

#DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

#49

Número 49, Época II, junio 2023

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Peces-Barba



 FUNDACIÓN CULTURAL
ENRIQUE LUNO PEÑA

Dykinson, S.L.
EDITORIAL

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 49, Época II, Junio 2023



FECYT-008/2022
Premio de Calidad Revistas Científicas 2011
Valido hasta: 22 de julio de 2023

uc3m | Universidad Carlos III de Madrid
Instituto de Derechos Humanos
Gregorio Pérez-Barba

 **FUNDACIÓN CULTURAL
ENRIQUE LUNO PEÑA**

 **Dykinson, S.L.**

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) -categoría A-, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil -categoría B1-, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher's index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la VII Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2023.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es

Adquisición y suscripciones



Suscripción en papel
Ver boletín de suscripción al final de este número
y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)
Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
ISSN: 1133-0937
Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:
Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

Revista fundada por GREGORIO PESES-BARBA

Director:

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirector:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretario:

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)

Consejo Científico

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

RAFAEL DE ASÍS ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

RICARDO CARACCIOLI (Universidad de Córdoba, Argentina)

PAOLO COMANDUCCI (Università di Genova)

J. C. DAVIS (†) (University of East Anglia)

ELÍAS DÍAZ GARCÍA (Universidad Autónoma de Madrid)

RONALD DWORAKIN (†) (New York University)

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)

VINCENZO FERRARI (Università di Milano)

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Universidad de León)

PETER HÄBERLE (Universität Bayreuth)

MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia di Catanzaro)

MARIO LOSANO (Università del Piemonte Orientale "Amedeo Avogadro")

JAVIER DE LUCAS MARTÍN (Universidad de Valencia)

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)

GREGORIO PESES-BARBA (†) (Universidad Carlos III de Madrid)

ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)

PABLO PÉREZ TREMPS (Universidad Carlos III de Madrid)

MICHEL ROSENFIELD (Yeshiva University)

MICHEL TROPER (Université de Paris X-Nanterre)

AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)

LUIS VILLAR BORDA (†) (Universidad Externado de Colombia)

YVES-CHARLES ZARKA (Université René Descartes Paris 5-Sorbonne)

GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)

VIRGILIO ZAPATERO GÓMEZ (Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Universitat de València)

FEDERICO ARCOS RAMÍREZ (Universidad de Almería)

MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS (Universidad Carlos III de Madrid)

MARÍA DE LOS ÁNGELES BENGOCHEA GIL (Universidad Pontificia de Comillas)

DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN (Universidad Carlos III de Madrid)

IGNACIO CAMPOY CERVERA (Universidad Carlos III de Madrid)

PATRICIA CUENCA GÓMEZ (Universidad Carlos III de Madrid)

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE (Universidad Carlos III de Madrid)

JOSÉ GARCÍA AÑÓN (Universitat de València)

RICARDO GARCÍA MANRIQUE (Universitat de Barcelona)

CRISTINA GARCÍA PASCUAL (Universitat de València)

ANA GARRIGA DOMÍNGUEZ (Universidad de Vigo)

JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (†) (Universidad Complutense)

RAFAEL GONZÁLEZ-TABLAS (Universidad de Sevilla)

ROBERTO JIMÉNEZ CANO (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS LEMA AÑÓN (Universidad Carlos III de Madrid)

ÁNGEL LLAMAS CASCÓN (Universidad Carlos III de Madrid)

FERNANDO LLANO ALONSO (Universidad de Sevilla)

JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GARCÍA (Universidad de Jaén)

ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE (Universidad de Cantabria)

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)

MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS (Universidad de Alcalá)

ALBERTO DEL REAL ALCALÁ (Universidad de Jaén)

JOSÉ LUIS REY PÉREZ (Universidad Pontificia de Comillas)

SILVINA RIBOTTA (Universidad Carlos III de Madrid)

JESÚS PRIMITIVO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (Universidad Rey Juan Carlos)

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (Universidad Carlos III de Madrid)

JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES (Universidad Carlos III de Madrid)

MARIO RUIZ SANZ (†) (Universitat Rovira i Virgili)

RAMÓN RUIZ RUIZ (Universidad de Jaén)

OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ (Universidad de Cantabria)

JAVIER SANTAMARÍAIBEAS (Universidad de Burgos)

ÁNGELES SOLANES CORELLA (Universitat de València)

JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN (Universidad de Cantabria)

Coordinación:

ISABEL GARCÍA SÁNCHEZ-MAYORAL

SEBASTIÁN IBARRA GONZÁLEZ

Sentido de la Revista

Derechos y Libertades es la revista semestral que publica el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Forma parte, junto con las colecciones *Cuadernos Bartolomé de las Casas, Traducciones y Debates* de las publicaciones del Instituto.

La finalidad de *Derechos y Libertades* es constituir un foro de discusión y análisis en relación con los problemas teóricos y prácticos de los derechos humanos, desde las diversas perspectivas a través de las cuales éstos pueden ser analizados, entre las cuales sobresale la filosófico-jurídica. En este sentido, la revista también pretende ser un medio a través del cual se refleje la discusión contemporánea en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política.

Derechos y Libertades se presenta al mismo tiempo como medio de expresión y publicación de las principales actividades e investigaciones que se desarrollan en el seno del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

ÍNDICE

Nota del Director	11
-------------------------	----

MONOGRÁFICO “LA LEY DE LA CONFIANZA”

El Derecho de la confianza	17
<i>The Law of the trust</i>	

TOMMASO GRECO

MONOGRÁFICO “FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS EN EL PENSAMIENTO DE G. PESES-BARBA. UNA MIRADA DESDE OTRAS LATITUDES”

Peces-Barba, América Latina y los derechos humanos.....	35
<i>Peces-Barba, Latin America and human rights</i>	

AGUSTÍN SQUELLA

La teoría general de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba: una mirada desde Francia.....	45
<i>Gregorio Peces-Barba's general theory of fundamental rights: a French perspective</i>	

VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS

Complejidad de los derechos fundamentales. Historia y prospectiva del enfoque de Peces-Barba.....	65
<i>Complexity of fundamental rights. History and prospective of the Peces-Barba's approach</i>	

MARÍA ISOLINA DABOVE

Una aproximación a los elementos metodológicos e ideológicos del pensamiento de Gregorio Peces-Barba.....	87
<i>An approach to the methodological and ideological elements of Gregorio Peces-Barba's thought</i>	

REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN

ARTÍCULOS

La política del Antropoceno. Hacia un fundamento común de las responsabilidades planetarias.....	115
<i>The politics of the anthropocene. Towards a common foundation of planetary responsibilities</i>	

ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS

Aplicación y límites del derecho a la libertad de expresión de jueces y magistrados en el Derecho internacional.....	153
<i>Application and limits of the right to freedom of expression of judges and magistrates in international Law</i>	

JORDI FEO VALERO

La efectividad de los derechos sociales en el empleo de hogar y de cuidados en España desde la perspectiva del destinatario del derecho. Algunas innovaciones en la elaboración normativa y en los medios de tutela.....	191
<i>The effectiveness of social rights in household and care employment in Spain from the perspective of the law's recipient.</i>	

<i>Some innovations in regulatory provision and means of protection</i>	
---	--

DAVID VILA-VIÑAS

La formación en ciudadanía en la esfera pública. Las relaciones jurídicas quasi públicas en el caso de la desegregación racial en las escuelas de los Estados Unidos.....	225
<i>The formation for citizenship in the public sphere. quasi-public legal relations in the case of racial desegregation in United States schools</i>	

ALEXANDER P. ESPINOZA RAUSSEO, JHENNY DE FÁTIMA RIVAS ALBERTI

Discapacidad y servicios sociales: analizar la accesibilidad en la complejidad institucional	259
<i>Disability and social services: analysing accessibility in institutional complexity</i>	
MARTA MIRA ALADRÉN, JAVIER MARTÍN PEÑA, MARTA GIL LACRUZ	
La justicia y la consecución de la paz en la Agenda 2030 sobre Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas. Un derecho de las mujeres a través de la mediación	291
<i>Access to justice and the achievement of peace in the 2030 agenda on Sustainable Development Goals (SDG) of the United Nations. A women's right through mediation</i>	
M ^a DOLORES PÉREZ JARABA	

RECENSIONES

Fernando H. LLANO ALONSO (dir.), Joaquín GARRIDO MARTÍN y Ramón VALDIVIA JIMÉNEZ (coords.), <i>Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho</i>	327
ALESSANDRA ESTHER CASTAGNEDI RAMÍREZ	
Miguel Ángel PRESNO LINERA, <i>Derechos fundamentales e inteligencia artificial</i>	335
CRISTIÁN PÉREZ GARCÍA	
Andrés GARCÍA INDA, <i>La dulce militancia. Crítica de la razón indignada</i>	343
GUILLERMO VICENTE Y GUERRERO	
Alonso PINO ÁVILA, <i>La autonomía reproductiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	347
MIREIA MÁRQUEZ DE HARO	

Luis Efrén RÍOS VEGA, Irene SPIGNO (dirs.), Fernando Gustavo RUZ DUEÑAS (coord.), <i>Los derechos humanos en los tiempos de la pandemia Covid-19</i>	355
--	-----

RODRIGO SANTIAGO JUÁREZ

NOTICIAS

Durante el año 2023 un equipo del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba trabajará en el estudio “Los procesos de desinstitucionalización y transición hacia modelos de apoyo personalizados y comunitarios” (Estudio EDI)	365
Webinar internacional “Digital inequalities”, Universidad Carlos III de Madrid, 6-8 diciembre 2022.....	368
CV de los participantes	371

NOTA DEL DIRECTOR

Inauguramos este número 49 de *Derechos y Libertades* con la réplica que Tommaso Greco ofrece en relación con las intervenciones que, sobre su libro *El Derecho de la confianza*, fueron publicadas en el último número de la revista. En el texto, el profesor de la Universidad de Pisa se detiene en una reflexión sobre el papel y significado de la filosofía del Derecho, entrando a considerar posteriormente los posibles desarrollos de la relación entre Derecho y confianza.

A partir de ahí, incluimos una sección en la que se recogen las ponencias presentadas en el seminario “Filosofía del Derecho y derechos humanos en el pensamiento de Gregorio Peces-Barba. Una mirada desde otras latitudes”, celebrado en el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba los días 19 y 20 de septiembre de 2022. En aquella ocasión, quisimos promover una reflexión conjunta (en el marco del comienzo de las enseñanzas de master y doctorado de este curso académico en el Instituto) sobre la influencia del pensamiento de Gregorio Peces-Barba más allá de nuestras fronteras. Para ello, propusimos la participación de colegas extranjeros que tenían vínculos académicos con él. Así, Agustín Squella en el trabajo *Peces-Barba, América Latina y los derechos humanos*, reflexiona sobre la importancia de la divulgación de los derechos humanos en América Latina; un contexto en el que se sabe poco acerca de los derechos humanos, su concepto, fundamentación, historia y sistemas de protección en la región. En el caso particular de Chile, el tema de los derechos humanos ha vuelto al primer plano en el contexto del proceso constituyente, en el marco del cual se han producido debates públicos de mucho interés sobre los derechos fundamentales, incluyendo los de carácter social. A partir de ahí, pone en valor la labor de divulgación de la cultura de los derechos llevada a cabo por Peces-Barba, subrayando la necesidad de algo similar en el contexto latinoamericano.

Por su parte, Véronique Champeil-Desplats analiza las causas de la limitada recepción de la propuesta de Peces-Barba en el escenario académico francés. En *La teoría general de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba: una mirada desde Francia*, identifica el hecho de la disparidad de intereses con

la dogmática jurídica francesa, centrada en el análisis técnico del derecho positivo, y con los iusfilósofos de aquel país, no abundantes en número. A eso hay que añadir el hecho de que el concepto de “derechos fundamentales” elaborado por Peces Barba es diferente del que finalmente se ha extendido en Francia, no habiendo sido objeto de una teorización importante.

Desde Argentina, María Isolina Dabóve, en el trabajo *Complejidad de los derechos fundamentales. Historia y perspectiva del enfoque de Peces-Barba*, traza la relación entre las circunstancias vitales de Gregorio Peces-Barba y el desarrollo de los derechos humanos y de los derechos fundamentales en el ámbito universitario español, procediendo a mostrar una comparación con la evolución argentina sobre la materia en el mismo tiempo. A partir de ahí, se analiza su propuesta del esquema de la teoría tridimensional del Derecho.

La sección se completa con el trabajo que desde Perú envía Reynaldo Bustamante. En *Una aproximación a los elementos metodológicos e ideológicos del pensamiento de Gregorio Peces-Barba*, centra el discurso en torno a cuestiones como el uso de la razón histórica, el antropocentrismo secularizado y el discurso sobre las capacidades, la influencia de la Modernidad y la Ilustración, el personalismo comunitario, el socialismo democrático, además de la tradición republicana. Estos tópicos se presentan como ideas clave en torno a las cuales se articula la teoría de Gregorio Peces-Barba, y pueden ser consideradas como una guía para la comprensión de su pensamiento.

La tradicional sección de artículos incluye trabajos de temática variada. En *La política del Antropoceno. Hacia un fundamento común de las responsabilidades planetarias*, Asier Martínez de Bringas estructura una propuesta a través de cuatro etapas. En primer lugar, presenta diferentes narrativas del Antropoceno, basadas en presupuestos epistemológicos diferentes. Al mismo tiempo, reflexiona sobre la ambivalencia del mismo, que implica un poder que puede conducir a su auto-destrucción. Este dato se presenta como relevante desde el momento en que invita a reflexionar sobre la responsabilidad. Tras ello, se propone una teoría del anthropos capaz de ser consciente de la importancia del ser humano como de otras maneras de vivir. El discurso deriva en el análisis de los fundamentos normativos de la(s) responsabilidad(es) en el Antropoceno, en un contexto en el que la fractura ecosistémica deja de ser una mera hipótesis teórica.

Por su parte, Jordi Feo Valero propone un análisis sobre el derecho a la libertad de expresión de jueces y magistrados desde la perspectiva de los es-

tándares de derechos humanos en el ámbito regional e internacional. Este es el tema del trabajo *Aplicación y límites del derecho a la libertad de expresión de jueces y magistrados en el Derecho internacional*, en el que se abordan las posibles restricciones a las que se podrían ver sometidos en este ámbito los miembros de la judicatura con motivo del especial contenido de las funciones que desarrollan, con una especial atención al impacto que las redes sociales pueden tener en el disfrute de este derecho por parte del colectivo judicial.

La situación, en términos de reconocimiento y garantía de derechos, del sector de las empleadas de hogar y de cuidados en España es abordada en el trabajo *La efectividad de los derechos sociales en el empleo de hogar y de cuidados en España desde la perspectiva del destinatario del derecho*, cuyo autor es David Vila-Viñas. El artículo se concentra en las dificultades de acceso a derechos sociales y el impacto de la crisis del covid sobre sus ingresos, analizando la eficacia de las garantías sobre sus derechos sociales. Todo ello, encaminado a construir un discurso sobre los cambios que debe introducir el Derecho en la categorización de grupos sociales.

Alexander P. Espinoza-Rausseo y Jhenny de Fátima Rivas-Alberti son los autores del siguiente artículo, *La formación en ciudadanía en la esfera pública. Las relaciones jurídicas quasi públicas en el caso de la desegregación racial en las escuelas de los Estados Unidos*, en donde se afronta la cuestión de la horizontalidad de los efectos del derecho a la igualdad a partir del problema de la segregación racial en las escuelas norteamericanas. Desde el momento en que bajo los términos de la doctrina de la state action la conducta discriminatoria de los particulares debería permanecer fuera del ámbito de aplicación de la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda, cabe preguntarse si es posible constatar la existencia de espacios intermedios entre el Derecho público y privado, en los que se produce la vigencia frente a terceros de los derechos fundamentales.

En *Discapacidad y servicios sociales: analizar la accesibilidad en la complejidad institucional*, Marta Mira-Aladrén, Javier Martín-Peña y Marta Gil-Lacruz parten de la constatación de que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, supone un avance hacia la equidad e implica, al mismo tiempo tanto un incremento de la legislación nacional y autonómica, como una mayor complejidad institucional, para hacer efectivos estos derechos. Desde ese punto de partida, se procede a un análisis de la implementación de la normativa sobre discapacidad en la legislación, tomando como referente el caso aragonés. Lo cual permite detectar la no implementación de una adaptación a la Convención, con las consecuencias que de ello se de-

rivan en lo que se refiere al reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad.

El último artículo incluido en este número es el de María Dolores Pérez Jaraba. En *El acceso a la justicia y la consecución de la paz en la agenda 2030 sobre objetivos de desarrollo sostenible (ODS) de Naciones Unidas. Un derecho de las mujeres a través de la mediación*, se aborda el lugar que ocupan el acceso a la justicia, la igualdad y la paz, entre las metas de la Agenda 2030 sobre Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas. En este sentido, y en la línea de trabajos anteriores de la autora, el discurso se centra en las posibilidades que el recurso a la mediación presenta como método idóneo en el que las mujeres pueden mostrar sus saberes y habilidades y construir, junto con los hombres, una convivencia más armónica y en paz.

El número concluye con la sección de recensiones y la de noticias, en la que hace referencia a alguna de las actividades –docentes y de investigación– en las que han participado los miembros del Instituto.

En definitiva, ponemos en manos de nuestros lectores este número, cuya publicación ha sido posible gracias al apoyo reiterado de la Fundación Luño Peña y a la concesión de una ayuda dentro del Programa Propio del Vicerrectorado de Política Científica de la Universidad Carlos III de Madrid.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

MONOGRÁFICO
“LA LEY DE LA CONFIANZA”

EL DERECHO DE LA CONFIANZA*

THE LAW OF THE TRUST

TOMMASO GRECO
Università di Pisa

Fecha de recepción: 23-3-23

Fecha de aceptación: 11-4-23

Resumen: *En este artículo respondo a las consideraciones incluidas en el fórum dedicado a mi libro La ley de la confianza, deteniéndome en particular en el rol de la filosofía del Derecho y en los ulteriores posibles desarrollos de la reflexión entre Derecho y confianza.*

Abstract: *In this article I reply to the comments made in the forum on my book La ley de la confianza, focusing in particular on the role of the Philosophy of Law and further possible developments in the reflection on the relationship between Law and trust.*

Palabras clave: Filosofía del Derecho, Derecho y confianza, funciones del Derecho, derechos y deberes, Derecho y Justicia

Keywords: Philosophy of law, Law and trust, functions of Law, rights and Duties, Law and Justice

El fórum que, en el último número, *Derechos y Libertades* ha dedicado a *La ley de la confianza* (surgido a partir de dos encuentros desarrollados en Madrid y en Sevilla, organizados por los queridos amigos y colegas Francisco Javier Ansúátegui Roig y Fernando H. Llano Alonso) confirma sobre todo la amistad que muy estimados Maestros y queridos colegas españoles y españolas me regalan ya desde hace mucho tiempo. Las palabras que han dirigido a

* Traducción de Francisco Javier Ansúátegui Roig.

mi persona y a mi libro me halagan y me honran, y representan solo el último testimonio de una relación que ha sido y continúa siendo para mí fuente de alegría y de crecimiento intelectual y humano. Todo esto confirma que, cuando es posible caminar sobre los sentimientos y los vínculos, la investigación científica se convierte en un placer y produce sus mejores frutos.

Después de haber leído los escritos de Antonio Enrique Pérez Luño, Emilia Bea Pérez, Rafael de Asís, Andrés García Inda, y de Francisco Javier Ansúátegui Roig, no puedo más que confirmar cuanto he dicho en otras ocasiones: que el principal mérito de mi libro no reside tanto en lo que está escrito en sus páginas como en el haber suscitado un debate en el que se han escrito muchísimas cosas interesantes, y que por otra parte parecen anunciar ulteriores y aún más profundos desarrollos. En las páginas que siguen intentaré dialogar con los autores de los ensayos publicados en el número 48 de la revista, concentrándome por razones obvias sobre todo en los puntos críticos, con la esperanza, de un lado, de poder aclarar ulteriormente mi punto de vista y, de otro lado, de avanzar la discusión sobre algunas cuestiones cruciales. Pero antes quisiera detenerme en una cuestión metodológica preliminar.

1. POR UNA FILOSOFÍA DEL DERECHO 'ABIERTA'

Como han subrayado tanto Rafael de Asís (p. 37) como Javier Ansúátegui (p. 72), el tema de la relación entre Derecho y confianza implica enfrentarse con una serie de problemas centrales en la filosofía del Derecho: el concepto de Derecho, el concepto de justicia, las relaciones entre Derecho y fuerza y entre Derecho y sanción, el fundamento de la normatividad, la distinción entre principios y reglas y el problema de su aplicación, etc. Esto es exactamente lo que he buscado, si bien en ocasiones superficialmente, hacer en mi libro: utilizar un punto de vista desacostumbrado para afrontar alguna de las cuestiones relevantes de filosofía del Derecho. La cuestión que debe explicitarse, y que sin embargo en el libro no he abordado voluntariamente, es la de qué filosofía del Derecho estamos hablando. En este sentido, si bien no discutiéndolo de manera directa, como ha notado De Asís mi libro asume claramente una posición en favor de una filosofía del Derecho "amplia y no reduccionista": en realidad, la filosofía del Derecho en la que pienso –y que puede abordar adecuadamente todos los problemas que se acaban de recordar– es una disciplina que, partiendo ciertamente de la realidad del Derecho, dialoga fecunda,

y contemporáneamente, tanto con todas las ciencias jurídicas, como con todas las ciencias y los saberes que pueden aportar contribuciones significativas en términos de apertura de nuestro horizonte cognitivo y crítico. Si hay una contribución que la filosofía del Derecho puede ofrecer a las ciencias jurídicas y en general al debate público, creo que consiste sobre todo en la elaboración de claves de lectura que puedan ayudar a leer –y eventualmente a criticar– el presente del Derecho (y no solo del Derecho). Y estas claves de lectura pueden derivar solo de la *apertura* que la filosofía del Derecho muestra –y al mismo tiempo actúa y garantiza– frente a todos los saberes que pueden aportar algo significativo para observar mejor los fenómenos en los que ponemos nuestra atención (pienso por ejemplo en la gran ayuda que para el jurista puede venir de la literatura). Con una imagen que me gusta utilizar en estas ocasiones, digo que el cometido de la filosofía del Derecho es el de tener abierta la puerta a través de la cual el mundo del Derecho debe comunicarse con todo lo que le es externo. Un cometido importante, que nadie mejor que el filósofo del Derecho puede afrontar, en beneficio de todos. Me parece que, aunque sin hacernos ninguna ilusión, el debate que en Italia se ha suscitado a partir de mi libro confirma que se trata de una opción que debe ser tomada muy en serio y que por tanto no debemos tener la obsesión de situarnos servilmente en el terreno de los juristas para ser ‘útiles’ a su trabajo. La mejor manera para ser ‘útiles’ –no solo a la ciencia jurídica sino, como decía antes, al debate público– es hacer explícito todo lo que está en juego cuando tratamos con el Derecho. Es como si nosotros debiéramos explicar a los juristas el sentido y el significado de lo que hacen y de lo que practican. Un poco presuntuoso como cometido, pero no creo que pueda haber uno más apropiado para quien se ocupa de la filosofía del Derecho.

2. DERECHO Y CONFIANZA: ¿QUÉ RELACIÓN?

Ello aclarado, lo primero que creo que se puede decir sobre el tema central de la relación entre Derecho y confianza es que todos estamos de acuerdo a la hora de confirmar que se trata de una relación ineludible: no solo porque la confianza representa un elemento esencial de las relaciones sociales en general, y por tanto una pre-condición del Derecho, sino porque constituye, en distintos niveles, un elemento estructural del Derecho: algo por tanto que, si bien presentándose de formas diferentes y poniéndose a menudo en una relación dialéctica con la desconfianza, constituye una parte

constitutiva del Derecho: sin confianza, en otras palabras, no es posible pensar el Derecho. Incluso, empleando la bella (y para mí significativa) imagen utilizada por Emilia Bea, podemos decir que la confianza es el “centro de gravedad permanente” del Derecho, también cuando parece basarse en la desconfianza, su objetivo es el de hacer crecer y estabilizar la confianza, en la plena conciencia de que ningún ordenamiento jurídico podría funcionar concretamente si la mayor parte de las relaciones entre los ciudadanos no se llevaran a cabo gracias al consenso y precisamente a la confianza recíproca.

Con el fin de que una afirmación como ésta no sea del todo genérica –una de aquellas afirmaciones que a menudo hacemos sin tomar en serio su carga teórica– es necesario ir a las raíces del Derecho y comprender sobre todo la relación que el mismo implica con sus presupuestos antropológicos. Se trata de tomar en serio el significado de aquella “referencia *al pasado*” de la que ha hablado Antonio Pérez Luño. ¿Qué queremos decir cuando decimos “*ubi societas ibi ius*”? Si queremos decir que sociedad y Derecho se implican recíprocamente, entonces debemos intentar establecer las razones de esta implicación: debemos entender por qué donde hay sociedad hay Derecho y donde hay Derecho hay sociedad. La razón por la cual he adoptado la dicotomía entre el modelo de la confianza y modelo de la desconfianza es que podemos querer decir aquel ‘por qué’ de dos maneras diferentes: o creemos que el nexo entre sociedad y Derecho se mantiene gracias al elemento (que consideramos típicamente jurídico) de la coerción institucionalizada desde el momento en que consideramos a los seres humanos sustancialmente incapaces de establecer relaciones pacíficas o estables en ausencia de un poder que les obligue (es lo que yo he llamado ‘maquiavelismo jurídico’ y que encuentra su más completo desarrollo en el modelo hobbesiano); o bien creamos que los seres humanos están en condiciones de establecer relaciones de cooperación prescindiendo de la coerción y que por ello tienen la capacidad y la voluntad de cumplir los pactos y las normas, independientemente del hecho de que sean obligados a través de la (amenaza de la) sanción.

Si bien esta dicotomía puede parecer demasiado estrecha, y se presta por tanto alguna crítica (como las expresadas por Ansúátegui, al que agradezco por haber reconocida en ella “un estilo muy bobbiano”), hay que aclarar que no se trata de contraponer de manera exclusiva o excluyente una opción a la otra. Se trata por el contrario de tomar en serio el hecho de que los seres humanos son una y otra cosa a la vez: no solo malvados y desconfiados, como los describía Maquiavelo, y tampoco siempre buenos y piadosos, como los

quería Rousseau en el estado de naturaleza. Se caracterizan por el contrario por aquella que Immanuel Kant llamaba “insociable sociabilidad”, lo que significa que podemos y debemos tomar en consideración ambas dimensiones de su particular naturaleza. Pero el hecho es que nuestra tradición jurídica –por lo menos: aquella que considero dominante entre los juristas y en nuestra cultura en sentido amplio– ha privilegiado solo una de estas vertientes, es decir aquella que Maquiavelo llamaba de la “malignidad”, y por tanto hemos pensado la juridicidad principalmente, si no exclusivamente, en términos de coerción: lo cual se observa particularmente cuando se insiste en el reforzamiento de las sanciones y en el recrudescimiento de las penas allí donde se percibe que una cierta disciplina normativa tiene problemas de efectividad; como si la obligatoriedad, y en consecuencia la efectividad, del Derecho pudiera basarse exclusivamente en la dimensión vertical del ejercicio regulado de la fuerza por parte del Estado.

El sentido de la operación que he querido llevar a cabo con *La ley de la confianza* no ha sido por tanto el de sustituir un modelo –de hombre y de Derecho– ‘bueno’ por uno ‘malo’, sino el de volver a sacar a la luz lo que nuestra teoría y nuestro sentimiento común deja casi siempre en la sombra. Como ha escrito Emilia Bea, se trata de hacer “que la teoría del derecho se haga cargo y explique aquello que en el Derecho presupone e implica inclinaciones positivas y cooperativas” (p. 34). Una inclinación positiva y cooperativa que en mi opinión es necesaria para fundamentar una normatividad ‘horizontal’, hecha de expectativas y de confianzas recíprocas, de derechos y de deberes, en el cumplimiento de los cuales consisten aquellas que Luigi Ferrajoli ha llamado las garantías primarias.

Ello no significa que esto sea suficiente para que pueda realizarse un ordenamiento jurídico. Redescubrir y valorar la normatividad horizontal, basada en las relaciones y en la confianza recíproca –y por tanto, insistir, en la dimensión de la cooperación y de la solidaridad, como reconoce también De Asís– no implica menospreciar las garantías secundarias y disminuir el papel de la sanción. Hacer esto no solo sería irrealista, sino que nos conduciría a proceder a un reduccionismo igual y contrario a aquel en el que se basa el modelo coactivista. La “tercera duda” de De Asís (p. 44) es por tanto resuelta, de la misma manera que es resuelta en sentido negativo la hipótesis avanzada por Ansuátegui, según la cual “la tesis de Tommaso Greco parece invitarnos a pensar que las garantías primarias se presentan como suficientes y que en este caso sería posible pensar en un “Derecho sin jueces” (p. 84):

no puede existir un sistema jurídico que ignore la sanción y las garantías secundarias, no solo porque es característica propia del Derecho el poder obligar aquellos que no satisfacen las obligaciones establecidas por el ordenamiento, sino también porque, como ha subrayado García Inda, “la confianza es algo profundamente precario e inestable” (p. 62). Lo que yo rechazo es que el momento vertical pueda absorber íntegramente también el momento horizontal coloreándolo de su mismo color: que es lo que ocurre cuando pensamos que el cumplimiento de las normas jurídicas tiene lugar siempre y solamente para no incurrir en la sanción que ellas prevén. Si asumimos el punto de vista de la confianza comprendemos que la lógica de las normas es exactamente invertida: puesto que contamos con las obligaciones establecidas precisamente por las normas, seremos sancionados si no cumplimos estas obligaciones. Lo cual es precisamente lo contrario de lo que generalmente pensamos cuando afirmamos que tenemos obligaciones solo porque de lo contrario seríamos sancionados.

3. ¿DESCRIPCIÓN O PRESCRIPCIÓN?

Ello me permite aclarar otro punto importante. La propuesta de insertar la confianza en el corazón del Derecho ¿tiene un carácter descriptivo o prescriptivo? La pregunta es legítima (véase en particular García Inda, p. 54 y Ansuátegui, p. 78), y surge casi naturalmente, cuando alguien asume la tarea de reconducir la teoría jurídica a su relación con cualquier dimensión que pueda ser considerada como un ‘valor’. Si la confianza es un valor, entonces –se piensa– afirmar que existe una relación constitutiva entre Derecho y confianza, quiere decir asumir una posición normativa y prescriptiva; quiere decir hablar no del Derecho *como es*, sino del Derecho *como debe ser*. La confianza, en este sentido, ya no sería un elemento estructural del Derecho –de cualquier Derecho–, sino solo del Derecho de una sociedad buena, de la sociedad ‘perfecta’. Lo que sería como decir que ya no es un elemento *necesario*, sino solo un elemento eventual y *contingente*. En otras palabras, cuando se habla del papel que la confianza tiene en el Derecho no se está hablando del Derecho *tout-court*, sino sólo de un Derecho particular: en concreto, del Derecho del Estado constitucional contemporáneo. Me parece un punto determinante sobre el cual hay que detenerse atentamente.

La objeción ha sido planteada con un particular vigor por Ansuátegui, que me parece que expresa aquí una consideración típicamente positivista.

Desde su punto de vista, la conexión entre Derecho y confianza se parece mucho a aquella entre Derecho y moral, conexión ésta última que no es de hecho necesaria, sino en el interior del paradigma neo-constitucionalista. La confianza se traslada, de esta manera, de la esfera jurídica a la esfera moral y como mucho representa un momento intermedio entre Derecho y moral.

Quisiera ofrecer una respuesta que se sitúa en dos niveles: el primero, se refiere al valor (principalmente) descriptivo de mi discurso; el segundo se refiere a la relación entre descripción y prescripción, avaloratividad y normatividad.

Reivindico sobre todo el intento –no sé en qué medida logrado– de pensar la confianza como un elemento que es constitutivo no de *una* forma del Derecho, sino *del* Derecho en cuanto tal (e incluso, añadiría: de cualquier manifestación suya, incluida la penal, que, como subraya De Asís [p. 40], es considerada como manifestación suprema de la desconfianza). Admitirlo depende exclusivamente de reconocer que el Derecho no puede subsistir sólo en su dimensión coactiva: si admitimos que en las relaciones establecidas como consecuencia de una norma se determinan expectativas recíprocas, y por tanto recíprocos derechos y deberes, entonces estamos admitiendo también que la confianza forma parte del Derecho; ya que aparece ciertamente irrealista que nuestras relaciones jurídicas puedan surgir exclusivamente de la idea de que la realización de nuestras acciones puede tener lugar solo como consecuencia de la amenaza de la sanción. Todos esperamos continuamente que los otros cumplan sus deberes, de la misma manera que los otros esperan que nosotros cumplamos los nuestros; y este cumplimiento reenvía sobre todo y en primera instancia a la capacidad/voluntad del otro de hacerlo. Sólo en segunda instancia nos volvemos referimos a la dimensión coactiva del Derecho para pretender aquel cumplimiento que eventualmente no se ha producido. Este esquema –en el que existe, *primero*, la relación entre las expectativas, y sólo *después*, eventualmente, el recurso a la coacción– es el esquema de la fisiología del Derecho, mientras que mirar el Derecho sólo desde el punto de vista de la sanción quiere decir verlo desde el lado patológico, como ocurre en aquello que he llamado ‘maquiavelismo jurídico’, en el que el Derecho debe mirar al hombre como un ‘reó’, siempre dispuesto a utilizar “la maldad de su ánimo”. Excluir del todo el momento de las expectativas, y por tanto excluir la norma primaria que explicita cuáles son las obligaciones recíprocas, quiere decir pensar en un Derecho que se basa, y pueda funcio-

nar, exclusivamente sobre relaciones de fuerza, de dominio, si no de violencia. Pero en este caso ¿podemos aún hablar de Derecho?

Aquí, me doy cuenta, entramos en un terreno delicado. Puesto que el discurso de descriptivo parece hacerse prescriptivo: es claro, de hecho, que reservar un espacio para la confianza en cualquier Derecho posible se asemeja demasiado a una opción iusnaturalista, como subraya Pérez Luño cuando habla de una concepción “históricamente vinculada con las tendencias racionalistas del iusnaturalismo” (p. 19), estableciendo un paralelismo ‘exagerado’, pero preciso y para mí extremadamente honroso, con *La legge della ragione* de Guido Fassó (que fue el Maestro de Pérez Luño en Bolonia). La observación es correcta: pero si de iusnaturalismo tenemos que hablar, entonces podemos hacerlo en el sentido en que Herbert Hart hablaba de “contenido mínimo de derecho natural”, para subrayar una condición sin la cual ningún ordenamiento jurídico sería conceivable. Permanecemos entonces, aún, en el terreno de una mera descripción de las condiciones mínimas que hacen posible cualquier ordenamiento jurídico.

Es indudable, no obstante –y paso al segundo nivel de mi respuesta sobre este punto– que esta descripción abre inmediatamente a (la posibilidad de) un discurso prescriptivo: porque en el momento en que la confianza es reconocida como elemento constitutivo del Derecho, de un lado no puede más que condicionar el desarrollo y la evolución del Derecho mismo (ni más, ni menos, sin embargo, de cuanto ocurre con cualquier otro elemento al que se le reconozca su carácter esencial en el interior de un determinado fenómeno); y de otro lado, –diría, sobre todo– nos permite valorar aquellos elementos fiduciarios que ya están contenidos dentro del Derecho “tal y como es”, pero de los que a menudo nos olvidamos porque seguimos encerrados dentro del modelo coactivista/desconfiado. Sólo por poner un ejemplo: el fin reformativo de la pena, que en Italia está previsto por el artículo 27 c. 3 de la Constitución, es una clara expresión de un planteamiento fiduciario desde el momento en que invierte en la posibilidad de que el condenado pueda reencontrar aquella relación positiva con la sociedad, que se había interrumpido con la comisión del delito. Subrayar la existencia de este planteamiento conduce (debería conducir) a tomar en serio esta finalidad y a extraer de ella todas las consecuencias en el plano de las políticas penales y penitenciarias (por ejemplo, tomando en serio el desafío de la justicia reparativa, “expresión máxima de confianza entre la comunidad, los infractores y las víctimas”, como escribe Emilia Bea, p. 34). He aquí lo que entiendo cuando afirmo que subrayar (descriptivamente) la pre-

sencia de la confianza no puede más que conducir (prescriptivamente) a valorar su perfil con el fin de realizar mejor la finalidad de la norma en cuestión.

4. LA CONFIANZA DENTRO DEL DERECHO. ENTRE DERECHOS Y DEBERES

Cuanto se ha dicho hasta ahora debería ser suficiente para aclarar que la confianza no es una dimensión en sí, que está entre el Derecho y la moral, quizás más cercana de esta última (Ansúátegui, p. 85), sino que es un elemento interno al Derecho; y por esto no solo *no coincide* con la moral, sino que reivindica su espacio *en el interior* del Derecho. Si es verdad que existen muchos tipos de confianza, como han subrayado sobre todo García Inda (p. 49) y Ansúátegui (p. 75) –y sobre este punto debo admitir una laguna presente en mi libro, en el que no me he detenido explícitamente en la definición de la confianza–, entonces se puede decir que la confianza puede ser modulada según los contextos en los que entra en juego. Aquella de la que he intentado subrayar la importancia se sitúa plenamente en el plano jurídico, desde el momento en que se realiza y se concreta en la correspondencia entre derechos y deberes. Se trata de decidir cuál es el fundamento de nuestras obligaciones jurídicas. Y si pensamos que éstas se basan exclusivamente en el carácter coercitivo del Derecho, entonces volvemos al modelo de la desconfianza y suprimimos todo espacio para la confianza en el interior del Derecho, contraponiendo –como ocurre en la filosofía de Erik Wolff–, recordada por Pérez Luño (pp. 19-21), y como en parte había hecho yo mismo en un trabajo sobre *Diritto e legame sociale* (Giappichelli, 2012)– la esfera del orden jurídico, totalmente basada en la sanción, a la esfera de los vínculos y del amor al prójimo. Si pensamos por el contrario que nuestras obligaciones no derivan de la presencia de la coerción, pero que son, por ésta, garantizadas y reforzadas, entonces estamos diciendo que la relación jurídica se rige ante todo por las expectativas recíprocas: en este caso, la confianza –pequeña o grande, según los casos–, es lo que anima y hace posible esta relación. Cuando espero que mi contraparte en un contrato cumpla sus obligaciones no estoy llamando en causa sus cualidades morales, sino su responsabilidad jurídica, entendida sobre todo como conciencia y capacidad de tener deberes jurídicos frente a mí, deberes que debe cumplir para que la finalidad de nuestro contrato pueda ser conseguida y realizada.

Me parece importante subrayar, en este punto, que la presencia de la confianza en el Derecho no depende de su concreta eficacia. El hecho de

que en ocasiones, o a menudo, no nos fiemos o bien veamos traicionada la confianza, no es un argumento para sostener que la confianza no tiene que ver con el Derecho. Vale, de hecho para las expectativas, y por tanto, para la confianza que ponemos en el cumplimiento por parte de los otros, el mismo razonamiento que Hans Kelsen proponía a propósito de la validez de las normas, que no es cuestionada por su ineeficacia. Es más, precisamente el hecho de que protestemos, o de que decidamos dirigirnos a las instituciones, si una obligación no es respetada, demuestra la existencia de la validez de las normas y por tanto de nuestras expectativas. Si pensamos en cuanto ha sucedido durante la pandemia, tenemos de ello plena confirmación. Ciertamente, ha habido medidas más confiadas y más desconfiadas (García Inda, p. 59, afirma que “si algo ha caracterizado la gestión jurídico-política de la pandemia ha sido la opacidad, la mentira y el miedo”); ha habido países que han mostrado mayor confianza frente a sus ciudadanos, y países que por el contrario han tenido una actitud menos confiada. Pero, prescindiendo de las intenciones de los gobiernos, era evidente que cuando una norma jurídica preveía una obligación, como por ejemplo la de llevar la mascarilla, nosotros esperábamos que los otros la respetaran, y por tanto confiábamos que se comportaran de manera responsable frente a nosotros. Que las reglas pandémicas hayan sido más o menos seguidas por los ciudadanos –y en gran medida lo han sido, por las razones más diversas: incluida el miedo al contagio, pero incluido también el sentido de la responsabilidad ya que hemos entendido que “todos somos frágiles” (Bea, p. 35)–, no excluye el hecho de que esperábamos que lo fueran y confiábamos en la capacidad de los otros de atenerse a las normas prescritas. Ahora bien, está claro que introducir esta perspectiva en la teoría jurídica –es decir: subrayar que en la estructura misma del Derecho, está presente una *dimensión horizontal, que precede y justifica a la vertical*– quiere decir abrir la vía a una serie de operaciones relevantes, que quizás contrastan con el sentir común: como la de poner la atención en los deberes recíprocos, más que en los derechos (lo han subrayado todos los que han intervenido), y la de insistir en el hecho de que el derecho no es una técnica que utilizamos para levantar muros y barreras, sino que es, por el contrario, una estructura relacional en la que llevamos a cabo la atención hacia el otro. Respecto al primer punto, el del ‘retorno a los deberes’, refiriéndose a su primer trabajo de investigación, De Asís, subraya la diferencia entre deberes y obligaciones, poniendo de relieve, a través de varias distinciones que aquí no puedo retomar, cómo los primeros pertenecen a la esfera moral y las segundas a la esfera jurídica, precisando posteriormente como estas últimas

comportan “una restricción a la libertad del individuo” y están acompañadas “de algún tipo de sanción para casos de no cumplimiento” (p. 41). Si bien yo tiendo a hablar genéricamente de deberes, creo que la diferenciación entre deberes morales y obligaciones jurídicas pueda mantenerse y pueda resistir también a la luz de la nueva perspectiva que la introducción de la confianza nos lleva a asumir. El resultado de mi discurso, en este ámbito, es solo el de haber subrayado el papel de la confianza horizontal en el interior de aquella relacionalidad que, si no estoy equivocado, De Asís considera carácter propio de las obligaciones jurídicas. En otras palabras, las obligaciones jurídicas tienen una dimensión horizontal (que deriva de la norma jurídica y de la correspondencia entre derechos y deberes) además de una dimensión vertical que deriva de su coactividad. Y mi posición relacional me lleva también a ir más allá: siguiendo las palabras de Andrés García Inda, que comparto plenamente, se puede afirmar la “prioridad teórica y práctica de la noción de obligación sobre la de derecho subjetivo” (p. 53).

Haciendo esta afirmación, que tiene evidentes ecos weileianos, puedo introducir el segundo punto. Emilia Bea identifica de hecho muy bien la dirección de mi discurso cuando lee *La ley de la confianza* “con ojos weilianos”, reclamando “la noción de atención” como “la condición primera para la realización de la justicia” (p. 29). Y en efecto, si bien es citada solo una vez, el libro puede ser entendido también como un intento de traducir al lenguaje y a los conceptos jurídicos alguna de las “iluminaciones fulgurantes” que nos regaló Simone Weil; operación arriesgada desde el momento en que, como saben aquellos familiarizados con el pensamiento weileiano, para esta gran filósofa francesa, de la que en breve se cumplirán 80 años de su muerte, entre el Derecho y la justicia no era posible ninguna comunicación. No creo sin embargo, haber traicionado demasiado el legado weileiano al subrayar que el Derecho –que Weil asemejaba al reino de la fuerza– implica siempre un gesto de atención y de cuidado. Naturalmente, soy bien consciente de que esta atención se concreta en muchos casos en la pura y “fria” observación de una regla; pero no es necesario esconder que, en otros muchos casos, implica por el contrario, una pasión decididamente más “cálida” y comprometida (los ejemplos más obvios son los de la relación entre docentes y alumnos, y los de la relación entre médicos y pacientes).

Respondo por tanto afirmativamente a la segunda duda de Rafael de Asís (p. 44): redescubrir el papel de la confianza, quiere decir seguramente redescubrir también el papel que las emociones y los sentimientos juegan en

la vida del Derecho. La justicia de la confianza no se contenta con “cambiar las cartas” y no coincide por tanto con un mero cálculo racional. También cuando cumplimos la más fría de las reglas, llevamos a cabo “ejercicios de atención”: ¿no lo notamos nosotros mismos cuando, como usuarios, acudimos a alguna oficina y sentimos cierto malestar al ser tratados “como números”? ¿No es ésta una confirmación de que el cálculo racional es solo una modalidad de las pasiones? El dejar de lado las pasiones, ¿no es una pasión ella misma? Decidir partiendo del no-sentimiento, ¿no es una manera de hacer prevalecer el sentimiento que quiere apartar todos los otros sentimientos?

5. LAS REGLAS DE LA CONFIANZA

Y llegamos así a la cuestión, que quizás ha dejado más desconcertados a muchos de los lectores de mi libro, incluidos algunos de los ilustres comentaristas españoles (v. particularmente García Inda, p. 69 y Ansúátegui, p. 82). Mi tesis, según la cual la confianza retrocede cuanto más organizamos nuestro sistema jurídico a través de la reglas, no puede en efecto más que dejar asombrado, desde el momento que nuestra confianza en el Derecho parece estar vinculada sobre todo a la garantía de la certeza, que puede derivar solo de tener a disposición reglas que sean cuanto más posible, precisas, claras y estables. Indudablemente es así: hay una confianza social, y hay también una confianza frente a las instituciones, que es alimentada precisamente por un sistema jurídico que hace previsibles y calculables las consecuencias de nuestras acciones, lo que significa que no dependen de los arbitrios y de las preferencias individuales. Pero esta es precisamente la situación en la cual, como recordaba al inicio del § 2 de esta réplica, el ordenamiento produce confianza empleando la desconfianza. Porque es indudable que, cuando se conciben reglas muy estrechas, es porque no se quiere atribuir demasiada confianza a aquellos -ciudadanos y funcionarios- que deben aplicar aquellas reglas: queremos que hagan exactamente lo que está previsto por la regla, y que lo hagan en la manera precisa en que la regla prescribe que sea hecho. El que he llamado “modelo “un florín”, refiriéndome a una conocida escena de una película clásica italiana, funciona exactamente así: precisamente, porque no queremos que quien aplica la regla pueda adaptarla a la situación, pedimos que su comportamiento sea lo más posible “mecánico”. Confiamos por tanto en su respuesta, pero esta nuestra confianza se apoya precisamente en el hecho de que el sistema ha concedido al ejecutor una desconfianza de fondo:

en otras palabras, confiamos en el hecho de que el burócrata de turno sabrá hacer exactamente lo que le viene exigido hacer. Este mecanismo, sin embargo, tiene como consecuencia ocultar la responsabilidad de quien actúa, como parece claro cuando decimos (o escuchamos decir): “no lo he decidido yo, estas son las reglas”. No es por tanto el exceso de Derecho en sí, el que hace retroceder la responsabilidad, como parece afirmar, Andrés García Inda (p. 67), sino que es el exceso de reglas hiperburocratizadas y ‘automatizadas’, el que anula cualquier posibilidad de atención al otro. ¿Y qué es la inteligencia artificial, aplicada al Derecho, sobre la que justamente reclama su preocupada atención Pérez Luño, si no un llevar a las extremas consecuencias esta lógica que pretende del Derecho, una certeza mecánica, automática, depurada no solo de todo defecto, sino también de todo sentimiento y de toda responsabilidad? Tengo que suscribir totalmente las palabras del Maestro sevillano: “personalmente, no puedo estar más en desacuerdo con esa pretensión” (p. 25). Considero un Derecho que no signifique la anulación, sino la plena realización de la responsabilidad de cada sujeto.

Esta responsabilidad es decididamente más evidente cuando la norma está formulada de forma que atribuye a quien la aplica un margen de apreciación para que la aplicación pueda adecuarse al caso concreto. En casos como estos, cuando las normas son poco atrincheradas (por retomar el lenguaje de Schauer) y se aproximan más a un principio que a una regla, el ordenamiento es obligado a fiarse más de aquellos que deben aplicarlas. ¿Esto significa que el Derecho necesita indeterminación para alimentar la confianza como se pregunta De Asís (p. 42)? Yo aquí distinguiría entre claridad y vaguedad. Si el Derecho debe ser siempre claro –y esta pretensión vale en absoluto, no solo con referencia a la confianza–, no implica que deba ser siempre precisamente determinado en sus efectos y en sus concreciones. Una norma como la que nos ha permitido desarrollar actividad física en el exterior durante la pandemia, permaneciendo, no obstante, en el ámbito de nuestros alojamientos, es una norma clara, pero no demasiado precisa (es más, es decididamente vaga), pero era más adaptada a la situación respecto a una regla que por ejemplo hubiera impuesto no alejarse más de un kilómetro. Está claro que una norma como esta se confiaba al buen sentido de los ciudadanos y de aquellos que debían controlar dónde se encontraban.

Naturalmente, este esquema –principios=confianza/reglas=desconfianza– sirve solo como clave de lectura de nuestros ordenamientos, y no es de hecho una

invitación, ni a la *deregulation*, ni mucho menos a traducir todas las normas a la modalidad de principios, lo que haría imposible una convivencia ordenada.

Comprender que cuando construimos nuestro sistema normativo estamos llevando a cabo elecciones, también en términos de confianza y desconfianza quizás puede ayudarnos a hacer de vez en cuando las mejores elecciones. Por poner un solo ejemplo, que estoy seguro será efectivo también para colegas españoles: ¿qué sentido tienen muchas de las rigurosas reglas, burocráticas, con las cuales un/a docente debe enfrentarse cotidianamente? ¿Quizás no se explican partiendo de una desconfianza de fondo que el ordenamiento tiene respecto a quien trabaja en la universidad y que posiblemente podría ser superada, concediendo mayor confianza y organizando sistemas de control *ex post*? Me parece este un terreno sobre el que se puede someter a prueba aquella operación que Andrés García Inda, con magnífica expresión, ha llamado “*desregular el Derecho*” (p. 68).

Por otra parte, ser conscientes de que las normas contribuyen a producir el círculo de la confianza o de la desconfianza, nos permite tomar en serio el desafío que afecta a nuestras sociedades democráticas y constitucionales, mostrado claramente por Antonio Pérez Luño. Puesto que es absolutamente cierto que “la confianza de los ciudadanos en la ley, en un Estado de Derecho, es fruto de un determinado clima cultural, cívico y jurídico” (p. 23), debemos actuar de manera tal que este clima venga construido a partir del modo en el que el Derecho estructura nuestras relaciones. Un Derecho que para hacerse obedecer recurre sobre todo a su fuerza coactiva, y confía, por el contrario, poco en la razonabilidad y en la justicia de sus prescripciones, ciertamente no ayuda a activar el círculo en el que funcionamiento de la justicia, garantía de los derechos y una educación cívica generalizada se reenvían continuamente de modo respectivo. Podríamos decir, retomando punto del libro que ha encontrado eco en el escrito de Bea, que el Derecho es tanto más confiado, cuanto más difícil hace distanciarse de la “fuerza del ejemplo” (Bea, p. 32). Por el contrario, cuanto más desconfiado se vuelve el Derecho, hasta los límites de la extrema injusticia, tanto más el ejemplo que puede suscitar es el de la desobediencia y el de la resistencia. Precisamente a este respecto puedo responder a una observación de Ansúátegui (p. 79) relativa al elemento del conflicto y a su compatibilidad con el modelo de la confianza. De hecho, la visión fiduciaria no elimina la dimensión conflictual que atraviesa todo contexto social, incluido el jurídico. No lo elimina porque sabe bien que un Derecho completamente basado en la confianza recíproca no pertenece a las

cosas de este mundo, y no lo elimina porque sabe igualmente bien que adoptar el punto de vista de la confianza es un modo de tener una mirada crítica sobre el Derecho, y por tanto, una vía para abrir continuamente ocasiones de posible conflicto con el ordenamiento, hasta el extremo de la desobediencia frente al Derecho sumamente injusto. Es verdad, no obstante que cuanto más se concreta la horizontalidad del Derecho tanto más la relación jurídica asume la connotación de una relación paritaria, y cuanto más las normas jurídicas son el fruto de la que en el libro he llamado una “política del respeto”, tanto más las razones del conflicto se reducen, si bien nunca es posible que desaparezcan del todo.

6. CONCLUSION

Una última cuestión, que es quizás la cuestión de fondo. ¿Qué sentido puede tener razonar sobre la confianza en la época de la pandemia y del retorno de la guerra en Europa? Espero que las rápidas reflexiones presentadas hasta aquí, suscitadas por los muy numerosos estímulos ofrecidos por las contribuciones publicadas en el número 48 de *Derechos y Libertades* hayan ofrecido motivos ulteriores para confirmar la necesidad de razonar sobre la confianza, precisamente en tiempos que parecerían propicios para una difusión de la desconfianza. Eventos epocales como aquellos en los que estamos inmersos parecen hechos apostar para reforzar el modelo de la desconfianza, pero yo creo por el contrario que precisamente cuando todo invitaría a la desconfianza, emerge aún más la importancia de la confianza, su imprescindibilidad para nuestra convivencia. Si la confianza es como el aire que respiramos, como a menudo se repite, es precisamente, cuando comienza a faltar cuando advertimos su necesidad. Se trata de entender, en otras palabras, cuál sea el fundamento de nuestro estar en el mundo, y por tanto cuál sea -y cual deba ser- el sentimiento que nos anima. Si pensamos que el ser del mundo social esté basado en la desconfianza nos parecerá normal todo lo que confirma nuestra falta de confianza recíproca. Si pensamos, por el contrario, que la sustancia del vínculo social está constituido por la confianza, incluso aunque nos encontremos constantemente frente a ejemplos de desconfianza -como puede ser una guerra- no solo no los consideraremos normales, sino que intentaremos actuar, de modo que puedan ser superados y reparados.

Yo creo que el modo mejor para recuperar la confianza, en general y no solo en el Derecho, de acuerdo con lo que pregunta Rafael de Asís en su cuar-

ta cuestión, es el de conseguir ver cuánta confianza nuestras relaciones y el Derecho contienen ya *aquí y ahora*. Estamos lamentablemente habituados a describir la realidad con tintas oscuras, y no nos damos cuenta de que concretamente ella es diversa de lo que describimos con palabras. Baste pensar en la cantidad de personas de las que nos fiamos cotidianamente, a menudo, sin conocerlas. Aprender a ver lo que ya somos capaces de hacer nos puede ayudar a realizar lo que querríamos llevar a cabo para mejorar nuestra convivencia. Esto vale en las pequeñas y en las grandes cosas: la trágica guerra a la que estamos asistiendo –y que esperamos que pronto pueda terminar, antes que prolongarse como quizás alguno auspicia–, podrá terminar solo cuando nos convenzamos de que la paz es una posibilidad real cuyas condiciones ya existen hoy. Se trata de activar un círculo virtuoso, poniendo en valor las mejores cualidades que poseemos, en vez de alimentar un círculo vicioso que se nutre de nuestra incapacidad de salir de la lógica de la fuerza, que conoce por el contrario muy bien las vías para mantener su dominio en los asuntos humanos.

TOMMASO GRECO
*Dipartimento di Giurisprudenza
Università di Pisa
Piazza dei Cavalieri, 2
56126 Pisa
Email: tommaso.greco@unipi.it*

MONOGRÁFICO
“FILOSOFÍA DEL DERECHO
Y DERECHOS HUMANOS EN
EL PENSAMIENTO DE
G. PESES-BARBA.
UNA MIRADA DESDE
OTRAS LATITUDES”

PECES-BARBA, AMÉRICA LATINA Y LOS DERECHOS HUMANOS

PECES-BARBA, LATIN AMERICA AND HUMAN RIGHTS

AGUSTÍN SQUELLA*
Universidad de Valparaíso

Fecha de recepción: 1-10-22

Fecha de aceptación: 8-2-23

Resumen: *Este artículo hace una reflexión sobre la importancia de la divulgación de los derechos humanos en América Latina. El autor menciona que fuera de los ambientes académicos y organizaciones de derechos humanos, se sabe poco acerca de los derechos humanos, su concepto, fundamentación, historia y sistemas de protección en la región. El autor resalta la labor de divulgación ilustrada de Gregorio Peces Barba en la cultura jurídica y política de España y otros países y sostiene que en América Latina se necesita hacer algo similar. El autor menciona que en Chile, recientemente el tema de los derechos humanos ha vuelto al primer plano en el contexto del proceso constituyente y se han producido debates públicos de mucho interés sobre los derechos fundamentales, incluyendo los de carácter social.*

Abstract: *This article reflects on the importance of raising awareness of human rights in Latin America. The author mentions that outside academic circles and human rights organisations, little is known about human rights, their concept, foundations, history, and protection systems in this part of the world. The author highlights Gregorio Peces-Barba's enlightening, popularising work in the legal and political culture of Spain and abroad and argues that something similar needs to be done in Latin America. The author of this article mentions that in Chile, the human rights issue has recently returned to the forefront in the context of the constituent process and there have been very interesting public debates on fundamental rights, including those of a social nature.*

* Doctor en Derecho. Premio Nacional de Humanidades y Ciencias Sociales. Ex integrante de la Convención Constitucional chilena (2021-2022).

Palabras clave: derechos humanos, cultura jurídica, política
Keywords: human rights, legal culture, politics

Me excuso por la auto referencia bibliográfica que me apresto a hacer: hace cuatro o cinco años publiqué en Valparaíso un breve libro titulado *Derechos humanos*, cuyo subtítulo es: ¿Cuánto sabemos de ellos?

Ese subtítulo se justifica porque, según creo, y salvo en ambientes académicos o de organizaciones de derechos humanos, sabemos poco, bien poco, acerca de los derechos humanos, y de ahí la gran importancia de la divulgación ilustrada que Gregorio Peces-Barba hizo sobre tales derechos y su historia, su historia universal y también en la cultura jurídica y política española, francesa, inglesa, y de América del Norte.

Hasta donde alcanzan mis conocimientos, ni en Chile ni en América Latina hemos hecho algo así, y, claro, necesitamos hacerlo. Gregorio dio a esa empresa la señal de partida con proyectos que impulsó, por ejemplo, en lo relativo a las Constituciones de nuestros países, pero es a nosotros, los latinoamericanos, a quienes nos corresponde hacer el resto de la tarea.

Fuera de los ámbitos académicos y de organizaciones de derechos humanos, y esto al menos en mi país, se sabe poco de los derechos humanos, de su concepto, de su fundamentación, de su historia, de los procesos por los que han pasado desde que empezó a hablarse de ellos bajo ese nombre a inicios de la modernidad, de los sistemas nacionales, continentales y mundiales de protección de los derechos, y el común de las personas no pasa muchas veces de decir a propósito de ellos algunas verdades muy generales, incluso vagas: se trata de derechos importantes, universales y cuya violación reviste una especial gravedad desde el punto de vista político y moral.

Hasta hace poco, en Chile, uno hablaba de derechos sociales y no solo los sectores políticos conservadores fruncían el entrecejo y afirmaban que tales derechos no existían o que, en caso de existir, se trataba únicamente de expectativas que debían materializarse solo en políticas públicas de los gobiernos, sin necesidad de que fueran declarados y tutelados por nuestra Constitución política. El recientemente fracasado proceso constituyente chileno sirvió, sin embargo, para que el tema de los derechos humanos volviera al primer plano, incluidos los de carácter social, y para que se produjeran debates públicos de mucho interés. Así las cosas, uno de los mejores capítulos de la propuesta constitucional rechazada fue, precisamente, el que concernía a los derechos funda-

mentales, entre ellos los de carácter social, que, como ustedes comprenderán, no tuvieron mucha acogida en la Constitución de 1980 que impuso la dictadura militar en nuestro país. Creo que hasta en esos sectores conservadores que poco antes negaban la existencia de los derechos sociales, o que los querían fuera de la Constitución, y que los consideraban poco menos que un invento de los izquierdistas, se fue imponiendo la idea de que una nueva Constitución no podría reducirse solo a los derechos civiles y políticos.

No faltan tampoco quienes tienen una visión estática de los derechos humanos, creyendo que estos quedaron alguna vez perfectamente identificados para siempre, e ignoran lo que Peces-Barba llamó “el puesto de la historia en el concepto de derechos fundamentales”, un texto de su autoría de finales de la década de los 80 del siglo pasado y que Gregorio tuvo ocasión de discutir en Londres con Ronald Dworkin y que suscitó también un diálogo con Eusebio Fernández y otros académicos españoles.

Los derechos fundamentales son tan culturales como el propio derecho, como el propio derecho internacional y los derechos nacionales que los sustentan, con lo cual quiero decir que son una obra o creación humana, no algo natural, sino artificial, un “invento”, como dice Lynda Hunt, mas no en el sentido de una ficción o falsedad, sino en el de una producción que pudo llevarse adelante a lo largo de un muy extenso proceso civilizatorio. Es en tal sentido que los derechos son históricos, si bien no por ello puede fundamentárselos en la historia. No hay, propiamente hablando, una fundamentación historicista de los derechos humanos, sino solo una explicación de ellos, y una explicación que sigue firmemente en pie, mientras continúan, se prolongan y multiplican las discusiones y teorías acerca de su fundamentación, a menudo contradictorias unas con otras, con el riesgo, ya suficientemente conocido, de que, a fuerza de fundamentar, nos traslademos al incierto reino de la eternidad o al muy manipulable de la naturaleza. ¿Quieres dar una mayor firmeza y posibilidades de influencia a una cualquiera de tus ideas? Di que la dictó Dios o que ella proviene de nuestra naturaleza.

Recuerdo bien ese volumen con cartas a Gregorio Peces-Barba que la fundación del mismo nombre publicó luego de la muerte de nuestro amigo, y en el que la primera de ellas, de Rafael de Asís, advirtió a los lectores que en esa correspondencia reunida se echarían en falta algunas misivas, y no porque sus eventuales autores no hubieran querido enviarlas, sino porque resultaba imposible identificar a todos los que pudieran tener un buen motivo para escribirlas.

Me apoyo en esa declaración para preguntarme cómo sería posible identificar en América Latina a todos los que deben parte de su formación jurídica, especialmente tratándose de derechos humanos, a la persona y obra de Gregorio.

Reacio a subir a los aviones, incluso tratándose de un partido importante del Real Madrid fuera de España, Gregorio no visitó nuestro continente, pero sus libros sí llegaron, imprimiéndose incluso alguno de ellos en países del continente, aunque no se si de manera legal o no. Todavía más: ¿cuántos fueron los estudiantes latinoamericanos que llegaron a Madrid para tener clases con Gregorio y conocer de primera fuente su pensamiento jurídico y político?

Sin ir más lejos, yo fui uno de ellos, si bien hace el buen tiempo que ustedes pueden imaginar, aunque no lo hice pensando exactamente en Gregorio, sino en Kelsen, puesto que, al venir entonces a la Universidad Complutense de Madrid por el Doctorado, tenía en la cabeza la idea de hacer una tesis sobre el gran jurista austriaco. De manera que leyendo para la tesis en la biblioteca del Departamento de Filosofía del Derecho de esa universidad, veía pasar todas las mañanas a Gregorio camino de su despacho, hasta que un buen día, realmente un buen día, él se detuvo para preguntarme quién era y qué hacía allí.

No más yo mencionar a Chile -hacía solo dos años del golpe de Estado en mi país-, y ni qué decir aludir a Kelsen, Gregorio me hizo pasar a su despacho, y fue ahí, en ese momento, en el que nació lo que considero una auténtica amistad. La mención también a Bobbio nos acercó todavía más.

Lo puse al tanto de que mi director de tesis era Antonio Hernández-Gil, lo cual no fue obstáculo, sino todo lo contrario, para que Gregorio me ofreciera su ayuda en relación con mi trabajo en preparación, transformándose, de hecho, a partir de ese mismo instante, en una suerte de codirector de la tesis.

¡Qué suerte tuve! ¡Qué doble acompañamiento para una tesis sobre validez, eficacia y valores en la teoría pura del derecho de Hans Kelsen!, como fue al cabo el título de mi trabajo, si bien luego en Chile se publicó con el título de *Derecho, desobediencia y justicia*.

Si hago hoy este recuerdo es para agradecer a la memoria de esos dos grandes ausentes -Gregorio y don Antonio- y a tantos otros docentes e investigadores de este país, en especial de la Universidad Carlos III y de la Autónoma de Madrid que me han acompañado durante una ya extensa vida

académica. Después de obtener mi Doctorado, volví a Madrid en varias ocasiones, muchas de ellas por invitación de Gregorio, y encontré allí el cálido aprecio y acogida de otros de sus contemporáneos –como el gran Elías Díaz, por ejemplo– y de quienes formaban ya otra espléndida generación de teóricos del derecho.

Cada vez que retorné a Madrid sentí que lo hacía a casa, y en eso tuvo ciertamente que ver el carácter antidepresivo que le atribuyo a la ciudad. No es que yo sea un depresivo, pero mi ánimo, como el de cualquier persona normal, oscila con alguna frecuencia, y estando en Madrid siempre me ha bastado entrar en un bar o en un café para que las oscilaciones se muevan inmediatamente al alza.

Hago un paréntesis ahora para protestar por las muchas veces que ha sido decretada la muerte de la filosofía y, con ella, la desaparición de las filosofías, incluida la del derecho. Ustedes han notado tanto como yo el uso y abuso del prefijo “pos”, como si ya no quedara nada en pie, como si viviéramos en un cementerio, entre puros difuntos. Muerte de esto, muerte de lo otro, una práctica que, paradójicamente, se da de la mano con el auge del prefijo “neo”. Entonces, pareciera que la cultura contemporánea transita interminablemente entre el pabellón de neonatología del hospital y el lugar donde depositan y autopsian los cadáveres.

Pienso que la mayor influencia de Gregorio en América Latina se produjo con su teoría de los derechos fundamentales y, en particular, con sus felices incursiones en la historia de unos derechos que todas las personas valoran y celebran, pero de los cuales, en general, se conoce poco. Más allá de saber que son derechos importantes y cuya titularidad es universal –decíamos antes–, no es mucho lo que comúnmente se conoce de ellos, de su historia, de su fundamentación, de su concepto, de los procesos por los que han pasado desde la Modernidad hasta nuestros días, de los sistema globales y regionales que los declaran y protegen. Por cierto que en un seminario como el que ahora tiene lugar todos sus participantes saben muy bien de qué se habla cuando se habla de derechos humanos, pero el común de las personas suele ignorar mucho acerca de ellos, aunque reaccionan con prontitud cada vez que se los viola en algún lugar del planeta.

De lo que no hay desconocimiento es que la democracia constituye la forma de gobierno que tiene mejor rendimiento en cuanto a declaración, garantía y promoción de los derechos. Cuando alguno de mis alumnos bosteza ante la sola mención de la palabra “democracia”, lo que hago es preguntarle

si está o no interesado en los derechos humanos, y como la respuesta es siempre afirmativa, lo insto a darse cuenta de que si se da valor a los derechos no hay más alternativa que dárselo también a la democracia, lo cual no excluye, sino que por el contrario refuerza, la tarea de tener una cada vez mejor democracia, evitando que esta se debilite o, peor, se corrompa.

¿Qué sucede hoy con la democracia? ¿Qué nos diría el actual mapa de las democracias en el mundo? ¿Cuántas de ellas, de las democracias reales, están cerca, cuántas lejos y cuántas muy lejos de la democracia ideal? ¿En cuántos países no hay siquiera gobiernos democráticos, por mucho que quienes mandan en ellos se apropien de la palabra “democracia”, atendido el prestigio que esta conserva? ¿Cuántos dictadores, déspotas o gobernantes autoritarios se hacen llamar “demócratas” y a sus régimenenes “democracias”, aunque adjetivando esta última palabra de las más extravagantes maneras?

No es este el momento de pasar revista a la situación de la democracia en el mundo, pero el hecho es que no soplan buenos vientos para ella. Y si ustedes vuelven a perdonarme por incurrir en otra auto referencia bibliográfica: en 2019 publiqué *Democracia. ¿Crisis, decadencia o colapso?* cuyo título lo dice todo. Crisis no es, sin duda, sino algo más, y las otras dos alternativas no son nada de buenas. Pero quizás haya una cuarta: transformación.

Gregorio tuvo siempre claro que los derechos fundamentales son derechos históricos, es decir, que no siempre estuvieron allí escritos en lo alto o ínsitos en la naturaleza humana o en la naturaleza de las cosas, sino que hubo que hubo que luchar por ellos, dado que en un comienzo adscribieron solo a determinados segmentos de las sociedades de los siglos XVII y XVIII en adelante. ¿Cuánto demoraron por ejemplo las mujeres en ser reconocidas como titulares de derechos políticos? Los derechos humanos son humanos porque adscriben a todo individuo de nuestra especie, pero también porque son una creación humana, una feliz creación humana, un “invento”, como dice Lynda Hunt, aunque no el sentido de una ficción o falsedad, sino en el de un producto que hombres y mujeres han sido capaces de crear, defender y promover.

En tal sentido, los derechos son culturales, tan culturales como los propios derechos nacionales y el derecho internacional que los declaran y les dan una base de sustentación objetiva. Culturales en el sentido, reitero, de creación humana, o sea, no naturales. Culturales en cuanto son el resultado de la “acción conformadora y finalista” de hombres y de mujeres, según la definición de “cultura” del filósofo chileno Jorge Millas, o, recordando ahora

la que nos dejó Radbruch, culturales en el sentido de que son algo que hombres y mujeres fueron capaces de “colocar entre el polvo y las estrellas.”

Entonces, culturales los derechos (fundamentales) y culturales también los derechos (nacionales e internacional).

Soy consciente de que vengo empleando indistintamente las expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, o sea, como si se tratara de sinónimos, que es lo que son, al menos para mí. En el marco de las ideas previamente señaladas, no puedo suscribir la propuesta consoladora de que, además de los derechos fundamentales, positivados en ese carácter por los derechos nacionales y el derecho internacional, pudieran existir unos derechos humanos en espera de ser positivados, tal como si se encontraran, precisamente, en la sala de espera del aeropuerto y aguardando a que les permita embarcar. Por cierto que los derechos fundamentales son dinámicos y que no han concluido su proceso de expansión, una constatación que para nada obliga a sostener la idea de que están ya a la mano, configurados como derechos humanos, y solo a la espera de que nos demos cuenta de que existen como tales.

Siempre me he preguntado a qué se podría deber el déficit de autoestima de la especie humana que, habiendo creado cosas tan buenas, remite estas a la divinidad, o a la naturaleza, sin asumir el mérito de sus propias obras, tal como sí hace con el demérito de las catástrofes que también produce.

Acertó también Gregorio al identificar a la dignidad humana como el fundamento de los derechos fundamentales, como ese especialísimo, irrenunciable y parejo valor que los seres humanos nos reconocemos intersubjetivamente unos a otros y sin excepción. “Nadie es más que nadie”, y eso porque las personas nacen y permanecen iguales en dignidad, cualesquiera sean las circunstancias de su vida. A propósito de lo cual recuerdo muy bien la distribución que tuvo en mi continente el número 26 de los Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, que Gregorio firmó bajo el título de *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*, en el que rastreó la historia de ese concepto en la historia del pensamiento.

Tuve la ilusión de que el artículo 1 de la recientemente fallida propuesta constitucional chilena hubiera dicho algo así como “Las personas nacen y permanecen iguales en dignidad y en esta se basan ciertos derechos fundamentales que adscriben a todas ellas sin excepción, haciéndolas merecedoras a una misma consideración y respeto y a ser tratadas como fines y no como medios al servicio de otras o del Estado”. Me fue mal con la propuesta al

interior de nuestra Convención Constitucional, y todavía me pregunto por qué.

La idea de dignidad humana, lo mismo que pasó con los derechos que ella fundamenta, fue abriéndose paso lentamente en la historia de la humanidad. De ser inicialmente la dignidad algo así como un rango o jerarquía superior que se reconocía a determinados cargos o funciones públicas -monarcas, guerreros, jueces- pasó a ser un valor que todos comparten. Como apunta Jeremy Waldron, "asociada alguna vez a la diferenciación jerárquica de rango y estatus, actualmente la dignidad transmite la idea según la cual todas las personas humanas pertenecen a un mismo rango, que es, efectivamente, muy alto". O como señala nuestro querido Ernesto Garzón Valdés, "la dignidad es una propiedad distintiva de todo ser humano viviente". Y más crudamente, Slavoj Žižek: "La dignidad es la respuesta popular al cinismo de los que están en el poder".

La dignidad humana es un valor que, lejos de transformar a la humanidad en dominadora de la naturaleza, lo que hace es volverla responsable de esta, puesto que, además, no vivimos con la naturaleza, sino que somos parte de ella. Una especie humana que es el resultado de un proceso de evolución exitoso, o relativamente exitoso, no puede transformarse por ello en verdugo de la naturaleza, sino, todo lo contrario, en su más calificado protector.

En un pie de página de su conocido texto sobre *El puesto de la historia en el concepto de los derechos fundamentales*, Peces-Barba dio cuenta de su discusión con Ronald Dworkin y la idea de tales derechos como derechos morales, e intuyó que en eso Gregorio recibió también la aprobación de Norberto Bobbio respecto de la historicidad de los derechos, si bien reconocer dicha historicidad no es suficiente para afirmar, según anticipé en su momento, que haya, propiamente hablando, una fundamentación historicista de los derechos. Los derechos fundamentales se pueden explicar desde la historia, cómo no, mas no por ello ser fundamentados en la historia.

No sé qué diría Gregorio si estuviera escuchando esta ponencia. Siempre fue generoso conmigo y me atribuyó más importancia de la que tengo. Era un auténtico inspirador de vocaciones académicas y un sostenedor de ellas cuando ya habían sido desplegadas. Entonces, me siento muy honrado de haber sido invitado a intervenir en este Seminario, organizado por el Instituto que lleva ahora en la Universidad Carlos III el nombre del propio Gregorio. Son ya varios los estudiantes chilenos que han regresado a nuestro país después de haber cursado maestrías o el doctorado en el Instituto, y lo

único que se escucha de ellos son palabras de admiración y gratitud por lo que recibieron aquí.

Si él hubiera estado hoy aquí, creo que yo le habría dicho: “La tuviste fácil Gregorio”. Los ponentes de la Constitución española de 1978 fueron 7, mientras que nosotros, recientemente en mi país, fuimos 155. Pero aunque no conseguimos ofrecer al país una propuesta de nueva Constitución que pudiera contar con aprobación ciudadana, pienso que debo decir a ustedes que para mí tuvo sentido formar parte de nuestra ya disuelta Convención Constitucional. El éxito suele ser la medida del sentido que damos a las cosas y actividades que emprendemos, pero ese es un viejo malentendido. Fracasar en un empeño no resta sentido a haberlo hecho.

AGUSTÍN SQUELLA
*Escuela de Derecho,
Universidad de Valparaíso,
Avenida Errázuriz 2120
Valparaíso, Chile
e-mail: asquella@vtr.net*

LA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE GREGORIO PESES-BARBA: UNA MIRADA DESDE FRANCIA

GREGORIO PESES-BARBA'S GENERAL THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS: A FRENCH PERSPECTIVE

VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS
Universidad de Paris-Nanterre

Fecha de recepción: 7-1-23

Fecha de aceptación: 10-3-23

Resumen: *La Teoría general de los derechos fundamentales de Gregorio Pezes-Barba no tiene mucha resonancia en Francia. Este artículo trata de explicarlo. Una primera razón parece residir en el hecho que su proposición teórica no corresponde ni a las preocupaciones de la dogmática jurídica que centra su trabajo esencialmente en el estudio técnico del derecho positivo, ni a las preocupaciones de los teóricos o filósofos del derecho franceses que, de todos modos, no son numerosos. Una segunda razón puede ser que el concepto de "derechos fundamentales" construido y defendido por Pezes-Barba es bastante diferente del que finalmente se ha extendido en Francia y que, en cualquier caso, no es objeto de una teorización significativa, ni de una comprensión unificada.*

Abstract: *Gregorio Pezes-Barba's general theory of fundamental rights does not have a lot of resonance in France. This article try to explain it. A first reason is lie to the fact that his theoretical proposition is far to the concerns, on the one hand, of legal dogmatics, which essentially focuses its work on the technical study of law, and, on the other hand, of the few French legal theorists or philosophers. A second reason may be that the concept of "fundamental rights" constructed and defended by Pezes-Barba is quite different from the one that has finally widespread in France and that, anyway, it is not object of a significant theorisation, nor of a unified understanding.*

Palabras clave: derechos fundamentales, libertades públicas, positivismo, Teoría del Derecho

Keywords: fundamental rights, public liberties, positivism, Theory of Law

Iniciaría esta ponencia muy directamente: Gregorio Peces-Barba tenía un mejor conocimiento del Derecho, de los filósofos y de los juristas franceses, que al revés. Los principales pensadores y conociedores en Francia de la obra del maestro español siguen siendo hoy Michel Troper y André-Jean Arnaud. Esto último estuvo en el origen de la publicación de la traducción de la *Teoría general de los derechos fundamentales* en la colección *Droit et société*¹, traducción que, de manera muy sintomática, fue realizada por un investigador que no trabajaba en Francia sino en España y después en Brasil, y prologada por Sami Naïr, tanto (si no más) en su calidad de diputado al Parlamento Europeo que de profesor de ciencias políticas. Además, esta *Teoría general de los derechos fundamentales* no ha dado lugar a mucho debate en Francia. Las referencias a la obra, sin ser nulas, han quedado muy limitadas². Me gustaría intentar identificar algunas de las razones de esta recepción acotada, más allá del hecho de que pocos juristas franceses entienden el español.

Para comprender la falta de encuentro significativo entre la *Teoría general de los derechos fundamentales* de Gregorio Peces-Barba y los juristas franceses, trataré de poner en relieve algunas discrepancias del pensamiento del maestro español con las mayores preocupaciones de los autores franceses de su época, ya sean especialistas de los derechos fundamentales o la teoría del Derecho. De hecho, esta discrepancia fue bien integrada por el propio Peces-Barba. Los pequeños pasajes en los que éste último cita a los juristas franceses contemporáneos tienen en efecto por objeto justificar la diferencia de su enfoque respecto a ellos. Peces-Barba tiene como objetivo más particularmente subrayar el anclaje de los autores franceses tanto en una filosofía liberal como en un marco positivista (en el sentido técnico o dogmático), lo que simbolizaría, para él, su adhesión a la terminología “libertades públicas”³.

Aunque esta crítica que Peces-Barba dirige a los autores franceses no me convence en todas sus dimensiones, porque está, en mi opinión, un poco amplificada por la preocupación de justificar la validez de sus propias opciones teóricas y terminológicas, el autor tiene el mérito de destacar en pocas lí-

¹ Traducción francesa, G. PECES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, trad. Antonio Pelé, citada en adelante como TGDF.

² Permitásemelme citar mi comentario de “G. Peces-Barba, Théorie générale des droits fondamentaux”, *Droit et Société*, núm. 58, pp. 757-759.

³ Ver en particular en el capítulo I de la TGDF sobre las terminologías, pp. 28-30 y el capítulo XVII, pp. 400-401.

eas los elementos básicos que caracterizan la dogmática francesa de la época. Discutiendo los criterios de clasificación de los derechos y libertades utilizados por los autores franceses (están citados Jean Rivero, Charles Albert Colliard), Peces-Barba los considera en efecto como “*insuficientes*” en la medida en que no explicarían “*ni la amplitud ni la complejidad de las diferentes facetas y dimensiones de los derechos*”. Serían “*demasiado dependientes del Derecho constitucional francés*”, excluyendo “*los derechos democráticos (...), los derechos económicos y sociales y los nuevos derechos (como la objeción de conciencia, la protección del medio ambiente, etc.)*”. Para Peces-Barba, los académicos franceses “*limitan su enfoque a una visión clásica de las libertades, tal como las concibe el derecho positivo francés*”⁴.

Para entender, en la medida de lo posible, estas discrepancias entre la teoría propuesta por Peces-Barba y los juristas franceses, mostraremos, en primer lugar, que su propuesta teórica tiene un público muy limitado en Francia. La razón reside en que no corresponde ni a las preocupaciones de los juristas dogmáticos que centran su trabajo esencialmente en el estudio técnico del Derecho positivo, ni a las preocupaciones de los teóricos o filósofos del Derecho que, en cualquier caso, son pocos en Francia (1). En segundo lugar, volveré a las cuestiones terminológico-conceptuales para poner de relieve, por un lado, algunas aproximaciones de la presentación que hace Peces-Barba de la concepción de las libertades públicas en Francia y, por otro lado, que los juristas franceses no se han quedado apegados a la terminología de las libertades públicas. Diversas referencias a “*los derechos y libertades fundamentales*” se han extendido también en Francia. Sin embargo, estas referencias y las razones para elegirlas son bien diferentes de aquellas planteadas por Peces-Barba, lo que aparece como un factor adicional para entender la falta de impacto de su *Teoría general de los derechos fundamentales* en Francia (2).

⁴ G. PESES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, cit., p. 401.

1. UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: LA FALTA DE COINCIDENCIA CON LAS PREOCUPACIONES TEÓRICAS DE LOS JURISTAS FRANCESES O LOS REVESES DE LA LUCHA CONTRA EL DOBLE REDUCCIONISMO

1.1. El interés mínimo de los juristas franceses por la teoría

En el país de la Declaración de los derechos humanos, los juristas franceses han escritos innumerables artículos y libros sobre los derechos y las libertades. Sin embargo, los enfoques teóricos, sin estar ausentes⁵, aparecen después de la Segunda Guerra Mundial con menor extensión en Francia que en otros países. La atención de los juristas franceses se ha concentrado más progresivamente estos últimos años en la evolución de los aspectos contenidos, ya sean administrativos, judiciales, luego constitucionales y europeos. El resultado es que los jueces ya no son concebidos como "la boca de la ley" sino se han convertido en una "boca del Derecho", lo que es bien diferente. Significa que el Derecho es lo que dicen los jueces y que, para conocerlo, se tiene que estudiar lo que estos últimos deciden. Hacer un trabajo de jurista consiste entonces, para una gran parte de académicos franceses, en una obra básica de dogmática jurídica aplicada a las decisiones jurisdiccionales. Consiste, más precisamente, en comentar y racionalizar estas decisiones y, de manera a menudo muy imbricada, en justificar o criticarlas. Este trabajo se desarrolla sobre la base de diferentes juicios de valor raramente sostenidos en Francia por teorías morales o de la justicia construidas, mucho menos, *a fortiori*, explicitadas, tal como pueden hacerlo Peçes-Barba en los capítulos VII a XI de su *Teoría General*, u otros grandes teóricos del Derecho de la segunda mitad del siglo XX tal como Dworkin, Alexy, Ferrajoli o Raz... (sin perjuicio de lo que se puede pensar de sus compromisos axiológicos respectivos). Para ilustrarlo, si encontramos en la dogmática francesa una aproximación de la dignidad humana como principio "matricial"⁶, cercana

⁵ Ver por ejemplo con compromisos teóricos muy diferentes, E. PICARD, "L'émergence des droits fondamentaux en France", AJDA, 1998, núm. especial, pp. 5-24; O. PFERSMANN, "Esquisse d'une théorie des droits fondamentaux", en L. FAVOREU et al (dir.), *Droit des libertés fondamentaux*, Dalloz, Paris, 2000, pp. 91-104; M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruxelles, Bruylant, 2008; C. GIRARD, *Des droits fondamentaux au fondement du droit*, Publications de la Sorbonne, París, 2010.

⁶ B. MATHIEU, "Pour une reconnaissance de 'principes matriciels' en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme", D. 1995, chron. p. 211.

a la presentación que propone Peces-Barba⁷, esta aproximación no está tan fundamentada por una teoría moral general explícita como por una cierta lectura de las decisiones del Consejo Constitucional y del Consejo de Estado de la época, respectivamente relativas al control de una ley sobre la bioética⁸ y al famoso caso de lanzamiento de enanos⁹. En este sentido Peces-Barba tiene razón cuando afirma que los juristas franceses contemporáneos “son demasiado dependientes del Derecho constitucional francés” (*supra*). Se podría incluso ampliar: están demasiado dependientes del Derecho positivo y de lo que deciden los jueces.

Al final, este movimiento ha reducido a una parte dominante de los juristas franceses contemporáneos a buenos técnicos. Esta reducción ha provocado correlativa y progresivamente la marginalización de los franceses en muchos foros académicos, intelectuales, internacionales o mediáticos. Esta situación ha generado recientemente una reacción de orgullo¹⁰, sobre todo por parte de juristas internacionalistas, disciplina en la cual los franceses tienen una larga tradición de presencia y excelencia a nivel internacional. Se traduce, para algunos, en un deseo de ponerse al día con los debates jurídicos internacionales y en la intención de abrirse a otras ciencias sociales y humanas que, en Francia como fuera, han sido el lugar de importantes debates sobre los derechos humanos y la democracia en las últimas décadas¹¹.

1.2. Las manifestaciones del doble reduccionismo en Francia

Del mismo modo que la *Teoría general de los derechos fundamentales* de Gregorio Peces-Barba no ha llamado la atención de la gran mayoría de los juristas encerrados en la técnica y la dogmática del Derecho, tampoco ha lla-

⁷ G. PESES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, cit., pp. 187 y s.

⁸ Sentencia nº 94-345 DC, 29 de julio de 1994.

⁹ CE, 27 de octubre de 1995, *Commune de Morsang sur Orge et Ville d'Aix en Provence*, RFDA, 1995, p. 1204, conc. P. Frydman; AJDA 1995, p. 878.

¹⁰ Ver en este sentido, E. DUBOUT, S. TOUZÉ, “Les critiques des droits de l’homme et le droit”, en E. DUBOUT, S. TOUZÉ (ed.), *Refonder les droits de l’Homme*, Editions Pedone, Paris, 2019.

¹¹ Ver por ejemplo, M. GAUCHET, “Les droits de l’homme ne sont pas une politique”, *Le Débat*, núm. 3, 1980, p. 21; *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 2002; P. MANENT, *La loi naturelle et les droits de l’homme: Essai de philosophie pratique*, PUF, Paris, 2018. Ver también, V. ZUBER, *Le culte des droits de l’homme*, Gallimard, Paris, 2014; J. LACROIX, J.-Y. PRANCHÈRE, *Le procès des droits de l’homme. Généalogie du scepticisme démocratique*, Seuil, Paris, 2017.

mado mucho la atención del pequeño grupo de juristas franceses que se interesan por la filosofía y la teoría del Derecho. Respecto a este punto, Peces-Barba nos parece víctima de su distancia respecto a lo que llama el doble reduccionismo, es decir, el reduccionismo iusnaturalista y el reduccionismo positivista¹². Pocos académicos franceses escapan a uno u otro y se puede entender que son raros los que se preocupan de una obra que no corresponde a su modo de pensamiento. Sin embargo, leyendo atentamente a los autores franceses más significativos, nos llama la atención que tanto los iusnaturalistas contemporáneos como los positivistas tienen algunos puntos de encuentro con la teoría de Peces-Barba.

1.2.1. Derechos fundamentales y expresión contemporánea del iusnaturalismo en Francia

Del lado del reduccionismo iusnaturalista que consiste en pensar, en breve, que la existencia de los derechos fundamentales no depende de su reconocimiento por el Estado ni tampoco de su integración en el Derecho positivo, sino de su carácter de Derecho natural, moral o de su inherencia al ser humano, tenemos que distinguir al menos dos grandes tipos de posturas por parte de los juristas franceses contemporáneos.

El primer tipo es el iusnaturalismo aristotélico-tomista de Michel Villey que, como demuestra bien Peces-Barba¹³, se presenta más como una negación que una reducción de los derechos humanos. El conservadurismo de Villey le conduce en efecto a entender los derechos humanos más como una decadencia de la humanidad que como un progreso o “una ganancia sustancial”¹⁴. Para ilustrarlo, Gregorio Peces-Barba cita varios pasajes del tomo 1 de la *Filosofía del Derecho* de Villey, confirmados y desarrollados en otro libro enteramente crítico con respecto a los derechos humanos: *Le droit et les droits de l'homme*¹⁵. Aunque Michel Villey admite que “la unidad de la naturaleza del hombre y su eminencia han sido reconocidas desde los primeros tiempos”, considera que “los derechos humanos son muy diferentes”¹⁶ de esta perspectiva. Según Villey, los derechos humanos no entran en la continuidad del pensamiento sobre la “unidad de la naturaleza

¹² G. PESES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, capítulo 2, pp. 49 y ss.

¹³ G. PESES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, cit., p. 43 y pp. 70-72.

¹⁴ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, Paris, 1983, p. 103.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, cit., p. 16.

del hombre”¹⁷ desde el pensamiento aristotélico. Por el contrario, serían la expresión culminante de la perdida, por un lado, de los conceptos de Derecho y Derecho natural y, por otro lado, de la ciencia jurídica. Como se sabe, Gregorio Peces-Barba rechaza tal concepción por su anti-historicidad, es decir, por su denegación de confrontación con la evolución política y jurídica de su tiempo.

Una segunda variante francesa del iusnaturalismo contemporáneo que se expresa en el enfoque de los derechos fundamentales, viene de autores también muy cercanos al catolicismo tales como Michel Levinet o, de manera más discreta, Etienne Picard¹⁸. Respecto a la presentación que Peces-Barba hace del reduccionismo iusnaturalista se puede considerar que el reduccionismo de ambos autores es relativo en la medida en que el Derecho positivo no aparece subalterno para la existencia y la garantía de los derechos fundamentales. Estos autores son, por cierto, muy buenos conocedores del Derecho positivo, cuyo estudio nunca se aleja de sus desarrollos axiológicos. En el caso de Levinet, el iusnaturalismo católico se manifiesta, de manera muy clásica, en su análisis de los fundamentos de los derechos y en su evaluación de los derechos procreativos, relativos al fin de la vida o respecto a las personas vulnerables¹⁹. Se puede notar que a diferencia de Villey que rechazaba la tesis según la cual los derechos humanos son “una conquista debida al cristianismo”²⁰ al asociarlos con la emergencia de la filosofía liberal a partir del siglo XVII, Levinet, al igual que otros autores más o menos impregnados por una educación cristiana, concibe el advenimiento del cristianismo como una etapa importante, si no como la etapa mayor, en la expresión de la dignidad de la persona, dignidad pensada como el fundamento axiológico e histórico de los derechos humanos. En el caso de Picard, aunque su teoría moral no está muy explicitada y, de lo que se puede conocer, se destaca de la ideología socialista reivindicada por Peces-Barba, el interés de este autor es presentar una estructura de pensamiento de los derechos fundamentales que presenta similitudes con el maestro español. Se manifiesta en particular en la convicción de que los derechos fundamentales expresan valores que no se agotan

¹⁷ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, cit., p. 104.

¹⁸ E. PICARD, “L'émergence des droits fondamentaux en France”, cit., p. 37; Ver también M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, Paris, 2018.

¹⁹ V. M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

²⁰ M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, cit., p. 22; ver también, pp. 15-16.

en el Derecho positivo, sin negar, sin embargo, dialécticamente, el papel de este último en el proceso de fundamentalización de los derechos²¹.

1.2.2. Derechos fundamentales y teorías positivistas

1.2.2.1. Raíz del problema

Respecto al reduccionismo de los teóricos positivistas, lo más cómodo es partir del caso de Michel Troper. De hecho, con la excepción de su obra sobre la historia constitucional en la época revolucionaria, pocas son las publicaciones de Michel Troper respecto a los derechos fundamentales. En un estudio bastante tardío publicado en 2007, Michel Troper explica muy bien algunas razones de las relaciones difíciles, incluso conflictivas entre el positivismo –entendiéndase en este contexto “positivismo teórico” en el sentido de Bobbio²²–, y los derechos humanos. Michel Troper pone en relieve que si “la expresión ‘derechos humanos’ designa derechos que el ser humano tendría y ejercería independientemente del Estado, (...) entonces, desde el estricto punto de vista positivista, el problema es (...) rápidamente resuelto: no hay derechos humanos”²³. Añade también que el positivismo, como teoría general del Derecho, durante mucho tiempo se ha interesado más por la estructura del Derecho y del razonamiento jurídico que por el contenido y los valores que expresan las normas de los sistemas jurídicos. Observa entonces que tal “indiferencia de los positivistas es a veces percibida como una verdadera hostilidad hacia los derechos humanos”²⁴.

1.2.2.2. Tentativas de superación

La indiferencia respecto a los derechos humanos o fundamentales no es sin embargo necesariamente un signo de hostilidad. Puede resultar de una ausencia de prioridad en la agenda de los programas científicos o poner en relieve una falta de interés intelectual personal. No es en consecuencia insuperable. En este sentido se pueden encontrar en Francia por lo menos dos tentativas positivistas recientes de teorización de los derechos fundamentales: una de tendencia normativista; y otra de tendencia analítica.

²¹ E. PICARD, “L’émergence des droits fondamentaux en France”, cit., p. 37.

²² N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, rééd. 1972, p. 146.

²³ M. TROPER, “Le positivisme et les droits de l’Homme” en B. BINOCHE ET J.-P. CLÉRO (dir.), *Bentham contre les droits de l’Homme*, PUF, Paris, 2007, p. 233 (traducción personal).

²⁴ Ibid., p. 232 (traducción personal).

Propuesta normativista. La propuesta normativista se encuentra en escritos de Otto Pfersmann. Tratando de “construir un concepto de derechos fundamentales como objeto exclusivamente jurídico”, el autor invita a considerar “que un sistema jurídico” incluye los derechos fundamentales si y sólo si se cumplen cuatro condiciones: 1) “la existencia de permisos en beneficio de todas las personas”; 2) la ilicitud de cualquier norma que suprima estos permisos o “los límite más allá de un cierto mínimo determinado por la comprensión habitual del concepto del comportamiento en cuestión”; 3) la “existencia de un órgano de control judicial habilitado para anular” las normas ilícitas o para “impedir que los actos con tal significado se conviertan en normas del sistema”; 4) la existencia de órganos habilitados “para acudir al órgano de control judicial en caso de violación”²⁵.

Por un lado, una concreta definición de los derechos fundamentales ilustra muy bien lo que Peces-Barba nombra el “reducciónismo positivista”. Y se entiende también que, desde su punto de vista, el positivismo presenta una visión parcial de los derechos fundamentales, ciega a su “dimensión ética” y a su carácter de “exigencias morales justificadas”²⁶. Limitándose a pensar los derechos en su calidad de norma formal, el positivismo normativista rechaza, situándolo fuera del campo de los análisis jurídicos, el problema de los fundamentos de los derechos fundamentales, problema que se agota en la enunciación de los derechos en las normas supremas de los ordenamientos jurídicos. Ahora bien, para Peces-Barba, se perdería entonces aquí “de vista la razón de ser” de “las técnicas jurídicas”²⁷.

Sin embargo, por otro lado, si estas críticas parecen pertinentes desde un punto de vista externo a la forma cerrada del normativismo que defiende Pfersmann, la propuesta de este último presenta, desde un punto de vista interno a su teoría y a sus elecciones epistemológicas, una fuerte coherencia. Asume Pfersmann la dimensión cerrada de su aproximación al Derecho y a la ciencia del Derecho y, por este motivo, considera que lo que deriva de otras ciencias sociales, de una filosofía moral o de la justicia está fuera de su delimitación del objeto de la ciencia. Desde un punto de vista epistemológico, estamos frente a una situación bastante clásica en la cual lo que se pierde en extensión de explicación se gana en coherencia interna. No existen meta-

²⁵ O. PFERSMANN, “Esquisse d’une théorie des droits fondamentaux”, cit., pp. 91-104 (traducción personal).

²⁶ G. PESES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, cit., p. 49.

²⁷ Idem, p. 52.

criterios ciertos para determinar definitivamente la mejor postura entre las dos opciones: sólo se puede evaluar el que parece más adecuado o fecundo en función del objeto científico elegido o de la finalidad del estudio.

Propuesta analítica. Se encuentra también en Francia una variante analítica del positivismo para estudiar los derechos fundamentales. Esta se ubica en la prolongación de los estudios de Norberto Bobbio²⁸ (incluso si él estudiaba los derechos humanos más en una perspectiva de teoría política que de teoría general del Derecho) y de algunos escritos de Riccardo Guastini²⁹. Es mi propia propuesta teórica³⁰ y, en consecuencia, no quisiera insistir en ella. Precisaré sin embargo dos puntos que entran en discusión con la *Teoría general de Peces-Barba*.

Primero, en cuanto al programa de investigación, los enunciados jurídicos que expresan derechos fundamentales se aprehenden en calidad de proposiciones lingüísticas y se analizan entonces esencialmente con el aparato metodológico empleado habitualmente por la teoría analítica del Derecho: distinción de los significados posibles o conferidos a los enunciados jurídicos que formulan derechos fundamentales, clasificación, descomposición lógica de estas proposiciones y de los razonamientos jurídicos que los movilizan, estudios de las funciones intra-sistémicas de los derechos fundamentales (norma de cierre argumentativa, de justificación de una competencia...). De este modo, una teoría analítica de los derechos fundamentales trata de cubrir un punto ciego entre: en primer lugar, los estudios de otras ciencias sociales que dejan de lado las cuestiones consideradas como formales e internas a los ordenamientos jurídicos; en segundo lugar, los estudios de la dogmática jurídica centrados en el análisis material y en las técnicas del Derecho positivo; en tercer lugar, las teorías prescriptivas y evaluativas de la justicia; y en cuarto lugar, los estudios de las teorías positivistas generales del Derecho que se concentran en las dimensiones formales y estructurales de los ordenamientos jurídicos, aproximándose al tema de los derechos y las libertades sólo de manera incidental.

Segundo, este programa permite responder a una crítica que Peces-Barba dirige al reduccionismo positivista, manteniendo sin embargo una distancia con la dimensión programática y cognitivamente comprometida de su teoría de los valores. Hace en efecto posible una aproximación analítica de los va-

²⁸ Ver en particular N. BOBBIO, *L'Età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1997.

²⁹ R. GUASTINI, ““Diritti””, *Analisi e diritto*, 1994, p. 163.

³⁰ Ver V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés*, Dalloz, Paris, collection “A droit ouvert”, 2019.

lores expresados por los derechos fundamentales, a la manera de la sociología pragmática francesa contemporánea que ha desarrollado análisis de tipo descriptivo y explicativo de las expresiones de los valores en los discursos públicos y en la vida ordinaria³¹. En breve, el programa es poner en relieve la pluralidad de las formas de justificación, y de los juicios de valores que las fundan, en los discursos de diversos actores en situación de decidir, actuar o evaluar, sin emitir (o tratándolo en la medida del posible) juicios de valor en los metadiscursos que analizan. En el campo jurídico, este enfoque fue desarrollado, por ejemplo, sobre los usos plurales y a veces contradictorios de los principios de dignidad o de laicidad³². Tenemos que conceder, no obstante, que estando todo esfuerzo científico situado y sujeto a diversos sesgos individuales y sociales, que algunas deconstrucciones analíticas propuestas son a veces motivadas por la adhesión a valores opuestos a los discursos analizados. En una tradición foucaultiana, pueden presentarse como discursos de desvelamiento de finalidades políticas o ideológicas que serían en parte ocultadas. Es el caso, en particular, de varios estudios sobre los principios de dignidad y laicidad, en los que los autores desglosan ciertos usos paternalistas sobre la base más o menos explícita de sus propias escalas de valor que acuerdan una primacía a la libertad individual o personal³³.

2. UNA TEORÍA GENERAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: DE UNA FALTA DE COINCIDENCIA TERMINOLÓGICA A UNA FALTA DE ENCUENTRO CONCEPTUAL

2.1. Una comprensión sesgada de los términos y del concepto de “libertades públicas”

A pesar de que la breve reconstrucción histórica del concepto de libertades públicas propuesta por Peces-Barba sea en una parte importante muy

³¹ L. BOLTANSKI, L. THÉVENOT, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, Paris, 1991; N. HEINICH, *Des valeurs. Une approche sociologique*, Gallimard, Paris, 2017; “Pour en finir avec les approches normatives des valeurs”, *Revue du MAUSS*, 2018/1, núm. 51, pp. 177-184.

³² C. GIRARD, S. HENNETTE-VAUCHEZ, *La dignité de la personne humaine. Recherche sur un processus de juridication*, PUF, Paris, 2005.

³³ S. HENNETTE-VAUCHEZ, V. VALENTIN, *L'affaire Baby Loup ou la nouvelle laïcité*, LGDJ, Paris, coll. Exégèses, 2014; P. CASSIA, *Dignité(s)*, Dalloz, Paris, coll. Les sens du droit, 2016; O. CAYLA, “Dignité humaine: le plus flou des concepts”, *Le Monde*, 31 janvier 2003, p. 14.

pertinente y esclarecedora³⁴, parece que algunas conclusiones están algo sesgadas por la voluntad de justificar los méritos de su preferencia por el universo terminológico-conceptual de los derechos fundamentales. Peces-Barba utiliza en efecto el argumento de la concepción estrecha de las libertades públicas que se encuentra en la obra de algunos autores franceses concretos – aunque hayan dejado su nombre en la historia de la disciplina– para presentar la categoría de libertades públicas como, por un lado, demasiado cerrada y, por otro lado, demasiado arraigada en una ideología liberal... Concluye que si “una decisión lingüística permite, en teoría, matizar una extensión del concepto de libertades públicas a aquellos derechos propios del Estado social, en la medida en que se parte de algún rechazo al sustancialismo lingüístico, sin embargo, (...), esta decisión de laboratorio no puede liberarse completamente de lo que el término “libertades públicas” implica para la cultura jurídica moderna. Volcar toda una tradición e inercia cultural reflejada lingüísticamente en un término es un coste excesivo”³⁵.

Se puede no obstante a la vez matizar y profundizar tal conclusión. No para justificar que referirse a las “libertades públicas” sería mejor que a los “derechos fundamentales”, en la medida que, como Peces-Barba, pienso básicamente que la elección de los términos es convencional y depende del objeto y finalidad de la investigación, sino para poner de relieve visiones y posiciones más complejas del concepto de libertades públicas en Francia y, en consecuencia, de sus relaciones con el concepto de derechos fundamentales.

