la decisión⁵⁹. Las denuncias son investigadas por un órgano independiente: la Oficina de Investigaciones sobre Quejas Judiciales, que tiene su sede en la Oficina Judicial, y en la que participan los jueces. Aunque el *Lord Canciller* es, evidentemente, un miembro del ejecutivo,

⁵⁷ *Foro de Jueces de Rumanía* (C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19) ECLI:EU:C:2021:393 (18 de mayo de 2021) pár. 198. Véase, por ejemplo, *AK y Krajowa Rada Sądownictwa* (C-585/18, C-624/18 y C-625/18) ECLI:EU:C:2019:982 (19 de noviembre de 2019); *Comisión c. Polonia - Régimen disciplinario de los jueces* (C-791/19) ECLI:EU:C:2021:596 (15 de julio de 2021).

⁵⁸ Como señaló G. Vos, *Limits and Threats to Judicial Independence*, (19 de octubre de 2017, Universidad de Victoria, Wellington, Nueva Zelanda) págs. 34 y ss.

⁵⁹ Ley de Reforma Constitucional de 2005, artículo 108.

⁵⁶ P. Filipek citado en M. Coue et al., *Judging the Judiciary – Responding to judicial misconduct without threatening independence*, (EJTN, 2021), pág. 10 <<https://www.ejtn.eu/PageFiles/19763/TH-2021-04%20FR.pdf>>.

en materia de régimen disciplinario judicial desempeña una función cuasi-judicial como Lord Canciller, y no como Ministro de Justicia (su cargo político concurrente). No recibe apoyo de sus asesores políticos. Éstos no son funcionarios públicos titulares y deben mantenerse al margen de la mayor parte de las actividades del Lord Canciller.

45. El papel del Lord Canciller en nuestro régimen disciplinario judicial me lleva de nuevo a uno de mis puntos de partida: el papel del ejecutivo en el sostén de la independencia institucional. La cuestión central radica en que los ataques o el menoscabo de la independencia institucional del poder judicial no solo socavan el poder judicial, sino también el propio estado de derecho. Un ejemplo lejano en el plano temporal y geográfico ilustra la cuestión. Procede de los Estados Unidos en el siglo XVIII.

46. El presidente Andrew Jackson se negó a cumplir una sentencia del Tribunal Supremo. Al hacerlo, envió el mensaje de que el cumplimiento del derecho federal, según imponía la sentencia, era facultativo. El Estado de Carolina del Sur recibió el mensaje y promulgó legislación a estos efectos⁶⁰. Al no respetar el papel del tribunal, el Presidente menoscabó su propia autoridad y la del Congreso; un argumento recientemente reiterado por Lord Reed, Presidente del Tribunal Supremo del Reino Unido, en la sentencia del caso *UNISON*. Este asunto versaba sobre la validez de las tasas del Tribunal Administrativo de Empleo. Lord Reed enfatizó que, sin posibilidad de acceso a los tribunales, la democracia está en peligro. Como señaló,

«(...) Sin tal acceso, las leyes quedan expuestas a convertirse en letra muerta, el trabajo realizado por el Parlamento puede dejar de tener valor, y la elección democrática de los miembros del Parlamento puede convertirse en una farsa sin sentido»⁶¹.

El sostén del poder judicial por el ejecutivo no es un complemento facultativo en el marco de una democracia regida por el estado de derecho. Se trata de un medio necesario para asegurarlo.

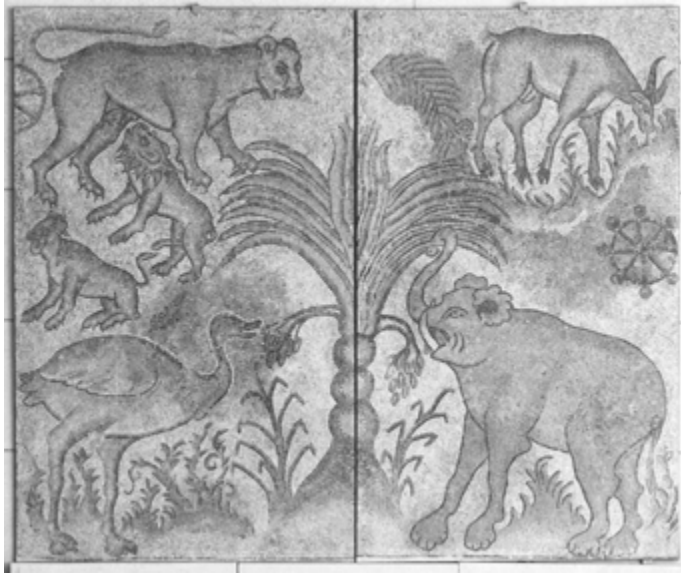
47. La Ley de Reforma Constitucional consagra en un texto legal convenciones sobrentendidas desde hace tiempo respecto del estado de derecho y la independencia judicial, que incumben a todos los ministros de la Corona y a otros funcionarios públicos. Las convenciones constitucionales dependen de que todos se atengan a ellas. Durante mucho tiempo han condicionado la conducta de aquéllos que operan en el espacio ocupado por esas convenciones. Estaban reflejadas (y aún lo están) en las normas que rigen los procedimientos en el propio Parlamento. Pero la Ley impone obligaciones positivas ampliadas al Lord Canciller que, a pesar de los profundos cambios legislativos en su cargo, sigue siendo el eje constitucional entre el poder ejecutivo y el poder judicial. Es el Lord Canciller quien asume singularmente la tarea de defender la independencia del poder judicial y quien solemnemente se compromete a hacerlo al prestar el juramento de su cargo. Esto implica el deber de involucrarse públicamente en nombre del poder judicial en las situaciones excepcionales en que se vitupera de forma pública al poder judicial en su conjunto o a algún juez en concreto. También exige que los Lores Cancilleres pongan sobre la mesa del gabinete no solo su experiencia política y su buen juicio como Mi-

⁶⁰ *Worcester v Georgia* 31 US (6 Pet) 515; véase S. Breyer, *America's Supreme Court – Making Democracy Work* (OUP, 2010), págs. 26 y ss.

⁶¹ *R (UNISON) v Lord Chancellor* [2017] UKSC 51, [2017] 3 WLR 409 pág. 68.

nistro de Justicia, sino también, como Lord Canciller, su obligación ampliada respecto al estado de derecho y la independencia judicial. Al igual que un administrador de una organización o un director no ejecutivo de una empresa, los Lores Cancilleres deben estar dispuestos a desplegar su autoridad y decir «no» en circunstancias en las

que tal respuesta puede no ser bienvenida. Deben ser capaces de contener a sus colegas ministeriales, quienes ocasionalmente dicen cosas que encajan mal con el estado de derecho o la independencia judicial. De estas y de muchas otras maneras, el Lord Canciller sigue siendo el guardián de nuestra independencia institucional.



Escena con animales salvajes, mosaico romano, siglos II-III d.C.
Museo de Arte de Dallas

La degradación universitaria: señas de Leviatán

Francisco ALEMÁN PÁEZ

"No es tarea de la universidad ofrecer lo que la sociedad le pide sino lo que la sociedad necesita." (Edsger Wybe Dijkstra)

"No debe dejarse en el olvido cuál debe ser la educación y cómo se ha de educar. Desde el punto de vista del sistema educativo actual, la investigación es confusa, y no está nada claro si deben practicarse las disciplinas útiles para la vida o las que tienden a la virtud, o las que salen de lo ordinario. En verdad, no es dudoso que deben aprenderse los conocimientos útiles que son necesarios, pero no todos. Hay que considerar embrutecedor todo trabajo, arte y disciplina que inutilice el cuerpo, el alma o la inteligencia de los hombres libres para el uso y la práctica de la virtud." (Aristóteles, Política, Libro VIII, 2)

La mediocridad es atrevida. Tanto como la persona que la exhibe u oculta.

1. Aspectos previos. Las cepas universitarias

Desde hace años el sistema universitario afronta problematizaciones de grandísimo calado y mayor trascendencia proyectiva cuyas formas de abordaje condicionan sus líneas de desenvolvimiento y el significado mismo de la institución académica. Los retos circundan fenómenos de doble índole: disruptivo y acumulativo. Entre lo

primero, destaca el cambio sistémico-tecnológico y las relaciones sociales perfiladas por el mismo. Y entre lo segundo, la formación dispensable a dichos fenómenos en términos funcionalistas y educacionales. La tremenda disrupción del cambio tecno-informacional cualifica la fisonomía de los mercados de trabajo, sofisticando a la vez los requerimientos formativos que necesitan los estudiantes y la sociedad misma para operar en dichos contextos. La "expansión compresiva" de la educación, por un lado, y la diversificación, mutación y pronto desfase de las capacitaciones, por otro, cualifican dichas dificultades, complejizando aún más las relaciones entre tales elementos. En tan vidrioso escenario, reverdece un dilema: el papel del sistema educativo como gozne transductor de valores. La hegemonía economicista erige la formación en indicador de productividad y en pasarela de acceso a los mercados laborales, pero la derivada es hacer de ella una variable independiente al margen de los valores cívicos y educacionales. El pragmatismo formativo, catapultado por el aceleracionismo tecnológico¹, propicia dicha

¹ Sobre dicho paradigma, vid. Rosa H., Alienación y aceleración. *Hacia una teoría crítica de la temporalidad*

independencia, cuya separación aumenta en el espacio académico. No en vano, y adelantando uno de los ejes conductores de este análisis, la profunda crisis universitaria trasciende los procesos de adaptación estructural o curricular pues principia en el abandono de la función humanista y orientadora de la vida civilizada que comandó su matriz genética y evolutiva.

Los motivos de dicha abdicación son múltiples, pero destacan dos causas. La primera ya ha sido avanzada, y estriba en la paulatina conversión de la universidad en un rito de paso, credencialista a fuer de "mercificable". La sociedad-red impuso varias transubstanciaciones. Primero transmutó el datismo informacional en mercancía, convirtiendo el conocimiento en un objeto vendible, valorable y mercantilizable. El "proceso Bolonia" activó numerosos cambios en todo el espectro educativo, pero el motor del mismo marida era el tándem: credencialismo/rentabilidad. El cuadro de acciones pende de las particularidades de cada campus, pero transitan inefablemente terrenos movedizos de competitividad mercadológica e intra-universitaria. A los dichos retos adaptativos se suma, en segundo término, los intensos deterioros de la formación superior. Desde las dos últimas décadas (ex LOU 2001) las universidades públicas afrontan dichas disrupciones con carencias mayúsculas, personales y financieras, con plantillas docentes escasas, cada vez más envejecidas, y niveles inaceptables de precariedad. La institución que debía proyectar ejemplaridad social se hizo falsaria, de una parte, descargando la docencia en cohortes de asociados, o sea, profesores externos de perfil técnico cuya integración complementaría los vínculos

universitarios con la realidad socioeconómica. Las limitaciones presupuestarias y la diacronía formativa e investigadora del profesorado estable densificaron la contratación de dichos profesionales, con la derivada distorsionante de ocupar la mitad de los puestos profesoriales². La nueva reforma de la Ley de Universidades propende regularizar 25.000 profesores con contratos indefinidos, rebajar las tasas de temporalidad (del 40% al 8%) y eliminar la figura del falso asociado. También retoma el sistema de sorteo parcial en los concursos de acceso, lo que, pese a ser plausible, no rebajará demasiado las tumefacciones endogámicas. Particularmente creo que la reforma es pobre y llega tarde. Pero lo gravoso es que tiene visos de ahondar patologías y agrandar otras, cercenando más los fustes fundadores de la institución académica. Durante los próximos 10 años se producirá la jubilación del 53% de los docentes, y, como digo, las patografías acumuladas, y por acumular, avizoran nuevas retrocesiones de la esencia universitaria que acentúan su propio proceso de degradación.

La retrospección resulta obligada pues facilita el análisis perspectivista. Como sabemos, la universidad europea tiene orígenes eclesiásticos y renacentistas, y su edificio pivotó sobre una clave de bóveda: el espíritu humanista. Esta clave se irradió en las reformas de los planes de estudios

2 Algunos campus atomizan las tipologías de asociados, con ratios absolutamente descompensados en el conjunto de puestos profesoriales, y con efectos en bucle. Uno es la imposibilidad de sustanciar las tutorizaciones de los TFGs y TFM, llevándose a cabo dicha cobertura con retribuciones alzadas por trabajo tutorizado. Siguiendo esa pauta devaluadora, se habilitan "venias retribuidas" con cargo a los presupuestos de las áreas sin apenas controles en tales contratos. La degradación llega al extremo de auto-habilitar a los rectores para participar en los concursos de acceso, cuyas comisiones pueden incluso estar integradas por profesores absolutamente ajenos a los perfiles de las plazas.

en *la modernidad tardía*, Katz, Buenos Aires, 2016, en espec. pp. 15 a 54; así como su obra *Resonancia. Una sociología de la relación con el mundo*, Katz Editoriales, Buenos Aires, 2019, en espec. capítulo VIII pp. 293-323.

universitarios de los siglos XIV y XV (Bologna, Pisa, Lovaina, Heidelberg, Salamanca, etc.) constituyendo el fuste de sustentación del entero edificio. “Lo humano” y la “humanitas” formaron el tuétano de la esencia académica, y, en connubio con la visión antropocéntrica, permitieron superar las otrora constricciones del saber. El cultivo y engrandecimiento de los valores humanistas está pues escrito en las instrucciones genéticas universitarias. Su ADN comanda la orientación del conocimiento sin alterar dicho principio transductor, o lo que es igual, sin disociarlo un ápice del obrar ético, la virtud e incluso la creación artística. Fue así como el “ἀρετή”, o ideal de virtud grecolatina, transitó al principio transformante de la excelencia. Un canon, o prurito sustantivo universitario, de doble hélice indisoluble: capacitación (en sus variados formatos: pensamiento, análisis reflexivo, habilidades técnicas, etc.) y promiscuidad ética.

La Universidad española lleva tiempo envuelta en una encrucijada auto-definitiva, pero como vengo significando las líneas de reforma y de contextualización material desvelan una cepa infectante: la *retrocesión de la universidad pública en el liderazgo cultural y su propio rol educativo-humanista*. A mi juicio, estas abdicaciones tienen varias hélices, y su sustancia activa está en la laminación de dichos códigos y la independencia derivada de los patrones de rentabilidad, insertos en las instrucciones genéticas del mercado de títulos. La educación terciaria de nivel superior viene a ser un tercer filtro, subsiguiente a la formación primaria y secundaria. Los títulos académicos refrendan las señales de productividad de los títulos escolares, y desde ellos filtran cualificadamente los potenciales formativos representados en los mismos. La derivada actual es la elevación del valor económico operado en los “estánda-

res de credencial”. El mercado de títulos eleva los umbrales de referenciación (post-gradados) y, con ello, el listón del filtro académico, de manera que, al subirse el rango del credencial se genera una inflación en toda la demanda de titulaciones universitarias. Los títulos de grado llevan tiempo devaluándose, entre otras cosas, por ser “filtros de primer nivel”. La secuencia de dicha cepa lleva entonces a las empresas y estudiantes a elevar el “nivel-umbral”, justamente en los másteres.

Las reflexiones que verteremos en este análisis no pueden dejar de ser críticas (o auto-críticas). Y es que, además, las secuenciaciones avanzadas translucen un proceso patológico mucho más grave de degradación moral y mercadológica de la institución universitaria. Concibo el pronóstico en su significación etiológica (patología, enfermedad) y en sus reduplicaciones significantes. La universidad lleva tiempo (auto) observando ese proceso de desgaste abyecto y de procrastinación esencialista. Las críticas a él, cuando tienen lugar, se circundan en loor de religación. Todos los coros universitarios saben cantar muy alto, gregarios y al unísono. Es más, imponen sus notas aunque desafinen las cuerdas, incluso tergiversando los dictados de las partituras. Estas páginas solo propenden calibrar tales señas.

2. La rueda educativa y sus disrupciones sistémicas

Los síntomas devaluadores de la enseñanza en general, y de la universitaria en particular, encuentran causaciones en los cambios sistémicos generados por la revolución científico-técnica y el ritmo vertiginoso de sus vectores transformacionales. Los sistemas de educación llevan tiempo sin solventar adecuadamente las alteraciones producidas por dichos elementos

en las estructuras socioeconómicas y los esquemas de valores y conductuales. A mi modo de ver, entrañan prácticas de claudicación frente al mercado y la empleabilidad, y catalizan las pulsiones ejercidas en ese aspecto por la “infocracia”³ y el techno-globalismo. La aceleración científico-técnica disloca los ritmos de vida retroalimentando el cambio social, de suerte que, siguiendo esta circularidad, los mercados modelan las necesidades sociales y crean otras nuevas, reproduciéndose el ciclo. El “capitalismo cognitivo”⁴ y la inteligencia artificial centralizan el flujo económico en red y catalizan la información explotándola analíticamente. Esos vectores vuelven a acelerar el conocimiento científico de un modo exponencial y acumulativamente, que a su vez desfasa rápido las capacitaciones profesionales. En símil circularidad, todo ello reactiva procesos de adaptación formativa y de actualización de las cualificaciones, catalizando la universidad sus secuencias. Los sistemas educativos están en el centro de ese círculo, y dan respuestas a tales flujos a través de los medios personales y materiales de los que disponen (profesorado, estructuras, presupuestos y recursos). Los docentes, en sus relaciones con las cohortes de alumnos, traducen los módulos curriculares y aplican sus recursos pedagógicos en la idea de afianzar el conocimiento teórico y las habilidades prácticas impartidas. El problema surge al hacerles abdicar de sus soportes didácticos transmutando la educación en instrucción. Suele ocurrir cuando se alteran bruscamente tales modelos con criterios políticos, si se introducen con calzador elementos dis-

torsionantes, o cuando hay rupturas entre la fuerza de dichos cambios y los recursos que los vehiculan.

Los cambios en los modelos y paradigmas educativos se suceden desde hace cuatro décadas en el trípode: formación primaria, secundaria y terciaria de nivel superior. La Universidad es una tolva receptora de las acciones operadas en los dos estratos previos, de manera que sus efectos se elevan a todo el ámbito académico, y, de este, a la sociedad. Así las cosas, los profesores llevamos constatando déficits sobremano acuciantes de los alumnos, y una raíz explicativa está en los desajustes entre los cambios vanguardistas, aventados en los dos primeros subsistemas, y su traslación a la formación superior. Lo personificaré con otra seña. Si tales bases laminan el concepto “esfuerzo”, e irradian códigos de competitividad hedónica sin frenar la alienación inmersiva de las TICs, sus flujos hipotecan la docencia universitaria y devalúan el rol de profesor en el conjunto del sistema. Por si hay dudas, recabo otra seña: la degradación de los cánones de respeto, civismo y autoridad, cuyas licuefacciones se expanden a los marcos axiológicos, el tejido social, y la vida educativa y universitaria misma.

Los modelos pedagógicos enhebran una tupida argamasa de nociones y paradigmas didácticos. El tándem competencia/cualificación sostiene la columna de las profesiones, y, en connubio, condicionan los requerimientos de los egresados en su inserción laboral. En la enseñanza primaria y secundaria, la formación en competencias arrastra dilemas nada resueltos, con numerosísimas disquisiciones teóricas y religaciones prácticas. Pese a la verdad y vigencia del mensaje aristotélico que inicia estas páginas, nuestro sistema educativo abdica de él, y, a cambio, expande una sociedad maleducada, irrespetuosa e incí-

3 Byung Chul Han, *Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia*, Ed. Taurus, Madrid, 2022.

4 Desarrollo tal noción en Alemán Páez F., “Poder directivo digital y trabajo deslocalizado: dialécticas materiales y descompensaciones regulatorias”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo* (en prensa).

vica. No en vano, las acciones acometidas en los tres subsistemas educativos no han cejado de aplicar el método de ensayo-error, con fuertes oscilaciones polarizadas ideológicamente y en clave partidista. Que un país yerre de tal guisa, en un tema tan seminal como la educación, confirma el tipo de sociedad a la que aspira.

En nuestro caso, y para mayor abundamiento, sufrimos distorsiones clamorosas del principio de autonomía universitaria por los poderes regionales y los propios campus. Los primeros no han cejado de aplicar inercias autocráticas y de cooptación clientelar, amparados además en la falsa idea de ser regiones más cultas con más universidades. A ello se suma la tendencia creadora de campus privados, instadas por intereses corporativos, y bajo el manto de los gobiernos autonómicos, Los argumentos recaban el papel dinamizador de las universidades en los tejidos socioeconómicos de las respectivas regiones, pero es sintomático que dichas creaciones coincidan con siglas partidistas y que se refrenden incluso contraviniendo informes técnicos oficiales dudosos de sus coberturas formativas. Transitamos una espiral creadora de pseudo-universidades en clave autonómica religando de estándares de calidad, lo cual irradia dichas sinergias al sistema universitario y al sistema educativo en su conjunto⁵. Los campus, por su parte,

participan de esas inercias, a fuer de catalizarlas. Lo hacen unas veces con equipos rectorales *cesaropapistas* que aprovechan empoderamientos para barrer por casa, y otras en dura lid política (v.gr. elecciones a rector en la Carlos III) y entre candidatos arrojados externamente por siglas y/o intereses corporativos. Por si fuera poco, los intereses partidistas se esparcen ya sin ocultación entre los campus. Las carreras políticas y académicas se dan la mano, convirtiéndose muchas veces en caminos bidireccionales de prácticas corruptas convenientemente filtradas y normalizadas por el propio sistema universitario.

3. Las señas de la educación del entretenimiento

Como avanzamos, un grave síntoma de la degradación educativa reside en los déficits en capacidad lecto-escritora. Es un problema grave y acuciante que, sin embargo, se minusvalora por el conjunto del sistema educativo, cuando, por el contrario, encierra las claves de una correcta comunicación, del entendimiento discusivo y el afianzamiento del conocimiento. El problema tiene varias causaciones, y, a modo de ejemplo, pasan por la laminación de los hábitos de lectura, el uso compulsivo de las redes sociales (mensajes crípticos), las ultra-dependencias de las TICs (“nomofobia”) y la navegación sin límites por internet. La red proporciona, ciertamente, importantes fuentes documentales, y, por

⁵ Recientemente ha sido autorizada la creación de la CEU Fernando III en Bormujos (Sevilla) y la Tecnológica Atlántico-Mediterráneo (UTAMED) en Málaga. El gobierno andaluz (dirigido por el PP con mayoría absoluta), autorizó sendas aperturas, soliviantando a los nueve rectores de las públicas y al titular ministerial. Para Subirats, “hemos desarrollado y aprobado el real decreto de creación de universidades, que establece los mínimos para evitar que cualquier iniciativa acabe llamándose universidad y velar así por la calidad del sistema”. A su juicio, “las comunidades, que son las que tienen la competencia sobre el tema, deben corresponsabilizarse de este problema que afecta a toda la ciudadanía. No puede ser que acaben aprobándose pseudo-universidades cuando tienen informes previos en contra (a fuer de

emitirse) títulos oficiales sin que cumplan los mínimos”, concluyendo que, en efecto, “hay que evitar un problema ahora que puede ser mayor en el futuro”. UTAMED recibió informes oficiales negativos, empero principiará sus actividades en septiembre con grados por internet (4000 euros) y másteres (precio sin desvelar). En palabras de su presidente (Francisco Ávila), “los estudios estarán dirigidos a trabajadores que necesiten conciliar y una nueva formación para progresar en su entorno laboral” y entiende necesario “un cambio en la cultura global para ayudar a esta reinserción” (Diario *El País*, 17/2/2023).

otra parte, las bases de datos también son ventanas abiertas de oportunidad informativa. Ahora bien, los déficits de lectura comprensiva y la falta de respeto ortográfico son hipotecas muy costosas para la institución, los egresados y una sociedad cívica, educada y culta.

Personificaré la seña desde el prisma de la formación jurídica. El Derecho transita la exégesis de textos, ora normativos, doctrinales y jurisprudenciales, de manera que cualquier acción didáctica fracasa si dichos soportes no se comprenden leyéndolos. Los impedimentos no están tanto en la abstracción de los códigos legales pues parten de cogniciones básicas de comprensión lecto-escritora. Recabaré la siguiente pregunta: si un alumno/a no logra entender los signos lingüísticos y los significantes de un texto, ¿cómo va a interpretar los mensajes de una norma cuando esto último depende de la comprensión lectora inicial?

Los paradigmas de vanguardia proponen reducciones de los materiales didácticos y de los contenidos substantivos de las categorías jurídicas, jibarizando la teórica en manuales de biberón o -peor aún- en apuntes comprimidos de power-point. La retención elemental de contenidos pasa a un segundo plano pues la red permite buscar cualquier información en tiempo real. La misión de los profesores transmuta entonces "iter-ativa". Primero espigando la "maleza" de las asignaturas y desbrozando los contenidos accesorios para, de ese modo, exprimir las "sustancias" y dejarlas en su máxima -y críptica- expresión. Hecho esto, hay que guiar al discente en el maremágnum informativo disponible, y darle las claves precisas para que pueda encontrar autónomamente los aspectos nucleares de las materias y de los asuntos abordados en el aula. En hipótesis, la retención de la información aumenta con

métodos interactivos de aprendizaje que adiestren al alumnado a adquirirlos. Además, los métodos docentes combinarían la adquisición de los conocimientos con el desarrollo de las competencias y habilidades requeridas por las empresas y el mercado de ocupaciones.

El centro de gravedad de la docencia universitaria transita entonces por los caminos de realización que lleven al alumno a encontrar las fuentes informativas autónomamente, en red o en "plataforma asignaturista". Ahora bien, ello orbita en otras dos derivadas. La primera es que los contenidos y vías de acceso a las plataformas están vetados, sin márgenes prácticos para comprobar la calidad de dichos materiales o, peor aún, su autoría real. La segunda es que muchos alumnos aplican prácticas conformistas, limitándose a descargar o acceder a tales fuentes sin utilizar otras de cotejo o ampliación informativa. Particularmente disiento de estos planteamientos. De entrada, la "religión 'dataísta'"⁶ sufre en la nube "overbooking datista", y los estudiantes no están en condición de exprimir ese universo informativo. Filtrarlo requiere, precisamente, orden, criterio, esfuerzo, concentración y (vuelta al principio) capacidades cognitivas y lecto-escritoras. Diríamos, metafóricamente, que el discente tiene sobradas capacidades nataatorias en la superficie de los textos, pero sufre hipoxia con solo bajar dos metros de profundidad.

Otra señal devaluadora deviene de los expedientes "gamificadores". Estos formatos (de "gamer", deportista electrónico) reorientan la mecánica del juego en técnicas de aprendizaje, hipostasiándose que, si el alumno se familiariza con las asignaturas mediante acciones lúdicas for-

6 Vid. Harari *Sapiens. De animales a dioses*, Ed. Debate, Barcelona, 2016, pp. 400-401.

mativas, aumentamos la probabilidad de afianzar los objetivos didácticos. Se trata de aprovechar su familiaridad con las TICs catalizando dichas destrezas con recursos tecnológicos y programas experimentales de acercamiento a las materias. La gamificación principió a finales de los setenta, y desde una década inunda el espectro educativo, sobre todo en primaria y secundaria, y algo más dosificadamente la universitaria. Lo cierto es que sigue abriéndose paso como fórmula captadora del interés discente, catalizando contenidos parciales de las asignaturas o aspectos problematizadores. En el iuslaboralismo hay grandes entusiastas de la gamificación, sobre todo entre profesores jóvenes y en varios formatos, y así: “Derecho del trabajo en twitter”, aplicaciones de “kahoot” (juegos competitivos) incluso “sopas de letras” (identificar constructos jurídicos en clave sudoku)⁷. La libertad de cátedra ampara dichas iniciativas, cuyos términos se avalan además en los plácets de los concursos de acceso del profesorado universitario y en convocatorias de innovación y calidad docente de los campus. Ahora bien, el desenvolvimiento de dichos formatos requiere sesudos análisis de diseño metodológico y realización aplicativa, y, por añadidura, confirma el peso de la educación del entretenimiento en formato académico. De una parte, contribuyen a aligerar contenidos en pro de competencias, y aunque el aprendizaje memorístico requiere, en efecto, redefiniciones de concepto y valencia metodológica, al final licuan aspectos basales de la formación jurídica. Además, proyectan códigos de competitividad finalista mediante la lógica logro-recompensa e inercias de superación competitiva con los compañeros en el aula.

Los formatos gamificados y en red abrieron multiformes ventanas de oportunidad en los tres subsistemas educativos, y, sin restarles relieve pedagógico, impera filtrar su aplicación en la enseñanza jurídica. Primero porque, en coherencia con lo expuesto, si constatamos graves déficits en capacidad comprensiva y lecto-escritora discente, la gamificación la lamina más. El universo gamificador construye evasiones des-problemáticas en un mar de positividad evasiva. Los profesores Daniel Aranda y David Cerdá lo han descrito contundentemente. Las dificultades para expresarse y articular un discurso, los plagios en alegría de uso (el mercado ilustra empresas que ofrecen la realización de tesis, TFGs y TFMs), “la power-pointización” galopante o las adicciones digitales (nomofobia), propician la desconcentración y la desatención. Pero sobre todo, y muy especialmente, encierran señas muy claras del infantilismo que impregna la sociedad red y las sobreprotecciones proyectadas por los padres con sus hijos⁸. Muy al contrario, el Derecho y la ciencia jurídica no resultan ficcionales, lúdicos, entretenidos, ni graciosos ni hedónicos. No lo son en contenidos, pues describen parcelas problemáticas de la entera realidad social, ni en método. Comprender esas singularidades nomotéticas y nomológicas requiere esfuerzo, reflexividad, fustes de afianzamiento, estudio sesudo, y (vuelta a empezar) capacidad de comprensión y esfuerzo.

Los aspectos descritos son difícilmente compatibles con los sesgos de positividad lúdico-cognitiva de la vanguardia didáctica. Las “sopas de letras”, como recurso

7 V.gr. vid. <https://ludotecajuridica.es/>

8 <https://blogs.publico.es/otrasmiradas/67542/querido-a-estudiante-que-no-te-enganen-la-universidad-del-pasado-no-era-mejor/> Vid. asimismo: <https://gaceta.es/opinion/rebelion-en-las-aulas-20230112-0622/> O la reflexión de Moreno González G. “Contra los ordenadores en el aula”, https://www.eldiario.es/contrapoder/ordenadores-aula_132_9861815.html

pedagógico, no substantivan códigos letrados; son eso: sopas. Los formatos Tik-Tok elucidan cápsulas de ruido líquido, los links “egolatrizan”, y ambas cepas “anemian” el conocimiento. Por lo demás, la digitalización, el turbo-capitalismo y el capitalismo cognitivo tienen suficiente fuerza para desvelarla anticipadamente en un aula.

4. Burbujas formativas, credencialismo y mercificación

Las pautas degradadoras universitarias muestran otra seña en los procesos mercantilizadores que envuelven tales dinámicas. La “mercificación del conocimiento” (vertiente cualitativa) y/o las transducciones del volumen informacional (vertiente solo cuantitativa), iniciaron su andadura con el EEES⁹ y la paulatina creación de campus privados. El «proceso Bolonia» traspasa el estricto ámbito pedagógico pues cataliza objetivos mucho más complejos y ambiciosos de integración política transnacional, pero por pasiva, y como venimos significando, traduce un régimen de abdicaciones de imposición mercadológica (v.gr. “spin offs”, esto es, empresas y redes clientelares anejas- creadas o avaladas por las mismas universidades). Aquel proceso abrió una “espoleta mercadocéntrica” de oferta y demanda de títulos cuyos estarcidos no cejan de expandirse en extensión (84 universidades: 50 públicas y 34 privadas) e intensidad (ofertas curriculares). Detonó un oprobio mercado de “nichos cualificacionales” cuyas cepas abocaron a posicionarse al conjunto del sistema universitario, operando en fuerte lid y con las correspondientes tácticas y estrategias.

El resultado tardó poco en visibilizarse. Tras el 2010 emerge una densificación espacial-digital de la enseñanza mediante una panoplia de “entidades formativas”, las cuales ofrecen un amplio abanico de cursos y títulos a un vasto potencial de alumnos-clientes. Las instituciones académicas recaban los avales oficiales debidos, pero algunas privadas se crearon bajo el torbellino del EEES ofreciendo enseñanzas de muy dudoso credencial, y esta tónica persiste, sin merecerse empero el logo de “campus”. Hoy campean un jaez abigarrado de “productos formativos” cuyos formatos ofrecen materiales y recursos didácticos con los que adquirir las destrezas, conocimientos y habilidades requeridas en el mundo profesional y sus ámbitos competenciales. La derivada es producir pérdidas valorativas y estratégicas de la enseñanza presencial en formatos-red¹⁰. El rimbombante RD. 822/2021, de 28 de septiembre, “por el que se establece la organización de las enseñanzas universitarias y del procedimiento de aseguramiento de su calidad”, confirma estas previsiones dilatando los formatos “on line” y las clases asincrónicas¹¹. El mercado formativo ofre-

10 En España la universidad presencial tiene centros y unidades en 168 municipios, de suerte que en la pública se imparte en 145 municipios y en la privada en 49. Durante el 2020-2021 se impartieron 3.062 titulaciones de Grado, un 73,3% en universidades públicas, lo que supone una evolución ascendente desde el curso 2012-2013. Las Ciencias Sociales y Jurídicas cuenta con un mayor número de titulaciones de Grado (1.093) mientras las Ciencias ostentan el menor número (258). En el curso 2020-21 las titulaciones de Máster fueron 3.613, el 75,9% en universidades públicas; vid. “Datos y cifras del sistema universitario español”, 2021-22, Ministerio de Universidades, 2022, p. 9.

11 “Junto con una nueva estructuración de los estudios y la incorporación de un enfoque formativo centrado en las competencias del estudiantado, cabe reseñar dos principios más que sustentan el gran acuerdo que es el EEES. El primero estriba en asumir la necesidad de impulsar una docencia más activa, basada en una metodología de enseñanza-aprendizaje, en la cual la clase magistral debe compartir protagonismo con otras estrategias y formas de enseñar y aprender, que buscan refor-

9 Espacio Europeo de Educación Superior.

ce numerosos “productos platafórmicos” que combinan exposiciones didácticas pregrabadas, descargas de materiales, y sistemas de evaluación (test, trabajos finales, etc.). Sin entrar en particularidades, son formatos que, de una parte, familiarizan al usuario con los módulos y las materias, pero a mi modesto entender dejan en el aire el afianzamiento real de la formación impartida.

Estudios autorizados barajan altos crecimientos de la demanda formativa académica. Las tasas de matrículas muestran una trayectoria ascendente en clave histórica¹², y las proyecciones refrendan la hipótesis. Desde que los grados se redujeron a cuatro años y los postrados a uno, vivimos una auténtica “fiebre masterizada”¹³. El grupo Estudios Población y Sociedad (GEPS) realizó estimaciones logarítmicas que, para el 2035, elevan el número de matrículas a 1,9 millones de estudiantes (grado y máster), es decir, subidas entre un 27-31 %. Las selecciones de personal elevan los requerimientos de formación generalista requiriendo a los candidatos especializaciones complementarias (postgrados), lo cual refrenda las mentadas ampliaciones de los nichos de negocio formativo. En esto, los campus públicos van muy al remolque de los privados. En el 2010 debieron concentrar sus esfuerzos en la dislocación de las titulaciones, religando los másteres. Poco podía hacerse contra tamaños reto y con draconianas restricciones presupuestarias de “coste cero”, que, cual mantra-eslogan, fagocitaba un tributo: costo personal del profesorado

universitario. Estos elementos posicionaron estratégicamente a las universidades privadas en el mercado de títulos, afianzándolas en los másteres gracias a sus agilidades burocráticas, consorciativas y mercadológicas. Por si hay duda, mentaremos otra señal. Desde el 1998 no se ha creado ninguna universidad pública, mientras que las privadas se han cuadruplicado (de 10 a 40). La paradoja es que, pese a su empuje, sean minoritarias en número (50 contra 40) y en alumnos (17% en grados)¹⁴. Así las cosas, las previsiones de crecimiento encuadran las universidades privadas muy cerca de las públicas (un 47% de estudiantes) lo que, considerando las inversiones realizadas en los postgrados, les llevará a superar a las públicas en breve plazo, copando prácticamente los “nichos de credencial”.

El EEES fue, en efecto, una respuesta institucionalizada a la necesidad de homogeneizar la oferta formativa en Europa haciendo más transparentes los sistemas de credencialización, ahora bien, ni Bolonia lleva escrita esa acentuación credencialista (recordemos: tres páginas de formato argumental) ni, mucho menos, un alejamiento pragmático, y a la baja, de los aspectos cualificacionales. Aparte de la “mercificación del conocimiento”, la gravedad credencialista está en sus infecciones a medio y largo plazo. Con verosimilitud crecerá el desconocimiento del lugar social que ocupan las habilidades y los dotes cualificacionales respecto al poseedor de la titulación, con pérdidas concomitantes en la reputación y validación real de ella. Las universi-

zar la capacidad de trabajo autónomo del estudiantado, y que tiene en el uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación uno de sus principales pilares” (Expos. de Mots).

12 Vid. CRUE “La universidad española en cifras”, último informe ejecutivo, 2018, p. 8; así como “Datos y cifras del sistema universitario español”, ult. cit, pp. 10 y ss.

13 Vid. Diario *El País*, 15 de diciembre del 2022.

14 Según el informe CYD, durante el curso 2019-2020, el número de egresados de másteres oficiales se incrementó un 15% respecto del anterior. En 2020-2021 continuó la tendencia, con un 3,2% de alumnos más (hasta los 135.419 titulados), pero con una gran diferencia entre la titularidad de las universidades, porque mientras en las públicas bajaban los matriculados un 5,7%, subían un 15,4% en las privadas.

dades públicas y de formato mixto compiten hoy con portales “on line”, enseñanzas semipresenciales o formatos asíncronos, y la experiencia empírica también desvela prácticas de *competencia desleal*. Algunas universidades privadas presionan a sus profesores para que abran las ratios de aprobados de dispararse los suspensos, y otras ofertan doctorados fuera de nuestras fronteras (sobre todo Hispanoamérica) rebajando notablemente los niveles de exigencia pese a detentar altos precios en tasas académicas. El “credencialismo mercatorio”, la (auto)rentabilidad exigida a las universidades públicas, la conversión de las privadas en cajas registradoras, y el giro en cerviz de ambas, son ya señas omnipresentes en los campus españoles.

Lo expuesto confirma las dificultades de la enseñanza pública para maniobrar en tamaño contexto “mercado-céntrico”. El amplio catálogo de títulos da el testigo a nuevos productos diversificados que abren nuevos nichos de negocio académico (v.gr. titulaciones dobles). El credencialismo en ciernes predispone una espiral de certificaciones que acentúan el valor meramente formalista del título, proyectando con ello nuevas señas degradadoras de la institución universitaria. La principal preocupación debe estar en la calidad formativa (no instructiva), en los niveles de capacitación realmente afianzados, y, sobre todo, en los patrones educativos que siempre debe liderar la enseñanza universitaria, cultura y patrones humanistas inclusive. No menos relevante es la centralidad tendencial de los “campus en remoto”. Las reformas proyectadas prevén cribas si los campus privados no superan unos estándares de calidad o no ofertan un número mínimo de titulaciones. Los movimientos tectónicos credencialistas deben transitar una verdadera limpieza corporativa. Urge, en fin, una profunda depuración del “logo

U” (Universidad/ Universitarios) y el “logo A” (academias de formación y especialización) dejando fuera del “nomen” omniabarcante del primero lo que no debe serlo, sin poderse aprovechar de las proyecciones representativas del mismo y de las ventanas de rentabilidad que abre su explotación.

Aunque el credencial de los másteres acrece lábilmente, la realidad demuestra que, salvo contados ejemplos, los campus privados ocupan los peores puestos en investigación y calidad científica. Los aires de reforma parecían apuntar ese saneamiento corporativo, pero la realidad es cejuda demostrando tintes opuestos. La reciente autorización de dos nuevas universidades privadas por el ejecutivo andaluz (y otra más en ciernes) lo refrenda, y confirma además dos cosas. Primero, el peso de los intereses corporativos y los nichos de negocio del mercado de títulos. Uno de esos campus (UTAMED) ofrecerá sus grados “on line”¹⁵, habiéndose autorizado su creación pese a recibir informes técnicos negativos, lo que, como vengo significando, refrenda nuestras consideraciones con evidencia persuasiva. La segunda conclusión enlaza con lo anterior. La autorización del campus ha tenido lugar pese a dichos informes contrarios y la oposición frontal de los nueve rectores andaluces y del titular ministerial, lo que, a mi juicio, proyecta un mensaje de advertencia a las universidades públicas de dicha autonomía. Los indicadores parecen trazar dos bloques de escenarios en su funcionamiento sistémico, a fin de acometer procesos de reestructuración estructural de las universidades públicas en dicho espacio regional académico.

Pese a todo, es verosímil hipostasiar prácticas procrastinadoras y de menda-

15 Vid nota 6.

cidad institucional, con giros en cerviz y toques de mera advertencia programática. La institución universitaria es experta aplicando cepas Lampedusianas, o sea, retocando algunas células para que “el todo orgánico” quede -casi- igual. Así las cosas, la mercantilización al alza del mercado de títulos es un virus mucho más peligroso por invasivo pues, además, de distorsionar el régimen de significaciones representadas en ellos, infecta nuevas dosis de degradación académica. El funcionamiento de nuestro modelo educativo refrenda la aplicación de la teoría del filtro, expuesta preliminarmente, ahora bien, a diferencia de dicha teórica, que lleva a discriminar a los más capaces y por ende más productivos, la degradación credencialista devalúa los componentes cualificacionales, anteponiendo la mera posesión del título. Expuesto de otro modo.

El centro de gravedad de la formación superior pivota sobre las formas de acceso a la titulación, es decir, la capacidad adquisitiva familiar y discente. La música de esta cepa suena a composición anglosajona. El mercado de títulos apunta fuegos de artificio solo catalogadores de cualificaciones infra-potenciales. Ahora bien, está en juego la conversión sedicente de la universidad en un *rito de paso*; o sea, un *filtro de doble hélice credencialista* entre códigos de barras mercificados, sin importar mucho el valor de los productos de credencial en el mercado de trabajo y la vida social.

5. Los tentáculos de Leviatán

Las últimas señas devaluadoras son internas, y atienden a las dimensiones estructurales de los campus y sus dinámicas de gestión. La gigantomaquia universitaria dificulta “per se” la ordenación de sus recursos, técnicos, materiales, humanos y

financieros. Como cualquier otro sistema, el universitario opera en un doble sentido ascendente/descendente, e integra variables que condicionan su configuración estructural. Ahora bien, las transformaciones socioeconómicas tienen tanta entidad y rapidez que anquilosan las estructuras casi al mismo tiempo que éstas reaccionan para integrar sus efectos con una capacidad elemental de afrontamiento. Sin medios de respuesta eficaces, los campus densifican sus nódulos, lo que generalmente acontece a costa del profesorado.

Valgan dos señas. Las reformas universitarias estatuyeron un rol yuxtapuesto, con cuatro rol-set, que por orden de importancia anudan: investigación, docencia, transferencia y gestión (DITG). Ahora bien, la carrera y el reconocimiento académico pivotan sobre el primer vector, cuyos elementos resultan evaluados en un jaez de puntajes y acreditaciones. Las universidades, por otra parte, expanden un vasto régimen de gestiones burocráticas digitales. Por si fuera poco, muchas gestiones administrativas realizadas por el PAS cambian de formato y origen asignándolas al conjunto del profesorado. Todo ello genera un régimen de saturaciones funcionalistas que, pasado cierto umbral, derrubia algún fuste de la tetarquía antedicha (DITG) que, generalmente, termina con postposiciones valorativas de la docencia¹⁶.

Como avanzamos, las universidades operan en un contexto de “mercabilidad

16 Avanzamos estas críticas en Alemán Páez F., “La inserción laboral de los titulados universitarios: un análisis crítico- credencialista y consideraciones dimanantes del Espacio Europeo de Enseñanza Superior”, TL n.º 100, 2009, y en “Modernización versus excelencia/evaluación versus auto-eficacia: doble juego de binomios y tergiversaciones en la reforma universitaria y en los procesos de renovación didáctica”, en la obra col. *La enseñanza del Derecho del Trabajo y de la seguridad social en el Espacio Europeo de Enseñanza Superior* (coords. Cruz Villalón, J. y Rodríguez Piñero Royo, M.), Eds. Laborum, Murcia, 2012, pp. 115-146.

de la información” para transformarla en conocimiento, de manera que, además de competir en el mercado de títulos, convergen un universo de actores con capacidad de respuesta mercadológica o con intermediaciones directas con la realidad socioeconómica.

La sociedad-red universitaria expande los nódulos reticularmente, con circuitos de base política, ideológica, empresarial o de intereses corporativos y consorciativos, ahora bien, al dilatarse estas estructuras, forjan un Leviatán expansivo que revierte esos efectos sistémicamente, e incluso ampliatoria. Nuestro Leviatán resulta exquisito y escrupuloso con los detalles formalistas, densificando la dinámica actuarial en bloques de gestión. El rango de dichas “exquisiteces” es amplio. A modo de ejemplo, pueden provenir de excesos del celo administrativo, reduplicaciones en mandos políticos intermedios¹⁷, actos que personalizadores de la acción burocrática, políticas de hechos consumados con justificaciones post hoc, etc. Mención aparte merecería la “nimiedad gestional o decisoria” cuando es utilizada con fines tóxicos o espurios. Estas dinámicas aparecen en situaciones de conflicto académico donde se instrumentalizan las posiciones de poder burocrático, y suelen encerrar casos de acoso institucional, que generalmente se laminan en los intersticios de la acción administrativa, incluso con el aval de la burocracia política universitaria.

Estos elementos muestran las dificultades y particularismos de la gestión universitaria. La administración de los campus ilustra los cortacircuitos de la

digitalización en el sector público, y de hecho, nuestra burocracia administrativa sorpresivamente da preferencia a la gestión escrita de los asuntos. Primero para dar seguridad a gestiones llenas de interferencias en la vida académica, empero, a fuer de recrudecerse el celo burocrático y revertir tales excesos en el sistema, anquilosándolo más. Pensemos que, si la acción administrativa recaba elementos de índole política o ideológica, o personalismos instrumentales o tóxicos, sus flujos irradian sinergias sistémicas. De hecho, invaden los nódulos administrativos o académicos, contribuyendo potencialmente a la degradación de la institución. Las universidades abdican de lo que teóricamente la representa, pero al tener que mantener su substancia con vistas a la galería, conforma un régimen de expectativas. El circuito, teóricamente virtuoso, transmuta en sentido opuesto pues al incumplirse aquellas, o ser falsas “ab radice”, degradan de nuevo la idiosincrasia institucional. El ciclo transmuta entonces viciosamente, con tumefacciones anejas y en circularidad. Las retroalimentaciones acrecen las disfuncionalidades, y estas vuelven a socavar el significado óntico y deóntico de la universidad misma.

Las discordancias entre los marcos valorativos, las expectativas proyectadas y la realidad material de los fenómenos fueron calificadas por Weber como situaciones “anómicas”. Lo que, llevado a nuestro caso, expande la sombra del gran Leviatán. La universidad es una gigantomaua burocrática y poderosa que irradia sus tentáculos de continuo, de manera que, siguiendo ese ciclo, vuelve a intensificar los controles y sus dinámicas de funcionamiento. Las acciones y “efectos Leviatánicos” son colosales. En primer término, comprimen la individualidad y atrapan la innovación. Pese a definirse como una en-

17 Por ilustrar el aserto, Universidades pequeñas cuentan con Vicerrectorados que multiplican por cuatro los cargos directivos, pero al no haber una profesionalización en la gestión, sino niveles de empoderamiento, se difumina la coordinación anteponiendo, para mayor abundamiento, los criterios personalistas en detrimento de la objetividad actuarial y la eficacia última administrativa.

tividad fomentadora del espíritu crítico, en realidad escuda la autocrítica o la asimila mal; al contrario, asfixia al disconforme con sutiles fórmulas de mendacidad, toxicidad y estigmatización. En planos más amplios, Leviatán trenza un interfaz de redes burocráticas y académicas densificándolas corporativamente. Además, premia y propicia las inercias de concentración y/o perpetuación del poder político universitario. Unas veces las cooptaciones devienen oportunistas; otras operan mediante reclutamiento en proximidad; y otras, en fin, por la obligación -hecha necesidad- de colmar puntajes para las acreditaciones (cargos y gestión). Sea como fuere, la dependencia de la senda afianza trayectorias emuladoras de las carreras políticas, incluso transduce formas de actuación análogas a la dinámica interna partidista, lo que a mi modo de ver constituye otra señal grave de la degradación académica.