Sin que sea necesario aquí reconstruir la historia completa de la expresión “libertades públicas” antes de la Tercera República francesa, recordaría que la noción de libertades públicas surgió a mitad del siglo XIX en un contexto intelectual que combinaba ideal republicano y filosofía liberal. Mas precisamente, la afirmación de las libertades públicas se ha concretado jurídicamente en una época de conquista de garantías del administrado frente a la administración y en una visión liberal de la función del Derecho administrativo. Varias de las libertades en cuestión (libertad de asociación, de reunión, de enseñanza, de prensa, etc.) fueron también calificadas a finales del Segundo Imperio como “libertades sociales”, en el sentido de que tenían “en común no ser libertades individuales que encuentran su realiza-

³⁴ G. PESES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, cit., pp. 28-30.

³⁵ G. PESES BARBA, *Théorie générale des droits fondamentaux*, cit., p. 30.

ción en un contexto privado”, sino que “se realizan (...) de manera colectiva o social”³⁶.

A pesar de esto, como señala justamente Peces-Barba, fue el carácter liberal de las referencias a las libertades públicas el que algunos académicos mayores de la época subrayaron. Llevó en particular a Léon Duguit a considerar que la expresión se utilizaba al principio de la Tercera República de forma demasiado restrictiva, en que los autores se referirían a derechos o libertades cuya garantía consiste esencialmente en la abstención de la acción pública. Este fondo liberal no era sin embargo una fatalidad para el decano de Burdeos³⁷.

La ambivalencia que caracteriza la emergencia y la institucionalización del concepto de libertades públicas en el vocabulario jurídico francés nunca ha cesado. La doctrina posterior a la Segunda Guerra Mundial ha retomado en gran medida el criterio de las formas de las obligaciones del Estado para distinguir las libertades públicas de otras categorías de derechos y libertades³⁸. Esto es lo que retuvo Peces-Barba como otros autores españoles³⁹, mientras que algunos autores franceses pretendían progresivamente superar el efecto excluyente de este criterio para incluir en el campo de las libertades públicas los derechos y libertades con objeto social⁴⁰.

Al final, la característica más consensual que caracteriza las libertades públicas en Francia sigue siendo su relación privilegiada con la ley y, más generalmente, su vínculo con el Derecho positivo. Para decirlo de manera prosaica, las libertades públicas son derechos humanos que se han integrado en el Derecho positivo por medio de la ley. Refleja en este sentido una concepción legicentrista de la protección de los derechos y libertades. Otorga al juez administrativo un papel central para concretarla frente a la administración al final de un procedimiento contencioso; dicho objetivo –el recurso

³⁶ Vid. F. SAINT-BONNET, “Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire. Les ‘libertés sociales’ comme dépassement de l’alternative entre libertés individuelles et libertés politiques”, *Jus Politicum*, núm. 5, 2010 [on line].

³⁷ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 5, *Les libertés publiques*, 2^{ème} éd., E. de Boccard, Paris, 1926, p. 2.

³⁸ Ver por ejemplo, G. BURDEAU, *Les libertés publiques*, LGDJ, Paris, 1970; J. RIVERO, *Libertés publiques*, Paris, Thémis, 1974, p. 25; C.-A. COLLIARD. *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 1972.

³⁹ TGDF, pp. 29-30; E. ALVAREZ CONDE, V. GARRIDO MAYOL, R. TUR AUSINA, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 22.

⁴⁰ Ver P. BRAUD, *La notion de liberté publique en France*, Paris, LGDJ, 1968 y las evoluciones de J. RIVERO, *Libertés publiques*, Thémis, Paris, 5^{ème} edición, 1987.

de abuso de poder- está concebido para restablecer la legalidad en el orden jurídico más que para reparar perjuicios individuales. En consecuencia, las libertades públicas se analizan en Francia como derechos públicos objetivos que se diferencian entonces del concepto concurrente alemán de la época de derechos públicos subjetivos heredado de la teoría de Jellinek y que se encuentra en el fundamento del concepto de derechos fundamentales.

Tenemos además que recordar que el concepto de libertades públicas se difundió en Francia durante la Tercera República, en una época en la que, por una parte, las leyes constitucionales guardaban silencio sobre los derechos y las libertades y, por otra parte, el legislador, aunque había adoptado leyes “scélérites”⁴¹ y reconocido algunas libertades para controlarlas mejor, desempeñaba un papel mayor para sus integraciones en el Derecho positivo. La referencia al adjetivo “público” no tiene entonces que entenderse como expresivo de una oposición entre “libertades públicas” y libertades que serían “privadas”⁴² o individuales, sino para introducir “una precisión en cuanto al origen de la coacción social” a la cual están sometidas. Dichas “libertades son pensadas como objeto de una regulación jurídica”⁴³, principalmente por medio de la ley.

Después de la Segunda Guerra Mundial, la promoción de algunas de las libertades públicas al nivel constitucional sea por el propio texto constitucional, sea por los órganos de control de constitucionalidad, no ha hecho que el concepto de libertad pública quede obsoleto. Aparece en el artículo 34 de la Constitución de la Quinta República para dar competencia al legislador para fijar las modalidades de su ejercicio, lo que es una manera de consagrar la concepción legicentrista de la Tercera República. Progresivamente, además, se ha elogiado a veces la capacidad de la categoría de las libertades públicas para evolucionar así como, finalmente, su apertura “multidisciplinar”. No solo se limita e interesa al Derecho administrativo sino también al Derecho constitucional, al Derecho penal, al Derecho social, al Derecho internacional y, luego, al europeo. Subrayaría que esta apreciación fue formulada por parte de autores que habían expresado anteriormente concepciones más restrictivas de las libertades públicas, como Jean Rivero⁴⁴. Su obra presenta una

⁴¹ F. DE PRESSENSÉ, É. POUGET, *Les lois scélérites de 1893-1894*, Editions de la Revue Blanche, Paris, 1899.

⁴² J. RIVERO, *Libertés publiques*, cit., p. 23.

⁴³ Vid. P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, Dalloz, Paris, 2017, 8^{ème} éd., p. 2.

⁴⁴ J. RIVERO, *Libertés publiques*, cit., pp. 15 et 22.

evolución respecto al concepto muy vinculado a las evoluciones del Derecho positivo, lo que da en parte razón a la observación de Peces-Barba cuando decía que los académicos franceses están apegados a este último.

Sea lo que sea, desde los años 1990, aunque el uso de la noción de libertades públicas no ha desaparecido del debate público como lo muestran, por ejemplo, los artículos de prensa relativos a la aplicación de los estados de emergencia securitarios y sanitarios⁴⁵, entró progresivamente en concurrencia con referencias, nuevas en Francia en esa época, a los derechos y libertades fundamentales. Como indicador de esta evolución, las clases de “libertades públicas” que se habían instituido en Francia en 1954, como lo recordaba Gregorio Peces Barba en su libro, se denominan desde el final de los años 1990 “Derecho de libertades fundamentales”. Los títulos de los manuales siguieron esta evolución, reservando un papel variable a cada una de las terminologías disponibles. Muchos libros han abandonado en su título la expresión “libertades públicas” por la de “derechos fundamentales”, a veces justificándolo por el hecho de que la categoría de las libertades públicas aparece demasiado restrictiva para dar cuenta de todos los derechos y libertades reconocidos en los diferentes niveles normativos del Derecho positivo. Sin embargo, en algunos manuales, el cambio terminológico no ha modificado mucho el campo de los derechos y libertades expuesto y estudiado⁴⁶.

Otros siguen refiriéndose a las libertades públicas, solas⁴⁷ o juntas con referencias a los “derechos humanos” o los “derechos fundamentales”⁴⁸. Esta elección tiene por intención expresar, para algunos, dudas ideológicas sobre el concepto de derechos fundamentales sospechosos –entre otros– de introducir una jerarquización entre los diferentes derechos humanos con una

⁴⁵ Por ejemplo, V. DE SENNEVILLE, “Estat d’urgence: le mistigri des libertés publiques”, *Les Echos.fr*, 23 de diciembre de 2015 [en linea].

⁴⁶ Vid. por ejemplo, J. ROBERT, J. DUFFAR, *Libertés publiques et droit de l’homme*, Montchrestien, Paris, 1988, convertido ahora en *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, Paris, 2009. Ver sobre esta evolución P. WACHSMANN, “L’importation en France de la notion de droits fondamentaux”, *RUDH*, 2004, vol. 16, núm. 1-4, p. 42.

⁴⁷ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, cit.; D. TURPIN, *Les libertés publiques*, Dunod, Paris, 1993.

⁴⁸ Por ejemplo, J. ROBERT, J. DUFFAR, *Libertés publiques et droit de l’homme*, cit.; A. HEYMANN-DOAT, G. CALVÈS, *Libertés publiques et droits de l’homme*, LGDJ, Paris, coll. Système, 2006; J. MORANGE, *Libertés publiques*, PUF, Paris, Que sais-je?, 2007; S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l’homme et libertés fondamentales*, Dalloz, Paris, collection Hypercours, 3^{ème} ed. 2017; X. DUPRÉ DE BOULOIS, *Droits et libertés fondamentaux*, PUF, Paris, coll. Thémis, 2018; X. BIOY, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, LGDJ, Paris, 5^{ème} ed., 2018.

base individualista y, para otros, su oposición a las tentativas de captura del campo de los derechos y libertades por parte de los constitucionalistas franceses⁴⁹. Este segundo motivo de resistencia se apoya en el hecho de que la protección constitucional de los derechos y libertades en Francia, incluso con la introducción de la Cuestión prioritaria de constitucionalidad (QPC) desde la revisión constitucional de 2008, no tiene el nivel alcanzado en Alemania o en España con el recurso de amparo. Por un lado, en efecto, la QPC no ofrecería a los individuos la posibilidad de remitir los casos directamente al Consejo Constitucional. Por otro lado, este último, en particular en razón del procedimiento de nombramiento y del perfil de sus miembros, no sería un Tribunal supremo digno de ese nombre. Aparece entonces aquí una segunda discrepancia y fuente de malentendidos con la concepción de los derechos fundamentales propuesta por Gregorio Peces-Barba.

2.2. Una concepción diferenciada del concepto de derechos fundamentales

2.2.1. La ausencia de una categoría jurídica homogénea de derechos fundamentales en el derecho positivo francés

A diferencia de España o Alemania, no existe en Francia una lista pre establecida en la constitución o en las leyes de derechos o libertades expresamente calificados como fundamentales. Es más, el calificativo de “fundamental” en relación con los derechos y libertades se ha excluido deliberadamente de las reformas constitucionales en varias ocasiones, en particular debido a su carácter inusual en el Derecho francés⁵⁰. Por proponer sólo dos ejemplos, inicialmente se preveía que el actual Defensor de los Derechos se denominara Defensor de los Derechos Fundamentales y que la QPC se realizara respecto a los “derechos y libertades fundamentales reco-

⁴⁹ P. WACHSMANN, *Libertés publiques*, cit.; D. LOCHAK, *Droits de l'Homme*, cit.; R. SÈVE, “Les droits de l'homme sont-ils vraiment fondamentaux?”, en G. LAFRANCE (ed.), *Ethique et droits fondamentaux*, Presses de l'université d'Ottawa, Ottawa, 1989, p. 16; S. GOYARD-FABRE, “La dérive des droits fondamentaux”, en G. LAFRANCE (ed.), *Ethique et droit fondamentaux*, Presses de l'université d'Ottawa, Ottawa, 1989, p. 61; A. TROIANELLO, “Les droits fondamentaux fossoyeurs du constitutionnalisme?”, *Débats*, núm. 124, mars-avril 2003, p. 58; I. MEYRAT, “Droits fondamentaux et droit du travail: réflexions autour d'une problématique ambiguë”, *Droit Ouvrier*, juillet 2002, p. 343.

⁵⁰ Vid. Assemblée Nationale, debate del 24 de abril de 1990, JO, pp. 590-600.

nocidos por la Constitución⁵¹. Finalmente, tras su examen por el Consejo de Estado, el proyecto de ley constitucional que dió lugar a la revisión del 23 de julio de 2008, no se refiere a los derechos fundamentales, sino a los “derechos y libertades que la Constitución garantiza”. En el mismo sentido, tras haber creado a mediados de los años 1980 una nueva categoría de “derechos constitucionales fundamentales”, asociada a una exigencia de no regresión de su nivel legal de protección⁵², el Consejo Constitucional abandonó al final de la década de los 90 esta calificación y el régimen jurídico a ella vinculado.

Las referencias más significativas que se hacen hoy en Francia al carácter fundamental de los derechos o libertades provienen de textos internacionales, europeos (esencialmente el Convenio europeo de los derechos humanos y libertades fundamentales y la Carta Europa de los derechos fundamentales), legislativos y, sobre todo, de decisiones jurisdiccionales. Entre todas, la referencia más interesante que ha sido objeto de los desarrollos jurisprudenciales más importantes, especialmente durante los períodos de estados de emergencia declarados tras los atentados del 13 de noviembre de 2015 y la crisis sanitaria, es la que aparece en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia Administrativa resultante de la ley de 30 de junio de 2000 de reforma de los procedimientos de urgencia ante los tribunales administrativos. Este procedimiento permite a los jueces administrativos ordenar de manera acelerada “todas las medidas necesarias para salvaguardar de una libertad fundamental...”. Ha conducido a los jueces administrativos a consagrarse el carácter fundamental de más de veinte derechos o libertades. Es, sin embargo, difícil adelantar criterios fiables que permitan identificar lo que es una libertad fundamental para el Consejo de Estado y los jueces administrativos. Se deciden casuísticamente. Como mucho podemos observar que han reconocido tanto libertades individuales (libertad de circulación, libertad de opinión y de expresión) como derechos (derecho de propiedad, derecho de asilo) o principios (principio de igualdad, de fraternidad), tanto derechos procesales (derecho a un recurso efectivo) como sociales (derecho a la escolarización de un niño discapacitado, derecho de huelga) o a la protección del medioambiente, incluso si en este último caso los jueces se muestran más tímidos. Además, se observa que los jueces no han considerado sistemáticamente todos los

⁵¹ Vid. Informe “BALLADUR”, Une V^e République plus démocratique - Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la Ve République, Paris, La documentation française, 2007, pp. 91 y ss.

⁵² Vid. en particular sentencias nº 81-132 DC, 16 de enero de 1982; nº 84-181 DC, 10 y 11 de octubre 1984; nº 89-259 DC de 22 enero de 1990; nº 93-325 DC, 13 de agosto de 1993.

derechos y libertades que la Constitución garantiza como libertades fundamentales, ni tampoco se muestran vinculados por la calificación legislativa previa⁵³. Para decirlo de otro modo, la categoría de libertad fundamental que aparece en el artículo L. 521-2 del Código de Justicia administrativa no coincide exactamente con la de “libertades públicas”, ni tampoco con los derechos, principios y libertades constitucionales.

2.2.2. La ausencia de unicidad de la ciencia y de la dogmática jurídicas acerca de los derechos fundamentales

Las diversas referencias metajurídicas al concepto de derechos y libertades fundamentales no se corresponden siempre con el vocabulario utilizado en el Derecho positivo. Podría ser un signo de buena salud científica, demostrando la autonomía adquirida por el metalenguaje utilizado por los autores franceses respecto del Derecho positivo, y desmintiendo así la severa observación de Peces-Barba sobre su dependencia con respecto a este último (*supra*). Pero, la situación no parece tan valiente.

El contexto académico jurídico francés se caracteriza, como se ha señalado, por el hecho de que la difusión del universo conceptual de los derechos fundamentales no ha dado lugar a obras teóricas de la magnitud de las que se encuentran en Italia, Alemania o España. El entusiasmo por la terminología “derechos fundamentales” llegó más tarde que en otros países y dio lugar a más preguntas, desconfianzas, y, a veces, resistencias^s (*supra*). Correlativamente, las referencias dogmáticas a los derechos y libertades fundamentales han permanecido durante mucho tiempo indefinidas, fluctuantes, intuitivas y frecuentemente hechas como si la noción fuera obvia. Numerosas referencias siguen expresando concepciones muy heterogéneas de lo que es un derecho o una libertad fundamental. Algunos asocian la fundamentalidad a valores –a valores últimos como podría decirlo Bobbio– pero estos valores son bastante diferentes de un autor a otro. Algunos limitan los derechos fundamentales a los derechos individuales de tipo liberal; otros, al igual que Peces-Barba, incluyen los derechos sociales, culturales y del medio ambiente⁵⁴. Otros, aún, se refieren a los derechos fundamentales para promover un campo disciplinario, entre otros el del contencioso constitucio-

⁵³ Vid. V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés*, cit., pp. 35 y ss.

⁵⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, D. ROMAN, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, cit.

nal⁵⁵. Por último, algunos tienen como perspectiva armonizarse con el vocabulario de los ordenamientos jurídicos internacionales y europeos, y construir un núcleo de derechos comunes⁵⁶.

En conclusión, no existe una categoría jurídica unificada y coherente de derechos y libertades fundamentales en el Derecho positivo francés, ni siquiera una teorización dominante. Coexisten varios usos y concepciones, diferentes significados y regímenes jurídicos. Esta observación puede confundir a los teóricos y juristas extranjeros. Tiene el objetivo, en el marco de su invitación a discutir la obra de Gregorio Peces-Barba, de dar elementos de comprensión del desfase entre la forma singular en que se han planteado los debates en Francia alrededor de los derechos fundamentales y la *Teoría general de los derechos fundamentales* del maestro español y, por tanto, desgraciadamente, el débil eco de esta última a pesar de su riqueza. Pero, no hay que perder la esperanza.

VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS
Universidad de Paris-Nanterre
Centre de théorie et d'analyse du droit
équipe CREDOF, UMR 7074
200 avenue de la République 9
2000 Nanterre - Francia
e-mail: vchd@parisnanterre.fr

⁵⁵ L. FAVOREU et al., *Droit des libertés fondamentales*, cit.; B. MATHIEU, M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2002.

⁵⁶ Sobre la construcción de un Derecho común ver por ejemplo, M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994.

COMPLEJIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. HISTORIA Y PROSPECTIVA DEL ENFOQUE DE PESES-BARBA

*COMPLEXITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS.
HISTORY AND PROSPECTIVE OF THE PESES-BARBA'S APPROACH*

MARÍA ISOLINA DABOVE
Conicet - Universidad de Buenos Aires
<https://orcid.org/0000-0002-7577-3812>

Fecha de recepción: 20-12-22

Fecha de aceptación: 6-3-23

Resumen: *En este trabajo se aborda la relación entre la vida del iusfilósofo español, Gregorio Peces-Barba Martínez y el desarrollo de los derechos humanos y de los derechos fundamentales en el ámbito universitario español de los años noventa. Se analiza de manera comparada su evolución en la Argentina en el mismo período de tiempo. Por último, se ponen de resalto tanto las bases integrales (y tridimensionales) del pensamiento del maestro español, como su alcance en el presente y en el porvenir de los derechos.*

Abstract: *This paper addresses the relationship between the life of the Spanish legal philosopher, Gregorio Peces-Barba Martinez, and the development of human rights and fundamental rights in the Spanish university environment in the nineties. It is analyzed its evolution in Argentina in the same period of time. Finally, this work highlights both, the integral (and three-dimensional) bases of the thought of the Spanish teacher, and the scope they have at present and in the future of all human rights.*

Palabras clave: complejidad jurídica, derechos humanos, derechos fundamentales, enfoque integral

Keywords: legal complexity, human rights, fundamental rights, comprehensive approach

1. SEMBLANZA DE GREGORIO PESES-BARBA MARTÍNEZ

Conocí al profesor Gregorio Peces-Barba Martínez en noviembre de 1991, en los inicios de la Universidad Carlos III, ya que había sido formalmente creada por la Ley de las Cortes Generales, de 5 de mayo de 1989¹. En ese tiempo, se estaba formando también el Instituto de Derechos Humanos, llamado por entonces “Bartolomé de las Casas”², en cuyo seno se organizaba también el Programa de Doctorado en Derechos Fundamentales que se pondría en marcha por primera vez en septiembre de 1992.

A la sazón, tenía el profesor unos 53 años. Yo tenía 25, menos de la mitad.

Recuerdo muy nítidamente su vívida mirada, frontal y penetrante. También me impactaba su inteligencia, de crítica ironía, y su energía, la misma que empleaba para dar clases, realizar reuniones de trabajo con discípulos o estudiantes, dictar conferencias y seminarios, o sostener debates sobre alguno de sus manuscritos, o bien, para ejercer sus funciones políticas de gestión como rector.

Estaba atento a todo y a todos. En los pasillos de la Facultad era común escuchar que Gregorio tenía una memoria prodigiosa y que por ello conocía el nombre y apellido de todos los y las estudiantes de la Licenciatura (los de los de Posgrado era más fácil de creer por el menor número que lo constitúa), lo cual por aquel entonces me sorprendía sobremanera.

Durante ese primer año de mi estancia en España, y mientras esperaba con ansias la apertura del doctorado, pude incorporarme al flamante Instituto de Derechos Humanos, en ese entonces dirigido por Eusebio Fernández, e incursionar en algunas actividades del área de Filosofía y Teoría del Derecho. Así comencé a trabajar en la elección del tema de investigación y en las primeras revisiones bibliográficas, entre las cuales figuraron las lecturas de los textos de Peces Barba, Eusebio Fernández, Jesús González Amuchástegui, Antonio E. Pérez Luño, Francisco Laporta, o Luis Prieto Sanchís, mi futuro director. Allí conocí además la producción de Angel Llamas, Rafael de Asís,

¹ La Universidad Carlos III de Madrid fue creada por Ley de las Cortes Generales, de 5 de mayo de 1989, en el marco de la Ley de Reforma Universitaria de 1983. Desde su nacimiento tuvo vocación de ser una universidad pública innovadora, de dimensiones reducidas, de calidad y con una orientación prioritaria hacia la investigación. Su primer Rector fue el profesor D. Gregorio Peces-Barba.

² Fue creado por el Real Decreto 843/1993 de 28 de mayo, si bien desde 1990 lleva desarrollando actividades como Centro de la Universidad. Información disponible en: https://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/instituto

y de María José Fariñas, entre otros, quienes componían en aquel momento la primera cohorte carolingia.

Gracias a la cordial admisión que Peces Barba me dio en esa comunidad universitaria, compartí cafés, almuerzos, o recreos culturales con las jóvenes promesas de este grupo que, por entonces, se encontraban finalizando sus tesis doctorales, como era el caso del querido Javier Ansúátegui Roig. Así manteníamos riquísimas conversaciones referidas a la teoría jurídica, tanto como sobre librerías, cine, arte en general, o bien, sobre la vida cotidiana de las una y mil Españas del momento.

También ha sido éste el tiempo en el cual fui testigo de un episodio didáctico de Peces-Barba que quiero rememorar con mucho cariño. Por entonces, asistía regularmente a sus clases de grado, en los cursos que dictaba para los jóvenes que se iniciaban en la carrera de derecho. Ello me permitía acercarme a su pensamiento iusfilosófico más rápidamente que lo hacía con las lecturas, y me posibilitaba experimentar un poco el recorrido universitario a la manera española, la cual me resultaba un tanto diferente a la argentina.

En ese marco, un día, el profesor Peces-Barba preguntó a los estudiantes si sabían en qué año había ocurrido la expedición de la Armada Invencible española contra Inglaterra. En el aula, primero se hizo un audible silencio, pero luego un muchacho contestó decidido “en 1588”. Mirándolo directo a los ojos, y con una enorme sonrisa paternal, Gregorio lo felicitó, y le dijo que, como premio y estímulo, en su próxima clase le iba a regalar un libro, y que así procedería con todo aquel que respondiera con la misma corrección. A la semana siguiente entró al salón con el libro prometido, el cual fue recibido con sorpresa y gran beneplácito por todos. No era habitual encontrar profesores así.

También recuerdo que, el día de mi defensa de la tesis doctoral, el 17 de marzo de 1998, Gregorio salió de su despacho rectoral, y vino a saludarme y a darme apoyo antes de la ceremonia. Estos gestos no se olvidan.

Sin dudas, Peces-Barba fue un gran educador, un hombre con clara conciencia del poder transformador de los símbolos y gestos “concretos y cotidianos”, frecuentemente más penetrantes y contundentes que el recurso único del habla. Sin embargo, al mismo tiempo fue un político de fuste, en el sentido aristotélico, weberiano y existencial que puede tener este término. Su riquísima carrera en el socialismo español, su calidad de ponente de la Constitución Española y su función de presidente del Congreso de los

Diputados entre 1982 y 1986, entre otros hitos relevantes, así lo corroboran. Como también lo atestiguan los gestos y símbolos de este mismo espíritu ilustrado, igualitario y progresista de Gregorio que aparecían poco a poco en los edificios, patios, fuentes, libros, tecnología y obras de arte que hoy definen la estampa arquitectónica y urbanística de la querida Universidad Carlos III de Madrid.

Gregorio, era un hombre de dos mundos, de dos Españas (Madrid y Valladolid, la capital y el interior), de dos siglos, el XX (1938) y el XXI (2012). Académico y político, educador y estratega, supo articular con éxito todas estas dualidades, y logró ser un constructor de puentes, aprovechando su presente con visión de futuro. Por ello, su personalidad y biografía son otros tantos motivos de enseñanza, sobre todo para aquellos que vivimos en países atravesados por grietas económicas, políticas y culturales, que aún permanen en nuestro haber.

2. CONTEXTO HISTÓRICO DE ARGENTINA Y ESPAÑA EN LA APERTURA DEL DOCTORADO EN DERECHOS HUMANOS

Llegué a España buscando mejores horizontes para mi familia y para mí.

En la Argentina de finales de los años ochenta, la hiperinflación crecía de manera desbocada. Se vivía un clima de tensión y desasosiego permanentes en las calles, escaseaban alimentos y productos esenciales, las telecomunicaciones eran sumamente ineficientes, había huelgas por doquier, devaluación monetaria, depreciación sostenida de los salarios, incremento de la pobreza y crisis manifiesta en todos los niveles educativos.

El romance político con Raúl Alfonsín, generado por la ansiada vuelta a la democracia de 1983, corría serios riesgos de extinción. Muy atrás en la memoria había quedado el esperanzador panorama político de 1985, logrado por el Juicio y las condenas pertinentes a las Juntas Militares, bajo el lema del “Nunca más”: “En 1987, se agravó la situación en el frente militar. los tribunales comenzaron a citar y procesar militares de rangos medios y bajos. Para aplacar el descontento creciente en los cuarteles, se dictó la Ley de Punto Final que establecía un plazo de 60 días para la citación y el procesamiento a militares. La ley generó el efecto contrario: entre enero y febrero de 1987 se procesaron a más de 300 oficiales. Las tensiones en el ejército derivaron en los levantamientos carapintadas del 14 de abril de 1987, que a su vez desembocaron en la movilización de una multitud en

defensa de la democracia”³; “Esos días pusieron al presidente frente a uno de los dilemas más difíciles de su gobierno. Debía elegir entre priorizar la justicia, lo que implicaba continuar con los juicios que podían llevar a un nuevo levantamiento, o priorizar la estabilidad democrática y limitar la búsqueda de justicia a las cúpulas militares. Una tensión entre la ética de la convicción, que indica actuar de acuerdo con un principio moral, y la ética de la responsabilidad, en la que se actúa a contramano de los ideales, pero considerando las predecibles consecuencias. Alfonsín eligió la ética de la responsabilidad y promulgó la Ley de Obediencia Debida que establecía que los militares de rangos medios y bajos no eran punibles porque habían actuado en cumplimiento de órdenes de superiores. La medida no aplacó la tormenta y los levantamientos carapintadas continuaron”⁴.

El 14 de mayo de 1989 hubo elecciones presidenciales que dieron ganador a Carlos Menem con el 47% de los votos. Visiblemente cansado y arrasado por la grave crisis económica, Alfonsín se resignó y entregó el poder a Carlos Menem cinco meses antes del fin del mandato.

Menem asumió la presidencia el 30 de junio de 1989, a partir de la cual impulsó un fuerte y polémico plan de saneamiento económico. Devaluó fuertemente la moneda, implementó el famoso “Plan Bonex”, mediante el cual “los depósitos a plazo fijo fueron canjeados por “bonos de la deuda externa argentina serie 1989”⁵. En enero de 1991, su ministro de Economía, D. Cavallo, elaboró el llamado Plan de Convertibilidad, sancionado por el Congreso Nacional como Ley N° 23.928, el cual estableció libertad de contratación en materia monetaria y se fijó el tipo de cambio de 1 peso por dólar, entre otras cuestiones. También en esta época, el gobierno menemista llevó adelante un enorme -y sospechoso- proceso de privatizaciones de empresas

³ C. PEROCHENA, *Presidentes en la tormenta. Alfonsín, asediado por la hiperinflación y los militares* Información. Universidad Torcuato Di Tella, Buenos Aires, 2021. https://www.utdt.edu/ver nota_prensa.php?id_nota_prensa=19623&id_item_menu=6

⁴ C. PEROCHENA, *Presidentes en la tormenta...* cit.

⁵ M. COLOMBRES, *Plan Bonex: a 30 años de la expropiación de los ahorros*. Disponible en: <https://www.tiempoar.com.ar/economia/plan-bonex-a-30-anos-de-la-expropiacion-de-los-ahorros/> También ver los estudios sobre este tema de: M. KRIKORIAN, *La hiperinflación de 1989/90. Aportes y reflexiones sobre un episodio que marcó la historia argentina*”, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, vol. 7, no 40, 2010, p. 533-546; E. ALEMÁN, *Argentina: La Reforma Constitucional de 1994 y la Economía*, Universidad de Houston, Houston, 2016; J. C. DE PABLO, *Ejercicios contrafácticos en la historia económica argentina*. Serie Documentos de Trabajo, 2008. Ch. LARKINS, “The judiciary and delegative democracy in Argentina”, *Comparative Politics*, vol. 30, núm. 4, 1998, p. 423-442.

públicas, promovió la flexibilización laboral y fomentó alianzas en la región, alentando así la consolidación del Mercosur.

A principios de 1994, mientras cursaba el último tramo del doctorado en derechos fundamentales en esta Universidad Carlos III de Madrid, en la Argentina, los representantes de las principales fuerzas políticas (liderados por Alfonsín y Menen) firmaron el “Pacto de Olivos”. Ello permitió reformar la Constitución Nacional, mediante la cual se incorporaron al texto original, nuevos derechos, tratados de derechos humanos ratificados por la Argentina hasta ese momento. También se le dio rango constitucional al habeas corpus y al amparo y se receptó allí el habeas data. Se modificaron algunas de las funciones de los órganos de gobierno, y se incorporaron nuevas instituciones (como el jefe de gabinete, el Ministerio Público Fiscal, el Defensor del Pueblo, entre otros), para garantizar mejor el régimen democrático. En suma, se ampliaron derechos y libertades, se modernizó la estructura republicana y federal de gobierno y se fortaleció el sistema democrático y deliberativo de la Argentina, dando lugar al actual modelo de Estado neo-constitucional.

Cuando arribé a Madrid, me encontré con una España institucionalmente consolidada. Aunque todavía se escuchaban los ecos de la “transición” en los vivos e intensos posicionamientos “antifranquistas” de la gente, los sostenidos años de gobierno del PSOE, amparados en la Constitución de 1978, habían dado buenos frutos de estabilidad política y progreso económico. En 1991, Felipe González transitaba el final de su tercer y penúltimo mandato.

Como expresa el Centro de investigación en relaciones internacionales, CIDOB, “la modernización de España en múltiples campos y su completa integración en el concierto europeo tuvieron lugar en los 14 años de Gobierno, entre 1982 y 1996, de Felipe González, líder del Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y una de las figuras clave de la transición democrática. La traumática reconversión industrial de los años ochenta, las medidas sociales igualitaristas, seguidas de recortes y reformas con criterio liberal, el ingreso en las Comunidades Europeas y el referéndum sobre la permanencia en la OTAN jalonaron una gestión, muchas veces contestada, que fue el reflejo de unas transformaciones ideológicas y programáticas personales, tendentes a la moderación”⁶.

En 1992, España dejaba definitivamente su “peseta” para abrazar la nueva moneda, el “euro”, signo innegable de la robustez de la integración económica de la región plasmado en el Tratado de Maastrich (1991), cuyo

⁶ Información disponible en: https://www.cidob.org/biografias_de_lideres_politicos/europa/espana/felipe_gonzalez_marquez

principal objetivo fue dar carta de naturaleza política y jurídica a lo que hoy conocemos como Unión Europea. Sin embargo, no todo eran rosas para el PSOE en estos iniciales años noventa: “Tras cuatro victorias consecutivas, en 1996 González no fue capaz de remontar el lento declive electoral de su partido. Un tropel de escándalos de corrupción, las turbias ramificaciones de la guerra sucia contra el terrorismo de ETA, los desequilibrios financieros y el elevado desempleo”⁷, lo llevaron también a la derrota y al final de su gestión. A mi criterio, terminaba así toda una “época”, la de la modernización.

Conocer a Gregorio Peces-Barba en los años 90 también significó para mí la posibilidad de conocer e interactuar con una figura clave de estos tiempos. Nacido en 1938, hacia el final de la Guerra Civil española, su formación infanto-juvenil estuvo atravesada por el régimen franquista, transcurrido entre 1939 y 1975. Sin dudas, todo ello marcó su camino de adulto y lo impulsó a elegir el camino del Derecho, la política y la educación universitaria.

Basta sólo recordar que, habiéndose licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, en 1962 se colegió como abogado en Madrid e inició su actividad profesional. Desde 1963 hasta 1975 actuó como abogado defensor y en diversos consejos de guerra. Entre otras causas (actuó en ciento veinticuatro ocasiones), intervino en el sumario número 1 del Tribunal de Orden Público, en el que se juzgó a la Comisión Obrera de Vizcaya. También defendió al militante de ETA (Euskadi Ta Askatasuna) Víctor Aranda en el proceso de Burgos.

Simultáneamente, en el curso 1962-1963 comenzó a colaborar en la Universidad Complutense de Madrid como profesor ayudante de Derecho Natural y en 1966 obtuvo allí la plaza de profesor numerario de filosofía del Derecho.

En 1963, junto a Joaquín Ruíz-Giménez, Pedro Altares y Javier Rupérez, entre otros, fundó la revista Cuadernos para el Diálogo.

En 1970 se doctoró con una tesis sobre el pensamiento social y político del filósofo francés Jacques Maritain, defendida en 1970 y calificada con sobresaliente cum laude y Premio Extraordinario. Además, se diplomó en Derecho Comparado por la Universidad de Estrasburgo.

De 1976 a 1977, se desempeñó el cargo de vicedecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, hecho que expresa desde temprano su fuerte vocación por la política universitaria.

⁷ Ídem.

En esta Universidad, desde 1962 hasta 1989 pasó por todas las categorías de la carrera académica hasta llegar a catedrático de Filosofía del Derecho. Además, fundó el Instituto de Derechos Humanos, cuyo núcleo de profesorado y actividades trasladó luego a la Universidad Carlos III de Madrid, creando así el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

En 1989 es nombrado Rector de la Universidad Carlos III, de la cual había sido fundador, cargo que ocupó hasta el año 2007. En enero de 2008, impartió su lección jubilar titulada "Reflexiones sobre la Justicia y el Derecho". Hecho que no le impidió continuar su labor docente como Catedrático Emérito, haciendo honor de un claro envejecimiento activo y comprometido con la vida universitaria hasta su deceso producido en el año 2012.

Junto a esta notable carrera académica, Gregorio desarrolló de manera articulada una relevante y sostenida labor política nacional. En 1972 ingresó en el Partido Socialista Obrero Español (PSOE), entonces en la clandestinidad. Por ello, concluida la dictadura con el fallecimiento de Francisco Franco (1975) e iniciada la transición a la democracia, Peces-Barba fue elegido diputado por Valladolid, por el PSOE, en las primeras elecciones generales realizadas el 15 de junio de 1977. En el Congreso de los Diputados él resultó elegido secretario del Grupo Parlamentario socialista y fue miembro de la Ponencia encargada de estudiar el anteproyecto de la Constitución.

En 1979 fue elegido nuevamente diputado del PSOE por Valladolid. Formó parte de la Diputación Permanente y de las comisiones de Reglamento, Mixta Constitución-Reglamento y Justicia. También fue secretario del Grupo Parlamentario Socialista. En 1982 renovó el escaño de diputado por Valladolid en las elecciones que dieron la mayoría absoluta al PSOE y la presidencia del Gobierno de España al hasta entonces secretario general de dicha formación, Felipe González.

El día de la muerte de Gregorio, 24 de julio de 2012, el diario *El País* publicó una nota en la cual resaltaba su actuación política como símbolo de la reconciliación que alumbró la transición democrática. Hay algunos párrafos que me interesan destacar porque también hablan de su gran habilidad para moverse como intelectual, en el mundo del poder:

Durante el estado de excepción de 1969 las autoridades franquistas desataron a Gregorio Peces-Barba, durante unos meses, a un pequeño pueblo de Burgos por sus actividades políticas contra la dictadura. Cuando ya era pre-

sidente del Congreso de los Diputados, 16 años después, Peces-Barba quiso visitar Santa María del Campo durante un viaje oficial a Burgos.

Acompañé al político socialista en aquel viaje, y nada más bajar del coche un oficial de la Guardia Civil se cuadró y pronunció el ritual de “sin novedad, señor presidente”. Peces-Barba sonrió y contestó al oficial: “Ya veo que ha progresado usted mucho. Me alegro de verle”.

Peces-Barba charló con unos vecinos que asistían, entre asombrados y orgullosos, al regreso al pueblo de aquel joven desterrado que había jugado a las cartas con el cura y el boticario y que había vuelto convertido en presidente del Congreso, nada menos que la tercera autoridad del Estado. Recibido en el Ayuntamiento de Santa María del Campo, el alcalde se ufano de su intuición histórica y exclamó entre los aplausos de los vecinos. “Ya decía yo cuando estabas desterrado, Gregorio, que tú llegarías muy lejos”⁸.

Miguel Ángel Villena, el periodista de EL PAÍS y autor de esta nota, había trabajado con Gregorio Peces-Barba como jefe de prensa.

3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO DE LOS AÑOS NOVENTA

En los años ochenta y noventa, la filosofía analítica era la escuela de teoría del Derecho prevaleciente en la Universidad de Buenos Aires, aunque no era la única corriente relevante. También se destacaban los iusnaturalismos, las escuelas críticas y las teorías tridimensionales.

La vuelta a la democracia generó profundos cambios en la vida universitaria. En 1984, los llamados “decanos normalizadores” pusieron nuevamente en funciones las instituciones deliberativas, –los Consejos Directivos de cada Facultad y el Consejo Superior del Rectorado– integradas por los claustros docentes, de estudiantes, graduados y no docentes. Se acordaron nuevos planes de estudios, se reordenaron los departamentos respectivos y se resignificaron y crearon nuevos centros de investigaciones y los centros de estudiantes. También, y por única vez, en 1984 se implementaron los exámenes de ingreso “sin cupo”, habilitando a estudiar con su sola aprobación. Bajo el régimen militar, solo accedían a este nivel educativo aquellos que alcanzaban calificaciones suficientes para abarcar la porción de lugares estrictamente habilitados para esa carrera, conforme a una estricta planificación estatal.

⁸ M. A. VILLENA. “El desterrado que llegó a ser presidente del Congreso”, en *El País*, 24 julio de 2012. Disponible en: https://elpais.com/politica/2012/07/24/actualidad/1343134550_930287.html

Luego de una ardua batalla, al año siguiente los exámenes de ingreso fueron desterrados de todas las universidades argentinas. Con ello se pudo volver al ideario de la Reforma de 1918, plasmada desde la universidad de Córdoba por Deodoro Roca en el “Manifiesto Liminar”: autonomía universitaria, acceso irrestricto, libertad de cátedra y cogobierno de graduados, docentes y estudiantes⁹. En 1995, el Congreso Nacional sancionó la Ley de Educación Superior N° 24.521 con la pretensión de darle un cauce más uniforme a la vida universitaria a lo largo y ancho de todo el país. Sin embargo, el sistema implementado aún tiene importantes “bemoles”, cuyo análisis dejó para otra oportunidad.

Al igual que había ocurrido en España con la transición, en este nuevo contexto democrático, la filosofía del derecho argentina ocupó un lugar político relevante y de a poco fue haciéndose plural.

En la Universidad de Buenos Aires, el positivismo y las escuelas analíticas tomaban la delantera de la mano del radicalismo alfonsinista. Genaro Carrió, Carlos E. Alchourron, Eugenio Bulygin y Ricardo Guibourg fueron referentes centrales del enfoque analítico, y lograron afianzar una escuela a nivel nacional e internacional muy fructífera.

Durante los años sesenta, Carrió y Bulygin, junto a otros intelectuales de la UBA, habían creado la SADAF (Sociedad Argentina de Análisis Filosófico), siguiendo el modelo de la *Philosophical Society* de Oxford, en la cual muchos se habían formado con anterioridad. En este clima, surgieron obras importantes tales como “Sobre los límites del lenguaje normativo” de Carrió; o bien, “Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales”, de Alchourron y Bulygin, de lectura obligada en los años noventa.

Párrafo aparte merece la figura de Carlos S. Nino, ilustre hijo de este movimiento de claro corte anglosajón, quien sin embargo supo abrir caminos nuevos para la indagación iusfilosófica. Así lo atestiguan su “Introducción al análisis del Derecho” de 1978/1980, o bien, “Ética y derechos humanos” de 1980, dedicado a ni más, ni menos que a Raúl Alfonsín.

Al mismo tiempo, el iusnaturalismo pasó a tener centralidad en las universidades privadas, entre las cuales se destacaban la Pontificia Universidad Católica Argentina y la Austral. No obstante, justo es reconocer también su

⁹ EL HISTORIADOR. *La Reforma Universitaria del 21 de junio de 1918* [Internet]. Disponible en: <https://www.elhistoriador.com.ar/la-reforma-universitaria-del-21-de-junio-de-1918/>

presencia en algunas cátedras de universidades públicas, tales como las representadas por Carlos Massini Correas, o Rodolfo Vigo, en los años noventa.

La vuelta a la democracia también habilitó el desarrollo y crecimiento de las escuelas críticas gracias al trabajo de Enrique Marí, Carlos Cárcova, Alicia Ruiz, Jorge Douglas Price, Nora Wolzun, en aquel tiempo.

Dentro este variado escenario iusfilosófico, cuyos orígenes se remontan a la rica vida intelectual de la Argentina de los años cuarenta a sesenta, hay que destacar el aporte de dos escuelas, injustamente olvidadas con frecuencia: la teoría egológica desarrollada por el argentino Carlos Cossio y la teoría trialista del derecho, postulada por el germano-argentino, Werner Goldschmidt, radicado en nuestro país desde 1949.

Llegué a España, siendo parte de la escuela rosarina fundada por don Werner y continuada por el Prof. Miguel Angel Ciuro Caldani. A pesar de la mayor difusión que habían tenido sobre todo los autores analíticos en ese país, con el tiempo, me di cuenta de que el trialismo me ofrecía excelentes herramientas metodológicas para integrar las enseñanzas carolingias. Así realicé un trabajo interno de “decodificación” del trialismo y de articulación de sus postulados con los de Peces-Barba y su escuela. De este proceso surgió el marco teórico que sostengo en la actualidad, como investigadora principal del Conicet.

A principios de los noventa, en España se vivía un clima iusfilosófico marcado por la búsqueda de diálogo entre la moral, la política y el Derecho. Como bien señala Reynaldo Bustamante Alarcón en su tesis doctoral, Gregorio Peces-Barba fue un claro exponente de este proceso intelectual, tanto por su teoría como por su práctica. Concretamente afirma: “El pensamiento de Peces-Barba se encuentra caracterizado también por su afán de relacionar la moral, el poder (la política) y el Derecho. Una relación que influye en la concepción que asume sobre estas tres dimensiones de la vida, pero también en el modelo que propone para construir y fortalecer una sociedad bien ordenada, orientada a la racionalización de las diversas esferas de la vida social y al desarrollo integral de la persona”¹⁰.

Sobre estas bases, durante los años noventa Gregorio había fundado ya una escuela en la cual se destacaban Luis Prieto Sanchís, Rafael de Asís, Javier Ansúategui y Angel Llamas, entre otros. Con este mismo afán intelec-

¹⁰ R. BUSTAMANTE ALARCÓN, *Entre la moral, la política y el derecho: El pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba*, tesis doctoral, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2008, pp. 103-104. Disponible en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/4922>

tual de trazar lazos teóricos entre la moral, la política y el Derecho, puso en el centro de atención el desarrollo de investigaciones sobre los fundamentos, orígenes y alcances de los derechos humanos. Proceso que, como sabemos, decantó en la creación del Instituto y en la apertura del doctorado sobre este campo de estudios.

Por ello, en estos tiempos, no faltaron a las citas carolingias iusfilósofos de renombre internacional. Así, muchos pudimos escuchar y dialogar con intelectuales de fuste como lo han sido Norberto Bobbio, Agnes Heller, Duncan Kennedy, el propio Carlos S. Nino, o Peter Häberle, entre otros. Disfrutamos de las clases de Elías Díaz, amigo de Gregorio y profesor del doctorado. Pudimos conocer a Antonio Pérez Luño, Francisco Laporta, Manuel Atienza. Compartimos reflexiones sobre ética y bioética con Diego Gracia Guillén, Pedro Laín Entralgo, Adela Cortina y Esperanza Guisán. Nos acercamos a las teorías feministas de la mano de la filósofa Celia Amorós, y a la sociología jurídica por los aportes de la profesora Maréa José Fariñas Dulce, integrante del área de Filosofía del Derecho a cargo de Gregorio. También, en aquellos internacionales años españoles, marcados por la Expo de Sevilla y la copa mundial de fútbol que se jugaba allí en 1992, conocimos a algunos iusfilósofos argentinos exiliados en Barcelona, como fue el caso de Ernesto Garzón Valdés y de Jorge Málem, entre otros.

4. LOS DERECHOS HUMANOS: ENCLAVE DE LA POLÍTICA Y DE LA IUSFILOSOFÍA

El retorno de la democracia en la Argentina impuso en la iusfilosofía una nueva agenda de trabajo: los derechos humanos, el terrorismo de Estado y su relación con los desaparecidos. Curiosamente, como en la España de los años noventa, en estos ejes también resonaban importantes preguntas en torno a la relación entre la Moral, la Política y el Derecho. Repasemos algunos datos de la historia argentina relevantes para comprender la gran oportunidad que constituyó para mí, el acceso a un doctorado cuyos ejes me permitían pensar críticamente la situación de mi país.

El 15 de diciembre de 1983, cinco días después de asumir la presidencia, Raúl Alfonsín creó la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (CONADEP). Tuvo como objetivo aclarar e investigar la desaparición forzada de personas producidas durante la dictadura militar en Argentina. Este proceso dio lugar al Informe “Nunca Más”, también conocido como “Informe

Sábato”, en alusión a quien fuera su presidente el escritor Ernesto Sábato, y fue entregado a Raúl Alfonsín el 20 de septiembre de 1984¹¹. Mañana, 2º de septiembre de 2022, se cumplirán 38 años de este gran acontecimiento cívico, reparador.

El Informe sostenía que los derechos humanos fueron violados de manera sistemática y orgánica por la represión estatal, con similares secuestros e idénticos tormentos, utilizando una metodología del terror planificada cuidadosamente por los altos mandos de las Fuerzas Armadas, rechazando así la posibilidad de que se hubiera tratado de “excesos” por parte de algunos individuos.

Dijo Ernesto Sábado, durante la entrega del informe: “En nombre de la seguridad nacional miles de ciudadanos fueron secuestrados y pasaron a formar parte de una categoría fantasmal: los “desaparecidos”. Desde el momento del secuestro la víctima perdía todos los derechos, se la privaba de toda comunicación con el exterior, se veía sometida a «suplicios infernales» y a sus familiares se les negaba que estuviera encarcelada”.

El 25 de septiembre de 1984, el Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas consideró que los actos de represión cometidos eran “inobjetablemente legítimos”. Por esta razón, el fiscal Julio César Strassera y su adjunto, Luis Moreno Ocampo impulsaron el Juicio a las Juntas Militares ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Ciudad de Buenos Aires. Con acusaciones basadas en el Informe de la CONADEP, el 22 de abril de 1985 se iniciaron las audiencias que se prolongaron hasta agosto de ese año. Finalmente, el 9 de diciembre de 1985 la Justicia argentina logró condenar por primera vez en la historia al terrorismo de Estado. En la sentencia de cinco comandantes de los 9 que encabezaron la dictadura militar más sangrienta, fueron condenados por llevar a cabo un plan sistemático de exterminio en el marco de la dictadura cívico-militar desde el 24 de marzo de 1976.

Este hecho generó numerosas reacciones, tanto entre los organismos de derechos humanos, como en los partidos políticos y en las propias Fuerzas Armadas¹². Para pacificar al país, el Congreso Nacional finalmente aprobó las leyes de “Punto Final” (1986) y la de “Obediencia Debida” (1987), clausu-

¹¹ ARGENTINA, MINISTERIO DE CULTURA. ¿Qué es la CONADEP? [Internet]. Disponible en: <https://www.cultura.gob.ar/que-es-la-conadep-9904/>

¹² COMISION NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS (CONADEP). Nunca más, Eudeba, 10º ed. 2º reimpr., Buenos Aires, 2018, pp. 7-11.

rando con ello nuevos tratamientos judiciales de los crímenes cometidos por el gobierno militar (1976-1983).

Sin embargo, las heridas sociales no se cerraban con estas disposiciones, aunque fueron tomadas en contextos democráticos. Por ello, en 1998 la Asamblea Permanente de Derechos Humanos (APDH) –una asociación civil creada en 1975 para luchar contra estas graves situaciones–, promovió en La Plata el desarrollo de los llamados Juicios por la Verdad. También fue relevante la denuncia interpuesta ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por Carmen Aguiar de Lapacó, una de las fundadoras de Abuelas de Plaza de Mayo. Allí se alegó que el Estado argentino vulneraba el derecho a la verdad y el derecho a la justicia, pues el delito de desaparición forzada de Alejandra Lapacó continuaba en ejecución hasta tanto la víctima o su cuerpo no aparecieran¹³. Ambos precedentes fueron los que abrieron la posibilidad de sustanciar otros juicios en Mar del Plata, Córdoba y Rosario, entre otras jurisdicciones.

En 2003, el Congreso Nacional Argentino declaró nulas a las leyes de Punto Final y de Obediencia Debida. En el año 2005, la Corte Suprema de Justicia también se pronunció por su inconstitucionalidad, gracias a lo cual finalmente pudieron sustanciarse juicios completos por delitos de lesa humanidad, contra los responsables de las violaciones a los derechos humanos de la última dictadura cívico-militar.

Como señalaba Hernán Cappiello en el diario La Nación, este 24 de marzo de 2022, cuando se cumplieron 46 años del golpe de Estado de 1976, había 1058 personas condenadas por estos graves delitos. En contrapartida, 165 personas fueron absueltas a lo largo de 223 juicios orales y públicos. Restan juzgar a unas 600 personas; hay 764 detenidos, 579 personas en prisión domiciliaria, y 1532 se encuentran en libertad; murieron 964 investigados antes de obtener sentencia¹⁴.

¹³ ABUELAS DE PLAZA DE MAYO et al., *Informe sobre el Proceso de Memoria, Verdad y Justicia en la Argentina*, 19 de mayo de 2017. Disponible en: <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2017/05/Informe-proceso-de-MVJ-2017.pdf>

¹⁴ “Según la información publicada por la Procuraduría de Crímenes contra la Humanidad de la Procuración General de la Nación, el primero de estos juicios fue realizado en 2006, tras una política de Estado donde intervinieron el Poder Ejecutivo, el Congreso y la Corte Suprema de Justicia para permitir la reanudación de los juicios por crímenes de lesa humanidad, tras el dictado de las leyes de Obediencia Debida y Punto Final”. H. CAPPIELLO, 2002. “Ya son 1058 los condenados por crímenes de lesa humanidad desde 2006”, en *La Nación* [Internet], 24 de marzo. Disponible en: https://www.lanacion.com.ar/politica/ya-son-1058-los-condenados-por-crímenes-de-lesa-humanidad-desde-2006-nid24032022/?outputType=amp&utm_source=google-ads&campaignname=dsa-ar-superpico&utm_term=&gclid=

En España, tuve oportunidad de reflexionar más atentamente sobre este segmento traumático de la historia argentina. Imbuida con las herramientas teóricas que me brindaba la escuela de Gregorio y el Programa de Doctorado en Derechos Fundamentales recientemente inaugurado, advertí con más precisión y profundidad que antes la importancia que este campo tenía para el desarrollo de una Filosofía del Derecho con base en la realidad, las normas y los valores del momento.

También comprendí la enorme amplitud de los derechos humanos que, a ojos españoles, no podían quedar circunscriptos a los delitos de lesa humanidad. Así me asomé al vasto campo de la igualdad, de la no discriminación y de las libertades fundamentales, como sus pilares que me llevaron a la fundación del derecho de la vejez que actualmente desarollo.

5. SUS BASES CONCEPTUALES: DERECHO Y COMPLEJIDAD

Gregorio Pece-Barba tenía un enfoque complejo del mundo jurídico al reconocer a los valores superiores, al poder y al ordenamiento normativo como sus ineludibles componentes. Razón por la cual, no me resultó difícil establecer algunas similitudes entre este posicionamiento y los postulados de la escuela trialista en la cual tenía base por mi formación rosarina. Aunque tampoco resultó difícil trazar algunas diferencias importantes entre sí.

Entre los puntos comunes, me parece significativo resaltar el reconocimiento que hacen ambas escuelas, la de Pece-Barba y la de Goldschmidt-Ciuro Caldani, de la complejidad jurídica. Las dos comprenden al derecho como un fenómeno delimitado por el juego del poder, los consensos, las planificaciones y las costumbres de la realidad, en el marco de un sistema normativo atravesado por contenidos valorativos asumidos socialmente.

Así, en su libro *Derecho y derechos fundamentales*, Pece Barba señalaba que “la comprensión del derecho exige, a mi juicio, entender tres dimensiones: la relación entre Poder y Derecho, la relación entre derecho y moral y la condición del derecho como conjunto de normas y también de subsistemas de normas, de conjuntos normativos ordenados en torno a una idea, en el seno del sistema general”¹⁵.

CjwKCAjwg5uZBhATEiwAhRLHsIleZy1DZhU3WNvKDow69-0R8RBDomzXTRIvgt1SqHiN-Hf8M_S3xoCuvEQAvD_BwE

¹⁵ G. PECE BARBA, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 13.

Por su parte, la escuela rosarina coincide con Gregorio en la necesidad de sustentar un enfoque jurídico tridimensional, aunque difieren en sus contenidos y alcances. La dimensión socio jurídica, no sólo está compuesto por fenómenos de poder, a los que denomina “repartos autoritarios”. También se integra con repartos autónomos, es decir, hechos basados en el acuerdo de las partes. Ambos pueden desarrollarse de manera ordenada o desordenada. En el caso primero, el orden puede ser el fruto de planificaciones o costumbres. La relación entre derecho y moral está presente en la llamada “dimensión dikelógica” en cuyo centro se encuentran criterios orientadores de justicia. Por último, para este trialismo, el derecho también se compone de una dimensión formal, que da lugar al ordenamiento normativo¹⁶. Así, el Derecho es un fenómeno complejo cuyo análisis requiere de una metodología integral.

Otro postulado compartido por estas escuelas lo constituye el enfoque dinámico del mundo jurídico. Ambas admiten su carácter histórico-cultural. Para ambas, el derecho es fruto de un proceso evolutivo situado, no abstracto; cambiante, no rígido; y abierto al porvenir. En suma, razón e historia son dos elementos imprescindibles del mundo jurídico, si queremos aprehenderlo de manera integral.

6. HACIA UNA TEORÍA INTEGRAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Si asumimos este enfoque filosófico integral del mundo jurídico, entonces es posible afirmar que los derechos humanos pueden ser comprendidos como un conjunto de hechos, normas y valores vinculados entre sí, cuya materia es la condición humana, y su función, contribuir a la dignidad y al desarrollo de una “vida activa”¹⁷. Para el profesor Peces-Barba, la dignidad era

¹⁶ W. GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*, Depalma, 6ta. ed., Buenos Aires, 1987; M. A. CIURO CALDANI, *Una teoría trialista del derecho*, Astrea, Buenos Aires, 2020; M. A. CIURO CALDANI, *Metodología jurídica y Lecciones de Historia de la Filosofía del Derecho*, Zeus, Rosario, 2007; M. A. CIURO CALDANI, *La conjectura del funcionamiento de las normas jurídicas. Metodología jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000; M. I. DABOVE, “Argumentación jurídica y eficacia normativa: problemáticas actuales del funcionamiento del derecho”, *Dikaion*, núm. 12, 2016, pp. 36-65. DOI: <https://doi.org/10.5294/Dika.2015.24.1.3>; M. E. CHAUMET, *Argumentación. Claves aplicables en un derecho complejo*, Astrea, Buenos Aires, 2018.

¹⁷ E. FROMM, *La condición humana*, trad. G. STEENKS, Círculo de Lectores, Buenos Aires, 1986, p. 131; E. FROMM, *El miedo a la libertad*, trad. G. GERMANI, Paidós, 1º ed. 16º

sinónimo de articulación entre igualdades y libertades. Con la expresión *vita activa*, en palabras de Hanna Arendt¹⁸, “me propongo designar tres actividades fundamentales: labor¹⁹, trabajo²⁰ y acción²¹; cada una de las cuales se relaciona con la condición más general de la existencia humana: nacimiento y muerte, natalidad y mortalidad”²².

En esta misma dirección, el enfoque jurídico tridimensional permite reconocer que los derechos humanos cuentan con una dimensión fáctica (o de eficacia), una dimensión normativa (o de legalidad), y otra valorativa (o de legitimidad), a partir del eje de la condición humana.

Entre los elementos más relevantes de la realidad social (dimensión fáctica) se destacan los sujetos, sus conductas y las circunstancias dentro de las

reimp., Barcelona, 1993, p. 20; E. FROMM, *Marx y su concepto del hombre*, trad. de J. CAMPOS, Fondo de Cultura Económica, 1º ed. 1º reimp., Buenos Aires, 1990, p. 38; E. FROMM, *Del tener al ser. Caminos y extravíos de la conciencia*, trad. E. FUENTES HERRERO, Paidós, Buenos Aires, 1991, p. 15; E. FROMM, *El corazón del hombre*, trad. F. M. TORNER, Fondo de Cultura Económica, 1º ed., 1º reimp., Buenos Aires, p. 36.

¹⁸ H. ARENDT, *La condición humana*, trad. R. GIL NOVALES, Paidós, 1º ed., 5º reimp., Buenos Aires, 2009, p. 23: “La condición humana abarca más que las condiciones bajo las que se ha dado la vida al hombre. Los hombres son seres condicionados, ya que todas las cosas con las que entran en contacto se convierten de inmediato en una condición de su existencia. El mundo en el que la vita activa se consume, está formado de cosas producidas por las actividades humanas; pero las cosas que deben su existencia exclusivamente a los hombres condicionan de manera constante a sus productores humanos”.

¹⁹ “La labor no sólo asegura la supervivencia individual, sino también la vida de la especie”. H. ARENDT, *La condición humana*, cit., p. 22.

²⁰ “El trabajo y su producto artificial hecho por el hombre, concede una medida de permanencia y durabilidad a la futilidad de la vida mortal y al efímero carácter del tiempo humano”. Ídem.

²¹ “La acción, hasta donde se compromete en establecer y preservar los cuerpos políticos, crea la condición para el recuerdo, esto es, para la historia. Labor y trabajo, así como la acción, están también enraizados”. Ibidem.

²² En efecto, conforme lo detalla H. ARENDT, *La condición humana*, cit., p. 23: “Labor es la actividad correspondiente al proceso biológico del cuerpo humano, cuyo espontáneo crecimiento, metabolismo y decadencia final están ligados a las necesidades vitales producidas y alimentadas por la labor en el proceso de la vida. La condición humana de la labor es la misma vida”. Trabajo es la operatoria no natural del hombre, no inmersa en el constantemente-repetido ciclo vital de la especie. “El trabajo proporciona un mundo «artificial» de cosas, distintas y trascendentes de todas las circunstancias naturales, en cuyo territorio se alberga cada una de las vidas individuales. La condición humana del trabajo es la mundanidad. La acción, única actividad que se da entre los hombres sin la mediación de cosas o materia, corresponde a la condición humana de la pluralidad, al hecho de que los hombres, no el Hombre, vivan en la Tierra y habiten en el mundo”.

cuales están insertos (naturaleza, azar, influencias humanas difusas), los acuerdos y consensos sociales a los que dan lugar, los factores de poder que se ponen en marcha, o bien las costumbres y planificaciones que les dan sustento (dimensión ius-sociológica).

También están configurados por fuentes formales (tratados, convenciones, declaraciones, leyes, contratos, sentencias, escrituras públicas, etc.) mediante las cuales se institucionalizan e incorporan a los ordenamientos jurídicos (plano normativo)²³.

En cuanto al plano valorativo, los derechos humanos se conceptualizan por las aspiraciones, ideales o principios de cada comunidad que dan sentido y significación a las acciones y normas relativas a la condición humana (dimensión dikelógica).

Por consiguiente, para este enfoque integrativista, los derechos humanos pueden ser comprendidos como una categoría objetiva compleja del mundo jurídico, desde la cual se catalizan, normativamente, consensos sociales en torno a valores e ideales de la condición humana y la convivencia.

Ahora bien, al lado de estas consideraciones generales cabe reconocer que los derechos humanos son, al mismo tiempo, un grupo de facultades, potestades o permisos fundamentales, atribuibles a sujetos determinados. La definición alude aquí al posicionamiento, tanto como a los poderes, inmunidades o permisos concretos que cada persona puede llegar a detentar, o bien esgrime, en alguna relación particular. Todo lo cual, a su vez, da origen al reconocimiento de las obligaciones, deberes, cargas o prohibiciones concomitantes²⁴.

²³ M. A. CIURO CALDANI, "Significados de la fundamentación de los derechos humanos", *Investigación y Docencia*, Rosario, FIJ, núm. 41, 2009, pp. 55-65; M. A. CIURO CALDANI, "Nota sobre la perspectiva axiológica de los derechos humanos", *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, núm. 15, 1992, pp. 61-62; R. ALEXY, *Argumentación, derechos humanos y justicia*, J. P. ALONSO Y R. RABBI BALDI (coord.), Astrea, Buenos Aires, 2017, pp. 25-27; C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, Astrea, 2º ed. 4º reimpr., Buenos Aires, 2017, p. 40.

²⁴ L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 17 y 65; I. ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 54-74; A. E. PEREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, 5º ed., Madrid, 1995, pp. 21-132; G. PESES BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales*, con la colaboración DE R. DE ASÍS, C. FERNÁNDEZ LIESA y A. LLAMAS GASCÓN, BOE-Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1995, pp. 154-162; G. J. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, 1º ed., 2º reimpr., Buenos Aires, 2015, pp. 1-28; S. ALBANESE, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, La Rocca, Buenos

En suma, los derechos humanos son herramientas bifrontes. De un lado, pueden ser definidos como un derecho objetivo, como un subsistema del ordenamiento normativo. De otro, configuran facultades y deberes de personas determinadas o determinables; son, igualmente, derechos y obligaciones subjetivos.

El enfoque de la historia, por su parte, muestra que los derechos humanos son el fruto de un proceso evolutivo creciente, cuyos inicios se encuentran en la Edad Moderna y continua en nuestros días. Para el profesor Peces-Barba, tres modelos diferentes lideraron el origen de este desarrollo: el inglés, el francés y el americano²⁵. Sin embargo, en función del escenario de la actualidad, a ellos habría que añadirles los modelos latinoamericanos, plasmados en las reformas constitucionales del fin del siglo XX. Entre los casos más ilustrativos se destacan los procesos de reforma constitucional de Ecuador, Bolivia y Chile, motivados en la necesidad de ampliar el reconocimiento formal de los derechos.

En este mismo orden de ideas cabe recordar con el maestro Peces-Barba que, en su evolución, los derechos humanos atravesaron cuatro fases principales. Primero, se positivaron, luego se generalizaron y con posterioridad, se internacionalizaron. Por último, se desarrolló la etapa de especificación, en cuyo marco nació el derecho de la vejez que nos ocupa.

Como señala el propio Gregorio en sus obras centrales, la positivación fue el resultado de los postulados del iusnaturalismo racionalista, “al centrar el paso del Estado de naturaleza al de sociedad en el contrato social, así como por la justificación, a través suyo, del Poder Legislativo, cuya primera función soberana era crear el Derecho”²⁶. Estos fenómenos influyeron decisivamente, además, en el derecho continental y americano.

La etapa de la generalización, en cambio, fue consecuencia de la dimensión de la igualdad formal de los derechos, formulada en la primera parte

Aires, 1992, pp. 29-30; M. PINTO, *Temas de derechos humanos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 1-14; J. A. TRAVIESO, *Derechos humanos y derecho internacional*, Heliasta, 2º ed., Buenos Aires, 1996, pp. 13-26; N. P. SAGÜÉS, *Derecho constitucional. Estatuto de los derechos*, Astrea, Buenos Aires, 2017, tomo 3, pp. 1-3; N. P. SAGÜÉS, *Manual de derecho constitucional*, Astrea, 2º ed. 1º reimp., Buenos Aires, 2017, pp. 523-533; P. L. MANILI, *El bloque de constitucionalidad*, Astrea, 2º ed., Buenos Aires, 2017, pp. 35-45; M. A. R. MIDON, *Control de convencionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 1-9.

²⁵ G. PESES BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y Derechos Fundamentales*, cit., pp. 23-112.

²⁶ Idem.

del siglo XIX²⁷. Razón por la cual, la propia Declaración francesa de derechos civiles (del hombre) y políticos (del ciudadano) fue su símbolo; al igual que los procesos de codificación y el constitucionalismo liberal moderno. Así, la Declaración pudo afirmar que “todos los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos”²⁸.

El proceso de internacionalización se desplegó con posterioridad, a partir del reconocimiento de la igualdad material y de la universalidad de los derechos²⁹. Desde entonces, estos rasgos impusieron la necesidad de configurarlos más allá del “Ordenamiento Estatal y sin límite de validez espacial”³⁰. Por ello, desde este contexto jurídico se desarrolló el constitucionalismo social del siglo XX y nació la ONU en 1945 como garante de los derechos humanos, considerados desde entonces ya no solo generales y abstractos, sino mundiales³¹.

Junto a ello, desde 1950 una serie de tratados, declaraciones y planes internacionales han ampliado notablemente este campo, contribuyendo a su desarrollo. Bobbio ha denominado a este fenómeno proceso de especificación, en virtud de tratarse de instrumentos destinados al reconocimiento de los derechos cuyos titulares están situados en contextos vulnerables. La admisión de los derechos humanos de las personas mayores sobre los cuales me ocupo en la actualidad forma parte claramente de este recorrido.

En conclusión, gracias a esta evolución fue posible identificar *núcleos de certeza –o contenidos mínimos–* de los derechos fundamentales, que conviven junto a *zonas de penumbra*. Conforme a Luis Prieto Sanchís, en el núcleo de certeza los derechos humanos se caracterizan por ser la “traducción normativa de los valores de dignidad, libertad e igualdad”. Aparecen como la formalización de las exigencias axiológicas, de los ideales y aspiraciones morales que se consideran relevantes en un tiempo y en un lugar determinado³².

²⁷ M. I. DABOVE, *Los derechos de los ancianos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2002, pp. 440-471; M. I. DABOVE, *Derecho de la vejez. Fundamentos y alcance*, Astrea, Buenos Aires, 2021, pp. 100-145.

²⁸ *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789*.

²⁹ C. S. NINO, *Fundamentos de derecho constitucional*, Astrea, 1º ed., 4º reimp., Buenos Aires, 2013, pp. 36-42; G. J. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los derechos humanos*, cit., pp. 29-45.

³⁰ G. PECESES BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y derechos fundamentales*, cit., pp. 154-160.

³¹ G. J. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los Derechos Humanos*, cit., pp. 313 y ss.; N. P. SAGÜES, *Manual de Derecho Constitucional*, Astrea, 2º ed, act. y amp., 1º reimp., Buenos Aires, 2014, pp. 4-13.

³² L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 19 y 20.

En síntesis, representan los criterios de justicia que el sistema registra como válidos para su campo (dimensión normo-dikelógica).

Desde el enfoque funcional los derechos humanos son, en cambio, reactivos que habilitan la legitimación del poder, pues “se erigen en los principios y/o reglas fundamentales que permiten medir la justificación de las formas de organización política” y fundamentan “la obediencia voluntaria de los ciudadanos” a ello³³. Constituyen, pues, los componentes propios de la dimensión sociológica del mundo jurídico.

Junto a ello, cabe reconocer su pretensión de universalidad, por ser considerados inherentes a la persona; su condición de “necesarios, inalienables e imprescriptibles; su oponibilidad *erga omnes*; su indivisibilidad e interdependencia; y su carácter de principios normativos orientadores, o principios de corrección, para el sistema jurídico que los recepte.

Otro dato relevante es la supremacía o jerarquía que se le otorga a los derechos humanos sobre otros instrumentos normativos, a causa de su contenido valorativo. Del mismo modo, vale recordar su textura resistente ante embates y conflictos de fuentes diversas; su poder de vinculación inmediata de todos los poderes públicos y su virtud para imponerse como obligaciones estatales respecto de cada persona o colectivo³⁴.

Como diría Peces-Barba, los derechos humanos son instrumentos fundamentales del mundo jurídico. Componen las bases normativas, al atender a la condición humana y a la persona como “fin en sí”. Por su intermedio se institucionalizan los acuerdos culturales en torno a los valores comunitarios. Se consolidan los lazos sociales y las relaciones con los poderes del Estado y se habilita el establecimiento de mecanismos legítimos para lograr su cumplimiento o imponer, llegado el caso, su restauración³⁵.

³³ Ídem; Véase, además: G. PESES BARBA MARTÍNEZ, *Derecho y Derechos Fundamentales*, cit., pp. 321-350; G. PESES BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 99-121; I. ARA PINILLA, *Las transformaciones de los derechos humanos*, cit., pp. 76-109.

³⁴ L. PRIETO SANCHÍS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., pp. 77-115; G. J. BIDART CAMPOS, *Teoría general de los derechos humanos*, cit., pp. 1-43; S. ALBANESE, *Promoción y protección internacional de los derechos humanos*, La Rocca, Buenos Aires, 1992, pp. 29-35; P. L. MANILI, *El bloque de constitucionalidad*, cit., pp. 40-49; N. P. SAGÜÉS, *Derecho constitucional. 3 Estatuto de los derechos*, Astrea, Buenos Aires, 2017, pp. 17-34; M. A. R. MIDON, *Control de convencionalidad*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 7-10.

³⁵ C. S. NINO, *Ética y derechos humanos*, cit., p. 40; G. PESES BARBA MARTÍNEZ, *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 89-98; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. GARZÓN VALDÉS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 525-

Treinta años después de la apertura de la primera cohorte del doctorado en derechos fundamentales, bien vale decir: Gracias, Gregorio, por todo tu legado. En palabras del periodista Miguel Angel Villena:

Peces-Barba se ha convertido ya para siempre en un símbolo de la reconciliación que alumbró la transición democrática y que hizo posible redactar una Constitución de consenso en 1978, una Carta Magna que ha sobrevivido más que ninguna otra en la convulsa historia contemporánea de España.

Brillante y culto, socarrón e incisivo cuando las circunstancias lo requerían, leal con sus amigos y respetuoso con sus rivales, Peces-Barba llevó a la política las virtudes de los universitarios de la vieja escuela. Profesor antes que político, la obra de la que se sentía más orgulloso, al margen de la Constitución, se refería, sin duda, a la creación de la Universidad Carlos III de Madrid.

Sin dudas, este logro, la querida Universidad en la cual muchos de nosotros hemos estudiado, ha sido el más genial regalo que podía dejarnos. En sus aulas viven sus enseñanzas y, por su intermedio, su espíritu ha trascendido los mares de España abriendo caminos sustentables para el porvenir de los derechos.

MARÍA ISOLINA DABOVE
*Conicet - Universidad de Buenos Aires
 Facultad de Derecho
 Av. Figueroa Alcorta 2263,
 C1425CKB, Ciudad de Buenos Aires
 Argentina
 e-mail: isolinadabove@gmail.com*

526; R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, trad. J. M. SEÑA, Gedisa, 2^a ed., Barcelona, 1997, p. 54.

UNA APROXIMACIÓN A LOS ELEMENTOS METODOLÓGICOS E IDEOLÓGICOS DEL PENSAMIENTO DE GREGORIO PESES-BARBA

AN APPROACH TO THE METHODOLOGICAL AND IDEOLOGICAL ELEMENTS OF GREGORIO PESES-BARBA'S THOUGHT

REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN
Pontificia Universidad Católica del Perú
<https://orcid.org/0000-0002-6162-2634>

Fecha de recepción: 30-1-23

Fecha de aceptación: 17-3-23

Resumen: *Este artículo se aproxima a varios de los elementos metodológicos e ideológicos presentes en la obra del profesor Gregorio Pezes-Barba, relacionándolos con algunas líneas de su pensamiento, a fin de reflejar su contribución e influencia a partir de ciertos contextos. Está especialmente dirigido a los nuevos estudiantes que deseen tener un primer contacto con su pensamiento. Los temas que se presentan se agrupan en torno al uso de la razón histórica, el antropocentrismo secularizado y el discurso sobre las capacidades. También alrededor de la influencia de la Modernidad y la Ilustración, del personalismo comunitario y el socialismo democrático, además de la tradición republicana.*

Abstract: *This article approaches several of the methodological and ideological elements present in the work of Professor Gregorio Pezes-Barba, relating them to some lines of his thought, to reflect their contribution and influence from certain contexts. This especially aimed at new students who wish to have a first contact with them thought. The topics presented are grouped around the use of historical reason, the secularized anthropocentrism, and the discourse on capabilities. Also, around the influence of modernity and the enlightenment, of community personalism and socialism democratic, in addition to the republican tradition.*

Palabras clave: universalismo, dignidad, ética, derechos, democracia

Keywords: universalism, dignity, ethics, rights, democracy

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Tuve la fortuna de conocer al profesor Gregorio Peces-Barba en el año 2003, en el marco del doctorado en derechos fundamentales impulsado por el instituto de su creación, en la Universidad Carlos III de Madrid. Y con él a Rafael de Asís, Javier Ansútegui, María del Carmen Barranco, Javier Dorado, Ignacio Campoy, entre otros entrañables amigos que, bajo su égida, promovían con dedicación y excelencia la enseñanza e investigación de los derechos humanos desde la Filosofía del Derecho, y continúan haciéndolo hasta hoy. Para un joven profesor cuyas reflexiones se enriquecieron con la lectura de varias de sus obras, conocer a Peces-Barba –y a quienes integran su escuela de pensamiento– fue inspirador y significativo. No solo por tratarse de uno de los autores más representativos de la filosofía jurídica española, sino por haber dedicado su vida a la opción por el ser humano y la construcción de un sistema jurídico-político que promueva sus principales derechos. Con justicia ha dicho de él Samir Naïr que “es indiscutiblemente uno de los grandes pensadores de la España democrática y, más aún, uno de los teóricos de referencia en Europa y en América Latina”, añadiendo que su teoría es el “pensamiento sólido y original de uno de los grandes intelectuales de nuestro tiempo. Un pensador libre”¹.

A los diez años de su desaparición, los amigos del instituto que hoy lleva su nombre han tenido la genial idea de invitar a varios profesores a escribir sobre Peces-Barba, con la finalidad de que los nuevos estudiantes tengan un primer contacto con su pensamiento. Este trabajo responde a esa cordial invitación. Presentaré varios de los elementos metodológicos e ideológicos de los que ha hecho uso, y los relacionaré con algunas líneas de su pensamiento, con el propósito de reflejar su contribución y la influencia que mantiene en determinados contextos, especialmente para la teoría y práctica de los derechos humanos o fundamentales, sin dejar de expresar algunas anotaciones críticas cuando corresponda². Intentaré hacer uso de un lenguaje didáctico,

1 “Gregorio Peces-Barba: un penseur libre”, en: *Théorie générale des droits fondamentaux*, libro traducido al francés por Ilié Antonio Pelé, presentación de Samir Naïr y prefacio de André-Jean Arnaud, LGDJ, París, 2004, pp. 13 y 15; traducción personal al español.

2 Con la expresión “derechos humanos” se suele identificar a los que con ese carácter han sido reconocidos en los tratados internacionales, y también a los que no han sido positivizados en el ordenamiento jurídico de un Estado a pesar de que, por su vinculación con la dignidad humana, demanden alcanzar ese reconocimiento. Con la locución “derechos fundamentales”, en cambio, se identifica generalmente a los derechos que, sustentándose en algún valor vinculado con la dignidad humana, han sido positivados como fundamentales en el

teniendo en cuenta los alumnos a quienes este trabajo va dirigido. Haré esa presentación a partir de la tesis doctoral que defendí sobre Peces-Barba, hace varios años ya, en la Universidad Carlos III de Madrid. No presentaré todo su acervo metodológico e ideológico, ni todas las líneas de su pensamiento, pues su obra intelectual es muy basta y compleja. Tuve la suerte de que Peces-Barba fuera uno de los integrantes del Tribunal que calificó esa tesis doctoral.

El trabajo se encuentra dividido en cinco apartados. El primero, referido a la razón histórica, por ser la perspectiva metodológica que utiliza y que explica su apertura a la cultura, su universalismo moderado y la vocación integradora de su concepción sobre lo jurídico. El segundo, a su antropocentrismo secularizado sobre la dignidad y su discurso sobre las capacidades humanas, por ser la piedra angular de su edificio teórico. El tercero al proyecto de la Modernidad y la Ilustración, específicamente a la distinción entre ética pública y ética privada, además de la contraposición entre laicismo y laicidad, que enmarca dentro de ese proyecto. El cuarto a la influencia del personalismo comunitario y el socialismo democrático, con relación al bien común, la libertad igualitaria y los derechos sociales. Finalmente, el quinto, para abordar la presencia del republicanismo en sus ideas de democracia deliberativa y de ciudadana responsable.

El método empleado en este trabajo es relacional y marcadamente descriptivo: nos aproximamos a los elementos metodológicos e ideológicos seleccionados, vinculándolos con algunas líneas teóricas de Peces-Barba, acompañándolos de interrogantes y reflexiones desde diversos contextos para apreciar la incidencia de su pensamiento. Las fuentes utilizadas son principalmente directas, constituidas por varias de sus obras, y algunas indirectas para ilustrar o motivar los cuestionamientos y reflexiones.

2. EL USO DE LA RAZÓN HISTÓRICA: LA APERTURA A LA CULTURA, EL UNIVERSALISMO MODERADO Y LA VOCACIÓN INTEGRADORA DE LA CONCEPCIÓN SOBRE LO JURÍDICO

Una primera característica del pensamiento de Peces-Barba es el uso que hace de la razón histórica. El análisis desde la historia y desde la razón –nos

ordenamiento jurídico de un Estado en particular. Por cuestiones metodológicas, ambos términos se usan aquí como sinónimos.

dice- “expresan dos formas de aproximación al fenómeno jurídico complementarias, que siempre me han resultado fructíferas”. Es “el signo de una visión integral que se aproxima al estudio del Derecho desde una razón histórica o, si se prefiere, situada en la historia”³. Una perspectiva metodológica que le permite seleccionar diversas racionalidades culturales, aportadas a lo largo de la historia, para utilizarlas como materiales en sus reflexiones, y acotar la validez de sus propias propuestas dentro de una sociedad, espacio o tiempo determinados. Su importancia es confirmada por el propio Peces-Barba: “[...] no creo posible tratar un tema conceptual o desplegar un análisis de la realidad sin situarlos en su contexto histórico”⁴.

Entre las múltiples consecuencias que el uso de esta perspectiva genera en el pensamiento de Peces-Barba, se encuentra la interrelación que hace con ella de los fenómenos morales, políticos y jurídicos –de los que se ocupa– con la cultura o realidad social donde se insertan. Esto explica que tome distancia del iusnaturalismo abstracto, intemporal y universalista, al considerar que si el Derecho es cultura necesariamente tiene una dimensión histórica⁵; y que se distancie también del positivismo formalista, por no tener en cuenta la cultura, la realidad social donde el Derecho se inserta⁶.

¿Permite este uso de la razón histórica, y la apertura a la cultura que supone, la relativización de los derechos? Juan José Sebreli ilustra la relevancia de este problema al resaltar que la sobrevaloración de la identidad cultural de los pueblos y el respeto incondicionado a las peculiaridades “lleva a los relativistas a defender supersticiones y prejuicios enraizados en las tradiciones ancestrales, a aceptar hábitos que, de acuerdo con la manera de pensar actual, son estupideces y, a veces, crímenes”, lo que frecuentemente ocasiona, además, “la opresión y el sufrimiento de los individuos y el atraso económico y técnico”⁷. El problema ha llegado a los altos Tribunales de Justicia. Es el caso de Colombia. A propósito de una demanda de tutela, su Corte

³ G. PESES-BARBA, *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, Introducción, p. 12.

⁴ G. PESES-BARBA, *La España civil*, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Barcelona, 2005, p. 220.

⁵ Véase: G. PESES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Debate, Madrid, 1983, hay una cuarta reimpresión de 1993, pp. 247-248.

⁶ Véase: G. PESES-BARBA, “Sobre la Filosofía del Derecho y su puesto en los planes de estudios”, en: *Libertad, Poder, Socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, p. 244.

⁷ J.J. SEBRELI, *El asedio a la modernidad, Crítica del relativismo cultural*, Ariel, Barcelona, 1992, pp. 54 y 55.

Constitucional consideró válida la sanción que impuso una comunidad indígena a uno de sus integrantes, y a la vez demandante, consistente en sesenta fuetazos (latigazos) y en el destierro (expulsión) de su comunidad⁸. La Corte argumentó que, “en una sociedad que se dice pluralista ninguna visión del mundo debe primar y menos tratar de imponerse; y en el caso específico de la cosmovisión de los grupos aborígenes, de acuerdo con los preceptos constitucionales, se exige el máximo respeto”⁹. Seguidamente, agregó: “Las únicas restricciones serían [...] el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura”¹⁰. Exigencias que para la Corte no fueron amenazadas ni vulneradas. Motivó así su conclusión:

“[...] la sanción del fuste, impuesta al actor por la Asamblea General [de la comunidad indígena], muestra claramente una tensión entre dos tipos de pensamiento: el de la sociedad mayoritaria y el de la comunidad indígena [...]. En el primero, se castiga porque se cometió un delito, en el segundo se castiga para restablecer el orden de la naturaleza y para disuadir a la comunidad de cometer faltas en el futuro. El primero rechaza las penas corporales por atentar contra la dignidad del hombre, el segundo las considera como un elemento purificador, necesario para que el mismo sujeto, a quien se le imputa la falta, se sienta liberado”¹¹.

Además de concluir que la pena de los fuetazos impuesta por la comunidad indígena no amenaza ni vulnera los derechos del demandante, la Corte llegó a la misma conclusión respecto a la pena de destierro que le fue impuesta. Si bien el Artículo 38 de la Constitución colombiana prohíbe imponer la sanción de destierro, la Corte consideró que este supone “la expulsión del territorio del Estado del cual se es nacional”, en consecuencia, concluyó, “el hecho que la comunidad decida alejar de su territorio a un miembro, no sobrepasa los límites del ejercicio de la jurisdicción indígena”, pues “es claro que se [le] destierra del resguardo y no de todo el territorio nacional”. Por ese motivo resolvió que “no encuentra ningún reparo contra esta determinación”¹².

⁸ Véase: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N.º T-523/97, del 15 de octubre de 1997, en especial el numeral 1 de sus Antecedentes y su conclusión; sentencia publicada en el portal web de la misma Corte a través del siguiente enlace: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>. Última visualización: 29/12/2022.

⁹ Ibid., considerando 3.3.3, literal ‘a’.

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

¹² Ibid., considerando 3.3.3, literal ‘b’.

Ni el pensamiento de Peces-Barba, ni el uso que hace de la razón histórica, son compatibles con esa sentencia de la Corte colombiana. La igual dignidad de todos los seres humanos, de la que parte y defiende, se opone a que pueda negarse a algunos individuos la protección de los derechos que nos corresponden a todos, oponiéndose también a que, bajo cualquier consideración, incluyendo el respeto a la identidad cultural de los pueblos, se pueda afectar la inviolabilidad de las personas. La noción de dignidad, dice Peces-Barba, “impide que seamos objeto de cambio, que podamos ser utilizados como medio y que tengamos precio”¹³. Si bien la razón histórica hace que sus propuestas y reflexiones estén acotadas a una sociedad y a un espacio o tiempo determinados, eso no significa que él se adscriba a un relativismo ético. Es categórico al respecto: “Tampoco acepto el relativismo ético”, afirma¹⁴. Se adscribe a un universalismo que podríamos calificar de moderado, en el sentido que, si bien tiene vocación de generalidad y trascendencia, reconoce los cambios históricos y la influencia de la cultura por lo que sus planteamientos tienen un valor situado históricamente: siempre podrán ser perfeccionados por quienes tengan mejores razones que aportar, en la medida que coadyuven al pleno desarrollo de las personas. En una carta que nos escribió lo confirma: “Efectivamente creo en la razón, pero siempre situada en la historia; aunque su diagnóstico de un universalismo con valor en cada tiempo me parece acertado. La razón es histórica pero sus conclusiones en cada tiempo deben parecernos y hacernos actuar como si fueran eternas y permanentes”¹⁵.

No sería, entonces, coherente con el pensamiento de Peces-Barba, utilizar sus construcciones teóricas para adaptarlas –si tal cosa fuera posible– a expresiones del particularismo socio-político, el nacionalismo excluyente, a la exacerbación de la diferencia o la versión dogmática del comunitarismo, que niegan el igual y preeminente valor de las personas. Resulta evidente que si queremos alcanzar una convivencia justa y pacífica debemos respetar la diversidad y bregar por la inclusión de todos. No se puede seguir tratando

¹³ G. PESES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho* (2002), segunda edición, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 26, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 70-71.

¹⁴ G. PESES-BARBA, “Nota sobre la Justicia”, en: *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 218.

¹⁵ Carta manuscrita, dirigida por G. PESES-BARBA a Reynaldo Bustamante Alarcón, de fecha 16 de agosto de 2006, p. 1. Se encuentra anexa a la tesis doctoral de este último titulada: *Entre la moral, la política y el Derecho: el pensamiento filosófico y jurídico de Gregorio Peces-Barba*, Universidad Carlos III de Madrid, 2008.

a las minorías –en el sentido político del término– como si no existieran o, peor aún, con la única arma de la represión a los que son diferentes por causa de su religión, de su origen étnico, de su pertenencia cultural, etc. Sin embargo, tampoco se puede perder de vista que no todas las culturas han contribuido igual a la gestación, respeto y realización de los valores de la humanidad (la historia da cuenta de ello), y que ciertas prácticas, bajo el manto de la tradición política y cultural de los pueblos, son auténticos crímenes contra los derechos humanos (la ablación que practican ciertas tribus es un ejemplo de ello). No todas las opciones morales valen o tienen el mismo valor que las demás.

El uso de la razón histórica que hace Peces-Barba, y que lo lleva a interrelacionar la cultura o realidad social con los fenómenos morales, políticos y jurídicos, explica también la marcada propensión de su pensamiento por integrar diversos planteamientos, aportados por otros autores en el desarrollo de las ideas, para intentar, junto con sus propios aportes, una síntesis integradora del conocimiento. Lo vemos en su “normativismo corregido”, que postula en un primer momento de su concepción sobre lo jurídico, al integrar planteamientos realistas y positivistas¹⁶. Una concepción que comprende al Derecho como un ordenamiento jurídico interrelacionado con la vida social, donde el poder político tiene un papel preponderante y la moral –aunque no resulte esencial para identificar lo jurídico– influye desde la cultura y cumple un papel crítico del poder y del Derecho. Una vocación integradora que se aprecia también en el segundo momento de su concepción jurídica: en ella, modificando sus reflexiones anteriores, se acerca a posiciones iusnaturalistas para postular un “positivismo flexible”, que se conecta también con la moral. Explica así esta nueva posición:

“En Tomasio y todos los autores que le siguieron la distinción [entre Derecho y moral] se utilizaba como instrumento intelectual para evitar que la ética autoritaria de una Iglesia se pretendiese imponer a toda una sociedad, y para que el Derecho no fuera utilizado como brazo armado de la imposición de esa fe. En definitiva, es un argumento de la tolerancia. De esa situación histórica, sólo en ese sentido, se puede decir que no existe una identificación conceptual entre Derecho y moral. Afirmar que el positivismo heredero de la Ilustración parte de que no existe una vinculación necesaria entre Derecho y moral sólo se puede entender si se tiene en mente la dimensión histórica y se interpreta moral como concepción del bien o la filosofía comprehensiva de una

16 Véase: G. PESES-BARBA, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, cit., p. 13.

*Iglesia o de una confesión o de una escuela filosófica. Cualquier otro sentido de moral, o al menos algún otro sentido de moral, es no sólo compatible, sino también necesario para entender el concepto de Derecho. En ese otro concepto existe una identificación entre Derecho y moral, y el positivismo jurídico no podría identificarse, dada esa definición de moral, por la incompatibilidad entre esos dos conceptos*¹⁷.

Rafael Escudero ha criticado el “positivismo flexible” de Peces-Barba, calificándolo como un planteamiento que podría no corresponder con el positivismo jurídico, al no coincidir con la tesis positivista de la separación conceptual entre Derecho y moral¹⁸. Anticipándose a esa crítica, Peces-Barba precisa que la moral, a la que se refiere, no es directamente jurídica por sus contenidos, sino que, para serlo, debe cumplir previamente con los requisitos de validez establecidos en el Derecho. En otras palabras, “esa moralidad sólo es Derecho si incorpora su espíritu al cuerpo de una norma creada con los criterios que establecen el órgano y el procedimiento que dan vida a cada tipo de normas (Constitución, Ley, Jurisprudencia, etc.)”¹⁹. De esa manera, se pretende “hacer compatible la exigencia formal del positivismo: incorporación al Derecho por las vías regladas respondiendo a las preguntas ¿quién manda? y ¿cómo se manda?, con la aceptación de que el Derecho tiene unos objetivos que alcanzar y que suponen los contenidos de moralidad o de justicia”, contenidos que, tras ser positivizados, “responde[n] a la pregunta ¿qué se manda?”²⁰ El problema se presenta cuando Peces-Barba, al explicar su “positivismo flexible”, usa el calificativo de “necesario” para referirse al nexo entre Derecho y moral. Es posible, sin embargo, entender esa referencia de dos maneras compatibles con la tesis positivista de separación conceptual entre moral y Derecho.

Se parte, en primer lugar, de la constatación de que todo Derecho, incluyendo el que tiene un contenido injusto, supone siempre una visión sobre la justicia, es decir, es estructuralmente moral: está conectado con *algún* criterio

17 G. PESES-BARBA, “Sobre el positivismo jurídico”, en: *Derechos sociales y positivismo jurídico, Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, núm. 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, p. 87.

18 Véase su libro: *Los Calificativos del Positivismo Jurídico, El debate sobre la incorporación de la moral*, Thomson, Civitas, Madrid, 2004, p. 154 y siguientes.

19 G. PESES-BARBA, “Ética pública-ética privada”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, tomo XIV, 1997, p. 533-534.

20 G. PESES-BARBA, *Ibid.*

de moralidad. Desde ese punto de vista, la reflexión sobre lo jurídico y la definición de lo que es el Derecho, para no ser incompleta, tendría que considerar –necesariamente– esa conexión entre el Derecho y *alguna* moral. Una lectura afín a una Teoría del Derecho que podría aplicarse a todo lo jurídico, sea cual fuere el tiempo y lugar al que corresponda, sin que eso signifique que pueda brindarse una definición válida para todos los tiempos y todas las sociedades, pues al ser una manifestación cultural, lo jurídico no podría escapar de los cambios de la historia.

Es notorio, en segundo lugar, que *no pocas* sociedades han incorporado a su Derecho dimensiones morales expresadas en valores, principios y derechos, constituyéndolos en criterios de validez de las normas jurídicas. La reflexión sobre lo jurídico y la definición del Derecho de esas sociedades, incluyendo la validez de sus normas, tendría que considerar –necesariamente– a esa moral que ha sido positivizada. Esta lectura es afín a una Teoría Jurídica aplicada a *esas* sociedades, es decir, solo puede aplicarse al Derecho de cierto tipo de sociedad en un momento histórico determinado; sin perjuicio de que pueda ser utilizada como referente o modelo a seguir, dentro de una Teoría de la Justicia.

3. EL ANTROPOCENTRISMO SECULARIZADO: LA DIGNIDAD Y EL DISCURSO DE LAS CAPACIDADES HUMANAS

El humanismo de Peces-Barba evoluciona desde una apertura inicial a la religiosidad, influenciada por autores como Jacques Maritain²¹, hasta encontrarse completamente secularizado. Con la secularización de sus ideas concibe al ser humano como “centro del mundo” y “centrado en el mundo”²². El ser humano es centro del mundo (visión antropocéntrica) porque tiene unos rasgos que lo distinguen del resto de la naturaleza, rasgos que son la mar-

21 Peces-Barba hizo su tesis doctoral sobre Jacques Maritain. En ella, refiriéndose al ser humano, afirma: “Este hombre con esos dos elementos en constante tensión dialéctica [individualidad y personalidad] está religado con Dios, y no se explica sin eso. El drama del humanismo ateo consiste en su [sic] olvido de esa realidad. No hay más humanismo auténtico que él que reconoce esa religación. Es lo que llama Maritain el Humanismo integral o Humanismo de la Encarnación. Hay que partir de él, para la meditación social y política.” (El pensamiento social y político de Jacques Maritain, tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, curso 1969-1970, copia existente en la Universidad Carlos III de Madrid, p. 510).

22 Véase: G. PESES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 19.

ca de su dignidad y expresión de su condición²³. Está además centrado en el mundo (visión desde la laicidad) porque es un ser humano independiente, que piensa, cree, se comunica y decide libremente; un sujeto caracterizado sin necesidad de acudir a un referente externo –divino, religioso, etc.–²⁴. Estas dos ideas son inseparables para Peces-Barba²⁵.

Nuestro autor vincula la dignidad humana con la ética pública (la ética relevante para la política y el Derecho). Califica la dignidad como el “fundamento de la ética pública de la modernidad”, el “criterio fundante de los valores, los principios y los derechos”²⁶. Al mismo tiempo, considera que la determinación concreta de las exigencias de la dignidad se encuentra expresa en la ética pública que será “la que delibere y resuelva sobre los caminos que el hombre debe recorrer para desarrollar esas condiciones que tenemos en proyecto, y que suman las dimensiones de la dignidad”²⁷. Esa forma de interrelacionar la dignidad y la ética pública genera una evidente paradoja: por un lado, la dignidad orientaría el contenido de la ética pública, al ser su fundamento; pero, por otro, la ética pública determinaría el contenido de la dignidad, al deliberar y resolver sobre el camino que el ser humano debe recorrer para desarrollarla. Una paradoja que podría ocasionar problemas prácticos (por ejemplo, al examinar si es la dignidad la que delimita el valor libertad, o es la libertad la que determina el sentido de la dignidad, lo que irremediablemente incide en lo que el individuo y el Estado pueden hacer o no hacer, a propósito de la capacidad de elección de las personas). Para resolverla debe eliminarse la reflexión circular que la origina: o la dignidad orienta el contenido de la ética pública o la ética pública determina el contenido de la dignidad, pero no ambas cosas a la vez. Si se reconoce la dignidad del ser humano, es decir el preeminente valor que le corresponde –Peces-Barba lo hace– es la dignidad la que delimita el contenido de la ética pública y no la ética pública la que determina el contenido de la dignidad. La dignidad cumple esa función a través de las exigencias que se derivan racionalmente de la condición humana. Otra cosa es que la ética pública, en cumplimiento de esas exigencias, organice la sociedad a través de valores, derechos y otros

²³ Véase: G. PESES-BARBA, *Ética, Poder y Derecho, Reflexiones ante el fin de siglo*, Cuadernos y Debates, núm. 54, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. 59.

²⁴ Véase: G. PESES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 12-13.

²⁵ Véase: Ibid., p. 15-16.

²⁶ G. PESES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., pp. 12 y 66.

²⁷ Ibid., p. 50.

principios a fin de que las personas puedan alcanzar su desarrollo integral. Peces-Barba parece afín a estas ideas: al reflexionar sobre la “organización económica, social y cultural”, sostiene que esta “tiene que estar al servicio de la persona, lo mismo que la estructura jurídico política”²⁸.

Si la dignidad es el fundamento de la ética pública, ¿qué implica esa toma de posición para la teoría y práctica de los derechos humanos? La importancia de estos derechos y el nivel de socialización que han alcanzado hace que sean invocados continuamente en diversas disputas. Unos para sustentar cierta posición y otros para contradecirla. Todos parecen estar de acuerdo en que son una manifestación de la justicia, los límites que el poder debe respetar para ser legítimo. Extrañamente, sin embargo, no existe consenso sobre cuáles son estos derechos (por lo menos, no respecto de todos ellos), sobre los requisitos que una pretensión debe cumplir para estar ante un derecho humano. Esta situación se presenta en diversos países, incluso en el escenario internacional: lo que unos consideran como derecho humano es matizado o negado por otros (ejemplo, el uso del velo musulmán). Es verdad que el desconocimiento sobre el concepto y fundamento de los derechos contribuye a que esto ocurra, pero también el carácter abierto de su estructura: los derechos no se encuentran suficientemente determinados en los textos jurídicos que los recogen, permitiendo que sean abordados por diferentes filosofías con resultados bastante disímiles.

Si la dignidad es el fundamento de la ética pública, –como afirma Peces-Barba–, y si los derechos humanos son parte de la ética pública –como también apunta–, entonces, los derechos humanos tienen en la dignidad un fundamento común. Una conclusión relevante para el estatuto de este tipo de derechos. Por mencionar algunas consecuencias: no toda filosofía moral, política o jurídica será compatible con los derechos humanos, y no todo lo que se presente como derecho humano realmente lo es. Para serlo, tendrán que ser conformes con la totalidad de dimensiones de la condición humana (sicológicas, biológicas y espirituales) y favorecer el desarrollo integral de las personas. Ni se puede reconocer como derecho humano una pretensión que vulnere alguna dimensión de nuestra humanidad (por ejemplo, decidir ser esclavos), ni merece aquel estatus la elección que, aunque no vulnere la dignidad, no pueda ser ofrecida a todos como un camino de desarrollo integral (por ejemplo, hacerse un tatuaje). En esta encrucijada se decide el sentido de

28 G. PECES-BARBA, *Derechos Fundamentales, I. Teoría general*, (1973), Guadiana de Publicaciones, cuarta edición, Madrid, 1983, p. 231.

nuestra cultura y la manera como organizamos nuestra convivencia: o hacemos de los derechos humanos instrumentos de humanización o los desnaturalizamos convirtiéndolos en mecanismos superfluos, sino en herramientas de dominación.

Peces-Barba sustenta su visión antropocéntrica y secularizada en una serie de rasgos del ser humano. Rasgos atribuidos a un individuo abstracto o modélico. En esa visión, la dignidad se formula desde dos perspectivas complementarias: una de raíz kantiana y otra de carácter renacentista²⁹. Explicando cada una de ellas precisa: “Por la primera, la dignidad deriva de nuestra decisión de mostrar capacidad de elegir, de nuestra autonomía”; por la segunda la dignidad consiste en el estudio de los rasgos que nos diferencian de los restantes animales” (nuestra capacidad de razonar, de comunicarnos, de crear cultura, de expresar sentimientos, etc.)³⁰.

Si bien esta concepción tiene la ventaja de proporcionar dimensiones objetivas de la dignidad, es una visión que requiere ser complementada. Basta recordar, para demostrarlo, que, en los años previos a la Segunda Guerra Mundial, en la Alemania nazi lo atroz se convierte en legal: a través de una serie de leyes se decide que los judíos, los gitanos, los enfermos mentales y otros grupos eran poseedores de una vida indigna de ser vivida, justificándose legalmente su selección, manipulación y eliminación. La historia es conocida: bajo el argumento de que existen individuos que no poseen o han perdido alguna característica relevante para ser calificados como humanos, se perpetraron los genocidios de nuestra historia.

No todos los individuos concretos tienen desarrolladas, de la misma manera, las capacidades atribuidas a un ser humano modélico. Algunos las tienen, pero muchísimos otros solo gradualmente o en potencia, e incluso muchos han perdido alguna de ellas o no han podido desarrollarlas por carecer de medios. Omitir considerar que en la realidad esas capacidades son graduales y variables en función a los individuos concretos, dejaría de lado a las personas cuyas capacidades no se corresponden con las de ese sujeto ideal. Como advierte Rafael de Asís, resultaría que “[e]n el mundo moral participarían individuos dignos, esto es, capaces de razonar, sentir y comunicarse, que orientarían estas capacidades hacia el logro de diferentes planes de vida”, y los que “no tuvieran esas capacidades podrían tener atribuidos de-

29 Véase: G. PECES-BARBA, *La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho*, cit., p. 68.

30 Ibid.

rechos”, pero “no justificados desde la idea de dignidad humana, sino como fruto de la decisión de los sujetos capaces al considerarlos como merecedores de dicha atribución”³¹. El discurso sobre la dignidad humana, basado en las capacidades de un individuo abstracto, debe, pues, ser complementado con una argumentación que tenga en cuenta las capacidades, potencialidades y posibilidades de los individuos concretos. Una fundamentación que responda a los diversos aspectos de la vida humana, desde la gestación y nacimiento hasta la muerte, sin perder de vista a la naturaleza.

4. EL PROYECTO DE LA MODERNIDAD Y LA ILUSTRACIÓN: LA DISTINCIÓN ENTRE ÉTICA PÚBLICA Y ÉTICA PRIVADA, LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE LAICIDAD Y LAICISMO

Peces-Barba elige el proyecto de la Modernidad y la Ilustración como marco de sus construcciones teóricas. Este no coincide exactamente con un período histórico, como el de la Edad Moderna, sino con un proyecto cultural y un espíritu crítico que se proyecta hasta la actualidad. Nuestro autor reconoce su influencia al referirse a los momentos históricos desde los cuales su conciencia ideológica se ha ido formando. Menciona a “la Ilustración, en que surgen todos los nuevos ideales que van a acompañar el desarrollo de la dignidad, la Constitución, los derechos humanos, el Estado de Derecho”³²; y precisa que su propuesta “no expresa cualquier posible relación teórica entre ética, política y Derecho, sino el proyecto de la ilustración y de la modernidad”³³. No toma indiscriminadamente todo lo moderno. Selecciona críticamente los elementos que considera útiles, matizándolos o completándolos, de ser necesario, para edificar –junto con otros aportes históricos– su edificio teórico. Resulta comprensible que bajo la influencia de un proyecto que tiene entre sus elementos la idea de dignidad, sociedad abierta, plura-

31 R. de ASIS, “La incursión de la discapacidad en la Teoría de los derechos: Posibilidad, Educación, Derecho y Poder”, en: VV.AA. *Los derechos de las personas con discapacidad, Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, (Debates del Instituto Bartolomé de las Casas), edición a cargo de Ignacio Campoy Cervera, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 2004, p. 66.

32 G. PESES-BARBA, *La España civil*, cit., p. 55.

33 G. PESES-BARBA, “Ética, Política y Derecho, El paradigma de la modernidad”, publicada en: *Ética pública y Derecho*, Discurso de recepción del académico de número Excmo. Sr. D. Gregorio Peces-Barba Martínez y contestación del Excmo. Sr. D. Manuel Fraga Iribarne, Sesión de 19 de abril de 1993, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1993, cit., p. 15.

lismo y secularización, Peces-Barba se adscriba a aquellas corrientes de la Filosofía Moral que diferencian entre el ámbito de la felicidad (ética privada) y el ámbito de la justicia de las relaciones humanas (ética pública).

La ética privada es definida como una “ética personal, el camino que el individuo puede escoger para alcanzar la autonomía o independencia moral, la felicidad, el bien o la virtud”³⁴. La ética pública, en cambio, es definida como “el orden justo y estable, los criterios de organización de la vida social”, el “contenido de moralidad que una sociedad democrática debe realizar”³⁵. En el planteamiento de Peces-Barba no se trata de cualquier ética pública, sino, el “modelo de ética pública [...] de la modernidad”³⁶, que se concreta a nivel político y jurídico en el “Estado social y democrático de Derecho”³⁷, y cuyo contenido se encuentra conformado por “la libertad, matizada y perfilada por la igualdad y la solidaridad, en un contexto de seguridad jurídica”; valores que se prolongan en derechos fundamentales, principios de organización y otros principios³⁸. La ética pública señala así “qué deben hacer los poderes, las autoridades y los funcionarios, quiénes pueden y son competentes para hacerlo y con qué procedimientos, precisamente para que los ciudadanos sean libres en la orientación de su moralidad privada”³⁹.

Estos dos ámbitos de la moral -la pública y la privada- responden a los principios de autonomía y universalidad: no se pueden establecer por medio de la coerción o la fuerza, y tampoco ser el producto de un simple capricho o arbitrariedad, sino una elección adoptada por la razón y susceptible de ser elevada a ley general⁴⁰. “Cuando una moralidad privada coincide siempre con los intereses de su titular, hay grandes motivos para sospechar que esa persona carece de moralidad”, afirma Peces-Barba⁴¹. Y agrega: “[L]a univer-

34 G. PESES-BARBA, *La España civil*, cit., p. 40.

35 G. PESES-BARBA, *Ibid.*, p. 40.

36 G. PESES-BARBA, *Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 12.

37 G. PESES-BARBA, *Ibid.*, p. 17.

38 G. PESES-BARBA, *Ibid.*, p. 164 y siguientes.

39 G. PESES-BARBA, *Ibid.*, pp. 76-77.

40 Véase: G. PESES-BARBA, *Ibid.*, pp. 16, 62-63. También, del mismo autor: “Ética pública y ética privada”, en: VV.AA. *Curso de Teoría del Derecho*, segunda edición, con la colaboración de María José Fariñas y otros, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 86; y *Curso de Derechos Fundamentales*, Teoría General, (1995), con la colaboración de Rafael de Asís, Rafael Fernández Lises y Ángel Llamas Gascón, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, reimpresión de 1999, p. 215.

41 G. PESES-BARBA, “Ética, Política y Derecho: El paradigma de la modernidad”, cit., p. 31.

salidad de la ética pública, [s]upone desde el punto de vista racional y lógico, el carácter general y abstracto de los valores, que desarrollan la idea de dignidad humana”⁴². Bajo esos términos, el Estado no estaría obligado a positivizar, y mucho menos a conceder el estatus de derechos fundamentales, a los simples anhelos o deseos. Estos tendrían que cumplir con los principios de autonomía y universalidad para poder exigir su positivización y pretender ese estatus. Si a pesar de no cumplir con esos requisitos, el Estado decidiera positivizarlos, no debería otorgarles la calidad de derechos fundamentales, sin perjuicio de las consecuencias morales, políticas y jurídicas de esa decisión. Esto no significa, necesariamente, que la materialización de los simples deseos o anhelos se encuentre prohibida. Si estos no afectan a los demás, ni lesionan la dignidad de quien los tiene, no hay justificación para prohibirlos, aunque el Estado no esté obligado a facilitarlos. “Un proyecto vital extravagante y no generalizable no debe ser obstaculizado sino afecta en nada a los demás”, dice Peces-Barba, y si no afecta el dinamismo de la libertad de su titular añadirá⁴³.

La distinción entre ética pública y ética privada “no supone, en forma alguna, separación ni mucho menos ignorancia mutua”; llegan a tener “dimensiones secantes”, pero respetando sus respectivos ámbitos de actuación⁴⁴. Se admite sus conexiones e intersecciones, y se exige el respeto a sus respectivos ámbitos de influencia: ni la ética pública puede pretender ser ética privada (verbigracia, ingresar a la zona íntima de los pensamientos de los individuos), ni la ética privada puede invadir los espacios de la ética pública (por ejemplo, imponer a la sociedad la religión o el ideario de quien detente el poder).

¿Significa esta distinción que las expresiones religiosas de una ética privada no pueden ser compartidas o manifestadas en los espacios públicos? La pregunta adquiere especial relevancia en el caso de los trabajadores estatales. Para ilustrarlo examinemos lo que sucedió en Perú. En cierto momento la entonces presidenta del Consejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (Concytec) prohibió a sus trabajadores exhibir imágenes religiosas en sus oficinas (un crucifijo, una estampa, una estrella, una biblia, etc.) señalando que esas manifestaciones tendrían que circunscribirse a su ámbito personal, más aun tratándose de oficinas pertenecientes a una institución de

42 G. PESES-BARBA, *Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 78.

43 Ibid., p. 77.

44 G. PESES-BARBA, “Ética pública y ética privada”, cit., p. 84.

un Estado no confesional⁴⁵. El asunto puso nuevamente en discusión la relación entre el Estado laico y la libertad religiosa.

Respondiendo al problema desde el pensamiento de Peces-Barba, este distingue, como lo hacen otros autores, la laicidad del laicismo. Se trata de una distinción muy presente en su pensamiento, pero, en ocasiones –por su insistente crítica a la Iglesia católica, especialmente en varios de sus últimos trabajos– prácticamente queda desdibujada⁴⁶. La laicidad es una garantía de la tolerancia, propia de las sociedades democráticas. Significa que el Estado actúa y toma sus decisiones con independencia y autonomía frente al fenómeno religioso, a fin de respetar las diversas concepciones del bien y la justicia de las personas, pero respetando siempre la posibilidad de que las manifestaciones religiosas se expresen libremente y que sus razones, desprendidas de su raíz religiosa, puedan incorporarse a los ámbitos públicos. El límite común es que no afecten la inviolabilidad o dignidad de las personas. El laicismo, en cambio, es la negación de todo contacto con lo religioso, el rechazo de cualquier argumento o manifestación de índole religiosa, que prohíbe la religiosidad o la reduce a los ámbitos exclusivamente privados. Es, pues, una postura excluyente, intolerante, impropia de las sociedades democráticas. Peces-Barba lo denuncia: “Los manipuladores de la comunicación, los mercenarios de la pluma, están inmersos en una campaña para identificar laicismo y laicidad y situarnos a los defensores de la España constitucional y civil como perseguidores de la Iglesia”⁴⁷. Paradójicamente, en paralelo, Peces-Barba reprocha a los grupos religiosos que buscan “extender sus preceptos al conjunto de los ciudadanos que no son todos creyentes de esa ética privada”⁴⁸, y afirma: “La sociedad tiene que mantener la religión en el ámbito de lo privado”⁴⁹. Un reproche exagerado y una afirmación contradictoria con sus propios postulados. Él mismo parece reconocerlo al señalar que “una de las dimensiones de la ética pública será el derecho de las iglesias

⁴⁵ El hecho fue recogido por el diario *El Comercio*, de Perú, en su edición del 30 de abril de 2013. Su publicación aparece en el enlace web: <https://elcomercio.pe/sociedad/lima/prohibicion-imagenes-concytec-espacio-persecucion-religiosa-noticia-1570595/>. Última visualización: 29/12/2022.

⁴⁶ Cfr. al respecto sus obras: *Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 16; *La España civil*, cit., pp. 41, 64, 77-78; y “De la secularización a la laicidad”, en: VV.AA., *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, edición de Gregorio Peces-Barba, con la colaboración de Eusebio Fernández, Rafael de Asís y Francisco Javier Ansúategui, Espasa Calpe, Madrid, 2007, p. 324.

⁴⁷ G. PECESES-BARBA, *La España civil*, cit., pp. 77-78.

⁴⁸ G. PECESES-BARBA, *Ética, Poder y Derecho*, cit., p. 16.

⁴⁹ G. PECESES-BARBA, *La España civil*, cit., p. 41.

a predicar libremente sus propios mensajes sin ningún tipo de interferencias y también el reconocimiento del valor que tiene la religión para la vida de las personas, pero en ningún caso la sustitución de la ética pública por una privada”⁵⁰.

En armonía con la laicidad, no debe perderse de vista que las expresiones de la religiosidad son un ejercicio de la libertad, concretamente de la libertad religiosa. Este derecho implica: 1) que toda persona es libre para autodeterminarse según sus convicciones y creencias en el plano de la fe religiosa, ya sea para acogerla o para decidir no tenerla; 2) la libertad para practicarla en todas sus manifestaciones, individuales o colectivas, tanto en los ámbitos públicos como en los privados, así como para enseñar y cambiar la religión que se profesa; 3) una prohibición para que nadie, incluyendo al Estado y los particulares, pueda interferir en su ejercicio; y 4) la obligación de generar las condiciones mínimas para que todos puedan ejercerla. La libertad religiosa está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger los derechos fundamentales de los demás, la seguridad, el orden, la salud y la moral pública. Así lo reconocen expresamente el Artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Artículo 9 de su par europeo, entre otros instrumentos internacionales. Esto quiere decir que el Estado solamente puede adoptar medidas idóneas, necesarias y proporcionales, previstas en una ley, para garantizar que las personas que manifiesten públicamente sus creencias, oficien sus ritos o lleven a cabo sus prácticas para ganar nuevos adeptos, lo hagan dentro de los límites que razonablemente puedan imponerse en una sociedad democrática. El Estado debe abstenerse de interferir de cualquier modo en la adopción, mantenimiento o cambio de convicciones personales, sea de tipo religioso o de cualquier otro carácter.

En el caso peruano, sus normas constitucionales y legales garantizan el derecho de toda persona a expresar su religiosidad en los ámbitos públicos y privados⁵¹. Una conclusión confirmada por su Tribunal Constitucional. En

50 G. PESES-BARBA, “Los valores de Europa”, *Anuario. Residencia de Estudiantes “Fernando de los Ríos”*, Año 1995-1996, Madrid, p. 184.

51 La Constitución peruana garantiza el derecho fundamental de toda persona a la libertad religiosa y precisa que el ejercicio público de las confesiones es libre (Artículo 2:3). La Ley de Libertad Religiosa (Ley N.º 29635) señala también que “el ejercicio público y privado de este derecho es libre» (Artículo 1) y que la libertad de religión comprende, entre otros, el derecho a “practicar de forma individual o colectiva, en público o en privado, los preceptos religiosos de su confesión, sus ritos y actos de culto» (Artículo 3).

un proceso de amparo donde se pretendía que el Poder Judicial retirase los símbolos religiosos que existieran en sus instalaciones, el Tribunal señaló: “La laicidad es incompatible con un Estado que se considere defensor o protector de una determinada confesión”, pero, al mismo tiempo, es incompatible también “con un Estado que promueva el ateísmo o el agnosticismo o el destierro del ámbito público de toda expresión de origen religioso”⁵². Por esa razón desestimó la demanda y señaló: “La incompetencia del Estado ante la fe y la práctica religiosa no significa la promoción del ateísmo o agnosticismo con la eliminación de símbolos religiosos de la esfera pública o la imposición de una ideología antirreligiosa, ignorando las tradiciones que responden a la formación histórica, cultural y moral del Perú”⁵³.

5. LA INFLUENCIA DEL PERSONALISMO COMUNITARIO Y DEL SOCIALISMO DEMOCRÁTICO: EL BIEN COMÚN, LA LIBERTAD IGUALITARIA Y LOS DERECHOS SOCIALES

Uno de los autores que tempranamente influyó en el pensamiento de Peces-Barba fue Emmanuel Mounier. Peces-Barba lo considera uno de los autores más importantes que perfila y concreta el personalismo comunitario⁵⁴. Al considerar que no puede haber comunidad sin personas, pero tampoco realización plena de la persona sin vida social; el personalismo comunitario propugna: ni individualismo ni colectivismo, sino primado de la persona con responsabilidad frente a los demás y sin olvidar el valor de la comunidad⁵⁵. Desde sus primeras obras Peces-Barba es de similar posición. Si bien destaca la eminente dignidad de la persona, al mismo tiempo resalta la importancia de la comunidad para que pueda desarrollarse plenamente: “La persona no es un ser abstracto, ni una construcción filosófica, sino cada hombre concreto, con sus sufrimientos y sus alegrías, con sus esperanzas y deserciones. Su desarrollo integral, el de cada hombre concreto, sólo puede

⁵² Tribunal Constitucional del Perú. Sentencia N.º 06111-2009-PA/TC, del 7 de marzo de 2011, fundamento 49.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Véase: G. PESES-BARBA, “El personalismo, hoy”, *Cuadernos para el Diálogo*, números extraordinarios, N.º VII, febrero de 1968, p. 39.

⁵⁵ Véase: E. MOUNIER. “Revolución personalista y comunitaria” (1935), en Emmanuel Mounier, *Obras*, traducción de Enrique Molina, Editorial Laia, Barcelona, 1974, tomo I, 1931-1939, p. 188 y siguientes.

hacerse en la sociedad”⁵⁶. La comunidad o sociedad a la que se refiere Peces-Barba, y también el personalismo comunitario, no es un sujeto transpersonal, con una existencia independiente de sus integrantes. Es una agrupación de seres humanos organizada racionalmente para procurar ciertos fines a favor del individuo. El mismo autor lo precisa: “La comunidad cuyo bien aquí defendemos, es una comunidad al servicio de la persona y no constituida en un ser trascendente, con unos fines distintos a los de la persona: alma nacional, espíritu objetivo...”, etc.⁵⁷ Bajo este enfoque, el ser humano debe procurar su desarrollo, pero también contribuir al bien de la comunidad; y la comunidad debe velar por su progreso, pero también por el desarrollo individual de sus integrantes. En ambos casos orientados hacia la realización de la dignidad humana. Peces-Barba lo comprende perfectamente:

“El clima que se crea en una sociedad organizada jurídica y políticamente en esa perspectiva [...] es el único que garantiza una auténtica participación libre de todos los hombres en la realización del Bien Común. Para una concepción personalista ésa es la clave de todo. Participación en la construcción de la sociedad, que a su vez favorecerá el desarrollo integral de la persona. Y a su vez persona libre y en desarrollo, que es la única que puede participar en la construcción de una sociedad. La participación comprometida es posible en una sociedad democrática, y es a su vez una condición indispensable, una garantía de los derechos fundamentales, de la libertad”⁵⁸.

Al aplicar el personalismo comunitario a los derechos fundamentales, el bien común se presenta como un elemento para delimitar el contenido y regular el ejercicio de los derechos. Las cuestiones que se plantean en torno a los derechos no son asuntos de exclusivo interés particular, sino que también interesan a la comunidad. Ambos intereses concurren, en abstracto, en forma equilibrada, en la concepción de los derechos fundamentales. Sin embargo, el interés individual no es el único que debe estar orientado hacia el desarrollo integral de la persona; el bien común o interés general, del que aquí se habla, también debe estarlo. De esa manera se mantiene la coherencia con el preeminente valor de la dignidad humana. Se disuelve así cualquier separación drástica entre el interés individual y el interés general, entre el bien

56 G. PESES-BARBA, “El personalismo, hoy”, cit., p.39.

57 G. PESES-BARBA, *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, cit., p. 149.

58 Ibid., pp. 226-227.

privado y el bien común, ya que en abstracto no existe oposición entre ellos. Así lo considera también Peces-Barba⁵⁹.

El socialismo democrático se encuentra presente en el pensamiento de Peces-Barba. Lo declara al señalar que, dentro del acervo de sus convicciones ideológicas, se encuentra también el “socialismo democrático o ético, abierto a las corrientes moderadas de la satisfacción de las necesidades”⁶⁰. Este tipo de socialismo se opone al de corte totalitario, entre otras razones, por las restricciones que trae consigo a la libertad de elección y a la autonomía moral de las personas. A diferencia del socialismo totalitario, el socialismo democrático reconoce la importancia del Estado y del ordenamiento jurídico, asume con sumo interés la idea de libertad, de Estado de Derecho y de los derechos fundamentales, pero con planteamientos y modificaciones a la concepción liberal. Se opone a los reduccionismos mecanicistas con que el socialismo totalitario pretende interpretar los distintos ámbitos de la vida humana –político, jurídico, cultural, etc.–, pues además de no resultar comprobables científicamente, impiden plantear adecuadamente los problemas de la democracia, de la libertad, etc., es decir, de lo político y lo jurídico⁶¹. Llevado hasta sus últimas consecuencias, el socialismo democrático es contrario a la “lucha de clases”, no solo por su componente antagónico o violentista –tan contradictorio con una visión humanista– sino porque sobre esa base no se puede construir un andamiaje político y jurídico que permita una convivencia reconciliada, justa y pacífica⁶².

El socialismo democrático influye en el pensamiento de Peces-Barba de diversas maneras. Una de ellas orienta su pensamiento hacia esquemas igualitarios para completar el valor libertad y postular una libertad igualitaria. No hay verdadera libertad sin igualdad, ni igualdad que no esté orientada hacia la libertad, son máximas que tienen su origen en esos esquemas. Peces-

59 Véase sus obras: *Ibid.*, pp. 147-148; y *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, cit., pp. 592-593 y 610.

60 G. PESES-BARBA, *La España civil*, cit., p. 55.

61 Así lo señalan Fernando de los Ríos (*El sentido humanista del socialismo*, Biblioteca de Pensamiento, edición, introducción y notas de Elías Díaz, Editorial Castalia, Madrid, 1976, p. 194) y Gregorio Peces-Barba (en: *Libertad, Poder, Socialismo*, Civitas, Madrid, 1978, p. 168).

62 Fernando de los Ríos lo expresa de esta manera: “De la “lucha de clases” no puede, directa y congruentemente, derivarse una política social y, por tanto, un [D]erecho social, a menos que [...] no se le dé a la lucha otro valor que el de un hecho, mas no el de una norma; pues si se hace esto, si se cree no sólo en la ineeficacia, sino en el daño de todo pacto [...], no queda margen para justificar el [D]erecho, y sólo cabe la política belicosa, la guerra social.” (*El sentido humanista del socialismo*, cit., p. 204).

Barba lo asume muy claramente⁶³. En esa perspectiva, el socialismo democrático, además de oponerse al de corte totalitario, aparece como la etapa siguiente al liberalismo en la concepción de la libertad, como un proyecto de realización plena de esta que no será real sin la realización de las exigencias derivadas de la igualdad que postula el socialismo. Por esa razón nuestro autor explica: “En la dialéctica histórica de nuestro tiempo, el socialismo es imposible sin la libertad y la libertad sin el socialismo, siempre en un horizonte de realizaciones humanas”⁶⁴. Esta vinculación ineludible entre libertad e igualdad le llevará a hablar de “libertad igualitaria” como signo de la intensa relación que encuentra entre ambos valores⁶⁵.

La influencia del socialismo democrático contribuye, además, a que Peçes-Barba se adscriba dentro del grupo de defensores de los derechos sociales como derechos fundamentales. Dice al respecto:

*“Los socialistas y los liberales progresistas, de Louis Blanc en adelante, pensaron que no bastaban derechos que unificaban y que integraban a todos en su reconocimiento jurídico formal, sino que eran necesarios derechos que ayudasen a salir de la miseria y de la ignorancia, para que pudieran quienes estuvieran en esa situación desarrollar sus facultades. Como reconoce Bobbio los derechos no están sólo para protegerse de los maleficios del poder, sino para obtener beneficios del poder. Eso exigía la intervención de los poderes públicos para promocionar. Ya no se trataba sólo de garantizar o proteger, ni de abrir cauces para participar, era necesario impulsar con acciones positivas. Por eso la universalidad vista desde los derechos sociales [...] es un objetivo y se encontrará en su momento en el punto de llegada”*⁶⁶.

La caracterización de los derechos sociales como derechos fundamentales es significativa. Los sectores más conservadores de la doctrina les niegan ese estatus, e incluso su carácter de derechos subjetivos propiamente dichos⁶⁷. Si los derechos sociales son considerados o no derechos subjetivos o, mejor aún, derechos fundamentales, es, antes que un problema de tipo jurídico,

63 Véase su obra: *Derechos Fundamentales, I. Teoría General*, cit., p. 230.

64 G. PEÇES-BARBA, “Socialismo y Libertad”, en: *Libertad, Poder, Socialismo, Civitas*, Madrid, 1978, p. 138.

65 G. PEÇES-BARBA, *Curso de Derechos Fundamentales, Teoría General*, cit., p. 283.

66 G. PEÇES-BARBA, “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”, en: *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, p. 32.

67 Benito de Castro Cid da cuenta de esa situación en su libro: *Los derechos económicos, sociales y culturales, Análisis a la luz de la Teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993, p. 81 y siguientes.

una cuestión de ideologías que marca el sentido de nuestra civilización. Es perfectamente posible, como también dan cuenta de ello Víctor Abramovich y Christian Courtis, construir un andamiaje teórico con operatividad práctica, donde tal tipo de derechos sí resulten exigibles y justiciables⁶⁸.

El punto de partida de los derechos sociales es la desigualdad o discriminación de hecho, económica, social o cultural, que impide a muchas personas satisfacer por sí mismas sus necesidades básicas. Esta situación les puede dificultar seriamente alcanzar el nivel mínimo para vivir como corresponde a seres dignos y, consiguientemente, ejercer y disfrutar plenamente de los derechos fundamentales. La libertad sería puramente formal si las personas no pudiesen decidir libremente, ni estuviesen en la aptitud de desarrollarse integralmente. Los derechos sociales pretenden coadyuvar a alcanzar niveles reales de libertad. Al igual que los restantes derechos fundamentales, buscan favorecer el protagonismo de las personas en la organización de la vida social, pero, a diferencia de ellos, no se conforman con la afirmación de que basta ostentar la condición humana para ser titulares de los mismos, sino que intentan poner en manos de los seres humanos, sobre todo de los menos favorecidos, instrumentos adecuados para que puedan vivir dignamente⁶⁹.

6. LA PRESENCIA DEL REPUBLICANISMO: LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA Y LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

El republicanismo es otra de las tradiciones políticas que se encuentra progresivamente presente en el pensamiento de Peces-Barba. Su influencia se va haciendo cada vez más patente a partir de los trabajos que realiza para estudiar los derechos fundamentales desde una razón histórica, hasta llegar a tener una fuerte presencia a través de diversos autores que van desde la época clásica hasta períodos contemporáneos. De ellos extrae, de manera selectiva y crítica, el interés por las virtudes ciudadanas, la idea de una ciudadanía responsable, así como el requerimiento de un espacio público que

68 Véase de ambos autores: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, (2002), (Colección Estructuras y Procesos), segunda edición, Trotta, Madrid, 2004, p. 19 y siguientes.

69 Véase: G. PESES-BARBA, "Los derechos económicos sociales y culturales: apunte para su formación histórica y su concepto", en: *Derechos sociales y positivismo jurídico, Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Cuadernos "Bartolomé de las Casas", núm. 11, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1999, p. 64.

facilite la existencia de diversas posturas, donde todos puedan deliberar y participar en igualdad de condiciones, entre otras racionalidades parciales. Explica así esta situación: "Creo que siempre ha habido un fondo de republicanismo en mi pensamiento, aunque quizás en obras anteriores sin adoptar la denominación, sino desde una síntesis de lo liberal, lo democrático y lo social. ¿No es el republicanismo algo que toma de los tres elementos para su identificación? Creo que se distingue por la forma en que los combino y por las dimensiones de cada uno que descarto"⁷⁰.

Una de las manifestaciones que la influencia republicana ha tenido en el pensamiento de nuestro autor se encuentra en su concepción de democracia. Para Peces-Barba la democracia trasciende la idea simplista y reducida del proceso político como mero mecanismo de elecciones periódicas y de ejercicio del voto para la toma de decisiones. En una postura afín al republicanismo, otorga un papel central a la deliberación racional e imparcial como mecanismo para adoptar decisiones entre ciudadanos libres e iguales. Dice al respecto:

*"La democracia no es un sistema orientado a la conservación del éxito, ni al sometimiento del enemigo, ni utiliza la dialéctica del odio, que tapona los mecanismos del diálogo. Es una gigantesca estructura construida para el entendimiento y el acuerdo, para que las personas sensatas y razonables puedan libremente alcanzar y expresar acuerdos y su adhesión al sistema, con el que facilitamos la integración y la cohesión social"*⁷¹.

*"El Parlamento con sus debates, los procesos con argumentaciones cruzadas y contradictorias ante jueces y tribunales para obtener la satisfacción de pretensiones y muchos derechos fundamentales como la libertad de pensamiento y de opinión, la libertad de prensa, de información, de cátedra, de reunión o de asociación, están pensados para el diálogo"*⁷².

En ese escenario, explica Peces-Barba, "[e]l diálogo y la participación son la expresión política de una acción comunicativa de debate, de reflexión en común, de propuesta y de acuerdos", que deben comprender a todos, incluso a los inmigrantes o los que provienen de afuera, sin perjuicio de que tengan que acotarse los elementos culturales incompatibles con la

70 Carta manuscrita, cit., pp. 2-3.

71 G. PESES-BARBA, *La España civil*, cit., p. 158.

72 Ibid.

dignidad humana y los pilares de una sociedad democrática⁷³. Un escenario donde la ciudadanía que delibera y participa ocupa un papel central para garantizar el bienestar general, donde el mejor republicanismo posible contribuye a incrementar la participación ciudadana. Peces-Barba adopta así una visión republicana de la democracia deliberativa. Lo expresa de esta manera: “No se trata sólo de obtener ventajas en un mundo de mercados y de transacciones sobre preferencias privadas”; de lo que se trata es de tener en cuenta también a los demás, “de valorar sus opiniones, intereses y principios, en el marco de la Constitución, deliberando y participando en el espacio público con nuevas alternativas basadas en el bien común y en el interés general”⁷⁴. Y continúa:

*“La dialéctica del liberalismo, que abandonaba sus antecedentes republicanos, y el marxismo, que pretendía sustituir el absoluto individualista por un absoluto colectivo, produjo el mutuo debilitamiento y el renacimiento de un republicanismo liberal socialista que está en el mejor de los horizontes y supone el retorno, en la actualidad, a la tradición republicana posible. La ciudadanía frente al absentismo liberal, la cooperación frente a la privacidad extrema. Se vuelve a defender la participación ciudadana”*⁷⁵.

Una de las consecuencias de estas ideas se refiere al rol que le corresponde al individuo, a cada individuo, según sus capacidades y posibilidades, para hacer posible la sociedad democrática. Se requiere de un individuo solidario y comprometido con el desarrollo de los demás, que no sea egoísta e irresponsable frente al bienestar de todos. Un individuo que participe activamente en la vida social para desplegarse integralmente y contribuir al máximo desarrollo posible de todos. Es decir, no solo el Estado y la sociedad deben participar satisfaciendo las condiciones sociales, políticas y jurídicas necesarias para implantar una sociedad democrática; sino también, como anota Peces-Barba, “los seres humanos individuales deben favorecer al máximo la idea de ciudadanía”, por consiguiente, deben participar responsablemente en la construcción de una sociedad bien ordenada⁷⁶. La idea de que no puede haber Estado de Derecho sin sociedad democrática se comple-

73 Ibid., p. 157.

74 Ibid., p. 153.

75 Idem.

76 Ibid., p. 180.

menta así con esta otra: no puede haber sociedad democrática sin la participación de ciudadanos responsables⁷⁷.

Los acontecimientos de violencia social y política, sufridos recientemente en algunos países latinoamericanos –aunque sin reducirla a ellos–, demuestran que todavía hay mucho por hacer para alcanzar esos ideales. Todos, en cierta medida, son responsables. Los ciudadanos por no haber elegido bien y olvidar que la construcción de una sociedad democrática es una tarea de todos: un esfuerzo cotidiano donde la participación y el diálogo son irremplazables. Y los políticos por no comprender que la política debe servir al bien común: generar las condiciones adecuadas para que cada persona pueda alcanzar con su esfuerzo, pero con el apoyo de los demás, su desarrollo integral. Mayor responsabilidad la tienen aquellos que, habiendo solicitado en su momento el voto popular para representar a sus conciudadanos y conducir a sus países en los más altos cargos del Estado, no han sabido dialogar y ponerse de acuerdo para elaborar y ejecutar una agenda mínima que evite la violencia. Con su comportamiento han demostrado que la consideración y el respeto a las personas, a todas y cada una de las personas sobre las cuales ostentan algún tipo de poder, se encuentra ausente. Les ha interesado más la confrontación, la lucha por el poder, que el bienestar de todos, en especial de quienes se encuentran en la posición más débil, padecen de pobreza o son víctimas de contextos injustos. Han comprometido, con su comportamiento, los proyectos vitales de innumerables personas; no han sabido responder a sus sueños, a sus ideales de un mundo más justo y reconciliado.

En ese escenario, los argumentos a favor de una postura u otra seguirán suscitándose. Es comprensible e incluso saludable que así sea, siempre que se haga con moderación para esclarecer los hechos y brindar alternativas de solución a la grave crisis que se atraviesa. No lo será, en cambio, si se continúa con la beligerancia, viendo al otro, al que piensa diferente, como un ene-

77 Lo recuerda elocuentemente Adela Cortina: “Si rehusamos ser los protagonistas de esta historia, podemos tener la certeza de que nadie la hará por nosotros, porque nadie puede hacerla. El viejo dicho de la sabiduría popular “nadie es insustituible” se hace una vez más falso, en el caso de la moral cívica: las personas de carne y hueso –los ciudadanos– somos insustituibles en la construcción de nuestro mundo moral, porque los agentes de moralización, los encargados de formular los juicios morales, de incorporarlos y transmitirlos a través de la educación, no son los políticos, ni los personajes del mundo de la imagen, ni los cantantes, ni el clero, ni los intelectuales, sino todas y cada una de las personas que formamos parte de una sociedad. Por eso puede decirse sin temor a errar que la moral de una sociedad civil –la moral cívica–, o la hacemos “las personas de la calle”, o no se hará [...].» (*La ética de la sociedad civil, Hacer Reforma*, Alauda Anaya, Madrid, 1994, p. 11).

migo al cual combatir, en lugar de verlo como una persona igual de digna que tiene ideas diferentes. A pesar del panorama aciago, las personas somos más grandes que nuestros problemas. Convirtamos esta situación en una nueva oportunidad para reflexionar y dialogar sobre las causas de la violencia y sobre lo que se debe hacer para solventarla y que no se repita, para construir un espacio donde todos –sin importar las ideas, modos de vida y creencias– podamos convivir de manera justa y pacífica. Una nueva oportunidad para reflexionar y dialogar sobre cómo contribuir a generar una ciudadanía responsable, y sobre cómo edificar un poder político comprometido con un horizonte ético que garantice el bienestar de todos. Una oportunidad también para llevar esa reflexión a la acción, para entregar a nuestros hijos, cuando llegue el momento, un mundo mejor. En ese esfuerzo la familia, cada una de nuestras familias, la escuela y la universidad –incluyendo a todas las instituciones de educación– tienen un importante rol que cumplir. Los profesores, con su docencia, pero en especial con su testimonio de vida, tienen mucho que dar, mucho por hacer para lograr esa misión.

REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN
Pontificia Universidad Católica del Perú
Lima, Perú
e-mail: rba@reynaldobustamante.com

ARTÍCULOS

LA POLÍTICA DEL ANTROPOCENO. HACIA UN FUNDAMENTO COMÚN DE LAS RESPONSABILIDADES PLANETARIAS

THE POLITICS OF THE ANTHROPOCENE. TOWARDS A COMMON FOUNDATION OF PLANETARY RESPONSIBILITIES

ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS

Universidad de Deusto

<http://orcid.org/0000-0002-6867-8403>

Fecha de recepción: 20-5-22

Fecha de aceptación: 3-11-22

“Reparar el mundo no consiste en soñar con la gran noche, sino en prepararse para el futuro”

Corine Pelluchon

Resumen: Vamos a estructurar este trabajo en cuatro momentos fundamentales. Un primer momento, donde expondremos diferentes narrativas del Antropoceno. Todas ellas parten de presupuestos epistemológicos diferentes y se acercan a propuestas políticas distintas para pensar las alternativas. Propondremos, también, cómo entendemos el Antropoceno y qué potencialidades encierra para pensar las transiciones. En un segundo momento, hablaremos de la ambivalencia del Antropoceno, esa nueva condición que otorga al ser humano la capacidad de ser fuerza geológica; lo que implica un poder inaudito, pero ambivalente, en la medida que pueda implicar su propia destrucción. La captación consciente del estatuto de esta ambivalencia es condición de posibilidad para empezar a pensar las responsabilidades de otra manera. En un tercer momento, propondremos la figura del *anthropos* descentrado como expresión simbólica para apercibir, tanto la importancia del ser humano para pensar otras maneras de vivir y transitar, como para hacer aprehensión de la radical vulnerabilidad que nos caracteriza, condición necesaria para pensar cualquier forma de responsabilidad. Pondremos, para ello, especial énfasis en el paradigma biocéntrico, como lugar desde donde enunciar la crítica al paradigma antropocéntrico,

sus exigencias y propuestas. Finalmente, y de manera más propositiva, trataremos de formular los fundamentos normativos de la(s) responsabilidad(es) en el Antropoceno, a partir del universo moral al que nos asoma la fractura ecosistémica con la que convivimos.

Abstract: *We will structure this work in four fundamental moments. A first moment, where we will expose different narratives of the Anthropocene. All of them start from different epistemological assumptions and approach different political proposals to think about the alternatives. We will also propose how we understand the Anthropocene and what potential it holds for thinking about transitions. In a second moment, we will talk about the ambivalence of the Anthropocene, that new condition that gives the human being the ability to be a geological force which implies an unprecedented power, but ambivalent, to the extent that it may imply its own destruction. The conscious understanding of the status of this ambivalence is a condition for the possibility of beginning to think about responsibilities in a different way. In a third moment, we will propose the figure of the decentered anthropos as a symbolic expression to perceive, both the importance of the human being to think about other ways of living and transiting, as well as to apprehend the radical vulnerability that characterizes us, a necessary condition to think about any form of responsibility. We will lay special emphasis on “biocentric paradigm”, as a place from which to enunciate the criticism of “anthropocentric paradigm”, its demands and proposals. Finally, and in a more proactive way, we will try to formulate the normative foundations of the responsibility(es) in the Anthropocene, starting from the moral universe that the ecosystemic fracture with which we live shows us.*

Palabras clave: Antropoceno, política, común, ecosistema, responsabilidad(es)

Keywords: Anthropocene, politics, common, ecosystem, responsibility(s)

1. INTRODUCCIÓN

El Antropoceno es una manera de definir el nuevo régimen climático. Ideológicamente, tiene el riesgo de funcionar como un no-concepto¹, un concepto fetiche, centrado más en describir síntomas, sesgos que den medida de algunas de las dimensiones de la crisis climática, obviando las causas profundas y estructurales que caracterizan el colapso ecológico en que vivimos.

¹ En el sentido de NAREDO para quien los no-conceptos “vienen poblando el discurso político, económico y ecológico, contribuyendo a mantener indiscutidas ideas, relaciones sociales e instituciones clave que sostienen el statu quo”. *La crítica agotada. Claves para un cambio de civilización*, Siglo XXI, Madrid, 2022, p. 13. Los no-conceptos consiguen entretenir y emocionar a la gente, desviando la atención de la crítica de los principales problemas.

El objetivo de este ensayo es realizar una crítica política de concepciones ingenuas sobre el “buen Antropoceno”², poniendo el énfasis en las posibilidades normativas que el Antropoceno presenta para generar responsabilidades *comunes* y funcionar como un momento geo-histórico que permita aportar soluciones políticas eficaces para una transición que garantice la existencia de ecosistemas y vivientes. Se trata de proponer nuevas formas de producción y gestión de lo común-planetario en pleno fractura ecosistémica que responda a exigencias de justicia ecológica-social. El giro antropocénico constituye un gran reto ético y político para pensar las nuevas relaciones de poder que se abren entre las sociedades humanas y todo tipo de fuerzas geofísicas del sistema-tierra³.

Utilizaremos el concepto de Antropoceno en tres sentidos interdependientes y no segregados: como comprensión *descriptiva* del planeta en el que ahora vivimos, conscientes de que, en alguna medida, lo descriptivo es prescriptivo; que el hecho empírico compele a la prescripción; que toda descripción fáctica es un reclamo necesario a la acción (política)⁴. Como idea *normativa* más allá de los hechos; y como idea *prescriptiva* orientada a redefinir un nuevo marco de responsabilidades.

Vamos a estructurar este trabajo en cuatro momentos fundamentales. Un primer momento, donde expondremos diferentes narrativas del Antropoceno. Todas ellas parten de presupuestos epistemológicos diferentes y se acercan a propuestas políticas distintas para pensar las alternativas. Propondremos, también, cómo entendemos el Antropoceno y qué potencialidades encierra para pensar las transiciones. En un segundo momento, hablaremos de la ambivalencia del Antropoceno, esa nueva condición que otorga al ser humano la capacidad de ser fuerza geológica; lo que implica un poder inaudito, pero ambivalente, en la medida que pueda implicar su propia destrucción. La captación consciente del estatuto de esta ambivalencia es condición de posibilidad para

² C. HAMILTON, “The Theodicy of the “Good Anthropocene”, *Environmental Humanities*, vol. 7, 2015, pp. 233-238; ARIAS-MALDONADO, “¿Towards a good Anthropocene?”, in ARIAS-MALDONADO and Z. TRACHTENBERG, *Rethinking the Environment for the Anthropocene. Political Theory and Socionatural Relations in the New Geological Epoch*, Trachtenberg, Routledge, NY, 2019, pp. 137-150.

³ T. LENTON, *Earth system science: a very short introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 40 y ss.; J. DAVIES, *The Birth of Anthropocene*, UCP, California, p. 42.

⁴ B. LATOUR, *Cara a cara con el Planeta. Una nueva mirada sobre el cambio climático alejada de posiciones apocalípticas*, Siglo XXI, Argentina, 2017, p. 65; ARIAS-MALDONADO, “¿Bedrock or social construction? What Anthropocene science means for political theory”, *The Anthropocene Review* 2020, vol. 7 núm. 2, p. 105.

empezar a pensar las responsabilidades de otra manera. En un tercer momento, propondremos la figura del *anthropos* descentrado como expresión simbólica para apercibir, tanto la importancia del ser humano para pensar otras maneras de vivir y transitar, como para hacer aprehensión de la radical vulnerabilidad que nos caracteriza, condición necesaria para pensar cualquier forma de responsabilidad. Pondremos especial énfasis en el paradigma biocéntrico, como lugar desde donde enunciar la crítica al paradigma antropocéntrico, aclarando el contenido de las propuestas biocéntricas y la crítica de complementariedad que éstas implican frente a la propuesta de las éticas ambientalistas. Finalmente, y de manera más propositiva, trataremos de formular los fundamentos normativos de la(s) responsabilidad(es) en el Antropoceno, a partir del universo moral al que nos asoma la fractura ecosistémica con la que convivimos.

2. VERSIONES DEL ANTROPOCENO

El Antropoceno da nombre a una nueva escala de tiempo geológico (geocronología) cuya principal característica es la influencia antropogénica sobre el planeta, lo que implica una transformación drástica de los ecosistemas terrestres, transformación que tiene una proyección sistémica y no coyuntural sobre los mismos⁵. El Antropoceno es un concepto poco convencional, mixtura de cognición y disposiciones emocionales, que proporciona un marco para entender el actual colapso ecológico –más que recetas o prescripciones para resolverlo⁶–, cuyo potencial reside, desde un punto de vista político, en señalar y demarcar el carácter finito del planeta, de sus recursos, y de la propia idea moderna de crecimiento. Nos orienta metodológicamente a entender que las sociedades humanas⁷ ya no disponen de la capacidad téc-

⁵ El punto de partida no puede ser otro sino el sentido basal que el creador del término –CRUTZEN– le otorga cuando establece que el clima global puede apartarse significativamente del curso y proceso natural que ha llevado durante milenarios. Se trata de una nueva era geológica dominada por el ser humano, complementaria del Holoceno (10-12 últimos milenarios). Esta nueva etapa podría iniciarse en el siglo XVIII, a partir del análisis del aire atrapado en el hielo polar, con cuyo estudio se constataba el inicio de importantes concentraciones globales de dióxido de carbono y metano. Coincide también con la creación de la máquina de vapor de James Watt en 1784, momento inaugural de la gran aceleración. P.J. CRUTZEN, “Geology of Mankind”, *Nature*, 3 de enero de 2002, p. 23. Compartimos la cualidad y el fondo de la afirmación más allá del positivismo histórico de una fecha fundacional del Antropoceno.

⁶ J. DAVIES, *The birth of Anthropocene*, cit. p. 193.

⁷ Hablamos de sociedades humanas, mejor que de humanidad, para enfatizar el carácter asimétrico y desigual con el que las diferentes sociedades han contribuido a fomentar

nica y existencial necesarias para mantenerse, por mucho más tiempo, como fuerza geológica en el planeta⁸.

Podemos hablar de cuatro grandes narrativas en la manera de definir y comprender el Antropoceno. No nos vamos a decantar específicamente por ninguna de ellas, sino arrastrados desde la lógica de la interdisciplinariedad, seleccionaremos de manera complementaria lo mejor de cada tradición narrativa, expurgando los puntos que nos parecen más endebles.

En primer lugar, está la narrativa eco-naturalista que considera la especie humana –el anthropos– como una fuerza telúrica que co-determina las condiciones de vida en el sistema-tierra. Esta línea de pensamiento pone el acento en la especie humana por su determinación e influencia en el destino del sistema-tierra, una especie que por primera vez en la historia es consciente de su capacidad de impacto y daño. La mirada en la especie supone una dilución del excepcionalismo humano como sujeto (de derechos). Chakrabarty propone asumir la incertidumbre radical que nos da sustento asumiendo radicalmente la complejidad que nos constituye, huyendo, así, de narrativas simplistas. Propone diferenciar entre la lógica del tiempo profundo, en el que se instalan los colapsos ecológicos; y el tiempo humano, centrado en estrategias de gestión de riesgos a corto plazo. Existe, por tanto, un desacople complejo y conflictivo entre estas dos temporalidades y las necesarias soluciones que se podrían avistar desde cualquiera de ellas. Partiendo de esta fractura de temporalidades, propone diferenciar distintos planos de justicia: el social, el intergeneracional, el que se da entre Norte y Sur global. Para Chakrabarty, el colapso ecológico tiene que ver con algo que trasciende el mero marco lógico de análisis del capitalismo. Desde ahí cree que el orden de las alternativas y las transiciones se han pensado hasta ahora desde comprensiones emancipatorias antropocentradas, desde paradigmas desarrollistas de la modernidad. Propone, como alternativas, transiciones centradas en un antropocentrismo ilustrado⁹, pero no dice nada respecto a la *diferencia colonial*, conscientes, como somos, que la propuesta de la ilustración como

y promover el colapso ecológico. De la misma manera, y en reverso, habrá que ver la manera diferenciada y desigual que la vulnerabilidad afecta también a diferentes sociedades, del Sur y del Norte global. J. DAVIES, *The birth of Anthropocene*, cit., p. 109.

⁸ L. SEMAL, "Anthropocene, Catastrophism and Green Political Theory" in C. HAMILTON et. al. (ed), *The Anthropocene and the Global Environmental Crisis. Rethinking Modernity en a new Epoch*, Routledge, New York, 2015, pp. 87-99.

⁹ D. CHAKRABARTY, "Quelques failles dans la pensée du changement climatique", en E. HACHE (comp), *De l'univers clos au monde infini*, Editions Dehors, Paris, 2014, p. 146.

transición es de difícil universalización si no se acopla complementariamente con otras maneras de entender las modernidades, como es el caso de la diferencia colonial, de las modernidades coloniales generadas en la periferia de la Modernidad, con sus cosmovisiones y epistemes, entre ellas las indígenas. Esta es también una narrativa con una gran fe puesta en la gestión administrativa de la crisis ecológica a través de las geotecnologías verdes¹⁰.

Una segunda narrativa, la ecomodernista, establece su eje de fundamentación en el carácter post-natural con el que el Antropoceno se presenta, carácter *post* que en gran medida implica el fin de la dimensión sustantiva de algo que hasta ahora hemos llamado Naturaleza, pero que con el Antropoceno parece ya impensable, dado el maridaje de correlación que se producen entre lo social y la Naturaleza, en donde la acción humana determina la manera de ser y de vivir de la Naturaleza, y viceversa. La actual crisis ecológica, por tanto, sólo puede ser pensada desde el potencial que ofrece el vínculo inescindible de procesos sociales y naturales, ensambladas ya en una manera relacional de entender e interpretar la vida, en donde los vivientes no humanos adquieren un potencial político de gran magnitud para definir las subjetividades y las agencias. Se trata de una comprensión híbrida de lo socio-ecológico, una ontología relacional y no sustantiva¹¹. Quizá su falla más expresa es una comprensión celebratoria y triunfante de la tecnología; propone dar solución al colapso ecológico, producido por un desarrollo

¹⁰ P. J. CRUTZEN, "Geology of Mandkind", *Nature*, vol. 415, núm. 23, 2002; STEFFEN et al., "The Anthropocene: conceptual and historical perspectives", *Philosophical Transactions of the Royal Society*, núm. 369, 2011, pp. 842-867; STEFFEN et. al. "The Anthropocene: Are Humans now Overwhelming the great forces of Nature?", *Ambio* núm. 36 vol. 8, 2011, pp. 614-621; D. CHAKRABARTY, "The Climate of History: Four Theses, *Critical Inquiry* núm. 35, 2009, pp. 197-222; "The Anthropocene and the Convergence of Histories", in *The Anthropocene and the Global Environmental Crisis*, cit., pp. 44-56; A. HORNborg, *Global Ecology and Unequal Exchange*, Routledge, London, 2013, pp. 40 y ss.; M. WISSENBURG, "Geo-engineering: A Curse or a Blessing" in *Rethinking the Environment for the Anthropocene*, cit., pp. 153-165.

¹¹ B. LATOUR, *Politics of Nature: How to Bring the Sciences into the Democracy*, HUP, Cambridge, 2004; *Cara a cara con el planeta*, cit.; D. HARAWAY, *Seguir con el problema. Generar parentesco en el Cthuluceno*, Cosonni, Bilbao, 2020, pp. 59-99; B. MORIZOT, *Maneras de estar vivo. La crisis ecológica global y las políticas de lo salvaje*, Errata Naturae, Madrid, 2021, pp. 13-44; M. ARIAS MÁLDONADO, *Antropoceno. La política en la era humana*, Taurus, Madrid, 2018, 2020, 2021. Una crítica bien fundamentada y muy certera a esta corriente, A FREMAUX, "Return of Nature in the Capitalocene. A critique of the ecomodernist version of Good Anthropocene" in ARIAS-MADONADO and Z. TRACHTENBERG, *Rethinking the Environment for the Anthropocene*, cit., pp. 19-36.

desaforado de las tecnologías, sin romper, con ello, el círculo vicioso de un desarrollismo tecnocrático.

Una tercera narrativa, eco-catastrofista, centrada en la crítica de una modernidad desarrollista proyecta al crecimiento depredatorio y extractivo de la naturaleza, situando como centralidad del debate político los límites del planeta, condición de posibilidad para la existencia común. Creen que un modelo centrado en la producción y el consumo ilimitado, donde el bienestar humano sólo puede ser definido desde la mayor productividad de este, genera el colapso del sistema. Se trata de una perspectiva centrada en la importancia del desarrollo cíclico de los ecosistemas, cosmovisiones muy cercanas a perspectivas como el buen vivir indígena, el decrecimiento, alternativas al desarrollo, todo ello de la mano de nuevas formas de transición centradas en lo local y específico¹².

Una cuarta narrativa, la eco-marxista, entiende el Antropoceno y su *geological turn* como un maridaje incompatible e insostenible con el sistema-mundo capitalista, confrontando que sistema mundo capitalista y sistema-tierra son dos lógicas incompatibles que se neutralizan destrutivamente hasta la extinción¹³. Se habla en este sentido de Capitaloceno¹⁴.

¹² A. D. BARNOSKY et. al., "Approaching a State Shift in Earth's Biosphere", *Nature*, núm. 486, 2012, pp. 52-58; J. DIAMOND, *Collapse: How Species Choose to Fail or Succeed*, Viking Penguin, NY, 2005; R. HOPKINS, *The Transition Handbook*, Greenbooks, Foxhole, 2008; C. TAIBO, *Decrecimiento Una propuesta razonada*, Alianza, Madrid, 2021.

¹³ Mientras escribíamos este trabajo se publicó el sexto informe del Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático (IPCC). Esta gran revisión científica sobre el calentamiento del planeta de la organización de expertos de Naciones Unidas se compone de tres bloques de documentos y de un informe final de síntesis. En agosto de 2021 se lanzó el informe del grupo I. Este primer informe dio medida del cambio de paradigma que devendría con el Antropoceno, enfatizando la responsabilidad inequívoca que tiene el ser humano en la generación de un proceso irreversible de calentamiento global, remarcando, con ello, la idea que venimos apuntalando en este trabajo, en la que el ser humano se ha convertido en agente geológico. En febrero de 2022 se publicó el informe del grupo II, orientado a dar medida de los impactos globales de la acción humana, así como de las medidas necesarias para adaptarse a estos cambios. En abril de 2022 se difundió el informe del grupo III orientado a *pensar políticamente las alternativas* a esta situación de colapso ecológico. Allí se habla de la necesidad de reducir de manera drástica e inmediata las emisiones de gas de efecto invernadero a escala planetaria, reducciones muy profundas en el uso del carbón, el petróleo y el gas para 2050. Para lograr que el calentamiento global no sobrepase los 2 grados, las emisiones en 2030 deberán reducirse un 27%, y un 63% en 2050. El informe enfatiza que el calentamiento provoca aumentos claramente perceptibles en la intensidad y frecuencia de cataclismos ecológicos, como olas de calor, fuertes precipitaciones, sequías agrícolas y ecológicas. Establece también que entre el 3% y el 14% de las especies de ecosistemas terrestres estarán en un nivel muy alto

El Antropoceno va a funcionar, en nuestra mirada y propuesta, como una herramienta epistémica que posibilite nuevos marcos políticos para la comprensión de la estrecha e inextricable relación entre los fenómenos naturales y sociales, evitando un análisis atomizado y fragmentado de los mismos¹⁵. Nos movemos ya en el mundo de la Política: el sentido e intención de la acción humana, su evaluación crítica, sus alternativas y propuestas, residiendo, todavía en todas ellas, semillas para una nueva transición política.

En este sentido, las preguntas pertinentes, científica y políticamente, son: ¿qué imaginario de lo socio-ecológico vamos a manejar científicamente? ¿Qué formas de subjetivación vamos a promover y qué comprensión de *anthropos* vamos a sugerir? Desde esas premisas nos interrogaremos sobre: ¿qué rol va a jugar la ciencia, la tecnología y el propio mercado en la implementación de medidas para vivir en el Antropoceno? ¿Qué especies deberían ser preservadas? ¿Cuál es el balance correcto entre el control de emisiones y crecimiento económico? La pregunta por lo político, es, por tanto, la pregunta por una comprensión performativa de la narrativa sobre el Antropoceno.

Si este va a ser el lugar de ubicación epistemológica, resulta pertinente hacerse con la mirada profunda que oferta el paradigma científico del sistema-tierra para poder dar cuenta, en su medida, de la ruptura sistémica que se ha producido en el mundo socio-ecológico, así como en el físico. Asistimos a cambios sistémicos que afectan al funcionamiento de la totalidad, no de la parcialidad, de los síntomas. Este cambio en la totalidad exige pensar, desde el enfoque del sistema-tierra, nuevas categorías y conceptos para poder entender, interpretar y dar respuestas políticas a esta realidad. También exige pensar la fisonomía de nuevos sujetos en el marco del paradigma científico del sistema-tierra; nuevos recodos desde donde pensar las responsabilidades, los derechos y los deberes. Se trata de trascender los meros ecosistemas, paradigma de un medio ambientalismo reductivo, para pensar en y desde la totalidad de la problemática. Esta mirada desde la ciencia del sistema-tierra no nos permite discernir, separar y analizar la realidad de forma binaria: no es posible hablar ya de mundo geográfico y mundo socio-histórico; de naturaleza y cultura; de Norte y Sur, como cuestiones separadas y no interde-

de riesgo de extinción si el calentamiento llega a los 1,5 grados. Si se alcanzan los 3 grados, el riesgo se multiplicará por dos. Y por 3,5 si el calentamiento sube hasta los 5 grados.

¹⁴ J. MOORE, *Capitalism in the Web of Life*, Verso, London, 2015.

¹⁵ B. LATOUR, *Cara a cara con el planeta*, cit. p. 29; R. GARCÍA, *Sistemas complejos: Conceptos, método y fundamentación epistemológica de la investigación interdisciplinaria*, Gedisa, Barcelona, 2006, pp. 82 y ss.

pendientes. Seguir pensando en clave binaria, desde los síntomas y no desde la totalidad, despolitiza la realidad y nos distrae para pensar el verdadero calado de las fracturas y riesgos que se están produciendo. El análisis del Antropoceno, desde el enfoque del sistema-tierra, nos ayuda a auscultar nuevos diagnósticos y ensayar nuevas soluciones, pero desde una concepción y desde una escala diferente en la manera de entender el daño, el riesgo y la responsabilidad.

En nuestro acercamiento vamos a tener muy presente el hecho de que han sido los pueblos indígenas los primeros en anticipar y desarrollar simbólicamente la idea de Antropoceno, sus riesgos y dificultades, pero desde otros sentidos y epistemes. Los pueblos indígenas han sido proféticos en la interpretación y crítica de estos nuevos riesgos sistémicos, así como en la propuesta de alternativas. Desde el principio han interpretado la relación interdependiente de los procesos socio-ecológicos como una simbiosis de convivencia que tienen que formar parte de las alternativas políticas. Los derechos colectivos indígenas funcionan, en este sentido, como catalizadores para una nueva propuesta que supere las barreras epistémicas de un dualismo articulado entre una sociedad antropocéntrica, por un lado, y una naturaleza biocéntrica, por otro. Se trata de procesos, paradigmas y dinámicas interdependientes y entrelazados en la lógica de los derechos colectivos indígenas. El Antropoceno sólo puede abordarse teniendo en cuenta la compleja interacción que existe –y viene conviviendo así ancestralmente– entre sociedad y naturaleza. Estas cuestiones no se pueden abordar de manera separada y autónoma. Para el movimiento indígena lo ecológico es primordialmente social. Resulta fundamental descolonizar maneras de entender la “conservación” que no pasan por una comprensión simbiótica de los procesos socio-ecológicos. Para los pueblos indígenas el concepto de Amazonía salvaje, virgen, es una creación colonial contradictoria que no se corresponde con el maridaje vital con el que han venido habitando los pueblos indígenas su territorio, en simbiosis creativa y conflictiva con la ecología de vivientes que allí habitan.

Los pueblos indígenas dieron centralidad política al territorio conscientes que era el arraigo territorial el principal conflicto que debían de afrontar, debido a la salvaje desposesión a la que venían siendo sometidos desde los orígenes del colonialismo. Para ello, ubican la territorialidad como el eje central de la discusión en el Antropoceno. La territorialidad indígena, como derecho colectivo, establece la dimensión colectiva de la

vida arqueada desde la territorialidad, eje hermenéutico de todos los derechos y del sentido profundo de la Vida. El sujeto de derechos no son los indígenas-pueblos, sino ese maridaje trabado e inescindible de pueblos-territorialidad-vivientes comunitarios. Lo socio-ecológico se plantea, de esta manera, como una ontología política inescindible, sólo separable desde una concepción reductiva de la relación ecológica con los vivientes-sujetos, allí donde las sociedades humanas modernas siguen conservando su ontología autónoma, su identidad inmarcesible más allá de su relación ecológica. Sin embargo, para los pueblos indígenas se produce con los territorios una dinámica relacional, una fusión, que no permite una construcción autónoma del sujeto indígena sin su ecosistema. El territorio no es marco para la acción humana, sino el lugar donde la vida humana acontece y se determina. No se trata de pensar lo relacional desde la interrelación de individuos; sino de la imposibilidad de ser sólo un individuo. Esa es la esencia de lo común. De ahí la propuesta indígena de cuerpos-territorios, la propuesta relacional en donde los cuerpos biológicos-territoriales resultan interdependientes; son una continuidad sin dualismo.

El principal reclamo político indígena era, por tanto, que las nuevas dinámicas expropiatorias del capitalismo estaban desposeyéndoles del arraigo, de sus formas de vida y existencia, del suelo, de la territorialidad. Hoy, esta desposesión es un drama común a todas las sociedades humanas. La desposesión con la que se opera en esta nueva era geológica. Por ello el colapso ecológico define a día de hoy el orden político de principio a fin. Esta es la clave de sentido desde la que interpretar los derechos colectivos indígenas. Ello nos obliga a redefinir las cuestiones ya añejas de justicia social, junto con las de identidad, subsistencia y apego al territorio, siendo estas cuestiones las que han llenado de sentido y desafíos lo que venimos entendiendo por Antropoceno. Ya no se puede elegir entre cuestiones sociales y cuestiones ecológicas, este es un capricho disyuntivo y un error de comprensión del viejo ecologismo¹⁶. Se desdibuja la territorialidad-arraigo, siendo esta la base de los derechos, de la vida comunitaria y de la supervivencia. Por ello, la criminalización de líderes campesinos e indígenas en defensa de los territorios tiene que ver con esta desposesión, con este desarraigo de la vida colectiva, en un momento en el que el territorio deviene núcleo esencial de la lucha por la existencia.

¹⁶ B. LATOUR, *Dónde aterrizar. Cómo orientarse en política*, Taurus, Barcelona, 2019, pp. 72 y ss.

3. AMBIVALENCIAS DEL ANTROPOCENO

En este epígrafe queremos abordar el carácter ambivalente que encierra el Antropoceno. Esta ambivalencia tiene que ver con la pérdida de poder sobre el destino de las sociedades humanas. Por un lado, el ser humano es sujeto, agente geológico y reflexivo que determina radicalmente la Vida en un sentido sistémico; por otro lado, es un sujeto que también pierde capacidad de crear su propia historia. Visto en clave de poder, somos sujetos poderosos, incluso para producir y reproducir nuestra propia extinción. Esta ambivalencia es clave para poder desarrollar la función crítica que queremos otorgar a la vulnerabilidad, fundamental para reorientar un nuevo sentido político para pensar las alternativas. Asumir este principio de vulnerabilidad es clave para fundamentar el sentido de la responsabilidad (de los derechos y deberes), así como la orientación política de las alternativas.

El reclamo indígena en el Antropoceno también ha asumido en su total radicalidad esta dimensión paradojal del Antropoceno. Estos pueblos han expresado con fuerza –pese a su comprensión relacional del territorio– que, de alguna manera, la Madre Tierra (que no es Gaya, tal y como es entendida por Lovelock¹⁷, sino la territorialidad que habitan) ha perdido su autonomía, su carácter salvaje, montaraz e inmarcesible¹⁸. Los procesos naturales ya no pueden definirse al margen de la influencia antropogénica; la Naturaleza y sus dinámicas están totalmente determinadas y deformadas por la acción humana.

Esta ambigüedad también adquiere una dimensión descentrada si atendemos, por un lado, a la dimensión ecológica del sistema-tierra (lo socio-ecológico); y, por otro lado, a su dimensión geológica o profunda, en donde el ser humano se hace inespecífico, disuelto en la vasta comunidad causal, sin rostro, atributos ni competencias en el *tiempo profundo*¹⁹ de las Vidas, ya que, como especie, devenimos miembros de ese tiempo abisal y el Antropoceno es una ventana de oportunidad política para pensar desde ahí.

¹⁷ J. LOVELOCK, *Gaia. Una nueva visión de la vida sobre la tierra*, Hermann Blue, Barcelona, 1983, pp. 51 y ss.

¹⁸ Como dice E. ELLIS, ya no hay naturaleza salvaje en ninguna parte, tan sólo ecosistemas domesticados con diferentes estados y grados de interacción humana. “Anthropogenic Transformation of the Terrestrial Biosphere”, *Philosophical Transactions of the Royal Society*, núm. 369, 2011, p. 1027.

¹⁹ R. G. IRVINE, “Deep time. An anthropological Problem”, *Social Anthropology*, núm. 22 vol. 2, 2014, pp. 157-172; J. DAVIES, *The birth of Anthropocene*, cit., pp. 15-40; ARIAS-MALDONADO, *Antropoceno. La política en la era humana*, Taurus, Madrid, 2018, p. 115.

Las sociedades humanas repercuten e impactan de manera determinante sobre el sistema-tierra, lo que impele a pensar y reformular de manera cualitativa las cuestiones de responsabilidad; pero, paradójicamente, estas sociedades son tan sólo una nota más del vasto sistema evolutivo incapaces de determinar el destino del sistema-tierra como totalidad. Es en este hiato paradojal desde donde resulta pertinente pensar políticamente la responsabilidad por el colapso ecológico. Por tanto, nos proponemos pensar el estatuto y ubicación de lo humano en la nueva era geológica, así como el papel y la función de la *política*, desde el enfoque de las responsabilidades y los derechos.

Pensar la dimensión política del Antropoceno exige aclarar su nicho de existencia y las condiciones de posibilidad de su lugar de enunciación. El enfoque científico del sistema-tierra no es, en ninguna manera, externo y exógeno a lo humano y a sus proceso de sociabilidad²⁰; más bien está afectado trasversalmente por esas sociedades humanas. Se confirma, además, el desplazamiento hacia un nuevo paradigma que anticipa el colapso ecológico y determina la muerte del medio ambiente tal y como lo hemos conocido. Rasgos característicos que explican esta transición paradigmática serían: el calentamiento global producto de las emisiones de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero²¹; la pérdida de biodiversidad, la destrucción de ecosistemas, junto con el imparable proceso de acidificación de los océanos, poniendo en peligro la vida de los ecosistemas marinos, lo que algunos autores han denominado

²⁰ Recuperando la hipótesis GAIA de LOVELOCK, y partiendo de la consideración de GAIA como un organismo vivo, sostenemos, en nuestro enfoque, que los seres vivientes son participantes activos en el conjunto de fenómenos bio-químicos, siendo el ser humano uno más para construir, o destruir, co-interviniendo en las cadenas de causalidad. Creemos que no se puede considerar esta co-intervención desde un protagonismo primordial de lo humano, desde una comprensión del antropocentrismo como determinante en última instancia. Abandonamos, también, la ingenuidad despolitizadora que se enuncia desde la posición y estatuto intrascendente de lo humano en la totalidad del cosmos. Más bien sostenemos un tercer espacio de enunciación, que participa de estos sentidos, pero no los agota ni consume en forma de determinación en última instancia. Todo ello exige e implica una reorientación política que permita una consideración diferente de los procesos socio ecológicos, de las nociones de daño, responsabilidad y acción, en donde todas las prácticas vitales (las de vivientes, humanos y no humanos) resultan relevantes para mantener y orientar la existencia. Ahora bien, tampoco se puede ser ingenuo, y, por ello y para ello, compartimos la propuesta de Latour de zonas críticas en donde la Vida ya ha modificado radicalmente la atmósfera y la geología. B. LATOUR, *Dónde aterrizar*, cit. pp. 116 y ss.

²¹ *The Carbons Majors*, 2017. Disponible en <https://georka.es/georka-sistemas-de-gestion/carbon-majors-informe-2017>.

sexta extinción²²; el cambio en los ciclos biogeoquímicos claves para la sostenibilidad de los ecosistemas, como el ciclo del carbono, del agua, del oxígeno, del nitrógeno, del fósforo, todos ellos alterados drástica y radicalmente por la acción del ser humano; el crecimiento imparable de la población humana; o cambios en los modelos de consumo fundados en el esquema de obsolescencia precoz y programada, esto es, planificar desde el momento productivo la vida útil de esos mismos productos²³.

Por eso, hablar de “cambios o transformaciones en el medio ambiente” tiene una naturaleza sintomática, residual, que no expresa la profundidad estructural de los cambios que acontecen²⁴. La acción humana tiene fuerza biofísica sobrevenida que está alterando los valores preexistentes de manera significativa e impredecible. Somos actores biofísicos, agentes ecológicos y fuerzas geológicas en la determinación de cambios que afectan al clima, a la degradación de la biosfera, a la transformación de los ciclos biogeoquímicos y a los propios sistemas antropogénicos²⁵. Somos ya agentes geológicos con fuerza suficiente para la extinción de la especie pese a que el Antropoceno, en su esencia, sea una consecuencia no deseada, no intencional, de las elecciones humanas²⁶. No nos comprendemos reductiva y pasivamente como prisioneros del clima, sino que, trascendiendo esa pasividad, nos construimos existencialmente como fabricantes del mismo, con su juego de co-determinaciones intencionales y no intencionales.

Frente a estas ambivalencias, algunos autores proponen el tránsito hacia una concepción postnatural de la Naturaleza y sus procesos –igual debería ser

²² E. KOLBERT, *La sexta extinción. Una historia nada natural*, Crítica, Barcelona, 2014.

²³ M. SVAMPA, “El Antropoceno como diagnóstico y paradigma. Lecturas globales desde el Sur”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, núm. 84, 2019, pp. 35-36.

²⁴ CRUTZEN y STOERMER establecían una lista de consecuencias alarmantes debidas a la acción humana, apuntando un sentido estructural de la crisis en su análisis. Hablaban de precipitación ácida sobre los océanos, de humo fotoquímico y de calentamiento climático. Llamaban la atención sobre el hecho de que pensar alternativas sostenibles para el ecosistema reclama ingentes esfuerzos de investigación y de acción política. “The Anthropocene”, *IGBP Global Change Newsletter*, núm. 41, 2000, 17-18.

²⁵ M. ARIAS-MALDONADO, *Antropoceno*, cit. p. 36.

²⁶ D. CHAKRABARTY, “The Climate of History”, cit., p. 57. La inquietud del autor es “¿cómo apela esta crisis del cambio climático a nuestro sentido de los universales humanos, a la vez que desafía nuestra capacidad de comprensión histórica?” (p. 53). Ello implica un replanteamiento político del sentido de la responsabilidad, del daño, de los sujetos de derechos, así como del núcleo esencial de lo que hemos venido entendiendo por derechos y deberes, que quedan trasversalmente trastocados por este interrogante.

también postsocial y postpolítica-, para poder abordar con efectividad los retos del Antropoceno, conscientes de que éste implica el fin de la naturaleza tal y como la conocemos. Ya no hay algo como una exterioridad metafísica, algo sustantivamente diferente llamado Naturaleza; ésta está afectada, interseccionada constitutivamente, por la acción social humana²⁷. Sin embargo, esta concepción postnatural puede ser debatida epistémica y políticamente si se tiene en cuenta el retorno reprimido de la naturaleza confrontando el contexto humano de existencia. Esta hibridez socio-natural –en cuanto enfoque epistemológico propuesta por el ecoconstructivismo– puede derivar justo en lo contrario de lo que se quería proponer y construir: una suerte de monismo cultural, donde lo híbrido puede funcionar como un continuo tecno-natural que es resultado y mixtura de entidades vivientes y ciborgs²⁸. En este sentido, la naturaleza no puede ser reducida ni a pura naturaleza material en forma de recurso, ni a mero producto social. Más allá de esta forma limitada de hibridez, el sistema-tierra es un complejo constructo sistémico que puede despertar más allá de la rígida concepción híbrida propuesta por el ecomodernismo. La muerte de los ecosistemas viene acompañada siempre de su salvaje resurrección en forma de colapsos con consecuencias no controlables. La naturaleza es, también, una bestia presta a levantarse contra la sociedad humana, con la profundidad plástica que implica y transporta la metáfora. Existe siempre una dimensión de este sistema-tierra no configurable ni subsumible bajo la comprensión de la ciencia humana; menos a merced de sus acciones. Por ello, la impredecibilidad es el sustrato ético-político en el que reposa la nueva condición del Antropoceno para pensar las responsabilidades, condición que nos aboca a la irrupción de lo incierto e inesperado. Ello es un material ético de fundamental importancia. Por ello, se hace necesario construir una nueva visión de la gestión como “agencia” para el Antropoceno²⁹, una gestión que implique todo tipo de cambios, incluso el inevitable.

Sin embargo, sí resulta interesante rescatar la profundidad política de algunos elementos epístémicos de esta propuesta, como la de trascender la dualidad escindida, antagónica y confrontada de la modernidad entre procesos sociales y procesos naturales, entre naturaleza y cultura, entre ser humano, vivientes y sistema-tierra, como si fueran elementos autónomos

²⁷ M. ARIAS-MALDONADO, *Antropoceno*, cit., pp. 70-78.

²⁸ A. FREMAUX, “The Return of Nature in the Capitalocene: a Critique of the Ecomodernist Version of the Good Anthropocene”, in *Rethinking Environment*, cit., pp. 28 y ss.

²⁹ B. LATOUR, J. LLOYD y L. VOLOKHONSKY, “Agency at the time of the anthropocene”, *New Literary History*, núm. 45 vol. 1, 2014, pp. 1-18.

y autómatas que forman parte de estructuras diferenciadas, de totalidades distintas en su maneras de producción, reproducción y desarrollo. La realidad antropogénica impone una comprensión relacional e imbricada de los socio-ecológico que permita transitar a una comprensión orgánica e inescindible de sociedad-ecología para poder entender cuestiones tan claves como la subjetividad, las agencias, los derechos, las formas y maneras de daño y deterioro, o el fundamento de las responsabilidades y sus proyecciones.

4. HACIA UN NUEVO ESTATUTO PARA UN ANTHROPOS DESCENTRADO

Todo lo dicho nos impele a definir y resignificar el paradigma antropocéntrico en el seno del contencioso del Antropoceno. Lo que nos interpela políticamente no es ya si el ser humano es el centro del mundo (en un sentido ontológico), sino qué tipo de ser humano vive tácticamente en el mundo, diferenciando entre un antropocentrismo empírico, que relate la sociología de nuestra condición crítica, y un antropocentrismo normativo, obsesionado ciegamente en la necesidad de tener que ser el centro del sistema-tierra. La exigencia de un anthropos descentrado es una reclamación neta y densamente política que exige un alto nivel de autoconciencia para asumir una nueva lógica que permita entender la pregunta por la responsabilidad en escalas cualitativamente nuevas: las del sistema-tierra. Esta autoconciencia se impone a partir de hechos que evidencian el carácter irreversible de colapso ecológico que se han venido produciendo las últimas décadas, condiciones de degradación que relatan y evidencian las condiciones materiales de nuestra propia extinción, el colapso de nuestra civilización como forma de vida. Ello ha producido un cambio cualitativo en las funciones del sistema-tierra a partir de la acción determinante del ser humano (antropocentrismo empírico). La actividad humana participa y modifica una miríada de procesos que constituyen el sistema-tierra, así como los ecosistemas dentro de él, despertando fuerzas insospechadas, ignotas hasta ahora, que nos proyectan indefectiblemente hacia una nueva era geológica. Ni dominamos el sistema-tierra, ni podemos volver al Holoceno dado el carácter irreversible del daño causado. Vamos a proceder estableciendo, en un primer momento, cómo entendemos el paradigma biocéntrico como propuesta crítica respecto a los posicionamientos antropocentrados que caracterizan la mayoría de los enfoques ambientales; para, en un segundo momento, establecer qué enten-

demos por un anthropos descentrado y cuál serían los presupuestos que sostienen esta propuesta.

4.1. Antropocentrismo *versus* biocentrismo. Anales de una polémica doctrinal y política

El sentido de este parágrafo es ubicar la importancia del paradigma biocéntrico para poder descentrar el paradigma antropocéntrico, llamando la atención sobre la relevancia de lo humano para el sostenimiento global de la Vida, así como para la implementación del enfoque biocéntrico.

Las éticas ambientalistas –centradas normativamente en una consideración sólida de antropocentrismo– han resultado contrastadas en los últimos años por la irrupción de otros paradigmas, como los de la biología conservacionista, pero, sobre todo, por la irrupción del paradigma biocéntrico, de la mano del discurso de los Derechos de la Naturaleza, cuyas expresiones normativas más claras han sido la Constitución de Ecuador (2008)³⁰ o la Ley de la Madre Tierra y desarrollo integral para el Buen Vivir en Bolivia (Ley 300, 2012)³¹. El paradigma biocéntrico pretende romper con la lógica antropocéntrica en la manera de entender los ecosistemas, defendiendo la existencia de valores propios en los seres vivos y en el ambiente. Estos valores son independientes de los intereses y utilidades humanas. Esta es una diferencia radical, como punto de partida y de llegada, con las éticas ambientalistas. Éstas parten de una valorización antropocentrada de la Naturaleza, dando centralidad a los valores económicos que ésta produce y ofrece. A este tipo de valoración las éticas ambientales le han adjudicado atributos de objetividad, necesidad económica o usos prácticos, traducido todo ello a

³⁰ La Constitución ecuatoriana presenta una gran cantidad de artículos referidos a temas ambientales con sentido biocéntrico. El marco básico lo constituirían “Los derechos de la Naturaleza” (Capítulo 7 del Título II), junto a los “Derechos del Buen Vivir” (Capítulo 2, Título II). Ello se complementa con una descripción del régimen de desarrollo (Título VI) y una elaboración más detallada del régimen del Buen Vivir (Título VII).

³¹ Esta Ley no ha resultado eficaz para resolver los problemas de fondo que plantea el paradigma biocéntrico. Mantiene una peculiar definición de los derechos de la Madre Tierra, asignando su gestión y coordinación al interés público, quedando la gestión ambiental ubicada dentro de una consideración generalista de desarrollo, denominada desarrollo integral. Transitamos, con ello, a lógicas ambientalistas profundamente antropocéntricas. La Ley, pese a la pomosidad de su rúbrica, acaba enfocándose hacia la gestión del cambio climático, abandonando el gran reto normativo que pasaba por reconocer valores propios a la Naturaleza, como sí hace la Constitución de Ecuador. La creación de una Autoridad Plurinacional de la Madre tierra ha estado más orientada a subsanar conflictos sintomáticos que el cambio climático pone en escena, que a profundizar en la radicalidad que presenta e implica el paradigma biocéntrico.

una escala numérica de indicadores. En definitiva, se utiliza el valor económico como criterio último para determinar si un ecosistema debe ser protegido o no. La ética ambiental pone el foco en las personas y sus necesidades; por ello, se habla de un derecho a un ambiente sano, en cuanto derecho *humano*. Se cuida y se proyecta interés en la Naturaleza en la medida que ésta pueda afectar, condicionar o coadyuvar a las personas (humanas), dejando fuera el debate sobre el valor intrínseco de la misma³².

Para el paradigma biocéntrico –de la mano de los derechos *de la Naturaleza*– la Naturaleza tiene valor intrínseco por sí misma, con independencia de la funcionalidad del mismo para la vida humana³³. El concepto de valor intrínseco se puede entender en tres sentidos. En primer lugar, como sinónimo de valor no-instrumental, como fin en sí mismo. Este es un pilar básico de la ecología profunda, corriente para la cual el sostenimiento de la Vida no humana en la tierra tiene valor intrínseco, con independencia de la utilidad que éste presente para los propósitos y fines humanos³⁴. En segundo lugar, puede entenderse en el sentido de los atributos que pueda poseer un objeto, con independencia de las *relaciones* que ese objeto tenga con su entorno. En tercer lugar, puede hacer referencia al objetivo o finalidad que algo tiene (no humano) con independencia de las evaluaciones que hagan sus evaluadores (humanos). Estos tres sentidos, diferentes y que muchas veces se confunden, anidan en la profundidad de la cosmovisión biocéntrica, para quien la Vida es un valor en sí misma, refutando la máxima de la ética ambiental que no reconoce valores más allá de la existencia humana. Desde el biocentrismo nos abrimos al reconocimiento de otros seres vivos, en cuanto agentes morales y políticos análogos a los seres humanos. El paradigma biocéntrico, siendo antropogénico (esto es, se origina en el ser humano), no es antropocentro, al trascender el valor de la Naturaleza como algo funcional e instrumental a los intereses y necesidades humanas³⁵.

³² E. GUDYNAS, *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2015, pp. 41 y ss.

³³ J. O'NEILL, *Ecology, Policy and Politics. Human Well-Being and the Natural World*, Routledge, London, pp. 20 y ss.; N. AGAR, *Life's Intrinsic Value. Science, Ethics and Nature*, CUP, New York, pp. 57 y ss.; B. BRADLEY, "Intrinsic Value" in H. LAFOLLETTE (ed.), *International Encyclopedia of Ethics*, Blackwell, Oxford, 2013, pp. 2770-2779.

³⁴ A. NAESS y G. SESSIONS, "Basic principles of Deep Ecology", in B. DEVALL et al., *Deep Ecology: living as if Nature Mattered*, Smith, Salt Lake City, 1985, pp. 69-73.

³⁵ En este sentido, hay dimensiones de la ética ambiental, como la de CALLICOTT, que se acercan a la comprensión biocéntrica, al diferenciar entre "locus de valor" que reposa en un objeto, y "fuente de valoración", que sólo reside en el ser humano. Pese a la proximidad y la

El conservacionismo ambiental, centrado en comprensiones antropocentradas, ha canalizado sus criterios de valoración, de lo que es protegible y conservable, a través de criterios utilitaristas de interés económico o, incluso, a través de la belleza estética de los ecosistemas a proteger, más allá de un enfoque que reconozca valor intrínseco a los que se protege.

La crítica al antropocentrismo también ha venido siendo ejercida por posturas enmarcadas en el ecocentrismo –un prisma diferente, quizás más radicalizado que el biocentrismo en algunos parámetros–, de la mano de la figura señera de NAESS. El ecocentrismo no sólo defiende el valor intrínseco de los ecosistemas a proteger; lo hace, además, desde una ética ampliada, desde un sesgo holístico arraigado en las cosmovisiones indígenas. Para Naess la vida en la tierra tiene valor en sí misma con radical independencia de su utilidad para los propósitos humanos. Especies, elementos inanimados y lo inorgánico forman parte de esa constelación de valores. Se trataba con ello de romper la radical separación entre persona y ambiente, desde una consideración ampliada del sí-mismo³⁶, de la ontología ecológica. Callicott complementa estas ideas al establecer un punto de partida ecológico arraigado en torno al concepto de comunidad biótica, donde los valores ecológicos deben situarse en todas las especies³⁷. Desde abordajes ecosistémicos se transita a una comprensión amplia de valores que reconozcan y recojan los diferentes aspectos ecológicos (especies amenazadas, condiciones endémicas, dimensión única de los ecosistemas). La limitación de esta propuesta, respecto a la propuesta biocéntrica, es que se reconoce valor propio a los ecosistemas, pero éste es dependiente, o resulta ser una simple proyección de atributos y valores humanos sobre los ecosistemas.

La fusión de la ecología profunda con ideas procedentes de la ética de la tierra de Leopold permitirían, posteriormente, la irrupción de la biología conservacionista. Esta parte de ciertas constataciones empíricas para poder transitar a postulados normativos. De esta manera, Soulé reconocía que las

conexión existente entre ambas perspectivas, la radicalidad biocéntrica está ausente de estas dimensiones ambientalistas. El biocentrismo exige e implica abrirse a la existencia de valores intrínsecos en otras agencias no humanas. Cf. J. B. CALLICOTT, “En busca de una ética ambiental” en T. KWIAKOWSKA et. al., *Los caminos de la ética ambiental*, Plaza y Valdés, Conacyt, 1998, pp. 85-159; “Non Anthropocentric Value Theory and Environmental Ethics, *American Philosophical Quarterly*, núm. 21 vol. 4, 1984, pp. 299-309.

³⁶ A. NAESS y G. SESSIONS, “Basic Principles of Deep Ecology”, in *Deep Ecology*, cit.

³⁷ J. B. CALLICOTT, “En busca de una ética ambiental”, cit.; J. B. CALLICOTT, *In Defense of the Land Ethic: essays in environmental Philosophy*, Suny Press, Albany, 1989.

especies co-evolucionan, unas con otras, no de manera aislada; que los procesos ecológicos tienen umbrales, por dejado de los cuales nos abocamos a situaciones caóticas. Lo mismo puede predicarse de los procesos demográficos y genéticos. Las reservas naturales resultan limitadas y escasas para poder asegurar la vida de especies de gran tamaño. En este marco contextual de análisis se proponían una serie de postulados normativos: i) la diversidad de organismos es buena; ii) lo mismo puede decirse de la complejidad y de la evolución; iii) la diversidad biótica es un valor intrínseco que no depende de valores instrumentales o utilitarios³⁸.

El paradigma biocéntrico (en el que nos posicionamos) establece, sin embargo, el punto focal y el fundamento de los valores en la Vida -de individuos, especies o ecosistemas-, pero reconociendo, de entrada, una multiplicidad de valores en juego y en conflicto para el desarrollo de políticas de protección y reparación de ecosistemas. Reconocen valores intrínsecos propios de la vida humana y no humana. Pero el biocentrismo escapa a una comprensión de la Naturaleza como algo intangible, inmarchitable, esencial y sustantivo. Incorpora, desde el principio, la importancia que tiene la incidencia e interferencia humana en el valor de los ecosistemas, a lo que habría que añadir, para construir una compensada, sostenible y real política ambiental, la importancia de los valores intrínsecos humanos para modular estas políticas³⁹. Autores con posiciones cercanas a las de este trabajo -como Rolston y Escobar- proponen una consideración relacional, de interdependencia y complementariedad entre los ecosistemas y las sociedades humanas, entre Naturaleza y Cultura⁴⁰. La Naturaleza tiene y expresa valores, pero también los humanos en conjunción con otras especies. Para ambos autores, uno de los valores que caracteriza a las diferentes ontologías en juego (humanas y no humanas) es la relationalidad, que desempeña una función sistémica y trasversal entre especies, humanos y ecosistemas: no somos sin los otros, no

³⁸ M. E. SOULÉ, "What is Conservation Biology?", *BioScience*, núm. 35 vol. 11, 1985, pp. 727-734; *Conservation Biology. The Science of Scarcity and Diversity*, Sinauer, Sunderland, 1986; E. GUDYNAS, *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2015, pp. 266 y ss.

³⁹ La figura de Aldo Leopold es fundamental para enmarcar y fundamentar las posturas biocéntricas y ecocéntricas en la moderna biología de la conservación, a partir de su propuesta de una "ética de la tierra" de 1949. Cf. KNIGHT y S. RIEDEL, *Aldo Leopold and the Ecological Conscience*, OUP, New York, 2002, pp. 82 y ss.

⁴⁰ H. ROLSTON, *Philosophy Gone Wild. Essays in Environmental Ethics*, Prometheus, Buffalo, 1986; A. ESCOBAR, *Sentipensar con la tierra. Nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia*, Unaula, Medellín, 2016, pp. 145-148.

hay exterioridad y autonomía propia de una especie que no se construya ontológicamente desde los otros y con los otros (contextos, especies, nichos ecológicos...). Todas estas cuestiones serían posteriormente retomadas y revisadas por el ecofeminismo, que critica al antropocentrismo desde su relación de continuidad con el androcentrismo: la dominación del hombre sobre el cuerpo de la naturaleza es análoga a la dominación que se produce sobre el cuerpo de las mujeres. Esta es la propuesta de corpo-política que propone el ecofeminismo en clave biocéntrica⁴¹.

4.2. Descentralizar el *Anthropos* desde el biocentrismo

La problemática desde el paradigma biocéntrico no es sólo el antropocentrismo como un nuevo ejercicio de soberbia humana; sino la de no estar suficientemente antropocentradados para visibilizar los modos y maneras en cómo la acción humana se ejerce sobre el planeta; de poder entender la lógica del funcionamiento del modo de vida humana, para desde ahí, pensar la relationalidad y asumir responsabilidades⁴². Es importante ser conscientes del poder que tiene el ser humano para hacerse también responsable de los daños que ese poder produce. No hacerlo conecta con la lógica política del negacionismo a través de la exaltación ontológica del ser humano como viviente supremo. Por tanto, la reivindicación de *anthropos descentrado* que aquí se enuncia es la contracara de la supremacía del ser humano como viviente. Vivimos fácticamente insertos en un nuevo momento donde el ser humano rivaliza con las fuerzas de la naturaleza, siendo, la humana, una más en este entramado inescindible e interdependiente. Lo viviente como totalidad depende también de decisiones conscientes de los humanos debido a nuestro especial estatuto y lugar en el planeta. Este es el sentido político del *anthropos descentrado*: cómo conjugar y determinarse políticamente entre los diferentes valores en conflicto (humanos y no humanos).

Para el biocentrismo, la agencia humana es importante debido a nuestra inserción y encarnación telúrica en los procesos y dinámicas del sistema-tierra. Este estatuto de encarnación en los fondos abisales de la problemática evidencia de nuevo la ambivalencia referida: la de disponer de un poder fabuloso para determinar los procesos del sistema-tierra, pero a su vez resul-

⁴¹ G. GAARD, "Ecofeminism Revisited: Rejecting Essentialism and Re-placing Species in a Material Feminist Environmentalism", *Feminist Formations*, núm. 23 vol. 2, 2011, pp. 26-53.

⁴² C. HAMILTON, *Defiant Earth*, cit., pp. 43 y ss.

tar intrínsecamente afectado por las consecuencias de ese poder. Es una propiedad inherente del biocentrismo reconocer y defender la multiplicidad de valores en conflicto que se confrontan en el Antropoceno, entre ellas las desmesuras del antropocentrismo. Por ello, la responsabilidad debe dar cuenta de esta conjunción confrontada. No hay, por tanto, destinos separados o diferenciados. Lo socio-ecológico coagula orgánicamente al ser humano con el sistema-tierra.

Este nuevo estatuto *anthropos descentrado* arraiga en nuevas premisas que permiten pensar la responsabilidad. Algunas de ellas serían:

- i) la dimensión relacional del ser humano con el sistema-tierra, siendo la potencia del vínculo el centro neurálgico desde donde pensar la(s) responsabilidad(es);
- ii) la conciencia de que el poder humano tiene una potencialidad dual, con doble rostro: para profundizar el deterioro, o para revertir la orientación de la vida humana y, por tanto, del sistema-tierra;
- iii) el *anthropos descentrado* se define desde la lógica del vínculo, lugar desde donde asumir las propuestas y sentidos de *otros vivientes* para poder vivir de otra manera, para decrecer, considerando como parte estructural del vínculo, la dimensión moral de *otros vivientes*, lo que permitirá repensar la lógica de los derechos y deberes en el Antropoceno. Resulta fundamental, por tanto, reconocer valores propios a la Naturaleza que se intersectan y conectan con los valores humanos. Constituye un reto político y normativo qué se entiende por Naturaleza y por derechos en la comprensión biocéntrica de los Derechos de la Naturaleza y cómo se produce la coordinación y articulación entre esas dos instancias hasta ahora fuertemente separadas y demarcadas;
- iv) la responsabilidad tiene como punta de partida, como accionante básico, el daño producido, como condición para poder arribar a otros puntos de llegada. Ello implica incorporar una comprensión intercultural de los ecosistemas, así como reconocer la importancia de la ciencia para pensar alternativas y transiciones biocéntricas;
- v) El sistema-tierra desde su complejidad y pluralidad nos permite pensar políticamente la existencia de otros universos –el pluriverso⁴³; de concebir la pluralidad de cosmovisiones que se vinculan e

⁴³ El pluriverso propone desplazar la centralidad de la ontología dualista (Naturaleza vs. Cultura), generando otros espacios y posibilidades para otras ontologías (las relaciona-

intersectan con el sistema-tierra para poder pensar las responsabilidades: todos habitamos ya mundos dentro de otros mundos.

Desde lo anterior, entendiendo la dependencia física, existencial y espiritual con el sistema-tierra, es necesario reconocer el valor intrínseco de este sistema como pauta desde donde entender la lógica del vínculo. Las ontologías relacionales cobran su sentido desde una totalidad comunicada, vinculada⁴⁴. El sistema-tierra propone un cambio ontológico en la autocomprepción de las relaciones y en la lógica del vínculo humano-sistema-tierra⁴⁵. El Antropoceno nos encarna en nuevas condiciones materiales para la producción de la vida; ello cambia, también, el contexto material en el que todos los

les), lo que exige pensar los modos y maneras de las transiciones. El pluriverso está constituido por una multiplicidad de mundos mutuamente interconectados y constituidos, aunque siempre diversos (Cf. A. ESCOBAR, "Sentipensar con la tierra: luchas territoriales y la dimensión ontológica de las epistemologías del Sur", en B. DE SOUSA SANTOS y P. MENESSES *Conocimientos nacidos en las luchas. Construyendo las epistemologías del Sur*, Akal, México, 2020, p. 176.; J. ESTERMANN, *Filosofía andina. Sabiduría indígena para un nuevo mundo*, Iseat, La Paz, 2009). Se trata de una política de la relationalidad anclada en la primacía de lo comunitario como eje interpretativo de la vida, así como en la interdependencia de todos los vivientes, humanos y no humanos. En este sentido, son prácticas políticas simbióticas y convergentes con el decrecimiento (Cf. C. TAIBO, *Decrecimiento*, cit.), los bienes comunes (Cf. D. BOLLIER, *Pensar desde los comunes. Una breve introducción*, Madrid, Traficantes de sueños, Madrid, 2016), el buen vivir indígena (Cf. A. ACOSTA, *Buen Vivir Sumak Kawsay. Una oportunidad para imaginar otros mundos*, Abya Yala, Quito, 2012), las transiciones al post-extractivismo (Cf. M. SVAMPA, *Las fronteras del neo-extractivismo en América Latina. Conflictos socio ambientales, giro eco territorial y nuevas dependencias*, Universidad de Guadalajara, México, 2018; E. GUDYNAS, *Extractivismos. Ecología, economía y política de un modo de entender el desarrollo y la naturaleza*, Cedib, Bolivia, 2015) y las epistemologías del Sur (Cf. B. SANTOS, *El fin del imperio cognitivo. La afirmación de las epistemologías del Sur*, Trotta, Madrid, 2019).

⁴⁴ La Corte Constitucional colombiana, en la Sentencia T-622 de 2016, introduce categorías jurídicas como los de "bioculturalidad" y "derechos bioculturales" para remarcar la relación de profunda unidad entre naturaleza y especie humana. Son muy importantes las referencias de la sentencia a la idea de que los *múltiples modos de vida* expresados como diversidad cultural están íntimamente vinculados con la diversidad de ecosistemas y territorios; que la riqueza expresada en la *diversidad de culturas, prácticas, creencias y lenguajes* es el producto de la interrelación co-evolutiva de las comunidades humanas con sus ambientes y constituye una respuesta adaptativa a cambios ambientales; que las relaciones de las diferentes culturas ancestrales con plantas, animales, microorganismos y el ambiente contribuyen activamente a la biodiversidad; que *los significados espirituales y culturales* de los pueblos indígenas y de las comunidades locales sobre la naturaleza forman parte integral de la diversidad biocultural; y que la conservación de la diversidad cultural conduce a la conservación de la diversidad biológica. De alguna manera la biodiversidad se plantea en el marco de esta sentencia como elemento de la seguridad ambiental planetaria.

⁴⁵ C. HAMILTON, *Defiant Earth*, cit., pp. 62 y ss.

mundos tienen que ser pensados. Esa es precisamente la lógica y la potencia del vínculo desde el que adquiere sentido un nuevo *anthropos descentrado*.

El *anthropos descentrado*, en cuanto ontología relacional, se funda en la distintividad humana, pero dentro de una lógica constituida por amplias redes de relación y valores, cuyo sentido de imposición es heterárquico y no jerárquico. Demarcar cualitativamente el *anthropos descentrado* tiene que ver con el necesario giro puesto en la responsabilidad humana, pero en el marco de esta red de redes. Hay que tener en cuenta que, si la existencia humana es inconsiguiente, nuestra desaparición como especie carecería de sentido desde el punto de vista de la(s) responsabilidad(es). Por tanto, es importante asumir también la cualidad de la agencia humana para entender la dimensión relacional del vínculo, más allá del dualismo petrificante *anthropos-sistema-tierra*⁴⁶. No somos simplemente una fuerza que interactúa, sino más bien parte integral de la geofísica del planeta.

El sentido del *anthropos descentrado* así formulado nos da una visión de lo que los humanos somos como agencia; implica “recordar la totalidad de lo humano como un fenómeno en la tierra”⁴⁷. Nos otorga conciencia de las capacidades humanas para transformar el sistema-tierra, tanto en el sentido de re-direccionalizar una vía legítima de acciones para las transiciones que permitan vivir; como para abocar este proyecto a la muerte y a la extinción. De hecho, el colapso ecológico, como elemento fundante de la crisis, nos otorga las pautas para vivir en y con el sistema-tierra una vez que hemos desarrollado el poder y la capacidad para destruirlo. Desde este *anthropos descentrado*, consciente, se torna prioritario reconducir cuestiones como libertad y bienestar humanos para equilibrarlos con la manera de entender el bienestar y la Vida en una escala planetaria, pautado, todo ello, desde la lógica del sistema-tierra, las expectativas, competencias y necesidades que aportan otros vivientes. Eso es asumir el biocentrismo en toda su radicalidad.

5. PENSAR LA(S) RESPONSABILIDAD(ES) EN EL ANTROPOCENO

Una vez ubicadas las bases materiales de cómo entendemos el Antropoceno; habiendo delimitado los perfiles descriptivos de algunas de sus brechas, dificultades y ambivalencias; habiendo virado el enfoque de la responsabilidad hacia la necesidad de pensar un *anthropos descentrado* des-

⁴⁶ C. HAMILTON, *Defiant Earth*, cit., pp. 99 y ss.

⁴⁷ C. HAMILTON, *Defiant Earth*, cit., p. 121.

de abajo del sistema-tierra, centrado, fundamentalmente, en la búsqueda de responsabilidad(es) proyectadas hacia la totalidad planetaria, donde la especie humana es un momento más de la Vida, es tiempo de plantear un pequeño esquema de cómo entender la fundamentación de la(s) responsabilidad(es)⁴⁸ como vehículo para la transición en el Antropoceno.

Resulta promisoria la perspectiva de Chakrabarty para enmarcar las responsabilidades. Este autor considera reductivo reconducir el colapso ecológico a mero efecto del capitalismo. Así, mientras los procesos de la historia humana son procesos a corto plazo (*short term*), los procesos del sistema-tierra, los que tienen una consistencia planetaria, son procesos a largo tiempo (*long term Earth system processes*), siendo la escala tempo-espacial de estos últimos cualitativamente diferente, mucho más profundos y sistémicos que los procesos generados por el capitalismo. Ello implica un cambio cualitativo en la relación entre las historias humanas y las del sistema tierra, desde una perspectiva ética⁴⁹. Como establece Spivak, el Planeta es una especie de alteridad que pertenece a otro sistema, y nosotros, los humanos, habitamos en él⁵⁰.

De hecho, han sido los combustibles fósiles, el uso de fertilizantes, las grandes innovaciones médicas, la mejora cualitativa y sistematizada de los riegos y un largo etc., los que han permitido un incremento exponencial de la población, de ciertas formas de desarrollo, un acceso más universal a bienes básicos y a su consumo. Sin embargo, ello ha tenido su reverso al precipitar la especie humana a una desenfrenada actividad extractiva. Han sido los combustibles fósiles los que han permitido a la humanidad, incluso más vulnerable, vivir más de lo que era posible en el pasado. Ello ha implicado un aumento del bienestar y un proceso evolutivo en las formas de disfrutar la libertad y emancipación por parte de las diferentes sociedades humanas. Es incuestionable que los combustibles fósiles han tenido una responsabilidad

⁴⁸ Hablamos de responsabilidad(es) debido a las diferentes escalas, las dimensiones cruzadas e interseccionadas desde donde pensar el contenido de la responsabilidad que reclama el Antropoceno. También, para separarnos de la manera monolítica, unidireccional, antropocentrada con la que es pensada la responsabilidad en las “teorías de la justicia” con dimensión igualitaria y comunitaria, como las rawlsianas o las comunitaristas. Se hace necesario, por tanto, una mirada plural y polifónica de las responsabilidades. En este sentido, sistema-tierra, fractura ecosistémica y vivientes humanos y no humanos, nos confrontan con otra manera de entender la justicia y las responsabilidades.

⁴⁹ J. SCHMIDT, P. BROWN and CH. ORR, “Ethics in the Anthropocene: a Research Agenda”, *The Anthropocene Review*, 2016, vol. 3 núm.3, p. 190.

⁵⁰ G. SPIVAK, *An Aesthetic Eudaction in the Era of Globalisation*, HUP, Cambridge, 2012, p. 338.

importante en la producción del actual colapso ecológico; a la vez, y en paralelo, que su uso masivo, ha permitido mayores cotas de bienestar, igualdad y justicia social⁵¹. Sin embargo, no hay que olvidar, como se anticipó, que Chakrabarti invisibiliza el efecto que producen las prácticas coloniales de ciertas sociedades humanas sobre otras, en clave de desposesión y exclusión.

Estos juegos de confrontaciones dialécticas y de dependencias coloniales entre diferentes sociedades humanas deben ser tenidos muy en cuenta para poder enmarcar las espinosas cuestiones de responsabilidad política que nos jugamos en el Antropoceno. Es el consumo extractivo de las sociedades humanas, indiferente al estatus y mirada de otros vivientes, lo que está produciendo un impacto catastrófico sobre el planeta. Ello conecta indefectiblemente con un replanteamiento necesario del principio de libertad humana y de los deseos de emancipación concomitantemente asociados a la misma, ejes desde donde articular y pensar los fundamentos normativos de las responsabilidades que permitan conservar la Vida en el planeta. Todo ello pasa, necesariamente, por el decrecimiento y la autolimitación en las maneras de entender el desarrollo humano en un sentido planetario.

5.1. La constricción de lo político como estrategia para que nada cambie

De cara a pensar una práctica política ecológica orientada a sistematizar las principales brechas que deberían abordarse y confrontarse como responsabilidad(es) en el Antropoceno es importante hacerse cargo de un fenómeno emergente, como es la neutralización de lo político como estrategia para evitar o limitar una praxis política transformadora en el ámbito de los sistemas ecológicos. Cuando hablamos de lo político en el Antropoceno –en el sentido de que lo geológico es político– nos referimos al conjunto de prácticas, acciones o dispositivos que dan medida y son expresión de justicia, de eficacia para el sostenimiento de la vida, la seguridad planetaria, la atención a las condiciones ecológicas. A ello habría que sumar la regulación de la urgencia, la imprevisibilidad, la incertidumbre, la complejidad, en el marco de los nuevos conflictos ecológicos. Las formas particulares del poder evidencian y dan medida de las marcas distintivas de la política ecológica⁵².

⁵¹ D. CHAKRABARTY, “The anthropocene and The convergence of Histories”, in *The Anthropocene and the Global Environmental Crisis*, cit., pp. 44-56.

⁵² W. BROWN, *En las ruinas del neoliberalismo. El ascenso de las políticas antidemocráticas en Occidente*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2021, pp. 88 y ss.