La profesionalización de la gestión política con cargos vitalicios es una tumefacción fatal del devenir de las democracias. Los hechos son cejudos demostrando el gravísimo error de no haber profundizado en dicho sistema de convivencia cuando así venía exigiéndolo la génesis evolutiva de dicha fórmula política¹⁸. En nuestro caso, los tentáculos de Leviatán trenzan múltiples “trampas de previsibilidad calculante” (v.gr. inflación reguladora, “redes carguistas”, clientelismo de amplio espectro, comitologías variopintas etc...). Las cepas de dichas fórmulas son confeccionadas por cohortes de genízaros, a veces cooptados de la maquinaria burocrática, y que a su vez expanden, de darse el caso, nuevas redes de funcionalismo político-corporativo o de carrera personal académica. Ahora

bien, la organización universitaria tiende a abandonar un tipo de acción fundada en valores, dejando al aire su clave de bóveda: “humanismo”.

Según avanzamos preliminarmente, la universidad nació de un puro devenir histórico de la mano de vectores aperturistas, multidisciplinares y cosmopolitas. Debía dejarse atrás la oscuridad del medievo, sus anclajes y sus dogmas para anteponer, a cambio, la idea de mejorar el mundo y a nosotros con él. La alquimia combinó tres elementos: espíritu, trascendencia y Cultura (la mayúscula es aquí obligada). La “humanitas” transdujo un canon deconstructivo del ser y un segundo canon de auto-realización deóntica. Ambas transustanciaciones recaban un doble haz de cepas complementarias. Las primeras tienen sustancias endocéntricas: la “humanitas”, en sus tres vertientes: intelectual, moral y dignitativa. Las segundas tienen sustancias relacionales, pues sus cepas embridan el crecimiento personal en alteridad y comunitariamente. Los cambios en ciernes recaban, sin embargo, otras fórmulas con preocupantes combinaciones y cambios de sentido. Proyectan formas de acción en pro de objetivos, y recaban indicadores de productividad y aspiraciones de autarquía presupuestaria, empero, con una fatal derivada: arrastrar (o laminar) cuanto antecede.

6. A modo de conclusión

Las consideraciones expuestas en estas páginas muestran graves patografías devaluadoras del sistema educativo y la enseñanza universitaria. Los tres subsistemas orbitan una “rueda de Ixión” que retroalimenta el entero ciclo. Sus flujos interactúan unos con otros, y como he significado las reacciones de la institución académica son tardías, incluso propiciadoras. La uni-

¹⁸ Por ejemplo, poniendo coto real y material a dichas prácticas, con listas abiertas, sin aparatajes de cobertura; tiempos máximos de gestión, sin rotaciones, etc.

versidad sufre -y teje a la vez- una *circulad-trampa*. Lo hace en virtud del mercantilismo credencialista y los nódulos de empoderamiento universitario, anudando además tensiones irresolubles desde el fulcro: cosmopolitismo actuarial/ autarquía financiera. Particularmente siempre hemos apostado por el modelo universitario alemán, con centros y ubicaciones selectivas, excelencia real, respeto al rol del profesor, y sostenimiento del sistema por el erario público. “Lo público”, por serlo precisamente, no puede estar sujeto a criterios rentables, pero como venimos viendo rigen lógicas opuestas, cuyas cepas producen graves tergiversaciones sistémicas.

A mi modo de ver, los vectores se enhebran con-causalmente, y sus términos pueden sintetizarse con el siguiente silogismo: a) Las universidades deben competir, en efecto, en un mercado económico y de títulos, con lógicas de autarquía financiera y de funcionamiento por objetivos; b) Como estos últimos se antojan mutables, contingenciales y omniabarcantes, Leviatán expande los tentáculos, a fuer de irradiarlos en extensión y, sobre todo, intensidad; c) Estas irradiaciones llevan a reforzar las formas de control político y burocrático, cuyos dispositivos (personales, digitales, acreditativos, etc) retroalimentan el ciclo; d) El cuadro de controles ahogan las iniciativas individuales, colapsan las interacciones en red, y expanden “sine fine” los cuatro rolset del profesor universitario (DITG); e) Por último, el “ahogo densificador”, aderezado con dosis de descontento, pragmatismo y relativismo, licuan la vida académica distanciando más la universidad de sus valores fundantes.

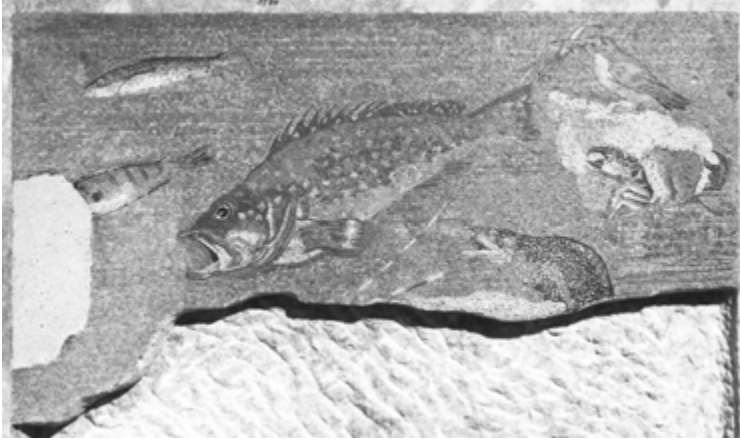
Los nudos gordianos son claros. Uno hunde sus raíces en la mercantilización del conocimiento, los cánones de rentabilidad y la devaluación ética universitaria. Otro, expande las dimensiones de Leviatán en

clave fractal y de control interno. Ergo el resultado es prístino: las proyecciones productivistas y mercadológicas, aderezadas con cepas de religación ética, colmatan el proceso de degradación de la institución universitaria y los valores cenitales que la representa. El aceleracionismo pragmático, combinado con elementos credencialistas, de rentabilidad contable y proximidad político-instrumental, infectan la esencia del buen hacer académico, quebrando con ello los fustes otrora sostenedores de la vida universitaria. La cultura humanista era una de esas bases, que hoy flota en arsénico. La formación y el ethos académico siempre fueron un signo distintivo de quien en verdad se hizo universitario frente a quienes solo pasan por las aulas calentando pupitre. Esta segunda seña crece y acucia en la mano de formatos distópico-digitales.

Durante siglos la universidad fue el gozne transmisor de cultura y conocimiento. Desde el fuste humanista, constituyen el trípode sustentador de los valores seminales de la vida académica, desde la cual se transmiten luego a la entera sociedad. Hoy la cultura sufre coces continuas por descritos, desazones, digitalidades varias y mendacidades de urgencia, con el resultado de infectar fatalmente “lo entativo” de la institución. La unión del sustantivo (“cultura”) con el binomio adjetival (universitaria/ humanista), son hoy términos autocomplacientes, fatuos y líquidos. Muchas y profundas son las patologías invasivas de la institución académica. Al igual que ocurriera durante los siglos XV y XVI, donde las naves debían ser más ágiles, rápidas y competitivas, el turbo-capitalismo cognitivo impone códigos aceleracionistas a la producción del conocimiento, el comercio global y las formas de relacionarnos. Los argumentos ponen de nuevo sobre la mesa la idea de progreso, ahora bien, esta noción siempre ha sido relativa,

por “sesgable”; y por si fuera poco, sus formulaciones tecnificadas encierran peligros, no solo riesgos. La suma de la inteligencia artificial, la mediocracia digital y las tiranías mercadológicas son capaces de

justificar cualquier acción en nombre del referido concepto. Por lo demás, dudo si son los códigos trans-humanistas los que en puridad barruntan el jaez de infecciones del humanismo académico¹⁹.



Mosaico Peces. I a C.

19 Algunos antropólogos de indudable solvencia, como Carbonell, E., alertan mayestáticamente del riesgo. Para dicho autor, “nuestra especie se halla en una encrucijada: debemos completar el proceso de humanización o lanzarnos de cabeza a la extinción. Que avancemos hacia una u otra vía dependerá de las decisiones que tomemos y de las acciones que llevemos a cabo en el presente y el futuro inmediato... De no ser así, la selección natural actuará sin miramientos y las consecuencias pueden ser catastróficas para una humanidad en crecimiento constante y acelerado”, en *El porvenir de la humanidad. Decálogo para supervivencia de nuestra especie*, RBA, Madrid, 2022, p. 7.

Discriminación, racismo y violencia contra la población indígena en el Perú (II)

José Ricardo DE PRADA

1. Un cambio de paradigma en el reconocimiento por parte de la comunidad internacional de los derechos indígenas¹

En la última década del siglo XX, un importante progreso en la normatividad internacional, con amplia proyección en las legislaciones internas de los estados, lo representa el Convenio OIT N° 169 y la posterior Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas², que conforman un auténtico corpus iuris en materia de derechos indígenas. Estos dos instrumentos son quizás las expresiones más importantes hasta el momento del reconocimiento por parte de la comunidad internacional de los derechos indígenas y resultan de una importancia crucial. Aunque representan una muy significativa evolución y auténtico cambio de escenario, sin embargo, esta normativa internacional no se desliga definitivamente,

como veremos, de planteamientos tuitivos y eurocéntricos.

Entre sus características más destacables están la de que incorpora el concepto de “pueblos indígenas”, sustituyendo al de “poblaciones” propio del anterior Convenio OIT 107. De la misma manera, explicita la separación de las políticas asimilacionistas e integracionistas que se habían desarrollado bajo los auspicios de la anterior normativa internacional. Reconoce de forma expresa las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus propias instituciones sociales, políticas y culturales, lo mismo que su desarrollo económico, dejando atrás el anterior modelo tutelar. Se integran instituciones específicas en este sentido, como la consulta previa y la participación a todos los niveles.

Sin embargo, limita el concepto de *pueblos* a fin de evitar que se le dé el significado que tiene en derecho internacional, impidiendo que sirva de fundamento para aspiraciones secesionistas o independentistas. También establece prevenciones que pretenderían limitar externamente el derecho indígena a fin de que fuera compatible con los derechos humanos, en el sentido que establecen las constituciones y la legislación internacional en la materia,

1 El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes fue aprobado internacionalmente en el año 1989, ratificado por el Perú el 2 de Febrero de 1994 y en vigor desde el 2 de Febrero de 1995.

2 Aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 13/09/2007.

dando la impresión de que el derecho indígena prescindiera de ellos y tuviera que serle aportada una visión de los derechos humanos desde afuera³; sin tener en cuenta que lo coherente en estos casos sería abogar por una definición intercultural de aquello, en la que los pueblos indígenas tuviesen un poder igual en su definición, en la misma medida que otros pueblos o culturas. Del mismo modo que debería reconocerse capacidad a todos los pueblos por igual para establecer los principios y ejes de la articulación nacional de la diversidad de pueblos y culturas⁴.

Al Convenio 169 de la OIT se le ha conferido rango constitucional en el Perú⁵ y, por tanto, es de aplicación obligatoria por parte de todos los jueces y tribunales. En los conceptos de Pueblo Indígena y Pueblo Tribal que desarrolla quedarían incluidas la Comunidad Campesina o Andina, y la Comunidad Nativa o Amazónica⁶. Ambas

tienen costumbres, tradiciones o legislación especial en los términos del art 1.1.a del Convenio, e igualmente, habitaban el territorio antes de la conquista y colonización española, en los términos del art 1.1.b. del Convenio.

Especialmente relevante resulta el elemento subjetivo contenido en el párrafo 2 del Convenio, referido a la *conciencia de identidad* como criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican sus disposiciones.

Dadas las particularidades peruanas, se señala con frecuencia también la necesidad del reconocimiento legal en términos de igualdad, de las organizaciones o comunidades de facto que, sin reconocimiento expreso en la normatividad, existían y cumplían el mismo rol de las Comunidades, aunque con una organización diferente⁷.

Aparte del reconocimiento de derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación alguna a los hombres y mujeres de esos pueblos (art. 3) y de adopción de las medidas especiales que se precisen para salvaguardar a las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados (art 4), se contienen previsiones concretas referidas al mayor control (y libre determinación) de los pueblos indígenas sobre diversos asuntos que especialmente les afectan, mediante mecanismos de “consulta” (arts. 6, 15, 17, 22, 27 y 28), “participación” (arts. 1, 2, 7, 15, 22, 23 y 27), “control” indígena (arts. 7 y 25), “responsabilidad” indígena (arts. 22,

3 Soslayamos expresamente entrar en el clásico debate universalismo versus relativismo (relativismo cultural de Franz Boas) en materia de derechos humanos.

4 Yrigoyen Fajardo, Raquel (2006): “Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino” en Berraondo, Mikel (coordinador): *Pueblos Indígenas y derechos humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. (pp. 537-567).

5 Conforme a la cuarta disposición final y el artículo 3 de la Constitución Política del Perú.

6 Artículo 1

“1.-El presente Convenio se aplica:

1.a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial;

1.b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

2.-La conciencia de su identidad [indígena] o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.

3.-La utilización del término ‘pueblos’ en este Conve-

nio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”

7 Nos estamos refiriendo a las “Parcialidades”, igual que ocurre con las denominaciones de Anexos, Caseríos, Rondas Campesinas, Centro Poblado, Estancias, entre otros, en las diferentes regiones del país.

25 y 27) y “cooperación” (arts. 5, 7, 20, 22, 25, 27 y 33), con el objetivo de asegurar que los pueblos interesados incidan en las leyes, las políticas y los programas que les incumban y repercutan en su futuro.

2. Transformaciones de las raíces de las violencias

Sin embargo, en paralelo con los avances culturales, de modernización del pensamiento y de respeto en materia de derechos humanos de las minorías que se van produciendo, que de alguna manera cristalizan en la tardía década de los noventa del siglo pasado en estos instrumentos internacionales de reconocimiento de las minorías indígenas en el mundo, se va produciendo una transformación cualitativa de la discriminación y el racismo y de las bases para su justificación, apegada al avance de la economía capitalista e impulsada por el asentamiento de los planteamientos neoliberales extremos, que han encontrado en Latinoamérica un perfecto terreno para su desarrollo y expansión.

El colonialismo no solo universalizó los valores eurocéntricos de desarrollo y crecimiento económico, sino también trajo consigo la visión de que la Naturaleza es una mercancía más, perfectamente apta para su explotación hasta llegar al límite de su destrucción, sin importar además lo que ello pueda conllevar de afectación y destrucción humana, que tendría la consideración de no productiva.

Se termina por consolidar en la agenda económica del desarrollo, organizada desde los centros de poder económico mundiales, la estrategia dirigida a la objetivación y expolio de tierras, de seres y mundos por parte de grupos de intereses y empresas, bajo el pretexto de ser generadoras de desarrollo para toda la sociedad, pero en realidad exclusivamente interesa-

das en la obtención del máximo beneficio al menor coste posible, sin importar la consecuente destrucción humana, física y cultural, derivada de la explotación ambiental irreversible y con ello el deterioro de los medios y condiciones de vida de los grupos humanos que habitaban pacíficamente los territorios desde tiempos inmemoriales⁸.

En esa línea de pensamiento, se conceptualiza y se convierte en positivo la utilización del suelo, subsuelo, minerales, ambiente e incluso seres humanos que habitan los territorios, como bienes inertes susceptibles de apropiación, uso y abuso para satisfacer la demanda de materias primas que las economías dominantes necesitan para su crecimiento sin límite⁹.

La expansión minera en América Latina y específicamente del Perú, que dispone de una gran riqueza en cobre, hierro, plomo, oro y otros minerales, además de otras materias primas, y la dinámica de explotación sin límite utilizada, ha terminado por provocar múltiples conflictos socio ambientales y disputas territoriales, en los que la violación sistemática de derechos humanos es regla general, en especial, respecto de comunidades, pueblos indígenas y otros pueblos étnicamente diferenciados.

Se crean las razones y se nutren con ellas las nuevas justificaciones de la discri-

8 Ver declaraciones- observaciones al finalizar su misión a Perú el 15 de diciembre de 2022 del Relator Especial para los Derechos Humanos al agua potable y saneamiento, Pedro Arrojo-Agudo: “El gobierno de Perú debe abordar el problema del envenenamiento de las aguas con vertidos tóxicos y metales pesados, que quiebra la salud y el derecho al agua potable de 10 millones de peruanos y compromete la salud de las generaciones futuras”.

<https://www.ohchr.org/es/press-releases/2022/12/peru-toxic-discharges-threaten-health-millions-and-right-safe-drinking-water>

9 Gonzalez-Serrano, Maria Ximena, Digno Montalván-Zambrano y Lieselotte Viaene. 2022.

“Hacia la descolonización del régimen extractivo: patrones y límites de la judicialización en conflictos mineros”. *Íconos. Revista de Ciencias Sociales* 72: 97-116.

<https://doi.org/10.17141/iconos.72.2022.5041>

minación y del racismo, que alimentan un conflicto de características más socioeconómico y clasistas si cabe, también intercultural y críticamente socio ambiental¹⁰.

En este contexto, se elaboran desde los poderes reales estrategias perfectamente dirigidas a dejar sin efecto los posibles avances en el reconocimiento de los derechos de las minorías indígenas, con la elaboración de normas internas y prácticas que tienen como finalidad dejar en papel mojado su derecho a controlar sus destinos en los aspectos sociales y culturales, lo mismo que el control de sus territorios y su desarrollo económico, desactivando de facto las instituciones específicas en este sentido, como la consulta previa y su derecho a la participación en los temas que les competen a todos los niveles.

Ello entra a formar parte de las reglas comunes de funcionamiento, por supuesto, de las altas esferas de la economía y de la política que asume esos intereses de clase, pero también impregna el resto de la institucionalidad, la de todos los poderes del Estado sin excepción, incluido el judicial, que pierden su neutralidad y sucumben ante esa lógica desarrollista a cualquier precio y sin ningún límite, como también se infiltra en el conjunto de la sociedad, creando polos de tensión contrapuestos, por un lado las grandes ciudades, especialmente Lima, con casi diez millones de habitantes, centro económico y financiero del país y donde se toman las decisiones, y por otro, la periferia rural y selvática, donde se encuentran las materias primas y que se convierte en el caladero pasivo donde los voraces intereses económicos sacian sus ansias en la búsqueda desmedida y depredadora de los recursos naturales, con el

resultado de explotación ambiental y destrucción cultural y humana.

La imagen de esta tensión nos sirve para explicar perfectamente, aunque sea de forma esquemática, las bases, las razones y la dinámica, más allá de la epidémica contienda político electoral, de los actuales movimientos reivindicativos y de protesta social, ante la destitución y encarcelamiento del expresidente Castillo en diciembre de 2022, cuya figura representaría al sector de la periferia que se siente profundamente desfavorecido y explotado y que es el que está siendo sujeto pasivo de la fuerte represión policial y militar, con más de 60 víctimas mortales¹¹.

3. Los primeros pasos de la implantación en el Perú del Convenio OIT 169

En julio de 1995, solo unos meses después de la entrada en vigencia del Convenio 169, el gobierno de Fujimori promulgó el DL N° 26505, “Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas”. Esta norma dio inicio a la que

11 La ONU recomienda a Perú “limitar el uso excesivo de la fuerza” de policías y militares. El País 28.01.2023.

<https://elpais.com/internacional/2023-01-28/la-onu-recomienda-a-peru-limitar-el-uso-excesivo-de-la-fuerza-de-policias-y-militares.html>

Guterres pide investigaciones por las muertes a raíz de las protestas de Perú:

El Secretario General expresó este miércoles su consternación por el número de muertes producidas en el contexto de las protestas en Perú e instó a las autoridades a conducir investigaciones rápidas, efectivas e imparciales sobre estos sucesos. Asimismo, pidió que se evite “la estigmatización de las víctimas”.

Noticias ONU 28.01.2023

https://news.un.org/es/story/2023/01/1518167?utm_source=Noticias+ONU+-+Bolet%C3%ADn&utm_campaign=a49c361732-EMAIL_CAMPAIGN_2023_01_27_01_05&utm_medium=email&utm_term=0_e7f6cb3d3c-a49c361732-%5BLIST_EMAIL_ID%5D

10 Ver más adelante en este texto el apartado: Otras manifestaciones de la violencia institucional, directa y visible contra las poblaciones indígenas. La criminalización de la protesta social.

está siendo una larga etapa sin fin de asaltos contra los derechos de los pueblos indígenas. Se propuso como objetivo destruir a las comunidades campesinas y nativas, con especial celo hacia las comunidades campesinas de la costa norte, asentadas en tierras fértiles y con infraestructura de riego, para beneficiar a empresas agroexportadoras¹².

A ella, se unieron los posteriores “decretos de urgencia” del gobierno de Alan García en 2008, con el argumento de que eran indispensables para facilitar la puesta en marcha del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos. Los decretos del ejecutivo anulaban el proceso de consulta para suscripción de contratos petroleros y mineros en lotes ubicados en territorios comunales; rebajaban el quórum de la asamblea, de dos tercios al 50%, para la disolución de comunidades y la venta de sus tierras a terceros; permitían la privatización de los suelos forestales y el cambio de uso a agrícolas en caso de proyectos que fuesen declarados “de interés nacional” (plantaciones para biocombustibles); determinaban la expropiación de terrenos comunales usados para servicios públicos; declaraban de propiedad del Estado todas las tierras eriales no tituladas, aunque estuviesen poseídas y fuesen pretendidas por comunidades indígenas u otros pobladores locales; y permitía que ocupantes establecidos por más de cuatro años se apropiasen de tierras comunales, con lo cual se anulaba el carácter imprescriptible de la

propiedad territorial de las comunidades.

El malestar generado por estos decretos desató en el año 2009 los episodios de violencia conocidos como “Baguazo”, que causaron la muerte de 33 personas y un desaparecido, después de un conjunto de levantamientos y conflictos sociales que ocurrieron en distintas partes de la zona amazónica desde febrero del 2008 y provocaron el enfrentamiento entre miembros de las Fuerzas Armadas y miembros de pueblos indígenas, sobre todo de los pueblos awajún y wampis¹³.

4. La desactivación del derecho a la consulta previa reconocido en el Convenio 169 OIT a los pueblos indígenas

Tardíamente, pero finalmente, se introdujo en Perú en 2011 el derecho a la consulta previa, después de varios años de vigencia de Convenio 169 OIT, con la aprobación de la Ley N° 29785, de Consulta Previa (7 de setiembre de 2011) y su Reglamento incluido en el D.S. N° 001- 2012-MC, de abril de 2012.

A través de estos instrumentos normativos se concreta este derecho detallando jurídicamente el proceso de consulta, pero en la regulación se contienen también una importante serie de medidas que modifican el espíritu del derecho de consulta expresado en el Convenio¹⁴. Aunque se planteó que la consulta fuera previa a la celebración de contratos que otorgasen derechos de exploración o explotación de recursos naturales y que igualmente los estudios de

12 La estrategia de dicha ley consistía en fraccionar la propiedad comunal, para lo que el primer paso era modificar su estructura organizativa. La ley establecía mecanismos para convertir a las comunidades campesinas en sociedades de personas, en las que cada “socio” (ya no comunero) podía disponer individualmente de la parte del patrimonio que le correspondía. Este cambio debilitaba en profundidad la organización social de las comunidades e individualizaba la participación de los socios en la “unidad productora”.

13 Comparece con la situación del momento en que ya se duplican el número de víctimas mortales.

14 Chirif, Alberto. Los 20 años de Convenio 169: ¿Algo que celebrar? *La Revista del Instituto de Defensa Legal* (IDL) (Revista Ideele) N°250. Mayo 2015 <https://www.revistaideele.com/2022/05/19/los-20-anos-de-convenio-169-algo-que-celebrar/>

impacto ambiental fuesen sometidos a procesos de consulta antes de su aprobación, se impuso una ley en la que se estableció que la consulta fuese únicamente antes del inicio de las actividades de una empresa, pero después de la firma de los contratos de exploración y explotación. Con lo que en realidad era de facto una ley no de consulta previa, sino de “consulta posterior”.

Por otra parte, para la puesta en marcha del procedimiento de consulta se regula como necesario que se dé el criterio indeterminado de “afectación” o “afectación directa”¹⁵, la misma indeterminación se produce sobre quienes han de ser los sujetos de la consulta y sobre que materias debe llevarse a cabo. Esta indeterminación ha sido objeto de ásperas discusiones jurídicas entre juristas, pero lo verdaderamente relevante en la práctica es que afectan sustancialmente al contenido, alcance y eficacia la Ley de Consulta Previa, lo que ha llevado a algunos autores a afirmar que, en términos generales el Convenio 169 OIT, no solo es incumplido sino que tampoco resulta comprendido.¹⁶¹⁷

Pero con todo, se señala, que la mayor problemática en el proceso de consulta, tal como se desarrolla en el Perú, la representa la asimetría de información y conocimien-

to existente entre las comunidades y pueblos indígenas directamente afectados y el Estado, a fin de establecer un verdadero diálogo horizontal y no un simulacro. También se destaca la baja implementación de los acuerdos y la ausencia de espacios institucionalizados para el control y rendición de cuentas sobre el grado de cumplimiento de acuerdos, hasta el punto que la situación permite dudar sobre que las decisiones de los pueblos indígenas sean realmente tenidas en cuenta, recogidas e incorporadas en las decisiones estatales¹⁸.

Como colofón, aunque parece que no debería plantear mayor discusión en el plano teórico y jurisdiccional el reconocimiento y la legitimidad de la Consulta Previa desde la perspectiva del constitucionalismo actual. Sin embargo, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de Perú (EXP. No. 03066-2019-PVTC) de 20 de enero de 2022, ha declarado improcedente la demanda interpuesta por comunidades indígenas tras el otorgamiento de concesiones mineras sobre sus territorios sin la realización de la consulta previa, afirmando que la consulta previa establecida en el Convenio 169 OIT no tiene rango constitucional¹⁹: *“el derecho a la consulta previa no se encuentra reconocido por la Constitución ya sea en forma expresa o tácita, por lo que no cabe reclamar respecto de él tutela a través del proceso de amparo, ya que no es un derecho fundamental”*.

“4. En todo caso, el derecho a la consulta previa emana del Convenio 169, el cual no le otorga el carácter de derecho fundamental, por lo que no puede inferirse que se trate de un derecho de tal di-

15 Según el artículo 3, b) del Reglamento de la Ley de Consulta Previa una medida legislativa o administrativa afecta directamente cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de los pueblos indígenas, que se tratarían de derechos sobre su tierra, sus territorios y recursos naturales, así como a garantizar sus lenguas ancestrales o la administración de su justicia especial.

16 Chirif, Alberto, opus cit.

17 Grupo de Trabajo sobre Pueblos Indígenas de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos Coordinadores: Ismael Vega Díaz, Luis A. Hallazi Méndez y Andrea S. Bernal Chávez. Para un examen en profundidad: ¿Y los Pueblos Indígenas en el Perú? Cumplimiento de las obligaciones del Estado peruano a 30 años del Convenio 169 de la OIT. Pág. 11 a 17. y capítulo referido a la ausencia de “Consulta Previa” para el otorgamiento de concesiones mineras, pág. 74.

18 “¿Y los Pueblos Indígenas en el Perú? Cumplimiento de las obligaciones del Estado Peruano a 30 Años del Convenio 169 de la OIT”, pág. 12.

19 Comunicado de Prensa de la OEA 071/2022 de 6 de abril de 2022: La CIDH expresa su preocupación por sentencia del Tribunal Constitucional de Perú que afecta los derechos de los pueblos indígenas.

*mención y menos que tenga rango constitucional*²⁰.”

En definitiva, la decisión del Tribunal Constitucional no considera que la Constitución peruana disponga que los Tratados ratificados por el Estado peruano forman parte del derecho nacional, ni que el Estado de Perú deba cumplir las obligaciones internacionales contraídas voluntariamente, contraviniendo con este planteamiento, de forma flagrante, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha declarado en varias resoluciones que la obligación de la consulta es un principio general del derecho internacional y que “está claramente reconoci-

da hoy en día la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar determinados intereses de las comunidades y pueblos indígenas”²¹²².

En definitiva, encontramos que la normativa peruana de incorporación del derecho a la consulta previa reconocido en el Convenio 169 OIT no se trataría más que de una aceptación e incorporación puramente formal, pero sin efectividad real en la práctica, lo que deja a este importante instrumento de reconocimientos de derechos de las comunidades indígenas como un mero objeto decorativo (florero).

5. Continuidad en las políticas de despojo territorial y ausencia de una política pública en seguridad jurídica territorial

Hemos visto que los gobiernos peruanos desde el reconocimiento del Convenio 169 OIT, más allá de la aprobación de la

20 El Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales, señala en su artículo 15, párrafo 2, que:

“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (...)”

Conforme al artículo 66 de la Constitución, los recursos naturales son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento. Entonces, es aplicable el citado artículo del Convenio 169, donde se dispone que los gobiernos deberán establecer mecanismos de consulta a los pueblos interesados antes de emprender o autorizar cualquier programa de exploración o explotación de los recursos existentes en sus tierras (cfr. STC 0022-2009-PI/TC, fundamento 16), no previamente al otorgamiento de una concesión.

El Reglamento de la Ley 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la OIT (Decreto Supremo 001-2012-MC), en su artículo 6, prescribe:

Consulta previa y recursos naturales

De acuerdo a lo establecido en el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT y en el artículo 66 de la Constitución Política del Perú; y siendo los recursos naturales, incluyendo los recursos del subsuelo, Patrimonio de la Nación; es obligación del Estado Peruano consultar al o los pueblos indígenas que podrían ver afectados directamente sus derechos colectivos, determinando en qué grado, antes de aprobar la medida administrativa señalada en el artículo 3, inciso i) del Reglamento que faculte el inicio de la actividad de exploración o explotación de dichos recursos naturales en los ámbitos geográficos donde se ubican el o los pueblos indígenas, conforme a las exigencias legales que correspondan en cada caso.

21 Corte IDH, “Caso Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Excepciones Preliminares Fondo, Reparaciones y Costas y Gastos, cit., párr. 129 y “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 12/08/2008, serie C, N° 185, párrs. 25/ 27. “Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, Fondo y reparaciones, sentencia del 27/06/2012, serie C N° 245: “para que la exploración o extracción de recursos naturales en los territorios ancestrales no impliquen una denegación de la subsistencia del pueblo indígena como tal, el Estado debe cumplir con las siguientes salvaguardias: a) efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; b) la realización de un estudio de impacto ambiental; y c) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el art. 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones”.

22 Vismara, Juan Pablo. Pueblos indígenas y derechos colectivos. La consulta previa como garantía esencial para el resguardo de los derechos indígenas. La nueva jurisprudencia de la Corte IDH. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34437.pdf>

normativa interna sobre consulta previa, iniciaron un proceso de aprobación de normas jurídicas a través de leyes y decretos legislativos que afectan a los derechos de la propiedad comunal, debilitando los estándares ambientales y los derechos de los pueblos indígenas, bajo la justificación de reactivar la economía e impulsar las inversiones privadas y públicas, que se mantuvieron sin cesar en los que han sido denominados “paquetazos ambientales y anti indígenas”²³ y posteriores decretos legislativos²⁴.

A todo ello, se añade la insuficiente adecuación normativa peruana para el reconocimiento, titulación y georreferenciación de las tierras y territorios de los pueblos indígenas, sin una política pública nacional clara, con metas e indicadores definidos, y un presupuesto asignado para garantizar la seguridad jurídica territorial indígena, que podría representar el 49,1 % del territorio peruano.

6. Otras manifestaciones de la violencia institucional, directa y visible contra las poblaciones indígenas. La criminalización de la protesta social

En definitiva, la consolidación en las últimas décadas de la opción por un determinado modelo económico desarrollista, con un predominio de la solución extrac-

tivista, con un gran incremento de proyectos mineros^{25,26}, no ha mejorado en nada las condiciones de vida de las comunidades indígenas, sino que ha ido en grave detrimento de ellas.

Nos encontramos con que, además del conflicto socio-económico generado por los intereses encontrados, los de las empresas explotadoras, consorcios mineros internacionales, cuyo interés fundamental sería maximizar la rentabilidad financiera de sus inversiones, acompañados por el Estado y sus instituciones aliados del capitalismo transnacional, interesado fundamentalmente la explotación de los recursos naturales y económicos del territorio, en el que en el otro lado estarían los campesinos y comunidades interesados en maximizar el bienestar socioeconómico de la comunidad, con la mejora de las infraestructuras básicas y sanitarias (salud, educación, etc.), se aflora otro conflicto, que adquiere el carácter de intercultural²⁷ y socio ambiental²⁸, que adquiere múltiples formas y manifestaciones²⁹.

25 Se ha producido un incremento de proyectos mineros en el Perú en los últimos años, en especial en zonas del sur andino (Arequipa, Cusco, Apurímac y Puno) y el centro del país (Pasco y Junín), donde se han instalado los principales mega proyectos mineros: Las Bambas – MMG Las Bambas, Tía María – Southern Copper, Integración Corocochuayco – Minera Antapaccay, Corani – Bear Creek Mining, Toromocho – Chinalco, Machcan – Nexa Resources, por citar a los más importantes.

26 Ministerio de Energía y Minas. “Mapa de Proyectos Mineros en Cartera y Principales Unidades Mineras en Exploración Minera”. 2020. https://www.minem.gob.pe/minem/archivos/file/Mineria/PUBLICACIONES/MAPAS/2020/2020_MAPA_PROYECTOS.pdf

27 Gouley, Clotilde. Conflictos mineros, interculturalidad y políticas públicas: el caso de Las Bambas, provincias de Cotabambas y Grau, departamento de Apurímac. Informe final. Centro Bartolomé de Las Casas. Octubre del 2005, Cusco.

28 Observatorio de Conflictos Mineros en el Perú. “Los conflictos socioambientales en el Perú”. Puede ser visto en: <https://conflictosmineros.org.pe/los-conflictos-socioambientales-en-el-peru/#:~:text=El%20sector%20minero%20tiene%20importancia,internacionales%20de%20las%20materias%20primas>.

29 Existen conflictos de convivencia, que tienen que

23 Ley 30230, Ley 30327, D.S.001-2015- EM, D.L. 1192 y 1210. Estas normas buscan reducir obstáculos a las inversiones, lo que implica reducir estándares ambientales y, por otro lado, generar las condiciones que faciliten el acceso de la inversión privada a tierras comunales.

Decretos legislativos D.L.1333, D.L.1330, D.L. 1251, D.L. 1353, etc., que buscan seguir flexibilizando los mecanismos de inversión privada.

24 Hallazi Méndez, Luis A. “Situación y problemática actual de las tierras y territorios de los pueblos indígenas en el Perú” Volúmen 34, Número 4.

Del mismo autor: Decretos Legislativos, APP y los incentivos para mayor corrupción. 02/03/2017. Rebelión.

Actualmente, la Defensoría del Pueblo identifica alrededor de 170 conflictos sociales cada mes, situación que, en términos generales, se ha mantenido más o menos constante a lo largo de los últimos 20 años. De ellos, en torno a un 70% son conflictos socioambientales, de los cuales un 65% están vinculados directamente a la actividad minera, pero también se dan en otro tipo de actividades de explotación de recursos en territorios indígenas.

Por ello, las comunidades indígenas ven gravemente afectadas sus formas de vida, sus territorios, su hábitat natural, su cultura, hasta el punto de poderse llegar a su destrucción como grupo. Los aspectos socioeconómicos son una parte importante de la situación, pero dentro de la tensión de intereses, los impactos negativos podrían llegar a ser compensables en ese plano. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de los aspectos inmateriales, culturales, invisibles y profundos, que se ven frecuentemente, honda e irreversiblemente afectados.

La pérdida de neutralidad del Estado y de sus instituciones en estas situaciones ha significado el recrudecimiento de la violencia, no solo estructural, sino también de la directa, institucional y simbólica contra los pueblos indígenas, a través de varios medios. Por una parte, mediante la instrumentalización de mecanismos institucionales para reprimir, ilegalizar y perseguir penalmente actividades legítimas desarrolladas por los pueblos indígenas en la defensa de sus derechos. Por ejemplo, mediante la uti-

lización desmedida de la fuerza pública, lo que ha dado lugar a una progresiva modificación de la normatividad para posibilitar esta eventualidad con un mínimo control sobre actuaciones excesivas o desproporcionadas y amparando el uso de armas o de otros medios de defensa personal a la policía y fuerzas armadas³⁰.

Por otra, criminalizando su derecho a la protesta ante situaciones como graves incumplimientos del derecho a la consulta o modificación de las condiciones establecidas en las consultas o del impacto ambiental, etc., sin tener en cuenta la opinión de las comunidades indígenas afectadas³¹.

30 Normas e instrumentos jurídicos que habilitan la criminalización y el uso de la fuerza pública: Ley N° 30151 – Ley que modifica el inciso 11 del artículo 20 del Código Penal; Decreto Legislativo N° 1186 – Decreto Legislativo que regula el uso de la fuerza por parte de la Policía Nacional del Perú; Decreto Legislativo N° 1095 – “Decreto Legislativo 1095 que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional”; Decreto Supremo N° 003-2020-DE – Reglamento del Decreto Legislativo N° 1095; Decreto Legislativo que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional; Ley N° 31012 – Ley de Protección Policial.

31 Uno de los casos especialmente emblemáticos es la criminalización de alrededor de 40 miembros de comunidades campesinas de Apurímac por oponerse al mega proyecto minero-cuprífero Las Bambas, el proyecto minero-cuprífero más grande del país que se encuentra en su fase inicial de explotación; sin embargo, ha generado los siguientes grandes impactos negativos: (i) se encuentra operando sobre el territorio de diversos pueblos indígenas; (ii) la extracción y el transporte del concentrado mineral por vía terrestre ocasiona serios perjuicios al ambiente y a la salud de las comunidades; asimismo (iii) los usos de determinados tramos de la carretera ha sido imposibilitado para las comunidades de manera ilegal. Frente a estos impactos negativos, los miembros de las comunidades campesinas de Apurímac exigieron el cumplimiento de acuerdos de la empresa minera MMG Las Bambas; demandaron la derogación del Decreto Supremo N°011-2016-MTC, que considera como “vía nacional” el tramo del corredor que atraviesan las comunidades y que no fue consultado a las comunidades susceptible de ser afectadas; y realizaron el bloqueo de carreteras desde febrero de 2019 has, como forma de protesta frente a la indiferencia ante sus demandas. A raíz de estas acciones –que tenían como propósito la defensa de sus derechos–, fueron investigados por haber cometido delitos contra las comunicaciones, delitos de daños, entre otros.

ver con la búsqueda de una relación más armónica y respetuosa entre las actividades mineras y las comunidades, en las que se tengan en consideración los derechos de la población local. Existen también conflictos de resistencia, donde las comunidades se oponen a la implementación de megaproyectos por los impactos negativos directos e indirectos que estos pueden tener en la dinámica local. En todos estos casos las comunidades tienen pleno derecho a ser consultadas y a que se respete su propia visión de futuro.

Como sostiene Ruiz, J. en el “Perú existe un andamiaje estatal que promueve la criminalización de la protesta social y de las personas defensoras de derechos humanos, especialmente contra quienes defienden sus territorios y recursos naturales frente a las actividades extractivas que los degradan o simplemente destruyen”³².

Igualmente, se hace un uso indebido y abusivo del derecho penal por la policía y por los operadores jurídicos jueces y fiscales, sometiendo a los defensores medioambientales a dudosos y prolongados procesos penales, con vulneración del debido proceso³³. Así, la judicialización de voceros y voceras, líderes y miembros comunales se ha convertido en una auténtica estrategia estatal para el debilitamiento y desarticulación de la organización indígena que defiende legítimamente sus derechos, muchas veces vulnerados por los impactos negativos de las actividades extractivas³⁴³⁵.

32 Ruiz, J. 2021. “Tres sentencias para dismantlar el andamiaje de la criminalización de la protesta social en el Perú”. Puede ser visto en: <https://polemos.pe/tres-sentencias-para-desmantelar-el-andamiaje-de-lacriminalizacion-de-la-protesta-social-en-el-peru/>

33 En el año 2016 se evidenció que la criminalización es la principal dinámica de hostigamiento contra los defensores. Ese año se registraron 792 defensores sometidos a procesos judiciales a nivel nacional, el 55% de estos corresponden acciones relacionadas con la defensa de los derechos ambientales y de los pueblos indígenas. Se puede consultar en: Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (CNDDHH). 2016. “Informe Anual 2015 – 2016”. Pág. 68.

<https://derechoshumanos.pe/2021/09/informe-anual-2015-2016-2/>

34 No todos los casos están documentados por igual. Entre los que sí lo están se encuentran por ejemplo los de las comunidades campesinas de Ayabaca y Huanabamba, en Piura. Desde el 2004, ambas comunidades vienen oponiéndose a la realización del proyecto minero “Río Blanco” de la empresa china Xijin Mining. A lo largo de estos años, el Ministerio Público ha realizado investigaciones contra miembros de dichas comunidades por la presunta comisión de los delitos de secuestro, usurpación de funciones y ofensa a los símbolos patrios. 400 defensoras y defensores fueron criminalizados, incluyendo investigados y procesados. Sin embargo, la mayoría de estas investigaciones fueron archivadas.

35 En el caso del “Aymarazo” (2011), conflicto que se inició a partir de las concesiones mineras del proyecto

En este proceso de criminalización, con frecuencia se les acusa de pertenecer a organización criminal regulada en el artículo 317 - B del Código Penal peruano, lo que conlleva la posibilidad de permanecer en prisión preventiva sin juicio por periodos de tiempo más o menos largos.

Pero también, en otras ocasiones, se produce la sustracción de situaciones de la competencia de la justicia comunitaria, produciéndose llamativos episodios de criminalización de ésta, en las que se llega a perseguir penalmente por parte de la justicia ordinaria la aplicación de su derecho por parte la justicia comunitaria dentro de sus territorios de actuación, en casos en que está perfectamente facultada para ello³⁶.

7. Declaración de Estados de Emergencia y los procesos de militarización de los territorios

Su principal objetivo sería lograr el control político de los territorios y garantizar el desarrollo de actividades extractivas y de infraestructura, eliminando la oposición de

Santa Ana (empresa Bear Creek), dicho proyecto iba a funcionar muy cerca del sistema hidrográfico del Lago Titicaca y sobre territorios de comunidades campesinas, sin embargo dicho proyecto no fue consultado a los pueblos aymaras y quechuas de Puno que ahí se asentaban. Por ello, el Frente de Defensa de los Recursos Naturales de la Zona Sur de Puno impulsó una protesta, lo cual provocó que el gobierno peruano decidiera suspender el proyecto, pero también abrir proceso penal a los responsables de las protestas, como al señor Walter Aduviri, presidente del Frente de Defensa, siendo condenado como coautor no ejecutivo del delito contra la tranquilidad pública.

36 En el caso del Proyecto Minero Conga, en Cajamarca, en el año 2012, los dirigentes campesinos Ydelso Hernández Llamo y Manuel Ramos Campos fueron criminalizados por ejercer su derecho a la jurisdicción comunal, al decidir retirar las tranqueras que la empresa minera Yanacocha S.R.L. había colocado en los caminos ancestrales del lugar. La diligencia pública de retiro de las tranqueras se llevó a cabo en agosto de 2013, con la presencia del Ministerio Público, Policía Nacional del Perú (en adelante, PNP), representantes de Yanacocha SRL, prensa nacional y extranjera, etc. Sin embargo, la empresa minera Yanacocha formuló denuncia penal contra los dirigentes campesinos por la presunta comisión del delito de usurpación agravada.

comunidades indígenas que se pudieran ver afectadas.

Decretar un Estado de emergencia en todo o parte del territorio nacional conlleva graves implicaciones políticas y jurídicas, dando prerrogativas legislativas al poder ejecutivo, pero sobre todo derogando derechos humanos fundamentales, estableciendo contextos de debilitación del derecho, en los que se facilita violencia policial arbitraria y desproporcionada y su impunidad en su uso abusivo para reprimir las protestas.

Se han decretado estados de emergencia en el “corredor minero del sur” donde, en los últimos años, se ha producido un incremento de conflictos socio ambientales relacionados con la actividad minera. Muchas comunidades campesinas han desarrollado manifestaciones y protestas debido a las denuncias de impactos negativos en el medio ambiente, agua, suelo, aire e incluso en la salud humana.

Estos hechos han motivado, por ejemplo, que entre los años 2017 y 2020, los presidentes del país de turno, hayan decretado en seis ocasiones Estados de emergencia, que han sido prorrogados hasta en 13 ocasiones.

Por otra parte, resulta muy llamativa la proliferación de los Convenios de la Policía Nacional con empresas mineras³⁷, utilizando para ello un marco normativo ad hoc para justificar la privatización de la fuerza policial y su uso indebido en favor de empresas extractivas³⁸.

La criminalización de las prácticas de protesta o de defensa de derechos de los pueblos indígenas por parte de las fuerzas estatales ha tenido un muy fuerte impacto negativo en la defensa y en el ejercicio de sus derechos por parte de las poblaciones indígenas y ha contribuido a desequilibrar más aun las relaciones entre el Estado y los pueblos indígenas.

8. Violencia contra los líderes indígenas comunitarios y ambientales, un fenómeno común en toda Latinoamérica³⁹

Además de las manifestaciones de violencias estructurales e institucionales que se han venido describiendo, merece una consideración aparte la violencia delincuencial que también se produce contra líderes sociales, comunitarios e indígenas y su capacidad de impactar y de amedrentar a poblaciones indefensas, especialmente vulnerables y, también, por el efecto dirigido de este tipo de violencias sobre aquellos que ejercen el liderazgo y la dinamización de sus comunidades, lo que permite a los grupos que practican la violencia, ejercer el control efectivo de facto sobre el territorio, para continuar desarrollando sus actividades ilegales o seguir permitiendo que aquellos otros que desarrollan actividades de expolio de recursos naturales en condición de ilegalidad o incluso de legalidad, pero que se ven perturbados por los líderes sociales o comunidades que habitan en el

37 Con la promulgación de la Ley Orgánica de la Policía Nacional del Perú (Ley N° 27238, mayo 2002), la PNP quedó facultada para la celebración de Convenios de prestación individualizada o localizada de servicios; con la previa autorización del titular del sector (Ministerio del Interior). Ley de régimen de personal de la PNP (Ley N° 28857, julio 2006). Decreto Legislativo N° 1148 (2012). Decreto 45 Legislativo N° 1213 del 2015, Decreto Legislativo N° 1230 del 2015.

38 Apaza, Rodrigo Lauracio. Minería y personas defensoras de derechos humanos y ambientales en Perú. Red Muqui. Lima. Perú. Agosto, 2022.

39 Michel Forst, relator especial de las Naciones Unidas sobre la situación de defensores de derechos humanos desde junio de 2014 hasta abril de 2020 en su declaración de Fin de Misión, en febrero 2020 en relación con Perú, manifestó:

“Durante mi reunión con el sector empresarial, me sorprendió el uso de dos videos – para generalizar y presentar a las personas defensoras de los derechos humanos del medio ambiente como personas manipuladas por sus abogados y asesores, quienes fueron mostrados como delincuentes y terroristas”.

territorio y que se oponen a dicha actividad, puedan seguir efectuándolas, ello no obstante.

En principio, no habría suficientes razones, por falta de específicas pruebas, entre otras razones, para denunciar la falta de investigación y persecución eficaz de los episodios de violencia que se producen, y considerar que esta violencia sea mediata o instigada y organizada desde la institucionalidad o desde los aparatos de poder políticos o económicos, pero bien puede afirmarse que es una violencia, si no admitida y tolerada, sí, al menos, no combatida o suficiente y eficazmente combatida, lo que la convierte en una suerte de violencia vicaria, por falta de implicación efectiva de aquellos que tienen la obligación de garantizar la seguridad de los grupos humanos, especialmente de aquellos más vulnerables frente a la violencia ilegítima que se ejerza contra ellos o quien les defiendan o representen sus derechos frente a agresiones medioambientales.

Nos referimos en primer lugar, tanto al ministerio del interior y a la policía, como a la fiscalía y a los jueces, pero también resulta muy llamativa la falta de políticas públicas y el desinterés de las clases políticas y del parlamento por abordar esta problemática común en la mayoría de los países de Latinoamérica.