Por tanto, la vertiente política de la ecología requiere transformaciones en términos de gubernamentalidad⁵³. El actual momento neoliberal hace más difícil pensar el estatuto de lo político en el Antropoceno por efecto de la despolitización de las políticas ecológicas. Esta despolitización se expresa en varios sentidos:

- i) invisibilizando los espacios locales, los territorios concretos, como lugares específicos donde se produce el impacto y la devastación ecológica. Es ahí, en esas fracturas topográficas, desde donde se decide y hace política. Hablar de globalización y de exigencias trasnacionales es un instrumento para desdibujar las causas profundas de los conflictos locales⁵⁴. La escala global puede ser el vehículo para proceder a la desconexión respecto a la acción política. De ahí el interés por la construcción de una institucionalidad supranacional vaciada de poder y sin capacidad decisoria, como ocurre con ese receptor vacío que denominamos política ambiental global;
- ii) aniquilando la forma democrática de la política, entendida como el lugar desde donde formular alternativas al desarrollo que permitan pensar políticas eficaces y profundas para la transición. Vivimos tiempos de desdemocratización de la política, siendo el negacionismo una expresión concreta de ello. De ahí la necesidad de aniquilar el territorio como espacio de vida y existencia⁵⁵;
- iii) Asumiendo de manera simplista que el colapso ecológico no sólo es el resultado de acciones individuales, atomizadas; sino el resultado final de la interdependencia de pequeñas acciones particulares que sedimentan un proceso común de devastación ecológica. Ratificamos el valor de la especie humana como agente geológico en su tiempo histórico. Chakrabarty describe el Antropoceno como el resultado de efectos no intencionados de decisiones humanas⁵⁶. Es en el plano global de la especie, en su sentido colectivo y procesual a lo largo de la historia, donde es necesario plantear las formas que adquieran la(s) responsabilidad(es) en el Antropoceno. La esca-

⁵³ C. PELLUCHON, *Reparemos el mundo. Humanos, animales, naturaleza*, Ned, Madrid, 2022, p. 128.

⁵⁴ S. MARKS, "Human rights and root causes", *The Modern Law Review*, 74 vol. 1, 2011, pp. 57-78.

⁵⁵ SVAMPA, *Las fronteras del neo-extractivismo en América Latina. Conflictos socio ambientales, giro eco territorial y nuevas dependencias*, Universidad de Guadalajara, México, 2018.

⁵⁶ CHAKRABARTY, "The Climate of History: Four Theses", cit., p. 210.

la tempo-espacial ha variado, así como el contenido de lo que hasta ahora hemos entendido como daño y responsabilidad intergeneracional e intrageneracional. Se trata, por tanto, de otra mirada y otros sentidos para fundamentar la(s) responsabilidad(es).

- iv) Reduciendo las alternativas para afrontar el colapso ecológico a soluciones meramente tecno-científicas, haciendo que las políticas pasen exclusivamente por el filtro del debate público de científicos y especialistas, obviando la dimensión social, comunitaria y política de este conflicto, y transformando lo que es una cuestión política en merca cuestión epistemológica⁵⁷. Sin embargo, pensar las transformaciones sociales que reclaman las nuevas transiciones no tiene que ver con un debate tecnocrático, sino político. Asirse con una consideración diferente de entender la emancipación, el bienestar y el desarrollo humano⁵⁸.
- v) Proponiendo soluciones y alternativas que han acabado siendo parte del problema, más que alternativas a la transición –como ha sido el caso del ambientalismo–, inhabilitando cualquier forma de acción política. En nombre de la política se asumen prácticas y propuestas que realizan lo contrario de lo que se prometía. Despolitizan, con ello, la mediación misma de la política. Se establece, con ello, un vínculo imperecedero y anudado entre políticas verdes y racionalidad económica que ampara la lógica productivista en la necesidad de proteger la Naturaleza. Transitamos con ello a una tasación del valor de la conservación y la biodiversidad que exige ser descolonizada. La protección de la biodiversidad se piensa desde un paradigma conservacionista orientado exclusivamente a la gestión del capital natural y a la necesaria optimización de los servicios ecosistémicos. La conservación y la sostenibilidad mutan en meras oportunidades políticas de mercado amparados en el mantra de que la conservación puede y debe pagarse por sí misma⁵⁹.

⁵⁷ BONNEUIL, "The geological Turn. Narratives of the Anthropocene" in *The Anthropocene and the Global Environmental*, cit., p. 23; A. FREMAUX, "Return of Nature in the Capitalocene. A critique of the ecomodernist versión of Good Anthropocene" in *Rethinking the Environment for the Anthropocene*, cit., pp. 19-36.

⁵⁸ ARIAS-MALDONADO, "Reformulating emancipation in the Anthropocene: From didactic apocalypse to planetary subjectivities", *European Journal of Social Theory*, 2022, vol. 25 núm. 1, pp. 136-154.

⁵⁹ G.C. DAILY, *Nature's Services: societal Dependence on Natural Ecosystems*, Island Press, Washington, 2007, pp. 55 y ss. Ese fue también el sentido del informe *The Economics of Ecosystems and Biodiversity* de 2010 de mano del Programa de Naciones Unidas para el Medio

El control limitante de lo político irrumpió como una necesidad para garantizar la reproducción de unas políticas consumo y de desarrollo arraigadas en mera racionalidad económica. Todo ello es expresión de un antropocentrismo desbocado y desmedido –el reverso de la propuesta que veníamos proponiendo– empeñado en gestionar el capital natural como un recurso y una mercancía más, y obviando el colapso ecológico como problema central del planeta.

Por ello y para ello, será necesario recuperar una concepción amplia de lo político en el Antropoceno asentada en una consideración *común* del planeta que asume que la Vida es un problema *comunitario*; sin olvidar que este planeta común se ubica en una época que ha modificado simultáneamente los marcos temporales y espaciales en los que la acción *común* es situada. Esto no implica una recaída en añejos utopismos, sino la certeza afirmación política de que cualquier propuesta de alternativas de transición que se proponga no puede ser el proyecto particular de nadie. En este sentido, recuperar la dimensión universal de la política reclama el poder de contrastar y contestar las interpretaciones que se hacen de la realidad del Antropoceno, así como las mismas propuestas normativas que se vienen diseñando como alternativas.

5.2. Hacia una fundamentación normativa de las responsabilidades en el Antropoceno

Una de las principales tareas políticas hoy es rastrear un posible fundamento para las responsabilidades en la nueva época geológica que habitamos. Constatamos, como punto de partida, que el crecimiento extractivista y depredador que caracteriza nuestro modo de vida ha desfondado algunos de los principios normativos que la Modernidad prometía para alcanzar el anhelado grado de emancipación y bienestar social, como son la libertad y la igualdad. Aunque todavía con una conciencia tambaleada y ciegos a la realidad del colapso ecológico que hemos co-producido, el bienestar y la igual

Ambiente. En el portal de dicho programa se expone de la siguiente manera sus ejes estratégicos de trabajo: “La Economía de los Ecosistemas y la Biodiversidad (TEEB) es una iniciativa global enfocada en “hacer visibles los valores de la naturaleza”. Su principal objetivo es incorporar los valores de la biodiversidad y los servicios ecosistémicos en la toma de decisiones a todos los niveles. Su objetivo es lograr este objetivo siguiendo un enfoque estructurado de valoración que ayude a los tomadores de decisiones a reconocer la amplia gama de beneficios que brindan los ecosistemas y la biodiversidad, demostrar sus valores en términos económicos y, cuando corresponda, capturar esos valores en la toma de decisiones. Cf. [www. *http://teebweb.org/*](http://teebweb.org/).

libertad de las generaciones futuras de vivientes humanos y no humanos ya no está garantizada como primicia socio-histórica. Por ello, la contención política respecto al exceso es necesaria para garantizar la existencia de la comunidad política en el Antropoceno junto con otras formas de vivientes; ello justifica la limitación o cancelación de ciertas prácticas de ilimitada libertad en las formas de vivir⁶⁰. Democracia y sostenibilidad ecológica son exigencias interdependientes, sincrónicas, para garantizar la existencia posible de humanos y no humanos. Lo que es necesario pensar es bajo qué principios normativos.

Para poder pensar políticamente las responsabilidades, el pasado humano tiene que revalorizarse, seleccionando toda una colección colectiva de experiencias y aprendizajes que han permitido la vida en común, y de nuestras interacciones con el todo, a lo que contribuye de manera fabulosa el conocimiento de las interdependencias entre seres y ecosistemas⁶¹. La historia humana es un repertorio rico y fértil de prácticas, ideas, propuestas y narrativas de experiencia colectiva que, si se escuchan en el escenario de los nuevos riesgos y peligros, pueden dar respuestas para construir transiciones transitables y vitales para todos los vivientes. En el Antropoceno nos estamos quedando sin futuro porque nos hemos ido quedando sin pasado común; porque lo hemos disuelto en una fervorosa lucha por producir, consumir y agotar los recursos naturales; por destruirnos en nuestros nichos de sociabilidad y vida, en la totalidad de nuestro ecosistema. En este pasado de experiencias comunes compartidas existen, como decía Benjamin, las posibilidades no cumplidas del futuro. Existió un nicho común vital que es necesario despertar y revitalizar para responsabilizarnos. En este sentido y desde la experiencia de ese pasado –aunque ahora seamos ya, de otra manera, un agente geológico– es posible pensar políticamente prácticas de responsabilidad dirigidas a la remoción de las fuentes de degradación ecológica existentes para no quedarnos sin un futuro planetario. Para ello es necesario integrar el cuidado de la naturaleza y de los seres vivos como parte y una prolongación del cuidado de nosotros mismos. Como proponía Guattari, el desafío del Antropoceno implica articular las tres dimensiones de la ecología: la de los ecosistemas y recursos; la social, que hace referencia a la necesidad de incorporar planteamientos de justicia social que pasen por la organización del trabajo y la distribución equitativa; y la mental, que remite a la

⁶⁰ M. ARIAS-MALDONADO, *Antropoceno*, cit., p. 187.

⁶¹ C. PELLUCHON, *Reparemos el Mundo*, cit., p. 140.

experiencia que tenemos de nosotros mismos, del sentido que otorgamos a la vida y de la valoración del colapso que nos acontece⁶².

Si proponíamos una manera diferente de entender el Antropoceno es porque somos conscientes de la importancia de equilibrar la responsabilidad y hacerla sostenible, tanto desde el punto de vista de los sistemas ecológicos, como desde el bienestar humano logrado a través de prácticas comunes en el pasado, prácticas desplegadas desde el eje de la igual-libertad. Equilibrar la existencia para humanos y no humanos, en un sentido holístico y colectivo constituye el punto de partida para fundamentar cualquier forma de responsabilidad. Ahora bien, ¿esto se puede hacer sin crecimiento económico? ¿Se puede lograr sin abandonar las clásicas nociones de desarrollo, bienestar y progreso? ¿El vínculo entre crecimiento y progreso puede seguir funcionando como una alternativa para la vida sostenible?⁶³ Ello exigirá replantear, para el futuro, las ideas de bienestar obtenido en el desarrollo de la historia humana a partir de la maduración y asentamiento progresivo de la idea de igual-libertad.

Los nuevos desafíos de la política en el Antropoceno se abren desde esta nueva dimensión geológica del planeta que establece nuevos marcos categoriales para la interpretación de todo lo que acontece, entre ellos: el de la temporalidad profunda, el de la escala ecológica y el de la causalidad compleja⁶⁴.

Estos tres elementos nos obligan a una reconfiguración y replanteamiento de las categorías que hasta ahora veníamos utilizando para pensar la responsabilidad, el daño, los derechos y los deberes. Obliga a replantear el sentido de la democracia y de los contenidos materiales del valor de lo democrático, reubicando el orden de las prioridades a partir de la idea de que lo ecológico hoy es fundamental y prioritariamente político; trastocando el valor de la democracia desde las urgencias de acción política que reclama el colapso ecológico⁶⁵.

La nueva escala temporal y espacial que el Antropoceno inaugura, junto con una metodología de causalidad compleja, nos lleva a buscar principios

⁶² F. GUATTARI, *Las tres ecologías*, Pre-Textos, Valencia, 2005.

⁶³ P. G. BROWN and G. GARVER, *Right Relationship: Building a Whole Earth Economy*, Berrett-Koehlers Publishers, San Francisco, 2009.

⁶⁴ M. ARIAS-MALDONADO, *Antropoceno*, cit., p. 188.

⁶⁵ MITCHELL profundiza en estas ideas al establecer que posicionar el rol fundamental que el paradigma del carbono ha jugado en la formación de las modernas democracias resulta fundamental para poder entender y analizar las relaciones de poder en la geopolítica global. T. MITCHELL, *Carbon Democracy: Political Power in the Age of Oil*, Verso, London, 2011.

normativos aptos para poder abordar las urgencias planetarias que nos constituyen: esto es, rastrear las circunstancias ecológicas de las circunstancias de lo político⁶⁶. En este sentido, el Antropoceno nos confronta con horizontes temporales y espaciales ignotos, hasta ahora, para la acción ética. Nos obliga a combinar transformaciones y retos ecológicos de largo alcance y profundidad en tiempo y espacio, con enfoques simplificados, como los del cambio climático, manejando criterios como la inmediatez temporal y la escala espacial corta. En definitiva, el horizonte moral del Antropoceno está afectado por dos variables importantes: las múltiples escalas tempo-espaciales que se ven afectadas por la acción humana; los múltiples horizontes tempo-espaciales desde los que es necesario pensar las obligaciones y las responsabilidades⁶⁷.

Teniendo todo esto en cuenta, algunos de los fundamentos normativos para repensar las responsabilidades en el Antropoceno podrían ser:

- I. El tipo de subjetividades y agencias de las que hay que hacerse cargo en una escala planetaria. Ello demanda explicitar normativamente qué se entiende por sujetos, por derechos, por deberes y por responsabilidades en el nuevo régimen del Antropoceno, teniendo en cuenta la irrupción de subjetividades y agencias cualitativamente diferentes y novedosas para la Teoría general de los derechos, como la sociedad humana en cuanto especie, los derechos de la naturaleza, los ecosistemas, los vivientes no humanos, así como otras fuerzas geo-físicas. Se trata, en definitiva, de teorizar políticamente la agentividad de los seres vivientes, su proyección, influencia y afectación sobre una escala tempo-espacial diferente a las del Estado-nación, abriendo la posibilidad de otro tipo de soberanías. No se trata, sólo, de normativizar la subjetividad de nuevos titulares de derechos como la Naturaleza, en el sentido biocéntrico⁶⁸;

⁶⁶ Z. TRACHTENBERG, "The Ecological circumstances of politics" in *Rethinking the Environment for the Anthropocene. Political Theory and Socionatural Relations in the New Geological Epoch*, MALDONADO and Z. TRACHTENBERG, Routledge, NY, 2019, pp. 85 y ss.

⁶⁷ J. SCHMIDT, et. al., "Ethics in the Anthropocene: a Research Agenda", *The Anthropocene Review*, 2016, vol. 3 núm. 3, p. 191.

⁶⁸ Además de la Constitución ecuatoriana de 2008 o la Ley boliviana de 2012 (como ya se ha dicho), también puede verse esta tendencia en otros marcos normativos como el caso de ciertos Estados mexicanos, como los de Guerrero, Ciudad de México (2017) o Colima (2019); o de ciertos reconocimientos legales como los de Pensylvania (2006), Colorado (Council of the City of Lafayette 2017), Ohio (Derechos del Lago Erie 2019), Nueva Zelanda (Parques Naturales "Te Urewera" "Te Awa Tupua", 2014 y 2017), Australia (Declaración del Río Yarra, 2017), Pernambuco en Brasil (2017 y 2018), Uganda (2019). A ello habría que añadir, primor-

sino de plantear políticamente la existencia de nuevas agentividades para poder pensar con efectividad las transiciones. En definitiva, una redefinición amplia de "las ciudadanías" en sus contextos ecológicos⁶⁹. El universalismo abstracto desde donde se han venido definiendo "sujetos de derecho" ya no es útil en el Antropoceno, puesto que ya no hay agencia o subjetividad que se pueda enunciar liberada del maridaje socio-ecológico, ni desvinculada de la dimensión comunitaria que caracteriza este momento epocal, que trasciende planteamientos individualistas en la interpretación de los derechos y la moral. Todo ello debería estar integrado y ser parte necesaria de una Teoría planetaria de la Justicia.

- II. El significado que adquiere el sentido de *demos* en una escala como la del Antropoceno. Nos interrogamos, para ello, sobre quién queda adscrito a este *demos* y en función de qué condiciones o exigencias; cómo se articula la representación del mismo en sus maneras de re-

dialmente, en Ecuador y Colombia, la existencia de una jurisprudencia muy rica sobre el reconocimiento de la Naturaleza como sujetos de derechos, de los Ríos, los vivientes osos, o incluso la propia Amazonía. Un análisis riguroso de gran parte de esta jurisprudencia –que no es objeto de análisis y desarrollo en este escrito– arroja como resultado la inexistencia de un reconocimiento unívoco y consensuado en América Latina sobre qué se entiende por Naturaleza como sujeto de derechos. En muchos casos este reconocimiento está orientando a frenar vulneraciones específicas sobre comunidades y ecosistemas, poniendo límites a estas vulneraciones (en forma de freno a la minería, a los vertidos, impactos, a las actividades económicas, a las obras hidroeléctricas, etc.), pero no hay un posicionamiento claro sobre cuál sería el contenido material de un reconocimiento de derechos a la Naturaleza, desde la mirada de los ecosistemas. Se trata, en muchos casos, de acciones restaurativas a partir de vulneraciones concretas, en donde el papel del Estado sigue siendo muy importante. De alguna manera se da una subrogación de la tutela en la representación de esta titularidad de derechos de la Naturaleza por parte del Estado, sin ningún cambio estructural en la manera de entender el modelo productivo. En estas declaraciones de derechos de la Naturaleza no se tiene en cuenta el valor intrínseco propio de los ecosistemas que se protege, sino el valor que estos ecosistemas tienen por el servicio que otorgan a los humanos, volviendo, así, a una comprensión antropocentradra de los derechos y los deberes. ¿Cuál sería la axiología propia de los Derechos de la Naturaleza más allá de los Derechos Humanos? Esto es algo que no aclaran las sentencias. Cf. Corte Constitucional de Colombia, Río Atrato (T-622, noviembre 2016); Corte Suprema de Justicia, caso Oso Chucho (agosto 2017); Corte Suprema de Justicia, Río Amazonas (abril 2018); Tribunal Administrativo de Boyacá, Páramo de Pisba (agosto 2018); Tribunal Administrativo de Tolima, Ríos Combeima, Cocora y Coello (mayo de 2019 00611); Tribunal Superior de Medellín, Río Cauca (junio de 2019 00071); Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, Río Pance (julio 2019 00043).

⁶⁹ E. GUDYNAS, *Derechos de la naturaleza. Ética biocéntrica y políticas ambientales*, Tinta Limón, Buenos Aires, 2015, p. 295.

lación y coordinación con los ecosistemas y otros vivientes, en un momento en que debemos pensar y proyectar responsabilidades en clave de especie. Nos encontramos ante el reto político y normativo de pensar los lazos y vínculos de responsabilidad inter-especies e intra-vivientes. Si esto es así, el *demos*, que ha estado tradicionalmente vinculado a la idea de soberanía, articulada en torno a la tríada territorio-pueblo-poder, queda desbaratado por una escala de afectaciones diferenciada. Hoy, los poderes se desterritorializan de sus propios pueblos y formas de enunciación, se hacen más difusos, menos territorializados, a la vez que dependen del territorio para poder existir y tener contenido material. Ello implica que, en el orden de las alternativas y las transiciones, la capacidad para poder actuar se tiene que desterritorializar, trascendiendo el orden de los soberanismos egoístas y selectivos, el orden de la escala de los estados-nación, para poder resultar efectivos; pero con una comprensión diferente de las responsabilidades, las afectaciones y los daños. Por ello, la ecología del Antropoceno es un reto para el liberalismo político y la democracia;

- III. La necesidad de interrogarse sobre la naturaleza del contexto en el que vivimos. En este sentido, la inestabilidad e impredecibilidad funcionan como sustrato normativo en el que arraigarse, frente a la seguridad y certidumbre de la universalidad normativa que nos ha caracterizado. Quedan desbaratadas, también, las nociones liberales que hasta ahora servían para dar medida de la responsabilidad humana, distinguiendo entre acciones privadas y responsabilidad pública, entre esfera pública y privada⁷⁰. Nada es ya tan privado que no produzca responsabilidad pública; nada pertenece a la esfera de lo público que no interpele éticamente las formas privadas de vida y consumo. La interdependencia de estas dos esferas (pública-privada) son inexcusables para poder abordar las transiciones.
- IV. Las formas y las maneras con las que la responsabilidad se expresa en esta nueva era, dada la ambivalencia constitutiva de ser agentes geológicos con un potencial desorbitante para la transformación, pero también para la destrucción del planeta. Ello abre un mapa de

⁷⁰ P. G. BROWN, *Ethics for Economics in the Anthropocene*, American Teilhard Association, New York, 2012, pp. 40 y ss; M. SMITH, *Against Ecological Sovereignty: Ethics, Biopolitics, and Saving the Natural World*, University of Minnesota Press, Minneapolis, 2011.

- posibilidades para entender las responsabilidades y para pensar normativamente la autocontención;
- V. La importancia de ubicar la *vulnerabilidad* humana como fundamento último de cualquier forma de responsabilidad en el futuro; la vulnerabilidad, como guía hermenéutica y directiva de cualquier posibilidad entre vivientes a escala planetaria, ya que sólo auto comprendiéndonos vulnerables como especie, podemos ser responsables con proyección planetaria. Todo ejercicio de responsabilidad se inicia bajo la conciencia de la precariedad ontológica que nos habita; asumiendo que la ontología ya no es un espacio de poder sino de vulnerabilidad⁷¹. La vulnerabilidad adquiere sentido ético-político desde la complejidad relacional a la que nos hemos asomado con el colapso ecológico, pero también desde la impredecibilidad de los procesos a los que nos acercamos como consecuencia de ecosistemas no controlables ya en sus formas de acción y reacción⁷². Por eso, la impredecibilidad compleja, en cuanto contenido material de la vulnerabilidad, debe ser el motivante político para la responsabilidad. Ello implica estar activados políticamente por la vulnerabilidad⁷³. La vulnerabilidad no como condición de separación, sino de continuación. Hasta ahora el sujeto propietario que hemos construido se afirma desde la negación de su dependencia. Somos vidas precarias, insuficientes, deficientes, puesto que la Vida no se basta así misma, necesita de las otros vivientes para ser: "el sujeto que yo soy está ligado al sujeto que no soy"⁷⁴. Se trata de reivindicar la función crítica de la vulnerabilidad. La vulnerabilidad como condición para tener derechos y generar responsabilidades.
- VI. La idea de emancipación, tal y como ha sido formulada en la Modernidad, deviene problemática. Produce desigualdad y vulnerabilidad global si la seguimos proyectando como complemento necesario de unas prácticas desorbitadas de crecimiento y consumo. Por ello, es necesario replantear las condiciones materiales de las que bebe y puede beber hoy la emancipación. Interrogarse en qué medi-

⁷¹ M. GARCES, *Un mundo común*, Bellaterra, Barcelona, 2013, p. 15.

⁷² J. RIECHMANN, *Un mundo vulnerable. Ensayos sobre ecología, ética y tecnociencia*, Catarata, Madrid, 2000, pp. 60 y ss.

⁷³ J. TRONTO, *Who Cares? How to Reshape a Democratic Politics*, CUP, Ithaca&London, 2015.

⁷⁴ J. BUTLER, *Marcos de guerra. Vidas lloradas*, Paidós, Barcelona, 2009, p. 71.

da los indicadores de bienestar humano, adosados a un desarrollismo voraz y a una colonización irredenta de los ecosistemas, resultan insostenibles para poder garantizar la Vida. Resulta necesario, para ello, establecer los fundamentos biofísicos de la responsabilidad social y de la precariedad. Si seguimos implementando el sentido de emancipación humana como se ha venido entendiendo hasta ahora, cualquier propuesta de decrecimiento se traduce en una necesaria inversión de la noción de emancipación⁷⁵. Por tanto, la emancipación –si todavía tiene algún sentido– sólo puede significar la capacidad de co-implicarse en un mundo en común de vivientes. El lugar de enunciación desde donde formular hoy transiciones emancipadoras pasa por responder a la pregunta sobre el sentido común de lo que nos une a todos los vivientes; o de lo que nos separa. Por tanto, resulta fundamental reformular el concepto de autodeterminación personal, de expectativas de la libertad, de sobriedad, para poder dar un mínimo de contenido y sentido material al decrecimiento y a cualquier formato de transición; separarse de consideraciones de autonomía moral y emancipación que nos han transmitido y con la que nos hemos constituido. Para ello nos interrogamos: ¿Cómo hacer atractiva la vida, o posible la idea misma de bienestar y desarrollo humano, asumiendo que vivimos en un mundo común que trasciende la autonomía moral? Nos interrogamos hasta qué punto los indicadores y estándares de crecimiento, desarrollo y bienestar, que nos han servido para hablar de justicia social, pero sin transformar el modelo productivo en el que vivimos, pueden resultar democráticamente aceptables para garantizar la Vida común en el planeta. Estamos sin duda ante el reto de pensar las relaciones entre democracia y decrecimiento, desde el contexto interpretativo al que nos asoma el nuevo colapso ecológico. Ahora bien, todo ello se tiene que hacer necesariamente desde un enfoque centrado en las motivaciones de las personas que permita pensar las estrategias defensivas, las reacciones y las confrontaciones a una transición de esta manera⁷⁶. Sin ello ninguna política de transición sería factible;

VII. Finalmente, no se puede olvidar la necesidad de pensar la *diferencia colonial* del Antropoceno, para evitar caer en una consideración

⁷⁵ ARIAS-MALDONADO, "Reformulating Emancipation...", cit., pp. 144-150.

⁷⁶ C. PELLUCHON, *Reparemos el mundo*, cit., pp. 159, 164.

indiferenciada de la humanidad a la hora de pensar las responsabilidades. Se trata, con ello, de superar una comprensión abstracta de las responsabilidades derivada del concepto de universalidad. La *diferencia colonial* nos impele a establecer un análisis diferenciado de las responsabilidades y los deberes en el Antropoceno, resaltando la importancia de ésta diferencia en la manera en cómo se ha producido el colapso ecológico. Ello obliga a establecer diferentes responsabilidades y reclamos entre sociedades humanas, en función del estatuto mantenido en la estructura colonial del poder. La *diferencia colonial* resulta fundamental para poder pensar diferenciadamente las alternativas políticas en el Antropoceno. El desarrollo productivo de ciertas sociedades humanas ha implicado la dependencia de otras, con un impacto agravado sobre sus niveles de vida, sobre su bienestar global, pero también y, sobre todo, sobre sus territorios, lo que exige ser valorado para establecer formas de responsabilidad asimétricas. La *diferencia colonial* resulta fundamental para evitar construir una Teoría de la Historia del Antropoceno ciega a las fracturas del colonialismo, invisibilizando el impacto que ciertas sociedades humanas han causado sobre otras; lo que se traduce en una responsabilidad mayor, de algunas de ellas, en la producción y reproducción del colapso ecológico planetario. El *anthropos descentrado* que reclamábamos no puede construirse desde un principio de simetría que invisibiliza las condiciones de producción del colapso ecológico planetario, diluyendo, con ello, responsabilidades más protagónicas. En definitiva, ha sido la *diferencia colonial* la que ha propiciado una diferente responsabilidad inter-sociedades en la comprensión de la fractura ecosistémica que vivimos; es, también, ella la que ha hecho sostenible un paradigma productivo desaforado como condición para entender la emancipación humana. Descolonizar la conservación, el ambientalismo y las transiciones implica tener en cuenta todo esto.

6. CONCLUSIONES

Uno de los objetivos de este trabajo era llamar la atención sobre el sentido político y epistemológico que el concepto de Antropoceno tiene. Por un lado, entender el momento que vivimos como colapso ecológico; por otro,

sugerir vías de acción política necesarias para una transición desde el enfoque de las responsabilidades.

Para ello partíamos de la existencia de diferentes versiones en las maneras de entender y conceptualizar el Antropoceno. Estos diferentes marcos teóricos nos permiten diseñar distintas formas de entender las alternativas. No hay una manera unívoca de interpretar el Antropoceno; son múltiples las miradas que, desde la geología, la ciencia del sistema-tierra o las propias ciencias sociales, se nos ofrecen para interpretar este momento. Desde ahí, también, son plurales las maneras de buscar alternativas, que van desde transiciones amables, entendiendo el momento como una oportunidad política para la tecnociencia; a miradas catastrofistas centradas en la idea de que los fundamentos de este colapso residen en la existencia de un sistema capitalista orientado a la explotación extractiva de recursos y ecosistemas; mediando con perspectivas negacionistas que se desentienden de cualquier apreciación o sobresalto por lo que está ocurriendo, predicando, más bien, una total normalidad ambiental y climática.

La especie humana se ha convertido en una fuerza geológica con una ambivalente capacidad: bien para el exterminio de la propia especie, bien para caminar hacia formas de transición que garanticen formas de vida buena planetaria. Es, precisamente, esta tensión ambivalente, el gozne desde donde es necesario pensar la(s) responsabilidad(es) con escala planetaria, haciéndonos conscientes de esta tensión destructiva para poder transitarla.

Finalmente, el texto pretendía hacer una enunciación propositiva que permitiera pensar políticamente las alternativas y fundamentar normativamente las formas de las responsabilidades en el Antropoceno. Para ello se ha hecho una contextualización de cuál es el nicho de realidad que habitamos, cuáles son sus características, y cómo se define su naturaleza desde la incertidumbre e inseguridad que caracteriza el momento actual. Habilitados desde este contexto empírico, hemos intentando levantar algunos fundamentos normativos para poder pensar las grandes responsabilidades que se nos acercan como el tipo de subjetividades que se constituyen en el Antropoceno; qué entendemos por *demos* en tiempos de colapsos ecológicos, a partir de la relación de interdependencia que existe entre democracia, colapso y decrecimiento; la necesidad de rescatar la función crítica de la vulnerabilidad humana para interpretar el contexto actual y hacerse cargo, responsablemente, de las alternativas y posibilidades; la necesidad de pensar la emancipación humana para evidenciar que, cierto modelo humano de autodeterminación

y libertad, nos ha abocado al colapso y destrucción; o la importancia de la *diferencia colonial* para pensar el estatuto, escala, rango y perspectiva de responsabilidades diferenciadas.

En este sentido, resulta difícil pensar políticamente cualquier forma de transición ecológica si no se reduce estructuralmente el consumo de productos animales, lo que va de la mano de la reorganización de la agroindustria global y una reconversión de la economía que internalice los costos ecológicos en la producción y en la vida de manera enérgica.

ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS

Universidad de Deusto

Avenida de las Universidades, 24

48007 Bilbao

e-mail: asier.martinezb@deusto.es

APLICACIÓN Y LÍMITES DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

APPLICATION AND LIMITS OF THE RIGHT
TO FREEDOM OF EXPRESSION OF JUDGES AND MAGISTRATES
IN INTERNATIONAL LAW

JORDI FEO VALERO
Universidad Internacional de Valencia
<https://orcid.org/0000-0001-5584-5965>

Fecha de recepción: 6-7-22

Fecha de aceptación: 8-2-23

Resumen: *El presente artículo propone un análisis sobre el derecho a la libertad de expresión de jueces y magistrados desde la perspectiva de los estándares de derechos humanos en el ámbito regional e internacional, a través de la normativa y la práctica jurisprudencial al respecto. El trabajo pretende arrojar luz sobre las posibles restricciones a las que se podrían ver sometidos en este ámbito los miembros de la judicatura con motivo del especial contenido de las funciones que desarrollan. Esta investigación hace especial hincapié en el impacto que las redes sociales pueden tener sobre el disfrute de este derecho por parte de jueces y magistrados.*

Abstract: *This article proposes an analysis of the right to freedom of expression of judges and magistrates, from the perspective of human rights standards at the regional and international level, through the regulations and jurisprudential practice in this regard. The work aims to shed light on the possible restrictions to which members of the judiciary could be subjected in this area due to the special content of the functions they perform. This research emphasises on the impact that social networks may have on the enjoyment of this right by judges and magistrates.*

Palabras clave: libertad de expresión, independencia judicial, jueces y magistrados. estándares internacionales de derechos humanos

Keywords: freedom of expression, judicial independence, judges and magistrates. international human rights standards

“La libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social, a saber: ésta requiere, por un lado, que nadie sea arbitrariamente menoscabado o impedido de manifestar su propio pensamiento y representa, por tanto, un derecho de cada individuo; pero implica también, por otro lado, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno”. Corte IDH.¹

1. INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión es un derecho humano universalmente reconocido que, como analizaremos en este artículo, ha sido consagrado en numerosas declaraciones y tratados internacionales y regionales. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) garantiza a todas las personas la libertad de opinar sin injerencias y de buscar, recibir y difundir información e ideas a través de cualquier medio sin limitación de fronteras². Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), establece que el derecho a la libre expresión de las propias creencias y opiniones, el derecho a la reunión pacífica y a formar asociaciones y afiliarse a ellas no son derechos absolutos³. Esto es así ya que estos derechos, tal y como hemos podido ver como consecuencia de la pandemia del Covid 19, pueden verse restringidos en determinadas circunstancias y situaciones⁴.

Debido a la sensibilidad de las funciones que desempeñan los jueces y juezas⁵, el disfrute del derecho a la libertad de expresión está sometido a una

¹ Corte IDH, Caso Canese vs. Paraguay, Serie C, No. 111, sentencia de 31 de agosto de 2004, pár. 77.

² Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, art. 19.

³ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, arts. 19, 21 y 22.

⁴ J. FEO, S. HERENCIA, “El derecho a la protesta pacífica y la independencia del Poder Judicial: el papel de una judicatura independiente en un escenario pacífico de confrontación social desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 37, 2021, pp. 159-198.

⁵ A lo largo del presente trabajo se utiliza fundamentalmente el género masculino en aras de economía del lenguaje, evitar reiteraciones y por una cuestión de extensión. Las refe-

serie de restricciones y particularidades respecto del resto de ciudadanos⁶. Estas distinciones resaltan unos elementos normativos e institucionales destinados a garantizar la independencia de sus funciones en medio de las necesarias salvaguardas relativas al ejercicio de sus cargos.

Este trabajo busca identificar, desde la perspectiva del derecho internacional, las posibles limitaciones a las que se podrían verse sometidos los miembros de la judicatura en este ámbito con independencia de la posición que ocupen en sus respectivos sistemas. Con este fin se plantearán los retos y obligaciones que conlleva garantizar el legítimo derecho de los jueces a la libertad de expresión y los principios y obligaciones que deben regir el ejercicio de sus funciones. En general, tal y como se verá más adelante, las particularidades que se les aplica se basan principalmente en la consideración ética y la dignidad del cargo.

La independencia judicial constituye un principio fundamental dentro del sistema democrático de derecho en aras de garantizar la democracia y el respeto a los derechos humanos de la ciudadanía⁷. De acuerdo con lo establecido por algunos de los principales estándares de referencia relativos a la independencia de la judicatura⁸, la libertad de expresión de los jueces se erige como un elemento básico que garantiza la independencia del poder judicial⁹. Este trabajo pondrá de manifiesto cómo las restricciones existentes en la mayoría de países consolidados democráticamente buscan evitar que la participación de la judicatura en determinadas actividades pongan en peligro la imparcialidad e independencia sistema judicial¹⁰.

rencias a juez/ jueces/ magistrado/ magistrados incluyen tanto a hombres como a mujeres. Al no existir un género neutro en el lenguaje castellano este autor no ha podido desarrollar una redacción inclusiva, motivo por el cual se realiza esta aclaración.

⁶ A. SAIZ ARNAIZ, *Los derechos fundamentales de los jueces*, Monografías jurídicas, Marcial Pons, Argentina, 2012, pp. 100-113.

⁷ O. CORTEN, "Rapport Général. L'État de droit en Droit International: quelle valeur juridique ajoutée?", L'État de droit en droit international, Colloque de Bruxelles, Société française pour le droit international, París, Ed. A. Pedone, 2009, pp. 18-24.

⁸ Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, Adoptados por el 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, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985, principio 8.

⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *op. cit.*, art. 25.

¹⁰ A/HRC/35/31, Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 9 de junio de 2017, párr. 32; A/HRC/26/32, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, 28 de abril de

Esta afirmación cobra especial relevancia si tenemos en cuenta la era digital en la que nos encontrados y las herramientas que proporcionan. Este autor ha considerado necesario prestar una especial atención a las ramificaciones legales y éticas que emanan de su utilización para, de este modo, hacer frente a las contradicciones que puedan surgir en relación con los deberes derivados de sus cargos y el necesario respeto a la reputación del sistema judicial.

En este sentido, el recurso a estas herramientas y las prácticas relacionadas con el intercambio de información personal plantea algunos retos en cuanto a su manejo por los jueces y juezas. Actualmente, el uso de las redes sociales forma parte de la cotidianidad de todos los ciudadanos. Estas plataformas se idearon para ser personales e íntimas, permitiendo la comunicación instantánea con familiares, amigos, grupos y desconocidos. Sin embargo, el Poder Judicial debe tener en cuenta una serie de consideraciones que conlleva la utilización de estas plataformas a la hora de ejercer su actividad. En particular, habrá que prestar especial atención no solo a que la independencia e imparcialidad de sus funciones no solo no se vean comprometidas, sino que tampoco lo parezcan.

El presente análisis comienza con una descripción de los estándares internacionales y regionales sobre los derechos a la libertad de expresión de jueces y magistrados para seguir con un estudio de este derecho, su práctica y la relación con la independencia judicial. Finalmente, y antes de entrar a desarrollar las conclusiones sobre el tema tratado, se hace especial hincapié sobre el papel que están llamadas a jugar las redes sociales en relación con la libertad de expresión de este colectivo.

2. ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y REGIONALES SOBRE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LA MAGISTRATURA

2.1. Estándares Internacionales

De acuerdo con LORETI, se entiende por estándar aquel concepto que nos permite

"reconocer, al mismo tiempo, las consecuencias, posturas o principios resultantes de los pronunciamientos jurisprudenciales, declaraciones políticas, consi-

2014, párrs. 54 y 58; A/HRC/41/48, Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 29 de abril de 2019.

derandos de resoluciones multilaterales, convenciones, convenios y declaraciones de principios, los cuales impliquen interpretaciones de las normas positivas destinadas a la protección de la libertad de expresión, así como de ellas mismas¹¹.

En base a la definición expuesta, y con carácter general, puede decirse que los principales estándares generales¹² en materia de libertad de expresión se encuentran recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19)¹³; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 19)¹⁴; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD) (art. 5)¹⁵; la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (art. 1 y 3)¹⁶; la Observación General 34 (artículo 19) del Comité de Derechos Humanos¹⁷; la Observación General 11 (artículo 20) del Comité de Derechos Humanos¹⁸ y El derecho del público a saber: Principios sobre la legislación en materia de libertad de información¹⁹.

¹¹ D.M. LORETI, Estándares internacionales en materia de libertad de expresión, p. 29., en Juan Carlos J.C. GUTIÉRREZ CONTRERAS (Coord.), Memorias del Seminario Internacional “Los Derechos Humanos y la Libertad de Expresión en México”, Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos México – Comisión Europea, 2006, pp. 27-40.

¹² Este autor, en aras de dotar de claridad al texto ha preferido enumerar los diferentes textos internacionales identificados como estándares y no proceder a una división entre tratados, textos de “soft law”, observaciones y comentarios de los órganos de vigilancia y control de los derechos humanos y de las decisiones y opiniones consultivas de los tribunales internacionales en materia de derechos humanos.

¹³ Declaración Universal de Derechos Humanos, Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

¹⁴ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

¹⁵ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965.

¹⁶ Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

¹⁷ Comité de Derechos Humanos, Observación general N° 34, Artículo 19, Libertad de opinión y libertad de expresión, CCPR/C/GC/34, 12 de septiembre de 2011.

¹⁸ Comité de Derechos Humanos, General comments adopted by the Human Rights Committee under art. 40, para. 4, of the International Covenant on Civil and Political Rights, CCPR/C/21/Rev.1, 19 de mayo de 1989.

¹⁹ E/CN.4/2000/63, Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Sr. Abid Hussain, presentado de conformidad

En lo que se refiere a la judicatura propiamente dicha, existen una serie de normas particulares con carácter de “soft law” que complementan los textos mencionados anteriormente. Estos documentos proporcionan un conjunto de aclaraciones y directrices acerca de cómo debe enfocarse el tema de la libertad de expresión sobre el colectivo objeto de este estudio.

Los Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura²⁰ constituyen uno de los principales instrumentos a la hora de comprometer a los Estados a adoptar medidas que garanticen la independencia de la judicatura (principio 1). Estos Principios establecen que los jueces, al igual que los demás ciudadanos, disfrutan de la libertad de expresión, de creencia, de asociación y de reunión con la única salvedad de que, a la hora de ejercer y disfrutar de esos derechos, deberán comportarse en todo momento de manera que se preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura (principio 8). El principio 9 estipula que los jueces tienen, asimismo, derecho a formar e integrar asociaciones judiciales u otras organizaciones que representen sus intereses, promuevan su formación profesional y protejan su independencia.

Por su parte, los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial²¹, buscan proporcionar a los jueces una normativa internacional destinada a guiar y orientar su conducta desde un punto de vista ético y, de esta forma, contribuir a fortalecer la integridad judicial. Las disposiciones relativas a la “corrección” recogidas en el Valor 4 reconocen la libertad de los jueces a ejercer su libertad de expresión, asociación, creencia y reunión de tal manera que se garantice la dignidad de la función judicial y la independencia e imparcialidad del poder judicial (4.6).

El Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la Conducta Judicial, deja claro a la hora de analizar el Valor 4.6 que

con la resolución 1999/36 de la Comisión, Comisión de Derechos Humanos, 18 de enero de 2000.

²⁰ Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, Adoptados por el 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, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985.

²¹ UN Economic and Social Council (ECOSOC), UN Economic and Social Council Resolution 2006/23: Strengthening Basic Principles of Judicial Conduct, 27 July 2006, E/RES/2006/23.

“Un juez, al ser nombrado, no renuncia a los derechos de la libertad de expresión, asociación y reunión de que gozan los demás miembros de la comunidad, ni abandona sus ideas políticas anteriores ni deja de tener interés en las cuestiones políticas”²².

Sin embargo, y aquí nos adelantamos a una de las consideraciones que se verán más adelante, los comentarios ya establecen una limitación a este ejercicio cuando precisan que la libertad habrá de ejercerse de forma moderada con el fin de “mantener la confianza del público en la imparcialidad e independencia de la judicatura”²³.

Llegados a este punto resulta necesario mencionar la recomendación que realizó el Relator Especial de las Naciones Unidas para la independencia de magistrados y abogados, el Dr. Diego García Sayán en su informe presentado ante la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2019²⁴. El Relator Especial incidió en la necesidad de proceder a actualizar las normas y principios internacionales sobre los jueces, en concreto los Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura y los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, para abordar los retos actuales que se les plantean, entre los que se encuentran, como se verá más adelante, aquellos referidos a la libertad de expresión en relación con las nuevas tecnologías y redes sociales.

En el año 2007, el Grupo de Integridad Judicial publicó, bajo el auspicio de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), los Comentarios a los Principios de Bangalore. En este documento se recogieron una serie de actividades que se consideran incompatibles con la función judicial, estableciendo como principio general que los jueces deben evitar las controversias públicas²⁵. Del mismo modo, el documento señala aquellas situaciones en las que un juez está legitimado para pronunciarse sobre asuntos que pudieran tener una especial sensibilidad en el ámbito político. Entre estos temas destacan aquellos que resulten importantes para la correcta administración de la justicia, la independencia de la judicatura o políticas que pudieran incidir sobre el correcto funcionamiento de juzgados y tribunales²⁶.

²² UNOV, Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial, 2007, párr. 100.

²³ UNOV, cit., párr. 100.

²⁴ A/74/176, Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, 16 de julio de 2019, párr. 4.

²⁵ A/HRC/41/48, cit., párr. 13.

²⁶ UNODC, United Nations Office on Drugs and Crime, Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct, September 2007, parás. 134-140.

Finalmente, el Estatuto Universal del Juez²⁷, adoptado por la Asociación Internacional de Jueces en 1999 y actualizado en el año 2017, también contempla la libertad de expresión, asociación y reunión de los jueces. Sin embargo, el artículo 3.5 pide expresamente a este colectivo que, a la hora de ejercer su libertad de expresión, se comporten siempre de forma que se preserve la dignidad de su cargo y la independencia e imparcialidad del poder judicial.

Estos principios recurrentes también pueden encontrarse en otros documentos internacionales sobre la independencia y la conducta judicial²⁸.

2.2. Estándares regionales

Los estándares regionales en materia de libertad de expresión vienen a completar a sus homólogos internacionales. Entre los principales instrumentos regionales cabría destacar la Convención Americana de Derechos Humanos “Pacto de San José. Costa Rica” (arts. 13 y 16)²⁹; la Declaración sobre los principios de la libertad de expresión³⁰; la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (art. 9)³¹; la Declaración de principios sobre la libertad de expresión en África³²; las Recomendaciones de Amsterdam. Libertad de los medios de comunicación e Internet³³; la Declaración de Bishkek.³⁴;

²⁷ UNION INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS, ESTATUTO UNIVERSAL DEL JUEZ, Adoptado por el Consejo Central de la UIM en Taiwán, el 17 de noviembre de 1999, Actualizado en Santiago de Chile, el 14 de noviembre de 2017.

²⁸ Universal Declaration on the Independence of Justice, Mount Scopus International Standards of Judicial Independence, Draft Universal Declaration on the Independence of Justice, Human Rights Council Resolution 23/6 “Independence and impartiality of the judges, jurors and assessors and the independence of the lawyers”, the Burgh House Principles on the Independence of the International Judiciary, the International Bar Association’s Standards on Judicial Independence, or the International Criminal Court’s Code of Judicial Ethics.

²⁹ OEA, CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS (Pacto de San José), San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

³⁰ CIDH, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión, adoptada por la CIDH en su 108º período ordinario de sesiones celebrado del 2 al 20 octubre del 2000, 20 de octubre de 2000.

³¹ OUA, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi.

³² Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión en África, 22 de octubre de 2002.

³³ OSCE, Amsterdam Recommendations on Freedom of the Media and the Internet, 14 de junio de 2003.

³⁴ OSCE, Bishkek Declaration: Media in Multi-Cultural and Multi-Lingual Societies, 18 de septiembre de 2003.

el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (art. 10)³⁵ y la Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN (art. 23)³⁶.

2.2.1. Europa

A nivel europeo, el Consejo de Europa y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁷ han establecido el marco normativo regional que regula la independencia de los jueces y la conducta judicial sobre la libertad de expresión judicial y el derecho a formar asociaciones profesionales. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) recoge en su artículo 10 el derecho de todas las personas a la libertad de expresión³⁸.

En su Dictamen nº 3, el Consejo Consultivo de Jueces Europeos establece la necesidad de encontrar un equilibrio entre la libertad de expresión judicial y el requisito de neutralidad. En este sentido, el Consejo entiende que la participación en el debate político puede verse restringida para la judicatura en la medida en que interfiera en su independencia e imparcialidad. Sin embargo, el Dictamen considera adecuado puntualizar que, en tanto que expertos en la materia, los jueces deberían poder participar en los debates sobre las políticas relativas al poder judicial³⁹. El Consejo entiende, asimismo, que cualquier otra actividad profesional o extrajudicial desarrollada por los jueces pueda estar sujeta a restricciones si existe la posibilidad de que pueda verse afectada la imparcialidad e independencia del poder judicial⁴⁰. Esta circunstancia ha de ser completada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la medida en que, en el caso *Kudeshkina*

³⁵ Consejo de Europa, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, Roma, 4.de noviembre de 1950.

³⁶ ASEAN, Declaración de Derechos Humanos, 18 de noviembre de 2012.

³⁷ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Guide on Article 10vof the European Convention on Human Rights, Freedom of expression, Updated on 31 August 2022.

³⁸ Consejo de Europa, Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4.XI.1950,

³⁹ CCJE, Opinion no. 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality, CCJE (2002) Op. N° 3, Strasbourg, 19 November 2002, párr. 33.

⁴⁰ Ibidem, párr. 39.

c. Rusia, se destacó la necesidad de que los funcionarios públicos⁴¹, entre los que han de incluirse los jueces y magistrados, se vean obligados por un deber de lealtad y discreción hacia su empleador⁴².

Esta misma idea fue recogida por el Relator de las Naciones Unidas sobre la independencia de jueces y abogados en su informe presentado al Consejo de Derechos Humanos en el año 2019. En concreto el Relator puntualizó que “el deber de lealtad y discreción exige que la difusión de la información, aunque sea veraz, se lleve a cabo con moderación y corrección”⁴³.

Más recientemente, en el caso Žurek c. Polonia, el TEDH precisó que los jueces también deben prestar atención a la hora de oponerse a los cambios propuestos en el sistema judicial y evitar tacharlos sistemáticamente de ataque a la independencia judicial⁴⁴. En esta la línea, la jurisprudencia europea considera razonable esperar que los funcionarios públicos que prestan sus servicios en el poder judicial ejerzan su libertad de expresión con moderación en aquellas circunstancias en que pueda ponerse en tela de juicio la independencia e imparcialidad de la judicatura⁴⁵.

Previamente, la Carta Europea del Estatuto de los Jueces ya había resaltado la necesidad de que jueces y magistrados evitaran cualquier acción, comportamiento, o expresión que pudiera afectar la confianza en estos atributos inherentes al poder judicial (párrafo 4.3)⁴⁶.

En este orden de cosas, la Resolución sobre Ética Judicial del TEDH del año 2008 ha servido para perfilar los contenidos y alcance del derecho a la libertad de expresión de los jueces y magistrados⁴⁷. Este texto no solo establece que los jueces deben ejercer su libertad de expresión teniendo en cuenta la dignidad de su cargo, sino que puntualiza que deberán abstenerse de hacer comentarios u observaciones que afecten negativamente a la

⁴¹ Para profundizar sobre el tema en el contexto español puede consultarse: GARCÍA MACHO, R., *Secreto profesional y libertad de expresión del funcionario*, Tirant lo Blanc, 1994.

⁴² TEDH, *Kudeshkina c. Rusia* (demanda núm. 29492/05), sentencia de 26 de febrero de 2009, párr. 85.

⁴³ A/HRC/41/48, *op. cit.*, párr. 33.

⁴⁴ TEDH, Žurek c. Polonia (demanda nº. 39650/18), sentencia de 10 de junio de 2022, párr. 111.

⁴⁵ TEDH, Wille c. Liechtenstein (demanda núm. 28396/95), sentencia de 28 de octubre de 1999, párr. 64.

⁴⁶ COE, *European Charter on the statute for judges*, Strasbourg, 8-10 July 1998.

⁴⁷ S. DIJKSTRA, “The freedom of the judge to express his personal opinions and convictions under the ECHR”, *Utrecht Law Review*, vol. 13, núm. 1, 2017.

autoridad del Tribunal o a la noción pública de su imparcialidad (norma VI)⁴⁸.

A nivel nacional, los marcos constitucionales y estatutarios de la libertad de expresión varían entre los 46 Estados del Consejo de Europa⁴⁹. Las normas específicas sobre la conducta judicial y el ejercicio de sus derechos y deberes, entre ellos los relacionados con la libertad de expresión, puede encontrarse en las constituciones, las leyes nacionales promulgadas por los parlamentos y los códigos de conducta judicial adoptados por los consejos de la judicatura⁵⁰. A pesar de sus diferencias normativas, conviene puntualizar que todos los Estados que integran este organismo deberían cumplir con los requisitos regionales.

La Comisión Europea para la Democracia por el Derecho (Comisión de Venecia) ha entrado a analizar el tema del ejercicio de las libertades fundamentales de los jueces y magistrados en diferentes documentos⁵¹. En su Opinión nº806/2015⁵², dedicada específicamente a esta cuestión, la Comisión determinó que las garantías sobre la libertad de expresión también son de aplicación a los jueces. Sin embargo, la especificidad de sus funciones y responsabilidades, así como su necesaria independencia e imparcialidad, se constituyen en elementos necesarios a tener en cuenta a la hora de restringir su libertad de expresión.

2.2.2. América Latina

El artículo 4 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH) estipula que “toda persona tiene derecho a la libertad de investigación, de opinión y de expresión y difusión del pensamiento por

⁴⁸ TEDH, Resolution on Judicial Ethics, adopted in on 23 June 2008.

⁴⁹ La Federación Rusa abandonó el Consejo de Europa en el año 2022.

⁵⁰ CCJE (2002) Op. N° 3, *op. cit.*, Appendix.

⁵¹ A/HRC/41/48, *op. cit.*, pár. 25.

Rumanía: opinión sobre los proyectos de reforma de la Ley núm. 303/2004 relativa al Estatuto de los Jueces y Fiscales, la Ley núm 304/2004 sobre la Organización Judicial y la Ley núm. 317/2004 sobre el Consejo Superior de la Magistratura (CDL-AD(2018)017), párrs. 123 a 132; y opinión sobre la seguridad jurídica y la independencia del poder judicial en Bosnia y Herzegovina (CDL-AD(2012)014), párrs. 80 y 81.

⁵² European Commission for Democracy Through Law, Opinion nº806/2015, Report on the freedom of expression of judges, Adopted by the Venice Commission, at its 103rd Plenary Session, CDL-AD (2015) 018, Venice, 19-20 June 2015.

cualquier medio”⁵³. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) sigue esta misma línea cuando en su artículo 13 recoge que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión”⁵⁴.

El Sistema Interamericano, al igual que el europeo, reconoce a los funcionarios públicos en general, y a los judiciales en particular, la titularidad del derecho a la libertad de expresión en sus diversas manifestaciones.

La Corte Interamericana de Derechos humanos (Corte IDH) ha interpretado en diferentes ocasiones el alcance de este derecho. Así pues, tal y como recoge la sentencia del *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, la garantía del derecho a la libertad de expresión únicamente se podrá lograr si el Estado no limita indebidamente el derecho a la difusión de las distintas opiniones e ideas⁵⁵. Es más, la Corte ha ido un paso más lejos y ha confirmado que “una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”⁵⁶. Por su parte, la sentencia *Donoso c. Panamá* aclara que el derecho a la libertad de expresión es inherente a cualquier persona, sin que el mismo pueda, en principio, ser limitado en virtud de la profesión que se desempeñe⁵⁷.

A pesar de esta circunstancia, está comúnmente aceptado que la expresión de este derecho pueda verse sujeta a restricciones o requisitos específicos según el papel y los deberes especiales que se generen en virtud de las funciones desempeñadas⁵⁸. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por su parte, se ha referido específicamente al deber de confidencialidad al que puede quedar sujeta cierto tipo de información, así como el derecho y deber de los funcionarios públicos de denunciar las posibles violaciones que se produzcan en materia de derechos humanos⁵⁹.

⁵³ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

⁵⁴ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.

⁵⁵ Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, Serie C, No. 135, sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 74.

⁵⁶ Corte IDH, Caso Herrera Ulloa vs Costa Rica, Serie C, No. 107, sentencia de 2 de julio de 2004, párr. 109.

⁵⁷ Corte IDH, Donoso vs. Panamá, sentencia de 27 de enero de 2009, párr. 114

⁵⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Marco jurídico interamericano sobre el derecho a la libertad de expresión, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, OEA/Ser.L/V/II; CIDH/RELE/INF. 2/09, 30 de diciembre de 2009, párrs. 199-216.

⁵⁹ OEA/Ser.L/V/II; CIDH/RELE/INF. 2/09, *op. cit.*, párr. 199.

Al igual que los estándares europeos, el sistema interamericano contempla la posibilidad de que el derecho judicial a la libertad de expresión pueda restringirse en la medida en que sea necesario para mantener la independencia judicial, la imparcialidad y la dignidad del cargo. En este sentido, el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión afirma que

“El derecho de los jueces a la libertad de expresión y a formular comentarios sobre asuntos de interés público sólo debe estar sometido a restricciones claramente delimitadas conforme sea necesario para proteger su independencia e imparcialidad”⁶⁰.

Además, la libertad de expresión de los jueces y magistrados ha de verse sujeta al necesario respecto de las garantías procesales y jurisdiccionales de los asuntos sometidos a su conocimiento⁶¹.

Por su parte, el Estatuto del Juez Iberoamericano matiza que el derecho legítimo a la libertad de expresión será protegido siempre que no supalte las funciones jurisdiccionales, imponga o influya en el contenido de las funciones judiciales o perjudique la imparcialidad del juez (art. 3)⁶².

2.2.3. África

El sistema africano de protección de los derechos humanos reconoce el derecho a la libertad de expresión en el artículo 9 de Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. La peculiaridad del reconocimiento de este derecho por el sistema africano es el disfrute del mismo está condicionado al hecho de que se respete la ley⁶³.

Por lo tanto, los funcionarios judiciales africanos tienen derecho a la libertad de expresión siempre que se ejerza conforme a la ley y a las nor-

⁶⁰ OEA, DECLARACIÓN CONJUNTA de: el Relator Especial de la ONU sobre la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la OSCE sobre la Libertad de Prensa y el Relator Especial de la OEA sobre Libertad de Expresión, 2002. Disponible en <https://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=87&lid=2>

⁶¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el estado de derecho en las Américas, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 44, 5 de diciembre 2013, párrs. 168-183.

⁶² VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia, Estatuto del Juez Iberoamericano, Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, 23, 24 y 25 de mayo de 2001.

⁶³ Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Adoptada en Banjul, Gambia, el 27 de junio de 1981, art. 9.

mas éticas vigentes en virtud de lo establecido por el artículo 4 (s) de los “Principios y directrices sobre el derecho a un juicio justo y asistencia jurídica en África” cuando dice que:

“Los funcionarios judiciales tienen derecho a la libertad de expresión, creencia, asociación y reunión. En el ejercicio de estos derechos, se comportarán siempre de conformidad con la ley y con las normas y deontología reconocidas de su profesión”⁶⁴.

Esta circunstancia ha sido aplicada también en la región respecto de jueces que ya no estaban en activo. En abril de 2018, por ejemplo, el Tribunal Militar de El Cairo condenó a cinco años de prisión a un ex juez por publicar presunta falsa información perjudicial para la seguridad nacional. Este hecho se habría producido tras criticar, en una entrevista concedida a los medios de comunicación, la injerencia de las autoridades egipcias en el proceso electoral⁶⁵.

La Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos considera especialmente relevante en el ámbito de la libertad de expresión de los jueces africanos las opiniones que hayan podido expresar sobre un asunto concreto de su competencia. Así queda reflejado en el artículo 5 (c) de los referidos principios cuando se establece que, de cara a determinar la imparcialidad de un órgano judicial debe tenerse en consideración, entre otros elementos, las opiniones previamente expresadas por un juez⁶⁶.

A nivel nacional, la libertad de expresión judicial suele estar, por lo general, recogida en los códigos de conducta nacionales. Las principales restricciones que le son de aplicación consisten principalmente, y aquí coincide con los sistemas europeo y latinoamericano, en las relacionadas con los deberes judiciales, los principios de independencia e imparcialidad y la dignidad de la función judicial⁶⁷.

⁶⁴ Ibidem, art. 4(s).

⁶⁵ ICJ, “Egypt: immediately release Hisham Geneina, quash his conviction”, 25 April 2018.

⁶⁶ African Commission on Human and Peoples’ Rights, Principles and Guidelines on the Right to a Fair Trial and Legal Assistance in Africa, 2003, art. 5c.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que la posición del funcionario judicial le permite desempeñar un papel crucial en el procedimiento. El segundo elemento a tener en cuenta es la posibilidad de que el órgano judicial haya expresado con anterioridad una opinión al respecto del tema tratado que pueda poner en tela de juicio su imparcialidad. Finalmente, habrá que tener en cuenta si el juez o magistrado debiera de pronunciarse sobre una acción realizada en un cargo anterior.

⁶⁷ A/HRC/41/48, cit.

2.2.4. Asia y el Pacífico

La región de Asia y el Pacífico se caracteriza por la ausencia de un sistema regional de protección de los derechos humanos como los que se pueden encontrar en África, América o Europa. En el año 2009, la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) creó la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la ASEAN para promover los derechos humanos en sus países miembros. En el año 2012 se aprobó la Declaración de Derechos Humanos de esta asociación⁶⁸. El derecho a la libertad de expresión queda recogido en el principio 23 de la Declaración de la siguiente manera:

“Toda persona tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión, incluida la libertad a tener sus propias opiniones sin interferencias, el derecho a investigar, recibir informaciones y difundirlas, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento de su elección”⁶⁹.

Algunas normas supranacionales sobre la conducta judicial han sido adoptadas en este ámbito regional. Destaca la Declaración de Principios de Beijing sobre la Independencia de la Judicatura en la Región de la LAWASIA, aprobada en el año 1997 durante la Sexta Conferencia de Presidentes de las Cortes Supremas de Asia y el Pacífico. Este texto reconoce y garantiza, en el principio 8, la libertad de expresión, asociación y reunión de los jueces siempre que sea compatible con el ejercicio de sus cargos⁷⁰. El problema principal que se plantea a este respecto en Asia y el Pacífico radica en el hecho de que la determinación de lo que debe considerarse como “compatible con sus deberes como miembros de la judicatura” se establece a nivel nacional. Esta circunstancia es susceptible de arbitrariedad y conlleva una diferente aplicación de los estándares según los países.

En China, la opacidad es tal que es difícil encontrar información fidedigna al respecto. La Ley de jueces de la República Popular de China no re-

⁶⁸ ASEAN, Declaración de Derechos Humanos de la ASEAN, Phnom Penh, 18 de noviembre de 2012.

⁶⁹ Traducción realizada al español por el autor. El texto original en inglés dice:

23. Every person has the right to freedom of opinion and expression, including freedom to hold opinions without interference and to seek, receive and impart information, whether orally, in writing or through any other medium of that person's choice. Disponible en <https://asean.org/asean-human-rights-declaration/>

⁷⁰ Law Association for Asia and the Pacific, Beijing Statement of principles of the independence of the judiciary in the LAWASIA region, 6th Conference of Chief Justices, held in Beijing in August 1997.

conoce en su articulado la libertad de expresión de este colectivo. El artículo 5 de la ley establece que los jueces deberán ser diligentes, honestos, limpios y regirse por la ética profesional⁷¹. Como regla general, los jueces no deben participar en debates sobre cuestiones políticas, asuntos pendientes o susceptibles de ser resueltos próximamente. Deben, asimismo, abstenerse de cualquier interacción con los medios de comunicación⁷².

En Corea del Sur, el año 2018 la Comisión Internacional de Juristas mostró su preocupación por las restricciones a la libertad de expresión de los jueces de ese país en relación con las opiniones versadas por el antiguo Chief of Justice respecto de una serie de iniciativas del gobierno que afectaban a la estructura judicial⁷³.

En otros lugares como Australia y Nueva Zelanda, se ha publicado una Guía de Conducta Judicial en la que se reconoce que los jueces, en tanto que ciudadanos, deben disfrutar de las libertades de las que gozan los demás. Como en otros lugares del mundo, este derecho se ve sujeto e ciertas restricciones como consecuencia de su especial estatus y papel en la sociedad. En este sentido, los jueces deben evitar comentarios sobre cuestiones sociales y políticas controvertidas o asuntos en litigio, sin perjuicio de que su contribución al debate público sobre la administración judicial sea aceptada⁷⁴.

3. SITUACIÓN DE LOS DERECHOS, LA PRÁCTICA Y LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

3.1. Contexto

La normativa internacional sobre la materia reconoce que los jueces y magistrados, en tanto que miembros de la sociedad, gozarán de los mismos derechos políticos y civiles que el resto de los ciudadanos, lo que incluye el ejerci-

⁷¹ President of the People's Republic of China, Judges Law of the People's Republic of China, Order of the President of the People's Republic of China No. 27, 23 de abril de 2019, art. 5.

Traducción realizada por el autor. El texto en inglés dice:

Article 5: Judges shall stay diligent, honest, and clean, and live by professional ethics.

⁷² A. CHEUNG, "Exercising Freedom of Speech behind the Great Firewall: A Study of Judges' and Lawyers' Blogs in China", *Harvard International Law Journal*, 2011.

⁷³ ICJ, *Judges' and Prosecutors' Freedoms of Expression*, Association and Peaceful Assembly, febrero 2019, p. 15.

⁷⁴ The Australasian Institute of Judicial Administration Incorporated, Guide to Judicial Conduct (Third Edition), 2017, art. art. 2.3, 3.1, 5.1, 5.7, 6.5, 6.11.

cio de los derechos a la libertad de expresión, creencia, asociación y reunión⁷⁵. Estándares internacionales sobre derechos humanos tales como el PIDCP o el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales mencionan expresamente que la libertad de expresión implica una serie de deberes y responsabilidades que deben ser tenidos en cuenta a la hora de su disfrute⁷⁶. Son precisamente estas obligaciones las que justifican que, en determinadas circunstancias, puedan estipularse limitaciones a este derecho siempre cumplan con los requisitos específicos establecidos PIDCP⁷⁷.

En el caso concreto de la judicatura, el derecho a la libertad de expresión tiene un doble fundamento. Si bien por un lado es inherente a los jueces por el mero hecho de ser personas, este autor considera que está fundamentado, asimismo, en la necesidad de asegurar la imparcialidad e independencia de la judicatura y fomentar la contribución del poder judicial al desarrollo democrático de las sociedades. En este sentido, la Relatoría Especial sobre la independencia de jueces y magistrados de las Naciones Unidas ha puesto de relieve la importancia que tiene para la salud de las democracias la participación de los jueces en los debates jurídicos en general y en los relativos a sus funciones y su estatuto en particular⁷⁸. Los jueces y magistrados, en tanto que integrantes del poder judicial, han de actuar como contrapeso de los poderes ejecutivo y legislativo, lo que implica la participación en el debate público en aras del interés general.

Del mismo modo, esta Relatoría ha puesto de manifiesto la vulneración que sufre el colectivo judicial en el ámbito de la libertad de expresión en casi todas las regiones del mundo a través de las denuncias recibidas de jueces y fiscales de África, Asia, la región del Pacífico, Oriente Medio, Europa y América⁷⁹.

⁷⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, *op. cit.*, art. 19); Convenio Europeo de Derechos Humanos, *cit.*, art. 10; Convención Americana sobre Derechos Humanos, *op. cit.*, art. 13; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, art. 9.

⁷⁶ PIDCP, *cit.*, art. 19.3; Convenio Europeo de Derechos Humanos, *cit.*, art. 10.2.

⁷⁷ PIDCP, *cit.* art. 19.3.

El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para:

a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás;
b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

⁷⁸ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, A/HRC/11/41, 24 de marzo de 2009, párr. 45.

⁷⁹ OHCHR, Communication report and research. Consultado en diciembre 2022. Disponible en <https://spcommreports.ohchr.org/>

Además de la participación en el debate público, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha subrayado que las opiniones expresadas por los jueces en los trabajos académicos son de interés público y deben ser protegidas con mayor rigor. Estas iniciativas permiten contribuir al debate sobre la forma en que el poder judicial puede responder a las denuncias de graves violaciones de los derechos humanos. El caso Caso Urutia Labreaux c. Chile, referido a la posibilidad de jueces y magistrados de expresar opiniones críticas sobre el funcionamiento del sistema de justicia, la Corte IDH señaló que el derecho a la libertad de expresión de este colectivo no es absoluto⁸⁰.

En este sentido, la Corte indicó que “el objetivo general de garantizar la independencia e imparcialidad es, en principio, un fin legítimo para restringir ciertos derechos de los jueces”⁸¹. Por lo tanto, de no ejercerse con cuidado y moderación, la libertad judicial de expresión, podría poner en peligro la independencia e imparcialidad de todo el poder judicial y la confianza del público en el sistema de justicia.

La Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, en su informe del año 2014 consideró oportuno poner en evidencia este aspecto al resaltar la importancia de la responsabilidad individual de los jueces en su actividad judicial y extrajudicial al señalar que:

“Si bien esas personas también gozan de los derechos y libertades fundamentales y son libres de emprender actividades no judiciales, algunas actividades, como la militancia en partidos políticos o la participación pública en actos políticos, pueden comprometer la imparcialidad y la independencia de sus funciones profesionales”⁸².

En el ámbito de esta responsabilidad, a la que hizo mención la Relatora, se incluye la obligación de “explicar sus opiniones personales sobre el derecho y la constitución al público en general”⁸³.

Marruecos, Moldavia, República de Corea del Sur, Brasil, Filipinas, Egipto, Argentina, Camboya, Nauru, Emiratos Árabes Unidos, Sri Lanka, Madagascar, Turquía, Federación Rusa....

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Urrutia Laubreaux Vs. Chile, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de agosto de 2020, párr.71 y 73.

⁸¹ Ibidem, párr. 84.

⁸² Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, A/HRC/26/32, 28 de abril de 2014, párrs. 57-63

⁸³ Ibidem, párr. 57.

3.2. Restricciones a la libertad de expresión de los jueces y magistrados

A la hora de analizar las restricciones conviene tener en cuenta, tal y como hemos avanzado, que la libertad de expresión no es un derecho de carácter absoluto. Esta circunstancia permite la posibilidad de solicitar responsabilidades por el ejercicio abusivo del mismo y, en su caso, establecer una serie de restricciones conforme a derecho⁸⁴.

La mayoría de los estándares internacionales y regionales analizados sobre la libertad de expresión de los jueces y magistrados no contienen referencias específicas al PIDCP⁸⁵. Esta norma establece una serie de restricciones a la libertad de expresión que serían de aplicación al poder judicial. Habría pues que destacar la posibilidad de restringir este derecho de cara a proteger los derechos y las libertades de los demás, el orden público y garantizar la imparcialidad y la independencia del poder judicial al mismo tiempo que se vela por mantener la confianza del público en los cargos judiciales⁸⁶.

De acuerdo con el ex Relator de las Naciones Unidas para la Independencia de magistrados y abogados, Diego García Sayán, cualquier restricción a este derecho debe cumplir tres condiciones relacionadas con la injerencia, el fin legítimo, la proporcionalidad y la necesidad⁸⁷. En primer lugar, la “injerencia” debe estar prevista normativamente. Esta circunstancia ha sido establecida con el fin de evitar, en la medida de lo posible, arbitrariedades referentes a la restricción de este derecho. La Corte IDH, en su Opinión Consultiva sobre la expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención Americana sobre derechos humanos estableció que:

“La reserva de ley para todos los actos de intervención en la esfera de la libertad, dentro del constitucionalismo democrático, es un elemento esencial para que los derechos del hombre puedan estar jurídicamente protegidos y existir plenamente en la realidad. Para que los principios de legalidad y reserva de

⁸⁴ Corte IDH, Caso Palamara Iribarne vs. Chile, cit., párr. 79.

⁸⁵ Basic Principles on the Independence of the Judiciary, Bangalore Principles of Judicial Conduct, Montreal Declaration, Beijing Statement of Principles of the Independence of the Judiciary in the LAWASIA Region.

⁸⁶ PIDCP, cit., art. 19.3 a y b.

En concreto, al artículo 19.3 del PIDCP establece que el derecho a la libertad de expresión en todas sus formas únicamente podrá verse restringida con el fin de asegurar los derechos y la reputación de los demás, o para asegurar la seguridad nacional, el orden público o la salud y la moral públicas.

⁸⁷ A/HRC/41/48., cit., párrs. 37 a 39.

ley constituyan una garantía efectiva de los derechos y libertades de la persona humana, se requiere no sólo su proclamación formal, sino la existencia de un régimen que garantice eficazmente su aplicación y un control adecuado del ejercicio de las competencias de los órganos”⁸⁸.

La sentencia del TEDH en el *caso Baka c. Hungría* trata específicamente el tema de la injerencia y resalta que, cuando esta se produce, es necesario llevar a cabo un examen pormenorizado que permita conjugar un alto grado de protección de la libertad de expresión con el margen de interpretación de las autoridades estatales⁸⁹.

La segunda de las condiciones establecidas por el relator implica que la medida adoptada tenga como objetivo la persecución de un fin legítimo. En cuanto a lo que debe entenderse por “fin legítimo”, tanto la independencia del cargo, la imparcialidad, como la dignidad de la función judicial están reconocidos como tales por los estándares internacionales, lo que los legitima como justificación a la limitación de este derecho⁹⁰.

Finalmente, la injerencia a la que hemos hecho referencia debe ajustarse a los criterios de proporcionalidad y necesidad. Según el principio de proporcionalidad, la adecuación de las iniciativas adoptadas por las autoridades públicas deberá ser conforme a la consecución del objetivo legítimo perseguido, conllevando la imposibilidad de implementar medidas prohibidas⁹¹.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos puntualiza que esta interferencia sobre la libertad de expresión únicamente será adecuada si se realiza conforme a la ley o ha sido establecida por esta⁹². Incidiendo en este aspecto, la jurisprudencia del TEDH analizó lo que debía entenderse por “de acuerdo a la ley” en la sentencia *Huvig y Kruslin c. Francia* cuando aclaró que

“la expresión “conforme a la ley”, en el sentido del artículo 8 § 2 (art. 8-2), exige, en primer lugar, que la medida impugnada tenga algún fundamen-

⁸⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre derechos humanos, OC-6/86, 9 de mayo de 1986, párr. 24.

⁸⁹ TEDH, *Baka c. Hungría* (Application no. 20261/12), Judgement, 23 June 2016, párr. 171 y 175.

⁹⁰ Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura, *cit.*, principios 1, 2, y 8; Principios de Bangalore sobre conducta judicial, *cit.*, Valor 1, 2 y 4.

⁹¹ K. TRYKHLIB, The principle of proportionality in the jurisprudence of the European Court of Human Rights, EU and comparative law issues and challenges series (ECLIC) – Issue 4, enero 202, p. 138.

⁹² Convenio Europeo de Derechos Humanos, *cit.*, art. 7.

to en el derecho interno; también se refiere a la calidad de la ley en cuestión, exigiendo que sea accesible a la persona interesada, que además debe poder prever sus consecuencias, y ser compatible con el Estado de Derecho”⁹³.

Esta misma sentencia estableció que la Ley deberá de indicar con “razonable claridad” el alcance y la forma en la que se puede aplicar esa discrecionalidad⁹⁴. Además, el respeto del objetivo legítimo de dicha medida debe poder ofrecer una protección adecuada contra las injerencias arbitrarias por parte de los poderes públicos tal y como se puso de manifiesto en el caso *Malone c. UK*⁹⁵. Posteriormente, en el caso *Perinçek c. Suiza* el tribunal puntualizó que dicha injerencia ha de responder a “una necesidad social apremiante y ha de ser proporcional al objetivo legítimo perseguido”⁹⁶. Estos principios generales relativos a la injerencia en la libertad de expresión han sido reiterados en numerosas ocasiones en el ámbito europeo⁹⁷. Las deliberaciones de la Corte IDH vienen a completar los estándares analizados en el sentido de extrapolar las mismas a los medios de divulgación de las ideas cuando establece que:

“la expresión y la difusión de pensamientos e ideas son indivisibles, de modo que una restricción de las posibilidades de divulgación representa directamente, y en la misma medida, un límite al derecho de expresarse libremente”⁹⁸.

El Comité de Derechos Humanos, a través de sus observaciones, también ha contribuido a arrojar luz a este respecto. En primer lugar, la Observación general N° 27, señala que

“las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser

⁹³ TEDH, caso *Huvig c. Francia* (Application no. no11105/84), Judgement, 24 April 1990, párr. 26.

⁹⁴ Ibidem, párr. 35.

⁹⁵ TEDH, caso *Malone c. UK* (Application no. 8691/79), Judgement, 2 August 1984, párr. 68.

⁹⁶ TEDH, Grand Chamber, *Perinçek v. Switzerland* (Application no. 27510/08), Judgement, 15 October 2015, párr. 196.

⁹⁷ TEDH, *Baka c. Hungria*, cit., párr 158.

Los principios generales relativos a la necesidad de una injerencia en la libertad de expresión han sido reiterados muchas veces por el Tribunal desde su sentencia *Handyside v. the United Kingdom* (7 December 1976, Series A no. 24), se actuaron en *Morice v. France* [GC], no. 29369/10, párr. 124, ECHR 2015; *Delfi AS v. Estonia* [GC], no. 64569/09, párr. 131, ECHR 2015; y *Perinçek v. Switzerland* [GC], no. 27510/08, párr. 196.

⁹⁸ Corte IDH, Caso *Herrera Ulloa vs Costa Rica*, cit., párr. 109.

el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse... El principio de proporcionalidad debe respetarse no solo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen”⁹⁹.

Además, la Observación general N° 34 entra a considerar las restricciones en su conjunto y señala que:

“las restricciones deben estar “fijadas por la ley”; [...] y deben cumplir pruebas estrictas de necesidad y proporcionalidad. No se permiten restricciones por motivos que no estén especificados en el párrafo 3, aunque esos motivos justificasen restricciones de otros derechos protegidos por el Pacto. Las restricciones solamente se podrán aplicar para los fines con que fueron prescritas y deberán estar relacionadas directamente con la necesidad específica de la que dependen”¹⁰⁰.

En cuanto al requisito de la necesidad¹⁰¹, una vez más nos referiremos a la jurisprudencia del TEDH para aclarar su alcance. En el caso *Gorzelik y otros c. Polonia* se subrayó que la única necesidad capaz de justificar una injerencia es la que pueda surgir de una sociedad democrática basada en el pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras¹⁰².

Según las normas y la jurisprudencia existente, la limitación de la libertad de expresión judicial suele considerarse necesaria en ciertas circunstancias si su finalidad es mantener y garantizar la imparcialidad e independencia del poder judicial¹⁰³. Llegados a este punto, este autor considera importante matizar que no basta con que el poder judicial sea independiente, sino que ha de parecerlo a los ojos de la ciudadanía. Esta circunstancia conlleva que los jue-

⁹⁹ Comité de Derechos Humanos, OBSERVACION GENERAL 27, Libertad de circulación (art. 12), CCPR/C/21/Rev.1/Add.9, 2 de noviembre de 1999, párr. 15.

¹⁰⁰ CCPR/C/GC/34, cit., párrs 22 y 34.

¹⁰¹ Este artículo no entra a analizar las diferencias entre la llamada prueba de necesidad absoluta (estricta) y la prueba de necesidad persuasiva (general) que varía en función de los derechos afectados. Baste decir que, en el ámbito del derecho a la libertad de expresión de los jueces, se trataría de la prueba de necesidad general. Para una información más detallada puede consultarse: K. TRYKHLIB, cit.

¹⁰² TEDH, caso *Gorzelik and Others c. Poland* (Application no. 44158/98), Judgement, 17 February 2004, párr. 89 y 90.

¹⁰³ R. SERRA CRISTÓBAL, *La libertad ideológica del juez*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 72-125.

ces deben ponderar detenidamente la necesidad de hacer declaraciones en determinadas circunstancias que pudieran dar pie a poner en tela de juicio su imparcialidad. No podemos perder de vista el hecho de que un sistema judicial independiente e imparcial es uno de los pilares fundamentales de las sociedades democráticas, así como una garantía irrenunciable de cara a asegurar el disfrute de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos. En el momento en que la sociedad civil considere que la judicatura adopta sus decisiones de forma subjetiva, y no en base a los criterios de independencia y objetividad, la legitimidad que sustenta el sistema democrático de derecho podría empezar a ser puesta en duda.

3.2.1. Discurso político y participación en el debate público

Está ampliamente reconocido que los jueces deben abstenerse de participar en discusiones y debates públicos controvertidos sobre asuntos políticos. Intervenciones de este tipo pueden poner en tela de juicio su imparcialidad e independencia respecto de los otros poderes del Estado. La Relatoría de las Naciones Unidas para la independencia de magistrados y abogados ha determinado que hay que tener en cuenta dos factores a la hora de definir la participación de los jueces en el debate público. En primer lugar, se trata de determinar si la intervención del juez o magistrado puede poner en tela de juicio la necesaria confianza en su imparcialidad. Además, resulta importante definir si esa participación podría dar pie a que el juez pudiera ser víctima de ataques de carácter político o generar incompatibilidad con la dignidad de su cargo. En caso de que se produzcan alguno de estos supuestos, el Relator Especial entiende que el juez o magistrado deberá abstenerse de participar en el debate público¹⁰⁴.

Esta Relatoría recibió, en el año 2018, una denuncia por la apertura de una serie de procedimientos disciplinarios ante el Tribunal Regional del Trabajo de Pernambuco contra el Juez brasileño Melo Filho. Se le acusaba de haber realizado manifestaciones sobre la reforma de la legislación laboral brasileña y la propuesta de reforma de las pensiones en Brasil. El tribunal entendió que el comportamiento del juez podía constituir una forma de activismo político mientras que el demandante consideraba que los procedimientos disciplinarios se habían iniciado para coartar su libertad de expresarse libremente¹⁰⁵.

¹⁰⁴ A/HRC/41/48, cit., párr.67.

¹⁰⁵ OHCHR, Communication report and search, BRA 6/2018. Respuesta de la Misión Permanente de Brasil ante la Oficina de las Naciones Unidas y otras Organizaciones

Tanto la jurisprudencia del TEDH como la Corte IDH han permitido encuadrar en qué situaciones las intervenciones públicas de los jueces y magistrados pueden ser consideradas oportunas o, incluso, necesarias¹⁰⁶.

La jurisprudencia del sistema europeo reconoce la legitimación de los jueces a opinar sobre aquellas reformas legales que puedan tener un impacto sobre el poder judicial. En el ya mencionado caso *Baka c. Hungría*, el TEDH recalcó que el presidente del Tribunal Supremo de Hungría “no solo tenía el derecho, sino también el deber, de expresar su opinión sobre las reformas de las leyes que afectaban a la judicatura”¹⁰⁷.

Del mismo modo se subrayó que, si un comentario judicial sobre asuntos políticos debe ser permitido y constituye la mencionada excepción, este deberá medirse en función de si la participación fue de interés público y en qué contexto se hizo la declaración¹⁰⁸. Por su parte, la Corte IDH va un paso más allá al considerar que los jueces, en momentos de crisis, no solo pueden, sino que tienen la obligación de defender la democracia y “expresarse a favor del restablecimiento del orden democrático, solos y en asociación con otros jueces, y que las normas que restringían ordinariamente el derecho de los jueces a participar en la vida política no se aplicaban a las acciones que emprendían en defensa del estado de derecho”¹⁰⁹.

En la sentencia *López Lone y otros c. Honduras*, la Corte IDH sostuvo que la libertad de expresión de los jueces ampara, en situaciones de ruptura institucional, tras un golpe de Estado, aquellas manifestaciones contrarias a la línea sostenida por el Estado, aunque puedan resultarle molestas ya que “la legítima protección de los principios de independencia e imparcialidad de la función judicial no puede significar la expectativa de acallar al juez respecto de todos los asuntos de relevancia pública”¹¹⁰.

Por lo tanto, puede afirmarse que cuando el debate se centre en cuestiones que afectan al poder judicial, o cuando la democracia se pueda ver ame-

Internacionales con sede en Ginebra Internacionales con sede en Ginebra, 9 de agosto de 2018. p. 5.

¹⁰⁶ ADDO, M., *Freedom of Expression and the Criticism of Judges: A Comparative Study of European Legal Standards*. N.p., Routledge, 2018.

¹⁰⁷ TEDH, *Baka c. Hungría*, 2016, párr. 168.

¹⁰⁸ TEDH, *Albayrak c. Turquía* 2008, párr. 41; TEDH, *Kudeshkina c. Rusia* 2009, párrs. 94-98.

¹⁰⁹ A/HRC/41/48, cit., párr. 62.

¹¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *López Lone y otros vs. Honduras*, sentencia de 5 de octubre de 2015, párrs. 157 y 165.

nazada, los jueces tienen, no sólo el derecho sino el deber moral de pronunciarse en tanto que expertos en el ámbito jurídico y representantes de uno de los tres poderes del Estado. Los jueces podrán reaccionar, asimismo, ante los ataques públicos a la judicatura, siempre que se haga de forma proporcionada y adecuada¹¹¹.

3.2.2. Comentarios sobre casos pendientes y críticas de carácter técnico-jurídico

Los principios de independencia judicial, presunción de inocencia, igualdad de armas y debido proceso implican, no solo que cada debe recibir un tratamiento justo e imparcial ante el tribunal, sino también que el juez no se pronuncie prematuramente antes de que finalice el procedimiento judicial. Como se reconoce en diferentes jurisdicciones, para mantener la confianza de las partes y del público en su imparcialidad y profesionalidad, los jueces deben abstenerse de comentar y expresar públicamente sus opiniones sobre los casos pendientes ante ellos o sobre cualquier caso que probablemente lleve a resolverse en un futuro próximo¹¹².

Llegados a este punto conviene precisar que las críticas de carácter técnico-jurídico realizadas en calidad de juez difieren de lo que se considera como una opinión sobre un caso pendiente. Este tipo de críticas han sido amparadas por el sistema europeo al entender que “el hecho de que una crítica de carácter técnico coincida con la postura de un concreto grupo político sobre una determinada ley no supone la manifestación pública de un posicionamiento político¹¹³. ”

Además, una opinión expresada previamente puede incapacitar a un juez para resolver un caso de forma imparcial y servir de base para su recusación. El Tribunal Constitucional Español, en su Auto 107/2021, entró a matizar este aspecto al considerar que “no puede pretenderse la recusación

¹¹¹ Consejo de Europa, *Background paper for the Judicial Seminar 2018: The Authority of the Judiciary*, pp. 15-16.

¹¹² American Bar Association Model Code of Judicial Conduct, Canon 2, 2.10; The Australasian Institute of Judicial Administration Incorporated, *Guide to Judicial Conduct 2017*, art. 3.1, 3.4, 5.7; ECtHR, Lavents c. Letonia 2002, para. 67; ECtHR, Buscemi c. Italia 1999, para. 118-119.

¹¹³ J.A. CLIMENT GALLART, “La jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión de los jueces”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 25, 2018, pp. 524-535, Sentencia del TEDH de 28 de octubre de 1999, caso Wille c. Liechtenstein (TEDH 1999\49), cit., y la Sentencia del TEDH de 23 de junio de 2016, caso Baka c. Hungría (JUR 2016\190367).

de un juez por el mero hecho de tener criterio jurídico anticipado sobre los asuntos que debe resolver”, precisando que los tribunales jurisdiccionales “deben ser integrados por jueces que no tengan la mente vacía sobre los asuntos jurídicos sometidos a su consideración”¹¹⁴.

Es más, este autor va un paso más lejos al considerar, no solo que este tipo de pronunciamientos por parte de los magistrados debe estar amparado, sino que, en su opinión, este colectivo tiene la obligación de expresar sus consideraciones en tanto que se trata de temas que en muchos casos tienen una relación directa con los derechos fundamentales de los ciudadanos y las garantías del debido proceso. Este debate entre expertos en la materia no puede más que enriquecer el sistema democrático y servir de contrapeso a los posibles excesos que pudieran llegar a cometer por los poderes del Estado. Esta circunstancia no es óbice para que los jueces deban tener cuidado a la hora de expresar públicamente sus críticas a los funcionarios públicos y a otros jueces.

3.2.3. El derecho al honor de los jueces y magistrados como límite a la libertad de expresión

Además de las restricciones y directrices sobre las opiniones que los jueces pueden expresar, el tipo de debates y discusiones en que están autorizados a participar, el estilo y la forma de llevarlas a cabo también pueden ser objeto de restricciones. El Consejo de Derechos Humanos ha reconocido que el comportamiento adecuado de un juez en público, así como en la esfera privada, es un componente vital de la confianza pública en el poder judicial en su conjunto. Así quedó de manifiesto por el sistema de Naciones Unidas al analizar la rendición de cuentas en el sistema judicial cuando constató que esta cuestión “también debe abarcar las conductas extrajudiciales, otras actividades profesionales permitidas y la vida privada de los operadores de justicia”¹¹⁵.

Muchos códigos de conducta y principios rectores, especialmente en el ámbito nacional (por ejemplo, en Australia o Namibia), subrayan la impor-

¹¹⁴ Tribunal Constitucional, Pleno. Auto 107/2021, de 15 de diciembre de 2021. Recurso de amparo 1621-2020. Inadmite las recusaciones formuladas en distintos procesos de amparo promovidos en causas penales, BOE» núm. 17, de 20 de enero de 2022, páginas 6202 a 6210.

¹¹⁵ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Gabriela Knaul, A/HRC/26/32, 28 de abril de 2014, párrs. 57-63.

tancia de que los jueces actúen con compostura y expresen sus opiniones de forma adecuada para mantener la dignidad de su cargo y garantizar el respeto del público hacia él¹¹⁶.

Las formas son de especial relevancia al incidir en esta cuestión. De acuerdo con el TEDH, el honor de otros jueces se constituye en límite a su libertad de expresión¹¹⁷. Esta circunstancia ha sido puesta de manifiesto en diferentes ocasiones. En el caso *Di Giovanni c. Italia*, una jueza en acusó, a través de los medios de comunicación, a un compañero de pertenecer a una trama de corrupción. De esta forma,

*“no solo se lesionan el honor del juez afectado como persona, sino que, precisamente por su cargo, su desmerecimiento público puede acabar lesionando la reputación de la Administración de Justicia, la cual es un requisito sine qua non para que la misma pueda gozar de la confianza ciudadana”*¹¹⁸.

La jurisprudencia europea ha establecido, asimismo, la imposibilidad de que los jueces respondan a las críticas que se hacen contra ellos a través de los medios de comunicación¹¹⁹. En este sentido, el TEDH ha entrado a analizar diferentes supuestos en los que los jueces y juezas han expresado sus opiniones en los medios de comunicación mediante declaraciones sobre casos que estaban tratando en ese momento o que habían conocido. El TEDH ha concluido que, con carácter general, cualquier intervención pública ante los medios de comunicación sobre un caso en curso es susceptible de poner en peligro la imparcialidad judicial y, por lo tanto, debe evitarse¹²⁰.

¹¹⁶ The Australasian Institute of Judicial Administration Incorporated, Guide to Judicial Conduct 2017, Chapter 6; Code of Conduct for Magistrates: Magistrates Act, 2003 adopted by the Magistrates Commission of the Republic of Namibia, 2010, art. art. 5, 6.1.

¹¹⁷ TEDH, Caso Kudeshkina c. Russia (JUR 2009\86101), 26 de febrero de 2009; Case Poyraz c. Turquía (JUR 2010\396595), 7 de diciembre de 2010; caso Di Giovanni c. Italia (JUR 2013\250366), 9 de julio de 2013.

¹¹⁸ CLIMENT GALLART, J.A., “La jurisprudencia del TEDH sobre la libertad de expresión de los jueces”, cit., p. 532.

¹¹⁹ TEDH, caso Prager and Oberschlick c. Austria, 1995\12, 26 de abril 1995, Protection of judges v. journalistic attacks; caso Buscemi c. Italia, 1999\35, 16 de septiembre 1999; caso Morice c. Francia, 2015\111088, 23 de abril 2015.

¹²⁰ TEDH, caso Buscemi c. Italia, 29569/95, 16 de septiembre de 1999, TEDH, caso Lavents c. Letonia, 28 de noviembre 2002 y TEDH, caso Olujić c. Croacia, 22330/05, 5 de febrero de 2009 en SIETSKE DIJKSTRA, “The freedom of the judge to express his personal opinions and convictions under the ECHR”, cit., p. 12.

Dicho lo anterior, las críticas y comentarios expresadas por jueces y magistrados habrán de realizarse siempre dentro de un marco que no vulnere el derecho al honor de otros compañeros. Es precisamente por razón del cargo que ocupa este colectivo que su derecho al honor requiere de una protección especial. Mancillar el buen nombre de las personas encargadas de impartir justicia puede derivar en un deterioro de la confianza que el ciudadano debe tener en la Administración de Justicia y, por ende, en el estado democrático de derecho. Sin embargo, esta circunstancia no puede implicar que sus decisiones no puedan ser sometidas al necesario escrutinio público característico de la función pública. Por lo tanto, tal y como ha sostenido el TEDH en diferentes sentencias, los ataques de carácter destructivo que carezcan de una fundamentación seria y adecuada no deberían encontrar el amparo de los tribunales¹²¹.

En los últimos tiempos se ha podido observar cómo, amparándose en la cobertura que ha proporcionado a los gobiernos la pandemia de Covid-19, algunos ejecutivos han aprovechado para verter críticas y ataques al poder judicial cuando las iniciativas emprendidas por este colectivo no se ajustaban a sus deseos e intereses¹²².

En países como Filipinas¹²³ o Nicaragua¹²⁴, entre otros lugares, los gobiernos han sido denunciados reiteradamente por su política de vulneración de los derechos humanos y la difamación-hostigamiento a jueces y abogados.

3.2.4. Las medidas disciplinarias y su efecto disuasorio

Los jueces deben poder ejercer su derecho siempre que no afecte a la independencia del sistema judicial, a su imparcialidad o a la confianza pública en el mismo. Como ha sido subrayado por organizaciones como el Consejo de Europa, la adecuada participación judicial en el debate público es vital en una sociedad democrática. De esta forma los jueces pueden actuar de con-

¹²¹ Caso Kudeshkina c. Russia (JUR 2009\86101), cit.; Caso Poyraz c. Turkey (JUR 2010\396595), 7 diciembre 2010; Caso Di Giovanni c. Italia (JUR 2013\250366), 9 julio 2013.

¹²² Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Diego García-Sayán, A/HRC/47/35, 9 de abril de 2021.

¹²³ Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, A/HRC/44/22, 29 de junio de 2019, pár. 56.

¹²⁴ Fundación para el Debido Proceso, “Pandemia y justicia constitucional: la respuesta de Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador”, febrero de 2021.

trapoder frente a los otros poderes del Estado y aportar sus conocimientos como expertos en el ámbito del derecho y la administración judicial¹²⁵.

En el caso de ser calificadas las actuaciones judiciales en este sentido como una posible infracción, las restricciones y las medidas disciplinarias deben ser proporcionales, en su naturaleza y severidad. De esta forma, no solo se asegura el legítimo ejercicio de los derechos de los jueces, sino que se dota de seguridad al proceso disciplinario. Casos como *Baka c. Hungría* en el sistema europeo o *López Lone c. Honduras* en el interamericano entienden que una amonestación oficial, la suspensión o la destitución del cargo constituirían una sanción excesiva que vulneraría la libertad de expresión judicial¹²⁶.

Además, de cara a garantizar un procedimiento sancionador adecuado, los jueces deben tener la posibilidad de recurrir contra aquellas medidas disciplinarias adoptadas en relación con su derecho a la libertad de expresión. En el caso de España se da la paradoja que si la condena a un juez por este hecho fuera establecida por el Tribunal Supremo por razón de su aforamiento¹²⁷, el magistrado en cuestión sería privado de su derecho a una segunda instancia. En esta línea argumentativa, el Comité de Derechos Humanos¹²⁸, en un dictamen publicado en el año 2021 a raíz de una comunicación presentada por el ex juez Baltasar Garzón, determinó que el Sr. Garzón fue privado

¹²⁵ CCJE (2002) Op. N° 3, Opinion no. 3 of the Consultative Council of European Judges (CCJE) to the attention of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the principles and rules governing judges' professional conduct, in particular ethics, incompatible behaviour and impartiality, Consejo de Europa, Strasbourg, 19 November 2002; CCJE(2015)4, Opinion no. 18 (2015) "The position of the judiciary and its relation with the other powers of state in a modern democracy", London, 16 October 2015.

¹²⁶ TEDH, *Baka c. Hungría*, cit., párrs. 160-167; Corte IDH, *López Lone c. Honduras*, cit., párrs. 154-169, 259-260 y 276.

¹²⁷ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial., BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985. Arts. 56 y 57. En España gozan de aforamiento en el ámbito del Poder Judicial el Presidente del Tribunal Supremo, el Presidente del Consejo General del Poder Judicial, el Presidente del Tribunal Constitucional, los Vocales del Consejo General del Poder Judicial, los Magistrados del Tribunal Constitucional, los Magistrados del Tribunal Supremo, los Presidentes de la Audiencia Nacional y cualquiera de sus Salas, los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia, el Fiscal General del Estado y los Fiscales de Sala del Tribunal Supremo.

¹²⁸ Puede consultarse información detallada sobre el Comité de Derechos Humanos en <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/ccpr>

de una segunda instancia ante la que poder recurrir la condena a once años de inhabilitación que le impuso el Tribunal Supremo¹²⁹.

Por lo tanto, el Comité señala que el artículo 14, párrafo 5, del PIDCP establece literalmente que “toda persona declarada culpable de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”¹³⁰. Esta circunstancia conlleva que, si bien una persona por razón de su cargo puede ser juzgado por un tribunal de mayor rango al que le correspondería, la misma no debe implicar suprimir el derecho a la revisión de su sentencia y condena. La ausencia de posibilidad de recurrir a un tribunal superior no puede verse compensada por el hecho de que la persona en cuestión haya sido juzgada por el tribunal de mayor jerarquía del Estado. Por el contrario, el Comité establece que un sistema de este tipo solo puede ser compatible con el PIDCP si el Estado parte hubiera formulado una reserva a ese efecto, cosa que no se ha producido en el caso de España. Por todo lo expuesto anteriormente, el Comité estableció que:

“Teniendo en cuenta que el autor fue condenado penalmente por el Tribunal Supremo sin posibilidad de revisión del fallo condenatorio y de la pena, el Comité concluye que se violó su derecho reconocido por el artículo 14, párrafo 5 del Pacto¹³¹”.

Como hemos visto, unas consecuencias demasiado severas, tales como la destitución del cargo, pueden generar efectos disuasorios sobre el futuro ejercicio de la libertad de expresión judicial. Por lo tanto, resulta realizar un análisis exhaustivo a la hora de limitar este derecho.

4. EL PAPEL EMERGENTE DE LAS REDES SOCIALES EN LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE LOS JUECES

4.1. Consideraciones previas

Como hemos podido ver a lo largo de este estudio, la libertad de expresión goza de una serie de limitaciones en función del sujeto y de las cir-

¹²⁹ Comité de Derechos Humanos, Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la Comunicación núm. 2844/2016, CCPR/C/132/D/2844/2016, 25 de agosto de 2021.

¹³⁰ PIDCP, cit.

¹³¹ CCPR/C/132/D/2844/2016, cit., pár. 5.12.

cunstancias en que se ejerza. Antes de la aparición de las redes sociales, los criterios que legitimaban este derecho eran básicamente los mismos que tras su irrupción en la escena social.

Esta circunstancia queda corroborada por el hecho de que si se trasladan los baremos establecidos por el TEDH referentes a la libertad de expresión al ámbito de las redes sociales podemos apreciar que la mayoría se aplican *mutatis mutandi*¹³².

El advenimiento de estas plataformas ha provocado una democratización del derecho a la libertad de expresión permitiendo a cualquier persona que divulgue información, emita opiniones o juicios de valor llegar a una audiencia mucho mayor. Las redes sociales se han consolidado como una herramienta con la que, tanto las personas físicas como jurídicas, pueden interactuar y compartir sus ideas y opiniones de manera rápida y sencilla. Esta circunstancia ha contribuido a que, en la actualidad, exista una mayor diversidad y variedad en el discurso público¹³³.

Sin embargo, la ampliación de los límites del disfrute de la libertad de expresión conlleva, asimismo, un aumento de las responsabilidades. En este sentido, las redes sociales han planteado una serie de inquietudes en relación con este derecho. En concreto, algunas personas y entidades pueden utilizar estas herramientas para difundir mensajes de odio, *fake news* u opiniones sobre temas relevantes respecto de los cuales pueden no disponer de toda la información necesaria para llevar a cabo un análisis adecuado. Estos comportamientos, realizados en ocasiones bajo la falsa cobertura del derecho a expresarse libremente, podrían llegar a atentar contra el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar o a la propia imagen¹³⁴. Del mismo modo, intervenciones realizadas en las redes sociales sobre determinados asuntos de relevancia social, entre los que se incluyen las labores judiciales, pueden llegar a provocar la división y enfrentamiento de la ciudadanía si el tratamiento de la información que se maneja no se realiza de una forma objetiva y responsable.

¹³² L. DÍEZ BUESO, "La libertad de expresión en las redes sociales", *IDP: revista de Internet, derecho y política*, núm. 27, 2018.

¹³³ A. BOIX. "Libertad de expresión y pluralismo en la red", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002, pp. 133-180.

¹³⁴ M. MACHADO-MALIZA, K. MAINATO-ANGAMARCA, A. NÚÑEZ-VACA, "La violación del derecho a la intimidad por medio de las redes sociales", *IUSTITIA SOCIALIS*, núm. 5, 2020, p. 468.

Los jueces y magistrados, como el resto de la ciudadanía, tienen derecho a expresarse libremente en las redes sociales¹³⁵. Esta realidad ha aportado elementos complementarios a este derecho al establecer un nuevo paradigma en el sistema judicial. Nos encontramos ante una herramienta consolidada en las sociedades democráticas y respecto de la cual la judicatura no puede permanecer al margen. En los Países Bajos, por ejemplo, en el año 2015, jueces y magistrados protestaron a través de Twitter contra las medidas de eficiencia y una mayor concentración geográfica de la organización judicial establecida por el gobierno¹³⁶. El uso de estas herramientas no tiene vuelta atrás por lo que, jueces y magistrados, a falta de una regulación específica, deben atenerse al marco ético general que rige sus actuaciones a la hora de su utilización.

En la actualidad resulta necesario diferenciar las actuaciones de los jueces a título personal de las que se llevan a cabo en el ejercicio de su cargo o que puedan poner en entredicho su imparcialidad e independencia. Conviene, por lo tanto, que aquellas generaciones que no están familiarizadas con estas herramientas, dispongan de una visión general de lo que son las redes sociales, por qué son fundamentales en la sociedad y en los tribunales, cómo utilizarlas de forma eficaz, qué plataformas son adecuadas para los tribunales, qué problemas pueden surgir y cómo tratar dichos problemas de forma proactiva.

4.2. Derecho comparado

A pesar de que la normativa y estándares internacionales no recogen ninguna norma específica acerca de cómo los jueces y magistrados han de comportarse en su uso de internet, el Consejo de Derechos Humanos considera que la libertad de expresión de este colectivo debe ser protegida en sus actuaciones en la red¹³⁷.

En el ámbito latinoamericano, la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial adoptó en el año 2015 un dictamen, a instancias del Poder Judicial de

¹³⁵ E. ROCA TRÍAS, "Libertad de expresión, independencia, imparcialidad: los jueces en las redes sociales. Un estudio de las decisiones del TEDH", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 122, 2021, pp. 13-45.

¹³⁶ L. HOLVAST, N. DOORNbos, "Exit, Voice, and Loyalty within the Judiciary: Judges' Responses to New Managerialism in the Netherlands", *Utrecht Law Review*, núm. 11 vol. 2, 2015, pp. 49-63.