El fenómeno en Perú, sin ser tan numeroso, en lo que se refiere al número de víctimas mortales en comparación con otros países vecinos en los que se mezclan con otros procesos⁴⁰ —aproximadamente 20 asesinatos en los dos últimos años⁴¹—, resulta gravemente alarmante por la in-

tensidad de la intimidación y las amenazas que producen un importante impacto y desaliento en población especialmente sensible, vulnerable y aislada, causándoles fuerte sensación de inseguridad y de impunidad de los autores, ante la falta de respuestas firmes desde el Estado, afectando a su libertad al producir un profundo efecto desaliento en sus reivindicaciones.

9. El Mecanismo intersectorial para la protección de las personas defensoras de derechos humanos y su alcance

En Perú son relativamente recientes y muy tardías, las medidas para el abordaje político a la situación, además de un tratamiento específico desde la justicia. Las iniciativas adoptadas se producen a instancias del relator especial M. Forst, quien en su visita a Perú en 2018 solicitó al presidente Martín Vizcarra “adoptar un mecanismo multisectorial para la protección de las personas defensoras...”⁴², creándose entonces un Mecanismo intersectorial para la protección de las personas defensoras de derechos humanos, que pretende ser similar a los existentes en la región, como los de Colombia, México, Brasil, Guatemala o Honduras, siguiendo los estándares⁴³ aplicables a este tipo de órga-

42 Se producen a partir de entonces algunas iniciativas tales como la aprobación en 2019 del Protocolo para garantizar la protección de personas defensoras de derechos humanos, siguiendo al Plan de Derechos Humanos 2018-2021. Es seguida por la posterior aprobación del Mecanismo intersectorial para la protección de las personas defensoras de derechos humanos, creado por el Decreto Supremo nº 004-2021-JUS, modificado por Decreto Supremo nº 004-2021-JUS.

43 Sin embargo, dentro de dichos estándares estarían la conformación de un marco legal sólido que lo soporte o la dotación de recursos financieros y humanos necesarios y sostenibles, además de otros, pero que, al menos los dos señalados no estarían plenamente satisfechos por el Mecanismo intersectorial, cuya creación no responde a una norma legal proveniente del Parlamento de la República y

40 Nos referimos singularmente a Colombia en donde confluye con el proceso de paz con las Farc y la proliferación de las bandas organizadas de narcotraficantes y otros delitos.

41 Asesinatos en la Pan-Amazônia: <https://www.cptnacional.org.br/downloads?task=download.send&id=14273&catid=76&m=0>

nos nacionales siguiendo las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La efectividad de este mecanismo, de nacimiento debilitado por la falta de apoyo parlamentario y presupuestario, depende de la voluntad del Ejecutivo y, si bien es cierto que el Gobierno de Castillo dio decididos pasos para su implementación y puesta en funcionamiento, surgen dudas razonables sobre cuál será su futuro.

Por otra parte, es de señalar su absoluta desconexión institucional con el aparato de justicia, policía, fiscales y jueces que deberían ser los encargados de llevar a cabo la investigación y persecución de los crímenes, pero que están absolutamente descoordinados entre ellos y se miran entre sí con recelo y desconfianza y sin la existencia de iniciativas claras en esta materia tendentes a mejorar la situación, aunque la Unión Europea haya manifestado su interés y preocupación⁴⁴.

10. El último peldaño hacia la nada en la política en asuntos medioambientales⁴⁵

El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe tiene como objetivos el procurar la efectividad de los derechos de acceso a la información ambiental y la participación pública en procesos de toma de decisiones y al acceso

a la justicia en el entorno ambiental, desde la protección de derechos a un desarrollo sostenible y a vivir en un medio ambiente sano. Es de destacar un apartado sobre la protección de defensores de los derechos humanos en temas ambientales.

Forma parte de la internacionalización de los derechos medioambientales que se reconocen, incluidos el derecho a la justicia, con la inclusión de mecanismos tendentes a facilitar la prueba de la producción de daños medioambientales, al abrir la posibilidad de invertir la carga de la prueba, de tal manera que la persona o empresa acusada (no penalmente) de causar un impacto negativo al medio ambiente tendría que ser ella quien pruebe que no ha causado el daño.

El acuerdo ha sufrido una férrea oposición política por parte de los sectores no interesados en la existencia de iniciativas internacionales que aborden coordinadamente desde la perspectiva de los derechos humanos de las poblaciones directamente afectadas por la problemática de la explotación desmedida del medioambiente y, por ello, ha sido fuertes críticas, incluso desde los ámbitos institucionales, por lo que consideran puede conllevar la posible pérdida de soberanía de los Estados en

no aparece tampoco dotado de recursos financieros propios, sino traídos de los correspondientes Ministerios y departamentos implicados en el Mecanismo.

44 Existen proyectos cooperación de la UE dirigidos a crear mecanismos de coordinación de esfuerzos para abordar este problema y la criminalidad medioambiental y de trata de seres humanos, todos ellos con incidencia sobre la población indígena.

45 El Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe,

adoptado el 4 de marzo de 2018 en la ciudad costarricense de Escazú, al que se conoce como Acuerdo de Escazú, es un tratado internacional firmado por 25 países y ratificado por 14 países de América Latina y el Caribe respecto a protocolos para la protección del medio ambiente. Fue realizado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal), agencia de Naciones Unidas, firmado inicialmente por 14 países y posteriormente por otros 10 países más, con catorce ratificaciones (Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, México, Nicaragua, Panamá, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía y Uruguay), sin que lo haya hecho Perú. El tratado entró en vigor entre los estados ratificantes el 22 de abril de 2021. Destaca entre sus antecedentes ser resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible (Río+20), de 2012, y la Decisión de Santiago de 2014, siendo negociado por 24 países y aprobado tras cuatro años de negociaciones.

favor de organismos o cortes supranacionales, al considerar que fusiona derechos humanos con derechos ambientales, lo que activaría la jurisdicción internacional⁴⁶ y por ello la internacionalización de la judicialización de los conflictos ambientales, o por la ruptura del habitual principio de carga de la prueba e igualmente por no permitir que el Perú o cualquier país que lo suscriba pueda presentar reservas.

Hemos de decir que en Perú, como lógico colofón de cuanto se viene describiendo, tras varias iniciativas a lo largo de varias presidencias desde su aprobación, el 11 de julio de 2022, la Comisión de Relaciones Exteriores del Congreso decidió por mayoría archivar la Resolución Legislativa N.º 239, conocida como Acuerdo de Escazú, por considerarla innecesaria, lo que una vez más pone de manifiesto, más que la indiferencia, el interés manifiestamente en contra a la existencia de acuerdos internacionales que puedan ser útiles para la obtención de información y la judicialización efectiva de los conflictos

medioambientales, como también de dar una protección efectiva a los defensores medioambientales.

11. Conclusiones

La situación en la que vive Perú en este momento no es ni más ni menos que el punto de llegada de todo cuanto hasta ahora se viene describiendo, de cómo se transforma y se adapta a un determinado contexto social un conflicto que tiene su base y sustento en razones de intereses económicos, pero en los que no están únicamente involucrados intereses nacionales, sino también son internacionales, de los países más poderosos, que son los están en juego.

El punto de partida lo constituye el tradicional e histórico racismo y discriminación sobre la población indígena y campesina, pero que ha ido dejando paso en las últimas décadas, a pesar del reconocimiento internacional de los derechos de los pueblos indígenas, a plurales formas de violencia sobre ellos que ahora se encuentran especialmente relacionadas con el medioambiente y con la explotación de los territorios, los que añade a los conflictos socioeconómicos otros componentes y otra conflictividad de carácter intercultural y medioambiental, en la que se mezcla también el racismo y la discriminación étnico cultural, todo ello no solo ante la pasividad del Estado y sus instituciones, sino con su colaboración, al haber perdido cualquier neutralidad y ponerse del lado de los más fuertes en perjuicio de los más débiles, bajo el pretexto del desarrollo económico y la mejora de las condiciones de vida del conjunto de la ciudadanía.

Perú es uno de los más importantes países del mundo en biodiversidad y en riqueza de recursos naturales, además de ser merecidamente una potencia turística

46 Existe un gran temor por parte de los intereses mineros protegidos y privilegiados desde el estado a la internacionalización de la judicialización de los conflictos mineros. Debe tenerse en cuenta que tanto la Comisión como la Corte IDH han consolidado estándares de aplicación obligatoria para la garantía de los derechos de los pueblos afectados por actividades mineras. Entre ellos destacan la garantía de la consulta previa y al consentimiento libre e informado, la obligatoriedad de la realización de estudios de impacto socioambiental y la participación de las comunidades en los beneficios que produzca el plan extractivo que se lleve a cabo dentro de sus territorios.

Estos estándares constituyen, en palabras de la Corte, *“salvaguardas para garantizar que las restricciones impuestas a las comunidades indígenas o tribales, respecto del derecho a la propiedad sobre sus tierras por la emisión de concesiones dentro de su territorio, no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo”* (Corte IDH, Caso Sarayaku, párrafo 205). Sin embargo, tanto la Comisión como la Corte han ido más allá de la creación y revisión del cumplimiento de estas salvaguardas. En todos los casos sobre cuestiones mineras sobre los que se han pronunciado la legislación fue un tema de especial atención para ambos organismos.

por la belleza de su territorio y sus santuarios arqueológicos y artísticos y sin duda tiene derecho, especialmente su ciudadanía, a que ese patrimonio sirva para mejorar las condiciones de vida del conjunto de su población, pero ello no puede ir en especial detrimento de un sector de la misma

históricamente discriminado por razones étnico culturales y sometido a violencias de todo tipo, que, lejos de ver mejoradas sus condiciones de vida, observa como las formas de explotación de sus territorios está asfixiando, hasta su extinción, sus posibilidades de vida.



Hipopótamo, detalle de una escena del Nilo. Mosaico romano.
Museo Arqueológico Nacional de Nápoles.

Crónica de La marcha a pie de la Desbandá De Málaga a Almería, 2023

Enrique MEDINA y Manuel GARCÍA

*Lo que quiero contaros es lo que yo mismo vi
en esta marcha forzada, la más grande,
la más horrible evacuación de una ciudad
que hayan visto nuestros tiempos.*

Norman Bethune
*El crimen de la carretera Málaga-Almería
(Febrero 1937)*

1. Introducción

Málaga, que fue leal a la República desde el primer momento de la sublevación militar-fascista iniciada el 18 de julio de 1936, constituye el ejemplo más sangrante de la brutal represión sufrida por una población civil en el siglo XX.

Acosada militarmente desde el inicio de la sublevación, tanto desde la zona occidental como desde el interior de la provincia, la capital fue tomada militarmente el 8 de febrero de 1937 sin apenas resistencia armada por la falta de efectivos militares y material bélico del Gobierno republicano en la zona. Ese mismo día, el general jefe del Ejército del Sur (Queipo de Llano) declaró el Estado de Guerra en toda la provincia y comenzó la represión ejercida de forma inmediata por falangistas, guardias

civiles y las fuerzas militares, de forma especial las tropas indígenas (regulares), integradas por las tropas “moras” y la Legión, que sembraron el terror allí por donde pasaban siguiendo las arengas radiofónicas del referido Queipo de Llano alentando la política de exterminio y terror diseñada para sus habitantes, especialmente para las mujeres.

Desde finales de julio de 1936 el avance de los sublevados desde el Campo de Gibraltar al mando del coronel Francisco de Paula de Borbón, Duque de Sevilla y primo de Alfonso XIII, y desde el interior (Ronda y Antequera) al mando del general Varela, generó un desplazamiento masivo de las poblaciones arrasadas hacia la capital. Hasta el punto de que, a mediados de septiembre, miles de refugiados hambrientos, sin ropa y exhaustos, se encontraban en Málaga huyendo de la psicosis generada por la violencia sistemática aplicada por los agresores, convirtiéndola en un inmenso campo de refugiados carentes de cualquier medio de subsistencia ni alojamiento, al verse desbordadas las posibilidades de ayuda solidaria previstas por las organizaciones creadas al efecto (Comité de Alojamiento), las organizaciones obre-

ras, y particulares que acogieron a familias en sus domicilios, lo que obligó a las autoridades malagueñas pese a su reticencia inicial, a abrir la catedral para poder alojar a los cientos de personas que se encontraban en la calle, por no disponer de ningún lugar donde alojarlos.

El resultado fue que, tanto la población civil malagueña como los refugiados procedentes de distintos pueblos de la provincia, se vieron sometidos a los efectos devastadores de la conjunción del hambre, la enfermedad, el hacinamiento y el miedo provocado por los bombardeos sistemáticos por parte de la aviación y la armada del ejército rebelde (Cruceiros Baleares y Canarias), y de la aviación y tropas italianas al mando del coronel Mario Roatta.

Con las noticias de que se acercaban las tropas fascistas para ocupar la ciudad, la desesperación de la población malagueña y de los refugiados alcanzó su punto álgido. Los relatos de los supervivientes que venían huyendo de las zonas ocupadas, advirtiendo de que los “moros” saqueaban los domicilios, violaban a las mujeres y les cortaban los pechos, haciendo realidad las amenazas radiofónicas de Queipo de Llano, generó un terror insuperable en la población, que tan sólo tenía una vía de escape para salvar sus vidas, dirigirse hacia Almería, aún bajo control republicano.

Así, desde los primeros días de febrero de 1937, más de ciento cincuenta mil personas, en su gran mayoría mujeres, ancianos y niños, sin medios de transporte, harapientos, enfermos y sin comida, comenzaron un éxodo de cerca de doscientos kilómetros hacia Almería, perseguidos por tierra, mar y aire por las tropas rebeldes. Bombardeados desde la costa por los cruceros Almirante Cervera, Baleares y Canarias; desde el aire por la aviación franquista e italiana, y por tierra por las ametralladoras de las tropas italianas que

le seguían los pasos. Fallecieron más de 3.000 personas por el efecto de la metralla, la enfermedad, el cansancio y el hambre, y provocaron la desaparición de otras muchas por el desconcierto generado por los continuos bombardeos. Represión que continuó cuando llegaron a Almería, siendo bombardeados el día 12 de febrero por la aviación fascista alemana e italiana en las calles de la ciudad; donde se agolpaban unas cuarenta mil personas, ante la falta de lugares suficientes donde poder ser acogidas, ignorando otros posibles objetivos bélicos como los barcos republicanos anclados en el puerto, que no fueron objeto de sus ataques.

La dimensión represiva de esta tragedia, de esta carnicería humana, fue denunciada por el Dr. Norman Bethune y sus colaboradores Hazen Size y T.C. Worsley, que empeñaron todo su esfuerzo en salvar la vida de cientos de niños, mujeres y familias trasladándolos, sin descanso durante tres días y sus noches, hasta Almería en una furgoneta inicialmente habilitada como ambulancia para realizar transfusiones sanguíneas. Dejando igualmente constancia gráfica de lo que habían vivido.

Pese a ello, durante 70 años este crimen de guerra permaneció silenciado, hasta que a partir del año 2000 van apareciendo iniciativas, principalmente en Málaga, Granada y Almería, de actos públicos y manifestaciones con el objetivo de sacar de la tumba del olvido, la memoria de las víctimas franquistas de la carretera de la muerte, considerado el mayor genocidio de la guerra de España. En el año 2017, distintos colectivos de izquierda, junto a la Federación Andaluza de Montañismo, organizan una marcha a pie desde Málaga hasta Almería, que va rememorando la huida desde Málaga. A partir de ese año se constituye la Asociación Senderista la Desbandá y la Asociación Sociocultural la

Desbandá, que desde entonces intentan sacar del olvido y dar visibilidad histórica del genocidio en la marcha integral descrita en el magnífico relato que realiza cada año su cronista oficial, el incansable militante comunista Manuel García Morales, con quien me une una gran amistad desde hace más de 30 años, y en la realización del I Congreso Internacional de la Desbandá, celebrado en la localidad de Mollina (Málaga) los días 28, 29 y 30 de octubre de 2022.

Enrique MEDINA

2. La crónica

01/02/2023. Etapa prólogo de la Desbandá. Las huías hacia Málaga



La marcha a pie, de la Desbandá, desde Málaga hacia Almería, comienza mañana, 2 de febrero, a las 9 de la mañana, y durará diez días en la que acabaremos en Almería. Sin embargo, hoy hemos hecho

una etapa prólogo, que quiere recuperar a las distintas “huías” que desembocaron en la ciudad de Málaga y que formaron parte del gran éxodo de la ciudad ante la llegada de las tropas fascistas. Lo hicimos el año pasado, cuando recorrimos un sendero desde el boquete de Zafarraya hasta el pueblo de Periana, en el recorrido por donde los pueblos del suroeste de Granada se unieron a la Desbandá de 1937 bajando por ese camino hasta Vélez Málaga. Este año hemos recorrido un trecho de la Sierra de Mijas, pueblo situado entre Marbella y Málaga, donde se situaron las últimas defensas y trincheras en el intento de frenar el ataque a Málaga desde la zona de Gibraltar.

Han participado algo más de 100 personas que han salido desde EL Cortijo Lagar Don Elías, en las Lagunas de Mijas. Antes de la salida nos ha dirigido unas palabras el concejal del PSOE Hipólito Zapico, que nos ha contado que por ser él, originario de la cuenca minera de Asturias, un amigo de su padre, le contaba, cuando era pequeño, que estuvo preso en el Fuerte Carchuna, uno de los sitios de Memoria Histórica por los que pasamos todos los años; él fue uno de los 308 prisioneros republicanos asturianos liberados por un comando republicano, que tomó el fuerte reconvertido en prisión y liberó a todos los presos. Retomaremos la historia dentro de varios días cuando pasemos por el fuerte.

Hipólito, además, nos cuenta que el Ayuntamiento ha solicitado que se declare lugar de Memoria Histórica, el sitio donde está hundido el Destructor Almirante Ferrándiz, frente al faro de Calaburras en la costa de Mijas. El Ferrándiz junto con el Gravina, tenían la tarea de bloquear el paso hacia el Estrecho protegiendo el viaje de otros barcos republicanos que en dirección a Galicia y el Cantábrico iban a auxiliar a las fuerzas leales a la República.

No esperaban que las tropas franquistas pudieran utilizar tan pronto al Canarias, que con un tiro superior al Ferrándiz lo hundió con 6 proyectiles lanzados desde unos 20 km. el 29 de septiembre de 1936. Murió casi toda la tripulación, compuesta por 160 hombres. Hubo 17 supervivientes, que fueron fusilados por los fascistas, el 1 de enero de 1937 en San Fernando de Cádiz. Hay una placa conmemorativa municipal en la Cala de Mijas donde están grabados los nombres de los supervivientes al hundimiento que luego fueron asesinados.

Ya en la Sierra de Mijas, Juan Porras, Juan Alarcón y Manuel Lloret, tres mijeños, nos conducen por la ruta de guerrilleros y contrabandistas, explicándonos desde historias de la guerrilla y la resistencia en Mijas, hasta la forma en que se ganaba la vida la clase obrera de la zona, de la gente que trabajaba el esparto, de quienes trabajaban la Cal, usando las rocas calizas de la sierra o las canteras de mármol, que ya trabajaron fenicios y romanos.

Según nos cuentan, por datos de los archivos de la Guardia Civil, unas 500 familias más de 2.000 personas, solo de Fuengirola y de parte de Mijas, huyeron hacia Málaga, ante el avance fascista. Las trincheras de defensa en la zona de la Sierra, que hemos visitado, se conservan en buen estado, pero una vez que cayó Marbella, la defensa de Mijas duró pocos días. El mar, dominado ya por el Canarias, el Baleares, el Cervera y dos cañoneras más, machacaron las trincheras, y hasta el pueblo de Mijas, situado a una altura de más de 400 metros sobre el nivel del mar. De hecho, como la prioridad era tomar Málaga, la columna fascista que avanzaba por la costa, mandada por el duque de Sevilla, un Borbón primo de Alfonso XIII, entró en Málaga el día 8 de febrero y sin embargo, Mijas resistió la ocupación hasta el 10 de

febrero, a pesar de estar a 30 km antes de llegar a Málaga.

Nos cuentan también, episodios de la guerrilla después de la ocupación fascista de la zona. Cómo mataron al Niño de Elvira, un guerrillero que se escondía en un zulo de una cuadra de un ventorro de la Sierra, al que acribillaron a balazos, sin darle oportunidad de rendirse, o como cayeron, en la cañada la Morena, los dos últimos guerrilleros, el Cazallero y el Chatarra, ya en 1948, por el mismo sistema de acribillarlos sin ninguna contemplación.

Las mujeres tuvieron gran participación en la guerrilla. Las detenciones de guerrilleros siempre conllevaban que mujeres que estaban ayudando a las partidas desde las zonas urbanas, huyeran al monte ante el peligro de la delación. No solamente jugaron entonces un papel de apoyo de la guerrilla sino que es posible que constituyeran al menos el 50% de los núcleos guerrilleros. Ya antes del golpe de estado, las mujeres, en Mijas, una zona fuertemente sindicalizada y politizada, jugaron un papel protagonista en defensa de la República, Es famosa Rosalía Gambero, mujer que participó en la Desbandá hacia Almería y acabó siendo dirigente de Socorro Rojo, hasta que fue detenida y condenada a 30 años de cárcel.

La jornada ha concluido, sobre las 3 de la tarde en la caseta de ferias del PCE de Fuengirola, donde dos cocineros del antiguo hotel Las Palomas de Torremolinos han preparado paella para todas las personas asistentes a la marcha.

02/02/2023. Primera etapa. La desbandá de las mujeres

La marcha arranca hoy desde el teatro romano de Málaga hasta la plaza del Ayto. del Rincón de la Victoria. El lema de esta séptima marcha, de recuerdo a las víctimas

de la barbarie fascista, es el homenaje a las decenas de miles de mujeres que huieron. Huían para defenderse ellas como mujeres, ya que eran objetivos declarados de guerra, por el general fascista y criminal Queipo de Llano, a las que había que violar, porque *la rojas eran todas putas*. Huían como madres para proteger a sus hijos e hijas de la brutalidad del sistema fascista que ya conocían, como opresión histórica de nobles y curas. Huían para seguir siendo el soporte de sus familias y proteger a las personas mayores de su familia. Y el homenaje a las mujeres de la Desbandá no es una frase hueca. En la marcha de hoy, han participado 299 personas, entre las cuales había 184 mujeres y 115 hombres. En el acto de salida de la marcha, han intervenido sobre todo mujeres, también entre los supervivientes de la Desbandá que nos acompañan hay dos mujeres y un hombre: los tres fueron en el 37 marchando en la Desbandá como bebés en los brazos de su madre.

La situación de pánico que se vivía se puede entender muy bien si conocemos algunos datos de la situación que se vivía en Málaga desde el inicio del golpe de estado fascista apoyado por las potencias fascistas europeas. Como cuentan muy bien Lucía Prieto y Encarnación Barranquero en su libro, "Población y Guerra Civil en Málaga" las primeras personas refugiadas que llegaron, fueron acogidas en casas particulares de personas de izquierdas dispuestas a ayudar y compartir con quienes huían del fascismo. Pronto no quedó sitio y se ocuparon toda clase de albergues, después todos los conventos, y finalmente, todas las iglesias, incluyendo la Catedral, acogieron a miles de personas, también se usaron sitios como los sótanos de la fábrica de Tabacalera; tanta acumulación de población desbordó las posibilidades de acogida y las condiciones

de vida durante meses se tornaron inhumanas. La falta de comida, de agua, de aseo, pronto desencadenaron numerosas epidemias que se cebaron sobre las personas más débiles, las recién nacidas y de corta edad. En el libro citado, están documentados 1.190 fallecimientos solo de niños y niñas entre Julio de 1936 y febrero de 1937. Bronconeumonía, Gastroenteritis, Sarampión, Difteria, Tifus, Tuberculosis, Raquitismo... provocadas por las condiciones insalubres, el hacinamiento, el desbordamiento de hospitales...

Pero cuando las tropas fascistas ocuparon Málaga, criticaron la ocupación de las iglesias y de la catedral como refugios y contaron otra versión de las desgracias de las personas huidas; el ABC de Sevilla en su edición del 11 de febrero decía "...allí han muerto los proletarios de viruela negra, del tifus, de lo que sea, como si el cielo les hubiese enviado el castigo que se merecían por sus profanaciones y sacrilegios..." Luis Bolín, miembro de la burguesía malagueña, que jugó un papel importante en el alquiler del avión Dragón Rapide que trasladó el 18 de julio de 1936 al general Francisco Franco desde las islas Canarias a Tetuán y que había sido corresponsal de ABC, también escribió el 8 de Febrero, al visitar la catedral y cuando la mayoría de la población huía hacia Almería: "...El espacio interior estaba ocupado en su casi totalidad, por una horda repugnante hacinada en la mugre y la porquería, con las capillas laterales infectadas y los míseros petates tirados por el suelo. Un niño muerto yacía al pie de una columna; un hedor insoportable —el clásico olor a rojo— se extendía por las naves..."