¹³⁷ Consejo de Derechos Humanos, Resolución 38/7. Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet, A/HRC/RES/38/7, 17 de julio de 2018.

Costa Rica, sobre el uso de las redes sociales por los jueces. En relación con este tema, el Comisionado David Ordóñez Solís entendió que

*“sería errado concluir que los Jueces pueden emplear indiscriminadamente esas redes. Al igual que un micrófono, el papel y la pluma o una sala de audiencia, las redes son una herramienta y, a la vez, un foro de comunicación que exhibe a quien a ellas acude. A su turno, en tanto pesa sobre el autor de una acción el deber de prever sus consecuencias, observando el cuidado debido para no incurrir en violación de sus deberes, recae sobre quien ingresa en una red social el de anticiparse a las repercusiones que ello tiene”*¹³⁸.

En general, el requisito de que los jueces mantengan la dignidad de la oficina judicial se aplica a cada manifestación o intervención llevada a cabo en redes sociales o a través de instrumentos más clásicos. Por consiguiente, cualquier publicación en las redes sociales tanto a título oficial como particular, deberá estar sometida a estos estándares.

En Japón se dio el caso de un juez del Tribunal Superior de Tokio que se enfrentó a una medida disciplinaria tras tuitear sobre un pleito civil ajeno a su competencia. El tribunal dictaminó que su tuit había erosionado la confianza en el sistema judicial e iba en contra de las normas éticas de su cargo¹³⁹.

En consecuencia, la ética en la conducta judicial deberá ser de aplicación a todas las acciones e interacciones, tanto en persona como virtuales, desarrolladas por los jueces en el ejercicio de sus funciones y en todas aquellas actuaciones que pudieran poner en tela de juicio la imparcialidad del cargo que ostenta o la confianza en el sistema de justicia.

En Marruecos, por ejemplo, en el año 2016, dos jueces fueron denunciados por el Ministro de Justicia ante el Consejo Superior de la Magistratura por “violar el deber de discreción” y “expresar opiniones de carácter político” a raíz de unos comentarios críticos con proyectos normativos que afectaban directamente a los jueces realizados en las redes sociales¹⁴⁰.

¹³⁸ CIEJ, Segundo dictamen, de 30 de noviembre de 2015, sobre el uso de las redes sociales por los jueces. Consulta de la Suprema Corte de Costa Rica. Ponente: Comisionado David Ordóñez Solís. Buenos Aires, 9 de diciembre de 2015.

¹³⁹ Tribunal Supremo, Caso de petición disciplinaria contra un juez, Japón, 17 de octubre de 2018, Minshu Vol.72 No.5 p.890. Disponible en https://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=88055

¹⁴⁰ ICJ, “Morocco: end disciplinary proceedings against judges”, 7 December 2018; ICJ, “Morocco: Arbitrary dismissal of Judge Al-Haini must be reversed”, 13 February 2016.

Llegados a este punto es importante incidir, una vez más, en que no basta con que las decisiones y actuaciones de los jueces se decidan de forma imparcial e independiente, sino que deben también parecerlo. Esta circunstancia permite asegurar la confianza de la opinión pública en el sistema de administración de justicia, ya que de acuerdo con el Relator de las Naciones Unidas para la independencia de magistrados y abogados

“un juez, queda automáticamente deslegitimado para intervenir en un asunto en el que tenga, o pueda parecer que tiene, un interés personal o parcializado”¹⁴¹.

Por su parte, iniciativas como la Red Mundial de Integridad Judicial han publicado herramientas como las *Directrices no vinculantes sobre el uso de las redes sociales por parte de los jueces* y trabaja en programas de formación sobre la naturaleza de los medios sociales y las responsabilidades éticas que se derivan para los jueces¹⁴². A través de estas directrices, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha tratado de crear un marco de actuación para los miembros de la judicatura en relación con el uso de las redes sociales de acuerdo con lo establecido por los estándares internacionales y regionales relativos a la conducta judicial¹⁴³.

Algunos países han procedido a iniciar procesos de actualización de su legislación y a formar organismos éticos para dar cuerpo a la cuestión de la integración de los medios sociales en la judicatura¹⁴⁴.

En los Estados Unidos de América los comités asesores de ética judicial han orientado a los jueces sobre el uso de las redes sociales en términos generales y las normas que pueden estar relacionadas con la conducta judicial. También se utiliza jurisprudencia relevante para ilustrar los principios discutidos y se cubren temas sobre el uso de las redes sociales relacionados con

¹⁴¹ Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Diego García Sayán, A/HRC/44/47, 23 de marzo de 2020, párr. 53.

¹⁴² UNIODC, Social media, a new platform for Judges around the world, consultado en julio 2021. Disponible en <http://www.unodc.org/dohadeclaration/en/news/2018/11/social-media--a-challenging-new-platform-for-judges-around-the-world.htm>

¹⁴³ UNODC, Directrices no vinculantes sobre el uso de las redes sociales por parte de los jueces, 2019.

¹⁴⁴ UNODC, Use of Social Media by Judges, Discussion Guide for the Expert Group Meeting, 5-7 noviembre de 2018, Viena. Disponible en https://www.venice.coe.int/files/un_social_media/unodc.pdf

los deberes judiciales como la descalificación, comunicaciones ex parte, y comentarios públicos sobre casos pendientes, entre otros¹⁴⁵.

Las restricciones del código de conducta judicial sobre las actividades de los jueces fuera del estrado en Estados Unidos se aplican de forma idéntica en los medios sociales que en otros contextos. Por ejemplo, según las normas éticas vigentes, un juez debe promover siempre la confianza del público en el poder judicial con independencia de que se exprese de forma oral o escrita. En el contexto de las redes sociales, un juez deberá evitar las publicaciones sobre temas jurídicos y otros temas potencialmente perjudiciales que puedan plantear dudas razonables sobre su imparcialidad, lo que incluye la revelación de información no pública en las redes sociales, incluso en un mensaje general¹⁴⁶. Existe, asimismo, la prohibición de que los jueces ejerzan la abogacía. Esta circunstancia se produce con el fin de asegurar la imparcialidad del cargo ostentado y evitar que la respuesta a una pregunta concreta o un mensaje general se interprete como asesoramiento jurídico y comprometa la posición del juez o jueza respecto de un tema determinado.

Dado que los jueces están obligados a ser imparciales, su uso de las redes sociales no debe contener ninguna actividad que utilice el prestigio del cargo para promover intereses privados. En este sentido, dada la responsabilidad inherente al cargo que ostentan, los jueces deben ser especialmente cautelosos a la hora de socializar en línea. Resulta pues necesario implementar protecciones de privacidad y asumir que toda la actividad realizada a través de las redes sociales tiene la posibilidad de hacerse pública. La judicatura no debe de hacer declaraciones tendenciosas o prejuiciosas en sus actividades en línea, lo que también incluye los "me gusta", los mensajes privados, los grupos y los seguimientos.

En principio no existen limitaciones en cuanto a la pertenencia de los jueces a la mayoría de las organizaciones sin ánimo de lucro, ser voluntarios en ellas o asistir a sus actos, siempre que no haya discriminación dentro de la organización y que sus actividades no amenacen la independencia, integridad o imparcialidad judicial. Esta premisa conlleva la potestad de apoyar sus actividades en las redes sociales.

Las restricciones a las actividades políticas de los jueces se aplican también en los foros tradicionales. Los ejemplos anteriores son sólo algunas de

¹⁴⁵ National Center for States Courts-NCSC, Judicial Ethics Advisory Opinions on Social Media - Social Media and the Courts State Links, Williamsburg, USA. Consultado en agosto 2021. Disponible en <https://www.ncsc.org/topics/media/social-media-and-the-courts/state-links2>

¹⁴⁶ National Center for States Courts-NCSC, *ibidem*.

las nuevas situaciones que han surgido en el día a día de la judicatura y, aunque se rigen por el marco ético general, las plataformas sociales en red pueden, en ocasiones, desdibujar o distorsionar lo que se entiende por un comportamiento adecuado en el contexto del tribunal.

A modo de recapitulación, puede afirmarse que en el ámbito de las redes sociales e internet serán de aplicación los mismos cánones que rigen las relaciones de un juez en su esfera cotidiana. Estos principios incluyen, pero no se limitan, a tener en cuenta elementos como el prestigio del cargo judicial, las comunicaciones ex parte, los comentarios públicos sobre procedimientos pendientes o inminentes, la revelación de información relevante, la degradación del cargo judicial o la descalificación frecuente¹⁴⁷.

5. CONSIDERACIONES FINALES

De la documentación analizada se desprende que un juez, como cualquier otro ciudadano, tiene derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, este derecho tiene como contrapeso la obligación de todo juez o magistrado de comportarse de forma que se preserve la dignidad de las funciones jurisdiccionales. Por lo tanto, la aplicación de restricciones a su libertad de expresión puede resultar necesaria a la hora de garantizar la independencia e imparcialidad de jueces y magistrados.

El presente trabajo ha puesto de relieve cómo las restricciones específicas a la libertad de expresión, así como la forma en que se introducen y ejercen varían según la región, el sistema jurídico y las tradiciones legales del Estado. Sin embargo, del análisis doctrinal y jurídico realizado se desprende que la independencia judicial y la confianza pública en la imparcialidad y la dignidad del cargo constituyen un marco de referencia de carácter general a la hora de ejercer este derecho por parte de la judicatura.

La imparcialidad y su apariencia constituyen el principal límite al ejercicio de la libertad de expresión. La autoridad judicial se apoya precisamente

¹⁴⁷ Supreme Court of California, California Code of Judicial Ethics, Amendment on the judicial code of ethics, Amended by the Supreme Court of California effective July 1, 2020; adopted effective 4 January 15, 1996; previously amended March 4, 1999, December 13, 2000, December 30, 2002, June 18, 2003, December 22, 2003, January 1, 2005, June 1, 2005, July 1, 2006, January 1, 2007, January 1, 2008, April 29, 2009, January 1, 2013, January 21, 2015, August 19, 2015, and December 1, 2016, and October 10, 2018, United States of America. Disponible en https://www.courts.ca.gov/documents/ca_code_judicial_ethics.pdf.

sobre la confianza de la ciudadanía, y esta solo se puede dar si los magistrados actúan de modo imparcial.

Sin embargo, debido al carácter fundamental que debe tener el derecho a la libertad de expresión en cualquier Estado democrático de derecho, la aplicación de limitaciones a su disfrute debe cumplir con unas determinadas garantías procesales. En este sentido, la resolución en que se base la restricción no solo deberá estar fundada y sujetas a la revisión de un órgano judicial de jerarquía superior, sino que las posibles sanciones que se deriven deberán encontrarse establecidas previamente en la ley y ser aplicadas de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Nos encontramos, por lo tanto, ante un derecho que no tiene carácter absoluto, al verse sujeto a la posibilidad de sufrir restricciones tanto a nivel personal, en particular cuando actuaciones enmarcadas en el ámbito de la libertad de expresión realizadas a título particular pudieran poner en tela juicio la imparcialidad o independencia del juez o magistrado, como profesional.

En opinión de este autor, la irrupción de las redes sociales en la esfera judicial requiere una mención especial. El uso e implementación de esta herramienta no tiene por qué conllevar cambios sustanciales en el código ético de jueces, y por ende, en la forma en la que hay que tratar su derecho a la libertad de expresión, ya que bastaría con trasladar y adaptar los principios y normas de actuación que existían hasta el momento al uso de las nuevas tecnologías.

En la actualidad, una mayoría de países no disponen de protocolos, formación o normativa sobre el uso de las redes sociales por parte de los jueces. Esta circunstancia ha provocado un aumento de las infracciones éticas que tienen como origen manifestaciones realizadas por parte de colectivo profesional en ese entorno virtual.

La instantaneidad de los medios sociales requiere que los jueces reciban formación especializada sobre sus obligaciones éticas respecto de la utilización de estas plataformas. Esta circunstancia es de especial importancia ya que la responsabilidad del cargo conlleva la obligación de ser independiente e imparcial, mientras que los medios sociales fomentan las reacciones rápidas y la participación basada en la opinión. La formación en el ámbito de las redes sociales y las tecnologías de la información se convierte en un elemento necesario para garantizar el derecho a la libertad de expresión de jueces y magistrados.

A modo de recapitulación, podemos afirmar que la independencia en el ejercicio de sus funciones junto con la imparcialidad y su apariencia con-

stituyen el principal límite al ejercicio de la libertad de expresión de este colectivo. No podemos obviar el hecho de que la legitimidad del poder judicial se basa en la confianza de la ciudadanía, por lo que no basta con que la judicatura desarrolle sus funciones de manera imparcial e independiente, sino que la sociedad debe percibir que esto es así.

JORDI FEO VALERO
Universidad Internacional de Valencia
c/ Pintor Sorolla 21
46002 Valencia
e-mail: *jordifeo@gmail.com*

**LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES
EN EL EMPLEO DE HOGAR Y DE CUIDADOS EN ESPAÑA
DESDE LA PERSPECTIVA DEL DESTINATARIO DEL DERECHO.
ALGUNAS INNOVACIONES EN LA ELABORACIÓN NORMATIVA
Y EN LOS MEDIOS DE TUTELA**

*THE EFFECTIVENESS OF SOCIAL RIGHTS IN HOUSEHOLD
AND CARE EMPLOYMENT IN SPAIN FROM THE PERSPECTIVE
OF THE LAW'S RECIPIENT.*

*SOME INNOVATIONS IN REGULATORY PROVISION
AND MEANS OF PROTECTION*

DAVID VILA-VIÑAS*
Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 9-6-22

Fecha de aceptación: 16-3-23

Resumen: *El artículo analiza el sector de las empleadas de hogar y de cuidados en España. Muestra las dificultades de acceso a derechos sociales y el impacto de la crisis del covid sobre sus ingresos y acceso a una vivienda. Analiza la eficacia de las garantías sobre sus derechos sociales, tanto generales, como más específicos: subsidio extraordinario e ingreso mínimo vital. En ambos planos se identifican problemas de eficacia. Ello contrasta con la eficacia aportada por las estrategias de autotutela, desplegadas desde las propias organizaciones de empleadas de hogar. Todo ello permite reflexionar sobre los cambios que debe introducir el derecho en la categorización de grupos sociales y en su orientación hacia un determinado tipo de sujeto para recuperar una eficacia en declive.*

* Investigador Ramón y Cajal en el Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla. Trabajo realizado con el apoyo de la ayuda para contratos Ramón y Cajal RYC2021-032948-I, financiada por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU/PRTR y el proyecto del Gobierno de Aragón S09_20R “El derecho a comprender el Derecho y el derecho a los derechos en Aragón” (2021-2023).

Abstract: *The article analyses the domestic and care workers' sector in Spain. It shows the difficulties of access to social rights and the impact of the covid crisis on their income and access to housing. It analyses the effectiveness of the guarantees of their social rights, both general and more specific: special allowance and a minimum living income. In both areas, problems of effectiveness are identified. This contrasts with the efficacy provided by the self-protection strategies deployed by the domestic workers' organisations themselves. All this allows us to reflect on the changes that the law must introduce in the categorisation of social groups and in its orientation towards a certain type of subject to recover declining effectiveness.*

Palabras clave: derechos sociales, eficacia del derecho, cuidados, sociología jurídica, gobernabilidad

Keywords: social rights, efficacy of law, social care, sociology of law, governmentality

1. DELIMITACIÓN SOCIOJURÍDICA DE LA ACTIVIDAD DE HOGAR Y DE CUIDADOS EN ESPAÑA

La capacidad de instar y condicionar el campo de acción de los otros, tal cosa es gobernar¹, requiere y empieza en la propia configuración de su campo de acción y de los grupos que abarca. Así, la consolidación de la soberanía exigió un paradójico pacto con el poder del padre de familia, que incluía esa configuración a través de una línea divisoria de lo político y lo jurídico entre el espacio público, espacio propiamente político sobre el que se extendía el poder incondicionado del soberano, y el familiar, espacio de expresión de la autonomía del padre al que se extendía la intangibilidad de esa dimensión interna, íntima o privada del sujeto respecto a la acción del poder externo del soberano y de terceros². La organización de la segunda reflejaba la de la primera. Por ejemplo, el poder de ambos “soberanos” se resumía en la máxima de “dejar vivir, hacer morir”³, cuyo ejercicio no encontraba, en síntesis, más límite que las obligaciones propias del orden moral y el funcionamiento material del poder. Sin embargo y aunque la esfera familiar obtuviera cierto respeto por parte del soberano, quedaba subordinada al mismo.

¹ M. FOUCAULT, “El sujeto y el poder”, en H. L. DREYFUS Y P. RABINOW (eds.), *Michel Foucault: Más allá del estructuralismo y la hermenéutica*, UNAM, México D.F., 1988, p. 239.

² J. DONZELOT, *La policía de las familias*, trad. de J. Vázquez y U. Larraceleta, Pre-Textos, Valencia, 1998, p. 51.

³ M. FOUCAULT, *Hay que defender la sociedad*. Curso del Collège de France (1975-1976), trad. de H. Pons, Akal, Madrid, 2003, pp. 205-207.

Respecto a este punto de partida, tanto la racionalización del poder en el marco del Estado de derecho liberal⁴, como la organización productiva del capitalismo reconfiguraron la delimitación de ambas esferas, del mismo modo que el ejercicio del poder en su interior y alienaron la actividad familiar más allá de su espacio y subordinación originales. Dicho espacio doméstico se mantuvo privado y, en cuanto núcleo de la personalidad liberal, intangible a la acción del Estado, pero se funcionalizó⁵, feminizado, hacia el objetivo de asegurar los mínimos de “reproducción social”, tanto materiales como simbólicos⁶ necesarios para sostener y expandir la producción.

Aunque tal división no ha acabado de ser pacífica⁷, el modelo de gobierno del Estado social o del bienestar del siglo XX descansó, en términos efectivos, sobre la misma. Se fundaba en una progresiva socialización y desmercantilización de las tareas de cuidados, en sentido amplio, que pasaron por el despliegue de servicios públicos universales de educación y de cuidados sanitarios, de un sistema de pensiones para compensar los momentos en que no pudiera obtenerse un salario (solo suficientes por tanto para quienes hubieran tenido empleos formales) y un sistema asistencial para quienes no podían obtener ingresos suficientes, con una capacidad de integración muy distinta según el modelo nacional de bienestar⁸. Este conjunto de garantías haría posible una mínima efectividad de los derechos sociales, entendidos como la positivación jurídica en términos subjetivos de los valores de dignidad, libertad, igualdad y solidaridad que están en el núcleo del Estado social⁹.

⁴ A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos, Madrid, 2018, pp. 189 y ss.

⁵ N. FRASER, “Las contradicciones del capital y los cuidados”, *New Left Review*, núm. 100, 2016, pp. 111-132.

⁶ C. MORINI, *Por amor o a la fuerza. Feminización del trabajo y biopolítica del cuerpo*, trad. de J. M. Gual, Traficantes de Sueños, Madrid, 2014.

⁷ En primer lugar, porque ambas esferas son, al tiempo, productivas y subjetivantes, de modo que ni, durante el tiempo de trabajo por cuenta ajena, el sujeto queda suspendido y separado de sí, ni el tiempo doméstico es un periodo de subjetivación libre e improductiva, propio de otro mundo o de una verdad distinta. Véase en este sentido D. GRAEBER, “Turning Modes of Production Inside Out: Or, Why Capitalism is a Transformation of Slavery”, *Critique of Anthropology*, núm. 26 vol. 1, pp. 71 y ss.

⁸ M. DALY y J. LEWIS, “The Concept of Social Care and the Analysis of Contemporary Welfare States”, *The British Journal of Sociology*, núm. 51 vol.2, 2000, pp. 281-298.

⁹ Tal es, en el ámbito internacional, el contenido de los artículos 9 a 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el criterio de distinción de la Carta Social Europea respecto al contenido de los derechos civiles y políticos del Convenio

Sin embargo, todo este avance quedó lejos de cubrir el coste completo de la reproducción, de modo que la cobertura de algunos servicios quedaba a su contratación privada por las familias o a su realización no remunerada, sobre todo por parte de las mujeres. Tal situación no ha sido sin embargo homogénea, hasta el punto de que la literatura ha delimitado una modalidad sureuropea del *welfare*, caracterizada por la timidez de la provisión pública y, en compensación, el protagonismo del trabajo intrafamiliar no remunerado –de ahí que se predique su familiarismo– en la provisión de bienestar¹⁰.

Conforme entran en crisis tanto la gobernabilidad welfarista, y con ello la provisión pública de muchos de estos servicios, como la sujeción de las mujeres a las tareas de cuidados no remuneradas, se genera la llamada “crisis de los cuidados”¹¹. Ésta se concreta, según el caso, en la infra-cobertura de tales necesidades, el deterioro de la carrera laboral de las mujeres o la contratación en el mercado de esos servicios a cargo de otras, a menudo mujeres migrantes que forman cadenas globales de cuidados¹². A pesar de que la división gubernamental entre lo público y lo privado insta a hacer pasar esta crisis como un asunto limitado a la segunda esfera y, por lo tanto, ajeno a la política y al derecho, autoras como Nancy Fraser¹³ han mostrado que esta crisis resulta significativa respecto a la principal contradicción del modelo, cual es

Europeo de Derechos Humanos, con lo controvertido de la distinción. Véase la definición y delimitación sistemática de los derechos sociales en el ámbito internacional frente a otras categorías, incluido el interior de los derechos económicos, sociales y culturales en M. NOWAK, “Social rights in international law: Categorization versus indivisibility”, en C. BINDER & J. A. HOFBAUER (eds.), *Research Handbook on International Law and Social Rights*, Edward Elgar Pub., Northampton, MA., 2020, pp. 3 y 4, y a L. PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, en *Liber amicorum. Homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 2016 pp. 589 y ss, para la discusión sobre la consideración de los derechos sociales como derechos fundamentales en el marco constitucional español.

¹⁰ G. ESPING-ANDERSEN, “Children in the welfare state”, en G. ESPING-ANDERSEN (ed.), *Family formation and family dilemmas in contemporary Europe*. Fundación BBVA, Bilbao, 2007, pp. 223-263. También, D. VILA-VIÑAS, “El derecho a la vida familiar como derecho social. Afecções de la crisis sobre los estilos de vida familiar y posibilidades de protección jurídica”, en M. CALVO y M. J. BERNUZ (eds.), *La eficacia de los derechos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 285-310.

¹¹ A. PÉREZ OROZCO, “Amenaza tormenta: La crisis de los cuidados y la reorganización del sistema económico”, *Revista de Economía Crítica*, núm. 5, 2006, pp. 7-37.

¹² C. VEGA SOLÍS, R. MARTÍNEZ-BUJÁN y M. PAREDES, “Introducción. Experiencias, ámbitos y vínculos cooperativos en el sostenimiento de la vida, en C. VEGA SOLÍS et al. (eds.), *Cuidado, comunidad y común. Experiencias cooperativas en el sostenimiento de la vida*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2018, pp. 15-50.

¹³ N. FRASER, *Las contradicciones del capital...*, cit.

requerir crecientes volúmenes de trabajo reproductivo al tiempo que operar en detrimento de sus fuentes. Dentro del contexto español, sureuropeo en términos de bienestar, el impacto de las políticas de austeridad, sumado al del neoliberalismo desde la década de 1990, amplió la cantidad de cuidados a cargo de las familias y, con ello, las brechas entre quienes contaban con esa capacidad y quienes no¹⁴, al tiempo que reducía la libertad para hacer de la vida familiar más una expresión autónoma de la propia personalidad y menos el régimen de afectos y coberturas cruzadas exigido por la necesidad material¹⁵.

1.1. Condiciones generales

Presentado el contexto de gobierno en el que se desarrollan, entre otros, los trabajos domésticos y de cuidados fuera del propio hogar, aparecen las primeras dificultades para su caracterización desde una perspectiva socio-jurídica. Respecto a la propia noción de partida, por una parte, mantener la de “trabajo doméstico” o de “reproducción social” subraya su relevancia sistémica, su naturaleza productiva y heterónoma, mientras que conservar la referencia al “cuidado” subraya su dimensión afectiva, así como la ambigüedad subjetiva y la interdependencia en que se sustancian estas actividades¹⁶. En cuanto a su contenido material, tanto si se opta por la definición de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante, OIT)¹⁷, como de la llamada Ley de Dependencia¹⁸, se observa el despliegue del concepto en

¹⁴ E. RODRÍGUEZ LÓPEZ, *El efecto clase media. Crítica y crisis de la paz social*, Traficantes de Sueños, Madrid, 2022, pp. 197 y ss.

¹⁵ D. VILA-VIÑAS, “El derecho a la vida familiar...”, cit.

¹⁶ Véase C. VEGA *et al.*, “Introducción”, cit. pp. 35 y ss.

¹⁷ En concreto, la definición propuesta señala “La fuerza mundial del trabajo de cuidados comprende a las trabajadoras y los trabajadores del cuidado en los sectores del cuidado (enseñanza y atención de la salud humana), a las trabajadoras y los trabajadores del cuidado en otros sectores y a las trabajadoras y los trabajadores domésticos. También comprende a los trabajadores que no prestan servicios de cuidados en los sectores del cuidado, dado que coadyuvan a la prestación de estos servicios” (L. ADDATI; U. CATTANEO; V. ESQUIVEL y I. VALARINO, El trabajo del cuidado y los trabajadores del cuidado por un futuro de trabajo decente, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 167. https://www.ilo.org/global/publications/books/WCMS_737394/lang--es/index.htm (consultado por última vez el 11-04-2023).

¹⁸ En la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, se distingue el trabajo del cuidado personal de los servicios para atender a las “necesidades de la vida diaria” (art. 23), se entiende

dos grupos de actividades: las de “cuidado indirecto”, “servicios relacionados con las necesidades domésticas y del hogar” o “actividades básicas de la vida diaria” y las de “cuidado directo, personal y relacional” o “atención y cuidado personal”, que cuentan con un destinatario inmediato, esto es, una persona directamente cuidada¹⁹. En puridad e incluso limitada la cuestión al cuidado profesional, ello da lugar a categorizar diferentes grupos de trabajadoras, desde el servicio de hogar al servicio de ayuda a domicilio a las profesionales del sector que desempeñan su actividad fuera de los hogares, sea en escuelas infantiles o residencias de mayores²⁰. Aunque ello genera a situaciones muy distintas, cuya especificidad no conviene desatender y que merecerían asimismo datos mejor desagregados, el análisis del artículo se centrará en las profesionales que trabajan en el hogar para una familia ajena tanto en tareas de cuidado directo como indirecto²¹.

Delimitado el ámbito de estudio, conviene identificar al sujeto de esas actividades. Puede partirse de esta panorámica:

Los datos de la Encuesta de Población Activa estiman que en el año 2020 había en España alrededor de 136 mil trabajadoras contratadas como cuidadoras en residencias geriátricas y centros de día, 92 mil personas ocupadas como cuidadoras a domicilio (contratadas por servicios sociales públicos y privados orientados a la atención en el hogar) y 456 mil trabajadoras de hogar (los datos representan la media anual del año 2020). El total representa a 685 mil trabajadoras, lo mencionamos en femenino, porque el porcentaje de mujeres es del 95,5%. La presencia de personas migrantes es relevante en todas estas ocupaciones y constituye el 50% de esa mano de obra, pero se concentra es-

que en el hogar. Asimismo, se define el objeto de la atención en las “actividades Básicas de la Vida Diaria”, como “las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas” (art. 2.3).

¹⁹ M.L. MOLERO-MARAÑÓN, “Las trabajadoras del cuidado: Por un futuro de trabajo decente”, *Revista de Derecho Social*, núm. 89, 2020, pp. 35 y ss.

²⁰ Véase M.L. MOLERO-MARAÑÓN, “Las trabajadoras del cuidado”, cit. pp. 44 y ss., así como, M. DÍAZ GORFINKEL y B. ELIZALDE-SAN MIGUEL, “La inevitabilidad de los empleos de cuidado La crisis de la COVID como reflejo de las limitaciones sociales y jurídicas en el sector del empleo del hogar”, *Migraciones*, núm. 53, 2021, pp. 96 y ss.

²¹ Ello no es óbice para que esas trabajadoras puedan transitar desde el empleo en el hogar al empleo en instituciones de cuidados, algo frecuente entre las trabajadoras en situación regular cuando la pandemia por covid aumentó la demanda de trabajadoras en residencias de mayores.

pecialmente en aquellos servicios donde la precariedad laboral es mayor. De esta manera, en el empleo doméstico su incidencia alcanza al 63,7% del total de trabajadoras, mientras que en el sector de cuidados a domicilio provisto por servicios sociales la cifra se sitúa en el 30,6% y desciende al 25,6% en el caso de las residencias geriátricas y centros de día²².

Tanto el régimen de bienestar español que se presentó arriba como la condición subordinada en términos de renta, género y extranjería de este sujeto provoca que una proporción relevante de estas personas –hasta el 30% estiman Díaz y Elizalde-San Miguel²³– tengan acuerdos laborales irregulares y explica, por otro lado, la proporción cercana a los ¾ en la titularidad privada de las residencias de mayores²⁴.

La perspectiva de la gobernabilidad que adopta este artículo postula que las situaciones sociales o los grupos no preexisten a su regulación, al menos en lo que importa a su análisis aquí. Al contrario, es la actividad de gobierno la que delimita esas situaciones y grupos con la operatividad que luego tienen en ámbitos socio-jurídicos²⁵. Dicho de forma más específica, el trabajo de hogar y de cuidados no resulta singular solo por su objeto –que, por lo demás, abarca funciones heterogéneas, de cuidado directo e indirecto, realizadas dentro y fuera del hogar–, sino por su singular tratamiento gubernativo. Desde la perspectiva jurídica, eso se ha sustanciado en un régimen especial, siquiera en el interior del régimen general de Seguridad Social²⁶. En su conjunto, se trata de un régimen excepcional respecto a muchas cuestiones relevantes de la relación laboral. Sin ánimo de exhaustividad, no se requiere precisar qué funciones concretas deben realizarse, existe una regulación

²² R. MARTÍNEZ-BUJÁN y P. MORÉ CORRAL, "Migraciones, trabajo de cuidados y riesgos sociales Las contradicciones del bienestar en el contexto de la COVID-19", *Migraciones*, núm. 53, 2021, pp. 2-3.

²³ M. DÍAZ y B. ELIZALDE-SAN MIGUEL, "La inevitabilidad de los empleos de cuidado". cit.

²⁴ P. MORÉ CORRAL, "Cuidados y crisis del coronavirus: El trabajo invisible que sostiene la vida", *Revista Española de Sociología*, núm. 29 vol. 3, 2020, p. 741.

²⁵ Esta dialéctica entre categorización y subjetivación se resume con ejemplos más próximos en D. VILA-VIÑAS, *La gobernabilidad más allá de Foucault. Un marco para la teoría social y política contemporáneas*. Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2014, pp. 81, 320, 410.

²⁶ Puede consultarse la evolución normativa del empleo de hogar en M.L. MOLERO-MARAÑÓN, "Las trabajadoras del cuidado", cit., pp. 54 y ss., desde la relación laboral especial, del Real Decreto 1482/1985, y el régimen especial, a su integración relativa en el régimen general (disposición adicional 39^a de la Ley General de Seguridad Social, Real Decreto-Legislativo 8/2015).

insuficiente de sus condiciones de seguridad y salud en el trabajo y una subordinación de la negociación colectiva en este ámbito²⁷. Solo de manera muy reciente²⁸, el Gobierno de España ha propuesto ratificar el convenio n.º 189 de la OIT, lo que debería implicar a medio plazo una adaptación de la legislación laboral para establecer el derecho al desempleo o la derogación del desistimiento del contrato a voluntad del empleador²⁹ y ha anunciado una reforma prevista en ampliación de los derechos de las empleadas³⁰.

El otro vector que configura la condición precaria de este grupo es la regulación de extranjería que, al modular el acceso a los derechos de ciudadanía y a los derechos sociales respecto a las trabajadoras extranjeras en sus distintas situaciones³¹, las precariza de forma directa y disminuye la capacidad de negociación del colectivo³². Existe cierta homología entre el carácter liminar del trabajo de cuidados y de hogar, dentro y fuera de lo que nuestros marcos jurídico-políticos consideran trabajo -remuneración pero necesidad de cierta afectividad y confianza; espacio doméstico que es también el centro

²⁷ M.L. MOLERO-MARAÑÓN, "Las trabajadoras del cuidado", cit., pp. 55-60; y C. SANZ SÁEZ, "La discriminación en contra de las empleadas de hogar como forma de manifestación de las discriminaciones múltiples", *Revista de Derecho Social*, núm. 83, 2018.

²⁸ Véase L. OLÍAS, "El Gobierno envía al Congreso el convenio 189 que obliga a reconocer el paro de las empleadas del hogar". *eldiario.es*, 5 de abril de 2022, https://www.eldiario.es/economia/gobierno-envia-congreso-convenio-189-obliga-reconocer-paro-empleadas-hogar_1_8890619.html (consultado por última vez el 11-04-2023). El 9 de junio de 2022 está prevista la votación en el Congreso de los Diputados para la ratificación del citado convenio.

²⁹ A. ZAGUIRRE ALTUNA, "Empleadas de hogar: Un caso evidente de discriminación indirecta", *Zoom social*, núm. 3, Fundación Alternativas, Madrid, 2019, p. 16.

³⁰ EUROPA PRESS, "Yolanda Díaz anuncia una ley que «reformula» el trabajo doméstico en España y supondrá «una extensión de derechos a las trabajadoras del hogar»". Cadena Ser, Madrid, 2 de junio de 2022. <https://cadenaser.com/nacional/2022/06/02/yolanda-diaz-anuncia-una-ley-que-reformula-el-trabajo-domestico-en-espana-y-supondra-una-extension-de-derechos-a-las-trabajadoras-del-hogar-cadena-ser/> (consultado por última vez el 11-04-2023).

³¹ Véase I. LEBRUSÁN MURILLO, P. CÁCERES ARÉVALO y E. BREY, "El servicio doméstico como vía de acceso a la regularización administrativa en España", *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 2019, pp. 246-272. 6

³² R. MARTÍNEZ-BUJÁN y P. MORÉ, "Migraciones", cit., p. 16, muestran la subordinación de las trabajadoras extranjeras en el sector a partir de algunos indicadores: Por ejemplo, mientras que la tasa de subempleo femenino es del 11,3% y del 18,4% entre las extranjeras, si el foco se centra en el empleo de cuidados, esas crecen respectivamente al 27,6% y 31,4%, lo que implica "que un tercio de las trabajadoras migrantes subempleadas están en el sector de cuidados". Si lo que se analiza es la temporalidad del empleo, el esquema se reproduce: "En el año 2020 la tasa de temporalidad entre las trabajadoras mujeres se situó en un 22,5% y entre las trabajadoras migrantes ascendió al 28,1%" (ibidem, p. 17).

de trabajo-, y la condición de ciudadanía de las personas extranjeras que los realizan en una proporción relevante.

En tal contexto, las personas que componen este sector se encuentran afectadas por la intersección de una pluralidad de factores de discriminación, que no cabe considerar de forma aislada³³: la condición subordinada del empleo doméstico como tal y su desempeño por una gran mayoría de mujeres, por una parte, y de una proporción relevante de extranjeras, por otra³⁴. Este último rasgo constituye, además, una característica diferencial de la organización de la crisis de los cuidados en el modelo de Estado Social español³⁵. De este modo, el efecto interrelacionado de las variables de clase, género y extranjería delimitan un espacio en el que son más probables las vulneraciones de derechos y menos eficaces sus garantías³⁶.

1.2. Impacto del covid-19

La pandemia desatada a partir de 2020 tuvo un efecto múltiple sobre este colectivo³⁷. Las especiales necesidades sociosanitarias desnaturalizaron las actividades de cuidados, que pasaron a convertirse en actividades estratégicas o “esenciales” dentro de la narrativa político-sanitaria³⁸. Aunque esto

³³ Véase, entre otras, M. LUGONES, “Colonialidad y género”, *Tabula Rasa*, núm. 9, 2008, pp. 73-101.

³⁴ Véase P. CRUZ ZÚÑIGA, “Factores subyacentes en la discriminación en el empleo del hogar y de cuidados”, en R. MARÍN-CONEJO y R. L. SORIANO (eds.), *Las controversias y las transformaciones de los derechos humanos en una sociedad globalizada y tecnológica*, Dykinson, Madrid, 2022, p. 19 y ss.

³⁵ Véanse R. MARTÍNEZ BUJÁN y L. MARTÍNEZ VIRTO, “La organización social de los cuidados de larga duración en un contexto de austeridad y precariedad”, *Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria = Revista de servicios sociales*, núm. 60, 2015, pp. 5-7. <https://doi.org/10.5569/1134-7147.60.01>; y C. CARRASCO BENGOA, “El cuidado como eje vertebrador de una nueva economía”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 31(1), 2013, pp. 39-56.

³⁶ En esta dirección, el informe de P. CRUZ ZÚÑIGA, “Visibilizar lo Invisible. Mujeres migradas y empleo del hogar”, Servicio Jesuita al Migrante, Sevilla, 2018, pp. 21 y ss., <https://sjme.org/docs/informe-visibilizar-lo-invisible-mujeres-migradas-y-empleo-del-hogar/> (consultado por última vez el 11-04-2023), reflejaba, incluso antes de la pandemia de Covid-19 una alta percepción de ineffectividad de los derechos laborales y la incidencia de otras violencias.

³⁷ Véase S. PARELLA RUBIO, “El sector del trabajo del hogar y de cuidados en España en tiempos de Covid-19”, *Anuario CIDOB de la Inmigración* 2020, 2021, pp. 106-110.

³⁸ No así otros ámbitos del sector, como los cuidados infantiles o las actividades en los centros de día, cuya suspensión tuvo notables efectos en el empleo. Véase V. NAVARRO y M. PAZOS MORÁN, El cuarto pilar del Estado del Bienestar. Propuesta para cubrir necesidades esenciales de cuidado, crear empleo y avanzar hacia la igualdad de género, John Hopkins

motivó, en términos generales, el reconocimiento de la facultad de seguir trabajando incluso en los contextos de mayores restricciones a la movilidad, así como ciertas protecciones que se analizarán abajo, el impacto sobre el empleo de hogar y de cuidados fue negativo en términos netos. Díaz y Elizalde-San Miguel³⁹ se remitían a estimaciones de la OIT que, a escala global, situaban a casi tres cuartas partes de las trabajadoras de este sector en riesgo de perder sus ingresos. En España, estas autoras han identificado un descenso del 14% entre las trabajadoras de los epígrafes identificados con el sector de cuidados, que “solo” alcanza el 8% si se trata de cuidado de mayores⁴⁰.

Sin embargo, resulta difícil apreciar el efecto de la pandemia, su gobierno y las limitaciones de la protección social sobre estas trabajadoras si no se desciende a un plano meso. En el contexto de su participación en la Asociación de Trabajadoras del Hogar y de Cuidados de Zaragoza (en adelante, ATHCZ) y a través de encuestas autoadministradas por sus asociadas, Jiménez y Ruberte⁴¹ realizan esta labor en el contexto de la capital aragonesa⁴². A resultas de estas encuestas las autoras destacan los siguientes efectos de la crisis del covid⁴³.

El efecto principal es la pérdida de empleo, con la consiguiente pérdida de ingresos para trabajadoras sin derecho a la prestación por desempleo y con frecuencia en situaciones informales. En “mayo de 2020, el 56,7% de las

University; Public Policy Center, 2020, p. 12, <https://www.upf.edu/documents/3943251/0/INFORME+-+4%C2%BA+Pilar+del+Estado+del+Bienestar/80828c07-ae14-8419-2225-f18c2744fb93>, (consultado por última vez el 11-04-2023).

³⁹ M. DÍAZ y B. ELIZALDE-SAN MARTÍN, “La inevitabilidad de los empleos de cuidado”, cit., p. 101.

⁴⁰ Ibidem, p. 96.

⁴¹ S. JIMÉNEZ CASTILLÓN y M. RUBERTE MAYORAL, “Pandemia y cuidados: Respuestas desde la autoorganización de las trabajadoras de hogar y cuidados”, *Migraciones*, núm. 53, 2021, pp. 171-198.

⁴² Se realizaron dos encuestas: en mayo de 2020, dos meses después de la declaración del estado de alarma, con 83 participantes, y en enero de 2021, 10 meses después, con 80 participantes. Las encuestas se distribuyeron a través del grupo de WhatsApp más general de la asociación, en el que se encuentran todas las asociadas.

⁴³ Conviene señalar que el trabajo empírico que sirve de base al análisis socio-jurídico de este artículo adolece de limitaciones, debido a que abarca un ámbito territorial y subjetivo limitado. De este modo, cualquier conclusión general que se pretenda inferir del mismo, como en ocasiones desearía hacer este artículo, debe corroborarse en el contexto concreto al que alude. En su favor, en cambio, también cabe señalarse que un estudio sobre la efectividad de los derechos sociales en este y otros sectores de actividad, requiere añadir, a los enfoques dogmáticos, técnicas de investigación propias de las ciencias sociales cuyas conclusiones siempre habrán de tomarse con la debida prudencia y como parte de una actividad científica falsable.

encuestadas había sido suspendida de empleo y sueldo al comienzo de la pandemia. Y 37,1% despedida”⁴⁴. El problema es que esta situación no es solo puntual y cuando, en enero de 2021, se vuelve a realizar la encuesta, el 59% de las que había perdido el empleo declara no tener trabajo por ninguna hora, el 19,2% no tener horas fijas y “trabajar solo de lo que va saliendo”, el 9%, tener previstas menos de diez horas semanales y el 2,6%, menos de veinte⁴⁵. Esto genera un conjunto de necesidades, entre las que destacan, por su cuantía e impacto sobre la situación de las mujeres y sus familias, el pago del alquiler⁴⁶, pero también la del acceso a alimentos⁴⁷ o a la salud mental⁴⁸. Dicha situación se agrava de forma especial a partir de dos factores, que además son concurrentes en algunas mujeres. En primer lugar, quienes trabajaban como internas y fueron “despedidas” perdieron a un tiempo sus ingresos y su residencia habitual. En segundo lugar, las trabajadoras extranjeras que perdieron el empleo vieron afectado parte del fundamento de su residencia legal en España, o bien, en caso de no tener una situación regular, padecieron mayores dificultades para acceder a las protecciones, amén del temor a las consecuencias añadidas de las identificaciones policiales.

2. ESTRATEGIAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

El tratamiento y, con ello, la consolidación de este grupo merece una consideración ambivalente. Por una parte, se reconoce la esencialidad del sector⁴⁹, vinculada a la nueva centralidad práctica y simbólica de tales trabajos. Sin embargo, si no se habla aquí de una “mejora” en el tratamiento, sino solo de su “potencialidad”⁵⁰, es porque la protección ha resultado insuficiente.

⁴⁴ S. JIMÉNEZ y M. RUBERTE, “Pandemia y cuidados”, cit., p. 180.

⁴⁵ Ibidem, p. 182.

⁴⁶ Ello supone una dificultad para el 72,5% de las encuestas en mayo de 2020.

⁴⁷ Algo tan básico como el acceso a alimentos resultó difícil, en mayo de 2020, para el 60,8% de las encuestadas. De esta población, el 42,6% había recibido una ayuda de alimentos de los servicios sociales y el 63,8% de otras compañeras de la ATHCZ, ibidem, p. 181.

⁴⁸ Sin corresponderse necesariamente con un cuadro clínico, en mayo de 2020, el 79% de las encuestadas reconocía estar viviendo situaciones de angustia, ibidem, p. 182.

⁴⁹ El Real Decreto-ley 10/2020, de 29 de marzo, consideraba esencial la actividad de atención de mayores, menores, personas dependientes o con incapacidad. Asimismo, el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaraba el estado de alarma, ya excepcionaba la limitación del derecho de circulación para estas personas.

⁵⁰ Véase S. JIMÉNEZ y M. RUBERTÉ, “Pandemia y cuidados”, cit., p. 172.

te en los momentos de mayor atención y, declinante conforme la crisis se gubernamentalizó en términos virológicos más que sociosanitarios⁵¹. Ello sintetiza una aproximación biopolítica al impacto del covid, no en el sentido de que fuera una política centrada en administrar y minimizar la muerte, sino sobre todo en el de centrarse en las condiciones de las personas vivas y en el problema de la vida⁵². El cambio en la atención pública, que se completa a una velocidad desproporcionada respecto a la intensidad de la convulsión de marzo de 2020, puede entenderse como una naturalización del fenómeno y una vuelta por lo tanto a los canales de la gubernamentalización anterior; recauzamiento de las cosas que el Gobierno de España englobó en la imagen de “nueva normalidad”.

A este respecto, se ha indicado cómo el régimen de bienestar español, al basarse en la provisión familiar del cuidado, dispensa a las trabajadoras del hogar y de cuidados un tratamiento homólogo al del trabajo familiar en su relevancia. A ello conviene añadir el estrés sobre el apoyo público a la provisión de estos servicios en el contexto del neoliberalismo y la austeridad en las últimas décadas. A resultas de todo ello, la cantidad de trabajadoras domésticas y de cuidados profesionales ha permanecido más estable incluso en los momentos de la crisis de 2008 en los que la retracción del empleo era mayor⁵³, sin que se pueda predicar lo mismo de su protección.

En el momento de emergencia del covid-19, a las inmensas necesidades de cuidados sobrevenidas, les siguió un aumento del gasto público y un conjunto de medidas para mitigar su impacto social⁵⁴, con el objetivo de ofrecer

⁵¹ De los barómetros del Centro de Investigaciones Sociológicas entre los meses de marzo y diciembre de 2020, M. DÍAZ y B. ELIZALDE-SAN MARTÍN, “La inevitabilidad de los empleos de cuidado”, cit., pp. 91-93, inducen que la preocupación estrictamente sanitaria se mantuvo constante mientras que decayó la preocupación por las distintas consecuencias de la crisis.

⁵² Véase la concepción de la biopolítica que expone M. FOUCAULT, *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*, trad. de H. Pons, FCE, México D.F., 2007. p. 97.

⁵³ M. DÍAZ GORFINKEL y R. MARTÍNEZ-BUJÁN, “Mujeres migrantes y trabajos de cuidados: Transformaciones del sector doméstico en España”, *Panorama social*, núm. 27, Funcas, 2018, p. 107.

⁵⁴ Aunque existe cierta discordancia entre las fuentes, hay consenso en apreciar un aumento del gasto. Mientras que el Ministerio de Hacienda cifra el aumento del gasto social y sanitario en unos 45.000 millones durante 2020, <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/hacienda/Paginas/2021/290321-ejecuci-n-2020.aspx> (consultado por última vez el 11-04-2023), el Banco Central Europeo indica una proporción del PIB gastado del 1,3%, mucho menor que la media de la Zona Euro, del 4%, conforme al desglose que hace L. DONCEL, Doncel, L. “España es el país del euro que menos gastó el año pasado para hacer frente a la crisis, según el BCE”, *El País*, 3 de febrero de 2021, <https://elpais.com/economia/2021-02-02/>

una cierta protección ante el retroceso en el empleo y los ingresos de los hogares⁵⁵. Ello se ha producido a través de los siguientes instrumentos, que se analizarán de manera específica para las empleadas de hogar y de cuidados. En primer lugar, la posibilidad de acordar expedientes de regulación temporal de empleo (en adelante, ERTE)⁵⁶ dejó fuera a las empleadas encuadradas bajo la especialidad de empleo de hogar del régimen general de Seguridad Social, al igual que no pudieron obtener ninguna prestación por desempleo en los casos en los que la relación laboral cesó al margen de su voluntad.

En segundo lugar y respecto al otro gran impacto, la puesta en riesgo de la vivienda, las protecciones implementadas también deben considerarse insuficientes. La primera vía de protección se sustanció en una moratoria de las obligaciones derivadas de las deudas con garantía hipotecaria para la adquisición de vivienda⁵⁷. Sin embargo, la encuesta a la ATHCZ, por ejemplo, no registró ningún impacto de esa medida sobre el colectivo de empleadas de hogar. Es previsible que ello se deba a que la situación de propiedad sobre la vivienda sea menos frecuente en este grupo. Por otro lado, las vías de protección para arrendatarios pueden resumirse, amén de mayor financiación para las Comunidades Autónomas, en:

la introducción de un periodo de suspensión del procedimiento de desahucio y de los lanzamientos, cuando afecten a arrendatarios vulnerables sin alternativa habitacional; la posibilidad de acogerse a una prórroga extraordinaria de los contratos de arrendamiento de vivienda que finalicen en este periodo, en los mismos términos y condiciones; en situaciones de vulnerabilidad, una prórroga o reducción del alquiler cuando el arrendatario sea un gran tenedor; una línea de ayudas transitorias de financiación, sobre la base de una línea de avales con garantía del Estado a través del ICO, que permite cubrir el pago de hasta seis mensualidades de alquiler⁵⁸.

espana-es-el-pais-del-euro-que-menos-gasto-el-ano-pasado-para-hacer-frente-a-la-crisis-segun-el-bce.html (consultado por última vez el 11-04-2023).

⁵⁵ Véase una fundamentación constitucional de estos objetivos políticos en los artículos 35, 40.1 y 41 de la Constitución Española, entre otros.

⁵⁶ Inicialmente prevista por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (art. 25).

⁵⁷ Inicialmente regulada en los artículos 7 y siguientes del mismo Real Decreto-ley 8/2020 y modificada mediante la disposición final 1.2 del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo.

⁵⁸ Epígrafe primero de la exposición de motivos del Real Decreto-ley 37/2020 en alusión al contenido del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19. Tales medidas se pueden consultar en su versión consolidada después del Real Decreto-ley

En este caso, que suponía una preocupación principal para las trabajadoras y consumía la mayor proporción de los recursos de asistencia⁵⁹, la protección resultó también insuficiente. En la práctica, las autoras señalan que muchas de las trabajadoras tienen obstáculos para acceder a un arrendamiento de vivienda, de modo que subarriendan habitaciones y ello se produce de manera informal, sin aparecer dentro de los contratos de arrendamiento principal. Todo ello impide, en último término, acreditar la situación que les permitiría acceder a algunas protecciones.

Sin acceso efectivo a estas garantías de tutela de los derechos sociales, conviene analizar la efectividad de otras prestaciones, bien más específicas, como el subsidio extraordinario, o bien más generales pero que, por su carácter de *ultima ratio* de la protección social, podrían resultar efectiva sobre este grupo, como el ingreso mínimo vital.

2.1. Subsidio extraordinario para empleadas de hogar familiar

Al comprobar que la protección de los ERTE no abarcaba a las empleadas de hogar y de cuidados, cuya actividad se había revalorizado, la presión social del colectivo⁶⁰ motivó el acuerdo de una medida específica de protección⁶¹. Este “subsidio extraordinario por falta de actividad para las personas integrantes del Sistema Especial de Empleados de Hogar Familiar” se diseñó para sustituir los ingresos que éstas hubieran perdido al cesar su relación laboral, algo animado en este caso por la liberalidad de las condiciones en que la parte empleadora puede “desistir” del contrato. Sin embargo, su efectividad ha sido muy limitada y su resultado puede ser, más allá de su concreta regulación, expresivo de las actuales debilidades de la efectividad de los derechos sociales para algunos grupos.

37/2020, de 22 de diciembre, de medidas urgentes para hacer frente a las situaciones de vulnerabilidad social y económica en el ámbito de la vivienda y en materia de transportes (art. 1).

⁵⁹ S. JIMÉNEZ y M. RUBERTE, “Pandemia y cuidados”, cit., p. 181.

⁶⁰ Véanse referencias a la misma en G. LÓPEZ, “Las trabajadoras del hogar celebran el subsidio extraordinario aprobado por el Gobierno, pero señalan sus fisuras”, Ameco Press, 3 de abril de 2020, <https://amecopress.net/Las-trabajadoras-del-hogar-celebran-el-subsidio-extraordinario-aprobado-por-el-Gobierno-pero-señalan-sus-fisuras> (consultado por última vez el 11-04-2023).

⁶¹ Esta medida se regula en los artículos 30 y siguientes del Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

El primer obstáculo reside en barreras de entrada de carácter normativo. Al ceñir el acceso al empleo de hogar formal, la medida no afecta al cuerpo de empleadas informales. Al limitar la prestación a un 70% de la base reguladora de la cotización, los ingresos finales sufren una reducción apreciable, en unos casos, y drástica en la proporción de trabajadoras que cotizan por menos horas de las que trabajan⁶².

El segundo obstáculo reside en barreras de orden burocrático⁶³. Se ha destacado, por ejemplo, la dificultad de acreditar “la modificación de la situación laboral a través de una declaración firmada” por la parte empleadora⁶⁴, de presentar la documentación por vía electrónica ante el Servicio Público de Empleo Estatal, así como del propio colapso del mismo en la ulterior prestación. Todo ello ha llevado a que la medida adolezca de una extensión y capacidad de cobertura muy limitadas⁶⁵.

Esta situación hace pertinentes, al menos, dos reflexiones iniciales. La primera se refiere a los motivos por los que esta protección no se podría haber anexado a la propiciada por los ERTE, más sistemática y eficaz. Aunque

⁶² Aunque su propia condición informal hace difícil estimar el fenómeno, en la encuesta a las trabajadoras de la ATHCZ se mostraba cómo “el 40,5% de las encuestadas, que están dadas de alta en la Seguridad Social, dice que su cotización corresponde a la jornada real de trabajo, el 19% dice que no corresponde y el 40,5% restante reconoce no disponer de esta información” S. JIMÉNEZ y M. RUBERTE, “Pandemia y cuidados”, cit., p. 181. Este botón de muestra describe bien la inseguridad jurídica del sector frente a la premisa de formalidad de la prestación.

⁶³ Conviene reconocer que esta distinción entre lo “normativo” y lo “burocrático” adolece de problemas de vaguedad, siquiera sea porque, en un Estado de derecho, toda previsión burocrática o procedural debe tener fundamento en una previsión normativa. Sin embargo, la distinción es pertinente en la medida en que permite diferenciar los elementos y requisitos del supuesto de hecho de esas obligaciones de prestación para el Estado que se refieren a características de la vida y actividad de los destinatarios, de las formas de acreditación de esas situaciones o de presentación de las solicitudes, por ejemplo.

⁶⁴ M. DÍAZ y B. ELIZALDE-SAN MARTÍN, “La inevitabilidad de los empleos de cuidado”, cit., p. 105.

⁶⁵ Es muy útil aquí revisar el análisis de los datos que hacen S. JIMÉNEZ y M. RUBERTE, “Pandemia y cuidados”, cit., pp. 178-179, cuando muestran que, según el Ministerio de Trabajo y Economía social, a octubre de 2020, solo se habían presentado unas 42.500 solicitudes. Si tenemos en cuenta que la EPA estima una cantidad media de empleadas y empleados de hogar en 2020 de 456.000, las solicitudes suponen un 9,13% del total de empleadas en situación formal y un 7% si se estima, al contar a las que tienen una situación informal, el total de empleadas en unas 600.000. Aquí reside el principal defecto en la eficacia de esta medida. Sin embargo, incluso con el escaso número de solicitudes, “solo habían sido aprobadas 23.473, 1.606 habían sido denegadas y otras 7.500 estaban en trámite”, ibidem, p. 179.

la prevención del fraude es un motivo plausible no resulta suficiente, ya que el fraude no es exclusivo de este ámbito, ni su detección supone una dificultad insuperable, salvo que se mantenga la premisa de que, más que de una relación laboral, se sigue tratando de una relación “de servicio” inscrita en la intimidad familiar y protegida por su inviolabilidad. También descarta la fuerza específica del argumento preventivo del fraude que este subsidio no se haya prorrogado más allá de la vigencia del estado de alarma, como sí ocurrió con el mecanismo protector de los ERTE y otros.

La segunda entraña con una crítica sostenida a las políticas demasiado focalizadas⁶⁶ en ciertos grupos o necesidades, que han proliferado a partir de la reformulación anti-universalista del Estado del bienestar. En síntesis, al tratarse de políticas más bien reactivas a la necesidad y con un acceso muy condicionado, responden bien al esquema de provisión de los recursos públicos conforme a un juego competitivo y de suma cero entre distintos grupos, pero generan discrepancias sobre la priorización de grupos sociales⁶⁷ y, al concretarse de forma restrictiva, ofrecen una protección insuficiente en último término. Más abajo se discutirá también en qué medida cabe considerar la particular ineeficacia de algunas de estas políticas como supuestos de subordiscriminación⁶⁸, en razón de la posición relativa de los grupos que deberían proteger.

2.2. Ingreso mínimo vital

En contraste con la medida anterior, la prestación de un ingreso mínimo vital⁶⁹ no está focalizada para empleadas de hogar y de cuidados. A pesar

⁶⁶ Para una caracterización y contextualización de estas políticas en la renovación laborista de tercera vía de las políticas sociales, véase, entre otras referencias, P. TAYLOR-GOOBY, “Paradigm shifts, power resources and labour market reform”, en P. TAYLOR-GOOBY (ed.), *Ideas and welfare state reform in Western Europe*, Palgrave Macmillan, Hounds Mills, 2005, pp. 12-29.

⁶⁷ Sobre este problema, puede verse, entre otras referencias, W. VAN OORSCHOT & F. ROOSMA, “The Social Legitimacy of Targeted Welfare and Welfare Deservingness”, en W. VAN OORSCHOT et al. (eds.), *The Social Legitimacy of Targeted Welfare. Attitudes to Welfare Deservingness*, Edward Elgar Publishing, UK, 2017, pp. 3-34.

⁶⁸ Aunque se profundizará en la operatividad del concepto más abajo, sirva anticipar, entre otras pertinentes que se señalarán, la referencia de J.M. GIL RUIZ, “La catarsis del derecho ante la subordiscriminación”, en J.M. GIL RUIZ (ed.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordiscriminatorio*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 27-42, sobre este concepto.

⁶⁹ La prestación se reguló inicialmente mediante el Real Decreto-ley 20/2020, de 29 de mayo, por el que se establece el ingreso mínimo vital. Sin embargo, la necesidad de ampliar el acceso al derecho ya dio lugar a modificaciones sensibles, operadas a través del Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha

de ello, se ha dispuesto como un recurso relevante para la protección de este grupo, ante la insuficiencia de medidas más específicas. En síntesis, se trata de una prestación económica no contributiva que tienen derecho a recibir quienes, amén de otros requisitos, no alcancen un determinado umbral de ingresos y hasta el mismo, sin perjuicio de que se pueda combinar, superando un tanto el citado umbral, con otras vías de ingreso. Aunque no es éste el espacio más indicado para discutir sobre su relevancia, sí conviene destacar sus líneas de innovación más importantes respecto a nuestro modelo anterior de tutela de los derechos sociales. En primer lugar, se produce un avance notable cuando se reconoce que una suficiencia de ingresos, siquiera se pueda discutir la efectiva suficiencia de la cuantía, tiene un vínculo indisoluble tanto con los derechos y valores fundamentales de dignidad, de autonomía y de igualdad. Ello justifica que el Estado deba responsabilizarse de su tutela básica, mientras que la obligación de las Comunidades Autónomas es completar esta protección y ampliarla respecto a nuevos riesgos sociales o a otros más ligados a su contexto⁷⁰. En segundo lugar, aunque no se trata de una prestación universal ni exenta de exigencias burocráticas, deja de estar condicionada a la búsqueda activa de empleo o al seguimiento de cursos y actividades; exigencias propias de la tradición asistencialista y de menor elegibilidad de estas prestaciones⁷¹. Y, por último, se hace parcial y temporalmente

de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, en su amplio artículo 3. La tramitación de todo ello como proyecto de ley en las Cortes Generales alcanzó una forma que se puede considerar relativamente consolidada en la Ley 19/2021, de 20 de diciembre, por la que se establece el ingreso mínimo vital. Dado que esta prestación sustancia la competencia del Estado en la efectividad de los derechos fundamentales (art. 149.1.1^a CE) pero regula una actividad antes tratada sobre todo dentro de la competencia autonómica de asistencia social (art. 148.1.20^a CE), el sistema de prestaciones se ha debido ajustar después, como explica M. VAQUER CABALLERÍA, “El IMV desde la óptica del derecho público: Sus aportaciones al debate sobre el Estado social y autonómico”, *Teoría y Método: Revista de Derecho Público*, núm. 5, 2022. En el supuesto aragonés, que ha concentrado arriba la atención empírica de este artículo en cuanto a las empleadas de hogar, esto se realizó mediante la Ley 3/2021, de 20 de mayo, por la que se regula la Prestación Aragonesa Complementaria del Ingreso Mínimo Vital y el Servicio Público Aragonés de Inclusión Social, resultado de la tramitación parlamentaria del Decreto-ley 5/2020, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón, al respecto. Esta regulación inicial se ha fortalecido mediante la aprobación del Decreto-ley 4/2022, de 4 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se establece un incremento extraordinario para el año 2022 del importe de la Prestación Aragonesa Complementaria del Ingreso Mínimo Vital y de la cuantía máxima de determinadas prestaciones.

⁷⁰ M. VAQUER, “El IMV desde la óptica del derecho público”, cit.

⁷¹ R. CASTEL, *La metamorfosis de la cuestión social: Una crónica del salariado*, trad. de J. Piatigorsky, Paidós, Buenos Aires, 1997, pp. 245 y ss.

compatible con otras fuentes de ingreso, de lo que se sigue el debilitamiento de otro de los postulados del neoliberalismo social, cual es que cualquier tipo de empleo era preferible y suficiente para asegurar unos ingresos básicos⁷².

Dada la falta de cobertura de otras alternativas prestacionales y de la gran cantidad de solicitudes recibidas⁷³, cabría pensar en éste como en un recurso eficaz de protección de *ultima ratio* para las trabajadoras de hogar. La experiencia de la ATHCZ desmiente esa efectividad⁷⁴, eso sí, en el muy limitado alcance de las personas que incluye, si se considera el total de las empleadas de hogar y de cuidados en la crisis de 2020, pero una mirada más general puede señalar otros factores que hayan incidido en su efectividad. En esos términos generales, los requisitos de la medida han favorecido un nivel de concesiones bajo⁷⁵, sobre todo si se tiene en cuenta que la propia formulación de una solicitud válida susceptible de tramitación ya introduce una barrera de entrada relevante para las poblaciones destinatarias de la prestación. Asimismo, el impacto masivo de la medida, aunque menor de

⁷² G. DEL NEGRO, "La mejor política social es crear empleo", en J. GRACIA y D. JIMÉNEZ (eds.), *Tristes tópicos. Representaciones sociales desenfocadas*, Laboratorio de Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2016, pp. 79-92.

⁷³ En septiembre de 2021, se habían incoado más de 1,3 millones de expedientes válidos. Fuente: Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Documents/2021/011021-IMV-beneficiarios.pdf> (consultado por última vez el 11-04-2023).

⁷⁴ En la experiencia de la ATHCZ, una entrevista con su asesora jurídica, Marysol Ruberte, señala que las solicitudes fueron contadas ("no más de ocho") y aun menos las concesiones. Es cierto que, digerido el pico inicial, la capacidad de tramitación de las solicitudes ha mejorado de manera notable: según la citada fuente pública, en septiembre de 2021, se habían resuelto más del 92% de los expedientes válidos.

⁷⁵ En septiembre de 2021, se habían concedido casi 337.000 prestaciones, lo que beneficiaba a cerca de 800.000 personas. Sin embargo, eso supone una *ratio* de concesión de solo el 27,5% de las solicitudes válidas, según la fuente citada antes. El mismo Ministerio señala que el 60% de las denegaciones se deben a haber sobrepasado el umbral de ingresos. Fuente: nota de prensa del Ministerio de 1 de octubre de 2021: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2021/011021-imv-beneficiarios.aspx> (consultado por última vez el 11-04-2023). En comunicaciones anteriores, como la nota de prensa del 18 de marzo de 2021: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2021/180321-imv.aspx> (consultado por última vez el 11-04-2023), el Ministerio también señalaba que las dificultades para acreditar la existencia de la unidad de convivencia estaban detrás del 10% de las denegaciones, lo que motivó alguna revisión normativa. En todo caso, esto sigue sin traducirse en una mayor proporción de concesiones y tampoco ofrece una explicación directa respecto al otro 30% de las solicitudes válidas denegadas.

los necesario, se compensa con una intensidad débil de la cobertura en los supuestos de concesión⁷⁶.

En cuanto a factores específicos relativos al grupo de empleadas de hogar y de cuidados, cabe exponer los siguientes. En primer lugar, la limitación subjetiva de la prestación a personas con residencia legal en España excluye a las personas con residencia no-legal⁷⁷. Unido a esto, no coadyuvan al acceso a este ingreso las exigencias de acreditación de la residencia mediante empadronamiento, por las conocidas dificultades de empadronarse en un piso compartido cuando esto no se puede acreditar asimismo ante el padrón municipal mediante la presencia en el contrato o las facturas de suministros⁷⁸.

En segundo lugar, se ha criticado que el marco anual de cómputo de ingresos no ha permitido enfrentar los riesgos de pobreza sobrevenida que fueron tan frecuentes en la crisis del covid de 2020 y que responden a la estructura del riesgo de muchos hogares. Se trata de hogares que, si bien ha-

⁷⁶ En septiembre de 2021, la cuantía media de la prestación por hogar fue de 436 euros, lo que supone una media de 172 euros por beneficiario. Fuente: nota de prensa del citado Ministerio de 1 de octubre de 2021: <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/inclusion/Paginas/2021/011021-inv-beneficiarios.aspx> (consultado por última vez el 11-04-2023). La encuesta de condiciones de vida de 2021 operaba con una mediana de renta de hogares de 16.000 euros, lo que sitúa el umbral de pobreza relativa (tasa Arope) en 9.600 euros anuales. Aunque la comparación no es posible solo a partir de estos dos indicadores, da idea de la debilidad de cobertura que el ingreso mínimo vital tiene por sí y la necesidad de complementarlo en el plano autonómico.

⁷⁷ La tramitación parlamentaria explicitó, en la formulación de la Ley 19/2021, que la residencia “habitual” permitía períodos cortos de estancia fuera de España. Recuérdese que el empleo de hogar es el principal nicho de empleo para trabajadores extranjeros, con un total de 365 mil personas empleadas en el 2017 (M. DÍAZ y R. MARTÍNEZ-BUJÁN, “Mujeres migrantes”, cit. p. 108), lo que invita a presumir una cantidad considerable de trabajadoras extranjeras sin residencia legal. Si se analiza en detalle un grupo concreto, se observa cómo este obstáculo es muy relevante. En la ATHCZ, “el 50% de las encuestadas carece de documentación legal para estar dada de alta, frente a un 43,6% que está en situación regular y un 7,7% en trámites de regularizar su situación” (S. JIMÉNEZ y M. RUBERTE, “Pandemia y cuidados”, cit. p. 183). A mejorar esta situación tampoco han ayudado las dificultades para obtener cita en las oficinas de extranjería o el retraso en la tramitación, como puede verse en M. MARTÍN, “La Administración incumple el plazo legal para resolver los papeles de los extranjeros”, El País, Madrid, 10 de diciembre de 2021, <https://elpais.com/españa/2021-12-10/la-administracion-incumple-el-plazo-legal-para-resolver-los-papeles-de-los-extranjeros.html> (consultado por última vez el 11-04-2023).

⁷⁸ El Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, ya había relajado y aclarado algo los requisitos sobre la acreditación de la residencia, para hacer posible que fueran beneficiarias personas que compartieran vivienda con otras distintas de la unidad de convivencia.

bitualmente se sitúan por encima del umbral de ingresos de la prestación, tienen una capacidad de ahorro tan escasa que no les protege ante pérdidas repentinhas de ingresos⁷⁹, como los “despidos” que vivieron muchas de estas trabajadoras.

2.3. Eficacia limitada de las medidas y estrategia de autotutela

Este recorrido por las medidas de protección de los derechos sociales para las trabajadoras de hogar y de cuidados permite concluir que la protección respecto a los riesgos de pérdida de vivienda no tiene una herramienta específica y que, respecto a la de descenso de ingresos, ésta sí existe, aunque con un impacto muy limitado. Si bien se dedicará la sección siguiente a analizar las consecuencias de esta circunstancia respecto a la efectividad de los derechos sociales, no puede cerrarse el recorrido sobre los mecanismos de protección sin considerar las acciones de autotutela de derechos sociales que las propias empleadas emprendieron, sobre todo a través de sus comunidades y asociaciones.

La noción de la autotutela de derechos se distingue del simple ejercicio en que se produce en situaciones en las que este último cuenta con algún obstáculo, tanto para su ejercicio como para su tutela inmediata, de manera que es oportuno emprender una estrategia autónoma para superar ese obstáculo y acceder al derecho. La noción subraya así la necesidad de superar la ausencia de garantías legales o administrativas que permitan el acceso directo a los derechos e incluso la dificultad de instar la tutela de otro poder, en general el Poder Judicial. Desde la perspectiva procesal y la teoría del derecho, la autotutela se ha configurado como un vestigio de antiguas concepciones del derecho en la moderna⁸⁰. No en vano, la legitimidad de nuestro derecho se vincula en parte a la progresiva eliminación de las vías de justicia privada y al monopolio del ejercicio de la fuerza por parte de una institucionalidad

⁷⁹ Para limitar este problema, la regulación de la prestación en la Ley 19/2021 (art. 11) incorporó la posibilidad de acceder a la prestación ante un descenso de ingresos que situara al solicitante por debajo del umbral de ingresos el año en curso, siempre que no se tuviera otro patrimonio o prestaciones.

⁸⁰ Véase, entre muchos enfoques coincidentes, el de F. MARTÍN DIZ, “El derecho fundamental a justicia: Revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista de Derecho Político*, núm. 106 vol. 1, 2019, p. 17. Se trata de un enfoque significativo porque, a pesar de mantener las reticencias clásicas, sí identifica una apertura general del derecho a la tutela judicial efectiva a medios extrajudiciales y no jurisdiccionales, sin que ello suponga una simple privatización de la tutela judicial.

estatal capaz de subordinar a las violencias privadas, verdadero combustible de la imagen hobbesiana de la guerra de todos contra todos previa al estado de civilización.

Por su parte, el constitucionalismo crítico ha estado más abierto a las estrategias de autotutela en estos contextos de ineeficacia del Estado en la garantía de los derechos, de “colapso del constitucionalismo social”⁸¹, e incluso de inicio de un “proceso deconstituyente” por parte de los poderes públicos⁸² y, junto con otros factores de eficiencia, todo ello ha incentivado el recurso a formas más participadas de tutela. En el supuesto de las empleadas de hogar y de cuidados, esa relativa ineeficacia de la tutela estatal es la que anima el ejercicio de la autotutela. Algo añadido en este supuesto es que la autotutela no puede efectuarse de forma individual. Al contrario, es necesaria su articulación en asociaciones y comunidades de información, asistencia y acción colectiva, a caballo entre las organizaciones sindicales, aunque con menos formalidad en el empleo, y los movimientos sociales, aunque con más atención en la satisfacción del propio derecho.

Para evitar perderse en formulaciones demasiado abstractas conviene volver al ejemplo de la ATHCZ para discutir la entidad de esta estrategia. Aunque la asociación ya operaba antes de la crisis con unas 80 socias, la participación se desbordó en los momentos más duros del confinamiento desde marzo de 2020, momento a partir del que aquella aumentó hasta alcanzar las 225 socias en marzo de 2021⁸³. A pesar de la fragilidad de esta categorización, la actividad de la ATHCZ puede desglosarse, por una parte, en una actividad de incidencia política, en la divulgación de las condiciones de las trabajadoras del cuidado y la presión a las instituciones públicas para que mejoren esas condiciones y, por otra, en una actividad de apoyo directo y horizontal a las asociadas. En el contexto de la crisis del covid y en cuanto al primer conjunto de actividades cabe destacar su impacto en la propia apro-

⁸¹ A. DE CABO “El fracaso del constitucionalismo social y la necesidad de un nuevo constitucionalismo”, en M. APARICIO (ed.), *Por una asamblea constituyente: Una solución democrática a la crisis*, Sequitur, Madrid, 2012, p. 156. Este es también el enfoque de M. APARICIO WILHELMI “La apertura de una brecha constituyente como respuesta a la crisis. El tiempo de los sujetos (o tomando los sujetos en serio)”, en R. MARTÍNEZ (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 347-378.

⁸² Véase G. PISARELLO, “Reino de España: Perspectivas de un proceso destituyente-constituyente”, Sin Permiso, Barcelona, 2013, <https://www.sinpermiso.info/textos/reino-de-espana-perspectivas-de-un-proceso-destituyente-constituyente> (consultado por última vez el 11-04-2023).

⁸³ S. JIMÉNEZ y M. RUBERTE, “Pandemia y cuidados”, cit., p. 184.

bación del subsidio extraordinario, para colmar las carencias en la protección de las primeras herramientas⁸⁴.

En cuanto al segundo conjunto de actividades, la asociación se centró, en los primeros momentos, en la provisión de alimentos y material sanitario, y después, en asumir el coste de algunos alquileres que se encontraban al margen del sistema de protección, pero cuya pérdida ponía en riesgo a las mujeres y sus familias. Con carácter general y aun previo a la pandemia, la asociación realiza una distribución horizontal de información que permite acceder a otras oportunidades de asistencia y de empleo⁸⁵. Así pues, a través de sus propios recursos económicos y sociales –la alianza con otras entidades comunitarias, del tercer sector o incluso instituciones públicas– las propias trabajadoras podían tutelar de manera más eficaz sus derechos sociales al tiempo que mejoraban, siquiera de forma escueta, las garantías que ofrecía el Estado.

3. IMPLICACIONES PARA LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO Y, EN PARTICULAR, DE LOS DERECHOS SOCIALES

El abordaje de la situación de las empleadas de hogar y de cuidados durante el contexto más duro de la pandemia no solo se justifica por el interés de la situación de este grupo y de la propia coyuntura, sino por las enseñanzas que ofrece para abordar hoy la cuestión de la eficacia del derecho y en particular la de los derechos sociales. Para ello sirve conservar una distinción, cierto que problemática, entre su dimensión objetiva y sus implicaciones subjetivas, ambas desde la perspectiva de la sociología jurídica.

3.1. La dimensión objetiva. Categorizaciones que afectan a la efectividad

El resultado de las estrategias de protección social frente a la crisis causada por el covid constituye un momento significativo de nuestro sistema

⁸⁴ Puede leerse un resumen de las principales reivindicaciones de estas asociaciones para la reforma del estatuto de las empleadas de hogar y de cuidados en R. PIMENTEL, C. CISNEROS, A. CABALLERO y A. ROJO, *Biosindicalismo desde los territorios domésticos: Nuestros reclamos y nuestra manera de hacer*, Laboratoria espacios de investigación feminista, Madrid, 2021 y en S. JIMÉNEZ y M. RUBERTE, “Pandemia y cuidados”, cit., p. 195.

⁸⁵ Fuente: Entrevista con socias de la ATHCZ de julio de 2020. A final de mayo de 2020, vigentes algunas de las medidas más restrictivas de confinamiento domiciliario y en el contexto de una campaña para recaudar fondos, la asociación indicaba que había atendido más de 2.200 llamadas ese mes y prestado ayudas para el alquiler en favor de 75 personas.

de derechos sociales. Al analizar el problema general sobre las garantías de estos derechos⁸⁶, ha sido frecuente achacar esas carencias a factores como la neoliberalización de los enfoques de protección, lastrados cada vez más por el antiuniversalismo, la mercantilización y la individualización⁸⁷ o, desde 2010, a las restricciones de la inversión social auspiciadas por la austeridad⁸⁸. Lo singular de la coyuntura analizada es que las limitaciones en la eficacia se dan no *a causa de*, sino *a pesar de* una estrategia de protección expansiva, más ambiciosa y con un fundamento axiológico coherente con las perspectivas rígidamente garantistas de los derechos sociales⁸⁹. Estas limitaciones respecto al grupo estudiado muestran tres ángulos muertos, aspectos intangibles a la acción de nuestros sistemas de garantía, a los que se aludió en el primer epígrafe. Estos son la subordinación del trabajo de cuidados dentro del mercado laboral y, en general, respecto al trabajo productivo en el modelo de Estado Social sureuropeo, conforme a una subordinación de género que no se ha removido en el contexto de intensa activación laboral femenina desde la década de 1990, y la subordinación de la población de origen extranjero respecto a su plena incorporación a la sociedad española, tanto en términos políticos como sociolaborales.

La intersección entre estos tres vectores de subordinación da razón de los obstáculos que las empleadas de hogar encuentran para acceder a derechos sociales, tal como se ha detallado en la sección segunda: empleo informal, trabajo efectivo por encima de las horas de cotización, dificultad de acceso a la vivienda o imposibilidad de acreditar la misma cuando se dispone de una, dificultades para relacionarse con la Administración por medios electrónicos, etc. En la medida en que las normas propias del Estado social no son en

⁸⁶ L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías: La ley del más débil*, trad. de P. Andrés y A. Greppi, 5^a ed., Trotta, Madrid, 2006.

⁸⁷ Véase un resumen y nuevas referencias sobre estos enfoques en N. ROSE, "Expertise and the government of conduct", *Studies in Law, Politics and Society*, núm. 14, 1994, pp. 459-497 y D. VILA-VIÑAS, *El gobierno de la infancia: Análisis socio-jurídico del control y de las políticas de infancia contemporáneas*, Universidad de Zaragoza, 2012, <http://zaguan.unizar.es/record/9585/files/TESIS-2012-098.pdf> (consultado por última vez el 11-04-2023).

⁸⁸ M. BLYTH, *Austeridad. Historia de una idea peligrosa*, trad. de T. Fernández Aúz y B. Eguibar, Crítica, Barcelona, 2014, o D. VILA-VIÑAS, "Nuevas hipótesis en la reconfiguración de las dimensiones penales y sociales de la seguridad", en R. SUSÍN y M. J. BERNUZ (eds.), *Seguridad(es) y derechos inciertos*, Prensas Universitarias, Zaragoza, 2014, pp. 77-105.

⁸⁹ Para un resumen y crítica de los aspectos más relevantes de estas perspectivas, véase A. M. PEÑA FREIRE, "La teoría fuerte de los derechos sociales. Reconstrucción y crítica", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016.

general susceptibles de una aplicación directa, sino que su eficacia requiere de una implementación a través de distintas instituciones sociales y servicios públicos⁹⁰, estas líneas de subordinación convierten a grandes masas de población en sujetos intangibles para la acción del derecho vinculada a hacer efectivos valores constitucionales de dignidad, autonomía e igualdad. La función del derecho como régimen de veridicción, en la configuración de sujetos, grupos, riesgos y relaciones susceptibles de gobierno⁹¹, queda así obturada respecto a tales poblaciones. De este modo, toda la aproximación que la actividad de gobierno puede hacer sobre esas poblaciones queda limitada en el terreno jurídico regulativo y prestacional, para concentrarse en un terreno simbólico y de moralización. No conviene olvidar que tales enfoques, propios de configuraciones estatales mínimas, sin responsabilidad del Estado respecto a la efectividad de los derechos, fueron superadas en el régimen del Estado social por su impotencia para la definición y garantía frente a los riesgos sociales⁹².

Desde un enfoque socio-jurídico y para revertir esta desatención, se cuenta con la ventaja de que las líneas de subordinación que estructuran las vulneraciones de derechos resultan inteligibles y por lo tanto susceptibles de intervención. Al vincular las nociones de subordinación y de discriminación, la literatura reciente ha avanzado en cómo comprender estas situaciones y reducir el riesgo de la intervención para sus destinatarios. Desde esta perspectiva, la acción jurídico-política debe estructurarse en torno al objetivo principal de eliminar las dinámicas de subordinación. Esto tendrá un efecto más estable y menos perverso sobre la prevención de las vulneraciones de derechos que –tal ha sido la perspectiva tradicional– tratar de atacar situa-

⁹⁰ Puede verse un desarrollo más completo de esta singularidad jurídica en M. CALVO GARCÍA, *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

⁹¹ Puede verse una ampliación de esta concepción post-foucaultiana del derecho en D. VILA-VIÑAS, "El pensamiento jurídico de los 'Estudios de Gubernamentalidad'. Los desarrollos post-foucaultianos acerca del funcionamiento del poder desde una perspectiva jurídica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2013, pp. 493-513.

⁹² Puede verse una exposición más completa de los problemas sociales de este modelo de previsión en J. DONZELOT, *La Invención de lo social: Ensayo sobre el ocaso de las pasiones políticas*. Nueva Visión, Buenos Aires, 2007 [1984]. Y una actualización de este problema desde el mismo marco teórico en D. VILA-VIÑAS, "Análisis sociojurídico de las transformaciones en la provisión de seguridad. Austeridad y aporofobia como racionalidades estructurantes de la gobernabilidad contemporánea en España", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 45, 2021, pp. 218-219.

ciones concretas de discriminación con la esperanza de que todo ello acabe teniendo un efecto agregado sobre las dinámicas de subordinación. De este modo, se pretende también minimizar los efectos estigmatizadores o de fijación que tiene el tratamiento individualizado de las situaciones de discriminación y que hace abstracción de las condiciones de subordinación en que se producen. Es decir, pretende contener los perjuicios del hecho de que:

prestar “una atención demasiado moralizadora a la discriminación” puede llevar asociados efectos contraproducentes. Como tal efecto se considera el hecho de que “cuanto más se refuerza el estigma ideológico y moral en el discurso sobre la legalidad y la no-discriminación, mayor es la tendencia de las personas a resistirse a la idea de que ellas mismas y su organización practican la discriminación”⁹³.

Frente a un enfoque fundado en exclusiva en la vulnerabilidad o la discriminación, el de la subordiscriminación invierte la atención socio-jurídica, que se desplaza desde la situación de quien se encuentra subordinada, a la responsabilidad de los grupos que se benefician de la subordinación o que incumplen sus obligaciones de remover estas líneas de jerarquización social, como ocurre con los poderes públicos. Respecto a aquellas perspectivas, Barrère Unzueta⁹⁴ critica que, a pesar de la influencia creciente que los enfoques de lucha contra la discriminación tienen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se trata de configuraciones ambivalentes que, lejos de su propósito, no fundamentan el modelo de Estado y de derecho adecuado para garantizar los derechos en estas situaciones.

Sin perjuicio de lo indicado con carácter general, es posible exponer mejor las implicaciones de esta discusión si el análisis se redirige a las dos grandes prestaciones que se han considerado para las empleadas de hogar. En primer lugar, conviene atender a los problemas de eficacia en la garantía que supone el subsidio extraordinario. Dadas las condiciones de subordinación

⁹³ M. Á. BARRÈRE UNZUETA, “Filosofías del Derecho antidiscriminatorio ¿Qué Derecho y qué discriminación? Una visión contrahegemónica del Derecho antidiscriminatorio”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2018, pp. 36-37. La autora hace aquí referencia también a J. VRIELINK, “Le droit de l’égalité fait-il la différence? Les effets du droit antidiscrimatoire à la lumière des recherches en sciences sociales”, en J. RINGELHEIM et al. (eds.), *Politiques antidiscriminatoires*, De Boeck, Louvain-la-Neuve, 2015, p. 62.

⁹⁴ M. Á. BARRÈRE UNZUETA, “¿Vulnerabilidad vs. Subordiscriminación? Una mirada crítica a la expansión de la vulnerabilidad en detrimento de la perspectiva sistémica”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, pp. 18, 28 y ss.

en que se trataba de implementar, no puede sorprender su resultado. Por ello, cabe preguntarse si su formulación ha sido discriminatoria. En concreto, si lo ha sido respecto a la protección otorgada por los ERTE. La controversia es posible si se utiliza el concepto de discriminación indirecta⁹⁵ en razón del género, ya que, siendo neutral la regulación y derivándose con corrección formal del especial tratamiento del sector, siquiera quepa cuestionar éste, el público destinatario respecto al que no tuvo efecto estaba conformado por una mayoría de mujeres⁹⁶. Conforme a esta argumentación, tendría sentido extender la protección de los ERTE a las trabajadoras de hogar. Ello debería incluir un complemento de la cobertura, al presumir que una buena proporción cotiza por debajo de las horas efectivamente trabajadas y la posibilidad de exceptuar el requisito de la acreditación de la relación laboral para las personas que declaran bajo su responsabilidad no tener otros ingresos, para salvar la alta informalidad de este empleo.

Aunque se produzca en un terreno hipotético, esta argumentación resulta plausible porque ancla la discriminación concreta a las dos grandes líneas de subordinación de este grupo: la minoración de sus condiciones laborales por razones de género y la de las personas origen extranjero. Todo ello dentro del empleo de cuidados. Actuar contra esas líneas de subordinación debería compensar así una eventual estigmatización o mayor sujeción, dentro del sector, de las mujeres en general o de las que se encuentren en situación más informal. Al mismo tiempo, esto dice mucho sobre la forma adecuada de entender las políticas focalizadas (*targeted policies*) desde la perspectiva de la subdiscriminación, en cuanto que aquellas solo deberían admitirse en la medida en que desactivaran de forma eficaz esas líneas de subdiscriminación, a riesgo de que pudieran ser ineficaces e incluso producir efectos perversos en otro caso.

⁹⁵ Puede verse una definición de este concepto, así como un ejemplo de su interpretación operativa en J. M. GIL RUIZ, "En torno al artículo 14 de la CEDH. Concepto, jurisprudencia y nuevos desafíos de (y ante) el Consejo de Europa", *Quaestio iuris*, núm. 10 vol. 2, 2017, pp. 927-928. En el supuesto específico de las discriminaciones a las empleadas de hogar por la ausencia de reconocimiento del desempleo ver el análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20 en M. MIÑARRO YANINI, "A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 24 de febrero de 2022", CEF. Laboral Social, 2022, <https://www.laboral-social.com/prestacion-desempleo-empleadas-hogar-miradas-juridico-laborales-cef-udima-dia-internacional-mujer-2022.html> (consultado por última vez el 11-04-2023).

⁹⁶ Véase J.M. GIL, "La catarsis del derecho ante la subdiscriminación", cit., p. 35 para el fundamento en derecho europeo de la intervención directa sobre estas formas de discriminación.

Otro giro hacia la mayor cobertura de las prestaciones podría haberse dado con el ingreso mínimo vital. En la sección 2.2 se ha analizado su eficacia, pero conviene subrayar aquí, en atención a su fundamento, que se trata de uno de los intentos recientes más refinados para conciliar una acción protectora masiva con un fundamento meritocrático de la misma. Es decir, para combinar el principio de proteger mucho con el de proteger a quien lo merece, esto es, a quien lo necesita y solo a quien lo necesita, incluido lo problemático del enfoque. Respecto al grupo estudiado, la protección mostrada ha sido sin embargo muy limitada⁹⁷. Conforme a la argumentación desarrollada arriba, esto se relaciona con no haber tenido en cuenta los ángulos muertos de la legislación, estos son, la subordinación del trabajo de cuidados feminizado y de las poblaciones extranjeras. Aunque en principio el diseño de la medida conseguiría superar las limitaciones individualizantes del enfoque anti-discriminatorio, desconocer el impacto interseccional de esas dos líneas de subordinación, centrándose solo en el resultado del acceso a la renta, produce esos defectos sobre la eficacia. Si, al contrario, pequeñas modificaciones como aligerar las exigencias de acreditación de la residencia, anticipar los pagos o complementar las prestaciones desde las Autonomías, pueden fortalecer mucho la eficacia de la prestación es porque esos cambios son conscientes e inciden sobre esas líneas de subordinación, al tiempo que dibujan un modelo de Estado social mucho más ambicioso en la tutela de los derechos. Si se quiere poner en términos de economía del bienestar, menos centrados en las fases de redistribución y más en las de distribución⁹⁸.

En contraste con estas dos soluciones propias de las herramientas, más o menos neoliberalizadas, del Estado social, al final de la sección anterior, se expuso la estrategia de la autotutela de los derechos, como una vía para reforzar su eficacia. Aun limitada por el contexto de necesidad en que se desarrolló, conviene subrayar que puede ser una estrategia de enorme potencia,

⁹⁷ Es oportuno subrayar aquí que el ingreso mínimo vital cuenta con una proporción de concesiones solo algo superior a una de cada cuatro solicitudes válidas, mientras que el subsidio extraordinario, con sus diferencias, así como sus limitaciones de alcance y cobertura, se approximó a una *ratio* de concesión la mitad de las solicitudes viables.

⁹⁸ Un efecto similar lo obtenemos si enfocamos la tutela de los derechos de estas trabajadoras desde la garantía universal de los servicios de cuidados, de forma que una provisión suficiente de estos servicios des-mercantilice el sector, en el sentido de G. ESPING-ANDERSEN, *The three worlds of welfare capitalism*, Princeton University Press, Princeton, 1990 o de R. CASTEL, *La inseguridad social: ¿qué es estar protegido?*, trad. de V. Ackerman, Manantial, Buenos Aires, 2004., y mejore en abstracto las condiciones de quienes lo desempeñan, sea respecto a familiares o de forma profesional. Todo ello sin perjuicio de que provisión pública no equivale siempre a condiciones de trabajo dignas.

sobre la que ampliar la investigación. En primer lugar, la potencia de dibujar nuevas líneas de colaboración menos jerárquicas entre las Administraciones Públicas y las poblaciones titulares de esos derechos. En segundo lugar, la de renovar así la caja de herramientas, también epistemológicas y axiológicas, del Estado del bienestar y con ello la eficacia general del derecho contemporáneo. Y, por último, la de estimular una lógica de categorización social que, consciente de ser inevitable para la actividad de gobierno, pueda configurar categorías con más agencia, que acaben por ser actores políticos legítimos en el debate legislativo y político. Sobre esto conviene desarrollar alguna conclusión en el siguiente epígrafe desde una dimensión subjetiva.

3.2. Dimensión subjetiva. Los modos de subjetivación como factor de eficacia de los derechos

Es habitual explicar que los enunciados jurídicos son prescriptivos, estableciendo obligaciones de conducta o pretendiendo influir en la misma con algún objetivo⁹⁹. Ahora bien, los contenidos que conforman el ordenamiento jurídico influyen sobre las conductas y el *ethos* de los sujetos afectados, pero también parten de la premisa de que su contenido lo va a actuar un determinado sujeto. En concreto, la gobernabilidad liberal consolidó y presuponía, al mismo tiempo, un sujeto autónomo¹⁰⁰. Esta premisa estructurante del derecho contemporáneo se encuentra cada vez más cuestionada desde una perspectiva teórica¹⁰¹. Ello también invita a trasladar esta mirada a las normas y políticas públicas, desnaturalizando al sujeto destinatario del derecho, para poder mejorar la intervención jurídico-política junto -y no sobre- el mismo.

David Graeber¹⁰² ya señalaba que la comprensión más sofisticada del materialismo se dirigía a entender que la sustancia principal de los modos

⁹⁹ L. PRIETO SANCHÍS, *Apuntes de teoría del Derecho*, Trotta, Madrid, 2016, pp. 41 y ss.

¹⁰⁰ Véase J. LOCKE, "Algunos pensamientos concernientes a la educación", trad. de R. Lasaleta, *Pensamientos sobre la educación*, Akal, Madrid, 1986 [1693], pp. 31-275 o también D. VILA-VIÑAS, *La gobernabilidad...*, cit., cap. 5.

¹⁰¹ Sirva como resumen de críticas desde distintos flancos de la teoría crítica la de J. BUTLER, "Violencia, duelo, política", en *Vida precaria: El poder del duelo y la violencia*, Paidós, Barcelona, 2016, pp. 45-78 y J. BUTLER, *Marcos de guerra: Las vidas lloradas*, trad. de B. Moreno, Paidós, Barcelona, 2010, o desde el liberalismo contemporáneo M. A. FINEMAN, "Vulnerability and Social Justice", *Valparaiso University Law Review*, núm. 53, 2019. Para traer el debate a nuestro contexto, véase, D. VILA-VIÑAS, "Análisis sociojurídico de las transformaciones...", cit. pp. 197-198.

¹⁰² D. GRAEBER, "Turning Modes of Production...", cit.

de producción era lo humano, la “producción social”, recorriendo el camino que va del materialismo histórico al foucaultiano. Desde esta perspectiva, se puede conceptuar el derecho como un modo de subjetivación¹⁰³, lo que lleva a preguntarse qué sujeto presupone cada estrategia normativa, qué subjetividad produce y opera sobre ese sujeto, pero también cómo podrían orientarse tales estrategias para afectar o incluir de forma más eficaz a los grupos ciertos a los que se dirigen y no solo a un sujeto agregado en abstracto.

El supuesto de las empleadas de hogar y de cuidados resulta muy significativo para este enfoque, como se puede ver a partir del contraste entre las estrategias contemporáneas pero estandarizadas del Estado del bienestar suuropeo y la innovación de las estrategias de autotutela por parte de las asociaciones de empleadas. Aquéllas parten de la premisa de un sujeto que tiene relaciones formalizadas y fidedignas respecto sus condiciones de vida efectivas, tanto en el ámbito laboral, como de residencia y convivencia. Aunque las exigencias normativas o burocráticas para obtener las prestaciones son neutras, en la práctica, exigen unos recursos técnicos y una formalidad o regularidad menos presentes entre las poblaciones destinatarias, lo que perjudica finalmente a una población que ya se encuentra subordinada en esos aspectos. En términos prácticos, se reduce la eficacia de las medidas, como se vio en el epígrafe anterior, mientras que, en términos de subjetivación, se contribuye a fijar a estos grupos en la posición de un sujeto no incluido –sin certificado digital o de empadronamiento o de estabilidad en los ingresos–, a quien se traslada la carga de acreditar su pertenencia. Existen así sujetos a quienes siempre les faltan una firma del empleador, un papel del padrón, un certificado bancario o una *app*, se ve subjetivada en la carencia de algo. Produce y es producida por ciertas ramas del derecho –de extranjería, de consumo, en su caso, penal– pero no por otras, como el derecho prestacional del Estado social.

Sin embargo, también se asiste a algunos movimientos interesantes que están problematizando este esquema moderno en cuanto al sujeto destinatario del derecho. Por una parte, el vertical de las relaciones entre Estado y ciudadanía se ha completado con perspectivas intermedias. Por una parte y en el contexto de neoliberalización del Estado social, cada vez es más frecuente disponer de una capa de atención especializada desde organizaciones externas a las públicas, aunque en su mayor parte financiadas con cargo a tales presupuestos. Esta interacción suele permitir una subjetivación

¹⁰³ D. VILA-VIÑAS, “El pensamiento jurídico de los ‘Estudios de Gubermentalidad’”, cit.

menos abstracta que la tradicional con las Administraciones Pùblicas, aunque alejada de los efectos que producen de las estrategias más autónomas y comunitarias¹⁰⁴.

Algo similar ocurre si se atiende a otro enfoque sobre los modos de subjetivación en este terreno que ha ganado peso al ritmo del interés creciente por las nociones de vulnerabilidad: el de la resiliencia, como capacidad de superación de las dificultades a partir del fortalecimiento del propio sujeto y de sus herramientas y capacidades. En todo caso y aunque se han expuesto los límites de estos enfoques¹⁰⁵, este conjunto de estrategias de externalización o de recurso a nuevas nociones comparten un interés específico por el tipo de subjetividad que se produce en las relaciones con las necesidades y derechos sociales, así como la importancia que las transformaciones últimas del sujeto para la eficacia de las protecciones.

Tales movimientos, aunque sintomáticos, no parecen alcanzar el potencial de ruptura de los modos de subjetivación inscritos en las estrategias de autotutela a que se ha aludido. Estas últimas no se dirigen a un sujeto abstracto que, al no encontrar, tratan desde la supervisión de lo que les resta para ser tal, sino que toman como punto de partida el sujeto existente, cuyos derechos no se encuentran garantizados. En la práctica de la ATHCZ, lo que Jiménez y Ruberte relatan¹⁰⁶, y refrendan otras comunicaciones con asociadas, es una organización especular respecto a los problemas de acceso a los derechos: si existen dificultades para tramitar la solicitud por vía electrónica, se establece una cita en la asociación con un ordenador para solucionarlas. Si hay dudas sobre los trámites o la forma de acreditar determinadas circunstancias, se comparte la información sobre los métodos más eficaces, primero de forma vertical a través de expertas y progresivamente de forma horizontal a partir de otras personas de la asociación que ya lidiaron con ese obstáculo. Y si, en mitad del proceso, emergen necesidades impostergables, se atienden mediante los dispositivos de seguridad internos –cajas de resistencia– o se presiona a las instituciones para recibir prestaciones de urgencia o alterna-

¹⁰⁴ Al respecto, autoras como C. VEGA et al., “Introducción”, cit., p. 26 han sido muy críticas cuando han explicado cómo “estas políticas erosionaron aún más el ámbito comunitario, modificaron los servicios abriendo camino al mercado y primaron a las ONGs para que supliieran los huecos causados por la retirada del Estado y la desestructuración de las redes auto-organizadas”.

¹⁰⁵ Véase la exposición al respecto de M. Á. BARRÈRE, “¿Vulnerabilidad vs. Subordiscriminación?”, cit.

¹⁰⁶ S. JIMÉNEZ y M. RUBERTE, “Pandemia y cuidados”, cit.

tivas de vivienda. Resulta obvio que existen aquí límites de escalabilidad, abstracción y formalismo que instan a dimensionar en su justa medida estas estrategias, pero los resultados que presentan esas comunidades¹⁰⁷ resultan más eficaces que los enfoques que hacen abstracción del sujeto destinatario.

En cualquier caso, las distintas perspectivas contemporáneas que se han presentado refuerzan la hipótesis de este artículo, en cuanto a sostener la pertinencia de un nuevo objeto en el análisis de la eficacia del derecho y en particular de los derechos sociales –el sujeto y los modos de subjetivación–, al tiempo que su objetivo de iniciar un itinerario que estudie la categorización –desde el derecho y por sus propias prácticas¹⁰⁸– y la autoorganización de los sujetos destinatarios de este derecho.

4. CONCLUSIONES

Para estudiar la efectividad de los derechos sociales respecto a la actividad profesional de empleo de hogar y de cuidados en España, este artículo ha analizado la configuración de la provisión de cuidados o de reproducción social en el contexto de los régimenes de bienestar sureuropeos, también llamados familiaristas. Este trabajo, desempeñado en general por mujeres de formas no remunerada durante el fordismo, se ha ido ampliando, por una parte, fuera de la institución familiar, en instituciones de cuidado de niños y niñas y en centros de cuidado de personas mayores, mientras que, dentro del hogar, también se ha incrementado su contratación a profesionales externas al ámbito familiar. La efectividad de los derechos sociales respecto a esas profesionales adolece de algunas fuentes de vulnerabilidad, lo que replica la posición subordinada que han tenido las mujeres a cargo del trabajo de cuidados. En el caso de las personas contratadas, esta subordinación se relaciona con dos vectores principales: la feminización y la condición de extranjeras de buena parte de esas poblaciones, en distintos grados de estabilidad administrativa en España.

¹⁰⁷ Si se quiere ampliar la perspectiva respecto al supuesto de estudio elegido aquí, es muy conveniente consultar la metodología organizativa y los detalles que aportan en R. PIMENTEL et al., *Biosindicalismo desde los territorios domésticos*, cit., pp. 69 y ss.

¹⁰⁸ Como por ejemplo ha hecho la investigación socio-jurídica sobre el impacto de las instituciones basadas en comunes para la tutela de derechos en A. MÉNDEZ DE ANDÉS; D. HAMOU y M. APARICIO (eds.) *Códigos comunes urbanos. Herramientas para el devenir-común de las ciudades*, Icaria, Barcelona, 2020.

Respecto a esta situación, se ha mostrado cómo la crisis derivada del covid-19 y del confinamiento decretado desde marzo de 2020 tuvo un enorme impacto en esta población reduciendo su acceso a derechos estrictamente conectados con el principio de dignidad, como unos ingresos suficientes o una vivienda. En este contexto se ha analizado el impacto de las principales medidas de tutela de esos derechos, como garantías primarias sustanciadas en el acceso a ERTE y a cierta intangibilidad en el disfrute de la vivienda. Al mostrar que estas garantías, por distintos motivos, no fueron tales para el sector de actividad estudiado, el artículo indaga sobre qué garantías específicas o con un impacto considerable se establecieron. Se han considerado, así, dos grandes herramientas de tutela instituidas desde los poderes públicos: el subsidio extraordinario para empleadas de hogar y el ingreso mínimo vital.

En cuanto al primero, se han mostrado las dificultades de acceso, relativas a la informalidad de muchas relaciones o de la cantidad de horas trabajadas en las que sí eran formales. En cuanto al segundo, se ha mostrado la dificultad, amén de tramitar las solicitudes, de acreditar el tiempo de residencia habitual en España, la caída abrupta de los ingresos o la situación de convivencia. En contraste con la limitada eficacia de ambas, las estrategias de autotutela de las propias organizaciones de empleadas de hogar emergen como un enfoque alternativo de acceso efectivo a los derechos. En particular, el estudio de la actividad de la ATHCZ desde marzo de 2020 a mayo de 2021 ha mostrado su eficacia en la provisión de alimentos, material sanitario y vivienda, pero también en la transmisión horizontal de la información y en la conformación de sujetos y grupos sociales con mayor capacidad de agencia en sus relaciones con las Administraciones Públicas, la vida social y el propio acceso a los derechos.

A partir de este supuesto, el artículo analiza las razones de ineeficacia en las garantías de derechos establecidas. En términos generales, se concluye que el derecho debe alejarse de una categorización y sujeción de sus destinatarios dentro del esquema de grupos y sujetos abstractos y atender de forma específica a las líneas de subordinación social por las que están afectadas sus destinatarias. Desde una perspectiva objetiva, la transición desde los enfoques de discriminación a los de subdiscriminación es significativa de ese énfasis en atacar las líneas de subordinación para mejorar los efectos protectores de las medidas de tutela de derechos. Desde una perspectiva subjetiva se han evidenciado los conocidos límites de mantener intacto al sujeto autónomo como el sujeto destinatario del derecho de referencia. Desde ambas

perspectivas, las estrategias de autotutela de las asociaciones de empleadas de hogar y de cuidados muestran un enfoque inmanente en la construcción de grupos y sujetos para un acceso eficaz a los derechos. Se propone indagar más en estas estrategias por su impacto sobre la eficacia, pero también sobre las relaciones entre las Administraciones y la ciudadanía y el carácter democrático que fundamenta el Estado social.

DAVID VILA-VIÑAS

Departamento de Filosofía del Derecho

Universidad de Sevilla

c/Enramadilla, 18-20

41018 Sevilla

e-mail: dvila@us.es

**LA FORMACIÓN EN CIUDADANÍA EN LA ESFERA PÚBLICA.
LAS RELACIONES JURÍDICAS CUASI PÚBLICAS
EN EL CASO DE LA DESEGREGACIÓN RACIAL
EN LAS ESCUELAS DE LOS ESTADOS UNIDOS*/****

*THE FORMATION FOR CITIZENSHIP IN THE PUBLIC SPHERE.
QUASI-PUBLIC LEGAL RELATIONS IN THE CASE OF
RACIAL DESEGREGATION IN UNITED STATES SCHOOLS*

ALEXANDER P. ESPINOZA-RAUSSEO
Universidad de Las Américas (Chile)
<https://orcid.org/0000-0001-7600-3054>

JHENNY DE FÁTIMA RIVAS-ALBERTI
Universidad de Las Américas (Chile)
<https://orcid.org/0000-0002-2589-6742>

Fecha de recepción: 12-6-22

Fecha de aceptación: 19-10-22

Resumen: *La desegregación racial en las escuelas norteamericanas planteó la discusión acerca de si y bajo cuáles condiciones puede ser admitido el efecto horizontal del derecho de igualdad en relaciones entre particulares. En principio, bajo los*

* El presente trabajo forma parte de un proyecto de investigación autogestionado, en torno a un Estudio comparado sobre los efectos frente a terceros de los derechos fundamentales, en Alemania y los Estados Unidos. Otros títulos de este proyecto son A. ESPINOZA, J. RIVAS, "Efectos de los derechos fundamentales en relaciones entre particulares. Especial referencia a la tipología de casos en la *state action* de los Estados Unidos y su comparación frente a la *mittelbare Drittewirkung* de Alemania", en la *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 31, Julio 2022, pp. 1-31. Disponible en https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=425168; "La libertad de expresión en las relaciones jurídicas tripartitas de *defamation* y *privacy* en la jurisprudencia de los Estados Unidos y una breve aproximación comparativa". En proceso de publicación por el *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*.

** Los autores agradecen las observaciones y recomendaciones de los revisores ciegos en el proceso de evaluación. También reconocen el cuidadoso proceso de edición de la Revista Derechos y Libertades.

términos de la doctrina de la state action la conducta discriminatoria de los particulares quedaría fuera del ámbito de aplicación de la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda, debido a que ésta sólo es aplicable frente a la acción del Estado. Nos preguntamos si es posible constatar la existencia de espacios intermedios entre el derecho público y privado, en los que se produce la vigencia frente a terceros de los derechos fundamentales.

Abstract: *Racial desegregation in American schools raised the discussion about whether and under what conditions the horizontal effect of the right to equality in relations between individuals can be admitted. In principle, under the terms of the state action doctrine, the discriminatory behavior of individuals would be outside the scope of application of the equal protection clause of the Fourteenth Amendment, since it is only applicable against State action. We wonder if it is possible to verify the existence of intermediate spaces between public and private law, in which the validity of fundamental rights against third parties occurs.*

Palabras clave: derechos fundamentales, derecho de igualdad, efectos horizontales, esfera pública, legitimación democrática

Keywords: fundamental rights, equality right, horizontal effects, public sphere, democratic legitimation

1. INTRODUCCIÓN

El 4 de septiembre de 1957 Elizabeth Eckford, una joven afroamericana de 15 años encontró en su camino a la escuela Central High School en Little Rock, Arkansas, a cientos de personas que gritaban consignas en contra de la integración racial de las escuelas. Ante los llamados a una agresión física y al linchamiento, Elizabeth pensó que la Guardia Nacional que estaba en el lugar le aseguraría una entrada segura a la escuela. Pero los guardias sólo habían sido enviados por el Gobernador de Arkansas para impedir su acceso a la escuela, dejándola expuesta ante la multitud¹.

Las imágenes de los sucesos en Little Rock publicadas en la prensa produjeron un enorme impacto en la opinión pública. Según Hanna Arendt, “a nadie le resultaría fácil olvidar la fotografía reproducida en periódicos y revistas de todo el país”². El debate público también generó una respuesta

¹ V. LEBEAU, “The Unwelcome Child: Elizabeth Eckford and Hannah Arendt.” *Journal of Visual Culture* vol. 3, núm. 1, 2004, pp. 51-62, p. 1. doi:10.1177/1470412904043598; D. ALLEN, “Invisible Citizens: Political Exclusion and Domination in Arendt and Ellison.” *NOMOS: American Society for Political and Legal Philosophy*, núm. 46, 2005, pp. 29-76.

² H. ARENDT, “Reflections on Little Rock”, *Dissent*, núm. 6 vol. 1, 45-56, p. 50, 1959. Disponible en https://www.normfriesen.info/forgotten/little_rock1.pdf. Última consulta: 29-09-2022.

por parte del poder público. El presidente Eisenhower envió miembros de la Fuerza Aérea e intervino la Guardia Nacional de Arkansas³. Para la mayoría dominante en la sociedad norteamericana de los años 50s el proceso de desegregación racial en las escuelas públicas planteaba una verdadera transformación de usos y costumbres y de conductas jurídicamente establecidas y era concebido como una grave restricción de sus derechos a la intimidad familiar y a la exclusividad social, en favor de los derechos de una minoría. Estos son precisamente los elementos que en 1959 llevaron a Arendt a sostener en su artículo *Reflections on Little Rock*, que obligar a los padres a enviar a sus hijos a una escuela integrada en contra de su voluntad significaba privarlos de derechos que claramente les pertenecen en todas las sociedades libres, el derecho privado sobre sus hijos y el derecho social a la libre asociación⁴.

El proceso de desegregación racial norteamericano planteó algunos problemas que hasta nuestros días son objeto de debate, especialmente en torno a los límites entre los derechos que derivan de la autonomía del individuo y las condiciones necesarias para el funcionamiento de una sociedad democrática. Desde el punto de vista constitucional se discute acerca de si y bajo cuáles condiciones puede ser admitido el efecto horizontal del derecho de igualdad en relaciones entre particulares. En principio, bajo los términos de la doctrina de la *state action* la conducta discriminatoria de los particulares quedaría fuera del ámbito de aplicación de la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, debido a que ésta sólo es aplicable frente a la acción del Estado⁵.

Nos preguntamos si es posible constatar la existencia de espacios intermedios entre el derecho público y privado, en los que se produce la vigencia frente a terceros de los derechos fundamentales y si el efecto entre particulares de los derechos fundamentales en la esfera pública resulta determinado por su impacto en la legitimación democrática del Estado. Para abordar el problema planteado, realizaremos una investigación histórica y un análisis conceptual de la esfera pública y su distinción frente a las esferas no públicas, a partir del modelo propuesto por Arendt y Habermas.

³ R. L. MARK, "Brown v. Board of Education: Impact, Symbolism and Significance", *Columbia Undergraduate Law Review*, núm. 4 vol. 1, p. 25, 2009. Disponible en <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/culr4&collection=journals&id=28&startid=&endid=33>. Última consulta: 31-08-2022.

⁴ H. ARENDT, "Reflections on Little Rock", cit., p. 55.

⁵ E. CHEMERINSKY, *Constitutional law: principles and policies*, Aspen Publishers, 2019, p. 535.

Sostendremos que la distinción entre las esferas sociales de lo público, lo social y lo privado puede servir de punto de partida en la búsqueda de un esquema diferenciado en el ámbito de la teoría de los efectos horizontales. La justificación de la eficacia frente a terceros es distinta, de acuerdo con la esfera de la vida social en que se produzca la relación jurídica. Nos centraremos en la esfera pública. Desde el sistema de las esferas es posible distinguir un ámbito intermedio en la tradicional distinción entre el derecho público y privado, de relaciones jurídicas quasi públicas, en las que no sólo participan intereses individuales, sino importantes intereses generales, esenciales para el funcionamiento de la democracia. Tales intereses permiten justificar la imposición de deberes de racionalidad en la esfera pública, que constituyen limitaciones a las libertades que son propias de las esferas no públicas, tales como las facultades de exclusión y de privacidad. Pero, como veremos, la justificación de tales efectos horizontales de los derechos fundamentales no siempre deriva del impacto directo en la legitimidad democrática en el sentido de la acción comunicativa, sino que especialmente en el caso de la educación tiene su fundamento en la formación ciudadana, que constituye un prerequisito de la participación en la esfera política.

2. EL MODELO DE LAS ESFERAS

Arendt y Habermas coinciden en reconocer la existencia de espacios intermedios entre las esferas pública y privada de la sociedad civil. En su libro "La condición humana", Arendt propuso la distinción entre el ámbito de lo público, lo social y lo privado. Esta clasificación serviría luego de marco teórico a su artículo "*Reflections on Little Rock*", en el que Arendt aplicó su modelo de esferas al problema del acceso de estudiantes afroamericanos a las escuelas públicas, entre otras situaciones relacionadas con la segregación racial, con el objeto de determinar si era o no necesaria la ejecución de las leyes de derechos civiles⁶.

2.1. El sistema de las esferas

A los efectos de nuestro estudio, una aproximación sistémica al modelo de las esferas permitirá identificar en primer lugar la distinción entre el ámbito de la esfera pública frente a las esferas no públicas. El individuo consti-

⁶ H. ARENDT, "Reflections on Little Rock", cit., p. 48.

tuye el centro del sistema, que ofrece una doble dimensión. Por una parte, el individuo aparece y se expone en la esfera pública y por la otra se refugia en las esferas no públicas. Pero, al lado de los elementos que distinguen los polos opuestos, también es necesario revisar las relaciones que determinan la unidad del sistema. A ellas pertenecen los espacios que muestran un carácter híbrido, en los que se produce una zona de transición entre unos y otros.

Arendt toma como punto de partida la dicotomía entre lo político y lo privado. Advierte el error en “la primitiva traducción del *zōon politikon* aristotélico por *animal social*”⁷ y observa que según el pensamiento griego la capacidad del hombre para la organización política no es sólo diferente, sino que se ubica “en directa oposición a la asociación natural cuyo centro es el hogar (*oikia*) y la familia”⁸. La bipartición público-privada constituye además un elemento necesario del Estado de derecho. Mientras que en el totalitarismo la negación más radical de la libertad, reside en la eliminación de “[l]a distinción y el dilema de ciudadano e individuo”, y “de la dicotomía entre vida pública y personal”⁹, en las formas de gobierno constitucional, el hecho de que está permitido todo lo que no está explícitamente prohibido revela claramente que por una parte la ley regula la esfera público-política “en la que los hombres actúan en concierto como iguales y donde tienen un destino común”, mientras que tales leyes nunca pueden ser utilizadas para guiar y juzgar las acciones en la vida personal. De tal forma, los estándares de lo correcto y lo incorrecto en las dos esferas son distintos y a menudo incluso se encuentran en conflicto¹⁰. Para Arendt, “la esfera pública está tan consecuentemente basada en la ley de la igualdad como la esfera privada está basada en la ley de la diferencia y de la diferenciación universales”¹¹.

Desde una perspectiva jurídica, podemos referirnos a la dicotomía que deriva del contenido de las facultades de discriminación y exclusión que son propias de los derechos de libre asociación, propiedad privada y privacidad. Tales derechos ejercen su función protectora en la esfera familiar e íntima, así como en la esfera social del individuo y se encuentran al servicio de la utilidad privada y de los intereses de un individuo o de un grupo determinados.

⁷ H. ARENDT, *La condición humana*. Buenos Aires: Paidós, 2003, p. 38.

⁸ H. ARENDT, *La condición humana*, cit., p. 39.

⁹ H. ARENDT, “On the Nature of Totalitarianism: An Essay in Understanding”, en H. ARENDT *Essays in understanding, 1930-1954: Formation, exile, and totalitarianism*, Schocken Book, New York, 1994, p. 333.

¹⁰ H. ARENDT, “On the Nature of Totalitarianism: An Essay in Understanding”, cit., p. 334.

¹¹ H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, trad. de Guillermo Solana. Taurus, 1999, p. 251.

Se trata al efecto de relaciones en las que los elementos subjetivo y personal cumplen un papel determinante. Por el contrario, en la medida en que las relaciones se desarrollan en el plano impersonal y objetivo que caracteriza la esfera pública, en la que el ejercicio de las facultades de discriminación y exclusión no afectan el interés del individuo o del grupo, sino el interés general de toda la colectividad, los derechos de libre asociación, propiedad privada y privacidad pueden ser objeto de mayores limitaciones.

Ahora bien, Arendt sostiene que la aparición de la esfera social, que rigurosamente hablando no es pública ni privada ha afectado la clara distinción entre el campo familiar y político de la vida que se establecía en la antigüedad. Este proceso ha conducido al error en su concepto e identificación¹². En el Mundo Moderno, las esferas social y política están mucho menos diferenciadas: "las dos esferas fluyen de manera constante una sobre la otra, como olas de la nunca inactiva corriente del propio proceso de la vida"¹³. La sociedad –escribe Arendt en sus *Reflections on Little Rock*– es "ese curioso, algo híbrido reino entre lo político y lo privado en el que desde el comienzo de la edad moderna la mayoría de los hombres han pasado la mayor parte de sus vidas"¹⁴. A diferencia de la igualdad de la esfera pública, la esfera de lo social se rige por la discriminación: "una vez que hemos entrado en ella, nos sometemos al viejo adagio de 'lo semejante atrae a lo semejante' que controla todo el ámbito de la sociedad en la innumerable variedad de sus grupos y asociaciones"¹⁵.

Sin embargo, la función de transición entre lo privado y lo político que Arendt atribuye a la esfera social, parece dejar vacía de contenido la distinción entre lo público y lo político. Entonces no queda del todo claro si la esfera pública se reduce a la actividad política. En este contexto, Arendt ha definido el ámbito político como la esfera pública en la que todos pueden aparecer y mostrar quién es él mismo¹⁶. Sin embargo, esta ambigüedad en la distinción entre lo político y lo público también conduce a la confusión en la determinación del alcance del principio de igualdad. En el caso de *Little Rock* Arendt concluye que la igualdad no puede ser impuesta en la socie-

¹² H. ARENDT, *La condición humana*, cit., p. 41.

¹³ H. ARENDT, *La condición humana*, cit., p. 45.

¹⁴ H. ARENDT, "Reflections on Little Rock", cit., p. 51.

¹⁵ H. ARENDT, "Reflections on Little Rock", cit., p. 51.

¹⁶ H. ARENDT, "Philosophy and Politics." *Social Research* núm. 57, vol. 1, 1990, p. 80.

Disponible en <http://www.jstor.org/stable/40970579>. Última consulta: 02-10-2022.

dad, sino que su validez está solo restringida al ámbito político¹⁷. En algunos casos Arendt emplea los conceptos de esfera pública y esfera política como sinónimos. En su ensayo “*On the nature of totalitarianism*” alude a “la distinción entre la vida pública y privada, o la esfera de la política y la esfera de la sociedad”¹⁸ Y, al referirse al problema de la integración en las escuelas en sus reflexiones en torno a Little Rock, reduce los tres reinos de la vida humana a “lo político, lo social y lo privado”¹⁹.

En otros escritos, la autora establece una sutil diferencia entre lo público y lo político. En sus ensayos de introducción a la política, Arendt distingue entre lo político y otros ámbitos de la vida pública. Ejemplo de ello es “aquella luz que únicamente puede generar la publicidad, es decir, la presencia de los demás” que aparece cuando “los valientes, los aventureros y los emprendedores” irrumpen en una especie de espacio público, que no es todavía político en sentido propio. Este ámbito “surge porque están entre iguales y cada uno de ellos puede ver y oír y admirar las gestas de todo el resto, gestas con cuyas leyendas el poeta y el narrador de historias podrán después asegurarles la gloria para la posteridad.” Pero esta luz, explica Arendt, que es la condición previa de todo aparecer efectivo, es engañosa mientras es sólo pública y no política. Este espacio público sólo llega a ser político cuando se establece en la *polis*, que se construye en torno al espacio público, la plaza del mercado, “donde en adelante los libres e iguales pueden siempre encontrarse”²⁰.

Cuando Arendt se refiere a los servicios públicos, de transporte o a los hoteles y restaurantes en distritos comerciales, ya sean de propiedad privada o pública, la autora establece una cierta distinción entre los conceptos de lo público y lo político, señalando que “[a]unque no estrictamente en el ámbito político, tales servicios son claramente de dominio público” [Énfasis añadido]²¹.

Arendt observa que “lo político en su conjunto es sólo un medio para un fin más elevado, situado más allá de lo político mismo, que, consiguiéntemente, debe justificarse en el sentido de tal fin”²². El espacio de lo político puede cuestionarse en un sentido que yace más allá de la esfera política,

¹⁷ H. ARENDT, “Reflections on Little Rock”, *cit.*, p. 50.

¹⁸ H. ARENDT, “On the Nature of Totalitarianism: An Essay in Understanding”, *cit.*, p. 332.

¹⁹ H. ARENDT, “Reflections on Little Rock”, *cit.*, p. 55.

²⁰ H. ARENDT, *¿Qué es la política? Comprensión y política*. Ciudad de México, Partido de la Revolución Democrática, 2018, p. 34.

²¹ H. ARENDT, “Reflections on Little Rock”, *cit.*, p. 52.

²² H. ARENDT, *¿Qué es la política? Comprensión y política*, *cit.*, p. 43.

como en el caso de la teoría política de Platón, “cuyas leyes correspondieran a las ideas, sólo accesibles a los filósofos”²³. A estos intentos pertenece también la fundación de la academia, la cual surgió junto al territorio libre de lo político como un espacio nuevo de la libertad que ha permanecido hasta nuestros días como la libertad de las universidades y de cátedra. En el espacio libre de la academia los pocos debían desligarse de las actividades de la *polis* y de la *ágora*, como presupuesto necesario para poder entrar en el espacio de lo académico²⁴.

Otro aspecto que puede dificultar la determinación del concepto de esfera pública deriva de su interpretación finalista, a partir de su papel fundamental en el proceso democrático. Nos preguntamos al efecto si el contenido de la esfera pública se reduce a determinadas conductas que sirven para la participación política. En este sentido podrían ser interpretadas las reflexiones de Arendt en cuanto a la relación entre los ámbitos de la cultura y la política. La cultura ejerce una función de formación de la opinión pública, en los espacios públicos en los que los individuos se forman e intercambian opiniones, expresándose o revelándose²⁵. En palabras de Arendt la cultura y la política van juntas “porque no es el conocimiento o la verdad lo que en ellas está en juego, sino más bien el juicio y la decisión, el racional intercambio de opiniones sobre la esfera de la vida pública y el mundo común”²⁶.

En nuestro criterio, la relación entre la esfera pública y la esfera política puede ser descrita gráficamente como la de un contenido medular. Si empleamos un concepto restringido²⁷, la esfera política puede ser concebida como el núcleo de la esfera pública que hace posible el proceso comunicativo entre la sociedad y el Estado, entre la opinión pública y los órganos de gobierno. En este sentido, la esfera pública ha sido descrita como “una esfera en la intersección de la vida política y social”, fuera del aparato estatal formal, pero no inmediatamente idéntica a la sociedad civil, que está constituida por

²³ H. ARENDT, *¿Qué es la política? Comprensión y política*, cit., p. 41.

²⁴ H. ARENDT, *¿Qué es la política? Comprensión y política*, cit., p. 42.

²⁵ S. SMITH, “Education for judgment: An Arendtian oxymoron?” en M. GORDON, *Hannah Arendt and education: Renewing our common world.*, Routledge Wesmiew Press, Boulder, 2001, p. 71.

²⁶ H. ARENDT, *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política*. México. Partido de la Revolución Democrática, 2018, p. 283.

²⁷ M.M. FERREE, et al. *Shaping Abortion Discourse. Democracy and the public sphere in Germany and the United States*, Cambridge University Press. 2002. doi:10.1017/CBO9780511613685, p. 64.

ciudadanos que participan en debates públicos críticos²⁸. El contenido temático de este núcleo político está reducido a los problemas que son parte de la actualidad política y que requieren de una respuesta inmediata del gobierno.

Pero en todo caso, la esfera política no es el único núcleo de la esfera pública, sino que desde el punto de vista de la relación entre los oradores y su influencia en la toma de decisiones (*outcomes*)²⁹ se trata de un ámbito multicéntrico. La decisión de los órganos de gobierno orientada hacia la tendencia de la opinión pública es uno de los resultados posibles, pero en otros casos, la decisión se encuentra en manos de los propios ciudadanos, tales como la participación en cargos públicos, la elección de representantes o el boicot a un determinado bien de consumo. Habermas ha reconocido que, si bien el concepto de *Öffentlichkeit* ocupa un lugar entre la sociedad civil y el sistema político, su significado social va mucho más allá de su contribución a la formación de la voluntad democrática en los Estados constitucionales³⁰.

La esfera pública tiene entonces un contenido más amplio que el de la esfera política. A partir de su función deliberativa puede ser definida como el conjunto de todos los foros en los que tiene lugar el discurso público: "medios de comunicación, parlamentos, tribunales, convenciones de partidos, asambleas de ayuntamientos, congresos científicos, calles y similares"³¹. Mientras que desde el punto de vista de los procesos de legitimación democrática, la esfera pública es concebida como una infraestructura de condiciones socioculturales, que garantizan el libre intercambio de opiniones y reivindicaciones, de las cuales dependen tanto la participación política como las convicciones de los ciudadanos sobre la legitimidad de las decisiones, actores y órdenes políticas que circulan en el debate público³². Para el logro de ese proceso democrático es necesario pasar por algunas etapas previas que giran alrededor de los diversos núcleos de influencia en la toma de decisiones. El más obvio de ellos es el acceso en condiciones de libertad e igualdad a

²⁸ M. POSTONE, "Political Theory and Historical Analysis", en C. CALHOUN (ed.). *Habermas and the public sphere*. The MIT Press, Cambridge. Fourth printing, 1996, p. 164.

²⁹ Véase al respecto, M.M. FERREE, et al. "Four models of the public sphere in modern democracies", *Theory and society*, vol. 31, no 3, 2002, p. 289-324, p. 318.

³⁰ J. HABERMAS, *Reflections and hypotheses on a further structural transformation of the political public sphere*. *Theory, Culture & Society*, vol. 39, núm. 4, 2002, pp. 145-171, p. 146. J. HABERMAS, *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*. Suhrkamp Verlag AG, Berlin, 2022, p. 7.

³¹ M.M. FERREE, et al. *Shaping Abortion Discourse*, cit., p. 10; H. WESSLER, B. PETERS, et al. *Transnationalization of public spheres*. Palgrave Macmillan, New York, 2008, p. 4.

³² H. WESSLER, B. PETERS, et al. *Transnationalization of public spheres*, cit., p. 3.

la esfera pública, pero como veremos también es posible reconocer espacios intermedios que muestran una transición progresiva entre las esferas privadas y la esfera pública, tales como la formación ciudadana.

Al igual que el ejercicio del libre albedrío acompaña la vida del individuo en las esferas privadas, la participación en la esfera pública se caracteriza por el ejercicio de deberes de racionalidad. Según Habermas, la libertad comunicativa lleva consigo un deber de racionalidad entre actores que quieren entenderse entre sí sobre algo, mientras que las libertades subjetivas exoneran de tales deberes³³. Por ello, estimamos que a mayor importancia del ámbito de la privacidad e intimidad, mayor protección merece la libertad del individuo. Tal libertad es reducida en la misma proporción que aumenta la responsabilidad en la esfera pública. A su vez tal responsabilidad es mayor en la medida de la participación del individuo en el núcleo medular de la esfera política. Una idea gráfica de la esfera pública podría entonces ser representada en torno a diversos núcleos, en los cuales se eleva el grado de racionalidad del individuo, mientras que en sentido contrario, el grado de libertad y libre arbitrio es mayor en la medida en que se ubica alrededor del núcleo de las esferas social y privada. Ciertamente, podría objetarse frente a esta afirmación que los derechos de comunicación tienen una tendencia a prevalecer en la esfera pública, pero volveremos sobre este asunto más adelante en torno a los derechos de autonomía política.

De acuerdo con lo anterior, la función de la esfera pública con respecto al proceso democrático puede servir de elemento valorativo, pero no es determinante de su contenido y alcance. La esfera pública no se reduce a la función política, sino que en ella se desarrolla todo el ámbito de la vida que no es estrictamente social o privado. Desde este punto de vista, al tratarse de una definición negativa, podemos afirmar que el carácter residual no corresponde a la esfera social sino a la esfera pública.

2.2. La igualdad de acceso a la esfera pública

En la esfera pública de Arendt las personas aparecen y pueden ser vistas y oídas por todo el mundo y tienen la más amplia publicidad posible, en un ámbito común a todos³⁴. La imposibilidad de participar en la esfera pública,

³³ J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Introducción y traducción, sobre la cuarta edición revisada, de Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 2005, p. 185.

³⁴ H. ARENDT, *La condición humana*, cit., p. 59.

como en el caso de los esclavos o los bárbaros, impide a la persona el disfrute de cosas, que son esenciales a una verdadera vida humana y, por lo tanto, es como si no existiera³⁵. La participación en la esfera pública constituye entonces un elemento determinante de la condición humana. Un espacio público que no es accesible para todos amenaza la verdadera naturaleza de los seres humanos en la actuación política³⁶. La distinción entre lo privado y lo público aparece marcado por los elementos de la razonabilidad y la igualdad. Mientras que la esfera privada del hogar era gobernada por la dominación y la fuerza, por un déspota, la esfera pública de la *polis* se llevaba a cabo a través del habla y la razón. En contraste con la desigualdad del hogar, la ciudadanía era una relación de igualdad³⁷.

Habermas desarrolla el concepto de *Öffentlichkeit* y consolida el análisis acerca de la relación entre la esfera de lo público y la legitimación democrática del Estado³⁸. En palabras de Habermas, los ciudadanos no se comportan en la esfera pública como personas de negocios o profesionales que realizan transacciones privadas, ni como miembros de un orden constitucional sujeto a las restricciones legales de una burocracia estatal. Se comportan más bien como un organismo público³⁹. Se trata de un ámbito de nuestra vida social en el que se puede formar algo que se acerque a la opinión pública⁴⁰. Según Fraser, la idea de la esfera pública en Habermas designa un teatro en las sociedades modernas en el que la participación política se realiza a través del discurso: “[e]s el espacio en el que los ciudadanos deliberan sobre sus

³⁵ H. ARENDT, *La condición humana*, cit., p. 49, 67.

³⁶ BOANADA-FUCHS, A. “The changing nature of public space in São Paulo: A taxonomic approach”. En *Surveillance, Privacy and Public Space*. Routledge, 2018, p. 55.

³⁷ H. ARENDT, *The Human Condition*. Chicago: University of Chicago Press, 2nd ed., 1998, p. 32; H. PITKIN, “Justice: On Relating Private and Public.” *Political Theory*, vol. 9, núm. 3, 1981, p. 331. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/191093>. Consultado el 13-08-2022.

³⁸ J. HABERMAS, *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*, cit., p. 8; S. BENHABIB, “Modelle des Öffentlichen Raums: Hannah Arendt, Die Liberale Tradition und Jürgen Habermas.” *Soziale Welt* 42, núm. 2, 1991, pp. 147-165, p. 147. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/40877668>. Última consulta: 18-08-2022; S. BENHABIB, “The embattled public sphere: Hannah Arendt, Juergen Habermas and beyond”, *Theoria: A Journal of Social and Political Theory*, núm. 44 vol. 90, 1997, p. 6. Disponible en <https://www.jstor.org/stable/41802076>. Última consulta: 11-05-2022.

³⁹ J. HABERMAS, “The Public Sphere: An Encyclopedia Article”, en D.M. KELLNER & M.G. DURHAM (eds.) *Media and cultural studies: Keyworks*, Blackwell Publishing Ltd., Malden, 2006, p. 73.

⁴⁰ J. HABERMAS, “The Public Sphere: An Encyclopedia Article”, cit., p. 73.

asuntos comunes y, por lo tanto, una arena institucionalizada de interacción discursiva”⁴¹.

El derecho de igualdad ejerce un papel estructural en la esfera pública. Para Arendt, todos los hombres son iguales en la esfera pública⁴². Se trata de un principio de participación en el que ninguna categoría de personas puede ser excluida a priori de la vida política⁴³. También Habermas reconoce el valor de la igualdad de acceso a la esfera pública⁴⁴. Una esfera pública de la que *eo ipso* se excluyan determinados grupos no solo es incompleta, sino que no es en absoluto una esfera pública⁴⁵. En efecto, el significado de “Öffentlichkeit” alude al carácter abierto y de libre acceso a la esfera pública⁴⁶. Frente a la objeción de la exclusión histórica de las mujeres y los miembros de las clases plebeyas de la esfera pública de la sociedad burguesa de los siglos XVII y XVIII⁴⁷, es posible afirmar que el mérito del modelo de las esferas no reside tanto en su validez histórica, como en el sentido normativo y contrastativo de la teoría crítica⁴⁸.

⁴¹ N. FRASER. “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, en C. CALHOUN (ed.). *Habermas and the public sphere*. The MIT Press, Cambridge. Fourth printing, 1996, p. 110.

⁴² H. ARENDT, “Reflections on Little Rock”, *cit.*, p. 52.

⁴³ J. WALDRON, “Arendt on the Foundations of Equality”, en S. BENHABIB (ed.). *Politics in dark times: Encounters with Hannah Arendt*. Cambridge University Press, 2010, p. 30.

⁴⁴ J. HABERMAS, “The Public Sphere: An Encyclopedia Article”, *cit.*, p. 73.

⁴⁵ J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit: Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*. Luchterhand, 1982, p. 156.

⁴⁶ N. FRASER, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy,” *cit.*, p. 118.

⁴⁷ N. FRASER, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, *cit.*, p. 119, quien sostiene que la eliminación de la desigualdad social es una condición necesaria para la participación equitativa en la esfera pública; C. GUY-URIEL & L. FUENTES-ROHWER, “Habermas, the Public Sphere, and the Creation of a Racial Counterpublic,” *Michigan Journal of Race & Law*, núm. 21, 2015, pp. 1-21. Disponible en: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3666. Última consulta: 14-08-2022. Habermas reconocería que “Tanto a las mujeres como a los demás grupos se les negó la igual participación activa en la formación de la opinión y la voluntad políticas.” J. HABERMAS, “Further Reflections on the Public Sphere”, en C. CALHOUN (ed.). *Habermas and the public sphere*. The MIT Press, Cambridge. Fourth printing, 1996, p. 428.

⁴⁸ Según Schudson, “[a] mayor participación de personas en la política, más se acerca uno al ideal de una esfera pública”. M. SCHUDSON, “Was There Ever a Public Sphere?”, en C. CALHOUN (ed.). *Habermas and the public sphere*. The MIT Press, Cambridge. Fourth printing, 1996, p. 147.

Arendt observa que la igualdad entre pares en la antigua *polis* presuponía la existencia de “desiguales” que constituyan la mayoría de la población⁴⁹, y que la familia, la esposa y sus hijos, y los esclavos y sirvientes, no fueron reconocidos como plenamente humanos⁵⁰. Mientras que en el Mundo Moderno con el ascenso de la sociedad de masas, la victoria de la igualdad es el reconocimiento legal y político del hecho de que esa sociedad ha conquistado la esfera pública, y que distinción y diferencia han pasado a ser asuntos privados del individuo⁵¹.

Arendt reconoce la relación entre la igualdad y la participación en la esfera pública con respecto a la forma democrática del Estado. Advierte que mientras que en las monarquías y en todas las formas jerárquicas de gobierno los hombres son diferentes entre sí por nacimiento, las leyes republicanas se fundan en la experiencia de la igualdad inherente de todos los hombres, en la que todos los hombres son igualmente valiosos y ostentan una cantidad igual de poder. Sus ciudadanos conviven y pertenecen a un grupo de hombres igualmente poderosos⁵². En cuanto a la participación, observa que en tiranía los ciudadanos son desterrados de la esfera pública para fomentar la industria privada y la laboriosidad, a costa de la inevitable pérdida de poder⁵³.

A partir de la idea del totalitarismo de Arendt, Habermas destaca la posición prominente que ocupan en la sociedad civil las asociaciones formadoras de opinión en torno a las cuales pueden cristalizar los públicos autónomos⁵⁴. Para Habermas el concepto básico de una teoría normativa de la democracia requiere de una “esfera pública política”, como epítome de esas condiciones de comunicación bajo las cuales puede producirse una formación discursiva de opinión y voluntad de una audiencia de ciudadanos⁵⁵. El núcleo institucional de esta “sociedad civil” está formado por asociaciones no gubernamentales y no económicas de carácter voluntario. Se trata de asociaciones formadoras de opinión que no pertenecen al sistema administrativo como los partidos políticos, sino que logran efectos políticos a través de la influencia periodística, porque o bien participan directamente en la comunicación

⁴⁹ H. ARENDT, *La condición humana*, cit., p. 44.

⁵⁰ H. ARENDT, “Philosophy and Politics,” cit., p. 80.

⁵¹ H. ARENDT, *La condición humana*, cit., p. 51.

⁵² H. ARENDT, “On the Nature of Totalitarianism: An Essay in Understanding”, cit., p. 336.

⁵³ H. ARENDT, *La condición humana*, cit., p. 241.

⁵⁴ J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, cit., p. 47.

⁵⁵ J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, cit., p. 38.

pública o, como proyectos alternativos, hacen una contribución implícita a la discusión pública⁵⁶. Según Habermas, el concepto de totalitarismo de Arendt muestra como el gobierno totalitario somete precisamente esta práctica comunicativa de las asociaciones formadoras de opinión al control de los aparatos de inteligencia⁵⁷. Por ello, el proceso en el que los asuntos de interés común pueden ser discutidos abiertamente y tienen una influencia legítima en las políticas gubernamentales, que tiene lugar en el ámbito de la esfera pública, o más precisamente de la esfera política, ha sido calificada como la piedra angular de una sociedad democrática⁵⁸.

Una condición esencial de la democracia es la existencia de una esfera pública que funcione, es decir, una esfera en la intersección de la vida política y social, fuera del aparato estatal formal, pero no inmediatamente idéntica a la sociedad civil, que está constituida por ciudadanos que participan en debates públicos críticos. En una sociedad caracterizada por una esfera pública funcional, la opinión pública se forma en el curso de tales debates e influye en el aparato gubernamental formal⁵⁹.

Por otra parte, el concepto de democracia en el liberalismo político requiere que las instituciones y los procedimientos a través de los cuales se promulgan las leyes y políticas sean “racionales”, en el sentido de que podrían cumplir con el acuerdo racional de todos los afectados⁶⁰. Según Rawls, una sociedad democrática constitucional razonablemente justa combina y ordena los dos valores básicos de libertad e igualdad, en el sentido de la garantía de medios suficientes para todos los fines necesarios para que todos los ciudadanos puedan hacer un uso inteligente y eficaz de sus libertades⁶¹.

En términos similares, Habermas comparte la definición de la democracia deliberativa como “una asociación democrática en la que la justificación de los términos y condiciones de asociación procede a través de argumentos públicos y razonamientos entre ciudadanos iguales”⁶². Observa que confor-

⁵⁶ J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, cit., p. 46.

⁵⁷ J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, cit., p. 47.

⁵⁸ A. HANNAY, *On the public*. Taylor & Francis, 2005, p. 43.

⁵⁹ M. POSTONE, “Political Theory and Historical Analysis”, cit., p. 164.

⁶⁰ K. BAYNES, “54. Equality”, en *The Habermas Handbook*. Columbia University Press, 2018, p. 541.

⁶¹ J. RAWLS, *The Law of Peoples: With the ‘Idea of Public Reason Revisited’*, Harvard University Press, Cambridge, MA, 1999, p. 49.

⁶² J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, cit., p. 38; J. HABERMAS, “Further Reflections on the Public Sphere”, cit., p. 446.

me al principio de democracia los derechos políticos deben garantizar la participación en todos los procesos de deliberación y decisión relevantes para la producción de normas, de modo que en ellos pueda hacerse valer por igual la libertad comunicativa de cada uno de posicionarse frente a pretensiones de validez susceptibles de crítica⁶³.

Si bien existe consenso en cuanto a que la sociedad democrática debe ser entendida como “una comunidad participativa de iguales”⁶⁴, se plantea la controversia en torno al grado de igualdad que se requiere como condición necesaria de una sociedad democrática⁶⁵. La relación entre la igualdad social y la democracia es descrita por Habermas como un ciclo auto-estabilizador, en el que la autonomía pública y privada se hacen posible y se promueven recíprocamente. El uso autónomo de los derechos civiles genera legislativamente derechos subjetivos, cuyo ejercicio asegura a todos los ciudadanos una independencia social que a su vez permite el uso activo de su autonomía política en interés general⁶⁶.

2.3. Los derechos de autonomía política

En su trabajo sobre “La transformación estructural de la esfera pública”, Habermas distingue los derechos fundamentales que protegen las esferas de lo público y lo privado. Mientras que las libertades de opinión y de expresión, de prensa, de reunión y asociación, entre otros, se refieren a la esfera del razonamiento público, los derechos de petición y de igualdad de derechos de voto, garantizan la función política de los particulares en esa esfera pública. Un segundo grupo de derechos fundamentales, tales como la libertad personal o la inviolabilidad del hogar, protege el estatus de libertad del individuo establecido en la esfera íntima de la familia nuclear patriarcal y un tercer grupo de derechos fundamentales, como la igualdad ante la ley y la protección de la propiedad privada, se refiere a la actuación de los propie-

⁶³ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., 193.

⁶⁴ E. DRYMIOTOU, *Human Rights, Constitutional Law and Belonging: The Right to Equal Belonging in a Democratic Society*. Routledge, 2018, p. 29.

⁶⁵ N. FRASER, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy,” cit., p. 121; J. HABERMAS, “Concluding remarks”, en C. CALHOUN (ed.), *Habermas and the public sphere*. The MIT Press, Cambridge. Fourth printing, 1996, p. 469; K. BAYNES. “54. Equality”, cit., p. 541; J. RAWLS, *The Law of Peoples: With the ‘Idea of Public Reason Revisited’*, cit., p. 49-50.

⁶⁶ J. HABERMAS, *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und die deliberative Politik*, cit., p. 70.

tarios privados en la esfera de la sociedad civil⁶⁷. En su libro “Facticidad y validez” Habermas contrapone las iguales libertades subjetivas de acción frente a los derechos que resultan del desarrollo y configuración políticamente autónomos del status de miembro de la comunidad jurídica⁶⁸. Las libertades subjetivas de acción fijan los límites dentro de los que un sujeto está legitimado para afirmar libremente su voluntad⁶⁹, a diferencia de los derechos de ciudadanía, que no tienen como única finalidad el ejercicio de la libertad de arbitrio, sino el ejercicio de la autonomía política⁷⁰. Para Habermas el problema de la conexión entre autonomía privada y autonomía pública deriva del origen de la doctrina de los derechos subjetivos en el derecho alemán, en el que éstos pretendían tener una legitimidad superior a la otorgada por el proceso político de producción de normas. Su sentido garantizador de la libertad habría atribuido a los derechos subjetivos una autoridad moral independiente de la producción democrática del derecho, a pesar de que la fuente de la legitimidad del derecho positivo radica en el proceso democrático de producción del derecho, el cual apela a su vez al principio de soberanía popular⁷¹.

De allí que según Habermas, la autonomía privada y pública; los derechos del hombre y la soberanía popular se presuponen mutuamente⁷². Los derechos subjetivos presuponen la colaboración de sujetos que se reconocen como sujetos de derechos, libres e iguales en sus derechos y deberes, los cuales están recíprocamente referidos unos a otros. Este reconocimiento recíproco es elemento integrante de un orden jurídico del que derivan los derechos subjetivos. Por ello, los derechos subjetivos y el derecho objetivo se constituyen cooriginalmente⁷³.

Habermas reconoce la “ambigua relación” que guardan los derechos subjetivos con el uso público de las libertades comunicativas⁷⁴. Al igual que las libertades subjetivas de acción, los derechos políticos dejan a discreción del sujeto los motivos que le llevan a comportarse de conformidad con la

⁶⁷ J. HABERMAS, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, cit., p. 153.

⁶⁸ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 188.

⁶⁹ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 147.

⁷⁰ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 95.

⁷¹ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 154.

⁷² J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 149.

⁷³ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 154, 187. Con respecto a la relación entre intereses individuales e intereses generales en relaciones jurídicas entre particulares, véase J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns, Band II, Zur Kritik der funktionalistischen Vernunft*, Suhrkamp Verlag Frankfurt am Main. Vierte Auflage, 1987, pp. 123 y ss.

⁷⁴ J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 196.

regla, a pesar de que el procedimiento democrático tiene que confrontar a los que participan en él con la orientación por el bien común⁷⁵. A diferencia del derecho constitucional alemán, en el que los derechos no sólo representan derechos subjetivos de libertad, sino a la vez normas-principio de tipo objetivo, obligatorios para todos los ámbitos del derecho, al sistema norteamericano le es extraña la doble dimensión entre el derecho subjetivo y el derecho objetivo. Pero, según Habermas, un retorno a aquella concepción liberal no es necesario ni posible⁷⁶.

En nuestro criterio, a pesar de la validez de la crítica al derecho norteamericano, en cuanto al déficit de protección de los derechos fundamentales especialmente frente a los poderes sociales⁷⁷, es posible extraer ciertas conclusiones a partir de su no reconocimiento de la doctrina del contenido objetivo de los derechos fundamentales. Ejemplo de ello lo encontramos en materia de la responsabilidad civil por difamación. En el derecho norteamericano la especial importancia de los derechos de comunicación establecidos en la Primera Enmienda deriva del interés general involucrado en el libre intercambio de ideas en la esfera pública. En lugar del valor jurídico objetivo de la libertad de opinión se alude al interés de la audiencia, el cual juega un papel estructural en el proceso de legitimación democrática del Estado e impone modificaciones a la relación de derechos y deberes entre el orador y el ofendido por lo expresado. En *New York Times Co. v. Sullivan*⁷⁸, encontramos algunos argumentos en este sentido. La Corte Suprema reiteró que “la discusión pública es un deber político”⁷⁹ y que en los casos en que se cuestiona la conducta política de los funcionarios “[e]l interés del público … supera al interés del apelante o de cualquier otra persona”. La “protección del público” requiere no sólo discusión, sino información, aun cuando los errores de hecho sean inevitables. “Todo lo que se agrega al campo de la difamación se toma del campo del debate libre”⁸⁰.

⁷⁵ J. HABERMAS, *Factividad y validez*, cit., p. 149.

⁷⁶ J. HABERMAS, *Factividad y validez*, cit., p. 149.

⁷⁷ Véase al respecto, A. ESPINOZA, J. RIVAS, “Efectos de los derechos fundamentales en relaciones entre particulares. Especial referencia a la tipología de casos en la state action de los Estados Unidos y su comparación frente a la mittelbare Drittewirkung de Alemania”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, núm. 31, 2022, pp. 1-31. Disponible en https://www.iustel.com/02/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=425168. Última consulta, 16-09-2022.

⁷⁸ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/376/254/>. Última consulta, 16-09-2022.

⁷⁹ *New York Times Co. v. Sullivan*, cit., 376 U. S. 270.

⁸⁰ *New York Times Co. v. Sullivan*, cit., 376 U. S. 272.

De tal forma, mientras que en el caso de las relaciones entre particulares en torno a derechos de comunicación en la esfera pública la doctrina del contenido objetivo de los derechos fundamentales describe una relación jurídica bilateral, en la que el derecho del orador prevalece frente al derecho del ofendido debido a su función en favor del principio del Estado democrático, una perspectiva distinta puede mostrar la necesidad de separar el interés individual del orador y el interés general de la audiencia. Especialmente en los casos en que se imponen al titular del derecho de libertad ciertos deberes de racionalidad es posible apreciar que no siempre son intereses que coinciden y se refuerzan entre sí, sino que en cierta medida también entran en conflicto. Ejemplo de ello, es la reserva de real malicia, según la cual el orador pierde la protección del derecho cuando actúa con conocimiento o desprecio imprudente de la falsedad de las declaraciones⁸¹.

El reconocimiento de la necesidad de separación entre el interés individual del titular del derecho y el interés general que es propio de la esfera pública permitiría observar una relación jurídica triangular, en la que siguiendo el ejemplo de los derechos de comunicación, el deber de tolerancia de las personas públicas o la especial valoración del discurso de interés público no derivan del derecho individual del orador o de su valor jurídico objetivo, sino del interés general de la audiencia en conocer la verdad o, por lo menos, tener acceso a un libre mercado de las ideas. La tendencia a prevalecer que ostentan los derechos de comunicación en la esfera pública parece más bien un efecto reflejo, en la medida en que la posición del orador coincide con el interés general de la audiencia. Como veremos más adelante, estas consideraciones podrían ser también aplicables a otras relaciones jurídicas entre particulares en la esfera pública y prepolítica, tales como las que derivan del principio de igualdad.

2.4. Las relaciones jurídicas quasi públicas

La delimitación de espacios de relaciones sociales a que alude el sistema de las esferas puede servir de punto de referencia para una clasificación

⁸¹ New York Times Co. v. Sullivan, *cit.*, 376 U. S. 279. Una situación similar se plantea en la jurisprudencia alemana en cuanto a opiniones basadas en hechos demostradamente falsos (BVerfGE 90, 241/249 – Auschwitzlüge), o en la jurisprudencia española con respecto a la recepción de la doctrina del TEDH acerca de la base factual de las opiniones (STC 65/2015, de 13 de abril Fj 5, con expresa referencia a STEDH de 13 de enero de 2015, en el caso Lozowska c. Polonia, párrafo 83; asimismo, STC 79/2014, FJ 5). Véase, además, STEDH de 9 de marzo de 2021, Benítez Moriana e Iñigo Fernández v. España, § 55.

de determinadas relaciones jurídicas, que reúnen elementos mixtos de derecho público y privado y que resultan determinantes para la aplicación de derechos fundamentales en relaciones entre particulares. Tales relaciones jurídicas nos llevan a cuestionar la tradicional dicotomía entre el ámbito del derecho público, en la que tiene lugar la clásica función de intervención del Estado, a través de la *state action*, y el derecho privado, en el que en ausencia del efecto horizontal del derecho de igualdad, la libertad individual se traduce en un derecho a discriminar y a excluir a los demás. Se trata de espacios de transición, en los que las relaciones entre individuos resultan modificadas por el interés general en la participación en el proceso democrático o en alguna de las esferas prepolíticas.

La distinción entre las esferas de lo público y de lo no público no es exactamente equivalente al de las relaciones jurídicas de derecho público y privado. Se trata de esferas de la vida en sociedad, conceptualmente distintas del Estado. En criterio de Fraser, el funcionamiento de la esfera pública democrática requiere una estricta separación de la sociedad civil y el Estado: “La esfera pública, en definitiva, no es el Estado; es más bien el cuerpo informalmente movilizado de la opinión discursiva no gubernamental que puede servir como contrapeso al Estado”⁸².

En las esferas de la sociedad civil tienen lugar distintas formas de relaciones jurídicas, tradicionalmente clasificadas sobre la base de la dicotomía entre el derecho público y privado. Nos centraremos aquí en la esfera de lo público y dejaremos de lado las esferas de lo no público, es decir de lo social y lo privado. En una relación jurídica clásica de derecho público en la esfera pública el Estado limita un derecho de libertad individual, por ejemplo, la libertad de expresión en temas de interés público, con la finalidad de proteger un interés general, como por ejemplo la paz pública. Pero, por su parte, las relaciones jurídicas entre particulares en la esfera pública muestran elementos atípicos. En lugar de la clásica estructura horizontal, en la que el Estado limita la libertad individual del deudor para proteger el interés individual del acreedor, interviene un interés general que sirve de fundamento a especiales deberes de racionalidad de las partes.

⁸² N. FRASER, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, *cit.*, p. 134. También en este sentido, J. HABERMAS, “Further Reflections on the Public Sphere”, *cit.*, p. 453; C. CALHOUN, “Introduction: Habermas and the Public Sphere”, en C. CALHOUN (ed.). *Habermas and the public sphere*. The MIT Press, Cambridge. Fourth printing, 1996, p. 8.

Especialmente el reconocimiento de espacios intermedios, como la esfera social o la distinción entre la esfera pública y la esfera política, nos lleva a abandonar la estricta dicotomía público-privada y afirmar en su lugar la existencia de espacios de transición entre ambos ámbitos. Las relaciones jurídicas entre particulares que tienen lugar en la esfera de lo público o de *Öffentlichkeit* constituyen relaciones jurídicas quasi públicas. En estos casos, las relaciones entre particulares no se resuelven exclusivamente en consideración a sus propios intereses individuales, sino que interactúan con intereses generales⁸³, que permiten establecer una relación de interdependencia entre los elementos de igualdad y racionalidad que caracterizan a la esfera quasi pública y la legitimación democrática del Estado.

3. LA DESEGREGACIÓN RACIAL EN LAS ESCUELAS

Una vez terminada la Guerra Civil en los Estados Unidos fue abolida la esclavitud como relación social legalizada. Durante la era de la reconstrucción se produjo el reconocimiento constitucional de la igualdad de las Decimotercera, Decimocuarta y Decimoquinta Enmiendas de la Constitución, así como las leyes de derechos civiles. De acuerdo con la interpretación inicial de la Corte Suprema, las mencionadas Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos tenían la finalidad de proteger un interés general. Su objetivo era revertir las condiciones de inferioridad y opresión de la raza africana⁸⁴. Sin embargo, a partir de *United States v. Cruikshank et al.*, la intervención de la Corte neutralizó el impacto de la garantía del derecho de igualdad por motivos de raza o color de la piel, al establecer que el conflicto racial no excedía de la esfera privada o social de los particulares, a pesar de que hasta entonces había sido ampliamente reconocido como un problema que afectaba la estructura social.

⁸³ L. LUSKY, "Minority Rights and the Public Interest", *The Yale Law Journal*, núm. 52 vol. 1, 1942, pp. 1-41. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/792211>. Última consulta: 11-05-2022; C. FRIED, "Two Concepts of Interests: Some Reflections on the Supreme Court's Balancing Test", *Harvard Law Review*, núm. 76 vol. 4, 1963, pp. 755-778. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/1338701>. Última consulta: 11-05-2022.

⁸⁴ Véase en ese sentido, *Slaughterhouse Cases*, 83 U.S. 36, en 37; 38 y 81 (1872). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/83/36/>. Última consulta: 11-05-2022 y *Strauder v. West Virginia*, 100 U.S. 303, en 307 (1880). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/100/303/>. Última consulta: 11-05-2022.

El cambio en la concepción de la cuestión racial como un asunto que sólo afectaba intereses individuales permitió excluir sistemáticamente del ámbito de protección de la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda a las acciones discriminatorias de los particulares. Se estableció la teoría de la *state action*, de acuerdo con la cual el alcance de la cláusula de igual protección de la Decimocuarta Enmienda se limita sólo a la acción del Estado. La prohibición de la actuación discriminatoria sería sólo exigible al Estado y no a los particulares.

En *United States v. Cruikshank et al*⁸⁵, la Corte Suprema llega a la conclusión que una masacre de entre veintiocho y treinta y ocho republicanos afroamericanos relacionada con los resultados de unas elecciones locales no podía ser objeto de las penas establecidas en la legislación federal, debido a que la Decimocuarta Enmienda “no agrega nada a los derechos que un ciudadano tiene en virtud de la Constitución frente a otro”⁸⁶.

En *The Civil Rights Cases*,⁸⁷ la Corte estableció la inconstitucionalidad de la *Civil Rights Act* de 1875, debido a que la obligación de las posadas, medios de transporte públicos y otros lugares de diversión pública de admitir el acceso a los ciudadanos de todas las razas y colores sólo impedía “la invasión individual de los derechos individuales”, lo cual excedería el alcance de la Decimocuarta Enmienda⁸⁸.

En *Plessy v. Ferguson*⁸⁹, a Corte se pronunció acerca de la separación entre afroamericanos y blancos en vagones de ferrocarril establecida por la *Separate Car Act* de Luisiana. Sostuvo que la segregación racial no violaba la Decimocuarta Enmienda, debido a que las leyes que permiten e incluso exigen su separación en los lugares donde pueden entrar en contacto “no implican necesariamente la inferioridad de ninguna de las dos razas con respecto a la otra”⁹⁰. A partir de esta sentencia, la segregación racial no sería considerada contraria a la Decimocuarta Enmienda, habilitando ciertas actuaciones de órganos del Estado, como las leyes estatales o locales que establecían la

⁸⁵ United States v. Cruikshank, 92 U.S. 542 (1875). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/92/542/>. Última consulta: 11-05-2022.

⁸⁶ United States v. Cruikshank, 92 U.S. 554-555, *cit.*

⁸⁷ Civil Rights Cases, 109 U.S. 3 (1883). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/109/3/>. Última consulta 11-08-2022.

⁸⁸ Civil Rights Cases, 109 U. S. 11, *cit.*

⁸⁹ Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 537 (1896). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/>. Última consulta 11-08-2022.

⁹⁰ Plessy v. Ferguson, 163 U.S. 544, *cit.*

segregación racial en establecimientos abiertos al público, medios de transporte o incluso en las escuelas públicas.

Incidentalmente, en *Plessy v. Ferguson* la Corte señaló como ejemplo del poder de policía de los Estados, el establecimiento de escuelas separadas para niños blancos y de color. La Corte avaló el criterio establecido por la Corte Suprema de Justicia de Massachusetts en *Roberts v. City of Boston*, en la que sostuvo que el Comité Escolar General de Boston tenía el poder de disponer la instrucción de niños de color en escuelas separadas establecidas exclusivamente para ellos, y para prohibir su asistencia a las otras escuelas. En *Roberts v. City of Boston*⁹¹, el juez Shaw no dio una respuesta definitiva al argumento del demandante, quien sostuvo que el mantenimiento de escuelas separadas tiende a profundizar y perpetuar la odiosa distinción de castas, fundada en un arraigado prejuicio en la opinión pública. Observó que en todo caso, “este prejuicio, si existe, no es creado por la ley y probablemente no pueda ser cambiado por la ley”.

A mediados de los años 50s, casi sesenta años después del establecimiento de la doctrina de iguales pero separados en *Plessy v. Ferguson*, la Corte Suprema afirmó la vigencia de la cláusula de igual protección en las escuelas públicas. En *Brown v. Board of Education of Topeka*⁹² la Corte sostuvo que aunque las instalaciones físicas y otros factores “tangibles” puedan ser iguales, la segregación racial de los niños en las escuelas públicas priva a los niños del grupo minoritario del derecho a la igualdad de oportunidades educativas.

La aplicación de la garantía de igual protección en *Brown v. Board of Education of Topeka* sólo es posible a partir de un retorno al derecho público. La segregación racial basada en la doctrina de “iguales pero separados” es considerada ahora como una conducta que afecta el interés general, en la medida en que sus efectos no se limitan a la esfera del individuo, sino que perpetuaba relaciones de dominación entre los grupos sociales y pone en riesgo la democracia. En lo sucesivo, no sólo la segregación establecida a través de leyes y otros actos del Estado, sino también ciertas actuaciones de particulares serían declaradas contrarias a la cláusula de igual protección o serían objeto de expresas prohibiciones legales. También se rechazaría la posibilidad de ejecución judicial de los acuerdos privados de tal naturaleza.

⁹¹ Roberts v. city of Boston, 59 Mass. 198, 5 Cush. 198 (1849). Disponible en <https://cite.case.law/mass/59/198/>. Última consulta 11-08-2022.

⁹² Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Última consulta: 10-08-2021.

Brown v. Board of Education of Topeka marcó uno de los puntos de inflexión de mayor importancia en la historia racial de los Estados Unidos al establecer el fin de la legislación que permitía la segregación en las escuelas públicas. Pero, la segregación racial se mantiene hasta nuestros días *de facto*, especialmente debido a la permanencia también fáctica de la segregación urbanística y la desigual asignación de recursos⁹³.

En *Runyon v. McCrary*⁹⁴, la Corte debía resolver acerca de la negativa de admisión de estudiantes en escuelas privadas por motivos basados en la raza. Habiendo constatado la infracción de una norma derivada de la *Civil Rights Act of 1866*, que prohibía la discriminación racial en negocios privados, la Corte Suprema debía pronunciarse si tal disposición infringía el derecho constitucionalmente protegido a la libertad de asociación y a la privacidad, así como el derecho a dirigir la educación de los hijos. En cuanto a la libertad de asociación, la Corte reiteró que el mismo protege el derecho a asociarse con el fin de promover creencias e ideas⁹⁵. Pero de tal principio no deriva una protección a la práctica de excluir a las minorías raciales de las instituciones educativas. La Constitución no atribuye un valor a la discriminación, por lo que la discriminación privada no recibe una protección constitucional positiva. De allí que la legislación pueda prohibir la discriminación privada en determinadas circunstancias⁹⁶. Finalmente, observó que la prohibición de discriminación racial en la política de admisiones de las escuelas no representa una intromisión en la privacidad del hogar o de un entorno íntimo similar, aun cuando afecta los intereses de los padres, los cuales sin embargo

⁹³ G. SITARAMAN y A.L. ALSTOTT, *The public option: How to expand freedom, increase opportunity, and promote equality*. Harvard University Press, 2019, p. 93; S. FRASER-BURGESS, "Racism and Education: The Struggle to Achieve Democratic Aims Inclusively in Public Schooling", *cit.*, p. 109; R. L. MARK, "Brown v. Board of Education: Impact, Symbolism and Significance", *cit.*, p. 23. J. CHEN, "With all deliberate speed: brown II and desegregation's children.", *Law and Inequality: Journal of Theory and Practice*, núm. 24 vol. 1, 2006, p. 3. Disponible en <https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1071&context=lawineq>. Última consulta: 26-09-2022.

⁹⁴ *Runyon v. McCrary*, 427 U.S. 160 (1976). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/427/160/>. Última consulta: 11-05-2022. En *Patterson v. McLean Credit Union*, 491 U.S. 164 (1989). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/491/164/#171>. Última consulta: 11-05-2022, la Corte resolvió no revocar el precedente establecido en *Runyon*. Ver también, *CBOCS West, Inc. v. Humphries*, 553 U.S. 442 (2008). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/553/442/>. Última consulta: 11-05-2022.

⁹⁵ *Runyon v. McCrary*, 427 U. S. 175, *cit.*

⁹⁶ *Runyon v. McCrary*, 427 U. S. 176, *cit.*

pueden ser objeto de regulación, como ocurre en el caso de la decisión de procrear⁹⁷.

La existencia de un distinto estándar de sujeción a la cláusula de igual protección en las escuelas públicas y privadas puede ser constatado a partir del reconocimiento en *Runyon v. McCrary* de los derechos parentales reconocidos en anteriores decisiones, tales como el derecho de las escuelas a operar o el derecho de los padres a enviar a sus hijos a una escuela privada en particular. La prohibición de la segregación racial tampoco afectaría el contenido de la materia que se enseña en las escuelas privadas, las cuales seguían siendo libres de inculcar los valores y estándares que considerasen deseables⁹⁸.

Otro ejemplo de la mayor libertad de las escuelas privadas para aplicar preferencias basadas en la raza que podrían no estar disponibles para las escuelas públicas⁹⁹ lo encontramos en *Doe v. Kamehameha*¹⁰⁰. La Corte de Apelaciones de los Estados Unidos del Noveno Circuito resolvió acerca de la política de ingreso de las Escuelas Kamehameha, un grupo de escuelas privadas en Hawái que solo admiten hawaianos nativos. La Corte de Apelaciones declaró que tal política de admisiones no era contraria a la cláusula de igual protección, debido a que su misión era remediar la posición severamente desfavorecida de los nativos hawaianos y proteger la cultura nativa hawaiana. Constató la existencia de un desequilibrio manifiesto en el rendimiento educativo actual entre los nativos hawaianos y otros grupos étnicos y que la no admisión de estos últimos no obstaculiza innecesariamente los derechos de los hawaianos no nativos ni crea una barrera absoluta para su avance¹⁰¹.

⁹⁷ *Runyon v. McCrary*, 427 U. S. 178, *cit.*

⁹⁸ *Runyon v. McCrary*, 427 U. S. 177, *cit.* Crítica de la contradicción entre el derecho de inculcar el valor de la segregación racial y el deber de actuar en forma contraria a tales valores, al admitir estudiantes de minorías raciales, M. HIRSCHOFF – U. Michelle, "Runyon v. McCrary and Regulation of Private Schools". *Indiana Law Journal*, 1976, vol. 52, pp. 747-760. Disponible en: <https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol52/iss4/3>. Última consulta: 28-08-2022.

⁹⁹ C. W. SCHMIDT, "Doe v. Kamehameha: Section 1981 and the Future of Racial Preferences in Private Schools". *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2007, vol. 42, pp. 557-568. Disponible en <https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/hcrc142&i=561>. Última consulta 28-08-2022.

¹⁰⁰ Doe ex rel. Doe v. Kamehameha Schools/Bernice Pauahi Bishop Estate, 625 F.3d 1182 (9th Cir. 2010). Disponible en <https://casetext.com/case/doe-v-kamehameha-schbrn-pauahi>. Última consulta: 28-08-2022.

¹⁰¹ Doe ex rel. Doe v. Kamehameha Schools, 470 F.3d 827, 843, *cit.* En favor de escuelas exclusivas para afroamericanos, R. BROOKS, *Integration or Separation?: A Strategy for Racial Equality*. Cambridge, MA and London, England: Harvard University Press, 2022, p. 218. Véase

4. REFLEXIONES EN TORNO A LITTLE ROCK

El artículo de Arendt “*Reflections on Little Rock*”, inicia con unas observaciones preliminares. La autora advierte al lector que su publicación había sido retrasada durante más de un año, debido a que el contenido controvertido¹⁰² de sus reflexiones colidía con la postura de la revista en materia de discriminación y segregación. Arendt reconoció que su crítica a la sentencia *Brown v. Board of Education of Topeka*, podía parecer injusta y remitió a sus comentarios en el más reciente artículo “*La crisis de la educación*”, en cuanto al papel de la educación en el marco político norteamericano. Finalmente, aclaró que como judía daba por sentado su simpatía por la causa racial de los afroamericanos y por todos los pueblos oprimidos¹⁰³.

La postura de Arendt se plantea en torno a la dicotomía entre la esfera pública y las esferas no públicas, con especial énfasis en la importancia de proteger la libertad del individuo frente a la intervención del Estado en éstas últimas. Observa que el gobierno tiene que garantizar que la discriminación social nunca restrinja la igualdad política, pero también debe salvaguardar los derechos de cada persona a hacer lo que le plazca dentro de las cuatro paredes de su propio hogar. Advierte del peligro que deriva de la discriminación proveniente del Estado, señalando que “[e]n el momento en que la discriminación social se aplica legalmente, se convierte en persecución, y de este crimen han sido culpables muchos Estados del sur”¹⁰⁴. Pero también destaca la importancia de reconocer los límites de la intervención del Estado. Argumenta que los derechos de privacidad son gravemente violados cada vez que la legislación comienza a interferir con los prejuicios y las prácticas discriminatorias de la sociedad¹⁰⁵.

al respecto, M.K. NAGLE. “Parents Involved and the Myth of the Colorblind Constitution”. *Harvard Journal on Racial and Ethnic Justice*, vol. 26, no. 1, pp. 211-240, p. 213. 2010. Disponible en <https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/hblj26&collection=journals&id=213&startid=&endid=24.2>. Última consulta: 31-08-2022; J.H. ELY, *On constitutional ground*. Princeton University Press, 1996, p. 267 y sig.

¹⁰² Se reprocha que Arendt privilegió la protección de la diversidad social y cultural contra el poder estatal, defendiendo el derecho de los padres blancos a enviar a sus hijos a la escuela de su elección, a expensas del derecho de los padres afroamericanos a enviar a sus hijos a escuelas integradas. R.H. KING, “On race and culture: Hannah Arendt and her contemporaries”, en S. BENHABIB (ed.). *Politics in dark times: Encounters with Hannah Arendt*. Cambridge University Press, 2010, p. 133; K.T. GINES. *Hannah Arendt and the negro question*. Indiana University Press, 2014, pp. 48, 53.

¹⁰³ H. ARENDT, “*Reflections on Little Rock*”, cit., p. 46

¹⁰⁴ H. ARENDT, “*Reflections on Little Rock*”, cit., p. 53.

¹⁰⁵ H. ARENDT, “*Reflections on Little Rock*”, cit., p. 53.

Arendt también examina el problema de la integración racial en las escuelas desde el punto de vista del principio del Estado federal, pero nos centraremos aquí en sus argumentos relacionados con las esferas de la vida social. Revisaremos en primer lugar la aparente confusión que deriva de la reducción de la esfera pública al ámbito de lo político. En segundo lugar, abordaremos el argumento de Arendt acerca de la capacidad de los niños y adolescentes para enfrentarse a la esfera política. Y, finalmente, analizaremos la relación entre la función de la educación cívica y la segregación racial en las escuelas.

Tal como expusimos anteriormente, a lo largo de la obra de Arendt se plantea en ocasiones cierta confusión entre la esfera pública y la esfera política. Especialmente en sus reflexiones acerca de la segregación en las escuelas públicas, Arendt omite por completo la referencia al ámbito público y sólo reconoce la separación entre lo político, lo social y lo privado. Esta reducción de la esfera pública al ámbito de lo político conduce a que la esfera social asuma la función residual, de lo que no pertenece a lo político ni a lo privado. Y dado que las escuelas no forman parte del ámbito político, Arendt concluye que los padres pueden ejercer en ellas sus facultades de exclusión y discriminación¹⁰⁶.

En el ensayo “*La crisis de la educación*” Arendt desestima la validez de atribuir alguna función a la educación en el ámbito político. En primer lugar, debido a la experiencia europea, en la que los movimientos revolucionarios de casta tiránica alejaron a los niños de sus padres y simplemente los adoctrinaron. En tales casos, el verdadero propósito de la educación es la coerción sin el uso de la fuerza. En segundo lugar, porque educar a los niños “para que sean ciudadanos de un día utópico de mañana” sería una intervención excesiva. Para Arendt, “preparar a una nueva generación para un nuevo mundo solo puede significar que uno desea arrancar de las manos de los recién llegados su propia oportunidad en el nuevo mundo”¹⁰⁷.

Pero, a diferencia del criterio expuesto en Little Rock, Arendt afirma en “*La crisis de la educación*” que la escuela “es la institución que interponemos

¹⁰⁶ Frente a esta postura se ha objetado que “ciertas formas de discriminación social, en la medida en que formalizan la exclusión pública de ciertos grupos de seres humanos sobre la base de sus identidades, son incompatibles con la igualdad política. De hecho, precisamente porque la igualdad es un valor creado por el proceso político, requiere una vigilancia constante, redefinición, redistribución y extensión a la esfera social”. S. BENHABIB. *The reluctant modernism of Hannah Arendt*. Rowman & Littlefield Publishers, 2003, p. 152.

¹⁰⁷ H. ARENDT, *Entre el pasado y el futuro*, cit., p. 227.

entre el campo privado del hogar y el mundo para que sea posible la transición de la familia al mundo”¹⁰⁸. Y en su artículo “¿Qué es la autoridad?” Arendt sostiene que la educación pertenece a un ámbito “prepolítico”; un área previa a lo político, exigida por la necesidad política de dar continuidad a una civilización establecida “que sólo puede perpetuarse si sus retoños transitan por un mundo preestablecido, en el que han nacido como forasteros”¹⁰⁹.

Como criterio para la distinción entre estas esferas en el ámbito de las escuelas Arendt alude a la especial situación de la niñez. Sostiene que los niños deben ser criados en esa atmósfera de la característica facultad de exclusividad de un hogar capaz de proteger a sus jóvenes contra las demandas del ámbito social y las responsabilidades del ámbito político¹¹⁰. Su preocupación, especialmente en el caso de los sucesos de la escuela de Little Rock, en la que los jóvenes fueron objeto de acoso por los manifestantes en contra de la integración en las escuelas, se expresa en la pregunta “¿tenemos la intención de que nuestras batallas políticas sean libradas en los patios de la escuela?”¹¹¹.

Sin embargo, en “La crisis de la educación” Arendt reconoce que “el niño es un ser humano que está en un proceso de transformación”¹¹² y que “[n]o existe una regla general que fije la posición de la línea divisoria entre la niñez y la edad adulta; esa posición cambia a menudo, según la edad, de un país a

¹⁰⁸ H. ARENDT, *Entre el pasado y el futuro*, cit., p. 240.

¹⁰⁹ H. ARENDT, *Entre el pasado y el futuro*, cit., p. 118.

¹¹⁰ H. ARENDT, “Reflections on Little Rock”, cit., p. 55.

¹¹¹ H. ARENDT, “Reflections on Little Rock”, cit., p. 50. En cuanto a la afirmación de Arendt, que los padres afroamericanos habrían expuesto a sus hijos durante la lucha por integrar las escuelas, Ralph Ellison le reprochó en una entrevista publicada por Robert Warren, que “ella no tiene absolutamente ninguna idea de lo que sucede en la mente de los padres negros cuando envían a sus hijos a través de esas líneas de personas hostiles.” Los padres son conscientes que tales eventos constituyen realmente para el niño una confrontación de los terrores de la vida social. Pero, “se le exige que domine las tensiones internas creadas por su situación racial, y si se lastima, entonces el suyo es un sacrificio más. Es un requisito duro, pero si no pasa esta prueba básica, su vida será aún más dura.” R.P. WARREN. *Who Speaks for the Negro?* Yale University Press, 2014, p. 343. También en este sentido, K. T. GINES, “Hannah Arendt, liberalism, and racism: Controversies concerning violence, segregation, and education”, *The Southern journal of philosophy*, núm. 47 (Supplement), 2009, p. 53. A partir de la observación de Ellison, Arendt habría rectificado privatamente su postura. S. BENHABIB, “Modelle Des Öffentlichen Raums: Hannah Arendt, Die Liberale Tradition und Jürgen Habermas”, cit., p. 152. S. BENHABIB, “Hannah Arendt’s Political Engagements”, en R. BERKOWITZ, et al., (eds.), *Thinking in Dark Times: Hannah Arendt on Ethics and Politics*, Fordham University Press, New York, 2009, p. 58.

¹¹² H. ARENDT, *Entre el pasado y el futuro*, cit., p. 236.

otro, de una civilización a otra e incluso de una persona a otra”¹¹³. También aquí encontramos un cambio en la postura expresada en torno a Little Rock. Sostiene que jamás debe permitirse que la línea trazada entre los niños y los adultos se convierta en un muro que separe a los niños de la comunidad de adultos, “como si no compartieran un mismo mundo y como si la niñez fuese un estado humano autónomo, que puede vivir según sus propias leyes”¹¹⁴.

Por ello, en nuestro criterio, la aplicación de estos argumentos al problema de la desegregación en las escuelas requiere de un tratamiento diferenciado. No es adecuado sostener en términos absolutos la total exposición de los niños y jóvenes a la esfera política o su total exclusión de ese ámbito, sino que depende del grado de madurez de cada individuo¹¹⁵.

También es necesario distinguir el grado de participación política. En primer lugar, no es difícil ubicar el caso de *Little Rock* en una esfera política. Elizabeth Eckford, la joven afroamericana de 15 años en su camino a la escuela realizó una verdadera acción política al atravesar la turba de cientos de segregacionistas. La imagen gráfica produjo un impacto en la opinión pública, generó una respuesta en los órganos de gobierno federales y contrarrestó el bloqueo del gobierno estatal. El activismo político de muchos adolescentes impulsó importantes cambios en el tratamiento de la desigualdad racial desde los años 40s. El boicot de Claudette Colvin de 15 años en 1955 dio lugar a la desegregación racial en autobuses¹¹⁶. Las protestas sentadas en restaurantes (*sit-in*), como las de Robert Mack Bell, de 16 años, casi condujeron al reconocimiento judicial de la inconstitucionalidad de la aplicación de leyes de invasión a la

¹¹³ H. ARENDT, *Entre el pasado y el futuro*, cit., p. 240.

¹¹⁴ H. ARENDT, *Entre el pasado y el futuro*, cit., p. 248.

¹¹⁵ De acuerdo con el principio contenido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, el niño debía ser objeto de especial protección y cuidado “debido a su inmadurez física y mental”. Mientras que a partir la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 se establece el reconocimiento de derechos de participación del niño en la vida política, en la medida que sea compatible con el principio de autonomía progresiva. F. EARLS, “Children: From Rights to Citizenship”, *The ANNALS of the American Academy of Political and Social Science*, vol. 633, núm. 1, 2011, p. 9. Disponible en <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.881.5949&rep=rep1&type=pdf>. Consultado por última vez el 21-08-2022; J. BOHMAN, “Children and the rights of citizens: Nondomination and intergenerational justice”, *The ANNALS of the American academy of political and social science*, vol. 633, núm. 1, 2011, p. 128. Disponible en <http://www.jstor.org/stable/27895964>. Consultado por última vez el 21-08-2022.

¹¹⁶ *Gayle v. Browder*, 352 U.S. 903 (1956). Disponible en <https://cite.case.law/us/352/903/6266656/>. Última consulta: 26-09-2022.

propiedad para hacer cumplir la segregación en lugares de acceso público¹¹⁷, entre muchos otros casos, en el marco del movimiento por los derechos civiles.

En segundo lugar, el espacio de las escuelas también ofrece un foro para la participación en la esfera pública. En *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, la Corte reconoció el derecho de un grupo de estudiantes de expresar públicamente sus objeciones a la guerra de Vietnam usando brazaletes negros durante la temporada navideña. Afirmó que “[t]he classroom is peculiarly the ‘marketplace of ideas’”¹¹⁸.

En tercer lugar, en una esfera anterior a la esfera pública se ubica el objetivo de las escuelas de brindar educación cívica. Desde este punto de vista, Arendt reconoce el conflicto entre el interés del gobierno en preparar a los niños para cumplir con sus deberes futuros como ciudadanos y el derecho de los padres, el cual puede ser objeto de ciertas limitaciones, como ocurre por ejemplo en el caso de la educación obligatoria¹¹⁹. Y en el ensayo “La crisis de la educación” Arendt destaca el doble aspecto de la educación. No es sólo una función vital que consiste en la preocupación por el mantenimiento de la vida y el entrenamiento y práctica del vivir¹²⁰, sino que asume la responsabilidad de la perpetuación del mundo. Estas dos responsabilidades pueden entrar en conflicto. La familia ofrece la protección especial que requiere el niño requiere para que el mundo no proyecte sobre él nada destructivo¹²¹. Pero al mismo tiempo, el mundo necesita protección para que no resulte invadido y destruido por la embestida de los nuevos que caen sobre él con cada nueva generación¹²².

Como se observa, algunos de los argumentos sobre los que Arendt sostuvo su postura en torno a Little Rock fueron desvirtuados por la propia autora en reflexiones posteriores. En ellas la escuela ya no es parte de la esfera social, sino prepolítica; no se afirma una total exclusión de los niños del mundo de los adultos y, se reconoce que la educación cívica tiene una función protectora de la democracia.

¹¹⁷ Bell v. Maryland, 378 U.S. 226 (1964). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/378/226/>. Última consulta: 26-09-2022.

¹¹⁸ Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S. 503, 512 (1969). Disponible en <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/393/503/>. Última consulta: 26-09-2022.

¹¹⁹ H. ARENDT, *Reflections on Little Rock*, cit., p. 55.

¹²⁰ H. ARENDT, *Entre el pasado y el futuro*, cit., p. 236.

¹²¹ H. ARENDT, *Entre el pasado y el futuro*, cit., p. 239.

¹²² H. ARENDT, *Entre el pasado y el futuro*, cit., p. 237.

En *Brown v. Board of Education of Topeka* la Corte Suprema destacó que la importancia de la educación para la sociedad democrática deriva de su función básica de la “buena ciudadanía”. Es un instrumento principal para despertar al niño a los valores culturales, para prepararlo para una formación profesional posterior y para ayudarlo a adaptarse normalmente a su entorno¹²³. En su jurisprudencia posterior, la Corte Suprema ha desarrollado la idea del interés general en la formación cívica como criterio de valoración de la educación. En *Wisconsin v. Yoder*¹²⁴, la Corte reconoció que el sistema de educación obligatoria que se estructura sobre la base del interés en la formación de los ciudadanos para que puedan participar de manera efectiva e inteligente en el sistema político abierto es necesaria para preservar la libertad y la independencia y es –citando a Thomas Jefferson– un baluarte de un pueblo libre contra la tiranía¹²⁵. En *Plyler v. Doe*¹²⁶, la Corte destacó la importancia de la educación en el mantenimiento de las instituciones básicas. Recordó que la jurisprudencia ha reconocido a las escuelas públicas como “una institución cívica vital para la preservación de un sistema democrático de gobierno” y como principal vehículo de transmisión de “los valores sobre los que se asienta nuestra sociedad”. Agregó que la educación tiene un papel fundamental en el mantenimiento del tejido de la sociedad y advirtió acerca de “los importantes costos sociales que soporta nuestra Nación cuando a grupos selectos se les niegan los medios para absorber los valores y habilidades sobre los que descansa nuestro orden social.” Por otra parte, además del papel central de la educación en el mantenimiento de la herencia política y cultural, observó que “[p]aradójicamente, al privar a los niños de cualquier grupo desfavorecido de una educación, cerramos los medios por los cuales ese grupo podría elevar el nivel de estima en el que es tenido por la mayoría”¹²⁷.

En la filosofía política se reconoce ampliamente el papel de la educación en la sociedad democrática. Sandel ha resaltado el rol formativo de los espacios que pertenecen a la esfera pública. Al igual que los parques recreativos e infantiles en el desarrollo urbanístico, las escuelas públicas son espacios en los que

¹²³ *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 493, *cit.*

¹²⁴ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). Disponible en: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/406/205/>. Última consulta: 18-08-2022.

¹²⁵ *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 221, *cit.* Ver también *Mozert v. Hawkins County Public Schools*, 647 F. Supp. 1194 (E.D. Tenn. 1986). Disponible en <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/647/1194/2359788/>. Última consulta: 21-08-2022.

¹²⁶ *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982). <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/457/202/>.

¹²⁷ *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 221, *cit.*

interactúan niños de todas las clases y aprenden los hábitos de la ciudadanía democrática. Por lo menos idealmente, la escuela municipal promueve la identidad cívica, la vecindad y la comunidad¹²⁸. En cuanto a su contenido, Neufeld afirma que la educación debería enseñar a los estudiantes el conocimiento, las habilidades, los conceptos y las virtudes necesarias para que se conviertan en ciudadanos racionales, razonables y políticamente autónomos¹²⁹. Para Rawls, la educación de los niños debe prepararlos para ser miembros de la sociedad que cooperan plenamente y permitirles ser autosuficientes y debe fomentar las virtudes políticas para que quieran honrar los términos justos de la cooperación social en sus relaciones con el resto de la sociedad¹³⁰.

A partir del criterio de reciprocidad, que según Rawls requiere que los términos de cooperación justa sean razonables para todos como ciudadanos libres e iguales, y no como dominados o manipulados o bajo presión causada por una posición política o social inferior¹³¹, deriva un deber natural de respeto mutuo que les pide tratarse civilizadamente unos a otros y estar dispuestos a explicar las razones de sus acciones, en especial cuando pasan por alto las demandas de otros¹³².

El deber de respeto mutuo, más que simple tolerancia, exige una actitud favorable y una interacción constructiva con las personas con las que no se está de acuerdo¹³³. Esta forma de reciprocidad se echa de menos en el argumento de Arendt, al reconocer el valor de la educación cívica como un mecanismo de integración de los inmigrantes a la sociedad norteamericana¹³⁴, pero que no impone recíprocamente deberes a la mayoría dominante de la sociedad. Por este motivo, no reconoce que el valor de la educación cívica no sólo atañe al contenido de la educación del niño, sino también al contexto de la vida social que se desarrolla en la escuela.

¹²⁸ M.J. SANDEL, *Democracy's discontent: America in search of a public philosophy*, Harvard University Press, 1996, p. 332.

¹²⁹ B. NEUFIELD, *Public Reason and Political Autonomy: Realizing the Ideal of a Civic People*, (1st ed.). Routledge, 2022, p. 125.

¹³⁰ J. RAWLS, *Political liberalism*. Columbia University Press, 1996, p. 199.

¹³¹ J. RAWLS, *The Law of Peoples: With the 'Idea of Public Reason Revisited'*, cit., p. 14.

¹³² J. RAWLS, *Teoría de la justicia*. Fondo de cultura económica, sexta reimpresión, 2006, p. 172; A. GUTMANN y D. THOMPSON, "Why deliberative democracy is different", *Social philosophy and policy*, 2000, vol. 17, núm. 1, p. 161-180.

¹³³ M.M. FERREE, et al. *Shaping Abortion Discourse*, cit., p. 218.

¹³⁴ H. ARENDT, *Entre el pasado y el futuro*, cit., p. 225.

5. CONCLUSIONES

Dos grandes hitos en la historia del derecho a la igualdad racial en el derecho norteamericano se produjeron en torno a la distinción público-privada. Mientras que en un desplazamiento hacia el ámbito privado, *Plessy v. Ferguson* restringió el alcance de la cláusula de igual protección bajo el argumento de la libertad de discriminar del individuo, *Brown v. Board of Education of Topeka* reestableció su ámbito de aplicación en toda la esfera pública de la sociedad. Pero ¿es la desegregación en las escuelas públicas una controversia de derecho público o un caso de efectos horizontales del derecho de igualdad? Desde el punto de vista de la dicotomía público-privada, el carácter público o privado de la escuela sería un elemento determinante, como lo muestra la distinta relación procesal. En *Brown v. Board of Education of Topeka* la relación entre la demandante Linda Brown y la negativa de admisión del concejo de educación en Topeka, Kansas sería calificada como de carácter público, regida sólo por el interés público en la educación cívica y en la igualdad de oportunidades de los jóvenes. Y en *Runyon v. McCrary* los demandantes Michael McCrary y Colin Gonzales hicieron valer su derecho de igualdad frente a los propietarios de la escuela Russell y Katheryne Runyon.

Pero este esquema deja algunos problemas sin resolver. No explica por qué en *Brown* no se realiza una valoración del derecho a la intimidad de la familia, ni del derecho a la exclusividad en la esfera social de los demás estudiantes. Si reconocemos una relación horizontal entre el derecho de igualdad de Linda Brown y el derecho a discriminar y a excluir de los alumnos de Topeka, el papel del interés general en la formación de ciudadanos iguales sólo sería justificable a través de la teoría del contenido objetivo del derecho como propone Habermas. Sin embargo, quedaría sin justificar cómo el derecho subjetivo o la dimensión objetiva del derecho de una de las partes sirve de base a un deber recíproco de respeto mutuo. El deber jurídico de respeto se establece por ejemplo en las normas de convivencia de la escuela. ¿Se produce una compensación entre los deberes recíprocos que derivan de los derechos de cada parte? Tampoco queda claro, cómo en *Runyon v. McCrary* el derecho de igualdad de los estudiantes afroamericanos les confiere la condición de acreedores frente a los propietarios de la escuela.

Para resolver estas contradicciones, en lugar de una absoluta bipartición público-privada, proponemos que la restricción de derechos individuales en la esfera pública deriva de relaciones jurídicas que presentan elementos mix-

tos. La finalidad de proteger el derecho a la igualdad de los jóvenes de la minoría afroamericana que sirve de justificación a la afectación de los derechos que desde *Plessy v. Ferguson* habían sido reconocidos a la mayoría dominante en la sociedad, no describe exactamente una relación horizontal, sino una estructura triangular que resulta determinada por un interés general que deriva de la importancia de la igualdad de acceso a la esfera pública en una sociedad democrática, al lado de los intereses individuales en juego de las mayorías y minorías, a quienes se imponen recíprocos deberes de racionalidad, especialmente porque el objetivo de la educación reside precisamente en la enseñanza de tales deberes ciudadanos.

Por otra parte, el reconocimiento de la progresiva transición entre lo público y lo no público no significa desestimar la existencia de la distinción público-privada o desconocer la importancia de la esfera privada¹³⁵, ni tampoco admitir el exceso de intervención con el fin de adoctrinar en determinada ideología política, como parece reprochar Arendt. Por el contrario, la gradual progresión de intereses públicos y privados que tiene lugar entre las esferas de lo público, lo social y lo privado deriva de un equilibrio entre la mayor valoración de los deberes de racionalidad y tolerancia que tiene su núcleo en la esfera política y su progresiva reducción, frente a la mayor valoración del libre arbitrio y la facultad de excluir a otros en la esfera privada¹³⁶. Si por una parte, la escuela es un prerequisito para la participación del ciudadano en la esfera pública y eventualmente en la esfera política, a través del reconocimiento de deberes de respeto mutuo y no discriminación arbitraria, que permitan formar al individuo para perseguir un objetivo de interés general, por otra parte, la educación también participa en la formación del individuo para desenvolverse en las esferas no públicas, en las que persigue objetivos comunes al grupo social o

¹³⁵ A partir de la comparación con el principio ético de la dignidad consagrado en la Constitución de Sudáfrica, Cornell sostiene que cada acción entre los seres humanos en la sociedad civil puede someterse a revisión constitucional, lo cual permitiría desvirtuar la postura de Arendt de que necesitamos un reino privado de diferencia. D. CORNELL. "Thinking Big in Dark Times", en R. BERKOWITZ, et al. (eds.), *Thinking in Dark Times: Hannah Arendt on Ethics and Politics*, Fordham University Press, New York, 2009, p. 223.

¹³⁶ Ejemplo de ello es la aplicación de la teoría de las esferas en la valoración del derecho a la personalidad en la jurisprudencia alemana. J.M. MÖNIG. "Verhaltensbeeinflussung durch Werbung in der Massengesellschaft", en S. BURK, et al (eds.) *Privatheit in der digitalen Gesellschaft*. Duncker & Humblot, Berlin, 2018, p. 155; también en ese sentido, E. GARZÓN VALDÉS, *Lo íntimo, lo privado y lo público*, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública, 2007; GARZÓN VALDÉS, Ernesto. "Privacidad y publicidad", *Doxa*, núm. 21, vol. 1, 1998, pp. 223-244. Disponible en <http://dx.doi.org/10.14198/DOXA1998.21.1.12>. Última consulta: 02-10-2022.

familiar, con base en valores tales como el de la confianza en el cumplimiento de los acuerdos, el reconocimiento de los derechos de los demás y la defensa de los propios derechos. La escuela es entonces al mismo tiempo parte de un ámbito anterior a las esferas pública y política, pero también a las esferas social y privada. Su importancia no sólo deriva de la formación del individuo para participar en el proceso de legitimación democrática del Estado, sino también para defender sus propios intereses individuales en el proceso de legitimación del Estado de derecho. De allí que las relaciones jurídicas que derivan del proceso de admisión para el ingreso a las escuelas públicas o privadas no puedan desconocer ni los intereses individuales y colectivos propios de la influencia de la familia y el entorno social en el proceso de formación del individuo ni el interés general en que el ciudadano comprenda la importancia de los deberes de racionalidad y reciprocidad en la esfera pública.

ALEXANDER P. ESPINOZA-RAUSSEO

Universidad de Las Américas

Los Castaños 7 Norte 1348. Viña del Mar

Chile

e-mail: alexander.espinoza.rausseo@gmail.com

JHENNY DE FÁTIMA RIVAS-ALBERTI

Universidad de Las Américas

Los Castaños 7 Norte 1348. Viña del Mar

Chile

e-mail: jhennyrial1613@gmail.com

DISCAPACIDAD Y SERVICIOS SOCIALES: ANALIZAR LA ACCESIBILIDAD EN LA COMPLEJIDAD INSTITUCIONAL*

*DISABILITY AND SOCIAL SERVICES: ANALYSING ACCESSIBILITY IN
INSTITUTIONAL COMPLEXITY*

MARTA MIRA-ALADRÉN
Universidad de Zaragoza
<https://orcid.org/0000-0002-6088-0324>

JAVIER MARTÍN-PEÑA
Universidad de Zaragoza
<https://orcid.org/0000-0002-3393-2061>

MARTA GIL-LACRUZ
Universidad de Zaragoza
<https://orcid.org/0000-0001-8261-058X>

Fecha de recepción: 11-3-22

Fecha de aceptación: 2-11-22

Resumen: *Las normas internacionales, como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, suponen un avance hacia la equidad. Asimismo, implican tanto un incremento de la legislación nacional y autonómica, como una mayor complejidad institucional, para hacer efectivos estos derechos. Por ello, queremos conocer cómo se ha implementado el derecho a la accesibilidad universal en la legislación. Se realizó un análisis de contenido de 36 normas relacionadas con la discapacidad y la dependencia en Aragón. Finalmente, se detectó que, a pesar de ciertos avances, la adaptación de la normativa no se ha consolidado, afectando al reconocimiento de derechos de las personas con discapacidad, especialmente de las más jóvenes y aquellas con grandes necesidades de apoyo.*

* Agradecemos el apoyo financiero del Gobierno de Aragón con una ayuda para la contratación de personal investigador predoctoral en formación para el periodo 2020-2024.

Abstract: International laws, such as the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, represent a step towards equity. They also imply both an increase in national and regional legislation, as well as greater institutional complexity, in order to make these rights effective. Therefore, we want to know how the right to universal accessibility has been implemented in legislation. A content analysis of 36 regulations related to disability and dependency in Aragon was carried out. Finally, it was detected that, despite certain advances, the adaptation of the regulations has not been consolidated, affecting the recognition of the rights of people with disabilities, especially the youngest and those with severe support needs.

Palabras clave: Derecho regulativo, accesibilidad, análisis de contenido, discapacidad

Keywords: regulatory Law, accessibility, accessibility, content analysis, disability

1. INTRODUCCIÓN

La administración pública es un sistema complejo. No siempre es fácil realizar los distintos trámites, entender la normativa o saber a qué organismo dirigirse. Esto se vuelve aún más difícil en determinados colectivos como, por ejemplo, aquellos que sufren deterioro cognitivo o discapacidad visual. Por ello, la normativa internacional contempla estas circunstancias y plantea la necesidad institucional de adaptarse a las mismas, especialmente desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹. Además, estas adaptaciones deben realizarse en base a criterios de inclusión y accesibilidad universal.

Todo ello necesita de una homogeneización de criterios entre profesionales, disciplinas e instituciones, garantizando la cobertura de los derechos sociales de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, independientemente del territorio, la institución o el sistema responsable de garantizarlos.

En este sentido, hasta nuestro conocimiento no se han encontrado estudios que analicen la relación entre derecho regulativo, complejidad institucional, accesibilidad e inclusión. Sin embargo, se dispone de literatura científica que ha abordado estas cuestiones de forma aislada. Por este motivo, nuestra investigación se centra en crear una base de datos que recopile la normativa relacionada con la atención a la discapacidad en la juventud

¹ En adelante, CDPD.

en Aragón, con indicadores y variables, que sirvan de aplicación en futuros análisis de normativa fuera del territorio aragonés. A través de la definición de unidades de análisis cualitativas de las leyes relacionadas con la inclusión, la accesibilidad y la complejidad institucional, se contribuye al desarrollo de algunas propuestas necesarias en la realidad institucional de Aragón, y, en general, de España. Aporta al derecho regulativo evidencias institucionales cuyo fin es eliminar las barreras de acceso a los derechos sociales de las personas con discapacidad en Aragón, sirviendo de punto inicial para su aplicación en otros ámbitos y territorios.

En este contexto, se plantean las siguientes preguntas de investigación: ¿Se puede compatibilizar la accesibilidad universal con un sistema complejo como el de la administración pública?, ¿se tienen en cuenta las necesidades de las personas con discapacidades graves y muy graves o severas en la regulación de sus derechos?, ¿están los sistemas de atención a la dependencia y los servicios sociales adaptados a la CDPD?

Teniendo en cuenta lo anterior, nuestro objetivo general es: Analizar la complejidad institucional en torno a los criterios de accesibilidad e inclusión para que el derecho regulativo no acabe siendo un impedimento para el acceso a los derechos de las personas con discapacidad. Para lograr lo anterior, planteamos los siguientes objetivos de investigación:

1. Conocer la realidad normativa de los jóvenes con discapacidad grave y muy grave o severa incluidos en el sistema de dependencia aragonés, desde la ratificación de la CDPD.
2. Conocer cómo definen y reconocen las leyes los conceptos de discapacidad, juventud y accesibilidad, su regulación y reconocimiento de derechos.
3. Comparar el derecho a la accesibilidad consagrado en la CDPD, con la estructura de la administración pública de atención a los jóvenes con discapacidad.

Este artículo, centrado en la afección de la complejidad institucional sobre el derecho a la accesibilidad, se divide en tres partes. En la primera parte se analiza a nivel teórico la accesibilidad como un derecho, especialmente de las personas con discapacidad, y su alcance. La segunda parte aborda el concepto de derecho regulativo, la complejidad institucional y, su aplicación en el campo de la discapacidad en Aragón. Finalmente, a partir de un estudio cualitativo de la legislación relativa a jóvenes con discapacidades graves y muy graves y a la dependencia en Aragón, se analizan los déficits, contra-

dicciones y necesidades en torno al derecho a la accesibilidad dentro de la complejidad institucional aragonesa.

2. LA ACCESIBILIDAD COMO DERECHO

Definir la discapacidad es más difícil de lo que parece. En primer lugar, podría plantearse como una cuestión física, de rehabilitación o médica, pero si se profundiza, se vuelve más compleja². Por ejemplo, la Organización Mundial de la Salud³ reconoce la importancia del entorno, promoviendo un modelo biopsicosocial⁴. En esencia, esta acepción analiza las injusticias sociales que sufren las personas con algún problema de salud, a partir de un nuevo modelo, el modelo social de la discapacidad⁵. Éste se ha materializado en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud⁶, que, como refieren algunos autores⁷, aún presenta algunas

² T. SHAKESPEARE, *Disability Rights and Wrongs Revisited*, Routledge Londres, 2014; G. MILIOS. "El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja co-existencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional" *De, rechos y Libertades*, núm. 47, Época II, junio 2022, pp. 241-271. <https://doi.org/10.20318/dyl.2022.6882>; y, R. de ASIS ROIG. "Sobre el sentido, contenido y configuración jurídica de la accesibilidad", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 32, 2020, pp. 2-21.

³ En adelante, OMS.

⁴ Puede consultarse en ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS) (2020) Discapacidad y salud, Ginebra, <https://www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health> (consultado el 12.01.2022).

⁵ Para entender dicha definición, acorde al concepto de justicia social, conviene acudir a los siguientes estudios en torno a la injusticia social y la diversidad funcional: M. APARICIO, "Estigmatización, invisibilización y cosificación de las personas con diversidad funcional. Una aproximación desde la justicia como reconocimiento de Axel Honneth", *Revista Española de Discapacidad*, 4 (I), 2016, pp. 177-190; y, M. MIRA-ALADRÉN y R. LOZANO-BLASCO, "Vulnerabilidad, opresión e injusticia social: el caso de la diversidad funcional desde la perspectiva de Iris Marion Young", *EN-CLAVES del pensamiento*, núm. 0 vol. 31, 2022, p. 499.

⁶ En adelante, CIF

⁷ Algunos de estos textos son: S. MITRA Y T. SHAKESPEARE, "Remodelling the ICF", *Disability and health journal*, num. 12 vol. 3, 2019, pp. 337-339; M. CERNIAUSKAITE, R. QUINTAS, C. BOLDT, A. RAGGI, A. CIEZA, J.E. BICKENBACH Y M. LEONARDI, "Systematic literature review on ICF from 2001 to 2009: its use, implementation and operationalization", *Disability and Rehabilitation*, num. 33 vol. 4, 2011, pp. 281-309; V.M. ALFORD, S. EWEN, G.R. WEBB, J. MCGINLEY, A. BROOKES Y L.J. REMEDIOS, "The use of the International Classification of Functioning, Disability and Health to understand the health and functioning experiences of people with chronic conditions from the person perspective: a systematic review", *Disability and Rehabilitation*, num. 37 vol. 8, 2014, pp. 655-666.

carencias. Algunas de las mejoras demandadas son la necesidad de incorporar los determinantes socioeconómicos de las condiciones de salud para entender la situación de discapacidad; y, enfatizar aspectos vinculados con la participación social, que actualmente se definen como insuficientes en las políticas públicas, más aún si entendemos la inclusión social como nuclear en el modelo social⁸. Por último, proponen atender a las necesidades psico-sociales con mayor amplitud, utilizando, por ejemplo, indicadores sobre la calidad de vida⁹.

El contexto teórico y normativo de la discapacidad ha sido mejorado con la CDPD, adoptando dicho modelo social y contextual¹⁰, pero no sin contradicciones en su adaptación por parte de la Unión Europea y España¹¹. Algunas de estas contradicciones han sido detectadas tanto en la propia normativa como, en la jurisprudencia a nivel nacional e internacional. En este sentido, la CDPD entiende la discapacidad como una situación de interacción con el entorno que limita la participación de las personas en diferentes ámbitos sociales. Por el contrario, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹² lo aborda únicamente desde la perspectiva laboral. Y, la legislación española requiere de un reconocimiento administrativo del 33%¹³. Además, en el debate jurídico internacional se encuentran discrepancias en la consideración de la enfermedad como discapacidad, requiriendo que se trate de enfermedades a largo plazo, en el caso de la CDPD y previsiblemente permanentes en la legislación española¹⁴.

Este Tratado, además, recoge diferentes derechos, incluyendo la accesibilidad como condición necesaria para alcanzar una vida independiente, en su apartado 9. Ello implica la identificación y eliminación de obstáculos

⁸ T. SHAKESPEARE, *Disability Rights and Wrongs Revisited*, cit.

⁹ M.A. VERDUGO ALONSO, A. RODRÍGUEZ AGUILERA, y F. SAINZ MODINOS, *Escala de vida familiar. Manual de aplicación*, INICO, Salamanca, 2012.

¹⁰ Ver: S. MITRA Y T. SHAKESPEARE, "Remodeling the ICF", *Disability and health journal*, cit.; y, MILIOS, G. "El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional", cit.

¹¹ MILIOS, G. "El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional", cit.

¹² En adelante, TJUE.

¹³ Artículo 4 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social.

¹⁴ Ver G. MILIOS. "El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional", cit.

y barreras de acceso en áreas como la comunicación, el transporte, los servicios electrónicos, etc. Así, los Estados firmantes se comprometen a promover políticas públicas y sociales para asegurar que todas las personas puedan acceder en igualdad de condiciones a los diferentes ámbitos, realizando los ajustes razonables oportunos¹⁵. Sólo con la apuesta decidida por la implementación de estas medidas, podríamos hablar de sociedad inclusiva y de autonomía personal.

En este sentido, no podemos hablar de accesibilidad sólo como la existencia de una rampa, un cartel en braille o una señalización, denominada como accesibilidad en sentido restringido. Si no que se refiere a la eliminación de otras muchas barreras¹⁶, asociadas a diferentes formas de opresión que experimenta este colectivo¹⁷. Entre ellas destacan las de difícil acceso a la información, o, las dificultades para lograr una interacción psicosocial plena, algo estrechamente vinculado con la relación con las instituciones, relacionadas con la accesibilidad en sentido amplio. Algunas de las cuestiones que regulan las directivas existentes son la señalización, y la redacción en lectura fácil de los documentos administrativos y legales o la disponibilidad de los mismos. Pudiendo definir diferentes tipos de accesibilidad: física, cognitiva y simbólica¹⁸ y diferentes sentidos de accesibilidad: restringido (centrada en productos) y, amplio (vinculada a los bienes y derechos)¹⁹.

A esta diversidad y la complejidad del propio término de accesibilidad se suma la dificultad para hacer efectivo dicho derecho. Por un lado, puede

¹⁵ En este sentido, apuntan también autores como R. ASÍS Y M.C. BARRANCO, *El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la ley 39/2006, de 14 de diciembre*, Ediciones Cinca, Madrid, 2010; y, F. PINDADO GARCÍA, *Hacia una única catalogación de los derechos fundamentales –los derechos económicos, sociales y culturales de las personas con discapacidad como derechos fundamentales–*, Ediciones Cinca, Madrid, 2015.

¹⁶ Para profundizar en estas barreras puede consultarse F. PINDADO GARCÍA, *Hacia una única catalogación de los derechos fundamentales*, cit.

¹⁷ Ver: T. SHAKESPEARE, *Disability Rights and Wrongs Revisited*, cit; M. APARICIO, "Estigmatización, invisibilización y cosificación de las personas con diversidad funcional. Una aproximación desde la justicia como reconocimiento de Axel Honneth", cit.; y, M. MIRA-ALADRÉN y R. LOZANO-BLASCO, "Vulnerabilidad, opresión e injusticia social: el caso de la diversidad funcional desde la perspectiva de Iris Marion Young", cit.

¹⁸ Para profundizar en estos tipos de accesibilidad, acudir a C.B. SAMPEDRO-PALACIOS y J. PÉREZ-VILLAR, Innovación Social como herramienta en la transformación de una sociedad inclusiva. Accesibilidad e Innovación Social, Prospectiva. Revista de Trabajo Social e intervención social, núm. 28 (julio-diciembre), 2019, pp. 93-119.

¹⁹ R. de ASIS ROIG. "Sobre el sentido, contenido y configuración jurídica de la accesibilidad", cit.

realizarse mediante la implementación de un diseño universal²⁰, es decir, diseñar productos, entornos, bienes y servicios que puedan ser empleados por la mayoría de las personas sin necesidad de adaptaciones. Y, por el otro lado, mediante los denominados ajustes razonables²¹, e adaptaciones concretas necesarias para que las personas puedan ejercer sus derechos en igualdad de oportunidades, siempre y cuando sean proporcionales.