La marcha va parándose en lugares de Memoria Histórica, hitos importantes o pruebas materiales de los sucesos de aquel momento trágico. Han sido tres paradas entre Málaga y el Rincón de la Victoria. En

la primera, Jesús Majada, historiador, ha hablado del heroísmo y la valentía del doctor canadiense Norman Bethune y sus compañeros Hazen Sise y Thomas Worsley que socorrieron a la gente que lograron pasar el Guadalfeo y Motril y además realizaron el testimonio gráfico que ha inmortalizado la masiva huida de la población. En la segunda, nos hemos parado en el monolito que recuerda el hundimiento, a la entrada de la Cala del Moral, perteneciente al Rincón de la Victoria, del submarino republicano C3, por parte del submarino U32 de la marina alemana nazi, submarino en el que permanecen unos 37 marineros, la mayoría originarios de Cartagena, encerrados en esa tumba y que no costaría mucho reflotar y rescatar. En la tercera, el boquete hecho en la roca por donde pasa un túnel por donde circulaba el tren costero de la Cochinita, y que sirvió de refugio a quienes huían y que atravesó un obús, disparado por alguno de los barcos de guerra que persiguieron por el mar a la población que huía. La marcha ha acabado en la plaza del Ayto. del Rincón, donde se ha denunciado, por parte de los grupos de izquierda del Concejo, PSOE, PODEMOS e IU, la postura del alcalde del Rincón y Presidente de la Diputación de Málaga, que niega la Historia de la Desbandá como un invento de los rojos y se niega a cumplir la Ley de Memoria Histórica en el pueblo. El representante del PSOE del Rincón nos cuenta, y ello es una constante permanente en la población malagueña en cuanto se rasca un poco, la historia de la familia, que su padre nació en Cartagena, porque su familia también participó en la huida. También el alcalde de Viñuela, en el acto posterior en Torre del Mar, cuenta que sus dos abuelos participaron en la Desbandá, muriendo durante ella su abuelo materno.

La comida, elaborada por los cocineros de campaña que acompañan la marcha, la

hacemos, pasadas ya las 4 de la tarde, en el Polideportivo de Torre del Mar, donde vamos a pernoctar.

A las 5:30h celebramos el homenaje en recuerdo del farero de Torre del Mar, Anselmo Vilar García. Él, gallego originario de Lugo, decidió durante las noches del 6 y 7 de febrero, no encender las luces del faro, para que los aviones italianos y alemanes no pudieran ver a las decenas de miles de personas, que habiendo salido de Málaga, o por haber bajado por el boquete de Zafarraya, descansaban, comían cañas de azúcar o bebían de los arroyos en la gran llanura que por entonces se extendía a la entrada de Torre del mar donde el faro estaba situado. El día 9, una vez que las tropas fascistas habían tomado Vélez el día 8, el farero fue fusilado. El ayuntamiento de Vélez Málaga, municipio al que pertenece Torre del Mar, ha acordado denominar la plaza donde está ubicado el faro antiguo de Torre del Mar, plaza de Anselmo Vilar García. En el acto, además de la información detallada del historiador Jesús Hurtado sobre los faros de Torre del Mar y el asesinato del farero, se han leído dos poesías dedicadas al farero, una de un compañero de Valencia y otra de Bilbao, que han arrancado lágrimas de algunas de la personas asistentes.

El acto final del día, ha sido el recibimiento oficial del Ayuntamiento de Vélez a la marcha, al final del cual, la cantante Rozalen, con una voz extraordinaria en directo, ha cantado dos canciones referidas la Memoria Histórica (una de ellas la famosa "Si me quieres escribir, ya sabes mi paradero...") y otra suya, ya clásica, en defensa de las mujeres. Antes de cantar ha contado su compromiso con la memoria histórica y la admiración por su abuelo que luchó defendiendo a la República.

Mañana tenemos una etapa larga, desde Torre del Mar hasta Nerja.

03/02/2023. Segunda etapa. Supervivientes de la Desbandá de 1937 siguen dando testimonio



Salimos del polideportivo de Torre del Mar a las 08:20h, con 20 minutos de retraso, y es que la afluencia de participantes de este año desborda nuestras infraestructuras. No es fácil preparar desayuno para 208 personas que han salido hoy a la marcha, de las cuales, 118 son mujeres y 90 hombres. Y es que el desayuno es buffet bueno, pan tostado con aceite de oliva virgen o mantequilla con mermelada, o galletas y dulces, más zumos, café o infusiones, y leche de varios tipos.

La primera parada que hacemos es en la estatua de Norman Bethune, dando la mano a una niña como símbolo de todas las criaturas, niños y niñas, que salvó de la carretera trasladándolas en la furgoneta de donde habían sacado todos los equipos médicos de campaña que llevaba, para atender a heridos de guerra.

El camino de Vélez Málaga a Torrox, siempre a la orilla del mar y con un sol que nos obliga a quitarnos rápidamente la ropa de abrigo, está lleno de calidez humana. Nos alegran los gritos constantes de Viva la República y los deseos de que hagamos buen camino hasta Almería. Un hombre emocionado se acerca a nuestro guía y dándole la mano le dice que por ahí huyó su padre. En Torrox, siempre hacemos una parada en el mirador que hay junto al faro. En esta ocasión, y después de que la ma-

yoría de las mujeres se hicieran una foto y fuéramos a reanudarla marcha, nos avisan de que un superviviente de la Desbandá quiere hablar con todo el grupo. De inmediato y de manera improvisada, le traemos el equipo de sonido y el micro que llevamos de campaña, le buscamos una silla y le escuchamos con atención. Se llama Salvador Mesa López y es natural de Torrox. Cuenta que, cuando tenía 8 años, (ahora tiene 94 años y lo hemos visto bastante lúcido) salieron huyendo en la "corría"; era el 7 de febrero, fueron andando, pasaron por la Herradura y llegaron hasta Salobreña, durmiendo en el Castillo aquella noche. No pudieron pasar el río Guadalfeo (él dice el río de Salobreña) porque bajaba mucha agua y se había llevado el puente, aunque muchas personas intentaron pasar tirándose al agua y se ahogaron. Había un griterío enorme. Al pasar por Torrenueva, (una aldea de pescadores que está pasado Motril) se embarcaron en un sardinero, (un pequeño barco de pesca) y en él, llegaron hasta Almería. El barco, en Almería, era la casa y refugio de la familia, hasta que apareció el dueño del sardinero que también había salido huyendo, y, claro está, le devolvieron el barco a su dueño. La familia entonces, como otras muchas personas, se instaló en las cuevas de la Sierra que hay a la entrada de Almería. Recuerda los bombardeos que la aviación realizaba sobre la ciudad, pero ellos en las cuevas no corrían peligro. Al acabar la guerra y ocupar las tropas franquistas Almería, metieron a muchas personas que eran de Málaga en un mercante y los desembarcaron en el puerto, llevándolos a continuación a la Plaza de Toros, donde estuvieron encerrados hasta que los soltaron.

Lo que nos cuenta Salvador sobre el confinamiento en la plaza de toros de Málaga, está documentado. En Málaga capital estuvo funcionando el campo de concen-

tración de La Aurora, (ahora centro comercial Larios, junto a la estación del AVE) que funcionó entre junio de 1938 y noviembre de 1939, pero tuvo que ampliarse al final de la guerra por el exceso de personas presas por lo que se recurrió a dicho lugar. En el campo de concentración investigaban a las personas y las dividían en tres grupos, las que eran directamente fusiladas o condenadas a largos años de cárcel, las que eran dudosas y frecuentemente las usaban en trabajos forzados y las que eran liberadas. Seguramente la familia de Salvador fue de las que tuvieron suerte y fue puesta en libertad. Nos despedimos del Faro de Torrox, dando un fuerte aplauso a la bandera republicana que, habitualmente, sale a la terraza cuando año tras año pasamos por el faro.

Después del faro de Torrox, y antes de entrar en el término municipal de Nerja, hacemos parada en Calaceite. Allí está hundido el barco mercante Delfín, que hacía una ruta comercial entre Murcia y Málaga. De Murcia venía arroz y de Málaga mandaban aceite. No obstante al comenzar la guerra tuvo otros usos. Se utilizó en un primer momento como prisión provisional para los presos detenidos en el intento de golpe de estado fascista que fracasó en Málaga y que luego volvió a su uso natural de transportar víveres. El 30 de enero de 1937, cuando venía cargado con víveres desde Murcia hacia Málaga, concretamente, harina, bacalao y aceite, fue hundido por los torpedos del submarino italiano *Ciro Menotti*. El capitán del barco que estaba siendo atacado también por aviones intentó huir encallando en la playa para salvar la mercancía que llevaba, pero el submarino lo alcanzó antes.

Estos datos nos indican que el Gobierno de la República no se olvidó de Málaga e intentaba paliar la escasez de alimento que se padecía y también que el hundimiento

de un mercante que llevaba alimentos a una población asediada fue un crimen de guerra. Igual que una semana después, cuando tomaron Málaga, ametrallaban a la población civil que huía, antes querían matar de hambre a todas las personas que pudieran por seguir siendo leales a la República. Había tanta hambre, que la gente iba al puerto todos los días para ver si venía el esperado barco del arroz.

Finalmente llegamos a Nerja, donde hacemos un último acto de recuerdo a los alumnos del colegio de huérfanos de Torremolinos. Unos 80 fueron evacuados a Nerja, junto a un grupo de profesores mientras el frente estuviera tan cerca. Al caer Málaga, decidieron evacuarlos hacia Almería en autobuses, que salían justo de la plaza de la Ermita en el centro del pueblo. Cuando los niños con sus profesores estaban a punto de tomar los autobuses aparecieron los aviones alemanes y comenzaron a bombardear la zona, unos salieron corriendo y otros se quedaron dentro de los autobuses. Cuando acabó el bombardeo, solo 10 niños había sobrevivido, y todos los profesores acompañantes habían muerto. Los niños sobrevivientes hicieron la huida a pie, viviendo los horrores de la marcha como tantos otros miles de gente y uno de ellos pudo contarlos. Este niño, era Miguel Escalona, que fue el primer alcalde de Torremolinos, candidato del PSOE, una vez que éste pueblo consiguió ser municipio independiente de Málaga en 1988.

Llegamos al polideportivo de Nerja pasadas las 15:30h después de recorrer unos 25km, Teniendo en cuenta la avanzada edad de la mayoría de participantes, al menos 15 personas ya han acusado el desgaste de la marcha.

A las 17:30 se celebra una asamblea específica de mujeres. Van a debatir sobre su forma de participación en la marcha, sobre cómo aumentar la comunicación entre

ellas y propuestas para una mayor participación en el futuro. Precisamente, y al hilo del mensaje que estamos dando de esta marcha como homenaje a las mujeres, un compañero que ha hecho la Desbandá en otras ocasiones, nos ha mandado hoy una frase de Louis Aragón, famosos poeta y comunista francés: “La mujer es el porvenir del hombre”.

La actividad del día acaba con un debate entre 4 supervivientes y 10 jóvenes. Los supervivientes, que están participando en los actos de la Desbandá, son Ana Pomares con casi 95 años, María Hidalgo con 91 años y Amparo Sánchez y Manuel Triano con 87 años o a punto de cumplirlos, ya que eran bebés de menos de 1 año, cuando se inició la Desbandá en 1937. El debate, muy interesante, al que han asistido un buen grupo de marchistas, ha resultado muy interesante, preguntando la gente joven sobre cómo vivieron el pasado los mayores, pero también como viven el presente.

Mañana sábado, 4 de febrero, marchamos desde Nerja a Almuñécar, un recorrido más corto que el de hoy, pero mucho más accidentado y quizás una de las etapas más bonitas en cuanto al paisaje que recorreremos.

04/02/2023. Tercera etapa. Homenaje a Matilde landa

La marcha sale hoy del polideportivo de Nerja, un poquito retrasada, igual que ayer, pero con más gente. Somos 265 personas, entre las cuales hay 147 mujeres, dos de ellas, tienen aproximadamente 5 años, pero con la ayuda de mamá y papá van como dos jabatas; el resto son 118 hombres. Hay gran satisfacción en la marcha, porque el llamamiento a una Desbandá en honor a las mujeres que soportaron el peso terrible de la huida en 1937, ha

surtido efecto y muchas mujeres han respondido al llamamiento.

La primera parada de la Memoria la hacemos en el Puente Viejo del Barranco de Maro. La compañera Teresa Acuña, explica muy bien, cómo en un barranco estrecho en el fondo, pero abierto al mar, con altos acantilados, sin posibilidad de paso por ningún otro sitio, que no fuera el puente, fueron bombardeadas por los barcos de guerra franquistas, Baleares, Canarias y Almirante Cervera, las personas que venían huyendo desde Málaga. Después David Franco ha explicado que el Puente Viejo y todo su entorno, va a ser adecentado y caracterizado oficialmente como lugar de Memoria Histórica.

La segunda parada es alrededor del pequeño puente del río de la miel. La compañera María Huelva explica que hay un testimonio publicado en Diario Sur de Málaga, de una de las personas supervivientes que relatan cómo, los aviones ametrallaban en ese sitio a la gente. Pero para dar fuerza y crudeza al relato, ha leído emocionada un fragmento del relato del escritor Max Aub, titulado “El cojo”. El relato es ficción, pero Max lo recoge de fuentes fidedignas que relataron lo que estaba pasando con las personas que huían de Málaga. Merece mucho la pena perder 2 minutos en su lectura:

“Carretera adelante el éxodo continuaba. La Rafaela y su madre andaban confundidas con la masa negra. Sobre el llano no había más líneas verticales que los postes del telégrafo.

De pronto, desde allá abajo vino un alarido: «¡Que vienen!». La gente se dispersó con una rapidez inaudita; en la carretera quedaron enseres, carruajes y un niño llorando.

Llegaba una escuadrilla de caza enemiga. Ametrallaban, a cien metros de altura. Se veían perfectamente los tripulantes.

Pasaron y se fueron. Había pocos heridos y muchos ayes, bestias muertas que se apartaban a las zanjas. El caminar continuaba bajo el terror. Una mujer se murió de repente. Los hombres válidos corrían, sin hacer caso de súplicas. Los automóviles despertaban un odio feroz. La Rafaela se había levantado con dificultad. Su madre la miró angustiada. —¿Te duele? La hija, con un pañuelo en la boca, no contestaba. « ¡Que vuelven! ». La Rafaela sufría tanto que no pudo hacer caso al alarido que un viejo le espetaba, diez metros más allá. —Acuéstese, acuéstese. Agarrada a un poste de telégrafo, espatañada, sentía cómo se le desgarraban las entrañas. —Tumbate, chiquilla, tumbate — gemía la madre, caída. Y la Rafaela de pie, con el pañuelo mordido en la boca, estaba dando a luz. Le parecía que la partían a hachazos. El ruido de los aviones, terrible, rapidísimo y las ametralladoras y las bombas de mano: a treinta metros. Para ellos debía ser un juego acrobático. La Rafaela sólo sentía los dolores del parto. Le entraron cinco proyectiles por la espalda y no lo notó. Se dio cuenta de que soltaba aquel tronco y que todo se volvía blando y fácil. Dijo «Jesús» y se desplomó, muerta en el aire todavía.

Los aviones marcharon. Había cuerpos tumbados que gemían y otros quietos y mudos; más lejos, a campo traviesa, corría una chiquilla loca. Un kilómetro más abajo el río oscuro se volvía a formar; contra él se abrían paso unas ambulancias; en sus costados se podía leer: «El pueblo sueco al pueblo español». Hallaron muerta a la madre y oyeron los gemidos del recién nacido. Cortaron el cordón umbilical. — ¿Vive? — Vive.

Y uno que llegaba arrastrándose con una bala en el pie izquierdo dijo:

—Yo la conocía, es Rafaela. Rafaela Pérez Montalbán; yo soy escribano. Quería que fuese chica.

Uno: Lo es.

El escribano: Y que se llamara Esperanza.

Uno cualquiera: ¿Por qué no?"

Max Aub, un escritor maldito en España, del que apenas se conocen sus obras, entre otras cosas porque la mayoría siguen sin editarse. Un hombre comprometido con la República al que también habrá que sacar del olvido.

La marcha continua, las cabras montesas de los acantilados de Maro, como todos los años, nos saludan desde los riscos. Cerca del pueblo de la Herradura varios autobuses nos acercan a la entrada de Almuñécar. La marcha con tanta gente es lenta y no nos da tiempo cubrir todos los objetivos. En el paseo marítimo de Almuñécar, las mujeres se ponen a la cabeza con su pancarta y marchamos en manifestación hasta un parque donde se descubre una placa en recuerdo de la Desbandá.

Entre las personas que hablan, Amparo Sánchez Monroy, emociona especialmente a la gente que la escuchamos. Ella es una de las supervivientes que nos acompañan y que hoy ha hecho el recorrido a pie junto a todas las demás personas de la marcha, a pesar de tener 86 años. Estuvo en el campo de concentración de Argelès-sur-Mer, un trozo de playa rodeado de alambradas, donde el gobierno francés encerró a miles de las personas que huyeron de Cataluña tras la caída de Barcelona. Amparo cuenta que en los tres primeros meses del encierro murieron decenas de bebés de edad similar a la que ella tenía, apenas 1 año. Era fuerte y sigue siendo fuerte en su lucha en defensa de la Memoria y en la reivindicación de la verdad, la justicia y la reparación.

Una vez acabado el acto, los autobuses nos trasladan a Salobreña donde disponemos de mejor cobertura e infraestructura. Mañana volveremos en autobús a Almuñécar y haremos la marcha desde allí hasta

la desembocadura del Guadalfeo, donde tantas personas de la Desbandá se ahogaron, o tuvieron que volverse para Málaga.

Nuestra marcha anual en recuerdo de las víctimas de la Desbandá, está lleno de historias vivas. Ocurre que vienen gente y cuenta la historia de su familia, pero también gente que viene por impulsos solidarios y se encuentra con que descubre, que la historia de su familia está relacionada con la Desbandá. A aquellas personas que puedan contarnos cosas, le rogamos encarecidamente que nos la cuenten. La historia con mayúsculas está compuesta de historias minúsculas que nos ayudan mucho a entender la historia global.

Denis, un chico joven que nos acompaña por primera vez en esta marcha nos cuenta la historia de los que considera sus abuelos adoptivos. Los datos de la historia que él no recordaba bien los ha resuelto llamando por teléfono al nieto real de los protagonistas de la historia. El abuelo se llamaba Antonio Santiago Campos, y participó en la creación de La 52ª Brigada Mixta, en enero de 1937, con las fuerzas del subsector de Villanueva de Cauche (una pedanía de Antequera muy cercana a Málaga) prácticamente lo que pudieron hacer es huir del cerco a Málaga e incorporarse a la 20 División que operaba en la zona de Jaén y Granada. Peleó en Córdoba, en Extremadura, en Teruel y en Cataluña. Su nieto recuerda dos anécdotas que él contaba. La primera, es que estando herido en un hospital de Valencia, le tocó una cama junto a la ventana, desde el cual se veía un bonito paisaje; después de varios días, su compañero de la cama siguiente, un capitán que él conocía, le pidió por favor que le cambiara la cama para poder ver también el paisaje y disfrutar mejor de la luz. El accedió y eso le salvó la vida a Antonio, porque en un bombardeo fascista poco después, una metralla entró por la ventana

na y mató al capitán. La segunda es que, mandando una compañía de zapadores, le requirieron en un sector del frente de Cataluña. Su mando le hizo un croquis de donde tenían que ir y debió confundirse porque lo mandó a terreno enemigo. Él llegó con sus zapadores, y al llegar, le echaron una bronca porque habían tardado mucho tiempo desde que lo requirieron. Lo absurdo es que los fascistas, que también habían solicitado zapadores no reparan en que no eran soldados de los suyos al tener uniformes similares. Antonio si se dio cuenta y con bastante sangre fría pasó un recado de boca en boca a los suyos para que cuando el dijera salieran de allí todos pitando. Así lo hizo y así se salvaron de ser apresados o matados. Cuesta trabajo creerlo pero sucedió porque el mando republicano lo condecoró por ello y la orden está documentada. Antonio acabó en un campo de concentración en Francia, en Rivesaltes cerca de Perpignan, el mayor campo de concentración construido en Europa. Mientras el defendía la República en distintos frentes, su mujer Dolores Cabrera Lozano y su hermana Dolores Santiago Campos, huyeron con la Desbandá desde Málaga, llegaron a Cataluña y también pasaron a Francia en la gran retirada de Barcelona. Sin que ellos lo supieran estaban en el mismo campo, solo que las mujeres estaban separadas de los hombres y estuvieron conviviendo a tiro de piedra, sin que supieran donde estaba cada cual. Gracias a las gestiones del sacerdote del campo de hombres donde estaba Antonio, que le rogaba que hiciera lo que pudiera para saber dónde podría estar su mujer, éste le comunicó un día que estaba en el campo de al lado y que podían verse a través de las alambradas. Cuando fueron libres, Antonio gestionó su vuelta a España, y aunque durante el franquismo fue molestado por la policía como antiguo rojo, una vez

restituida la democracia, le fue reconocida su graduación en el ejército republicano.

Por la tarde, se ha celebrado en la Casa de la Cultura de Salobreña la Conferencia sobre Matilde Landa, una de las responsables de Socorro Rojo a la que queremos homenajear, por su labor de organización en la protección y acomodo de muchas familias de la Desbandá. La Conferencia la imparte David Ginard y sobre la impresión causada por ella y por las distintas intervenciones, quiero poner de ejemplo lo que me ha escrito una compañera, María Rosa, participante en nuestra marcha:

“Sobre todo el desconocimiento tan grande que tenemos sobre mujeres que tuvieron un papel importante en la República. Tras el golpe de Estado, ella fue la encargada de gestionar los 200 y pico “hospitales” en territorio republicano. La importancia de seguir en la lucha a pesar de estar privada de libertad, trabajó en la cárcel de las Ventas en Madrid ayudando a retrasar muchas penas de muerte e incluso a anularlas. Como fue el caso de la Dinamitera, que salió gracias a ella.

Las grandes cualidades que como mujer tenía con las limitaciones de la época para ellas: grandes convicciones políticas, activistas, humanitarias, solidarias que la hacen, bajo mi punto de vista, la mejor de las combinaciones para los trabajos que hizo.

Una mujer para pararse, estudiarla, entenderla y aprender. Me llevo como siempre la sensación de cuánto hay por aprender.

Gracias a las Asociación la Desbandá por acercarnos más a esa luz.

05/02/2023. Cuarta etapa. Pasamos el Guadalfeo

Antes de salir hoy de marcha, en la etapa Almuñécar-Salobreña, y en la cola del

café, que es bastante larga y da tiempo de hacer amistades para toda la vida, converso con Alex Díaz Rey, un joven de 28 años que viene acompañando a la Desbandá en calidad de becado. Forma parte de un grupo de diez personas jóvenes, chicos y chicas, cuya función es visitar Institutos acompañando a sobrevivientes de la Desbandá, personas con más de 80 o 90 años, que en esta 7ª marcha y por primera vez como experiencia, están dando charlas por donde pasamos, y estas, a su manera, las dan las personas sobrevivientes. Las jóvenes ayudan a su traslado y también pueden intervenir en los debates. El caso es que Alex me cuenta su implicación personal en la Desbandá porque su abuela Brígida, salió huyendo de Los Boliches, una pedanía de Fuengirola, con la Desbandá, a la edad de 6 años, junto a su madre, la bisabuela de Alex. Este tiene como profesión rodar documentales de ficción, y tiene el proyecto de hacer uno real sobre la historia de la Desbandá, aprovechando que su abuela aún está viva. Pero quiere darle una proyección al documental de la Desbandá desde la perspectiva de los niños y niñas que la hicieron, porque su abuela era una niña, y niños o niñas son todos los supervivientes que quedan, pero es que además, por un simple cálculo sencillo de matemáticas, el mayor número de personas de las que iban en la Desbandá eran personitas, ya que las familias de la época eran jóvenes y solían tener bastante descendencia. Más allá de su proyecto, cuenta lo habitual de la Desbandá, que Brígida y su familia sobrevivieron comiendo caña de azúcar e higos secos, que cuando volvieron al pueblo después de la guerra, a su bisabuela la raparon y la pasearon para escarnio público y como particularidad especial, que su bisabuela fue recovera. Las recoveras que operaron cerca del campo de Gibraltar, eran mujeres “rojas”, cuyos maridos,

o habían muerto en la guerra, o estaban exiliados o encarcelados. Ellas tenían ese estigma y solía ser discriminadas a la hora de darles trabajo, para ver si las podían matar de hambre a ellas y a sus criaturas. La opción para sobrevivir fue la del contrabando o estraperlo, fundamentalmente con productos de Gibraltar. La característica de la bisabuela de Alex es que era una mujer, por herencia genética, repetida en la familia, muy velluda, a la que le crecía el bigote, y ella lo que hacía era procurar que le creciera mucho. Cuando iban en la ruta del estraperlo, se vestía de hombre y daba el pego con el bigote, y así el grupo de mujeres, que siempre eran varias, daba la impresión, respecto a posibles extraños, de ir protegidas por un hombre.

La marcha sale del Parque del Mediterráneo donde hay una placa, que todos los años es destruida y todos los años repuesta, en honor a la Desbandá que pasó por allí. Antigüamente este parque era conocido como la Galera, y en su cercanía hubo un edificio, donde se torturó y se fusiló a personas que defendían la legalidad republicana.

Participan en la marcha de hoy, a la que damos todos los años el carácter de marcha central de la Desbandá, 558 personas, entre las cuales hay 329 mujeres (de ellas 5 niñas) y 229 hombres (de ellos 3 niños). Estos datos son del inicio de la marcha, a lo largo del trayecto se han sumado algunas personas más. La columna de a una, porque íbamos por un arcén estrecho de la carretera, tenía en torno a 1 km de largo.

Una vez en Salobreña, desde la plaza del Ayuntamiento, la marcha ya se convierte en una manifestación compacta, con las mujeres al frente, que camina hacia la desembocadura del Guadalfeo, el río donde muchas personas de la Desbandá se ahogaron al intentar cruzarlo, por el gran caudal que traía y que supuso la vuelta

atrás de otras personas, e incluso la separación de familias, como hemos relatado algún caso, que una parte pasó y otra se quedó sin pasar, produciéndose una larga separación en algunos casos de por vida.

En la manifestación, un hombre llamado Toni Esparrell, que lleva una foto bastante visible de su bisabuelo, nos cuenta su historia. Que es la del asesinato de su bisabuelo José Esparrell y el hermano de éste, Juan Esparrell. Ellos vieron pasar la Desbandá y sabían que las tropas fascistas venían detrás. Sin embargo no se sumaron a la huida porque no consideraban que hubieran cometido ningún delito. A las 2 de la mañana del 10 de febrero, aporreaaron la puerta de su casa, y se los llevaron con el pijama puesto. Una vecina los había denunciado por tener una bandera republicana escondida en un baúl. La bandera no apareció en el registro, pero de todas maneras golpearon a los dos hermanos, los ataron y se los llevaron al cementerio de Salobreña. Allí cavaron su propia fosa y los fusilaron. José, el bisabuelo de Toni, tenía 49 años y su hermano Juan 38.

El caso de José Esparrell el bisabuelo, es particularmente sangrante. Nacido en 1888, huyó de España en 1922, para no ser reclutado en la guerra de Marruecos. Se fue con su mujer y 4 hijos a Brasil, mientras que su hermano Juan, 11 años más joven, se quedó en Salobreña. Pero en Brasil, donde José tuvo dos hijas más, estalló la revolución en 1930, y José, nuevamente huyendo de la guerra, se volvió a España con toda la familia, excepto la suegra, que se quedó cuidando la casa de la familia en Brasil. Llegaron a España antes de la proclamación de la República, y cuando se produjo el golpe de estado fascista y la guerra, decidió no huir otra vez. Debió hacerlo, porque, aunque la carretera hacia Almería la bautizó Bethune como la carretera de la muerte, por la gente que murió

y el sufrimiento que se pasó, también se puede decir que fue la carretera de la vida, porque permitió que muchos miles de personas sobrevivieran y que se libaran del yugo opresor de la sangrienta dictadura franquista.

Aunque no se ha encontrado la fosa donde asesinaron a los hermanos Esparrrell. Su familia ha grabado sus nombres en un nicho del cementerio de Salobreña donde les depositan flores con los colores de la bandera republicana.

La manifestación acaba junto la desembocadura del Guadalfeo, al lado de la estatua que inauguramos el año pasado en honor a las personas que murieron en la Desbandá, estatua que se mantiene erguida, bella y majestuosa, lo que indica que las bandas fascistas saboteadoras de monumentos y placas de Memoria Histórica no han podido con ella. En el acto institucional que se celebra junto a la estatua, cabe destacar la intervención de la Vicepresidenta del Partido de la Izquierda Europea, Maite Mola, la intervención de la nieta de Juan Negrín, el último presidente de la República de España, y la intervención de la sobreviviente Ana Pomares, a la que se le ha cantado el cumpleaños feliz, con sus 95 años que ha cumplido hoy, y que ha manifestado que esta Desbandá la va a hacer completa y piensa llegar a Almería con toda la gente de la Desbandá. Ciertamente ella no anda, va en coche y se va alojando en hotelitos, pero parece ya un esfuerzo extraordinario el que esta mujer hace a su edad, interviniendo en coloquios activamente o en actos públicos. El acto acaba con el cante de Carmen Agredano, que ha compuesto la canción "Alpargatas de Sangre", con numerosas referencias a la Desbandá.

El día culmina con la representación, en el anfiteatro de la Casa de la Cultura de Salobreña, de la obra "Nacional 340" de

la compañía murciana Physical Collage & Sforza Producciones, que evidentemente trata sobre la huida masiva de la población por esa carretera.

Mañana atravesamos el frente establecido en febrero de 1937, ya que llegamos a Castell de Ferro, donde se frenó el avance del ejército fascista italiano y se les obligó a retroceder hasta Motril.

06/02/2023. Quinta etapa. La miliciana de Calahonda



Salimos de Salobreña hacia Castell de Ferro sobre las 08:15h. La columna se ha reducido hoy a unas 165 personas, entre las cuales hay 85 mujeres y 75 hombres. La zona de Motril la pasamos en autobús y nos dejan en Torrenueva, un pequeño municipio que era pedanía de Motril y consiguió su independencia en 2018. En Torrenueva, recorreremos un sendero pegado a los acantilados de la zona, atravesando un puente colgante que ha construido el nuevo ayuntamiento. El sendero es precioso y al final de ella y antes de girar a la izquierda para coger la carretera, hay, bajando una larga escalera por el acantilado una preciosa playa nudista.

El territorio, entre Motril y Castell de Ferro, donde nos alojamos esta noche, fue una zona de disputa durante unos días, después del paso de la Desbandá. Mussolini había prometido que tomaría Málaga y Almería en una semana; llegaron a tomar Castell de Ferro, (prácticamente otro pueblo vacío que se sumó a la Desbandá) pero de allí no pasaron. La XIII Brigada Internacional con los batallones Tchapaiev y Henri Viullemín, frenaron la ofensiva fascista italiana y los hicieron retroceder nuevamente hasta Motril. De hecho, podrían haber tomado Motril si no hubieran sido requeridos para frenar el avance fascista en las cumbres de Sierra Nevada que amenazaba con envolver Almería (y amenazando a Murcia) bajando por la Sierra; también allí se establecería un frente permanente con los fascistas controlando el pico del Veleta y los republicanos el Mulhacén. Mussolini, que se había jactado ante el mundo sobre como su ejército había tomado Málaga, sufrió una estrepitosa derrota, un mes después en la batalla de Guadalajara (8-23 de marzo), cuando se enfrentó a un ejército de la República más organizado y mejor armado: prácticamente, 5 tanques soviéticos acabaron con toda la división acorazada italiana. La gente de Castell pudo volver a sus casas que habían sido saqueadas en su mayoría.

Previamente a la toma de Motril, el 9 de febrero de 1937, una columna de soldados al mando del comandante de carabineros Federico Angulo Vázquez, llegó procedente de Valencia al mando de un convoy de 27 camiones. Su misión era llegar a Málaga y trasladar 80 toneladas de plata de la sucursal del Banco de España en la capital.

Al igual que Norman Bethune que también se dirigió a Málaga y nunca llegó a encontrarse a la Desbandá por el camino, el comandante Angulo se topó con la huida desde Málaga, describiéndola de la si-

guiente forma:

“El espectáculo de la carretera desde Almería hasta Adra es algo que no encuentro palabras con que explicarlo,...cerca de 200.000 personas... a pie, es algo que no tiene precedentes en la historia. Hombres muertos por la carretera del frío, hambre y cansancio. Mujeres con niños en brazos y con los pies enormemente desfigurados y llenos de llagas, caras famélicas”. Angulo se puso a las órdenes de las autoridades que en ese momento estaban en Motril, Cayetano Bolívar y el coronel Villalba, Jefe del Ejército del Sur, (el que había abandonado Málaga apresuradamente) e inmediatamente lo nombraron comandante militar de Motril. El ministro Julián Zugazoitia, recoge en sus memorias que Villalba le dijo a Federico Angulo: “No sirvo, véame usted, no sirvo. Estoy derrumbado. Encárguese usted de organizar esta derrota y de ver dónde rehace la línea si puede recuperar a los hombres”.

Angulo destinó todos los camiones de que disponía para transportar a las personas refugiadas que huían y en la mañana del 10 de febrero hizo frente al enemigo con los escasos efectivos de que disponía. Contuvo, junto a un puñado de hombres y mujeres, a la potente columna italiana al mando del coronel Guassardo, en el cauce del río Guadalfeo durante unas horas de aquella mañana, que fueron preciosas para poner a salvo a la población refugiada que huía desde Motril.

Angulo fue el último mando que abandonó la ciudad, volando el polvorín situado en las naves de la azucarera “La Fabricuilla” y cediendo su vehículo personal para el transporte de los refugiados. Fue detenido luchando en Santander el 25 de agosto de 1937. Tras su detención fue juzgado y condenado a muerte. El declaró: “Os he combatido, y devuelto a la libertad, os volvería a combatir. Soy socialista y mi

vida, militar o civil, sólo tiene un sentido: venceros”.

Antes de llegar a Calahonda, hacemos parada de Memoria Histórica en el fuerte de Carchuna. Una vez establecido el frente de manera permanente entre Calahonda y Castell de Ferro, este fuerte defensivo, de tiempos de Carlos III, se dedicó a prisión. En ella encerraron a unos 300 prisioneros asturianos, trasladados expresamente para trabajar en la construcción de caminos y de un aeródromo. De la prisión se escaparon tres tenientes que consiguieron llegar hasta las filas republicanas, mandadas casualmente por un asturiano que conocía a sus paisanos, por lo que no dudó en el relato de que a pocos kilómetros de allí estaban prisioneros 300 asturianos usados para trabajos forzosos. En pocos días, se organizó un comando nocturno, que por mar y con dos embarcaciones, después de un intento fallido que fracasó por desorientación, consiguieron tomar el fuerte, liberar a los prisioneros y atravesar, desde atrás las líneas franquistas, restableciendo el contacto con las líneas republicanas. Uno de estos presos que consiguió huir, le contó muchas veces a un amigo de su hijo el relato de la fuga del fuerte. Este chico se llama Hipólito Zapico, y actualmente es el concejal del PSOE del Ayuntamiento de Mijas que recibió a nuestra marcha, en la etapa previa a la marcha que hicimos por la Sierra de Mijas.

Con una Desbandá dedicada a las mujeres, tenemos que destacar, después de que la marcha por Calahonda, a Gerda Taro, la famosa fotógrafa que trabajó con Capa (el cual se adjudicó parte del trabajo de ella) y a su miliciana de Calahonda. Gerda hizo una foto maravillosa de una miliciana a caballo. Su porte erguido y orgulloso da otra imagen distinta a las madres que vienen huyendo en la Desbandá: estas son mujeres abnegadas y a la vez aterrorizadas defendiendo la vida de sus hijos e hi-



Gerda Taro

jas con la huida. La otra es una mujer que parece no tener obligaciones familiares y por tanto, es tan capaz como cualquier hombre de defender a la República. Gerda, que retrató a muchas milicianas, murió desgraciadamente, varios meses después, el 25 de julio en la batalla de Brunete, fruto de un desgraciado accidente al ser atropellada por un tanque republicano. Tenía 26 años, era judía alemana y había venido a ayudar a la República, huyendo de los nazis de Hitler.

Desde Calahonda, nos dividimos en dos grupos. Uno, más pequeño, toma el autobús hasta Castell de Ferro, el otro, sube a la Sierra, para llegar a Castell desde arriba. Se trata de dar una pequeña charla, en la visita a las trincheras que se conservan en la sierra: las franquistas en la línea de subida de Calahonda y las republicanas más cerca de Castell. El trayecto, con muchas subidas y bajadas, es duro.

Finalmente, en Castell, culminamos el día, con la proyección de la Película “Las cartas perdidas”, incluyendo un debate posterior con su directora, Amparo Climent y su productora Pilar Sancho. La película son cartas de mujeres en distintos periodos de la República y de la Guerra, del exilio y de la muerte. Escritas con el corazón y la pasión y narradas magistralmente por distintas actrices españolas: es una maravilla que emociona y hace llorar a la mayoría. Mañana salimos, con 22km por delante, hacia la Rábida.

07/02/23. Sexta etapa. El esfuerzo nos pasa factura

Salimos de Castell de Ferro haciendo la marcha memorialista 79 mujeres y 72 hombres, un total de 151 personas. Junto a nosotras, un equipo de apoyo permanentemente. Hay cuatro personas en cocina, 3 hombres y 1 una mujer. Dos hombres se encargan del avituallamiento. Otro, se encarga de transportar el equipaje y de alimentar las redes sociales con las noticias de la Desbandá, dos más en coches de apoyo para aquellas personas que tienen algún problema en la marcha y no pueden continuar. Dos mujeres están pendientes del alojamiento de participantes y de coordinar las charlas en los institutos por donde vamos pasando. Otra persona se encarga de transportar a invitadas a los actos de la marcha, dos ayudan en la gestión de las infraestructuras, y otras cuatro 4 coordinan alojamientos y contactos con las autoridades y la gestión de compras.

Si no me olvida de nadie, al menos 16 personas que no están andando, aunque a ratos sí, están procurando que la marcha cuente con la estructura necesaria para que sea posible. Una de ellas, José Antonio Berenguer, natural de esta zona, vive cerca de La Rábida, que interviene activamente en la organización los actos cuando pasa por su tierra, sufrió anoche un infarto en el corazón. Está hospitalizado y parece fuera de peligro, aunque le van a implantar un marcapasos. José Antonio es un hombre tranquilo, afable, muy comprometido con la causa republicana, y un maestro ya jubilado, a quienes jóvenes del pueblo saludan con mucho cariño constantemente, cuando paseamos por sus calles. Quizá es casualidad, pero creo que todo el equipo de organización está sometido a una fuerte tensión, para que todo salga bien en la marcha, que acaba pasando factura.

En el trayecto de Castell a Ferro hacia La Rábida, seguimos recibiendo muestras de apoyo por la carretera. Realmente nos causa sorpresa. Creo que es la marcha donde más veces estamos escuchando el grito de ¡¡Viva la República a nuestro paso!! A la altura de Castillo de Baños, pasó un coche con un hombre ya mayor al volante, y nos saludó con el Viva la República, siguió rodando, pero de pronto frenó el coche, paró en mitad de la carretera, se bajó, y empezó a tirarnos besos con la mano. Debía estar realmente emocionado. Cuando hemos salido de Castell de Ferro, al comienzo del pueblo, en un edificio ha aparecido una bandera republicana, a la que estamos acostumbrados, ya que todos los años, cuando pasa la Desbandá aparece en la terraza. Este año, además, casi al final del pueblo, ha aparecido otra en un balcón, donde una mujer y un hombre nos animaban a la marcha.

Con la marcha vienen bastantes mujeres francesas, también algún hombre. Pero a pesar del apelativo de francés, son las que más sienten la Desbandá porque son las descendientes de las personas que, derrotadas, perseguidas y exiliadas, acabaron rehaciendo su vida en Francia. Muchas son de raíces andaluzas, y otras de diferentes partes del Estado.

Durante toda la marcha de hoy hemos tenido riesgo de lluvia. A la izquierda, llena de nubes oscuras, estaba la Sierra de la Contraviesa, y más arriba, Sierra Nevada. A nuestra derecha, el mar, donde, al fondo, hacia Almería, se veía el cielo despejado. El viento de levante soplabá fuerte. Así que Antonio, un hombre de 75 años que viene realizando la marcha de la Desbandá desde el primer año, y que es vecino de Balerna, una pedanía del Ejido a la que llamaron Rusia la Chica (un mote destinado en Andalucía a los pueblos de izquierdas) nos dio su pronóstico: no va a llover,

porque las nubes, el levante las mueve y el poniente las llueve. Y sopla fuerte de levante. Acertó al 98%, en el descanso que hicimos en el pueblo de la Mamola: llovió ligeramente, pero cuando nos pusimos los chubasqueros y reemprendimos la marcha, cesó la lluvia.

Antes de llegar a la Rábida, recordamos un sitio de la Memoria que está relacionada con la Playa del Ruso, que está debajo de unos acantilados antes de llegar al pueblo. Se llama así, porque en 1921, un marino ruso llamado Basilio Lukianov, desertó de un barco soviético, en el puerto de Málaga, junto con dos compañeros. Iban andando camino de Valencia, y al pasar por aquella playa, decidió quedarse a vivir en una cueva del acantilado que cae en la playa y que tiene un pequeño manantial de agua dulce. Efectivamente allí vivió hasta su muerte siendo considerado en el pueblo como un vecino más, tanto así que decidieron darle el nombre a la playa.

Pero hay otra historia más trágica que la del ruso. Al paso de la huida de la Desbandá, una mujer se puso a parir de noche, lo cual no fue un caso aislado, mientras la riada de gente seguía la marcha: este caso acabó en tragedia, ya que nada más tener al niño, lo arrojó como pudo y se echó otra vez a andar, pero enseguida se dio cuenta que no lo llevaba, que se le había escurrido. Desesperada volvió sobre

sus pasos y encontró al bebé muerto, pisado sin querer por la gente. Destrozada, se tiró por el barranco y se mató. A madre e hijo no las mataron las balas ni las bombas, pero fueron también víctimas del terrorismo fascista.

Desde la Rábida salimos en autobuses hasta Albuñol, donde nos han cedido un local cultural llamado “La era del gitano”. Es una nave amplia con un escenario de teatro. Allí, después de comer, celebramos Asamblea General de la Asociación de la Desbandá donde se aprueba el informe de actividades de 2022 y el plan de trabajo para 2023.

Mañana volvemos en autobús a la Rábida, desde donde se iniciará la marcha hacia Adra.

08/02/2023. Séptima etapa. Estamos ya en Almería y nos siguen bombardeando

Salimos en autobús hacia la Rábida, desde el Centro Cultural “La era del gitano” de Albuñol, donde hemos pernoctado. Somos prácticamente el mismo número de personas que ayer. Ya en la Rábida, como en años anteriores, Mercedes, una mujer mayor que cumple 81 años el próximo 15 de mayo, y miembro del Ateneo Republicano, nos prepara un desayuno, del que ella ya ha hecho una tradición; unos riquí-



simos buñuelos, parecidos a los tejeringos malagueños, pero más gruesos y de rosca más pequeña y una chocolatada para desayunar. Para ello se levanta a las 4 de la mañana, preparar la masa, y tenerlo todo a punto para las 9 de la mañana, donde desayunamos más de 150 personas. Desde 2018, que empezamos a parar en la Rábida, ella los prepara, según dice, como una manera de participar en nuestra causa y nos asegura que mientras ella tenga fuerzas, tendremos desayuno a nuestro paso por la Rábida.

En la marcha nos acompaña también una mujer francesa, Sylvie, que descende de otra Desbandá, la de la caída de Asturias y que, al mismo tiempo, tiene mucho que ver con la Desbandá de Andalucía. La ofensiva sobre Asturias comenzó desde Cantabria el 1 de septiembre de 1937. Se repitió allí, lo que en otros frentes de guerra. No se pudo resistir porque tenían armamento inferior, les faltaban municiones y fueron machacados por la aviación alemana. Hasta el 22 de septiembre, un puñado de infantes de marina mantuvo la bandera republicana en lo alto de Peña Blanca. Los propios mandos franquistas reconocieron que la batalla había sido una pesadilla. El 20 de octubre el ejército fascista tomó el último reducto republicano en Gijón.

La abuela de Sylvie era una enfermera de CNT llamada Aurora. Huyó como muchas personas civiles a Francia, para volver a reintegrarse en territorio republicano por Cataluña. Dejó en Asturias a una hija llamada Aurora, como ella, al cuidado de su madre y su padre, los cuales, presentaron a la niña como su propia hija. El padre de familia adinerada no quiso saber nada de la niña. Pero cuando Aurora madre huye a Barcelona, va también embarazada, ya que dio luz a otra niña en la capital catalana el 30 de abril de 1938 y cuando tuvo

oportunidad declaró que el padre de esa nueva criatura a la que llamaron Libertad, se llamaba Ángel García, por lo que la niña se llamó Libertad García Fernández. El 26 de enero de 1939 cae Barcelona, así que, cuando la niña tiene apenas 8 meses, su madre, con ella en brazos, se marcha a Francia en la retirada de Cataluña, en la que participaron más de medio millón de personas. Una vez en Francia, son trasladadas como refugiadas al Centro de Perone en el norte de Francia, donde son acogidas, como protegidas por la familia López. Un matrimonio originario de Jímena de la Frontera, de Cádiz, y que estaban allí refugiados con 5 hijos, teniendo otros dos luchando por la República. La familia López salió huyendo desde Algeciras hasta Málaga y allí se unieron a la Desbandá, de modo, que como otros miles de personas, al final acabaron en Francia. Aurora madre, su hija Libertad y la familia López, no estuvieron mucho tiempo en Perone. El 25 de junio de 1940 el ejército francés se rinde ante la Alemania nazi y esta ocupa gran parte del norte y el oeste de Francia, dejando el resto para un Estado títere, teóricamente independiente, que fue la Francia de Vichy. La nueva autoridad francesa trasladó a las personas refugiadas en Perone al campo de concentración de Bram, en el sur de Francia. Una vez en ese campo, Aurora madre muere de Tifus, y la niña queda al cuidado de la familia López. Una noche, un gendarme francés de los que hacían guardia escuchó ruidos donde se depositaba la basura y sorprendió a la pequeña Libertad rebuscando comida entre la basura. Al día siguiente preguntó quiénes eran sus padres y le dijeron que era huérfana. La familia López no se atrevió a decir que estaba bajo su cuidado. Desde entonces el gendarme daba todas las noches de comer a Libertad en la cantina del campo. La familia López decidió, antes

las opciones que le daban las autoridades francesas, volver a España, y se volvieron a Andalucía pensando gestionar la adopción de la niña desde allí. No tuvieron ninguna. Finalmente, fue el gendarme francés quien adoptó a la niña Libertad, concediéndole otro nombre y apellidos, pero siempre le hizo saber que era adoptada y española. Libertad, convertida en francesa, se casó, tuvo 4 hij@s, y una de ell@s fue Sylvie Fabia. Esta, a partir de que tenía unos 18 años, comenzó a insistirle a su madre que era necesario conocer el paradero de sus parientes españoles. Libertad siempre se negó, pero cuando murieron sus padres adoptivos franceses aceptó la recomendación de su hija y le facilitó un papel que le había dejado su padre adoptivo francés. En el papel venía su nombre español de Libertad, el nombre de su padre, Ángel García y el sitio de donde eran originarios, Villaviciosa, un pueblo de la cuenca minera de Oviedo. Sylvie hizo gestiones por teléfono y le dijeron que efectivamente allí vivía Aurora hija. Finalmente Sylvie y su madre Libertad viajaron a Asturias y pudieron reencontrarse con su familia española. Pero Sylvie quería ir más allá, quería conocer el paradero de su abuelo Ángel García y por ello hicieron gestiones en los archivos del campo de concentración de Bram, donde murió Aurora madre y donde convivió con la familia López. Ella quería conocer el paradero de los López y en los archivos encontraron los nombres de los padres y de los hijos. Sylvie, utilizando un sistema francés que localiza por internet los números de teléfonos por los nombres de sus propietarios, empezó a llamar a l@s hij@s de la familia López. Hizo infinidad de llamadas hasta que por fin, alguien, al otro lado del teléfono le respondió, que sí, que era de la familia López que estuvo internada en campos franceses y que vivían en Jimena de la Frontera y que además, Liber-

tad estaba siempre presente en las conversaciones de la familia. Sylvie y su madre Libertad viajaron a Jimena de la Frontera y se reencontraron con la que también era su familia adoptiva, l@s López, que además conservaba distintas fotos de Aurora madre y Libertad en los campos de concentración franceses

Sylvie nos acompaña en la marcha hasta Almería porque se identifica con la causa de las personas que defendieron la legalidad republicana y fueron presas, exiliadas, torturadas o asesinadas por el fascismo. Lleva en su mochila una foto de la familia López, que hizo la Desbandá en 1937 y en agradecimiento a la protección que hicieron de su madre Libertad y su abuela Aurora. Sylvie no renuncia a conocer el paradero de su abuelo Ángel García y seguirá andando hasta encontrarlo.