La dificultad de esta implementación reside en el adjetivo de “razonables” y la necesidad de proporcionalidad de los mismos. De este modo existen discrepancias en los límites (de conocimiento, de estructuras y actitudes y de razonabilidad) de la accesibilidad, por ejemplo, en la fuerza de los criterios económicos a la hora de delimitar esa razonabilidad²². Mientras que en el discurso de los derechos estos criterios no tienen cabida, la legislación y jurisprudencia a nivel nacional e internacional en este ámbito parecen no coincidir. Mientras que la legislación europea y nacional mantiene que deben considerarse los criterios económicos para realizar o no dichos ajustes, la CDPD no contempla estos como excusa para la no realización de “ajustes razonables”, considerando esto como una causa de discriminación²³.

3. EL DERECHO REGULATIVO Y LA CRECIENTE COMPLEJIDAD INSTITUCIONAL EN ESPAÑA

La CDPD ha supuesto un nuevo paradigma en los estudios, la investigación y la normativa sobre discapacidad en todo el mundo. En el caso de España, desde 1978, con la Constitución Española²⁴, se constata un gran cambio legislativo, incrementado por cuestiones relacionadas con el derecho regulativo, aumentando los instrumentos de *soft law* y de derecho “flexible”²⁵. Este tipo de leyes pasan de la abstracción y generalización de las leyes que imitaban al derecho natural, *hard law*, a un nuevo tipo de normativa del tipo

²⁰ Art. 2 de la CDPD.

²¹ Art. 2 de la CDPD.

²² R. De ASIS ROIG, R. de. “Sobre el sentido, contenido y configuración jurídica de la accesibilidad”, cit.

²³ Ver G. MILIOS. “El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional”, cit.; y, R. de ASIS ROIG. “Sobre el sentido, contenido y configuración jurídica de la accesibilidad”, cit.

²⁴ En adelante, CE.

²⁵ A.G. SAURA, “Crisis de la capacidad regulativa y flexibilidad del Derecho”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 21, 2010, pp. 39-61.

de declaraciones de derechos, planes estratégicos, etc. Así como el reconocimiento de derechos condicionados a criterios científico-técnicos y no judiciales, que carecen de la solidez anterior, el denominado *soft law*.

En primer lugar, debemos profundizar en el concepto de derecho regulativo para conocer los problemas y ventajas de estos cambios para las personas en situación de discapacidad. Tras el crack socioeconómico de 1929, la tradición jurídica liberal centrada en la orientación del comportamiento, la vigilancia y el control, evoluciona a una concepción social a través de la regulación positiva²⁶. Mediante esta intervención del derecho en la sociedad civil, se genera una nueva racionalidad burocrática y política. Al integrar diversos determinantes y criterios técnicos, económicos, sociales, políticos, etc., aumenta la arbitrariedad en la aplicación del derecho²⁷.

Probablemente, el mejor ejemplo de este nuevo paradigma sea el sistema de atención a la dependencia y de promoción de la autonomía personal, desarrollado en España en 2006, con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia²⁸, que se refiere a la atención a algunas personas con discapacidad y a las personas mayores. Se trata de un proceso en dos fases. En este caso, de acuerdo con la Ley 39/2006, el primer paso es el reconocimiento de la dependencia. Lo inicia la persona interesada o su representante o tutor legal, si ésta no tiene capacidad suficiente para llevar a cabo el proceso.

A partir de esta solicitud, un valorador se pone en contacto con el interesado o su representante para elaborar un informe del entorno, de acuerdo con el baremo establecido en el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía

²⁶ M. WEBER, *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.

²⁷ Esta complejización y burocratización, así como el incremento de la arbitrariedad y la incorporación de nuevas técnicas más allá del derecho han sido abordadas por autores como M. ARLOTTI, A. PARMA y C. RANCI, "Multi-level governance and central-local tensions: The issue of local discretion in long-term care policy in Italy", *Social & Policy Administration*, núm. 55 vol. 7, 2021, pp. 1129-1144; M. CALVO GARCÍA y T. PICONTÓ NOVALES, *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, Editorial UOC, Barcelona, 2017; M. CALVO GARCÍA, *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005; y E.Z. BRODKIN, "Bureaucracy redux: Management reformism and the welfare state", *Journal of Public Administration Research and Theory*, núm. 17 vol. 1, 2006, pp. 1-17.

²⁸ En adelante, Ley 39/2006.

Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. Su aplicación es realizada por personal científico-técnico, no relacionado directamente con el ámbito jurídico²⁹. Tras esta valoración, se emite una resolución en la que, en función de la puntuación obtenida, se reconoce un grado (entre 1 y 3) de dependencia. En función del grado reconocido se tiene derecho a diferentes prestaciones en la elaboración del Plan Individualizado de Atención. Este plan será elaborado por un trabajador social en colaboración con la familia y, en su caso, la persona dependiente, en la segunda fase del proceso.

De acuerdo con este proceso, se puede hacer referencia a las características del derecho regulativo como: los criterios económicos que, una vez realizada la valoración, pueden o no dar acceso a los recursos; la necesidad de anticiparse a los riesgos³⁰ de una sociedad envejecida; o, la “avalancha normativa”³¹, como es el caso del Real Decreto 17/2014 y la Orden CDS/456/2019, de 17 de abril, por el que se regula el procedimiento para el reconocimiento de la situación de dependencia de las personas y el acceso a las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia de la Comunidad Autónoma de Aragón, necesarios para el correcto desarrollo de la Ley 39/2006.

Algunas teorías³² afirman que esta revolución se ha incrementado y acelerado con la crisis económica de 2008. Las dificultades para hacer efectivos los derechos se incrementarían a través del impulso a los conocimientos científico-técnicos y la “avalancha normativa” generada. En otras palabras, se limitaría la concesión de determinadas prestaciones, que hacen posible la efectividad de los derechos, basándose en argumentos económicos, técnicos

²⁹ En este caso hace referencia a profesionales de Fisioterapia, Enfermería o Trabajo Social. Una cuestión vinculada estrechamente con las características del derecho regulativo planteado en M. CALVO GARCÍA, *Transformaciones del Estado y del Derecho*, cit.; E.Z. BRODKIN, “Bureaucracy redux: Management reformism and the welfare state”, cit.

³⁰ E.Z. BRODKIN, “Bureaucracy redux: Management reformism and the welfare state”, cit.

³¹ Este concepto hace referencia a la gran cantidad de normas derivadas de la Ley 39/2006 para la implementación de la misma y el reconocimiento efectivo de los derechos que ésta contempla. M. CALVO GARCÍA, *Transformaciones del Estado y del Derecho*, cit., p. 10.

³² Como las de M. CALVO GARCÍA, “Retorno al derecho regulativo. Implementación y evaluaciones de impacto”, en A.D. OLIVER-LALANA, *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp.587-627; y E. DEL PINO y D. CATALÁ PÉREZ, “El welfare-mix español durante la crisis y la privatización del riesgo social: los casos de la sanidad, los servicios sociales y la atención a la dependencia”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, núm. 66, 2016, pp. 163-194.

y políticos. Autores como Asís y Barranco³³ y Pindado³⁴ señalan que la aprobación de la CDPD repercute en el establecimiento de otras leyes, como la Ley 39/2006 o la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, entre otras, que pueden afectar directamente a la accesibilidad y al reconocimiento de derechos.

Un ejemplo de la repercusión de estas características del derecho regulativo en la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad, especialmente intelectual, es el obstáculo para el acceso al empleo público de este colectivo. Algunas de las dificultades detectadas en relación con la complejidad institucional o con un desarrollo lento de la CDPD, fueron: un número insuficiente de convocatorias; los textos de las convocatorias son difíciles de encontrar; están poco adaptados y son difíciles de entender; la complejidad del proceso de inscripción, que requiere la presentación de muchos documentos y trámites con formularios complejos que no están adaptados a lectura fácil; o, largas demoras desde la convocatoria del examen hasta que se realiza, lo cual impide a la persona planificar su preparación y aumenta su sensación de inseguridad³⁵.

Continuando con el ejemplo del sistema de dependencia, puede afirmarse que las dificultades para la efectividad de derechos, como los que recoge la Ley 39/2006, repercuten en la calidad de vida de las personas con discapacidad y sus familias. Es decir, afecta al propio Estado de Bienestar. Por ello, dadas las características de este colectivo, al hablar de derechos de las personas con discapacidad y sus familias, conviene analizar la relación entre complejidad institucional y Estado de Bienestar.

3.1. El Estado de Bienestar en Aragón y la complejidad institucional

La familia en España constituye uno de los pilares tradicionales del Estado de Bienestar, por la cantidad de servicios y recursos que invierte en

³³ R. ASÍS Y M.C. BARRANCO, *El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la ley 39/2006*, cit.

³⁴ F. PINDADO GARCÍA, "Hacia una única catalogación de los derechos fundamentales", cit.

³⁵ La descripción detallada de estas dificultades puede consultarse en S. MUÑOZ (coord.), *Cuadernos de Buenas Prácticas. Las personas con discapacidad intelectual en la función pública: Informe sobre situación, recomendaciones y apoyos tecnológicos*, Plena Inclusión, Madrid, 2018.

la calidad de vida de sus miembros. Pero, se ha modificado en los últimos años, exigiendo una mayor presencia de otros agentes. Por ejemplo, la Ley 39/2006 creó recursos, como las residencias o los centros de día y de noche³⁶, para facilitar la conciliación de los y las cuidadoras o atender a aquellas personas sin una red de apoyo social informal. Aunque estos recursos han sido cuestionados en términos de inclusión, sostenibilidad o autonomía personal, especialmente en los últimos años³⁷.

Algunos de los principales cambios son la migración de las zonas rurales a las urbanas, que conlleva la división de las familias; la incorporación de las mujeres, tradicionalmente cuidadoras, al mercado laboral y la necesidad de conciliar los cuidados con el trabajo; o, el aumento de la edad y, por tanto, de la necesidad de apoyo de los cuidadores principales. Además, los avances médicos han aumentado la esperanza y la calidad de vida de las personas con discapacidades graves y enfermedades degenerativas de larga duración, lo que tiene un gran impacto en la dinámica familiar y en la trayectoria vital de los cuidadores. A pesar de este cambio, uno o varios miembros de la familia, generalmente mujeres, siguen teniendo que renunciar a su carrera profesional para realizar las labores de cuidado³⁸ (entendida como discriminación por asociación³⁹).

³⁶ Ley 39/2006, art. 15.

³⁷ Algunos de estos cuestionamientos han venido tanto a nivel nacional como internacional, pudiendo consultarse en A.S. LEENKNECHT, *EDF input to the European Disability Rights Agenda*, European Disability Forum, Bruselas, junio de 2020; A. HUETE GARCÍA Y M.Y. QUEZADA GARCÍA, "Análisis de Retorno Social de la Inversión en dos sistemas de apoyo a personas con gran discapacidad: asistencia personal y servicio residencial. Un estudio de caso", *Revista Española de Discapacidad (REDIS)*, núm. 2 vol. 1, 2016, pp. 51-69; A. IÁÑEZ-DOMÍNGUEZ, J.L.A. CHAVES y J.G. ROMERO, "Impacto económico y social de la asistencia personal a través de la metodología del Retorno Social de la Inversión", *REDIS*, núm. 6 vol. 2, 2018, pp. 81-102; y, R.B. GUILLEM et al., "Análisis coste-beneficio de la incorporación de productos de apoyo como extensión de los servicios de atención a domicilio para personas mayores dependientes", *Revista de Biomecánica*, núm. 54, 2010, pp. 49-51.

³⁸ Tal como indican E. DEL PINO y D. CATALÁ PÉREZ, "El welfare-mix español durante la crisis y la privatización del riesgo social: los casos de la sanidad, los servicios sociales y la atención a la dependencia," cit.; MARTÍNEZ GARCÍA, "La tensión entre vida personal, familiar y laboral", en J.S. MARTÍNEZ GARCIA, *Estructura social y Desigualdad en España*, Catarata, Madrid, 2013, pp.115-120; y, C. TOBIO et al., *El cuidado de las personas*, La Caixa, Barcelona, 2011.

³⁹ G. MILIOS. "El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional", cit.

No hay que olvidar que a esta cuestión se suman los efectos de la última crisis económica, donde uno de los colectivos que se ha visto fuertemente afectado es la juventud. Se trata de una etapa del ciclo vital decisiva en la transición a la vida adulta, en la cual confluyen diferentes intervenciones vinculadas a los distintos sistemas de bienestar. Por otro lado, estudios previos muestran esta etapa como una de las más complejas, en las que no siempre se cubren necesidades como las relaciones sociales de calidad entre iguales, la transición a etapas educativas superiores, o la incorporación al mercado laboral⁴⁰. Además, hay que considerar la relevancia de cuestiones como la necesidad de intimidad o la demanda de independencia en esta etapa evolutiva⁴¹, que son abordadas por recursos específicos como los Servicios Especializados de Información y Asesoramiento Juvenil⁴². Aunque en ellos no se especifican servicios específicos para, por ejemplo, jóvenes con discapacidad.

La protección social del Estado tiene como principal proveedor de los recursos, servicios y prestaciones necesarios para hacer efectivos estos derechos sociales a los servicios sociales. Éstos se vinculan con algunos sistemas como el de pensiones o el de dependencia⁴³. Hay que tener en cuenta que la competencia en materia de asistencia social puede corresponder, según el artículo 148.1.20 de la CE, a las Comunidades Autónomas. En el caso que nos ocupa, la Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón⁴⁴ asume esta capacidad en el artículo 71.34, desarrollándola como competencia exclusiva⁴⁵.

⁴⁰ Tal y como indican el Informe Discapacidad y Familia, de 2021 y el Informe Jóvenes con discapacidad: motor de futuro, ambos de la Fundación Adecco.

⁴¹ Estas necesidades han sido fundamentadas desde el ámbito de la psicología evolutiva por diferentes estudios como el de M.L. MORÁN SUÁREZ et al., "Inclusión social y autodeterminación: los retos en la calidad de vida de los jóvenes con autismo y discapacidad intelectual", *Siglo Cero Revista Española Sobre Discapacidad Intelectual*, núm. 50 vol. 3, 2019, pp. 29-46; B. DELGADO EGIDO (coord.), *Psicología del desarrollo: desde la infancia a la vejez*, McGraw-Hill, Madrid, 2008; y, P. CASTELLS CUIXART y J. DE DOU PLAYÁ, "Aspectos psicológicos de la adolescencia. Características normales de esta etapa de la vida. Indicaciones clínicas de desarrollo de patología", *Medicine: Programa de Formación Médica Continuada Acreditado*, núm. 7 vol. 132, 1999, pp. 6225-6233.

⁴² Todos estos recursos especializados se recogen en el Decreto 55/2017, de 11 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Mapa de Servicios Sociales de Aragón.

⁴³ CE, arts. 49, 50 y 148.

⁴⁴ En adelante, LO 5/2007.

⁴⁵ LO 5/2007, art. 27.

A esta situación se suma la complejidad de un modelo de Estado autonómico, con diecisiete regiones y dos ciudades autónomas. Las autonomías pueden asumir competencias relacionadas con la gestión de los servicios sociales, relacionadas con la discapacidad y a la promoción de la autonomía personal (tal y como acepta la CE). Así, se podría afirmar que existen al menos diecisiete sistemas de servicios sociales vinculados entre sí por un conjunto de directrices marco definidas en la legislación estatal. Esta situación es similar a la de otros países europeos, como Italia u Holanda, donde autores como Arlotti⁴⁶ o Jansen⁴⁷ señalan la existencia de tensiones y complejidad burocrática en los servicios sociales.

En cuanto a la gestión de esta competencia, por un lado, se diferencia a nivel funcional, entre centros de servicios sociales generales y centros especializados, en relación con colectivos o recursos específicos. Por otro lado, a nivel territorial, se instaura la obligación de diseñar y aprobar un Mapa de Servicios Sociales. Se definen áreas básicas de intervención, cada una con un Centro de Servicios Sociales (con al menos un centro general)⁴⁸. Las áreas básicas se corresponden con los límites comarcas, pudiendo constituir a su vez una o varias zonas básicas en los municipios de más de 20.000 habitantes, como las 15 zonas de la ciudad de Zaragoza. En cuanto a los servicios sociales especializados, su organización territorial es más flexible y puede realizarse en función de las características del territorio o directamente desde los servicios centrales⁴⁹.

4. COMPLEJIDAD INSTITUCIONAL Y DISCAPACIDAD EN LA NORMATIVA ARAGONESA, NACIONAL Y SUPRANACIONAL

Este apartado se centra en un análisis de contenido deductivo⁵⁰ para analizar normativas, de acuerdo con las categorías previas elaboradas a partir de

⁴⁶ M. ARLOTTI, A. PARMA y C. RANCI, "Multi-level governance and central-local tensions: The issue of local discretion in long-term care policy in Italy", cit.

⁴⁷ E. JANSEN, J. JAVORNIK, A. BRUMMEL y M.A. YERKES, "Central-local tensions in the decentralization of social policies: Street-level bureaucrats and social practices in the Netherlands", *Social & Policy Administration*, num. 55 vol. 2, 2021, pp. 1-14.

⁴⁸ Ley 5/2009 de Servicios Sociales de Aragón.

⁴⁹ Decreto 55/2017, por el que se aprueba el Mapa de Servicios Sociales de Aragón.

⁵⁰ Basado en K. KRIPPENDORFF, *Content analysis. An introduction to its methodology*, SAGE, Londres, 2004; P. MAYRING, "Qualitative content analysis: Theoretical background and procedures" en A. BIKNER-AHSBAHS, C. KNIPPING y N. PRESMEG (eds.) *Approaches*

los objetivos de investigación de este estudio. Se incluyó legislación relativa a los jóvenes con discapacidades graves y muy graves y a la dependencia en Aragón, a nivel internacional, nacional y aragonés que afecta a la atención de estas personas en Aragón. Se excluyó legislación que no afecta directamente a la regulación de las personas con discapacidad y en situación de dependencia o a la promoción de la autonomía personal; y, la normativa que incluye convenios, acuerdos de colaboración, nombramientos, convocatoria de subvenciones, fijación de cuantías anuales, premios y convocatorias privadas.

El período de la normativa analizada abarca entre la ratificación de la CDPD en España (2008), y marzo de 2020. Se marcó este límite temporal dado que tras la declaración del estado de alarma sanitaria resultante de la Covid-19 se generó una explosión normativa que requiere de un análisis exclusivo en un futuro. El total de normas analizadas fue de 36 (ver Apéndice 1).

Se utilizó un libro de códigos con un sistema de categorías (ver Apéndice 2) útil para sistematizar el análisis de los materiales, definiendo la unidad de análisis como segmentos específicos del texto que se caracterizan por estar adscritos a una categoría específica⁵¹. Este libro se compone de 31 variables, de las cuales 12 son formales, tienen por objeto definir las generalidades de las leyes, como el nombre, el año, el nivel territorial, el formato accesible, etc.; y, 19 son de contenido, cuyo objetivo es definir la presencia o ausencia de algunos conceptos como accesibilidad, discapacidad, juventud, altas necesidades de apoyo, etc. Los resultados obtenidos se codificaron en una base de datos cuantitativa en SPSS-20.

4.1. Manifestación de la complejidad institucional

En primer lugar, se muestra la distribución de las 36 normas recogidas según una clasificación basada en la jerarquía normativa y la regulación normativa. En segundo lugar, se aborda la normativa general y la normativa específica de la discapacidad. De acuerdo con nuestro marco teórico, podríamos definir cuatro tipos principales de normativas según la discapaci-

to Qualitative Research in Mathematics Education: Examples of Methodology and Methods, Springer Netherlands, Heidelberg, 2015, pp.365-380; y, S. ELO, M. KÄÄRIÄINEN, O. KANSTE, T. PÖLKELI, K. UTRIAINEN y H. KYNGÄS, "Qualitative content analysis: A focus on trustworthiness", *SAGE Open*, num. 4 vol. 1, 2014.

⁵¹ Siguiendo indicaciones de K. KRIPPENDORFF, *Content analysis. An introduction to its methodology*, cit.; y, O. HOLSTI, *Content analysis for the social sciences and humanities*, Addison-Wesley, Massachusetts, 1969.

dad y la organización territorial: 1) leyes nacionales sobre los derechos de la discapacidad y el sistema de dependencia; 2) leyes nacionales con algunos artículos específicos vinculados con los derechos de la discapacidad y el sistema de dependencia; 3) leyes regionales específicas sobre los derechos de la discapacidad y el sistema de dependencia; y, 4) leyes regionales con algunos artículos específicos vinculados con los derechos de la discapacidad y el sistema de dependencia. A todas ellas hay que añadir las de niveles territoriales inferiores como provincias, comarcas y municipios; y, la normativa internacional. Partiendo de esta clasificación los resultados fueron:

Tabla 1
Jerarquía normativa y especificidad

Jerarquía normativa	Normas generales	Normas específicas de discapacidad	Total
Decretos nacionales	8	7	15
Leyes internacionales	4	6	10
Leyes nacionales	2	4	6
Leyes regionales	1	1	2
Decretos regionales	2	-	2
Correcciones	-	1	1
Total	17	19	36

Como podemos ver en la Tabla 1, la mayoría de las normas recogidas son leyes nacionales o normas derivadas de leyes internacionales. Las normativas internacionales marcan las directrices a seguir por los países miembros de la UE o la ONU en cuanto al reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad. Este hecho muestra la relevancia de contar con un marco legislativo en el que se basen las instituciones y niveles administrativos inferiores, como comunidades autónomas, provincias o municipios. Esta necesidad responde a las características del derecho regulativo.

Continuando con el análisis de la complejidad institucional, parece necesario analizar los sistemas de bienestar con los que se relacionan directamen-

te las leyes recogidas, así como su vinculación o no con otros sistemas. En este sentido, añadimos una categoría denominada “Legal” para referirnos a normas propias del *hard law*.

Tabla 2
Normas en función de su Estado de Bienestar

Sistema Principal de Bienestar	Total	Normas vinculadas a otros sistemas
Legal	16	14
Dependencia	7	7
Servicios Sociales	6	5
Pensiones/Trabajo	3	3
Otro/No Especificado	3	3
Salud	1	1
Educación	0	0
Total	36	33

En la Tabla 2 se puede observar cómo los derechos de las personas con discapacidad se regulan mayoritariamente en textos considerados como *soft laws*, a pesar del gran número de textos de las llamadas *hard laws* que se encuentran en este ámbito. Al mismo tiempo, cabe destacar que el 91,6% de las normas recogidas afectan a más de un sistema de bienestar, principalmente Servicios Sociales, Pensiones/Trabajo y Dependencia. En el caso de las *hard laws*, destaca el hecho de que el 85,7% de las normas analizadas afectan al resto de sistemas estudiados. Por lo tanto, se puede afirmar que existe una fuerte interrelación entre los sistemas de bienestar y su regulación en materia de derechos sociales de las personas con discapacidad. A su vez, esta relación afecta tanto a las denominadas leyes duras (87,5%) como a las blandas (95%), siendo mayor en estas últimas.

4.2. Complejidad en la definición de discapacidad y de accesibilidad

Ante esta complejidad, se han analizado las definiciones y criterios de discapacidad y accesibilidad utilizados.

Tabla 3

Nº de normas que especifican una definición de discapacidad y/o accesibilidad

	Nº normas con definición de discapacidad	Nº normas con definición de accesibilidad
No	24	23
Sí	8	5
No, pero define conceptos asimilables	2	7
Sí, de diferentes formas	1	1
Otro/No Especificado	1	-
Total	36	36

Es importante destacar que más del 60% de las normas analizadas no definen qué consideran discapacidad o accesibilidad. Como veremos más adelante, esta falta de concreción puede dar lugar a una cierta arbitrariedad en el desarrollo posterior de la norma, afectando así a los derechos de las personas con discapacidad. Dentro de las definiciones de discapacidad, se dan diferencias entre ellas, especialmente entre las normas que reconocen derechos sociales vinculados a prestaciones o servicios para este colectivo, frente a otras normas que sólo reconocen derechos más generales. Algunos ejemplos son:

“(...) se considerarán personas con discapacidad aquellas que tengan reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33%. En todo caso, se considerarán personas con discapacidad aquellos pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez.” (Ley 26/2011, art. 1.2).

“(...) aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales de larga duración que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Directiva UE 2019/882, art. 3.1).

Por otro lado, hay que destacar que la definición de accesibilidad es más homogénea que la de discapacidad. Pero, es más generalista, considerando a su vez que la accesibilidad universal tiene en cuenta multitud de elemen-

tos y criterios a considerar. En este sentido, algunos de los conceptos, que complementan la accesibilidad apuntada en las leyes analizadas son: acceso efectivo, ajustes razonables, discriminación, diseño para todas las personas, diseño universal. Una de las definiciones más concretas se recoge en la Ley 5/2019 de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón⁵², que reconoce diferentes tipos de accesibilidad y los conceptos anteriores mencionados. Cabe destacar que se trata de una normativa autonómica y no nacional o internacional:

"Accesibilidad universal: es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de seguridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Supone la estrategia de "diseño universal o diseño para todas las personas", y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que se adopten. Accesibilidad cognitiva: Designa la propiedad de los entornos, procesos, bienes, productos, servicios, objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos que son fácilmente entendidos o comprendidos por las personas con discapacidad intelectual." (Ley 5/2019, Art. 3).

A los problemas de definición de accesibilidad han de sumarse los de cómo medirla. El 69,4% de las normas analizadas incluyen medidas de accesibilidad. Para acceder a estas medidas, 17 de las normas no establecen ningún requisito, cinco exigen una discapacidad reconocida, dos requieren una solicitud del interesado, tres precisan una discapacidad reconocida y una solicitud, dos establecen otros requisitos y tres no especifican. A su vez, cabe señalar que 24 normas abarcan diferentes tipos de accesibilidad y sólo una trata únicamente de la accesibilidad física. Por lo tanto, se puede afirmar que la accesibilidad a nivel formal está presente, pero de un modo discreto y de difícil articulación operativa. De hecho, cabe destacar que sólo cuatro (11,1%) están en formato de lectura fácil. Además, para encontrarlas ha sido necesario recurrir a recursos web ajenos al Boletín Oficial del Estado⁵³.

Todo ello, sumado a los planteamientos en torno a la discriminación y a la accesibilidad desarrollados en la teoría jurídica⁵⁴, sugiere la necesidad de

⁵² En adelante, Ley 5/2019.

⁵³ Concretamente las páginas web <https://www.plenainclusion.org/coleccion/legislacion/> y <https://transparencia.aragon.es/GobiernoFacil>.

⁵⁴ Ver G. MILIOS, "El derecho a la no discriminación por motivo de discapacidad: la compleja coexistencia de la normativa y jurisprudencia nacional y supranacional", cit.; R.

analizar la posibilidad de arbitrariedad en la aplicación de las normas, ya sea por razones, por la falta de criterios específicos, o, la existencia de diferentes interpretaciones por parte de los Estados o regiones y de los técnicos que aplican estas leyes. En relación con este aspecto, cabe destacar que se han encontrado 20 normativas que de una u otra forma dejan un cierto margen a la discrecionalidad, siendo algunos ejemplos:

“Tener aptitud suficiente para el desempeño de la función de jurado”
(Ley Orgánica 1/2017, art. 1.1).

“Cuando no superen determinadas dimensiones y siempre que sea técnicamente posible” (Real Decreto 537/2019, disposiciones generales). *“En estos casos, la silla de ruedas o scooter eléctrico motorizado deberá poder plegarse o desmontarse”* (Real Decreto 537/2019, art. 1.2).

“La compatibilidad de las condiciones físicas, psíquicas y sensoriales del aspirante seleccionado para el turno de discapacidad con el desempeño de las funciones correspondientes al puesto en formación de la especialidad por la que ha optado, se acreditará mediante la superación del reconocimiento médico en el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales que corresponda en cada caso” (Real Decreto 578/2013, art. 6.1).

“Cuando haya transcurrido más de un año entre la fecha de efectividad del servicio o prestación económica y la fecha de la resolución por la que se establece el Programa Individual de Atención y se determina la correspondiente prestación, (...) podrá quedar condicionada a la disponibilidad presupuestaria del ejercicio” (Real Decreto 99/2009, art. 1.2.5).

4.3. Múltiples situaciones de discapacidad y juventud

En este sentido, se ha considerado relevante analizar la realidad de las personas con altas necesidades de apoyo y la referencia que se hace a ellas en la normativa estudiada. De las 36 normas estudiadas, sólo nueve hacen referencia a las personas con altas necesidades de apoyo y una no hace referencia directa, pero menciona recursos para este colectivo y sus cuidadores (la Ley 5/2009 de Servicios Sociales de Aragón). De estas normas, cuatro es-

ASIS ROIG, “Sobre el sentido, contenido y configuración jurídica de la accesibilidad”, cit.; R. ASÍS Y M.C. BARRANCO, *El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la ley 39/2006, de 14 de diciembre*, cit.; y, F. PINDADO GARCÍA, *Hacia una única catalogación de los derechos fundamentales*, cit.

tán vinculadas con el sistema de dependencia, dos con el sistema de servicios sociales, dos con la categoría jurídica y una está vinculada con el sistema laboral. De acuerdo con estos resultados, podríamos decir que, en sentido formal, las personas con discapacidades graves y muy graves o severas están incluidas en el colectivo genérico de personas con discapacidad, aunque requieren mayores apoyos en materia de accesibilidad y autonomía personal. Además, a pesar de que discapacidad no es sinónimo de dependencia, en el caso de estas personas se observa que su atención a nivel formal se delega principalmente en este sistema.

A raíz del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Los jóvenes con discapacidad: empleo, integración y participación en la sociedad” (2012/C 181/02), se planteó la relevancia de considerar si las necesidades de los jóvenes con discapacidad se abordan en las normas recogidas, como un colectivo que requiere de una atención especial. Se observa que solo siete normas mostraban algún tipo de referencia a los jóvenes con discapacidad en su articulado. Estas referencias se centran principalmente en el ámbito de la educación y la formación relacionada con el trabajo. Llama la atención que en cinco de las normas que no se refieren a los jóvenes, se hiciera alusión a los niños con discapacidad y a sus derechos según la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

Todo ello se agrava si se agrupan las variables jóvenes y altas necesidades de apoyo, ya que sólo dos leyes se refieren a este colectivo, como son:

“En dicha Ley, además de la cuantía general, se establecerá otra específica en el caso de un hijo a cargo mayor de dieciocho años, con un grado de discapacidad igual o superior al 75 por ciento y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida” (Real Decreto Legislativo 8/2015, art. 353.2).

“La escolarización de estos alumnos en centros de educación especial o unidades sustitutorias sólo se llevará a cabo cuando, excepcionalmente, sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad en los centros ordinarios y teniendo en cuenta la opinión de los padres o tutores legales” (Real Decreto Legislativo 1/2013, art. 18.3).

En definitiva, se detecta una infrarrepresentación de los jóvenes, de las personas con altas necesidades de apoyo, y específicamente de los jóvenes con altas necesidades de apoyo, en el ámbito formal. Así como una vinculación de los jóvenes con los espacios formales y no tanto con otros ámbitos de

su desarrollo vital, como el ocio y el contacto con los iguales. Todo ello nos hace reflexionar sobre la cobertura de sus necesidades y derechos.

5. CONCLUSIONES

La CDPD, al igual que ha ocurrido con otros documentos similares, como la Convención sobre los Derechos del Niño, ha tenido consecuencias en la legislación de los países firmantes, como España. En este sentido, cabe destacar la relevancia de este tipo de normas internacionales para el reconocimiento de los derechos de grupos vulnerables, como los niños y las mujeres. La Unión Europea ha iniciado una línea de intervención en referencia a los jóvenes con discapacidad. Pese a ello, llama la atención que no existan declaraciones internacionales similares, que afecten, como hemos visto, a la regulación y reconocimiento efectivo de sus derechos.

Como señala Shakespeare⁵⁵, la definición de discapacidad es compleja. En nuestro estudio, hemos podido comprobar cómo la CDPD aporta una descripción amplia de discapacidad. Sin embargo, en su aplicación, la conceptualización de la discapacidad adquiere diferentes significados⁵⁶. Algo similar ocurre con el derecho a la accesibilidad⁵⁷, a pesar de su relevancia para la inclusión social de este colectivo. Este derecho ha sido incluido en la legislación analizada, pero dejando un amplio margen para su desarrollo posterior. En este sentido, la accesibilidad implica muchas variables y diferentes situaciones y necesidades⁵⁸, además de ser considerada desde diver-

⁵⁵ T. SHAKESPEARE, *Disability Rights and Wrongs Revisited*, cit.

⁵⁶ Ver: S. MITRA Y T. SHAKESPEARE, "Remodelling the ICF", cit.; M. CERNIAUSKAITE, R. QUINTAS, C. BOLDT, A. RAGGI, A. CIEZA, J.E. BICKENBACH Y M. LEONARDI, "Systematic literature review on ICF from 2001 to 2009: its use, implementation and operationalization", cit; V.M. ALFORD, et al., "The use of the International Classification of Functioning, Disability and Health to understand the health and functioning experiences of people with chronic conditions from the person perspective: a systematic review", cit.

⁵⁷ CDPD, art. 9.

⁵⁸ Ver: T. SHAKESPEARE, *Disability Rights and Wrongs Revisited*, Routledge Londres, 2014; R. ASÍS Y M.C. BARRANCO, *El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la ley 39/2006*, cit.; F. PINDADO GARCÍA, *Hacia una única catalogación de los derechos fundamentales*, cit.; S.S. BISHT, V. MISHRA y S. FULORIA, "Measuring accessibility for inclusive development: a census based index", cit.; y, C. POUND y A. HEWITT, "Communication barriers: building access and identity", en J. SWAIN, S. FRENCH, C. BARNES y C. THOMAS (eds.), *Disabling Barriers – Enabling Environments*, SAGE Publications, Londres, 2004, pp.161-169.

sos criterios de clasificación⁵⁹. En nuestro estudio detectamos un reducido número de normas con definición de accesibilidad, siendo sólo una lo suficientemente específica y variada como para atender a diferentes tipologías. Por otro lado, debemos señalar que 24 normas incluyen diferentes tipos de accesibilidad, por lo que podemos afirmar que, en general, atienden a una gran parte del colectivo de personas con discapacidad.

Además, la ausencia de una definición clara de accesibilidad o de criterios establecidos en la ley puede aumentar la arbitrariedad en la aplicación de la misma⁶⁰, afectando negativamente a la efectividad de los derechos de las personas con discapacidad. A ello se suman los complejos y largos procesos burocráticos de aplicación de las políticas sociales⁶¹ que se adaptan a las necesidades psicosociales⁶². Cabe destacar la interrelación de sistemas complejos detectada en estos procesos burocráticos que pueden dificultar el acceso de las personas con determinadas discapacidades. Además, el escaso número de leyes en formato de lectura fácil y las páginas web oficiales no accesibles para todas las discapacidades podrían complicar el acceso a los servicios, la comunicación con la administración o el acceso al empleo público, vulnerando así los derechos de algunas personas con discapacidad, especialmente intelectual o del desarrollo⁶³.

En referencia a la necesidad de atender las necesidades psicosociales⁶⁴ y del desarrollo de las personas con discapacidad, se observa una infrarrepresentación

⁵⁹ C.B. SAMPEDRO-PALACIOS y J. PÉREZ-VILLAR, "Innovación Social como herramienta en la transformación de una sociedad inclusiva", cit.

⁶⁰ Este incremento de la arbitrariedad es defendido por autores como M. ARLOTTI, A. PARMA y C. RANCI, "Multi-level governance and central-local tensions: The issue of local discretion in long-term care policy in Italy, Social & Policy Administration", cit.; M. CALVO GARCÍA y T. PICONTÓ NOVALES, *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, cit.; M. CALVO GARCÍA, *Transformaciones del Estado y del Derecho*, cit.; y, E. JANSEN et al., "Central-local tensions in the decentralization of social policies: Street-level bureaucrats and social practices in the Netherlands", cit.

⁶¹ Estos procesos han sido abordados por diferentes autores como M. WEBER, *Economía y sociedad*, cit.; M. ARLOTTI, A. PARMA y C. RANCI, "Multi-level governance and central-local tensions: The issue of local discretion in long-term care policy in Italy, Social & Policy Administration", cit.; y E. JANSEN et al., "Central-local tensions in the decentralization of social policies: Street-level bureaucrats and social practices in the Netherlands", cit.

⁶² Ver: M.A. VERDUGO ALONSO, A. RODRÍGUEZ AGUILELLA, y F. SAINZ MODINOS, *Escala de vida familiar*, cit.

⁶³ Tal y como apunta el informe S. MUÑOZ (coord.), *Cuadernos de Buenas Prácticas. Las personas con discapacidad intelectual en la función pública*, cit.

⁶⁴ M.A. VERDUGO ALONSO, A. RODRÍGUEZ AGUILELLA, y F. SAINZ MODINOS, *Escala de vida familiar*, cit.

sentación de los jóvenes en las normas estudiadas. Dicha normativa refiere al reconocimiento de derechos, servicios o prestaciones vinculadas a cuestiones relevantes en la intervención con jóvenes, como el mercado laboral o el ámbito educativo⁶⁵. A pesar de ello, las áreas vinculadas al ocio y tiempo libre (centrándose únicamente en la educación formal), la emancipación, la cultura o el deporte, entre otras, presentan serios déficits. Este hecho choca con las características de la juventud⁶⁶ y el modelo social de intervención⁶⁷.

Por lo tanto, se puede concluir que la accesibilidad está presente en un gran número de normativas, pero no es lo suficientemente concreta para su posterior aplicación y está sujeta a condicionantes, como los llamados ajustes razonables o los condicionantes económicos. Esta realidad estaría estrechamente relacionada con el paradigma del derecho regulativo⁶⁸. Todo ello, también frena el proceso de adaptación al modelo social de la discapacidad, por ejemplo, con un baremo para el reconocimiento de la discapacidad en España de 1999 o una ley de atención a la dependencia y promoción de la autonomía personal de 2006. Un hecho que, tras el análisis realizado, afecta a los derechos de las personas con discapacidad, especialmente a aquellas con grandes necesidades de apoyo.

Relacionado con lo anterior y vinculado a la nueva realidad del Estado de Bienestar español, se han detectado déficits en las alusiones a la intervención o atención a las personas con grandes necesidades de apoyo. Esto está en consonancia con algunas críticas en términos de inclusión, accesibilidad y autonomía personal que se hacen a estos servicios, prestaciones y recursos⁶⁹.

⁶⁵ Tal y como indican el Informe Discapacidad y Familia, de 2021 y el Informe Jóvenes con discapacidad: motor de futuro, ambos de la Fundación Adecco.

⁶⁶ Indicadas por B. DELGADO EGIDO (coord.), *Psicología del desarrollo: desde la infancia a la vejez*, cit.; y P. CASTELLS CUIXART y J. DE DOU PLAYÁ, *Aspectos psicológicos de la adolescencia*, cit.

⁶⁷ T. SHAKESPEARE, *Disability Rights and Wrongs Revisited*, cit.; M.L. MORÁN SUÁREZ et al., "Inclusión social y autodeterminación: los retos en la calidad de vida de los jóvenes con autismo y discapacidad intelectual", cit.

⁶⁸ M. CALVO GARCÍA, *Transformaciones del Estado y del Derecho*, cit.; M. CALVO GARCÍA, "Retorno al derecho regulativo. Implementación y evaluaciones de impacto", cit.; y E. DEL PINO y D. CATALÁ PÉREZ, "El welfare-mix español durante la crisis y la privatización del riesgo social: los casos de la sanidad, los servicios sociales y la atención a la dependencia", cit.

⁶⁹ Algunas de estas críticas pueden observarse en A.S. LEENKNECHT, "EDF input to the European Disability Rights Agenda", cit.; A. HUETE GARCÍA Y M.Y. QUEZADA GARCÍA, "Análisis de Retorno Social de la Inversión en dos sistemas de apoyo a personas con gran discapacidad", cit.; A. IÁÑEZ-DOMÍNGUEZ, J.L.A. CHAVES y J.G. ROMERO,

Además, en la legislación estudiada se han encontrado referencias al mantenimiento del modelo familista de bienestar⁷⁰, con aspectos vinculados a la reducción de la jornada laboral para el cuidado de los hijos, incluso de los no menores. Estas medidas entrarían en conflicto con el progresivo cambio en las dinámicas de cuidado y envejecimiento de la población descritas por Tobio⁷¹ y Martínez⁷².

En conclusión, la ratificación de la CDPD por parte de España generó una explosión normativa, que intentó reflejar a nivel formal los cambios de paradigma de la discapacidad hacia un modelo social. Sin embargo, no puede decirse que la adaptación a esta nueva situación esté consolidada en España. Se parte de una legislación desfasada, como el baremo para el reconocimiento de la discapacidad, y una efectividad condicionada de los derechos.

Este trabajo no ha estado exento de limitaciones, como la dificultad para encontrar leyes relacionadas con el ámbito de la discapacidad y la dependencia, ya que no existe un buscador temático oficial. Por ello, se recurrió a la web *Discapnet* de la Fundación Once. Inicialmente se recogieron 1056 leyes de diferentes regiones y con una gran variedad de temas. Tanto su dispersión como las diferencias sustanciales en la organización institucional de referencia obligó a aplicar un gran número de criterios de exclusión e inclusión para poder trabajar con una muestra más limitada, pero no facilitó la comparación entre territorios ni la posibilidad de realizar un estudio a nivel nacional. Además, cabe destacar que la falta de indicadores de accesibilidad de las administraciones públicas, así como la ausencia de criterios claros, sólo especificados en la certificación de sitios web, dificultó la tarea de evaluar la accesibilidad.

Todo ello, hace necesario comprobar en un futuro cómo se desarrolla el modelo social en la práctica en Aragón. Asimismo, ante el déficit detectado en relación con las referencias a los jóvenes y a las personas con altas nece-

⁷⁰ “Impacto económico y social de la asistencia personal a través de la metodología del Retorno Social de la Inversión”, cit.; y, R.B. GUILLEM et al., “Análisis coste-beneficio de la incorporación de productos de apoyo como extensión de los servicios de atención a domicilio para personas mayores dependientes”, cit.

⁷¹ Tal como indican E. DEL PINO y D. CATALÁ PÉREZ, “El welfare-mix español durante la crisis y la privatización del riesgo social: los casos de la sanidad, los servicios sociales y la atención a la dependencia”, cit.; J.S. MARTÍNEZ GARCÍA, “La tensión entre vida personal, familiar y laboral”, cit.

⁷² C. TOBIO et al., *El cuidado de las personas*, cit.

⁷² J.S. MARTÍNEZ GARCÍA, *La tensión entre vida personal, familiar y laboral*, cit.

sidades de apoyo, se plantea la viabilidad y positividad o no de diseñar e implementar políticas específicas para colectivos concretos. Además, se sugiere el estudio y creación de indicadores para evaluar la accesibilidad de las administraciones públicas. Por último, la base de datos generada para este caso piloto, servirá para el análisis de la legislación de otros territorios, atendiendo a unos criterios comunes.

MARTA MIRA-ALADRÉN

Universidad de Zaragoza

Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo

C/ Violante de Hungría, 23

50009 Zaragoza, Aragón

Email: mmira@unizar.es

JAVIER MARTÍN-PEÑA

Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo

Universidad de Zaragoza

c/ Violante de Hungría, 23

50009 Zaragoza

e-mail:jmape@unizar.es

MARTA GIL LACRUZ

Facultad de Ciencias de la Salud

Universidad de Zaragoza

c/ Domingo Miral s/n,

50009 Zaragoza

e-mail: mglacruz@unizar.es

APÉNDICE 1. LISTADO DE NORMATIVA ANALIZADA

Corrección de errores de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Decreto 54/2013, de 2 de abril, del Gobierno de Aragón, sobre habilitación normativa para la aprobación de las disposiciones generales necesarias para la ordenación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia en la Comunidad Autónoma de Aragón.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Aplicación y seguimiento de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad por las instituciones de la UE, y el papel del CESE al respecto» (Dictamen de iniciativa) (2013/C 44/05).

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «La situación de las personas con discapacidad en los países Euromed» (2011/C 48/17).

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la accesibilidad de los sitios web de los organismos del sector público [COM (2012) 721 final – 2012/0340 (COD)] (2013/C 271/22).

Directiva (UE) 2019/882 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 17 de abril de 2019 sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios.

Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual».

Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

L.O. 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones.

L.O. 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Ley 5/2009 de servicios sociales de Aragón.

Real Decreto 1050/2013, de 27 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de protección establecido en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Real Decreto 1056/2014, de 12 de diciembre, por el que se regulan las condiciones básicas de emisión y uso de la tarjeta de estacionamiento para personas con discapacidad.

Real Decreto 1112/2018, de 7 de septiembre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles del sector público.

Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Real Decreto 1341/2018, de 29 de octubre, por el que se establecen medidas transitorias para el mantenimiento, en favor de las personas con discapacidad, del subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte.

Real Decreto 1364/2012, de 27 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad.

Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Real Decreto 175/2011, de 11 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de protección de los servicios y la cuantía de las prestaciones económicas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, por el que se regula la Seguridad Social de los cuidadores de las personas en situación de dependencia.

Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, y por el que se modifica el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

Real Decreto 291/2015, de 17 de abril, por el que se modifica el Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, establecidas en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Real Decreto 537/2019, de 20 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad.

Real Decreto 578/2013, de 26 de julio, por el que se establecen medidas de acción positiva aplicables a las personas con discapacidad que participen en las convocatorias anuales de pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada, en desarrollo del artículo 22.3 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

Real Decreto 734/2019, de 20 de diciembre, por el que se modifican directrices básicas de planificación de protección civil y planes estatales de protección civil para la mejora de la atención a las personas con discapacidad y a otros colectivos en situación de especial vulnerabilidad ante emergencias.

Real Decreto 99/2009, de 6 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 614/2007, de 11 de mayo, sobre nivel mínimo de protección del sistema para la autonomía y atención a la dependencia garantizado por la Administración General del Estado.

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Jóvenes con discapacidad: empleo, integración y participación en la sociedad» (Dictamen exploratorio).

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras» COM (2010) 636 final (2011/C 376/15).

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre Medidas intergeneracionales e interculturales para promover la integración social de los ciudadanos jóvenes de la UE que se trasladan por motivos laborales a otro Estado miembro (Dictamen de iniciativa) (2014/C 311/01).

Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2011, sobre la movilidad y la inclusión de las personas con discapacidad y la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 (2010/2272(INI)) (2013/C 131 E/02).

Decreto 143/2011, de 14 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Catálogo de Servicios Sociales de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón.

Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

APÉNDICE 2. LIBRO DE CÓDIGOS

Variable	Definición	Valores
Nombre	Nombre de la ley en el BOE	Nombre
Año	Año de publicación en el BOE	Año
Tipo	Tipo de normativa	1 Ley Orgánica 2 Ley Ordinaria 3 Real Decreto Ley 4 Real Decreto Legislativo 5 Directiva 6 Resolución 7 Orden 8 Decreto 9 Instrumentos de Ratificación 99 Otro/No específica (NE)
Especificidad	¿Es una Ley específica sobre discapacidad?	0 No 1 Sí
Nivel territorial	Nivel territorial de la Ley	1 ONU 2 Europa 3 España 4 Autonómico 99 Otros
Impacto territorial	¿Afecta a otros niveles territoriales?	0 No 1 Sí, a todos 2 Sí, nacional 3 Sí, autonómico 4 Sí, infraautonómico 99 Otro/No específica (NE)
Ámbito institucional	¿Afecta a más de una institución?	0 No 1 Sí 99 NE/ND (no específica/no detectado)
Instituciones	¿Qué instituciones se ven afectadas?	Nombre instituciones
Sistema	¿En qué sistema se enmarca la Ley?	1 Salud 2 Educación 3 Pensiones/Trabajo 4 Dependencia 5 Jurídico 99 Otros/NE

Variable	Definición	Valores
Otros sistemas	¿Afecta a otro sistema de bienestar?	0 No 1 Sí 99 Otro/NE
Qué sistemas	¿Qué otros sistemas se ven afectados?	Nombre sistemas
Accesibilidad ley	¿Está en formato accesible?	0 No 1 Sí 2 Sólo para algunas discapacidades 99 NE/ND (no especifica/no detectado)
Definición de discapacidad	Presencia o ausencia de definición de discapacidad	0 No 1 Sí 2 No, pero define conceptos asimilables 3 Sí, de diferentes formas 99 Otro/NE
Cómo discapacidad	¿Cómo define la discapacidad?	Definición
Definición accesibilidad	Presencia o ausencia de definición de accesibilidad	0 No 1 Sí 2 No, pero define conceptos asimilables 3 Sí, de diferentes formas 99 Otro/NE
Cómo accesibilidad	¿Cómo define la accesibilidad?	Definición
Medidas	Presencia o ausencia de medidas concretas para accesibilidad	0 No 1 Sí 99 Otro
Qué medidas	¿Qué medidas plantea para la accesibilidad?	Medidas
Tipo accesibilidad	¿Qué tipos de accesibilidad atiende?	1 Física 2 Cognitiva 3 Comunicativa 4 Simbólica 5 Varias de las anteriores 6 Todas las anteriores 99 Otra/NE

Variable	Definición	Valores
Requisitos accesibilidad	¿Existe algún requisito para acceder a adaptaciones?	0 No 1 Sí, tener discapacidad reconocida 2 Sí, solicitarlo 3 Sí, tener discapacidad reconocida y solicitarlo 4 Otros 99 NE/ND (no especifica/no detectado)
Otros requisitos	¿Qué otros requisitos pone?	Requisitos
Presencia otras disciplinas	Presencia o ausencia de disciplinas más allá del derecho	0 No 1 Sí 99 NE/ND (no especifica/no detectado)
Qué disciplinas	¿Qué otras disciplinas recoge?	Disciplinas
Arbitrariedad	¿Deja margen para la arbitrariedad?	0 No 1 Sí 99 NE/ND
Cómo arbitrariedad	¿Cómo deja el margen para la arbitrariedad?	Proceso
Juventud	Presencia o ausencia de referencia a la juventud con discapacidad	0 No 1 Sí 99 NE/ND
Qué juventud	¿Qué referencias o medidas específicas recoge para la juventud?	Referencias
Grandes necesidades de apoyo	Presencia o ausencia de referencia a personas con grandes necesidades de apoyo	0 No 1 Sí 99 NE/ND
Qué grandes necesidades de apoyo	¿Qué referencias o medidas específicas recoge para las personas con grandes necesidades de apoyo?	Referencias
Juventud con grandes necesidades de apoyo	Presencia o ausencia de referencia a jóvenes con grandes necesidades de apoyo	0 No 1 Sí 99 NE/ND

Variable	Definición	Valores
Qué juventud con grandes necesidades de apoyo	¿Qué referencias o medidas específicas recoge para los y las jóvenes con grandes necesidades de apoyo?	Referencias
Observaciones	Observaciones	Observaciones
Enlace web	Enlace web a la ley	Enlace

**LA JUSTICIA Y LA CONSECUCIÓN DE LA PAZ
EN LA AGENDA 2030 SOBRE OBJETIVOS
DE DESARROLLO SOSTENIBLE (ODS) DE NACIONES UNIDAS.
UN DERECHO DE LAS MUJERES A TRAVÉS DE LA MEDIACIÓN***

*ACCESS TO JUSTICE AND THE ACHIEVEMENT OF PEACE
IN THE 2030 AGENDA ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT
GOALS (SDG) OF THE UNITED NATIONS.
A WOMEN'S RIGHT THROUGH MEDIATION*

M^a DOLORES PÉREZ JARABA
Universidad de Jaén
<https://orcid.org/0000-0002-0549-2548>

Fecha de recepción: 28-2-23

Fecha de aceptación: 18-4-23

Resumen: *En relación con los derechos humanos de las mujeres y con la finalidad de poder alcanzar sociedades más justas, pacíficas e inclusivas, el acceso a la justicia, la igualdad y la paz, se presentan como metas importantes en la Agenda 2030 sobre Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas. Para la consecución de estos objetivos y para evitar la discriminación que todavía sufren las mujeres en el disfrute de sus derechos en los conflictos armados con la utilización de los métodos tradicionales de justicia, la mediación se presenta como método idóneo en el que ellas pueden mostrar sus saberes y habilidades y construir, junto con los hombres, una convivencia más armónica y en paz.*

Abstract: *In relation to the human rights of women and with the aim of achieving more just, peaceful, and inclusive societies, access to justice, equality, and peace are presented as important goals in the 2030 Agenda on Sustainable Development Goals (SDG) of the United Nations. In order to achieve these objectives and to*

* Este artículo es el desarrollo de la comunicación: "Las mujeres en la guerra. Su derecho a la justicia a través de la mediación", presentada en el VII Congreso Internacional El tiempo de los derechos (6 y 7 de octubre de 2022) y publicada en *Papeles el tiempo de los Derechos* núm. 19, 2022.

avoid the discrimination that women still suffer in the enjoyment of their rights in armed conflicts with the use of traditional methods of justice, mediation is presented as the ideal method for them to show their knowledge and skills and to build, together with men, a more harmonious and peaceful coexistence.

Palabras clave: derechos humanos de las mujeres, igualdad, justicia, conflictos armados, mediación.

Keywords: human rights of women, equality, justice, armed conflicts, mediation.

1. INTRODUCCIÓN

La búsqueda de la paz y de la seguridad siempre han sido metas fundamentales para la comunidad internacional y las Naciones Unidas¹, aunque realmente, es con el final de la Guerra Fría y con el comienzo del siglo XXI cuando surgió un mayor interés por los procesos de paz y en el estudio específico sobre la naturaleza de la violencia y la forma de resolución de conflictos².

La existencia de conflictos armados es un rasgo que distingue el escenario internacional del siglo XX, una tendencia que parece ser continua presente en la actualidad, por ello, con la finalidad de crear un mayor desarrollo y unas mejores condiciones de vida para los seres humanos, se han estado desarrollando nuevas iniciativas y líneas de acción que, en este sentido y tras otros proyectos, han cristalizado en la Agenda 2030 de Naciones Unidas sobre Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)³.

¹ J. GALTUNG, "Violencia, paz e investigación sobre la paz", en J. GALTUNG (ed.), *Investigaciones teóricas. Sociedad y cultura contemporáneas*, Tecnos, Madrid, 1995 p. 314.

² N. BELLOSO, "Formas alternativas de resolución de conflictos: Experiencias en Latinoamérica", *Revista Seqüència*, núm. 48, 2014, p.180: "Hay que comenzar apuntando que la paz es un fenómeno amplio y complejo que exige una comprensión multidimensional. Y una comprensión amplia de la paz exige una comprensión amplia de la violencia -concepto antitético al de paz y no la guerra, como suele hacerse-, ya que la guerra no es más que un tipo de violencia, pero no la única. Entendemos por violencia todo aquello que impide a las personas autorealizarse como seres humanos. Por consiguiente, este concepto amplio y positivo de paz no tiene que ver únicamente con la guerra o el armamentismo, sino que "está relacionado con la forma en que viven los seres humanos. La paz, así concebida, hace referencia a una estructura y relaciones sociales caracterizadas por la ausencia de todo tipo de violencia y la presencia de justicia, igualdad, respeto y libertad".

³ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. Resolución aprobada el 25 de septiembre de 2015. A/RES/70/1 (2015).

Como uno de los objetivos de esta agenda y por sus concretas peculiaridades, el acceso a la justicia para conseguir una paz más sostenible y duradera se considera indispensable para el desarrollo social, económico y político de cualquier país y genera particularidades muy concretas que derivan en los diferentes derechos que contiene y que se manifiestan a través de garantías y procesos justos, equitativos y sensibles a las circunstancias específicas de las personas más vulnerables.

Sobre estas cuestiones se viene trabajando desde las distintas instituciones internacionales a través de la implementación de una perspectiva basada en los derechos humanos y orientada hacia la persona⁴ y sobre este particular, se puede comprobar el cambio cualitativo que se ha producido en los parámetros tradicionales que, como ha señalado Nuria Bellosa, hasta hace poco venían sirviendo para apreciar la reparación por responsabilidad internacional por actos ilícitos⁵, un cambio con el que se ha pretendido dignificar el derecho internacional humanitario, ampliando el concepto de responsabilidad objetiva y subjetiva en estos conflictos⁶.

Por otra parte, junto con el acceso a la justicia para conseguir una paz más sostenible y duradera (ODS 16), la Agenda 2030, en su ODS 5 plantea la igualdad de género y empoderamiento de las mujeres y las niñas, dando prioridad a sus derechos de manera transversal en las políticas e incorporando la perspectiva de género de forma integral y sistemática en sus líneas de acción, tal y como se señala en el apartado 20 de su preámbulo, cuando

⁴ B. FRIEYRO Y M. ROBLES "La integración de la perspectiva de género en el análisis de los conflictos armados y la seguridad, en Ministerio de Defensa", *Cuadernos de Estrategia: El Papel de la Mujer y el género en los conflictos*, núm. 157, 2012, p. 56. "La búsqueda de un modelo de seguridad común y comprensiva, multidimensional e interdependiente, integradora y globalizadora, propugnado desde diversas corrientes doctrinales de pensamiento, conduce a la formulación de un nuevo concepto: la seguridad humana, con vocación de sustituir al anterior basándose en el axioma de que la persona, y no el Estado, es el sujeto último de la seguridad".

⁵ N. BELLOSO "La controvertida aparición de un nuevo derecho ciudadano: el derecho a la reparación de la memoria personal y familiar y la búsqueda de su justificación en la justicia transicional", en E. ARRIETA (Comp.) *Conflictivo armado, justicia y memoria*. Tomo 2. *Derecho y transiciones hacia la paz*. Medellín (Colombia), Ed. Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín núm. 8, 2016, pp. 115 y ss.

⁶ N. FERNÁNDEZ, "La justicia tras el conflicto", en G. GALLEGOS Y M.J. GONZÁLEZ, (Coords.), *Conflictivo armado interno, derechos humanos e impunidad*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2011, p. 137. Sobre el cambio de parámetros en la responsabilidad internacional sobre crímenes humanitarios, véase también L. PÉREZ-PRAT DURBÁN, "La responsabilidad internacional, ¿Crímenes de Estados y/o de individuos?, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4, 2000, pp. 218 y ss.

establece “[...]la incorporación sistemática de una perspectiva de género en la implementación de la Agenda es crucial”⁷. La perspectiva de género se asocia con las particularidades y funciones asociadas al hecho de ser hombre o mujer, unas funciones que se aprenden mediante la socialización y que afectan a las relaciones de poder, determinando lo que se espera, se permite y se valora de una mujer y de un hombre en cada uno de los contextos a los que se enfrentan, incluidas las situaciones de conflicto armado.

La dinámica de las guerras y otros conflictos tiende a cambiar en cierta medida las relaciones de género. Las mujeres, ante la ausencia tradicional de los hombres en combate, han debido asumir funciones diferentes a las que se les atribuía también tradicionalmente en tiempo de paz, y este cambio que en el pasado permitió a las mujeres reivindicar derechos del espacio público de las que estaban excluidas, como el derecho al voto tras la Primera Guerra Mundial y también los derechos laborales por su ocupación económica durante esa contienda, hoy les puede permitir desarrollar su influencia y su capacidad de movilización de tal forma que pueden convertirse en agentes útiles para promover el fin de la violencia, dado que la igualdad de derechos entre hombres y mujeres nos sugiere y nos compromete también para conseguir una igualdad en la resolución de los conflictos⁸.

Sobre esta idea y de esencial importancia para la paz y la justicia desde una perspectiva de género, debemos mencionar la Resolución 1325 (2000)⁹ con la que el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas entendió que la perspectiva de género en estas cuestiones no se fundamentaba exclusivamente en un asunto de derechos de las mujeres o en la mera aplicación de los principios de igualdad y no discriminación, sino que enfocaba esta herramienta como una garantía de eficacia en el ámbito de la seguridad internacional. Se reconocía así la problemática de las mujeres víctimas de los conflictos armados, analizando su perfil y su tipología desde un punto de vista histórico, pero también, enfrentando una nueva visión en la que las presentaba como agentes de paz en relación a la familia, la comunidad y la política,

⁷ B. FRIEYRO Y M. ROBLES “La integración de la perspectiva de género en el análisis de los conflictos armados y la seguridad, cit., p. 66.

⁸ NACIONES UNIDAS, Departamento de Asuntos Políticos, *Orientación sobre género y estrategias de mediación inclusivas*, 2017, p.7, [en línea]. Disponible en https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/DPA_GenderMediation-Guidance_2017%28ESP%29.pdf, [consulta: 3 de abril de 2023].

⁹ NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad, *Resolución 1325 sobre La mujer y la paz y la seguridad S/RES/1325 (2000)* de 31 de octubre.

reclamando su inclusión en la política internacional y en la política interna de los Estados con el objetivo de conseguir medidas eficaces en la búsqueda de justicia y en la prevención y resolución de estas contiendas.

A pesar de esta resolución, y aunque es cierto que en los últimos años se han realizado avances legislativos a favor de las mujeres en muchos lugares del mundo, estas todavía siguen experimentando carencias en el disfrute de sus derechos y una grave discriminación que se manifiesta de múltiples formas: prejuicios oficiales, corrupción en las instituciones, prácticas y costumbres discriminatorias que perpetúan las desigualdades por cuestiones de género e impunidad por los incumplimientos sistemáticos de las leyes. Es por ello, por lo que todavía sigue siendo necesario arbitrar y regular nuevas herramientas y estrategias que contribuyan a la eliminación de estas desigualdades y que sirvan para favorecer la eliminación de las barreras a las que se enfrentan las mujeres para acceder a la justicia y hacer efectivos sus derechos¹⁰.

Las negociaciones en conflictos armados a través de los distintos *Alternative Dispute Resolution* (ADR)¹¹ o métodos de resolución pacífica de conflictos (como la mediación, el arbitraje, la conciliación o los buenos oficios) ha venido siendo considerada tradicionalmente una actividad masculina, como lo era la propia acción militar y la diplomacia posbética¹². Por ello, la participación de las mujeres en las negociaciones a través de estos “otros métodos de justicia” es un objetivo que aunque se ha intentado plasmar normativamente en el ámbito internacional, todavía sigue siendo una realidad discriminatoria por la infravaloración o el rechazo que las mujeres sufren en muchas culturas y tradiciones o, derivado de esta misma realidad social, por

¹⁰ Como ha escrito Martha Nussbaum: “El pensamiento político y económico internacional debe ser feminista, atento, entre otras cosas, a los problemas especiales que enfrentan las mujeres a causa de su sexo en más o menos todas las naciones del mundo, problemas sin cuya comprensión no pueden enfrentarse correctamente los temas de la pobreza y el desarrollo”. M. NUSSBAUM, *Las mujeres y el desarrollo humano*, trad. R.Bernet, Herder, Barcelona, 2002, pp.31-32.

¹¹ S. BARONA, “Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la mediación”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, vol. 18, núm. 1, 2011, pp. 188.

¹² Vid. V. FISAS. “El oficio de la mediación en conflictos armados”, *Cuaderns de Construcció de Pau*, núm. 21, 2011, p.4: “El oficio de mediador o facilitador en conflictos armados es uno de los más necesarios y también más difíciles [...] Es un arte, con técnicas estudiadas y comprobadas, que solo unas cuantas personas tienen la capacidad real de llevarlas a cabo. Paciencia, flexibilidad, empatía y creatividad son algunas de las virtudes del buen mediador, un oficio de hombres debido seguramente a que la diplomacia ha estado vetada a las mujeres por mucho tiempo”.

las autolimitaciones que ellas mismas plantean al verse limitadas por condicionantes sociales o patrones discriminatorios que persisten en la educación, la cultura y la tradición¹³.

Es precisamente por estos motivos por lo que en el presente artículo se pretende analizar la mediación como un instrumento mejor situado que otros métodos de justicia tradicionales y alternativos, ya que, por su filosofía, sus principios y por los caracteres específicos que se registran en los conflictos de esta naturaleza, son muchas las teorías que presentan a la mediación como un procedimiento muy útil para dar presencia a las mujeres en las negociaciones de los conflictos bélicos, como una vía de acceso a la justicia, así como para el reconocimiento de sus derechos¹⁴.

El argumento central de la elección de la mediación está en que, a diferencia de los otros instrumentos de justicia tradicionales o alternativos, en la mediación la persona mediadora nunca toma decisión alguna sobre el conflicto por encima de las partes, sino que su labor está en ayudar a conseguir que las partes lleguen a asumir una decisión o compromiso propios, evitándose así cualquier heteronomía impuesta con la intención de que el acuerdo asumido obtenga permanencia¹⁵. Las mujeres, en este sentido, pueden conducir la mediación en los conflictos desde una nueva óptica por dos razones básicas: una, porque su propia experiencia histórica de reivindicación de derechos les lleva a la conclusión de que sin la asunción social de la igualdad de derechos, la igualdad jurídico-política conseguida todavía requiere de una mayor consolidación social; y dos, porque la cooperación de las mujeres en el compromiso con la paz y los derechos es reciente en comparación con la acción masculina, y la causa de esta reciente incorporación proviene de que las mujeres están llamadas a aportar a la resolución de los conflictos la perspectiva de quienes han sufrido (y siguen sufriendo) los conflictos en la familia, la economía, la educación, la salud comunitaria, etc., aportando así una

¹³ G. MESA y C. GÓMEZ, "Mujeres negociadoras: cultura y género en la solución de conflictos", *Revista de Estudios Humanísticos Islas*, vol. 51, núm.159, 201, p. 138.

¹⁴ NACIONES UNIDAS, Secretario General, *Directrices para una Mediación Eficaz. Anexo del Informe sobre el fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución* (A/66/811, 25 de junio de 2012).

¹⁵ "El negociador tratará de ganar a cualquier precio... El arbitraje es, por su estructura, parecido a un juicio, en cuanto que es un tercero quien decide sobre el caso que se le presenta y las partes aceptan esa decisión; sentencia, en el caso de un juicio; laudo, en el caso del arbitraje". A. SCHIFFRIN, "La mediación: Aspectos generales", en J. GOTTHEIL, J y A. SCHIFFRIN (comps.), *Mediación: una transformación de la cultura*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 41.

visión integral de la violencia y no solo la visión de la violencia explícita de la contienda bélica, más propia del hombre aunque ya no exclusivamente suya.

Esta perspectiva puede también asumirla cualquier persona, claro está, pero la realidad es que la perspectiva de género no se agota en ser una labor entre o para las mujeres, sino que es una perspectiva cuya finalidad es general e integral¹⁶, de acuerdo con las dos razones antes mencionadas también sobre la idoneidad de la mediación frente a otros procedimientos de resolución de conflictos.

2. LA PAZ, LA JUSTICIA Y LA IGUALDAD COMO OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE EN LA AGENDA 2030 EN RELACIÓN A LAS MUJERES

Desde la perspectiva del presente estudio es importante señalar la inclusión de los derechos humanos en la Agenda 2030 sobre Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas, pues en ella se reafirma la responsabilidad que tienen los Estados en su respeto, protección y promoción para todas las personas sin distinción alguna, como un requisito necesario para poder alcanzar sociedades más justas, seguras, pacíficas e inclusivas, según se establecía en la Carta de las Naciones Unidas de 1945¹⁷ y en la Declaración de Derechos Humanos de 1948¹⁸. Las metas que establece esta agenda tienen sus antecedentes en los Objetivos de Desarrollo del

¹⁶ Como ha escrito Jalna Hanmer: "Por supuesto, no todos los hombres son violentos ni todas las mujeres son no violentas o ayudan a otras mujeres; investigar la violencia no va sobre biología sino sobre relaciones sociales dentro de un contexto social" (traducción mía) J. HANMER, "Violence, militarism and war", en G.GRIFFIN and R.BRAIDOTTI (Eds.), *Thinking differently*, Zed Books, London and New York, 2002, p. 278.

¹⁷ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Carta de Constitución* de 26 de junio de 1945.

¹⁸ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* de 10 de diciembre de 1948 (217 A (III)). La importancia de la Declaración ha sido señalada siempre que se tratan los derechos humanos. Según F. ANSUÁTEGUI, "La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Ética pública", *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 1999, p. 202: "[...]la Declaración se ha constituido como un punto de referencia en la crítica política y moral. Hoy constituye un auténtico criterio para medir la legitimidad de los gobiernos y de sus actuaciones respecto a los derechos. Posiblemente es el criterio «oficial» más extendido y compartido. En este sentido se ha afirmado con razón que en la actualidad la gran división entre los Estados se efectúa a partir de su actitud frente a los derechos: Estados respetuosos de los derechos o no".

Milenio del año 2000 (ODM)¹⁹, un catálogo de compromisos genéricos en el que se establecían principios y valores que debían regir en la comunidad internacional en torno al desarrollo, la reducción de la pobreza, el desarme o la protección de la naturaleza²⁰. Sin embargo, con los ODS se ha pretendido ir más allá, transformando la visión del desarrollo que se había dado hasta el momento, en una idea integral, más completa y global que extiende su propósito a la consecución de diecisiete objetivos concretos que se desarrollan con ciento sesenta y nueve metas en las que se incluyen aspectos tan diversos como el respeto al medio ambiente, la promoción de la paz y el acceso a la justicia, entre otros. En concreto, el ODS 16 plantea, “*promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y crear instituciones eficaces, responsables e inclusivas a todos los niveles*”, constituyéndose este en un criterio de referencia para el resto de ODS²¹.

Así, aunque la paz como concepto, realmente no queda definida de forma expresa en esta Agenda, sí que es posible establecer nexos de unión entre ella y otros objetivos más específicos como son la igualdad o el acceso a la justicia a nivel nacional e internacional, erigiéndose por sí esta meta en el necesario hilo conductor sin el cual no es posible la consecución del resto de propósitos de la agenda²². El acceso a la justicia es un derecho en

¹⁹ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Objetivos para el Desarrollo del Milenio* de 13 de septiembre de 2000 de la Asamblea General de Naciones Unidas (A/55/L.2), [en línea]. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/559/54/PDF/N0055954.pdf?OpenElement>, [consulta: 13 diciembre 2022].

²⁰ N. BELLOSO, “Balance sobre las estrategias y acciones de implementación de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la Unión Europea: una lectura desde los derechos humanos”, en M. GÓMEZ (Coord.), *Gobernanza Internacional y Neocolonialismo: aproximaciones desde los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS-ONU)*, Centro Universitario de la Ciénega, Universidad de Guadalajara-Jalisco (México), 2022, pp. 255 y ss.

²¹ F. QUISPE, “Acceso a la justicia y objetivos del desarrollo sostenible”, en C. DÍAZ y C. FERNÁNDEZ (Dirs.), *Objetivos de desarrollo sostenible y derechos humanos: paz, justicia e instituciones sólidas/ derechos humanos y empresas*, Universidad Carlos III de Madrid, 2018, pp.239 y ss.

²² NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Declaración de Santiago de Compostela sobre el Derecho Humano a la paz* de 10 de diciembre de 2010, aprobada durante el Congreso Internacional sobre el Derecho Humano a la Paz, en Santiago de Compostela (España) con ocasión del Foro 2010 o Foro Social Mundial sobre la Educación para la Paz. La relación entre la paz y la justicia se establece al declarar: “[...] todas las víctimas sin discriminación tienen derecho a su reconocimiento como tales, a la justicia, a la verdad, así como a una reparación efectiva, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 60/147 de la Asamblea General de 16 de diciembre de 2005 que aprueba los Principios y directrices básicos sobre el derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y

sí mismo, pero también es un derecho sin el cual no se hace posible el logro de otros derechos humanos, como la igualdad, la libertad o la paz²³. Por ello, en el ámbito internacional, cuando se habla de acceso a la justicia, se hace referencia a una serie de obligaciones positivas para los Estados²⁴, que deben proteger y garantizar este derecho en su integridad, teniendo la obligación de: “...investigar las violaciones de forma eficaz, rápida, completa e imparcial, y en su caso, adoptar las medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional.”²⁵ Estas medidas además, no solo benefician a las víctimas y a sus familiares, sino también a la sociedad en su conjunto, de manera que, al conocer la verdad sobre tales crímenes, se posibilita el poder prevenirlos en un futuro en el que no se concibe que las mujeres no participen²⁶.

Precisamente, un colectivo tan amplio y específico de la humanidad como son las mujeres y las niñas, sobre todo aquellas que enfrentan formas de discriminación múltiple e interseccional, viven el sistema de justicia como un límite a sus derechos a consecuencia del mantenimiento de algunos privilegios que aún siguen teniendo los hombres. Haciéndose eco de esta situa-

de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, contribuyendo así a la reconciliación y al establecimiento de una paz duradera”.

²³ N. BELLOSO, “El ODS 16 en la Agenda 2030: de la indefinición a algunas propuestas para su concreción”, *Revista Quaestio Iuris*, vol.13, núm. 4, Rio de Janeiro, 2020, pp. 1943 y ss. La autora pone de manifiesto las críticas recibidas al planteamiento del objetivo 16 de la Agenda, por la indefinición o la amplitud de sus metas, su implementación en diversas realidades políticas, económicas y sociales no asimilables, así como por su valor esencialmente ético ya que no se acompaña de instrumentos sancionadores que garanticen de una forma más eficaz su consecución.

²⁴ J. M.^a GIL. “Retos jurídicos con la lucha contra la discriminación estructural por razón de sexo: balances y desafíos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*. Núm. 2, 2022, p. 11: “[...] el compromiso con el gender mainstreaming...obliga a superar los esquemas conceptuales del Derecho liberal, incluido el Derecho antidiscriminatorio clásico, dando cabida al sistema sexogénero en el Derecho y en la cultura jurídica de forma prioritaria y transversal, para así poder reconfigurar el principio de igualdad y el modelo de ciudadanía que lo sustenta”.

²⁵ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Resolución 60/147 de 19 de abril de 2005 sobre Principios y Directrices Básicos sobre el Derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario (A/Res/60/147)*, Principio II, letra b).

²⁶ Vid. Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres) y Programa de la ONU para el Desarrollo, Oficina de las Naciones Unidas contra la Drogas y el Delito y Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, *Herramientas para el diseño de programas de acceso a la justicia para las mujeres* 2018.

ción, la Agenda 2030 ha considerado que las mujeres son un grupo vulnerable al que los Estados deben dar prioridad en el reconocimiento y la garantía de sus derechos; entre ellos, el acceso a la justicia, un derecho de múltiples y variadas consecuencias, como la eliminación de obstáculos para poder reclamar antes, durante o después de un conflicto armado, el resarcimiento y la rendición de cuentas, la eliminación de la pobreza a través de la protección de activos económicos como la tierra y la vivienda, o el acceso a recursos jurídicos contra la desigualdad salarial, el acoso sexual, el daño físico o las prácticas laborales injustas.

De igual forma, la importancia de este derecho ya se recogía en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEFDM), cuando declaraba que el acceso a la justicia “[...] es un elemento fundamental del estado de derecho y la buena gobernanza, junto con la independencia, la imparcialidad, la integridad y la credibilidad de la judicatura, la lucha contra la impunidad y la corrupción, y la participación en pie de igualdad de la mujer en la judicatura y otros mecanismos de aplicación de la ley.”²⁷

Al mismo tiempo, la Convención hacía responsable a los Estados de estas discriminaciones contra las mujeres en el ejercicio efectivo de sus derechos como seres humanos, pero también en sus derechos de ciudadanía. Sobre estos derechos, Añón Roig señala que: “[...] al ver la violencia contra las mujeres a través del marco de la ciudadanía, se hace hincapié en la participación, la autonomía y la agencia de las mujeres, destacando la importancia de las mujeres que participan como ciudadanas de pleno derecho en sus comunidades y el papel que juega la violencia de género en impedir la realización de las mujeres de una amplia gama de derechos humanos que son esenciales para el ejercicio de la ciudadanía plena, incluyente y participativa”²⁸.

²⁷ NACIONES UNIDAS, Asamblea General, *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (A/34/180) de 18 de diciembre de 1979. Según A. PELE, “La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer: alcance y límites” en VVAA, *Perspectivas sobre Feminismo y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2012, p.81: “La CEFDM representa un instrumento legal poderoso para que los derechos de la mujer sean respetados. No se limita a ser una declaración de derechos y principios, sino que aparece como un verdadero programa de acción. Expone así las medidas básicas que los Estados Partes deben tomar para reducir las discriminaciones contra la mujer. Su punto de partida consiste en reconocer que las mujeres han sufrido a lo largo de la historia (y siguen sufriendo) una discriminación sistemática. Su objetivo consiste en remover los obstáculos que impiden que las mujeres puedan gozar de una auténtica libertad y llevar una vida en igualdad de condiciones que los hombres”.

²⁸ M.J. AÑÓN, “Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2016, p.14.

En la misma línea, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de las Naciones Unidas (CEDAW), puso de manifiesto los obstáculos y restricciones que impedían a las mujeres acceder a la justicia en pie de igualdad con los hombres debido a múltiples factores, entre los que señalaba los estereotipos de género o las leyes discriminatorias con la que se realizaba una persistente violación de sus derechos y que la discriminación que sufrían por su género, no eran un fenómeno puntual o aislado, sino que era producto de la violencia estructural de la sociedad, una violencia que les afectaba tanto en tiempos de paz, como en tiempos de guerra²⁹. A este respecto ya se manifestaba a través de su Recomendación general N.^o 30 sobre las mujeres en la prevención de conflictos, en situaciones de conflicto y posteriores al conflicto y su Recomendación general N^o 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia³⁰.

En términos generales, las guerras y los conflictos armados siempre tienen consecuencias devastadoras para toda la población, pero se ha constatado que son un detonante que aumenta aún más si cabe las diferencias de poder y la discriminación existentes entre hombres y mujeres³¹. En estos contextos de violencia expresa, la integridad de las mujeres se vulnera, utilizando estrategias en contra de su identidad sexual o fundamentándose en ella para provocar su deshumanización y la desintegración de su núcleo familiar a través de prácticas que sirven para atemorizar y debilitar al enemigo y que tienen como consecuencia los desplazamientos forzados, el desarraigo familiar, los cambios de rol que deben asumir dentro de la sociedad, o la cosificación a la que se enfrentan cuando son utilizadas a través de la violencia sexual para generar marcas imborrables en su identidad y en la comunidad a la cual pertenecen³².

Del mismo modo, la violencia que sufren las mujeres antes, durante y tras la finalización de los conflictos armados, desestabiliza sus condiciones de vida, pero también las de sus familias y las de las poblaciones en las que

²⁹ Así lo establece la Recomendación general N^o 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ob. cit. párr. 3º.

³⁰ NACIONES UNIDAS, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N.^o 30 sobre *Las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflictos y posteriores a conflictos* de 1 de noviembre de 2013 (CEDAW/C/GC/30) y, Recomendación general N.^o 33 sobre *El Acceso de las mujeres a la justicia* de 3 de agosto de 2015 (CEDAW/C/GC/33).

³¹ S/RES/1325 (2000), ob. cit., p.27.

³² M.L. CÉSPEDES, "La violencia sexual en contra de las mujeres como estrategia de despojo de las tierras en el conflicto armado colombiano". *Revista Estudio Socio-Jurídico*, núm. 12 vol. 2, 2010, pp. 277 y ss.

viven, afectando a sus planes vitales y a todo cuanto para ellas es valioso y significativo³³. Además, a los factores de violencia que sufren en el conflicto armado, las mujeres deben sumar el que se encuentran sujetas a una carga histórica, social y cultural de discriminación, que deben soportar para obtener justicia, pues se encuentran sistemáticamente infrarrepresentadas en las mesas de negociación tras el conflicto³⁴.

Ante este escenario, es necesario reconocer que esta violencia que sufren las mujeres es una forma de grave violación de los derechos humanos, cuyas causas están arraigadas en un contexto general de discriminación sistémica contra la mujer y otras formas de subordinación³⁵. Por ello, para garantizar un completo acceso a la justicia de las mujeres, se hace preciso afrontar el desafío de incorporar una perspectiva sensible a sus derechos y a sus condiciones reales de discriminación y exclusión, algo que requiere un considerable esfuerzo y que debe realizarse, no solamente como una manifestación de la voluntad política, sino como el camino adecuado para asegurar reparaciones efectivas y la restitución de los derechos que les son debidos. De esta manera y tras las previas recomendaciones realizadas en el ámbito internacional, la implementación de la Agenda 2030 no puede concebirse sin reformar y reforzar el acceso a la justicia de las mujeres. Así, frente a los enfoques tradicionales o clásicos en los que los únicos participantes en los procesos de negociación y justicia debían ser los Estados y los actores armados, se nos presenta un nuevo enfoque, por el que, por medio de la gobernanza y con el objetivo de generar políticas y proyectos de desarrollo sostenible y conseguir una paz más efectiva y duradera, se da cabida a la participación y el empoderamiento de las mujeres como agentes activos de la sociedad civil a través de otros medios alternativos de justicia³⁶.

³³ C. SÁNCHEZ y S. OLIVEROS, "La reparación integral a las víctimas mujeres: una aproximación a la aplicación del enfoque diferencial de género en el contexto del conflicto armado colombiano", *Revista Universitas*, núm. 11, 2014, pp.163-185.

³⁴ D. SALCEDO, "Género, derechos de las víctimas y justicia transicional: retos en Colombia", *Revista Paz y Conflictos*, núm. 6, 2013, pp.133 y ss.

³⁵ M.J. AÑÓN, "Violencia con género. A propósito del concepto y la concepción de la violencia contra las mujeres" en Id. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, cit., p.4.

³⁶ Vid. J. LEDERACH, *La imaginación moral. El arte y el alma de la construcción de la paz*, trad. de T. Toda, Bakeak Gernika Gogoratuz, Bilbao-Guernika, 2007, pp. 125 y ss. El autor concibió las infraestructuras para la paz como un mecanismo que permite conocer las capacidades de las sociedades para la construcción de paz, mediante la comprensión de las dinámicas de interdependencia entre los distintos grupos sociales.

3. EL ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS MUJERES Y LA PACIFICACIÓN DE LOS CONFLICTOS ARMADOS

En relación al acceso a la justicia de las mujeres y su conexión con la paz, el feminismo, a través de sus distintas teorías, ha tratado de analizar la relación entre el género y los conflictos armados no solo en referencia a las acciones militares o bélicas, sino también, estudiando los aspectos políticos, económicos, sociales y culturales que intervienen en sus dinámicas, y es desde esta perspectiva, donde se ha constatado que la mujer en las guerras sufre una múltiple victimización³⁷.

Debido a ello, estas teorías consideran relevante para un estudio completo del tema, un enfoque de género multidireccional que integre dentro del conflicto armado todas aquellas otras condiciones de vulnerabilidad añadidas a su sexo, como la etnia, la edad, la discapacidad o las situaciones de pobreza con la finalidad de dar una reparación integral y armonizada a las lesiones de sus derechos. No obstante, atender a la múltiple victimización que sufren para lograr una reparación integral no se reduce únicamente a esto, sino que se hace necesario materializar un derecho más completo a obtener justicia, que vaya más allá de la indemnización y la reparación, permitiendo realmente a las mujeres participar en todos los procedimientos que están implicados en esta búsqueda.

Dentro de este análisis, los estudios de género sobre conflictos armados, muestran que las mujeres víctimas de estos conflictos sufren una doble exclusión. Por un lado, la exclusión surgida de las formas de discriminación que deben enfrentar de forma cotidiana en sus vidas diarias y que constituyen el origen de la violencia en contra de ellas, una violencia que se ve incrementada por el conflicto y sus efectos. Por otro lado, la exclusión que sufren por las políticas y por las específicas normativas en materia de reparación que se desarrollan en cada país. Esta doble discriminación se incrementa en determinados casos por la falta de reconocimiento como ciudadanas de pleno derecho, lo que, en cierta medida acarrea reparaciones inadecuadas y conduce a que se pierda el efecto simbólico y práctico que debería tener este derecho en la vida de las víctimas³⁸.

³⁷ A. GIL, "Racionalidad, feminismo, mundo y violencia" en V. MARTÍNEZ (Ed.), *Teoría de la paz*, Nau Llibres, Valencia, 1995, p. 86. La autora refiere una múltiple victimización que atiende a distintos e importantes aspectos como la afectación en relación a la violencia con base al género, el impacto diferencial del conflicto armado respecto a su rol en la sociedad, o los daños que sufre como ser humano digno y como víctima colateral del conflicto.

³⁸ D. GUZMAN, "La reparación integral desde una perspectiva de género", en M. GARCÍA y M. CEBALLOS (Eds.) *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación de justicia*, Ediciones Antropos, Bogotá, 2016, pp. 699 y ss.

De este modo, la discriminación que sufren las mujeres, a través de los estereotipos y los prejuicios de género que se producen en el sistema judicial, tiene consecuencias de gran alcance para el pleno disfrute de sus derechos, pues distorsionan las percepciones y dan lugar a decisiones basadas en creencias preconcebidas y mitos que comprometen la imparcialidad y la integridad del sistema de justicia y que puede dar lugar a su vez, a la denegación de justicia, incluida la revictimización de las propias denunciantes.

Con frecuencia, los jueces adoptan normas rígidas sobre lo que consideran un comportamiento apropiado de la mujer y castigan a las que no se ajustan a esos estereotipos. Estos estereotipos afectan también a la credibilidad de sus declaraciones, a sus argumentos y sus testimonios como partes y como testigos. Pueden hacer que los jueces interpreten erróneamente las leyes o las apliquen de forma defectuosa con consecuencias importantes, como ocurre, por ejemplo, en materia penal, donde teniendo en cuenta estos prejuicios, los perpetradores de la violencia, pueden utilizarlos para defender el principio de presunción de inocencia, incrementando así la “duda razonable” respecto de la responsabilidad penal de estas violaciones, con el consiguiente mantenimiento, tácito y expreso, de una cultura de impunidad y violencia contra las mujeres³⁹.

Ahora bien, incluir la perspectiva de género en el análisis del acceso a la justicia en los conflictos armados dándoles visibilidad a las mujeres, no implica tratarlas siempre como víctimas y tampoco podemos enfrentar su estudio analizando siempre a los hombres como los únicos perpetradores de la violencia⁴⁰. Las mujeres pueden ser combatientes y también pueden intervenir en la resolución de los conflictos que les afectan, por ello, desde hace ya algunas décadas, vienen siendo consideradas como un importante agente de cambio en las acciones humanitarias que se dan en los contextos bélicos y en las acciones previstas para la consolidación de la paz⁴¹.

³⁹ CEDAW/C/GC/33, ob. cit. párr. 26.

⁴⁰ L. PATIÑO-GASS, y P. GONZÁLEZ-ALDEA, “Conflictos armados y perspectiva de género: Representación mediática de las niñas soldado”, *Revista Mediterránea de Comunicación/Mediterranean*, núm. 12 vol. 1, 2021, p. 236.

⁴¹ M. ABAD, “Las mujeres y las niñas en los conflictos armados y en la construcción de la paz: ¿hay perspectivas esperanzadoras en el horizonte?”, en E. VAZQUEZ et al. (coords.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales*, XXIV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 32-33.

Partiendo de este razonamiento, desde diversos estudios, se ha señalado que el empoderamiento de las mujeres es necesario a través del incremento de su participación en la gestión y negociación de este tipo de conflictos; un empoderamiento que no solo las beneficiará a ellas, sino que también favorecerá a la sociedad en su conjunto⁴². Sobre esta idea, las organizaciones de la sociedad civil y comunitarias formadas por mujeres, han estado desarrollando estrategias con el objetivo de consolidar la paz y promocionar nuevos métodos de prevención de conflictos en sus comunidades⁴³.

Estos esfuerzos ya han sido reconocidos por el Consejo de Seguridad de la ONU en diversas resoluciones⁴⁴, pero, aunque sea cierto que han existido mujeres capaces de liderar movimientos de paz e impulsar la recuperación de sus comunidades, en general y hasta ahora, casi nunca se les ha permitido tener un verdadero protagonismo y su intervención se ha visto muy limitada en las reformas legislativas y en las instituciones de sus Estados⁴⁵.

En relación a esta reflexión reiteramos la importancia de la Resolución 1325 (2000), por la cual, la comunidad internacional entendió que era esencial incrementar la participación de las mujeres para lograr una paz positiva y duradera. Esta resolución sirvió para aprobar la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad (MPS)⁴⁶ y con ella, la perspectiva de género en relación con la paz y la seguridad internacional dejó de ser exclusivamente una reivindicación feminista para pasar a ser una cuestión transversal en la agenda política in-

⁴² NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad, *Resolución 1271 sobre Mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Prevención de conflictos* S/RES/2171 (2014) de 21 de agosto.

⁴³ Por ejemplo, en Liberia, se crearon las “Cabañas de paz” como espacios seguros en los que las mujeres pueden reunirse para mediar en los conflictos comunitarios y solucionarlos, incluidos los incidentes de violencia de género. También en algunas zonas de Colombia se han constituido “comunidades de paz” que se declaran como zonas y poblaciones “neutrales” y libres de conflictos armados, donde exigen a los combatientes que no arrastren a dichas comunidades a la violencia y donde las mujeres desempeñan un papel crucial de liderazgo en este movimiento; o en Sudán, el movimiento Empoderamiento de Mujeres Sudanesas por la Paz desarrolló una “Agenda mínima para la paz”, donde incluían audiencias públicas para conocer los puntos de vista de las mujeres, proporcionándoles capacitación en mediación y estrategias de promoción de la paz.

⁴⁴ NACIONES UNIDAS, Secretario General, *Informe sobre las Naciones Unidas y la prevención de conflictos: renovación del compromiso colectivo* S/2015/730 de 25 de septiembre de 2015, párr. 46.

⁴⁵ A. CEBADA, “El pulso de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad en su vigésimo aniversario”, *Anuario Español Derecho Internacional*, vol. 37, 2020, pp. 118-119.

⁴⁶ S/RES/1325 (2000). Ob. cit. p.32.

ternacional de los Estados, ampliando la perspectiva de género a todas las etapas del conflicto⁴⁷.

La Resolución 1325 tiene asignados dos objetivos fundamentales: el primero de ellos se centra en la lucha contra la violencia sexual que se da en el marco de los conflictos armados al ser esta una práctica habitual que, de forma constante, se utiliza como arma, táctica o estrategia bélica.

Como segundo objetivo, se planteaba el incremento de la participación de la mujer en los procesos de pacificación internacional y con ello, el Consejo de Seguridad de la ONU, afianzó el vínculo entre la mujer, la paz y la seguridad, asumiendo entre sus responsabilidades la integración de la perspectiva de género en diferentes ámbitos de acción, como la gobernanza, la cooperación al desarrollo y la política social, aunque desde unas connotaciones específicas y una problemática propia, al vincularse estos objetivos con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

El desarrollo de la Agenda MPS posterior a la aprobación de la Resolución 1325 se articuló siguiendo cuatro ejes principales que han sido los que han servido para orientar la labor de las Naciones Unidas, los gobiernos y la sociedad civil implicada en su aplicación: prevención, participación, protección y asistencia y recuperación⁴⁸. Sin embargo, se ha potenciado la protección de las mujeres como víctimas de los conflictos, relegando a un segundo plano el resto de objetivos, lo que ha supuesto una manifestación más de la discriminación que todavía sufren en el contexto de la paz y la seguridad internacional y en su derecho a obtener justicia⁴⁹.

⁴⁷ F. GORDO, "Perfil y tipología de los conflictos armados actuales", en M. ROBLES (coord.), *Género, conflictos armados y seguridad. La asesoría de género en operaciones*, Editorial Universidad de Granada, Granada, 2012, pp. 22 y ss. Se establece una visión del feminismo postmoderno que se centra en el concepto de género (*gender*), enfocando los estudios de género como una construcción social que establece las diferencias entre hombres y mujeres y los papeles sociales que, conformados por las distintas estructuras y procesos, desempeñan cada uno de ellos. Esta es la perspectiva que se ha tomado en el ámbito internacional desde que se aprobó la Resolución 1325 (2000) que reconoce de forma específica el sufrimiento adicional que padecen las mujeres y las niñas en los conflictos armados y en las situaciones post-conflicto, al ser víctimas de la violencia por motivos de género, pero también por el importante papel que desempeñan en la prevención y resolución de conflictos.

⁴⁸ M. VILLELLAS, "Mujeres, paz y seguridad: la igualdad de género en las políticas de paz y seguridad", *Real Instituto Elcano*, ARI núm. 66, 1-7, 2016, p. 2.

⁴⁹ Vid. M. O. SÁNCHEZ "Los derechos de las mujeres. Un proceso inconcluso, clave de progreso, en M^a I. GARRIDO GÓMEZ (Coord.), *El derecho humano al desarrollo*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 139 y ss.

A propósito de esta cuestión, Requena Casanova ofrece dos reflexiones fundamentales sobre la actividad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en esta materia y el desarrollo normativo de la agenda MPS. La primera es que la agenda MPS se ha implementado a nivel operativo, bien desde el propio Consejo, a través de los mandatos de las misiones políticas de paz⁵⁰, o bien, a través de los programas de acción de organizaciones regionales (Unión Europea, OTAN, Liga de Estados Árabes) y de los Planes de Acción Nacionales (PAN) aprobados por los distintos Estados para el seguimiento y la evaluación de la agenda⁵¹. La segunda reflexión de este autor pone de relieve que la agenda MPS ha sido más desarrollada desde su eje preventivo, priorizando la dimensión humanitaria por encima del eje de la participación, lo que ha creado una nueva brecha de género en un ámbito tan esencial como es el empoderamiento y el liderazgo político de las mujeres.

No obstante y posteriormente, el Consejo de Seguridad aprobó varias resoluciones más en el marco de Agenda MPS con el objetivo de impulsar la participación de las mujeres y su liderazgo en los procesos de paz: la Resolución 1889 (2009)⁵² y la Resolución 2122 (2013)⁵³, específicamente centradas en la cuestión de la participación. También la Resolución 2242 (2015)⁵⁴, aprobada a iniciativa de España y de gran valor en este ámbito, en la que se vuelve a reiterar la importancia de la representación de las mujeres en todos los niveles de decisión, y en particular, en las delegaciones negociadoras en las conversaciones de paz.

Posteriormente a estas resoluciones se han dictado otras que han servido para consolidar normativamente la Agenda, aunque ninguna de ellas ha supuesto un desarrollo importante respecto de las anteriores, es más, podría decirse que estas resoluciones han servido para poner de manifiesto el escaso apoyo que los distintos países han dado a sus principios. Así, la Resolución 2493 (2019), propulsada por Sudáfrica y presentada para el 20 aniversario de

⁵⁰ Como por ejemplo las misiones políticas de Colombia o de Chipre.

⁵¹ M. REQUENA, "La aplicación de la Agenda Mujeres, Paz y Seguridad en los procesos de paz: la participación de las mujeres en la prevención y resolución de conflictos", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 34, 2017, pp. 134 y ss.

⁵² NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad, *Resolución 1889 sobre Las mujeres, la paz y la seguridad*, S/RES/1889 (2009) de 5 de octubre.

⁵³ NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad, *Resolución 2122 sobre Mujeres, Paz y Seguridad* S/RES/2122 (2013) de 18 de octubre.

⁵⁴ NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad, *Resolución 2242 sobre Las mujeres, la paz y la seguridad*, S/RES/2242 (2015) de 13 de octubre.

la Resolución 1325, el 75 aniversario de Naciones Unidas y el 25 aniversario de la Conferencia Beijín, se ofrecía como una oportunidad para intensificar los esfuerzos nacionales y la cooperación internacional para promover el empoderamiento de las mujeres⁵⁵.

Asimismo, se dictó la Resolución 2538 (2020)⁵⁶ como la primera dedicada íntegramente a la participación de las mujeres en operaciones de pacificación pero que tampoco ha supuesto un cambio en la práctica de los Estados, los cuales, en todos estos años y a pesar de todas estas resoluciones, siguen excluyendo a las mujeres de los puestos de liderazgo político. Este argumento de exclusión del liderazgo de las mujeres se refuerza con los distintos informes del Secretario General de la ONU sobre esta temática en los que se confirman las debilidades que todavía existen en la aplicación de la originaria Resolución 1325: falta de financiación por parte de los Estados y organismos internacionales, escaso número de mujeres en órganos de decisión, la lucha por los derechos de las mujeres se encuentra relegada a la sociedad civil a la que solo se le concede carácter consultivo, las estrategias no se han traducido en una mejora significativa de la vida de las mujeres y además, porque se ha demostrado que algunos métodos tradicionales de justicia incrementan incluso más las desigualdades que vienen sufriendo por su sexo⁵⁷. Algo que, en conjunto, se traduce en la necesidad de implementación de otros procedimientos alternativos, que sean más útiles y efectivos y que faciliten el acceso a la justicia de las mujeres y su participación en los procesos de construcción de la paz⁵⁸.

Por último, las estadísticas de algunos casos relevantes respecto de la participación de las mujeres en los foros institucionales en donde se deciden las negociaciones de la paz, como es el caso de Colombia, muestran que su porcentaje de participación entre 2010 a 2016 fue menor al 15% frente a más del 85% de hombres⁵⁹. Y los datos agregados respecto de la participación de

⁵⁵ NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad, *Resolución 2493 sobre las mujeres, la paz y la seguridad S/RES/2493* (2019) de 29 de octubre.

⁵⁶ NACIONES UNIDAS, Consejo de Seguridad, *Resolución 2538 sobre Operaciones de Mantenimiento de paz S/RES/2538* (2020) de 28 de agosto.

⁵⁷ H. LLANOS, "La mujer y la paz y la seguridad: algunas cuestiones jurídicas a 21 años de la adopción de la resolución 1325 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas", *Revista Electrónica de Derecho Internacional Contemporáneo*, núm. 4, 2021, p. 2.

⁵⁸ NACIONES UNIDAS, Secretario General, *Informe sobre Mujeres, Paz y Seguridad S/2017/861* de 16 de octubre, *Informe sobre Mujeres, Paz y Seguridad S/2018/900* de 9 de octubre, e *Informe sobre Mujeres, Paz y Seguridad S/2019/800* de 9 de octubre.

⁵⁹ A. GARRIDO ORTOLÁ, "El papel de las mujeres en los acuerdos de paz en Colombia: la agenda internacional", *Política y Sociedad*, núm. 57 vol. 1, 2020, pp. 84-85.

mujeres en los primeros 20 años del siglo XXI, en procesos de paz como los de Liberia, los Balcanes, Sudán o Myanmar, entre otros, muestran que la igualdad de género ha aumentado del 14% en 1995 a tan solo el 22% en 2019 y que las mujeres sumaban el 13% del total de negociadoras, el 6% de los mediadores y el 6% de los testigos y signatarios de los procesos de paz más importantes⁶⁰.

4. LA MEDIACIÓN COMO UNA ALTERNATIVA DE PAZ Y DE JUSTICIA DESDE “UNA” PERSPECTIVA FEMINISTA

Una de las principales aportaciones que han realizado los estudios sobre la paz y la resolución de conflictos es la consideración de que estos últimos son procesos dinámicos que, si se abordan adecuadamente, pueden ser vistos como una oportunidad para el cambio social⁶¹. Además, muchas de las teorías que analizan los conflictos, entienden que las características de los actores implicados y su visión concreta del conflicto pueden influir de forma determinante en su gestión o en la forma de darle solución⁶². Siguiendo estos argumentos y a raíz de la deficiente eficacia que han tenido hasta la fecha las medidas adoptadas por la comunidad internacional para facilitar el acceso a la justicia de las mujeres y su participación en los procesos de paz, es por lo que la mediación se nos presenta como un instrumento útil para abordar los conflictos desde una perspectiva de género y conseguir estos objetivos.

Como se ha mencionado anteriormente, la comunidad internacional ya puso de manifiesto que el género constituía un aspecto fundamental a tener en cuenta cuando se analizaban los conflictos internacionales, ya que formaban intersecciones con otros muchos elementos como la economía, la política, las identidades étnico-nacionales o las creencias religiosas, señalando la discriminación como una sección clave en la configuración de la estructura social y de poder de un determinado país e influyendo de forma determinante tanto en la forma en que se producen los conflictos como en su forma de transformarlos o resolverlos. En este orden de cosas, la perspectiva de gé-

⁶⁰ G. CAVERO MARTÍNEZ, *Las mujeres en los conflictos y postconflictos armados: la resolución 1325 de la ONU y su vigencia hoy*, Real Instituto Universitario de Estudios Europeos, Madrid, 2021, pp. 33-37.

⁶¹ Vid. A. VÁZQUEZ LÓPEZ, “Mediación en conflictos violentos: pautas, valores, principios y dilemas”, *MediaICAM, Colegio de Abogados de Madrid*, 2019, p. 14.

⁶² J. PALACIOS, “Acceso a la justicia para las mujeres a través de la gestión de conflictos y la mediación”, *Espacio I+D, Innovación más desarrollo*, vol. XI, núm. 30, 2022, p.16.

nero, reivindica un marco más abierto a otro tipo de métodos de resolución de conflictos que sean capaces de dar cabida a la óptica de las mujeres, métodos constructivos y pacíficos como la mediación, la facilitación, los buenos oficios o los esfuerzos de diálogo, cada uno con su propia lógica y enfoque, pero todos ellos basados en la filosofía de la paz⁶³.

Acerca de la mediación como uno de estos métodos constructivos y pacíficos, hay que señalar que se considera como una alternativa de justicia que puede resultar de gran utilidad en los contextos armados pues, por sus principios rectores, por sus valores y por las estrategias y herramientas que utiliza, favorece la participación y el empoderamiento de todas las partes afectadas⁶⁴. Además, en la esfera internacional, la mediación como método de solución de conflictos y a diferencia de otros métodos jurisdiccionales es, según A. Carrascal “*un instrumento activo, donde el mediador internacional, además de poner en contacto a las partes, participa, realiza propuestas y negocia...*”⁶⁵.