La marcha acaba en Adra, donde se estableció el primer campo de refugiados de la gente que huía en la Desbandá. Parecía que el peligro había pasado y que ya podían descansar y continuar con las fuerzas repuestas; sin embargo, el 13 de febrero de 1937, la aviación franquista bombardeó el campamento, creando tal pánico que el pueblo pensó que el bombardeo era el comienzo de una nueva ofensiva fascista por tierra, por lo que, volvieron a huir los que ya venían en la Desbandá y además casi todo el pueblo de Adra en la dirección de Almería. Poco después se pudo saber que los bombardeos solo obedecían a la saña asesina de los fascistas y no a ninguna ofensiva, por lo que la gente volvió hacia Adra.

Por la tarde, a las 19:30 hemos tenido una Conferencia sobre la Brigadista Tina Modotti, revolucionaria italiana que se dejó la piel en el Socorro Rojo, organizando evacuaciones, alimento para la población y organizando la atención a personas heridas y enfermas. España tiene una deu-

da con ella, así como con tod@s las personas que de todo el mundo vinieron a defender la libertad y a combatir el fascismo en España.

Mañana salimos desde Adra y caminamos hasta el Castillo de Guardias Viejas, ya en el municipio del Ejido, algo más de 20 km de distancia.

09/02/2023. Octava etapa. Más mujeres de socorro rojo

Salimos desde Adra, con un número similar de marchistas que ayer, aunque anoche se nos unió una joven pareja, que viene desde Málaga y que participa por primera vez en la marcha. Esta discurre entre invernaderos durante un gran trecho del camino, hasta que ya en el término municipal de El Ejido, atravesamos los núcleos urbanos de Bala Negra, Balerna y Guardias Viejas, donde acabamos el trayecto de hoy de 21 km y nos vamos en autobús al polideportivo de Vícar, el único municipio de la zona, gobernado por el PSOE, que ve con simpatía nuestra lucha y nos brinda las instalaciones de las que dispone.

Durante el transcurso de la marcha por los invernaderos, asombra la cantidad de restos de basuras que hay por muchos sitios. Plásticos desechados de los invernaderos, montañas de desbroce de las plantas ya recogidas o montones de verduras tiradas en las calles que forman los invernaderos. Más allá del sistema técnico de producción de invernaderos, no es de recibo que carguen el costo de la limpieza al sistema público de recogidas de basura o a la contaminación del medio ambiente. Vemos también algunos trabajadores africanos, negros o magrebíes. Más allá del tema del racismo o el tema de la falta de papeles, lo que es innegable es que habitualmente están sobre explotados. Básicamente porque no les pagan el salario míni-



Rosalía Gambero

mo y trabajan una media de 50 horas a la semana, sin mencionar la falta de medidas de salud laboral.

La pareja malagueña que se incorporó anoche en la marcha ha tenido la experiencia, habitual en la marcha de la Desbandá, de que alguien se le acerque y les cuente que también está relacionada con la tragedia de la Desbandá de 1937. Se trata de una mujer que les cuenta que su abuela salió huyendo de Ronda con dos niñas pequeñas, a las que disfrazó de niños, por si llegaban los fascistas y querían violarlas. Tuvo la suerte, que en el inicio de la Desbandá en la propia Málaga, a la altura del Paseo Reding, una zona de gente rica, por donde se pasa camino de la carretera de Almería, una mujer los acogió en su casa y les libró de la huida y la posterior represión. Esta nieta, acabó viviendo en Adra, pero por otros azares de la vida.

Ayer participamos en una conferencia sobre la figura de Tina Modotti y su trabajo en Socorro Rojo, además de la anterior de Matilde Landa. Vamos ahora a contar la historia de otra mujer, menos conocida, pero también militante de Socorro Rojo. Se trata de Rosalía Gambero Rodríguez, la

Chiquita. Antes de ser ocupada Fuengirola, huyó con su marido Juan Merino Ruiz, con la Desbandá en dirección a Almería. De Almería pasó a Chester (Valencia) y de allí a la localidad de Puigcerdá (Girona), donde no pudo huir a Francia. Tuvo que volver a Fuengirola, donde la detuvieron el día 3 de mayo de 1939. Pero ya antes, había perdido a sus dos hermanos y a su marido. A Lázaro, de 46 años, hermano mayor de Rosalía, lo fusilaron el 29 de marzo de 1937, poco tiempo después de ser ocupadas Mijas y Fuengirola. Su segundo hermano, Cristóbal, que también volvió al acabar la guerra a Fuengirola, fue detenido el 24 de abril de 1939 y condenado a pena de muerte. Lo fusilaron el 7 de febrero de 1940 en las tapias del cementerio de San Rafael de Málaga. Finalmente, su marido, Juan Merino Ruíz, que estuvo defendiendo la República en distintos frentes, fue detenido en Córdoba al finalizar la guerra, fue detenido en Córdoba, llevado a Fuengirola y condenado a muerte por un Consejo de Guerra.

La Chiquita es detenida por su afiliación a las Juventudes Socialistas Unificadas, por ser miembro activo del Socorro Rojo Internacional y dirigente de la Unión General de Trabajadores, en la sección de empleadas domésticas. Fue denunciada por ser una exaltada extremista durante la "dominación roja" y participar "en el saqueo de las casas de personas de orden, llevándose ropa de hombre y de mujer, utensilios de las viviendas, todo aquello que componen el mobiliario de una casa".

Lo cierto es que la Chiquita era una persona reconocida entre las mujeres y especialmente importante entre las empleadas domésticas, donde realizaba su actividad sindical y fomentaba "la huelga de empleadas domésticas, sacándolas de las casas donde servían a personas de orden". Organizando además las manifestaciones

de mujeres durante los días de huelga. También organizaba actos de solidaridad del Socorro Rojo Internacional, para quien recaudaba dinero y utensilios diversos, y "solía vestir de miliciana, llevando un pañuelo rojo con la hoz y el martillo, y una pistola colgada del pecho".

La Chiquita fue condenada a pena perpetua por el delito de "adhesión a la rebelión", siendo sustituida la condena por 30 años de reclusión. Estuvo presa en Amorebieta (Vizcaya) y posteriormente a Pamplona. Por reducción de penas, en 1944, le dieron libertad provisional, teniendo que presentarse periódicamente a las autoridades. Sólo consiguió la libertad plena el 5 de marzo de 1951. Todos estos datos nos lo ha facilitado Manuel Lloret, uno de los historiadores de la zona de Mijas, habitual colaborador de la Desbandá.

La memoria de Rosalía Gambero, la Chiquita, se mantiene en La Cala de Mijas, donde quienes la conocieron, dan fe de la entereza, de la indignación que sentía ante toda injusticia y, en contraste con su baja estatura, su gran altura ética y la coherencia en sus ideas, valores que hicieron que se ganara el respeto y admiración de sus vecinos.

Por la tarde, ya en el polideportivo de Vúcar, se nos unen vari@s compañer@s de Cocentaina, un pueblo de Alicante. Entre ellos está Miguel, que es de origen andaluz, de Jaén. Ha participado otras veces en la Desbandá, siempre con su bandera andaluza y siempre a la cabeza de la marcha. Viene esta vez con su esposa, que también ha participado activamente en la marcha de la Desbandá y con dos hijas. Miguel es el más veterano de la Desbandá, ya que la semana que viene cumplirá 85 años, y a su edad sigue haciendo marchas con mucha más soltura que personas mucho más jóvenes.

El programa cultural de hoy es la proyección del Documental: "El Silencio de

Otros". Trata de la lucha de las familias de las personas asesinadas por el fascismo, que quieren recuperar los restos de sus familiares de las fosas comunes donde los tiraron como perros. El Ministerio de Justicia cifra en más de 2.500 las fosas halladas en todo el territorio español que guardan en su interior los restos de las más de 130.000 víctimas del fascismo. En los últimos 19 años se han abierto tan solo 740 fosas en España, de las que se han logrado recuperar los cuerpos de 9.000 víctimas. El documental también habla de los esfuerzos por aplicar en España la justicia contra los delitos de lesa humanidad, que nunca prescriben, a pesar de las leyes de impunidad de la que se dotan las dictaduras para no rendir cuentas. Después de la proyección se celebra un coloquio muy animado en la que participan como expertos, Pablo Mayoral y Luis Suarez de la Asociación La Comuna, de ex-presos políticos.

Mañana, hacemos una etapa más corta, unos 15 km, donde bajaremos otra vez en autobús al Ejido y desde allí pasaremos a Roquetas, en la penúltima jornada de la marcha.

10/02/2023. Novena etapa. Siguen saliendo testimonios directos de la masacre de la carretera de la muerte

Hoy, con un número similar al de ayer, con algunas incorporaciones más, hemos hecho el recorrido desde el final del Ejido en el Paraje Natural Entinas Sabinar, y hemos recorrido todo el paseo de Roquetas de Mar, hasta llegar al comienzo de Aguadulce, donde mañana comenzaremos otra vez la marcha, hasta llegar a Almería. El camino ha sido duro, con un viento de levante muy fuerte, que nos daba de cara y nos hacía muy difícil avanzar.

Durante el trayecto, Claudine, otra de las mujeres francesas, descendiente del exilio republicano, que nos acompaña en la Desbandá, nos cuenta su pequeña historia. Su abuela Juliana era de Irún, se marchó hacia Francia antes de que el ejército fascista ocupara la ciudad el 5 de septiembre de 1936. Se llevó consigo a sus dos hijos, Luis, el mayor de 13 años, y el menor de 11 años. Se instalan en Ciboure, ciudad costera del País Vasco francés, apenas a 8 km de Irún. Pensaba que sus hijos se podrían ganar la vida como pescadores mientras acababa la guerra en España. Sin embargo, la Alemania nazi invade Francia, y con la rendición firmada por Francia el 22 de junio de 1940, ocupa todo el norte, más toda la franja cantábrica. Ciboure queda bajo control alemán. Cuando su hijo Luis tiene 19 años en 1942, los nazis pretenden movilizarlo para la guerra y Luis sale huyendo. Intenta embarcarse hacia Inglaterra, pero es detenido e internado en el campo de concentración alemán de Buchenwald, uno de los campos de concentración más grandes construidos por los nazis. En ese campo se hicieron experimentos médicos con los presos, virus contagiosos para estudiar los tratamientos, también experimentaron con personas homosexuales para "curarlos". También funcionó como un gigantesco campo de trabajos forzados, con la instalación de varias fábricas en el campo. Las personas más débiles a las que no veían con fuerza para trabajar, eran directamente gaseadas. Ernst Thaelmann, dirigente del partido comunista de Alemania, fue asesinado allí en agosto de 1944.

El 11 de abril de 1945, con el ejército alemán en retirada, el campo se rebeló, asaltaron la guardia del campo y se hicieron con el control. Aproximadamente, 56.000 personas murieron durante el funcionamiento del campo, unas 20.000 lo-

graron sobrevivir. Luis, el abuelo de Claudine, contó pocas cosas de los horrores del campo, pero una que no se le olvida, era la frase, de que nunca lograba quitarse el olor a muerte del olfato.

Rodolfo Moreno y Alla Lazhorska son dos participantes de la marcha, con la peculiaridad de que van en bicicleta. Pedalean un rato, descansan, nos esperan y luego pedalean otro rato. Rodolfo nos cuenta que era la única forma de acompañarnos en la marcha de la Desbandá y es que además de tener 82 años, tiene una rodilla bastante fastidiada. Lleva con su pareja Alla, ucraniana de 65 años, que también hace la marcha, desde hace 20 años, cuando la conoció como turista en una discoteca, y es que ambos son muy bailones; él es malagueño de Estepona, en plena Costa del Sol. Pero Rodolfo viene a la Desbandá también por sus raíces históricas. Sus abuelos huyeron de Málaga en La Desbandá, solo que en vez de marchar hacia Almería se dirigieron hacia Córdoba, donde lograron sobrevivir. El padre de Rodolfo, Miguel, delegado sindical de la UGT en el servicio de correos en Ceuta, donde vivía con su mujer Francisca, también se salvó sin tener que huir, quizás porque sirvió como sargento en la guerra de Marruecos. A Rodolfo, una persona muy vitalista, comunista y sindicalista convencido, aún le parece mentira que haya llegado a la edad de 82 años, casi en un suspiro. Quizás su implicación en la lucha por la vida explique su longevidad.

Tenemos otro testimonio vivo, de Josefa Corpas Fernández, grabado por su hijo Manuel Lloret, el historiador de Mijas, ya que Josefa falleció en 2019. Ella tenía 8 años cuando su familia, que vivía en Calle Agua nº 17-19 de Málaga, decidió sumarse a la huida. Cuenta que huyeron por el Camino Nuevo y que iba mucha gente portando de todo, colchones, máquinas

de coser, ajuares... Recuerda que su único alimento en el camino fue la cañadú (caña de azúcar en Málaga) que pelaba con los dientes. Los bombardeos de los barcos le daban mucho miedo pero cree que los aviones mataron a mucha más gente. Antes de llegar a Nerja, su tía Rosa fue alcanzada por el trozo de una bomba que le dio en la cara: un hombre que iba junto a ellos la curó, pero se le quedó la boca torcida para toda la vida. En Nerja, los hombres, su padre, su tío Antonio, y su tío Plácido se fueron dejando allí a las mujeres, pensando en que no alcanzarían las líneas republicanas con las mujeres y que estas no tenían nada que temer.

Solo logró pasar el Guadalfeo su tío Antonio. En Nerja los fascistas las llevaron, un tramo andando y otro en camiones a Torre del Mar, y de allí se volvieron a Málaga en el tren de la Cochinita. Recuerda que un soldado italiano les dio unas naranjas de las que se comieron hasta las cáscaras.

Su padre y su tío Plácido, que volvieron a los pocos días, fueron detenidos, Plácido fue condenado a treinta años que pasó en el penal de Santoña, y a José, su padre, lo tuvieron casi un mes detenido. Salió en tan mal estado, cuando lo soltaron, que le tuvieron que amputar una pierna. El tío Antonio, que logró pasar a zona republicana acabó preso, y fue fusilado en las tapias del cementerio de San Rafael, donde miles de personas antifascistas fueron fusiladas.

A las 6 de la tarde hemos asistido en el teatro municipal a la representación de la obra "¡¡Ay Carmela!!" de la compañía almeriense "Tinglao Teatro" dirigida por Adán Torres y protagonizada por la cantante y actriz Sensi Falán y José Antonio Montero. Al acabar la obra, se han entregado diplomas de reconocimiento de la realización de la marcha a todas las personas participantes. Mañana es la última etapa, y el estado de ánimo es exultante. La

gente ha disfrutado mucho con la marcha, y sobre todo las personas que no la conocían han aprendido y han visto cosas que no esperaban. Como dijo una compañera de Málaga, cada día de marcha es como una caja de sorpresa. Mañana llegamos a Almería.

11/02/2023. Décima y última etapa. Almería, andamos para recuperar nuestra memoria histórica

En la última etapa de la VII Marcha de la Desbandá, que hacemos desde Aguadulce hasta Almería, participan 132 mujeres y 111 hombres. Al llegar a la entrada de la ciudad, a la altura de la Chanca, el barrio de Pescadería, se nos une otro gran grupo de personas. Vemos caras conocidas que no faltan a la cita anual del recibimiento a la marcha de la Desbandá. Está la banda de música que ameniza nuestra manifestación por el centro de Almería, están militantes históric@s de la izquierda de Almería, están también compañer@s de Málaga y Granada que han venido en autobús a recibirnos.

Siento la ausencia de mis dos hermanas, que sé que les gustaría estar aquí, pero no han podido venir, impedidas por su enfermedad, pero por otra parte, con la alegría de que José Antonio Berenguer, el compañero que sufrió un infarto de corazón a mitad de la marcha, vuelve ya a estar con nosotr@s, estrenando un marcapasos nuevo. Finalmente, desde la entrada del puerto pesquero, salimos más de 400 personas, encabezadas por el grueso de las mujeres que han participado en toda la Marcha.

Para comprender la necesidad de nuestro esfuerzo, que es necesario ampliar y redoblar, bastan dos ejemplos. Primero el de ayer, en la parada que hicimos en el centro de Roquetas, en el Castillo de San-

ta Ana, una chica y un chico, de unos 18 años aproximadamente, nos preguntaron si la bandera que llevábamos era la de Rumanía. Acertaron en los colores, que son los mismos que los de nuestra bandera republicana, solo que los nuestros son horizontales y los de Rumanía verticales. El problema es que no sabían que en España, en 1936, hubo un golpe de estado contra el legítimo gobierno de la República y después una guerra de 3 años. Por supuesto, no sabían nada de la Desbandá, ni de los crímenes de la guerra, ni de la represión de la postguerra.

El segundo, complementario de la ignorancia histórica del primero, es que la presidenta del antiguo comisionado de Memoria Histórica de Madrid, y dirigente del PSOE, Paquita Sauquillo, en un acto dedicado al Barco Sinaia (que evacuó refugiados de la República) y refiriéndose al Crucero Baleares, dijo que este último fue hundido por la marina Republicana llevando turistas en él. No sabía la responsable de Memoria Histórica que el crucero Baleares no era un crucero de placer, sino un barco de guerra, un destructor que bombardeó a las columnas de civiles que huían de Málaga, y que fue hundido en la batalla naval de la noche del 5 al 6 de marzo de 1938. Es difícil de creer tamaña ignorancia. Menos mal que estaba presente el compañero Luis, militante memorialista del Distrito de Latina de Madrid, que interpeló a Paquita Sauquillo sobre la barbaridad que estaba diciendo. La ignorancia de nuestra historia y la responsabilidad en esta ignorancia, de la izquierda que ha gobernado en nuestro país, pone alfombras en el avance político del neo-franquismo.

En la marcha, en esta y en las anteriores, las personas que van suelen tener alguna vinculación histórica, o directamente familiar con las personas que fueron perseguidas en 1937. Pero también hay perso-

nas que vienen por convicciones políticas y morales. Porque aunque sean descendientes de quienes masacraron al pueblo desde su poder político y militar, han ido descubriendo que la versión franquista de la historia, por la cual el golpe de estado fascista salvaba a España de la anarquía y el caos, no es más que una tapadera del verdadero objetivo que era restablecer el poder de la España negra de nobles, caciques y clérigos que chupaban la sangre al pueblo bajo el manto de la monarquía.

La despedida de la marcha en Almería, se realiza, junto al monumento dedicado a l@s almerienses que murieron en el campo de concentración nazi de Mauthausen. Entre otras personas interviene Sensi Falan, cantante y artista de Almería, la popular periodista Nieves Concostrina, Fernando Martínez (Secretario de Estado de Memoria) y Silvia Delgado, extraordinaria poetisa y declamadora, habitual participante en la marcha, así como representantes de la Junta Directiva de la Desbandá. En el momento de la despedida se desatan las emociones y la mayoría se conjura a continuar haciendo marchas hasta que el cuerpo aguante. Nos despedimos con un escrito que elaboró José Antonio Berenguer, antes de iniciar la marcha y antes de que le diera el infarto:

*Febrero del 37 del siglo XX, Andalucía. Pedrera, Montellano... Algodonales, Ubrique..., Casares, Ardales... Málaga... van su-
mando uno más otra, maestra y bracero,*

familia a familia, la tía, la prima, la abuela y la nieta... enrecian la fila. De dolor y tormento el aire está lleno, la incomprensión en sus ojos, beben a sorbos pesares ajenos, juntos caminan, solos se encuentran, Salar... Alhama... Vélez... Torrox... Nerja... avanzan deprisa, no te detengas, coge mi mano, nunca la sueltas, no puedo más, me sangra tu miedo, me corta el aliento el ruido del cielo, me inunda la nuca el fuego del mar, mamá tengo hambre, señor de la venta... le cambio mi anillo por cuatro patatas, le doy mi cadena si al cambio me llevo un cuarto de aceite y cinco o seis huevos. La cuesta se empina, los pies ya no pueden, las llagas supuran pus y desespero, el cuerpo no quiere, se quedó sin resuello. Avanza deprisa, no te detengas, coge mi mano, nunca la sueltas, Salobreña... Motril... Castell... Adra... ¡no entiendo nada!, ¿por qué este tormento? Cuidamos ganado, cogemos la hoz, abrimos la tierra con nuestros arados, cada mañana abrimos la escuela, amasamos cemento y arena para nuestros terrados, mesas, ventanas... hace el carpintero, trabajar ocho horas, mejoras de sueldo... pide el jornalero, en la casa del pueblo más libros queremos, conocimiento y saberes... aquellos que se les negaron a nuestros abuelos !no entiendo nada! ¿Por qué este tormento?

Almería...

Manuel GARCÍA

Juezas y Jueces *para la* Democracia

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

REVISTA JUECES PARA LA DEMOCRACIA. INFORMACIÓN Y DEBATE

Empresa: _____
Nombre: _____
Apellidos: _____
CIF / NIF: _____
Dirección: _____
Municipio: _____ C.P.: _____
Provincia: _____ País: _____
Teléfono : _____ Móvil : _____
E-mail: _____

Importe suscripción por un año natural (3 números)

España: 30 € Europa: 40 € Resto: 50 €

(Rellenar los siguientes datos y remitir a la dirección abajo indicada)

Forma de pago (marque la opción de pago que desee):

☐ **Datos de domiciliación bancaria (20 dígitos):**

BANCO	OFICINA	DC	Nº CUENTA CORRIENTE
___/___/___	___/___/___	___/___	___/___/___/___/___/___/___/___/___/___

☐ **Transferencia Bancaria a favor de Maxipack, S.L.:**

Cuenta número: ES88 2100 / 1913 / 12 / 0200049257

(Enviar justificante ingreso en Banco de Transferencia a e-mail suscripciones@maxipack.es)

☐ **Tarjeta de crédito:** ☐ **Visa** - ☐ **Mastercard**

Número tarjeta: _____

Fecha de caducidad: ____ ____

Remitir Boletín de Suscripción a la siguiente dirección:

JUEZAS Y JUECES PARA LA DEMOCRACIA

Teléfono suscripciones: 682 01 28 84

E-mail: jpd@juecesdemocracia.es

Los datos que nos ha facilitado han sido incorporados a un fichero automatizado cuya titularidad y responsabilidad corresponde a Juezas y Jueces para la Democracia, que tomará las medidas necesarias para garantizar su seguridad y confidencialidad, usándolo para gestionar esta suscripción, así como para realizar comunicaciones. Usted puede ejercitar sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en la dirección email datos@juecesdemocracia.es.

[Inicio](#) [Asociación](#) [Actividades](#) [Actualidad](#) [Informes](#) [Publicaciones](#) [Buzón del juez/a](#)
[Blogs](#) [Contacto](#) [Acceso área restringida](#) [Rincón del opositor/a](#)

« [En el caso de los jueces] el verdadero peligro no viene de fuera; es un lento agotamiento interno de las conciencias, que las hace aquiescentes y resignadas: una creciente pereza moral [...] La pereza lleva a adormecerse en la costumbre, lo que significa embotamiento de la curiosidad crítica y esclerosis de la sensibilidad humana [...] La peor desgracia que podría ocurrir a un magistrado, sería la de enfermar de ese terrible morbo de los burócratas que se llama el conformismo».

Piero Calamandrei, *Elogio de los jueces escrito por un abogado*, EJEA, Buenos Aires, 1956, pp. 275-277