La mediación es un procedimiento capaz de aminorar las desigualdades producto de los conflictos estructurales, incluidos aquellos que derivan de la razón cultural y patriarcal que afectan específicamente a las mujeres⁶⁶. Su espíritu, como herramienta de justicia, es el de informar e inspirar una justicia integral donde se reconozcan los derechos humanos de todos, también los de la mujer, como derechos indivisibles e interdependientes⁶⁷. En

⁶³ L. GARCÍA, “Escuelas de mediación”, en J. H. BOCHÉ, e F. HIDALGO (Dirs.), *Mediación familiar*, Tomo III, Dykinson, Madrid, 2011, p.118.

⁶⁴ Vid. S. COBB, *Hablando de violencia. La política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos*, trad. M. Prunes y C. Sobrom, Gedisa, Barcelona, 2016 p. 34.

⁶⁵ A. CARRASCAL, “La mediación internacional en el sistema de Naciones Unidas y en la Unión Europea: evolución y retos de futuro”, *Revista de Mediación*, núm. 8, 2011, p. 29.

⁶⁶ J. GALTUNG, *Paz por medios pacíficos. Paz y conflicto, desarrollo y civilización*, trad. T. Toda, Bakeaz-Gernika y Gogoratz, Bilbao-Gernika, 2003, p.108 y ss. La violencia cultural se concibe como aquellos aspectos de la cultura, la esfera simbólica de su existencia -ejemplificada en la religión y la ideología, la lengua y el arte, las ciencias empíricas y las formales (lógica y matemáticas)- que pueden ser usadas para justificar o legitimar la violencia personal-direta o la estructural”. Así definió Galtung su “idea de paz”, como ausencia de todo tipo de violencia, completando su famoso “triángulo de la violencia”, violencia directa, indirecta y estructural, esta última, condicionada por las instituciones sociales y proyectada en la psique de los individuos como valores e ideales, que conforman la parte oculta o latente de la violencia.

⁶⁷ Sobre esta idea, en relación al acceso a la justicia de las personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad, las *Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad* adoptadas por la Secretaría permanente de la cumbre judicial iberoamericana, celebrada del 4 al 6 de marzo de 2008, que engloban el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos para permitir a dichas personas el pleno goce de los servicios del

relación a ello, la mediación como método de solución pacífica de controversias internacionales ya se encontraba recogido junto con la negociación, la investigación, la conciliación, el arbitraje y el arreglo judicial en la Carta de Naciones Unidas⁶⁸, donde se admitía que era un procedimiento idóneo, no solo para gestionar de forma pacífica las controversias interestatales, sino también para tratar los conflictos internos de los Estados. Si bien en la Carta solamente se reconocía la necesidad y las ventajas de implementar una mediación, las Naciones Unidas en sus Directrices para una mediación eficaz de 2012⁶⁹ y en los sucesivos informes del Secretario General, se considera a la mediación como otra forma de acceso a la justicia en la que se ponen como ejes centrales de la misma, los derechos humanos, el equilibrio de poder, la igualdad de género y empoderamiento de las mujeres. Frente a otros MASC (mecanismos alternativos de solución de conflictos), la neutralidad de la persona mediadora implica que sus actuaciones se canalizan en la atención constante a las razones del “otro” o que nunca deben ser una actuación *pro parte* (negociación), así como que la mediación solo concluirá con una posible solución acordada por las propias partes, lo que le da una naturaleza distinta respecto del arbitraje o el arreglo judicial, en las que un tercero es el que determina la solución del conflicto. Su objetivo, en definitiva, es que la razoñabilidad de la solución al conflicto sea valorada como fruto de la autonomía cooperativa de las partes.

Para continuar analizando la mediación como alternativa de justicia para las mujeres, se hace precisa una matización en referencia a la terminología que se va a usar para referirnos a este método de resolución de conflictos.

sistema judicial. En este documento se consideran como causa de vulnerabilidad, entre otras, el género y se afirma que la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad (interseccionalidad). Así mismo, desde estas reglas, se impulsan las formas alternativas de resolución de conflictos ya que pueden contribuir a mejorar las condiciones de acceso a la justicia de las mujeres e incorporar la perspectiva de género en la mediación para detectar situaciones de violencia que no estén denunciadas como tales, algo que permitirá equilibrar desigualdades en otras situaciones cuando no configuren violencia de género. Véase RIBOTTA, S. “Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia.”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, vol. 6, núm. 2. 2012, pp. 30 y ss.

⁶⁸ Carta de Naciones Unidas de 1945, cit. art. 33.

⁶⁹ NACIONES UNIDAS, Secretario General, *Directrices para una Mediación Eficaz. Anexo del Informe sobre el fortalecimiento de la función de mediación en el arreglo pacífico de controversias, la prevención de conflictos y su solución*, cit. Apto. III. E.

Si bien, en los estudios sobre la paz tradicionalmente se han venido utilizando tres términos para su estudio, estos no son exactamente iguales.

Resolución de conflictos, es un primer concepto que enfatiza en la connotación y la interpretación negativa que tienen los conflictos al centrarse únicamente este término en la búsqueda de soluciones y en las consecuencias destructivas que de ellos se derivan, algo que no conecta esencialmente con la idea transformadora que se pretende con la participación de las mujeres en estos procesos.

La siguiente opción terminológica es *gestión de conflictos*; un término que introduce una percepción más positiva de estas situaciones al suponer que todo conflicto es un fenómeno natural que puede ser manejado mediante leyes, dinámicas o modelos, pero que deja sin tomar en cuenta las particularidades de las partes y como estas pueden influir positivamente en el proceso.

Por último, encontramos la expresión *transformación pacífica de los conflictos*, una noción que nos permite percibir los conflictos como situaciones de evolución y de aprendizaje, en las que, gracias al uso de estrategias comunicativas o de empoderamiento, hacen posible a largo plazo una transformación del conflicto, pero también de las partes y de su forma futura de relacionarse⁷⁰.

En referencia a esta última noción, y enlazándola con la idea de la gobernanza y la participación de las mujeres, es donde podemos considerar que los planteamientos *feministas de la diferencia* pueden servirnos de base para afrontar la transformación de los conflictos internacionales desde una perspectiva más justa y más eficaz con el objetivo de alcanzar la paz y la justicia como objetivos de desarrollo sostenible⁷¹. Pero, para analizar esta transfor-

⁷⁰ J. FOLGER, "La mediación transformativa: Preservación del potencial único de la mediación en situaciones de disputas", trad. de M. Rodríguez, *Revista de Mediación*, núm. 2, octubre de 2008, p. 9. Señalar la finalidad educativa que puede tener la mediación para prevenir futuros conflictos, y en este sentido M. SUARES, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Barcelona, 1996. p.53: "Téngase en cuenta que, en palabras de Warat, "[...] apostar por el valor pedagógico de la mediación", no solo para la prevención, administración y resolución de los conflictos, sino también como herramienta pedagógica para que el hombre encuentre en el conflicto el sentido de sí mismo, la humanización del Derecho, el carácter ético de cualquier vínculo con el otro y un sentido de la ciudadanía, de la democracia y de los derechos humanos que no queden ideológicamente comprometidos con lo heterónomo".

⁷¹ La noción de "diferencia" en el feminismo se ha desarrollado en oposición a la de universalidad, entendida como homogeneidad patriarcal fruto de un "acuerdo" entre hombres, y se ha presentado como la reivindicación de una identidad específica/diferente de gé-

mación pacífica de los conflictos internacionales o en contextos armados a través de la mediación y con una participación activa de las mujeres, desde este punto de vista, se haría necesario partir de tres premisas.

La primera de ellas es la ausencia del género como categoría analítica relevante en el análisis histórico de los conflictos armados y la paz. No obstante, es posible encontrar como alternativa ética y política en el contexto de negociación de los conflictos, un feminismo contemporáneo que hace alusión a la forma en que los conflictos pueden ser concebidos desde la cooperación y la creatividad, una filosofía formada por un sistema de creencias opuesto al sexismo que promueve la integración de las mujeres en todas las esferas de la acción humana a través de un nuevo humanismo que se orienta a recuperar la capacidad humana de preocupación de unos seres humanos por otros⁷².

La segunda premisa, nos llevaría de nuevo a esta corriente feminista de la diferencia, un feminismo que se basa en el criterio básico voluntarista de la toma de conciencia de la mujer sobre su situación y que plantea el rechazo de cualquier relación política igualitaria con la figura del hombre, protagonista todavía de la resolución de los conflictos desde tres elementos básicos: a) el hombre y la mujer tienen sexos (biológicamente diferentes); b) el hombre y la mujer son psicológicamente diferentes, y; c) el hombre y la mujer representan dos concepciones políticas diferentes del mundo, tanto desde el punto de vista teórico como desde el práctico⁷³. Desde este planteamiento, el género (sexo) masculino representa la dominación heterónoma (superioridad) sobre la mujer que, al no plantearse ya en los términos de dependencia, lo hace hoy en día en términos de igualdad, asimilando de esta manera a la mujer al papel hegemónico del varón⁷⁴. La pretensión de la igualdad en este caso,

nero. Vid. C.PATEMAN, *El contrato sexual*, trad. M.^a L. Femenias y M.^a X. Agra, Anthropos, Barcelona, 1995, p. 11: "El contrato social es una historia de libertad, el contrato sexual es una historia de sujeción. El contrato original constituye, a la vez, la libertad y la dominación. La libertad de los varones y la sujeción de las mujeres se crea a través del contrato original, y el carácter de libertad civil no se puede entender sin la mitad despreciada de la historia, la cual revela cómo el derecho patriarcal de los hombres sobre las mujeres se establece a partir del contrato".

⁷² M. VILLELLAS, "La participación de las mujeres en los procesos de paz. Las otras mesas", *ICIP Working Papers*, núm. 5, Institut Català Per la Pau, 2010, pp.23 y ss.

⁷³ V. MARTÍNEZ, "Género, Paz y Discurso", en V. FISAS (Ed.), *El sexo de la violencia. Género y cultura de la violencia*, Icaria, Barcelona, 1998, p.125.

⁷⁴ Un análisis pertinente sobre la relación "diferencia/igualdad", tanto en el feminismo de la diferencia anglo-americano como en el italiano, puede verse en: L. GIANFORMAGGIO,

reproduce la relación de dominación contra la propia mujer, pues si la mujer acepta la igualdad, acepta libremente la dominación en la que, en cuanto género, continúa viviendo⁷⁵.

Esta perspectiva *feminista de la diferencia*, proporciona una forma distinta y alternativa de comprender y abordar las relaciones internacionales, incorporando una evaluación del contexto social en el que se desarrollan los hechos para propiciar la mejora de la condición humana sin privilegiar una realidad determinada, una nueva forma de mirar y entender la guerra y la paz, a través de valores lógicos y éticos que apelan a principios básicos de humanidad, como cooperación, integración, tolerancia, respeto, igualdad, libertad y amor⁷⁶.

La tercera premisa, y como se ha referido anteriormente, incide en la escasa participación de la mujer en las instituciones que gestionan los conflictos nacionales e internacionales y respecto a ello, se han criticado los enfoques tradicionales sobre la paz y el conflicto que han ignorado la importancia que reviste el género en la resolución de los conflictos. Así pues, al analizar los conflictos sin tener en cuenta esta perspectiva, se realizan análisis parciales e incompletos que omiten causas y consecuencias importantes de los mismos al tomar como referencia universal las experiencias de una sola parte de la población (los hombres).

Partiendo de estas tres premisas, la mediación, como método específico de transformación de conflictos y alternativa de justicia para las mujeres, se caracteriza por ser un proceso en el que una tercera persona ayuda a dos o más partes, con su consentimiento, a gestionar un conflicto, conduciéndolas a alcanzar acuerdos mutuamente aceptables. Como filosofía o método, parte de la idea de que, en el entorno adecuado y utilizando técnicas y estrategias adecuadas, como la comunicación, la empatía y la escucha del otro, las partes pueden mejorar sus relaciones y avanzar hacia la cooperación en sus disputas. De este modo y asumiendo que la participación de las mujeres puede cambiar el enfoque en la transformación de conflictos en estos contextos bélicos; desde estas líneas se nos presenta como muy adecuado un método

⁷⁵ "Correggere la deseguaglianza, valorizzare le differenze: superamento o rafforzamento dell'egualanza?", *Democrazia e Diritto*, núm. 1, 1996, pp.53-71.

⁷⁶ J.A. LÓPEZ y M.D. PÉREZ, "Igualdad, complejidad y diferencia: tres modelos de la vida en común en el Estado democrático Internacional", en M.I. GARRIDO y R. RUIZ (eds.), *Democracia, gobernanza y participación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 185.

⁷⁶ Sobre esta idea, véase M.J. IZQUIERDO, "El cuidado de los individuos y de los grupos: quién se cuida. Organización social y género", *Intercambios, Papeles de Psicoanálisis / Intercanvis, Papers de Psicoanàlisi*, núm. 10, 2003, p. 70-82.

concreto de mediación: “el modelo de contingencias variables” ideado por Bercovitch⁷⁷ y en el que se señala la importancia de analizar y tener en cuenta determinados parámetros, entre los que se encuentran, además de las características específicas del conflicto, las características concretas de los actores y de la persona mediadora⁷⁸.

Según este modelo mediador, la primera variable que debe analizarse es la *naturaleza de la disputa*, para, a través de ella, estudiar los antecedentes que han provocado la situación actual y comprender el conflicto en todo su conjunto, sus causas, sus características actuales, así como la historia que le precede, su intensidad y su duración. Como segunda variable a tener en cuenta sería la *naturaleza de los problemas*. Así, entender el tipo de conflicto que se enfrenta puede servirnos para delimitar todos los asuntos a tratar por muy colaterales que puedan parecer, ayudando a sentar las bases del entendimiento y encontrar una solución real y aceptable para todas las partes.

Como tercera variable a analizar, encontramos las *características del mediador y su método de trabajo*, algo que entendemos incide y es determinante en la forma de gestionar el conflicto y de ayudar a las partes a relacionarse o comunicarse.

Por último y sobre todo, con este método mediador se hace necesario el estudio previo de las *partes implicadas en el conflicto*; conocer su actitud ante la mediación; analizar su poder, su experiencia en problemas anteriores y su disposición al acuerdo. Esta es una variable muy importante a la que hay que prestar atención porque, al igual que la percepción que se tiene de un problema varía en función de los medios empleados para su resolución, de

⁷⁷ R. DE DIEGO y C. GILLÉN, *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Pirámide, Madrid, 2009, pp. 53 y ss. Un modelo que estos autores señalan como una extensión de las estrategias ideadas por el modelo de Carnevale y sobre el que revelan, como una de sus principales aportaciones el que los resultados de la mediación pueden estar determinados, no solo por los factores antecedentes, sino también por los factores presentes y considerados “no básicos” en el conflicto que sirven para explicar cómo en ocasiones, el poder jerárquico y formal se ve anulado por un grupo que se convierte en el único capaz de subvenir a los problemas y la incertidumbre del futuro. Véase también sobre estos modelos de mediación, J. BERCOVITCH, “International Mediation and Dispute Settlement: Evaluating the Conditions for Successful Mediation”, *Negotiation Journal*, núm. 7 vol. 1, 1991, pp. 17-30 y P. CARNEVALE, “Strategic Choice in Mediation”, *Negotiation Journal*, núm. 2, 1985, pp. 41-56.

⁷⁸ El modelo de contingencias estratégicas añade a cualquier modelo mediador general (lineal, transformativo o circular narrativo), la llamada, “aproximación contingente”, al centrarse en aspectos circunstanciales al conflicto pero que pueden ser determinantes al dar una imagen actual y real del mismo.

la misma manera, la identidad de quien interviene en su gestión, va a influir en su desenlace⁷⁹. Desde este argumento, si se permite a las mujeres participar en la mediación como un actora protagonista; si con su participación se les da voz a sus demandas, además de reconocer sus derechos y de hacer posible la reconstrucción de su identidad, se estará posibilitando una nueva perspectiva más activa, abierta y comprometida con todas las problemáticas que tienen que ver en el conflicto en cuestión, facilitando su resolución y posibilitando de esta forma una paz más sostenible y duradera⁸⁰.

5. APORTACIONES DE LAS MUJERES A LA TRANSFORMACIÓN DE CONFLICTOS POR MEDIO DE LA MEDIACIÓN

Como se ha planteado anteriormente respecto a la mediación, el conocimiento de las cuestiones de género sigue siendo muy limitado en la resolución de conflictos armados y su ámbito oficial de aplicación continúa estando muy masculinizado, por ello, el hecho de que la violencia sea uno de los pilares que sostienen la estructura patriarcal refuerza aún más si cabe, la necesidad de incorporar en los procesos de paz a través de la mediación, una perspectiva que incluya a las mujeres⁸¹.

⁷⁹ Vid. F. HARTO DE VERA, "La mediación y la investigación para la paz: la búsqueda de alternativas pacíficas a los conflictos en la arena internacional", *Política y Sociedad*, núm. 1, 2013, pp. 53-70.

⁸⁰ Vid. J. LEDERACH, "Construyendo la paz: reconciliación sostenible en sociedades divididas, Bilbao: *Bakeaz Red Gernika*. Vol. 2., trad. por M. González y L. Paños, 1998 pp.93-95, donde se refiere que, en los procesos mediados en los que se da cabida a todos los actores afectados por el conflicto, se puede fomentar un mayor sentido de pertenencia respecto al proceso y una mayor implicación para encontrar un acuerdo satisfactorio para todas las partes. La energía, los recursos y las actividades que se ponen en práctica, desde esta estrategia tienen mayores probabilidades de éxito cuando las personas involucradas contribuyen con sus conocimientos y habilidades; se logra mayor equidad, transparencia y confianza, haciéndoles sentir más responsables del acuerdo. Desde este punto de vista, las tareas de mediación se consideran un proceso en el que los roles y las funciones de los distintos actores interactúan transformando el conflicto, por este motivo es por lo que es tan importante la participación de las mujeres como actoras imprescindibles de estas contiendas, pues se ven afectadas por estos conflictos en todas las facetas de su vida, familiar, social o laboral.

⁸¹ M. VELASQUEZ, "Reflexiones feministas en torno a la guerra, la paz y las mujeres, desde una perspectiva de género" en, F. REYSSO (dir.) *Hommes armés, femmes aguerries: Rapports de genre en situations de conflit armé*, Graduate Institute Publications, Geneve, 2022, p.91.

Siguiendo esta línea, el Grupo Informal de Expertos 2242⁸² ya propuso a las Naciones Unidas la defensa de la inclusión de la mujer en los procesos de mediación, garantizando una consulta sistemática con mujeres que estuvieran envueltas en conflictos de este tipo para de esta forma, poder comprender e incorporar al proceso su punto de vista y su contribución, y ello porque sus experiencias y conocimientos podrían beneficiar esta práctica mediadora⁸³. Así, se entiende que una operación de paz integrada por hombres y mujeres permite una mayor representación de los habitantes del lugar donde se despliega, favoreciendo la legitimación y la recepción del proceso por parte de toda la población local. Además, de esta forma, se facilita el acercamiento al proceso, a los servicios sociales, a la información y al asesoramiento de aquellas mujeres afectadas por el conflicto, que por cuestiones de vergüenza o por temor, no acuden de igual manera que lo hacen los hombres.

También, al integrarlas en estas operaciones se reduce la cantidad de agresiones sexuales que se producen en estos contextos, sobre todo en los campamentos de desplazados y refugiados⁸⁴. Es decir, las mujeres en estos procesos, si se les da presencia, son agentes que pueden considerarse decisivos en la consolidación de tres de los pilares fundamentales que se necesitan para gestionar un conflicto de esta naturaleza y mantener la paz: la recuperación económica, la cohesión social y la legitimidad política⁸⁵.

Partiendo de este razonamiento, también el Balance Global que en 2015 realizó Naciones Unidas para evaluar el rol de las mujeres en las instancias de negociación y mediación, planteó la facilidad que tenía la población femenina para adaptarse a las condiciones políticas desfavorables que se daban en contextos de conflicto y donde la inclusión de la perspectiva de género no era precisamente un asunto urgente para los actores “legitimados” para intervenir, algo que se mantiene en los informes posteriores⁸⁶. Por eso, cuando

⁸² Grupo Oficioso de Expertos del Consejo sobre las Mujeres y la Paz y la Seguridad creado a raíz del examen de alto nivel que se celebró en 2015, raíz de la Resolución 2242 (2015), cit.

⁸³ E. PERIBAÑEZ, *La agenda Mujeres, Paz y Seguridad en el ciclo del conflicto armado. Un abordaje desde la perspectiva de la diversidad*, Omnia Mutantur y Asociación Veritas para el Estudio de la Historia, el Derecho y las Instituciones, 2021, pp. 352 y ss.

⁸⁴ M. DANODIO, y C. MAZZOTA, *La mujer en las instituciones armadas y policiales. Resolución 1325 y operaciones de paz en América Latina*. RESDAL, Buenos Aires, 2011, p. 24.

⁸⁵ M. SAÜTEREL y D. SEPÚLVEDA, “Rol mediador de las mujeres en los procesos de consolidación de la paz internacional”, *Revista de Mediación*, vol. 9, núm. 2, 2016, p. 3.

⁸⁶ Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres), *Informe 2014-2015*, p.49, donde se constata que la participación de las mujeres puede ayudar a comprender mejor las causas de un conflicto y a impulsar me-

nos planteamos desde este trabajo qué aportaciones concretas pueden hacer las mujeres en la transformación pacífica de los conflictos, podemos entender que el hecho de haber quedado relegadas al ámbito privado, a la vida familiar, al cuidado de los hijos y de los mayores, haya destacado su capacidad para el desarrollo de la empatía, del respeto y del cuidado como rasgos que la han aproximado más hacia la “cultura de la paz”, contraponiéndolas a los valores tradicionalmente masculinos, los cuales mayoritariamente han sido identificados como más cercanos a la violencia y a la cultura de la guerra. La idea básica es: los conflictos públicos, cuyo extremo es la guerra, han sido dirigidos cuando no causados por una cultura principalmente patriarcal y quienes fueron excluidas de la resolución de tales conflictos, históricamente las mujeres, tal vez puedan aportar una mirada diferente. No se trata de hacer de la exclusión de la mujer una virtud, sino de averiguar en la práctica el porqué de esta exclusión y sus consecuencias.

Estas particularidades o características identificadas como más propias de lo femenino y que han contribuido a la construcción de una dicotomía entre hombre y mujer, también ha influido en la separación entre el ámbito de lo privado y el ámbito de lo público, impidiendo aprovechar los saberes y habilidades de las mujeres en la construcción de una convivencia más armoniosa y en paz⁸⁷. Muchas de estas habilidades muestran como las mujeres son capaces de afrontar los miedos al fracaso con mayor capacidad de “resiliencia” al tener unas aptitudes más transicionales que las propias de la razón patriarcal⁸⁸. Esto no quiere decir que las mujeres sean más pacifistas que los hombres por cuestiones biológicas o que no sean capaces de ejercer violencia, algo que solo serviría para reforzar los imaginarios tradicionales que perpetúan la desigualdad y la discriminación por cuestión de género; sino que estas habilidades que las mujeres han debido desarrollar para afrontar situaciones de subordinación a través del empoderamiento y la potenciación de sus capacidades, sí que podrían servir como una alternativa a la visión general de la violencia cuando son ellas quienes participan

didas que consoliden la paz en el tiempo. En la misma línea, Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU-Mujeres), *Informe 2019-2020*.

⁸⁷ M.L. PINTOS, “Cuerpo de mujer y violencia simbólica: una realidad universal”, en J. RIVERA DE ROSALES y M.C. LÓPEZ (Coords.), *El cuerpo. Perspectivas filosóficas*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2003 pp.291-292.

⁸⁸ M. MARKUS y R. PAULERO (2021), “Perspectiva de género y mediación”, *Revista de Mediación*, vol. 14, núm. 2, pp. 5 y ss.

activamente en la transformación de estos conflictos. De esta forma y para el avance de la convivencia pacífica, se hace necesario promover la ruptura de esta dicotomía, entre lo público y lo privado, lo masculino y lo femenino, que lleva al olvido de saberes propios de unos y de otras, que pueden ser igual de útiles en el trabajo de construir la paz⁸⁹.

La anterior idea es algo que se refleja en los Planes Nacionales de Acción (PNA) adoptados por algunos Estados y donde se incluyen categorías e indicadores especiales previstos para ampliar la participación de las mujeres en labores mediadoras y dar cumplimiento a las recomendaciones del Consejo de Seguridad de la ONU. En España, en 2017 y por el II Plan Nacional de Acción sobre Mujeres, Paz y Seguridad⁹⁰, se creó una red de mujeres mediadoras españolas capacitadas para intervenir en procesos de paz que, aunque hasta la fecha no ha tenido mucha aplicación práctica, sí que ha servido para colaborar con algunas otras redes regionales de mediadoras ya existentes⁹¹.

En muchos otros países, la participación de las mujeres en procesos de mediación es todavía más escasa y complicada que en España debido a las leyes y a las prácticas culturales que las excluyen o marginan de la vida pública o por la falta de formación y educación a las que se ven avocadas por su cultura o tradición, lo que pone aún más de manifiesto la necesidad de realizar cambios profundos en las estructuras sociales patriarcales que todavía perpetúan estas desigualdades⁹². Pero, siguiendo con el planteamiento de la mediación con perspectiva de género y compartiendo algunas de las propuestas que realiza Paris Albert en este sentido, podemos mencionar algunos rasgos de la transformación pacífica de los conflictos, que en conexión

⁸⁹ M. SAUTEREL y D. SEPÚLVEDA, "Rol mediador de las mujeres en los procesos de consolidación de la paz internacional", cit., p. 6.

⁹⁰ GOBIERNO DE ESPAÑA, Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, Resolución de 1 de septiembre de 2017 por la que publica el *II Plan Nacional de Acción de Mujeres, Paz y Seguridad 2017-2023* (BOE núm. 22 de 14 de septiembre de 2017, Sec. III. p. 90402).

⁹¹ Desde el año 2000, un total de 86 Estados miembros de la ONU (menos del 50%) han adoptado Planes de Acción Nacional (PAN) para la implementación de la resolución, y son varias las organizaciones internacionales que han adoptado políticas o planes para la implementación de la resolución, por ejemplo, la Red Mediterránea de Mujeres Mediadoras (MWMN), que se organizó a finales de 2017 bajo el mandato de Italia como miembro no permanente del Consejo de Seguridad de la ONU y que destaca por su apoyo a la diplomacia en el área mediterránea y por su impulso al papel de las mujeres en la prevención de conflictos y en la consolidación de la paz en la región mediterránea.

⁹² I. MUJICA, "Veinte años de la agenda internacional sobre Mujeres, Paz y Seguridad (MPS)". *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, núm. 127, 2021, pp. 21 y ss.

con los principios y la filosofía que inspiran el método mediador, como la comunicación, la flexibilidad, la empatía o la resiliencia, se verían favorecidos con la participación activa de las mujeres, a través de sus habilidades y capacidades⁹³.

El primero de estos rasgos sería la *actitud comunicativa* que tienen las mujeres, de tal forma que podría utilizarse como un elemento facilitador para el desarrollo de un modelo participativo más adecuado para la transformación pacífica de los conflictos y donde la mujer también estaría atenta en la negociación a los llamados, “efectos colaterales de los conflictos” como la economía familiar, la percepción de la infancia, o de los mayores, etc., efectos que presentan una mayor complejidad y que suelen silenciarse con los métodos tradicionales durante este tipo de procesos⁹⁴.

El *empoderamiento* sería otro de los rasgos que se verían favorecidos con la participación de las mujeres, así se ha considerado por algunas teorías feministas que proponen esta habilidad de las mujeres para afrontar las situaciones de subordinación en las que tradicionalmente vienen viviendo⁹⁵. Este empoderamiento que supone la potenciación de ellas mismas y de sus capacidades como una alternativa a la violencia que muchas de ellas sufren por su género, les sirve para afrontar los miedos al fracaso con una mayor capacidad de “resiliencia”, gracias a sus capacidades más transicionales y menos taxativas, más propias de la razón patriarcal⁹⁶.

Otro valor importante que pueden aportar las mujeres en la trasformación pacífica de los conflictos es la *responsabilidad activa* en la forma de aceptar la responsabilidad en el conflicto⁹⁷. La transformación pacífica de los conflictos requiere actitudes basadas en una responsabilidad que no acaba con

⁹³ S. PARIS, “Reconstruir la identidad social de las mujeres para la transformación pacífica de los conflictos”, *Feminismo*, núm. 9, 2007, p.110.

⁹⁴ Vid. E. ENCABO, “El lenguaje, elemento configurador de estereotipos sexistas ¿Una cuestión retórica o una diáfana claridad?”, *Intralingüística*, núm. 10, 1999, pp.109-114.

⁹⁵ I. BREINES, D. GIERYCZ y B. REARDON, *Mujeres a favor de la paz: hacia un programa de acción*, trad. T. Cuervo, Narcea Ediciones, Madrid, 2002, pp. 89 y ss.

⁹⁶ Vid. L. M. BARRERA ACOSTA, “Resiliencia en mujeres víctimas de violencia sexual dentro del conflicto armado”, *HorizonEnferm*, núm. 31 vol. 3, pp. 268-290.

⁹⁷ R. BUSH y J. FOLGER, *La promesa de la mediación. Como afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*, trad. de A. Leal, Granica, Buenos Aires, 1996 p. 16. Los autores parten de la idea de que la mediación puede transformar la vida de la gente, infundirle un sentido más vivido de su propia eficacia personal (revalorización) y una mayor aceptación del otro (reconocimiento). Incluso, si no se alcanza un acuerdo debe considerarse la mediación como un éxito si aporta esa revalorización y reconocimiento.

la negociación o con la ausencia evidente del conflicto. Cuando se asume una responsabilidad activa se atiende de forma responsable a las acciones propias y a su reflejo en la otra parte, lo que contribuye también a transformar el conflicto o, al menos, a percibirlo de otro modo⁹⁸.

En último lugar, el *reconocimiento propio desde el reconocimiento del otro como diferente* es algo de lo que las mujeres se han valido históricamente para poder superar la subordinación que sistemáticamente han sufrido y que implica varias manifestaciones. En primer lugar, la capacidad para reconocer y valorar las particularidades y especificidades propias como mujeres. En segundo lugar, el reconocimiento propio como integrantes de una comunidad específica, poseedoras de una serie de derechos, algo que favorecería también su autorespeto al saberse titulares de los mismos. Y por último, el reconocimiento solidario y la empatía hacia otros modos de vida, lo que implica tomar en valor las aportaciones de todas las personas que forman parte de una comunidad y que favorecería la transformación pacífica de los conflictos⁹⁹.

6. ALGUNAS CONCLUSIONES

En este trabajo se ha pretendido realizar una reflexión sobre la transformación pacífica de los conflictos a través de la mediación y desde una perspectiva de género como una posible vía de acceso a la justicia y como un método para el reconocimiento de los derechos de las mujeres víctimas en contextos armados. Aunque siguen siendo muy pocos los estudios académicos que abordan qué papel desempeñarían las mujeres en este ámbito y en qué difieren, en qué se caracterizan o qué tiene de especial su participación, no obstante, en la práctica, las mujeres han demostrado su habilidad para trabajar construyendo la paz. Su forma de pensar y de actuar, así como los rasgos que han debido desarrollar para protegerse y avanzar, para reconstruir su identidad de forma dinámica y activa, las hace idóneas para comprometerse con el valor de la paz y las problemáticas de la sociedad actual en las dos esferas de la vida: la pública y la privada.

De esta forma, entendemos que la construcción de la paz debe afrontarse desde estas dos esferas y las mujeres deben de estar presentes de forma

⁹⁸ S. PARIS, "Reconstruir la identidad social de las mujeres para la transformación pacífica de los conflictos", cit., p.117.

⁹⁹ Ibid., p. 119.

más activa en ambas. Así y sobre esta idea, es posible incorporar algunas propuestas para la estructuración de políticas de desarrollo de los ODS de la Agenda 2030 en relación al acceso a la justicia para las mujeres y para la consecución de la paz, incorporando una perspectiva de género a través de la mediación. Un proceso de mediación con perspectiva de género, puede asegurar que los acuerdos alcanzados van considerar su efecto sobre los individuos según su género, y al aportar una visión y una comprensión distinta de las causas y consecuencias del conflicto, harán posible un proceso de paz con propuestas más completas y adecuadas para los implicados que harían posible una paz más sostenible y duradera¹⁰⁰.

Las mujeres, debido a la forma en la que tradicionalmente han sido educadas y socializadas y a los límites que se han impuesto a su presencia en los ámbitos públicos y sociales, pueden realizar contribuciones muy interesantes en la transformación pacífica de los conflictos a través de la mediación. Cabe recordar que esto no supone admitir que esto dependa exclusivamente de los saberes de las mujeres, sino que la práctica mediadora puede verse beneficiada si se tienen en cuenta tanto sus experiencias y conocimientos como los de sus compañeros, los hombres. Al tener en cuenta a las mujeres e incorporarlas en igualdad junto a los hombres en la toma de decisiones, se está brindando una buena oportunidad para construir sociedades más igualitarias y justas¹⁰¹.

El objetivo de la consecución de la “igualdad legal y real con los hombres”, sirve para construir todos juntos una sociedad donde los conflictos se resuelvan de forma constructiva entre todos a través de la cultura de la paz. Una cultura que supone, por parte de las mujeres, un compromiso con lo público en donde poner de manifiesto la diferencia de su óptica respecto de un espacio público, que no ha de estar aislado de los problemas del espacio privado, la familia, la educación de los menores, etc., que se plantean en los conflictos armados. Por parte de los hombres, una actitud más democrática y de más respeto por las opiniones y propuestas de las mujeres, lo que lleva aparejado una mayor implicación de los hombres en los efectos generales que los conflictos armados generan a largo plazo, frente a la tradicional perspectiva masculina del mero triunfo en el conflicto. Esto implica construir un

¹⁰⁰ L. TEODORESCU, “Las mujeres como figuras clave de la mediación, la paz y la seguridad”, *Cuadernos del Mediterráneo. La sociedad civil en el espejo del mediterráneo*, núm. 28-29, 2019, p. 268.

¹⁰¹ M. DANODIO et al. *La mujer en las instituciones armadas y policiales. Resolución 1325 y operaciones de paz en América Latina*, cit. p.24.

nuevo sistema en el cual la masculinidad no se vincule necesariamente con comportamientos violentos y que el cuidado y la preocupación por el otro como nueva ética no sea un interés exclusivo de las mujeres¹⁰².

Desde el reconocimiento de la capacidad y la aptitud de todas las personas para comunicarse y entenderse, tanto en el espacio público como privado, son dos las propuestas más concretas que se pueden deducir del presente trabajo:

- a) Asumir que las mujeres han de intervenir en mayor porcentaje en la gestión de los conflictos, como única forma de contrastar si la perspectiva de género avanza en una forma distinta y más inclusiva de gestión de los conflictos, ya sean las mujeres víctimas, o incluso combatientes.
- b) Y apostar de forma más decidida por la mediación como un medio de autorregulación de la paz a largo plazo. En este sentido, en este trabajo se ha tratado de evidenciar cómo la mediación se presenta como un método capaz de tomar en consideración tanto el impacto de la violencia sobre las mujeres, como sobre la sociedad en general, y ello como condición necesaria para poder superar sus causas y sus consecuencias. Esta idea, creemos, no solo tendría un efecto reparador para las víctimas, sino que también facilitaría la identificación de nuevos criterios que servirían para determinar la clase de daño que sufren, analizar su naturaleza y su magnitud, dejando atrás las limitaciones que presentaban los tradicionales métodos de justicia, así como la impunidad para muchos de los perpetradores de la violencia¹⁰³.

¹⁰² M. LAGARDE, "Mujeres cuidadoras: entre la obligación y la satisfacción", en A. RINCÓN, *Congreso Internacional Sare: Cuidar cuesta: costes y beneficios del cuidado*, EMAKUNDE, Bilbao, 2003, [pp. 159-160]: "[...] el empoderamiento de las mujeres es un mecanismo de equidad que debe acompañarse con la eliminación de la supremacía de género de los hombres, la construcción de la equidad social y la transformación democrática del Estado con perspectiva de género [...] La idea fuerza en torno al cuidado es la valoración de la dimensión empática y solidaria del cuidado que no conduce al descuido ni está articulado a la opresión. De ahí la contribución de las feministas: primero, al visibilizar y valorar el aporte del cuidado de las mujeres al desarrollo y el bienestar de los otros; segundo, con la propuesta del reparto equitativo del cuidado en la comunidad, en particular entre mujeres y hombres, y entre sociedad y Estado. Y, tercero, la resignificación del contenido del cuidado como el conjunto de actividades y el uso de recursos para lograr que la vida de cada persona, de cada mujer, esté basada en la vigencia de sus derechos humanos".

¹⁰³ Vid. Departamento de Asuntos Políticos de Naciones Unidas, *Guía de Mediación inclusiva con enfoque de género*, 2017, [en línea]. Disponible en https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/DPA_GenderMediation-Guidance_2017%28ESP%29.pdf. [consulta: 3 febrero 2023].

La puesta en práctica de estas u otras estrategias para conseguir una mayor intervención femenina en el mundo público, para avanzar en la construcción de una sociedad más democrática e igualitaria para las mujeres y superar de forma efectiva la discriminación y violencia que sufren como objetivos de desarrollo sostenible y, tal como considera la Agenda 2030, depende de los Estados y de sus responsables políticos, los cuales no pueden retrasar más el dar cumplimiento a estos mandatos.

M^a DOLORES PÉREZ JARABA

Área de Filosofía del Derecho

Universidad de Jaén

Campus de Las Lagunillas, s/n

23071 Jaén

e-mail: *mfperez@ujaen.es*

RECENSIONES

**Fernando H. LLANO ALONSO (dir.),
Joaquín GARRIDO MARTÍN y Ramón VALDIVIA JIMÉNEZ (coords.),
INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y FILOSOFÍA DEL DERECHO
Ediciones Laborum, Murcia, 2022, 558 pp.**

ALESSANDRA ESTHER CASTAGNEDI RAMÍREZ
Universidad de Sevilla

Palabras clave: Inteligencia Artificial, Filosofía del Derecho, robótica, algoritmo
Keywords: Artificial Intelligence, Jurisprudence, robotics, algorithm

La obra colectiva “*Inteligencia Artificial y Filosofía del Derecho*” reúne en un único *corpus* los trabajos de los participantes en la segunda edición del *Congreso Internacional sobre Inteligencia Artificial, Robótica y Filosofía del Derecho*, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla en el mes de diciembre de 2021 y formando parte de las actividades que se enmarcan dentro del Proyecto Europeo de Investigación, reconocido por el siguiente código: PID2019-108155RB-I00/AEI/10.13.13039/501100011033 “*Biomedicina, Inteligencia Artificial, Robótica y Derecho: los retos del jurista en la era digital*”. La importancia de este evento se debe a la presencia como ponentes de los principales expertos en Nuevas Tecnologías, Informática, Robótica e Inteligencia Artificial aplicadas al sector legal. Se trata de distinguidos profesores y figuras icónicas, en el ámbito de la IA, que ejercen su profesión en universidades españolas e italianas, mostrando de este modo, el carácter internacional de este congreso.

El objetivo principal del trabajo es entusiasmar al lector sobre uno de los temas de mayor actualidad, tanto a nivel nacional como internacional, o sea el gran reto al que deben enfrentarse los juristas ante el desarrollo incontenible de la tecnología. Su carácter interdisciplinario presenta como común denominador, el análisis de algunos temas cándentes, relacionados con la Filosofía del Derecho y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la era digital. De hecho, fue precisamente en Filosofía del Derecho, don-

de se realizaron los primeros estudios sobre el impacto de la tecnología en las generaciones presentes y futuras, y no es casualidad que esta división del derecho desde la segunda mitad de los años sesenta hasta la actualidad, haya representado un punto de encuentro de importantes reflexiones sobre la IA. Lo que alarma a los Estados y más en general a las Organizaciones Internacionales, son las inobservancias totales o parciales de la ética de la IA, que nos enfrenta a la cuestión de si el rápido desarrollo de la tecnología puede ser sinónimo de progreso o regreso. No son casuales, de hecho, ni la dedicación de la obra a Antonio E. Pérez Luño, catedrático de la Universidad de Sevilla, ni las referencias a los ilustres profesores Mario G. Losano y Vittorio Frosini, considerados pioneros del tema en Italia junto con el primero.

Teniendo en cuenta la estructura del libro observamos que está compuesto por veintiún capítulos, en los que cada experto se ha propuesto destacar los aspectos relacionados con la IA centrándose en los puntos neurológicos de este tema. A partir de los temas analizados, el trabajo se divide en cuatro partes: Inteligencia Artificial, Derechos y Libertades; Ética de la Inteligencia Artificial; Robótica e Inteligencia Artificial aplicada al sector legal; La Inteligencia Artificial en el Derecho Internacional y Europeo, la importancia del Estado de Derecho en una sociedad digital y las herramientas de la Administración Digital.

En la primera parte, los autores analizan los diversos aspectos de IA relacionados con el campo de los derechos humanos fundamentales. El punto de partida es una visión general de los derechos humanos, que podrían verse amenazados por un uso cada vez más masivo de la tecnología. Rafael de Asís Roig se pregunta si ha llegado el momento de dar cabida a nuevos derechos en el ámbito de la Neurotecnología, IA y Genética. Algunos consideran que esta solución sea positiva, pero señalan la eficiencia parcial de este cambio. De hecho, se necesitan nuevas herramientas y entre los ejemplos mencionados destacan: la creación de una Comisión de Expertos en Derecho Internacional y Ciencia sobre los Neuroderechos en las Naciones Unidas; el nombramiento de miembros especializados en neuroderechos, que realizan actividades de consultoría en empresas, instituciones e industrias; la creación de una Agencia especializada, para coordinar las actividades globales de los neuroderechos y codificarlas en un tratado especial de derechos humanos internacionales. Estas propuestas también fueron reiteradas por el Comité de Ética en Bioética de la UNESCO, en el Informe sobre “*Cuestiones éticas de la neurotecnología*” del 15 de diciembre de 2021. La reflexión termina

con la invitación a cambiar el punto de vista, exactamente como lo propuso el profesor Edward Ashford Lee de la Universidad de California ubicada en Berkeley, visualizando también el desarrollo de la tecnología en una dirección horizontal y no solo vertical. Según este último, el tecnólogo no es solo quien diseña máquinas inteligentes, cuya actividad podría generar errores derivados de las elecciones humanas, sino también quien concibe medios tecnológicos que, en base a su éxito, potencian su uso. Por lo tanto, se hace necesario centrarse en el uso y no en el diseño sugiriendo así proceder también a la formación de la sociedad a los derechos humanos, a través de cursos sobre la ética de la IA. También es interesante la explicación aportada por Nuria Beloso Martín sobre los prejuicios derivados de una actividad incorrecta de los algoritmos, especialmente en la discriminación relacionada con el sexo, que hoy en día están en constante aumento. Por lo tanto, se invita a actuar con cualquier herramienta, capaz de eliminar o reducir la posible creación de tales prejuicios y, al mismo tiempo, con una visión más prevísora extender la invitación a las mujeres hacia una participación conspicua en investigaciones y actividades sobre la Ética de la IA, creando un clima de igualdad de género que, con el tiempo, conduzca a la reducción de los prejuicios, dada la imposibilidad real de neutralizarlos definitivamente. El autor de este capítulo reitera la posibilidad de reconocer nuevos derechos humanos, como el "derecho a la protección contra los prejuicios algorítmicos", que se expresaría en la esperanza de que los conocimientos adquiridos a través de la neurociencia no traigan consigo rasgos discriminatorios evidentes por razones de sexo, raza, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica, etc. Finalmente, para llegar a la conclusión de este primer gran bloque temático, es necesario citar toda la reflexión que gira en torno a la llamada *cultura de la posverdad*, entendida como un periodo cultural en el que los grandes demagogos explotan la viralidad de la información para crear desinformación en la sociedad. Muy a menudo este instrumento confunde y distorsiona la opinión pública para favorecer ciertos fines ideológicos o políticos. El término *posverdad* indica la pérdida del valor de la verdad, un problema que ciertamente tiene sus raíces en el pasado, pero que al día de hoy ha sufrido una expansión considerable debido a la digitalización. María Olga Sánchez Martínez señala que cuando los hechos se subordinan a las opiniones y la ciencia es sustituida por la ideología, las emociones prevalecen sobre la razón como una forma de acercarse a la realidad, actuando también como pauta de comportamiento. Esta última afirmación, por lo tanto, hace comprensible cómo la tecnología puede ser una excelente herramienta para una

rápida difusión de desinformación y noticias falsas destinadas a engañar a la población, comprometiendo algunos derechos humanos fundamentales como el derecho a la información, el derecho a obtener un conocimiento real y efectivo de la realidad y el derecho a la libertad de expresión. Por lo tanto, se aclama la necesidad de poder llenar las áreas de sombra que son irreflejables dentro de la sociedad digital del siglo XX. El camino que conduciría al cambio debe recorrerse a través de un debate sobre los derechos humanos, el respeto y el uso del pensamiento democrático.

El segundo bloque del libro realiza un análisis que tiene como punto de partida la evolución del derecho en la sociedad digital, centrándose en las deficiencias que hasta la fecha se han diagnosticado en el uso de la tecnología, tanto en el ámbito profesional forense, como en la enseñanza de la materia de derecho, como ilustra Thomas Casadei. Grandes puntos de reflexión son sin duda los trabajos de los profesores Joaquín Garrido Martín y Fernando H. Llano Alonso. En particular el primero, se centra en cuestiones relacionadas con la neurociencia computacional y en la necesidad, ya aclamada en el pasado, de querer estudiar el funcionamiento cerebral a través de la creación de un cerebro plástico, advirtiendo al lector sobre el potencial que el IA asume en la mente humana. Analizar cómo utilizamos nuestras capacidades cognitivas equivale a dar oportunidades a las máquinas inteligentes para lograr resultados sorprendentes, tomando esta última como método de operación. Claramente esto significa que las herramientas tecnológicas se convierten lentamente en una extensión del pensamiento humano, con el riesgo de arruinar la capacidad crítica del ser humano y de caer en la automatización de su propia autodeterminación. Relevante es la frase reportada al final del primer capítulo: *“sería un día triste si los seres humanos, al adaptarse a la revolución informática, se volvieran tan perezosos intelectualmente que perdieran el poder del pensamiento creativo”*. Fernando H. Llano Alonso se dirige al lector con temas de extrema actualidad como la nueva generación de derechos digitales y el reconocimiento de los neuroderechos, la identidad humana y el metaverso, el estatus legal de los robots, la regulación del espacio digital y los fundamentos sobre los que la ética de la IA debería asentarse. El momento histórico que atraviesa la humanidad es definido por Luciano Floridi como *infosfera*, en la que el ser humano comparte su espacio digital con otras entidades y otro tipo de inteligencias, transhumanas y posthumanas. Sobre este último tema también intervino Stefano Pietropaoli, estructurando todo el capítulo como un réquiem de Mozart y concluyendo precisamente con la

famosa frase “*Lacrimosa dies illa*”. El autor expresa la urgencia de tener que encontrar una definición jurídica de estos seres no biológicos que como se afirmó anteriormente, coexisten en la vida cotidiana junto con los seres humanos y comparten con ellos la “condición” de persona. Finalmente, tras un breve preludio sobre el que se pueden hipotetizar prospectivas relacionadas con la libertad religiosa ante la singularidad de la tecnología, una lectura atenta merece el capítulo de Ramón Valdivia Jiménez. Este último retoma la concepción de la ética de los ilustres autores, Hans Jonas y Jurgen Habermas, cuestionando la posibilidad de introducir unos principios ético-jurídicos que puedan proteger y salvaguardar a la sociedad del poder de la tecnología, capaz de controlar la autodeterminación de los hombres en materia religiosa.

La tercera macroárea trata temas estrechamente relacionados con el uso de robots por parte de los estados y los sistemas legales de IA. Roger Campione, analizando un hecho que realmente ocurrió en Afganistán en el verano de 2021, que ha conocido la muerte de civiles inocentes, elabora una reflexión sobre el uso de armas trabajando con sistemas de IA, que programan ataques sobre la base de una “certeza razonable”. Tras la consolidación del *ius publicum europaeum*, que dejó atrás el concepto de *ius ad bellum*, se puede desencadenar una guerra independientemente de la existencia de una causa justa como prerrogativa de la soberanía estatal, siempre y cuando se respeten las reglas que imponen el respeto al enemigo. Por lo tanto, está claro que, si bien la introducción de robots militares evita la muerte de soldados, también conduce a numerosas sanciones por incumplimiento de los códigos de honor militares tradicionales. Si inicialmente la guerra fue reconocida como un instrumento para originar un nuevo derecho, así como un objeto de regulación legal, ahora ha vuelto a ser la antítesis del derecho, como afirma Hobbes. De hecho, la gestión de una guerra llevada a cabo por sistemas militares con distintos grados de autonomía es complicada, porque no es posible predecir los márgenes de la acción bélica de la misma, teniendo como consecuencia la dificultad de reconocer todos los aspectos relacionados con la responsabilidad técnica, política y militar. En la actualidad, el debate sobre el uso de los autómatas se está extendiendo en dos direcciones contradictorias: los que están a favor de usarlos y los que están en contra de ellos. Estos últimos, en particular, argumentan que solo el ser humano de hoy sabe explicar las razones de sus acciones (*audi alteram partem*), a pesar de la “inteligencia suprema” de la tecnología. En el siguiente capítulo Miguel De Asís Pulido ilustra los tres posibles usos de los sistemas

de IA en el ámbito procesal: el uso de la justicia predictiva para sanar la sobrecarga de trabajo que sufre enormemente la administración de justicia; el control de las sentencias para verificar la presencia de prejuicios ó esquemas discriminatorios presentes en el ordenamiento jurídico y la disposición para definir la estrategia procesal de los abogados y sus clientes. María Isabel González ilustra la posible intervención del Derecho Penal en el campo de los neuroderechos, dados los riesgos potenciales del uso directo de las neurotecnologías en el ser humano. El punto de partida es la conciencia de que el uso del *big data* neurobiológico junto con la neurotecnología y los sistemas de IA en un futuro próximo podrán actuar sobre nuestro cerebro, generando artificialmente estímulos, reprimiendo emociones etc. Por esta razón, es necesario reconocer nuevas neuroleyes que protejan la diversidad, la autonomía y la identidad de los seres humanos. Esta exigencia es evidente sobre todo si consideramos la relevancia constitucional de los bienes jurídicos que pueden verse comprometidos: salud, integridad física y psíquica, libertad, autonomía individual, dignidad o integridad moral. También es interesante el tratamiento de la personalidad electrónica de los robots a cargo de Adolfo J. Sánchez Idalgo, quien propone una visión antropomórfica de las herramientas de IA en clave religiosa, filosófica, neurológica y legal. Los dos últimos capítulos se centran respectivamente en la relación entre la IA y el derecho laboral, así como la justicia jurídica y digital. En el último capítulo, José Ignacio Solar Cayón hace muestra al lector en las herramientas de IA más utilizadas en la actualidad, explicando cuales son los riesgos posibles ante un uso muy elevado de la tecnología en el sector legal.

Todo el trabajo concluye con una extensa exposición de cómo se codifica el uso de la IA a nivel internacional: por un lado, aclamando la importancia del estado de derecho en el desarrollo de su marco edictal; por otro, ilustrando el uso de decisiones automatizadas y el impacto que tienen en el sector administrativo. La tecnología no es neutra pero, intrínsecamente, presenta numerosos prejuicios, derivados de los datos con los que se alimenta y de las decisiones que se toman en la fase de integración de la misma. Por esta razón, los debates actuales sobre la ética de la IA se centran preliminarmente en la necesidad de crear una ética global sobre valores fundamentales, que debe tenerse en cuenta al desarrollar sistemas de IA. En segundo lugar, se considera que el instrumento legislativo más adecuado para la regulación de la IA sean las recomendaciones, como señala Daniel Ignacio García San José.

Una importante resolución fue emitida el 23 de noviembre de 2021 por la UNESCO, conocida como "Recomendación sobre la Ética de la Inteligencia Artificial". Entre los valores identificados dentro de esta última surge ciertamente el derecho a vivir en sociedades pacíficas, justas e interconectadas para sentar las bases de un futuro digital en beneficio de todos, compatible con los derechos humanos y las libertades fundamentales, donde la población pueda participar plenamente en su construcción. La idea de justicia social tiene sus raíces en el pasado, con el advenimiento de la ONU, y es uno de los principios fundamentales para mantener un orden global y permitir que la sociedad continúe desarrollándose. Por esta razón, todos los involucrados en los ciclos de vida de IA tienen como tarea asegurar ese desarrollo sin que nadie pueda ser excluido de esa responsabilidad. Los principios de las Naciones Unidas también son fundamentales para entender el fenómeno de la desinformación en la sociedad digital, que hasta la fecha ha experimentado una rápida expansión gracias a la llegada de las redes sociales, plataformas que permiten el intercambio masivo de contenidos y datos. A este problema le sumamos la presencia de los llamados "*filtro-burbujas*", tal y como los define Ana Garriga Domínguez, que limitan la visión de los usuarios, mostrando únicamente los contenidos de interés seleccionados por un algoritmo especial de un sistema IA. El funcionamiento de tales herramientas es difícil de entender para el usuario promedio debido al fenómeno de la opacidad. Por lo tanto, querían detener los numerosos escándalos generados por la Directiva 2002/58 / CE y otras acciones tomadas por el Parlamento Europeo. El reconocimiento del derecho a la transparencia es urgentemente necesario, ya que las elecciones algorítmicas actúan directamente sobre las oportunidades vitales de las personas, además de desviar su conducta hacia ciertos horizontes. Por lo tanto, como se ha ilustrado, en el contexto del control de datos y plataformas, se insiste en una aceleración del proceso de adopción del Reglamento de servicios digitales. Leonor Moral Soriano, a diferencia de otros autores, es partidaria del uso de sistemas automatizados de decisión en el ámbito del derecho internacional, especialmente si se realizan para la redacción de actos administrativos. Sin embargo, reitera un concepto importante para que la tecnología no pueda usurpar el razonamiento legal y los jueces robot no puedan anular a los jueces humanos. En general, es necesario respetar los principios del Derecho administrativo y las normas relativas a la competencia, la garantía y la motivación de las sentencias en el ámbito administrativo. Una visión general de cómo la nación española está tomando las riendas para una regularización de los sistemas de IA ha sido

proporcionada por Álvaro Sánchez Bravo. Se trata del proyecto denominado *España Digital 2025*, que pone de manifiesto las estrategias políticas y áreas de actuación en las que se actuará. Entre ellas: las habilidades y competencias digitales, la ciberseguridad, la digitalización del sector público español, la transformación digital de la sociedad y el emprendimiento digital, el impulso de la tecnología para trabajar en 5G etc. Finalmente, siguiendo de un método inductivo, llegamos a una visión general de la importancia del Estado de Derecho dentro de un sistema sujeto al desarrollo digital. Diana Carolina Wisner Gusko, sobre la base de lo que se ha dicho anteriormente, trata de responder a tres grandes preguntas: la primera sobre el respeto efectivo del principio del Estado de Derecho dentro del marco regulador europeo de la IA; la segunda pregunta sobre cuál de los dos aspectos entre el desarrollo frenético de la tecnología y la formulación de la ley prevalece entre sí; la tercera pregunta pretende dar una visión positiva de la tecnología, afirmando que ella misma contribuye a reforzar el principio del Estado de Derecho o al menos no determina su debilitamiento.

En conclusión, uno de los grandes debates a los que se enfrentan los juristas en la actualidad tiene como objeto todas las cuestiones abordadas en esta importante obra colectiva. La tecnología avanza cada vez más rápido y la ley necesita encontrar soluciones con urgencia. El contenido de este libro destaca todos estos aspectos de relevancia global e ilustra al lector los puntos focales del tema.

ALESSANDRA ESTHER CASTAGNEDI RAMÍREZ

Universidad de Sevilla

e-mail: alecastagnedi@gmail.com

Miguel Ángel PRESNO LINERA,
Derechos fundamentales e inteligencia artificial,
Marcial Pons, Madrid, 2022, 144 pp.

CRISTIÁN PÉREZ GARCÍA
Universidad de Oviedo

Palabras clave: inteligencia artificial, derechos fundamentales, constitución, transhumanismo

Keywords: Artificial Intelligence, Fundamental Rights, Constitution, Transhumanism

Si algo caracteriza al profesor Miguel Presno es su capacidad para extraer el suero filosófico incluso a las más adustas cuestiones jurídicas. En este sentido, la obra que nos ocupa no defraudará al lector ávido de una tabla a la que aferrarse en medio de la turbulencia. En *Derechos fundamentales e inteligencia artificial* se nos presenta, con buen orden y detenimiento, la disección de un problema de gran actualidad. Dividida en tres partes, la obra se sumerge en la disputa sobre la compatibilidad del viejo derecho y la nueva inteligencia artificial. Concluye, al modo hegeliano, con la mano tendida a un nuevo derecho sobrepuerto al desafío y fortalecido tras la prueba; un derecho que, como Hércules, se revista con la piel del enemigo y avance con mayor vigor hacia un futuro incierto.

La inteligencia artificial es hoy omnipresente: la hallamos por doquier durante nuestro tiempo así de ocio como de trabajo, se infiltra en discusiones y foros de todo tipo y, junto con otras cuestiones anejas, oligopoliza nuestro cine y literatura de ciencia-ficción. Sin embargo, debemos reconocer con Presno «que no siempre está del todo claro de qué se habla cuando se habla de inteligencia artificial» (p. 15). Esta turbulencia no es sólo conceptual, sino también ontológica. Si se tratase de una querella meramente nominal, sería éste un problema nimio y de fácil solución. No se nos convoca en torno a esta obra para dilucidar qué significa «inteligencia artifi-

cial», sino qué es la inteligencia artificial. Una definición sin comprensión, un nombre sin esencia, no es un cimiento sólido. El desarrollo filosófico y jurídico, en lo teórico, y legal, en lo práctico, de la cuestión de la inteligencia artificial requiere una apoyatura firme, condición inalcanzable por medio del fatuo nominalismo.

La primera parte de la obra consiste en un entrelazamiento de definiciones técnicas y legales, una purga conceptual que, si bien no profundiza cuanto podría desearse en algunos puntos, cumple con excelencia los fines proyectados. Sabedor de la insonable complejidad de su objeto de estudio, evita el autor adentrarse en cuestiones metafísicas tan interesantes como distractivas. Su objetivo, confiesa, no es «ofrecer respuestas, ni siquiera embrionarias» (p. 20) al problema de fondo, sino acotar y allanar el terreno para el análisis al que dedica el resto de la obra. A fin de cuentas, la inteligencia artificial ya está entre nosotros. Si pretendiésemos aclarar por completo la cuestión antes de dominar la inteligencia artificial por medio del derecho, lo más probable es que fuese la inteligencia artificial la que, con o sin derecho, nos acabase dominando a nosotros.

Una vez resuelto, con utilitarista celeridad, el problema de las definiciones, Presno halla vía expedita para desplegar su argumentación. Dedica la segunda parte de su obra a confeccionar un detallado catálogo de derechos fundamentales violentados por la irrupción de la inteligencia artificial. Una tras otra, pone el dedo en las sucesivas llagas que encuentra a su paso: muchas ya abiertas desde antiguo, otras aún frescas, todas ellas sangrantes y pocas con expectativa de sanación.

Denuncia, por ejemplo, el incremento y agravamiento de las situaciones de discriminación por la acción de la inteligencia artificial. Al recibir como alimento información sesgada, los algoritmos tienden a aplicar los sesgos aprehendidos a los nuevos datos y, en consecuencia, generan información igualmente sesgada. El resultado de este proceso de retroalimentación es la reproducción artificial en el presente de situaciones pasadas que los humanos quieren cambiar, pero que la máquina ayuda a preservar (pp. 26 y 77 y ss.). No se trata, por tanto, de un problema creado por la inteligencia artificial, sino de uno agravado: «los prejuicios y la discriminación son riesgos inherentes a toda actividad [...] pero la cuestión radica en que en el caso de la IA esta misma subjetividad puede tener efectos mucho más amplios y afectar y discriminar a numerosas personas sin que existan mecanismos como los de control social que rigen el comportamiento humano» (p. 64).

Lo preocupante no son, en realidad, los sesgos de la inteligencia artificial, sino su opacidad. Un policía evidentemente racista o un médico evidentemente aporófobo no son un problema tan grave como serían si supiesen disimular. De igual modo, una inteligencia artificial que reproduce sesgos se puede intervenir para corregir su actividad, pero nadie puede desear lo que no conoce. La clave radica en la explicabilidad, cualidad irrenunciable de todo sistema de inteligencia artificial (p. 36): no basta con saber qué datos conoce la máquina (p. 51), sino que debemos conocer también el algoritmo, es decir, cómo valora, procesa e interpreta los datos y cómo extrae de ellos sus conclusiones (pp. 33 y ss.). Tampoco se le escapa al autor la capacidad que tiene la inteligencia artificial para utilizar la nueva información sesgada con fines inicuos, tanto en lo comercial (pp. 55-59) como en lo político (pp. 69 y ss.).

Abrumará a los poco avezados el grácil manejo que hace Presno de legislaciones y jurisprudencias nacionales e internacionales, de derecho europeo y comparado. Puede por ello ser ésta la parte más áspera de la obra, lo que constituye un mal inherente a ese bien superior, perseguido y alcanzado, que es la exhaustividad. Exhaustivo es, sin embargo, sólo en intensión y no extensión, pues no menciona el profesor Presno, por ejemplo, la conflictiva relación entre el desarrollo de la inteligencia artificial y el derecho a la vida. Sí acuña, en cambio, las herramientas requeridas para su análisis, así como pone el dedo sobre cuestiones conexas, como la del derecho a la salud (p. 109). En este sentido, todas las premisas están ya planteadas por el autor y sólo hace falta explicitar la conclusión.

Podemos partir de un paradigma en el ámbito de la inteligencia artificial: los datos de carácter sanitario. Son éstos, en tanto que datos, coto del derecho a la intimidad, pero en tanto que sanitarios afectan también al derecho a la vida. Entre las muy variadas decisiones que una inteligencia artificial puede tomar no cabe excluir las más radicales, aquéllas que quitan el sueño a las personas. Precisamente por este motivo es grande la tentación de delegar en la máquina, en el frío decisor sin conciencia ni remordimiento, el que no objetará, el que no se arrepentirá y al que nadie le reprochará.

¿Puede una inteligencia artificial decidir, sobre la base del historial médico de un paciente, denegarle un trasplante de corazón? Ha estudiado miles de casos, cuenta con más datos y más capacidad de procesamiento que ningún médico especialista y su conclusión es que no se debe operar a un paciente. ¿Quién puede rebatirlo? La máquina conoce los datos médicos de una mujer

y los del niño que crece en su seno; ha decidido que se le debe practicar un aborto. ¿Quién se opondrá al perfecto cálculo algorítmico? Conoce también los datos socioeconómicos de la mujer: soltera, sin padres ni más familia, sin empleo conocido; el algoritmo arroja una puntuación mayor. ¿Cómo decide la máquina? ¿Qué datos conoce, cuáles tiene en cuenta? ¿Le importa el dinero, el color de piel, los antecedentes penales, la densidad poblacional de la región? Y la vida humana, ¿también le importa o acaso eso no es parametrizable? La edad sí es un parámetro fácil de introducir en los cálculos. ¿Puede tener algún impacto en la decisión de autorizar o no una eutanasia? Quizá sea la única opción, después de haber rechazado el trasplante de corazón...

La tercera y última parte de la obra se consagra a un análisis más general del impacto que la inteligencia artificial puede tener en el derecho, y no sólo en los particulares derechos fundamentales. La preocupación del autor es que la conversión del estado en digital (p. 83) se haga a costa de «su carácter de Estado de Derecho, su condición de Estado democrático y la garantía del Estado social» (p. 89). Para evitar esta degeneración propone «sujetar a disposiciones jurídicas y no meramente a dictados éticos el desarrollo, el despliegue y el uso de la IA» (pp. 89-90), es decir, «convertir en auténticas normas jurídicas mandatos y prohibiciones específicos» (p. 87) que acoten la actividad de la inteligencia artificial. Entre otros medios, aboga por el «control jurisdiccional como garantía frente al uso abusivo de la IA», al que deben someterse, en particular, las autoridades administrativas responsables del control de su aplicación (p. 96). No en vano, pues es fuente la administración, como *supra* se señaló, de muy variados y numerosos conflictos.

Pero la clave para comprender en su totalidad la pertinencia de este estudio se encuentra en sus últimas páginas. Tras el profundo análisis de las fricciones entre la inteligencia artificial y los derechos fundamentales, el profesor Presno arriba a las orillas del transhumanismo. Se pregunta por cuestiones capitales, como la personalidad de la inteligencia artificial o el fenómeno cíborg (pp. 112 y ss.). ¿Es un rostro artificialmente modificado verdadero «rostro» a efectos del derecho? ¿No pierde, acaso, tal consideración al someterse a intervenciones que lo desfiguran? Ciertamente, es cuestión digna de estudio, pero no menos cierto es que tampoco se puede considerar natural el rostro sajado y cosido, o embutido de bótox, y no por ello se suscitan tales querellas ontológicas.

Nadie pone en duda la ventaja que tiene el atleta con implantes mecánicos que optimizan su zancada, o el opositor que puede conectar un disco

duro directamente a su cerebro (pp. 126 y ss.). Pero tan artificiales como estos métodos son también los clásicos del entrenamiento y el estudio. Sin una base metafísica sólida, no es lícito reprocharle al cíborg su mejora por medios artificiales, pues también el holgazán podría reprochar al disciplinando su ganancia muscular o su adquisición de conocimientos. Sin esa debida base, la respuesta del cíborg será tan incontestable como siempre han sido la del campeón olímpico o la del funcionario: «Haz lo que yo».

¿Por qué resistirse? Si entendemos que es lícito llegar a ser más fuerte por medio del ejercicio físico, o más inteligente por medio del estudio, y si hemos llegado incluso a aceptar que se puede ser más bello por medio de la cirugía, ¿por qué insistimos en rechazar la superación de nuestra especie por medio de la modificación biotecnológica? Es posible que, pese al transcurso de los siglos, la filosofía moderna no haya logrado permear por completo la *forma mentis* de nuestra civilización. La naturaleza humana resiste cual *ka-tejon* frente a la disolución y se erige como una muralla hoy por hoy infranqueable. El *Zeitgeist* sopla hacia el transhumanismo, pero más fuerte es otro Espíritu que sopla en sentido contrario. Quizá debamos reconocer que no hay belleza en el caucho ni honor en el silicio; quizás debamos volver a la belleza inconsútil y a la gloria alcanzada por medio del esfuerzo y, sobre todo, de la graciosa humildad.

Sin embargo, la duda está ya sembrada. La vía del cíborg es la de la superación de la especie humana por medio de la trascendencia individual: si cada ser humano supera su naturaleza, la humanidad en su conjunto se superará a sí misma. La vía de la inteligencia artificial, por otro lado, es la de la trascendencia colectiva: una forma de inteligencia superior a la natural, pero sometida a ésta, de suerte que el amo logre, a lomos del esclavo, trascender los límites de su limitada existencia biológica. En cualquiera de los dos casos, la fantasía transhumanista pretende hacerse realidad por medio de la tecnología, en paralelo a otras investigaciones de carácter biomédico.

Surge en este punto la cuestión de la personalidad de la máquina: «¿Podrían ser titulares de derechos fundamentales no ya los cíborgs sino también los robots, es decir, las máquinas que, provistas de cierta complejidad tanto en sus componentes como en su diseño o comportamiento, manipulan información acerca de su entorno para así interactuar con él?» (p. 114). Hay que disociar los conceptos de personalidad, en general, y personalidad jurídica, en particular. En esta acepción, señala con acierto Presno, que sigue aquí recta doctrina iusfilosófica, que «el concepto normativo de persona es una

mera creación del propio ordenamiento» (p. 116). Dicho de otro modo, el hecho de que detrás de una persona natural, en términos jurídicos, haya siempre una persona humana, en términos ontológicos, obedece sólo a la conveniencia. ¿Se podría dotar de personalidad jurídica a una persona divina o angélica? Sí, mas resultaría absurdo, pues no operan éstas en el tráfico jurídico como sí hacen las humanas. Por tanto, no se hace. Pero la inteligencia artificial sí puede llegar a operar y, de este modo, quizá resulte conveniente dotarla de personalidad jurídica, por mucho que en términos metafísicos no pase de ser una mera substancia inerte.

En cualquier caso, merece la pena recuperar la imagen del amo y el esclavo. Embebidos en un naturalismo mórbido, los entusiastas de la inteligencia artificial contemplan su desarrollo con ojos utópicos. Sin embargo, no son pocos los ejemplos literarios y cinematográficos en los que la inteligencia artificial y, en general, los frutos del transhumanismo se tornan dramáticamente distópicos. Señala Presno que la vía para alcanzar un acceso universal a la inteligencia artificial, lejos de toda discriminación (p. 110), pasa por las actividades formativas y la inversión (pp. 101-102 y 129). Pero esta meta toma como premisa un control humano de la inteligencia artificial; control que, dado como supuesto, se debe repartir y otorgar en condiciones de igualdad a todo ciudadano. Lo que no está claro, en realidad, es que esta premisa vaya a sostenerse en un futuro. Los transhumanistas creen que pueden trascender la naturaleza humana sin pagar peaje. No han pensado que quizás no pueda un humano llegar a ser transhumano y que, en el curso de su viaje, pueden ser ellos quienes se queden por el camino. Y si la inteligencia artificial completa ese viaje en solitario ¿quién será, entonces, el amo?

Estas y otras sublimes reflexiones son las que nos aguardan y a las que se nos invita en *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*. No se dice «perfecto» del ente más superlativo en sus cualidades, sino de aquél que, por exiguo o vasto que sea en su existencia, se ajusta con precisión a los límites que le marca su esencia. En lo artístico, esto es tanto como decir que es perfecta la obra que cumple con las expectativas, ora del público, ora del autor. Si el profesor Presno hubiese pretendido darnos un tratado de la inteligencia artificial su esfuerzo habría resultado fútil y su obra, risible. No es ésta materia que se preste a tales fines. Pero lo que él ha pretendido darnos es un manual, un *encheirídion* en su pleno sentido, y, en tanto que tal, es perfecto. La motorización legislativa podrá borrar, como huellas en la arena, buena parte de los fundamentos jurídicos positivos de esta obra. Pero lo que no logrará es

arrancarle el genio reflexivo, la precisa crítica y el agudo análisis de cuestiones que fueron, son y serán los sitios en pugna en esta batalla por o contra la inteligencia artificial, en particular, y el transhumanismo, en general.

CRISTIÁN PÉREZ GARCÍA

Universidad de Oviedo

e-mail: UO258280@uniovi.es

Andrés GARCÍA INDA,
La dulce militancia. Crítica de la razón indignada,
prólogo de Chaime Marcuello Servós,
ediciones Mensajero, Bilbao, 2020, 167 pp.

GUILLERMO VICENTE Y GUERRERO
Universidad de Zaragoza

Palabras clave: educación moral, compromiso, emotivismo, indignación
Keywords: moral education, commitment, emotivism, indignation

En el complejo momento histórico actual, al que no pocos han calificado con evidente pomosidad como la era de la posmodernidad, nos encontramos en plena vorágine de una confusión generalizada que parece dirigirse y alejarse a través del conformismo, la sumisión y el relativismo ético. La imposición de la tolerancia ciega se ha convertido en instrumento preferente para socavar un espíritu crítico y reflexivo cada vez más alejado de unos individuos que, presas de sus propias ingenuidades, parecen creerse y autodenominarse, con sorprendente complacencia, como ciudadanos libres e iguales.

Ante tan desolador panorama, el libro de Andrés García Inda, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Zaragoza, invita a la reflexión. A una consideración inteligente de algunos de los basamentos sobre los que habría que sustentar la educación moral y política que debiera guiar nuestra sociedad contemporánea, tales como la responsabilidad, la fidelidad o el compromiso. Y de las fatales consecuencias que conlleva su preterición y abandono. También su sustitución por nuevas formas de actuación como el utopismo simplista que mira únicamente al futuro, y lo hace además con gafas miopes, la cultura de la queja imposible y absurda, la exigencia de la seguridad absoluta o el juramento indoloro y banal.

La obra aparece coherentemente hilvanada a través de una sucesión de capítulos, concretamente diez, que se presentan en un estilo ágil que sin

duda facilita su lectura. Se trata de un conjunto de textos breves y abiertos, en el que cada uno de ellos, pese a enmarcarse dentro de los ámbitos de una reflexión crítica sobre la educación moral y política, entendidas ambas en un amplio sentido, presentan una identidad y singularidad propias. Todo el libro gira alrededor de la necesidad de facilitar instrumentos reflexivos suficientes para encarar el proceso de aprendizaje de aquellas virtudes que se consideran imprescindibles para la vida en sociedad, para la vida en común.

Igualmente incide en los sustratos emocionales que integran la moral y la política, y en la importancia que adquieren en el momento en el que el sujeto se decide a llevar a cabo una acción moral. También en la gestión apropiada de los mismos, lo que requiere un aprendizaje previo alrededor de qué emociones y sentimientos son positivos. Interesa indagar sobre cuáles son las verdaderas razones de nuestras pasiones.

El libro se centra particularmente en una de esas emociones morales primarias: la indignación, que el profesor García Inda relaciona acertadamente con el sentimiento que revela una oposición, más o menos airada, a lo que se considera un menoscabo de la dignidad, a lo que se entiende como una injusticia o una arbitrariedad, sin que necesariamente lo sean.

La obra se basa en un amplio y notable elenco de fuentes primarias de muy variada índole y significación. El fluido diálogo que intercambian con el propio autor supone de hecho uno de los aspectos más valiosos de todo el trabajo. Autores como Norberto Bobbio, Marta Nussbaum, Leon Duguit, Victoria Camps, Javier de Lucas, Jon Elster, Emmanuel Mounier, Mario Benedetti, Oscar Wilde o Pierre Le Coz desfilan a través de las diversas páginas discutiendo con el propio García Inda si la indignación puede resultar un buen acicate para la conducta virtuosa y para la promoción de la justicia y la transformación social. Pero para todo ello es necesario, como bien subraya el autor, no sólo educar en la indignación, sino también educar esa indignación, pues de igual forma que puede ser una emoción positiva puede llegar a convertirse en un sentimiento tendente a la destrucción, a la venganza y a la manipulación, en algo que conduzca a la victimización y al resentimiento.

Dentro de las diversas modalidades de indignación perversa, la obra analiza la que posiblemente en estos momentos parece más extendida en nuestras sociedades occidentales. Denominada por el autor como «dulce militancia», aparece basada en una indignación autocoplaciente, que el sujeto

indignado centra en sus propias emociones, a menudo ajena a la realidad de lo justo o de lo injusto, y que resulta completamente distante a todo tipo de compromiso ético. Señala García Inda en la introducción que «en la lógica emocional de nuestro tiempo... la indignación se ha convertido en la emoción protagonista de la educación moral».

Tal vez el principal objetivo de la obra consiste precisamente en calibrar a través de una reflexión mesurada el sentido que se encuentra detrás de todas aquellas dinámicas de la razón indignada que parecen regir hoy, al menos en buena medida, el rumbo de la educación moral misma. Pero García Inda no realiza una crítica a la razón indignada, como sugiere el propio título en clave provocativa, pues algunas indignaciones están cargadas de razones, sino a la indignación sin razón. A aquella basada en la venganza y en el simple resentimiento. A aquella que se articula exteriormente en una especie de «postureo ético», posición artificial e hipócrita que se encuentra detrás de todos esos movimientos de denuncia caracterizados por la banalidad de sus postulados y por lo fútil y trivial de las metas que pretenden alcanzar.

Frente a este tipo de razón indignada, el autor propone, y esta es otra de sus principales aportaciones, la necesidad imperiosa de recuperar el agradecimiento, la aceptación y aprendizaje del fracaso y la responsabilidad como disposiciones de carácter básico en las que sustentar nuestra educación moral. También reivindica la rehabilitación de la esperanza, particularmente importante «cuando las cosas se tuercen y el optimismo se agota». Y en especial destaca la importancia del compromiso ético, pues la indignación sin compromiso es una mentira, es una falacia, no es nada.

Es precisamente en tiempos de crisis moral como el actual en los que resulta imprescindible escuchar con atención las voces de aquellos que proponen una reflexión mesurada. De aquellos que ofrecen instrumentos para combatir la sumisión, la falta de compromiso y la banalidad que se encuentran detrás de muchos de los movimientos de protesta sociales que la asamblea posmoderna ha acogido graciosamente en su seno y parece aleantar.

Que los gritos furiosos de los indignados sin razón no ahoguen las voces serenas de quienes, como Andrés García Inda, con valentía y una cierta ironía, se atreven a ir en contra tanto de la cotidiana comodidad que nos hace apáticos e insensibles hacia los problemas, verdaderos, de los demás, como

de la falta de espíritu crítico que no solo nos prohíbe pensar, sino que, y esto es quizás todavía más grave, nos impide soñar.

GUILLERMO VICENTE Y GUERRERO

Universidad de Zaragoza

e-mail: gvcicente@unizar.es

Alonso PINO ÁVILA,
*La autonomía reproductiva en la jurisprudencia
del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,
Aranzadi, Pamplona 2023, 310 pp.*

MIREIA MÁRQUEZ DE HARO
Universidad de Barcelona

- Palabras clave:** Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aborto, reproducción asistida, gestación subrogada
- Keywords:** European Court of Human Rights, abortion, assisted reproduction, surrogacy

Los avances tecnológicos y los cambios sociales de las últimas décadas han planteado numerosos desafíos al ámbito jurídico. Han sido reivindicados, por ejemplo, nuevos derechos relativos a la autonomía reproductiva, con la pretensión de constituirse como inherentes a la persona. A partir de 1960, empieza a extenderse el debate sobre el aborto en Europa, lo que motiva a muchos estados de Occidente a promover su legalización. Asimismo, el progreso de la medicina ha dado lugar a la llegada de técnicas de reproducción asistida y su inclusión en los ordenamientos. La gestación subrogada, por su parte, no ha generado un movimiento de presión social tan intenso y, por ello, está presente en pocas legislaciones europeas. Aun así, han surgido conflictos respecto del reconocimiento de los efectos de esta práctica en los Estados que no la han legalizado.

En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido que enfrentarse a diversas reivindicaciones basadas en supuestos de nuevos derechos en materia reproductiva. Si bien la literalidad del Convenio no los incluye, el Tribunal sí ha reconocido alguno de ellos, al menos en cierta medida, con anclaje en el derecho a la vida (art. 2), el derecho a no sufrir tratos degradantes o inhumanos (art. 3) y el derecho a la vida privada y familiar (art. 8).

La presente obra analiza la jurisprudencia de este tribunal en lo relativo al aborto, a algunas técnicas de reproducción asistida y a la gestación subrogada. Así, se dedica un capítulo completo a cada cuestión, planteando primeiramente los casos resueltos por el Tribunal, para luego hacer una interpretación sistemática de la doctrina sentada por éste. El lector podrá apreciar, en algunos puntos, la opinión propia del autor respecto de las posiciones que adopta el Tribunal o respecto de las críticas que éste ha recibido. Además, Pino nos da su perspectiva sobre qué caminos tomará la jurisprudencia del Tribunal, a medida que se vayan planteando nuevos casos.

En el capítulo segundo, Pino explica que, tal y como se adelantaba, el Convenio no reconoce expresamente el derecho al aborto. Y el Tribunal se ha abstenido también de darle un reconocimiento expreso en sus sentencias. Así, no obliga a los Estados a reconocer o regular el aborto, admitiendo como compatibles con el Convenio tanto regulaciones restrictivas como liberales. Pero sí ha dado cabida a cierta protección a las mujeres que deciden abortar, en base al derecho a la vida privada que recoge el artículo 8. Ciertamente, el Tribunal no obliga a los Estados a reconocer el derecho al aborto, pero sí les impone un deber de coherencia: «El tribunal exige a los Estados, que reconocen el derecho al aborto, que garanticen el derecho en la práctica, mediante una legislación de desarrollo y actuación estatal coherentes» (p. 143). El autor nos explica que, según el Tribunal, lo que no es admisible es que la regulación del ordenamiento recoja la opción del aborto, pero ponga trabas para su práctica efectiva o no lo proteja debidamente.

Esta doctrina surge con el asunto *Tysiak c. Polonia* (2007) y se consolida en *A, B y C c. Irlanda* (2010). En ellos, el Tribunal argumenta que los Estados que hayan legalizado el aborto tienen una obligación negativa de no injerencia, pero también una obligación positiva, en tanto que deben desarrollar la legislación y los servicios para garantizar adecuadamente el derecho a abortar. El autor define esta perspectiva como un paradigma de naturaleza procedimental, que, a su parecer, permite al Tribunal evadir la pregunta sobre si debe o no ser reconocido un derecho sustantivo al aborto.

Pino explica cómo dos casos posteriores a los mencionados introducen un nuevo elemento en la jurisprudencia del Tribunal: La aplicación del paradigma procedural en base al derecho a no sufrir un trato degradante y inhumano (art. 3). De forma resumida, el Tribunal defendió que si el Estado no cumple con sus obligaciones positivas en relación al derecho al aborto, ello puede provocar un sufrimiento degradante o generar humillación en la mu-

jer gestante. Esto se defiende para casos en los que el embarazo es producto de una violación, o hay una anomalía grave en el feto o existe riesgo para la vida o la salud de la madre. La falta de garantías estatales puede generar un sufrimiento de tal gravedad que cabría sancionar al Estado por una vulneración del artículo 3 del Convenio.

Sirviéndose de esta idea, el autor plantea un argumento propio que merece especial atención. Dice lo siguiente: «No parece que el sufrimiento de la mujer, cuando se dificulta o impide en la práctica el ejercicio del derecho al aborto legalmente reconocido, por ausencia de garantías procedimentales, sea muy diferente del sufrimiento infligido a una mujer por la prohibición del aborto como derecho sustantivo» (p. 113). Así, el autor nos muestra lo paradójico que es afirmar que existe trato degradante a una mujer cuando tiene reconocido el derecho sustantivo al aborto, pero no cuando se la obliga a convertirse en madre, poniendo en riesgo su salud o la de su hijo. Con este argumento, Pino propone una forma de establecer un contenido mínimo y sustantivo del derecho europeo al aborto, en caso de que haya indicaciones terapéuticas, éticas, eugenésicas o socio-económicas.

Resulta interesante también la crítica que propone el autor respecto a la actuación del Tribunal Europeo. Pino, y no es el único, opina que el Tribunal no ha cumplido con una de sus funciones más importantes: establecer un estándar mínimo europeo en materia de derechos humanos. Y ello se le critica porque existe un amplio consenso europeo a favor de una regulación liberal del aborto. El autor destaca que el mismo Tribunal reconoce este hecho en la sentencia del caso *A, B y C c. Irlanda* (2010). Aun así, Pino adopta una posición optimista respecto a la evolución de la jurisprudencia europea y afirma que ésta está encauzada en un proceso de reconocimiento del derecho al aborto como derecho humano.

Las cuestiones hasta aquí mencionadas ocupan el capítulo segundo del libro. Seguidamente, en el tercero, el autor pasa a tratar la jurisprudencia sobre derechos relativos a las técnicas de reproducción asistida. En esta materia, el Tribunal Europeo se ha centrado en resolver los conflictos atendiendo a las particulares casuísticas de cada asunto, sin establecer un estatuto jurídico general del embrión *in vitro*. Pese a ello, el Tribunal sí ha reconocido expresamente el derecho a ser padres mediante técnicas de reproducción asistida; el derecho a tener hijos sanos mediante éstas; y el derecho a destinar los embriones *in vitro* a la investigación científica; todos ellos en base al derecho a la vida privada (art. 8).

Estos nuevos derechos admiten injerencias, que deben estar siempre justificadas en alguna de las finalidades comprendidas en el apartado segundo del artículo 8, y deben responder a criterios de necesidad y de proporcionalidad. El problema es, según el autor, que el Tribunal no entra a definir cuál es el contenido mínimo de estos derechos. En cambio, el Tribunal reconoce que los Estados tienen un amplio margen de apreciación para establecer medidas que limiten este tipo de derechos. Pino objeta que los fallos responden a argumentos tan casuísticos que no queda claro cuál es el alcance de dicho margen de apreciación. De hecho, existen sentencias contradictorias en la materia, evidenciando que es algo controvertido incluso dentro del mismo Tribunal. En el caso *Dickson c. Reino Unido* (2007), por ejemplo, la Sala adoptó una postura que luego fue contradicha en revisión por la Gran Sala en la sentencia definitiva.

El autor también analiza los casos resueltos por el Tribunal relativos al derecho de revocar el consentimiento previamente otorgado respecto cierta técnica de reproducción asistida. En el caso *Evans c. Reino Unido* (2007), la primera sentencia fue confirmada luego por la Gran Sala. Con todo, la sentencia definitiva tiene una opinión disidente formulada por cuatro jueces que critican el fallo por ser demasiado simplista y excesivamente contractualista. En este punto, Pino se muestra comprensivo con el Tribunal y alega que, ante temas tan controvertidos, éste decide resolver con prudencia y que «no parece una mala solución [...], al menos de momento, hasta que emerja un consenso entre los Estados miembros del Consejo de Europa» (p. 171).

En el capítulo cuarto, el autor trata los casos de gestación subrogada que ha resuelto el Tribunal hasta ahora. Destaca que no ha sido nunca planteado un hipotético derecho a esta práctica. Por ello, el Tribunal no ha tenido que pronunciarse sobre si existe un derecho sustantivo a la gestación subrogada. Todos los casos resueltos responden a conflictos respecto de los efectos jurídicos de los contratos que se firman en el marco de esta práctica, especialmente sobre el problema del reconocimiento de la filiación en Estados cuyo ordenamiento no concede validez a la gestación subrogada. A pesar de ello, el autor menciona que, «de los propios argumentos del Tribunal cabe deducir que se habría remitido al amplio margen de apreciación que reconoce a los Estados en una materia tan controvertida» (p. 291).

Sobre los efectos de un convenio de gestación subrogada, Pino explica que hay un orden público europeo mínimo que está incompleto y en construcción. Este orden mínimo responde a la estrecha vinculación que existe,

según el Tribunal europeo, entre los efectos de un convenio de este tipo y el derecho a la vida privada y familiar del artículo 8, tanto de los padres de intención como del menor. En suma, los conflictos sobre la filiación producto de una gestación subrogada se resuelven en base a la existencia del vínculo biológico (de, al menos, uno de los padres de intención) y a la existencia o no de vida familiar *de facto*. De nuevo, hay un amplio margen de apreciación estatal pero, en este caso, el Tribunal sí ha establecido expresamente un límite: el interés superior del menor.

El Tribunal no ha resuelto todavía ningún caso en el que ni la madre de intención y el padre de intención no fuesen padres biológicos del menor. Ciertamente, se le presentó un asunto con estas características en *Paradiso y Campanelli c. Italia* (sentencias de 2015 y 2017). El Tribunal se pronunció sobre la cuestión de si existía o no vida familiar *de facto*. Mientras que la Sala, en 2015, estableció que sí, la sentencia definitiva del 2017 defendió lo contrario. De nuevo, no parece haber consenso en el seno del Tribunal, más aún, si atendemos a que la sentencia de la Gran Sala (2017) cuenta con tres opiniones separadas (dos concordantes y una disidente).

Pero, como he apuntado anteriormente, el Tribunal no se pronunció sobre si padres no biológicos tienen el derecho a ser reconocidos como padres biológicos del menor nacido de una gestación subrogada. Pino explica que esta cuestión no fue resuelta por dos defectos procesales. En primer lugar, el menor no fue admitido como demandante por la Sala, por no poder todavía los demandados (supuestos padres) ejercer su representación. Y, en segundo lugar, el Tribunal arguyó que no podía pronunciarse sobre el asunto porque los demandantes no habían agotado los recursos internos. Estas decisiones vincularon a la Gran Sala y, por tanto, ésta tampoco se pronuncia sobre el fondo del asunto. La sentencia de 2015 fue recibida, por un sector de la doctrina, como un pronunciamiento favorable a la gestación subrogada, mientras que la sentencia de la Gran Sala (2017), que la contradijo en parte, fue recibida, por otro sector de la doctrina, como una dura crítica a la gestación subrogada. Pero el autor opina, y no es el único que así lo cree, que ambas son posturas incorrectas, pues el Tribunal en ninguna de las dos sentencias da una respuesta de fondo que nos permita entender su postura como favorable o contraria a la gestación subrogada en un caso de estas características.

El autor adopta una visión crítica respecto uno de los defectos procesales alegado por el tribunal. Y es que el caso *Paradiso* es el único en el que no fue admitida la legitimación activa del menor. El Tribunal defiende que los

padres no tienen el derecho a representarlo ante la Sala y, por tanto, las quejas planteadas en nombre del menor son inadmitidas por falta de competencia *ratione personae*. Según Pino, la razones dadas por el Tribunal «son muy débiles como argumentos jurídicos, así como incoherentes con la doctrina jurisprudencial del propio Tribunal sobre legitimación activa y competencia *ratione personae*» (p. 230). Alega que, en su opinión, no parece razonable inadmitir la demanda presentada en nombre del menor «antes de resolver la cuestión de fondo que sirve de fundamento al Tribunal para justificar la inadmisión del menor como parte demandante», y ello porque el argumento «incurre en un círculo vicioso que deja al menor completamente desprotegido» (p. 237). Añade, finalmente, que «la cuestión de la admisibilidad de la demanda presentada en nombre de los menores es una cuestión procesal, pero que no puede ser decidida al margen de la resolución de las cuestiones sustantivas» (p. 237).

Hacia el final del capítulo cuarto, el autor explica que hay una parte de la doctrina que propone adoptar mecanismos de Derecho internacional privado para coordinar y facilitar el reconocimiento de la filiación derivada de los acuerdos de gestación subrogada que incluyan un elemento de extranjería. Esta idea encuentra actualmente un precedente exitoso en el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993. Pino alega que adoptar un convenio en materia de gestación subrogada podría resultar útil, al menos, como inspiración para los Estados a la hora de resolver conflictos sobre reconocimiento de la filiación. Asimismo, el autor da un paso más y apunta tres elementos esenciales que, a su parecer, dicho convenio debería incluir: (1) Una declaración de idoneidad de los candidatos como padres de intención; (2) La necesidad de que el consentimiento de la madre gestante se haya prestado de forma voluntaria y las medidas para un control efectivo al respecto; y (3) La prohibición de cláusula de rescisión del contrato a favor de la madre gestante.

En definitiva, este libro ofrece una visión completa de la jurisprudencia construida hasta ahora por el Tribunal Europeo en materia de derechos relativos a la autonomía reproductiva. Es un análisis de los primeros pasos que ha dado el Tribunal en la materia, así como una demostración de la prudencia o timidez con la que ha adoptado las decisiones hasta ahora. Según Pino, el Tribunal ha desaprovechado buenas oportunidades para pronunciarse de forma sustantiva sobre estos derechos. Pero, al mismo tiempo, parece que también comprende la cautela con la que actúa el Tribunal, en tanto que éste

pretende contar con la colaboración de los Estados en el proceso de reconocimiento de los derechos reproductivos, y no actuar contra ellos, pues ello podría resultar contraproducente.

Sea como fuere, el Tribunal ha optado por otorgar un amplio margen de apreciación a los Estados, asumiendo el posible riesgo de desamparo de derechos que ello conlleva. El debate, todavía hoy, parece radicar en hasta qué punto resulta justificable que el Tribunal limite la libertad legislativa de los Estados en pro de la protección efectiva y homogénea de derechos humanos a nivel europeo.

MIREIA MÁRQUEZ DE HARO

Universidad de Barcelona

e-mail: mireiamarquez99@gmail.com

**Luis Efrén RÍOS VEGA, Irene SPIGNO (dirs.), Fernando Gustavo RUZ
DUEÑAS (coord.),**

*Los derechos humanos en los tiempos de la pandemia Covid-19,
Tirant lo Blanch, México, 2022, 262 pp.*

RODRIGO SANTIAGO JUÁREZ

Academia Interamericana de Derechos Humanos
México

Palabras clave: Covid-19, derechos políticos, libertad de circulación, derecho a la privacidad, personas en situación de vulnerabilidad, Derecho comparado

Keywords: Covid-19, political rights, freedom of movement, right to privacy, people in a situation of vulnerability, comparative Law

La pandemia generada por el Covid-19 motivó que los gobiernos de todos los países hicieran frente a la crisis sanitaria restringiendo ciertos derechos con el objetivo de evitar los contagios. La libertad de circulación, los derechos políticos, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, entre otros, sufrieron limitaciones en su ejercicio a partir de directrices, normas y políticas públicas implementadas por las autoridades ante el elevado número de víctimas que durante los primeros meses de su aparición trajo la enfermedad al mundo entero.

Los efectos de esta crisis en distintos derechos humanos hacen del contexto de la pandemia un evento único por su dimensión y consecuencias en distintos niveles. La interdependencia de los derechos implica que la vulneración o restricción de un derecho humano incida en el ejercicio y goce de otros derechos. Si bien ese principio resulta válido en condiciones ordinarias, lo extraordinario de dicha situación incrementa aún más el nivel de influencia o impacto que la vulneración de un derecho tiene en algunos otros.

Además de las restricciones a la movilidad provocadas por la pandemia, las autoridades determinaron límites a la apertura de negocios lo que, con

el paso de las semanas, provocó el cierre de establecimientos y el despido de miles de personas. También se determinó la suspensión temporal de las actividades escolares que posteriormente fueron retomadas vía remota, lo que afectó de forma diferenciada a alumnas y alumnos con distinto nivel socioeconómico y conexión a internet, es decir, produjo un acceso desigual en el derecho a la educación.

Si bien toda la población mundial tuvo algún tipo de afectación por las medidas implementadas por las autoridades, el impacto de tales restricciones fue distinto en aquellos países con menor desarrollo económico y, sobre todo, en aquellos grupos de población que por su situación de vulnerabilidad no pueden afrontar en igualdad de circunstancias un contexto como el generado por la aparición de este nuevo virus.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha alertado sobre las implicaciones que tiene la desigualdad en la vulneración de los derechos. En la sentencia del *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos -en adelante, Corte IDH- destacó que los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como aquellas en condiciones de extrema pobreza; niñas, niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo de padecer discapacidades mentales, por lo que es significativo y directo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro.¹

En el *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, indicó que la extrema pobreza y la falta de adecuada atención médica a mujeres en estado de embarazo o post-embarazo son causas de alta mortalidad y morbilidad materna, por lo que los Estados deben brindar políticas de salud adecuadas que permitan ofrecer asistencia con personal entrenado para la atención de los nacimientos, políticas de prevención de la mortalidad materna e instrumentos adecuados en políticas de salud.²

Asimismo, en el *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*, estimó que por la condición socioeconómica y de vulnerabilidad de las víctimas, los daños ocasionados a su propiedad con motivo de un allanamiento tuvieron para ellas un efecto de magnitudes mayores que los que hubieran tenido para personas en otras condiciones, por lo que los Estados deben tomar en cuenta que los gru-

¹ Corte IDH, *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, 4 julio 2006, párr. 104.

² Corte IDH, *Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay*, 24 agosto 2010, párr. 233.

pos de personas que viven en situaciones adversas, como las condiciones de pobreza, enfrentan un incremento en el grado de afectación a sus derechos.³

En el *Caso González Lluy y otros vs. Ecuador*, recordó que el Protocolo de San Salvador establece que, entre las medidas para garantizar el derecho a la salud, los Estados deben impulsar la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, la prevención y el tratamiento de enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole, y la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.⁴

En el *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, indicó que existía una afectación desproporcional en contra de una parte de la población que compartía características relativas a su condición de exclusión, pobreza y falta de estudios. También constató que las víctimas compartían dichas características que las colocaban en una particular situación de vulnerabilidad.⁵

De igual manera, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos -en adelante Comisión IDH- destacó en un informe que la pobreza constituye un problema de derechos humanos que se traduce en obstáculos para el goce y ejercicio de los mismos en condiciones de igualdad real por parte de las personas y colectivos que viven en dicha situación, y que teniendo en cuenta la indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, la violación de los derechos económicos, sociales y culturales generalmente trae aparejada una violación de los derechos civiles y políticos.⁶

Ya en el contexto de la pandemia, la Comisión IDH publicó la Resolución No. 1/2020 en la que destacó que la pobreza que caracteriza al continente americano como la región más desigual del planeta, la falta o precariedad en el acceso al agua potable, la inseguridad alimentaria, la contaminación ambiental y la falta de vivienda adecuada, a lo que se suma la informalidad laboral que afecta a millones de personas, hacen más preocupante el impacto socioeconómico de la nueva enfermedad.⁷

³ Corte IDH, *Caso Uzcátegui y otros vs. Venezuela*, 3 septiembre 2012, párr. 204.

⁴ Corte IDH, *Caso González Lluy y otros vs. Ecuador*, 1 septiembre 2015, párr. 193.

⁵ Corte IDH, *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, 20 octubre 2016, párr. 417.

⁶ Comisión IDH, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, 7 septiembre 2017, párr. 3.

⁷ Comisión IDH, *Resolución No. 1/2020, Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, 10 abril 2020, pág. 3.

Como puede advertirse, las consecuencias que el nuevo virus ha tenido de una u otra forma en la población de todo el planeta se vuelven más evidentes tratándose de personas y grupos que enfrentan desigualdades de distintivo tipo, tales como la discapacidad, la pobreza, el desempleo y, en general, aquellas que enfrentan situaciones de vulnerabilidad.

En un contexto como el descrito, resulta fundamental que el análisis de la crisis sanitaria y de derechos humanos generada por el nuevo virus sea abordada no solamente a partir de las respuestas institucionales y de políticas públicas asumidas por los gobiernos de cada país, o desde los informes o estándares que en su momento han sido dados a conocer por los organismos internacionales y regionales de derechos humanos. Las universidades y centros de estudio tienen también la responsabilidad de contribuir a la solución de las problemáticas sociales que derivan de la crisis y al trabajo de difusión de los derechos humanos.⁸

La Academia Interamericana de Derechos Humanos -en adelante Academia IDH- es un Centro de Investigación especializado en derechos humanos en México, que tiene diversas colecciones de libros con la editorial Tirant lo Blanch. En una de esas colecciones, que tiene por nombre Derechos Humanos Siglo XXI, se publicó en 2022 la obra *Los derechos humanos en los tiempos de la pandemia Covid-19*, bajo la dirección del doctor Luis Efrén Ríos Vega y la doctora Irene Spigno, y coordinado por Fernando Gustavo Ruz Dueñas.

Como se menciona en la presentación del libro, la pandemia generada por el Covid-19 nos ha llevado a vivir una situación inédita, recordándonos lo frágil y vulnerables que somos como personas y, en general, como humanidad. En muy poco tiempo el mundo cayó bajo los efectos de una crisis de salud pública que puso en riesgo, sin distinción alguna, la vida de todas y todos nosotros.

La crisis sanitaria tuvo diferentes impactos en el goce y disfrute de los derechos humanos, pero, como lo advirtió la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, el virus no discrimina, pero sus efectos sí, por lo que las personas más débiles, quienes no tie-

⁸ ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los defensores de los derechos humanos relativo a su misión a México*, Consejo de Derechos Humanos, A/HRC/37/51/Add.2, 12 febrero 2018, párr. 118: "El Relator Especial recomienda a las instituciones de educación superior que integren en sus programas y actividades la promoción de los derechos humanos, participen en acciones destinadas a hacer frente a los graves desafíos en materia de derechos humanos que existen en México y se abstengan de obstaculizar el ejercicio de los derechos humanos fundamentales en el sector de la enseñanza superior".

nen o perdieron su trabajo, no pueden quedarse en casa o viven en pobreza extrema, tienen una mayor vulnerabilidad y menor posibilidad de enfrentar esta lucha.

En el primer apartado del libro, denominado "*Desafíos de la impartición de justicia en tiempos de pandemia*", se incluyen dos capítulos a cargo de María del Camino Vidal Fueyo, de la Universidad de Burgos, y María del Carmen Galván Tello, de la Universidad Autónoma de Coahuila, respectivamente, que guardan relación con los cambios llevados a cabo en los órganos jurisdiccionales para no exponer a quienes laboran en dichos tribunales ni, por supuesto, a los justiciables, al riesgo de contagio. La justicia remota o la justicia digital obedece a esa realidad que el nuevo virus impuso a los imparcidores de justicia y que, con seguridad, impulsará nuevos cambios que trascenderán la pandemia.

Para Antonio Pérez Luño, el signo de nuestro tiempo se distingue por la omnipresencia de las nuevas tecnologías en todos los aspectos de la vida individual y colectiva, y en los últimos años se ha ampliado su incidencia en amplios sectores de la experiencia jurídica y política.⁹ El uso de las tecnologías de la información y la comunicación ha cobrado una importancia fundamental en los servicios públicos, circunstancia que la pandemia ha acelerado al exigir cambios acordes a la actual situación. El derecho de acceso a la justicia será quizá uno de los que resultarán más beneficiados ante las nuevas prácticas que facilitan la interposición de demandas y la impartición de justicia sin la presencia física de personas en los tribunales.

El segundo apartado, denominado "*Derecho de circulación, libertades de movimiento y derecho a la privacidad*" contiene dos capítulos a cargo de Ana Ylenia Guerra Vaquero, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, y Víctor Samuel Peña, de El Colegio de Sonora, quienes en sendos textos abordan lo relativo a las limitaciones a la libertad de circulación impuestas como consecuencia del estado de alarma en España, y a la necesidad de proteger los datos personales en el escenario de la pandemia, respectivamente.

La limitación de circulación fue quizá la primera reacción y la más urgente implementada por los gobiernos de todo el mundo para frenar los contagios, y también la que motivó impactos de distinto tipo, por ejemplo, en el derecho al trabajo, lo que tuvo implicaciones diferentes en países donde el

⁹ A.E. PÉREZ LUÑO, *¿Ciberciudadanía o ciudadanía.com?*, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 57

trabajo informal, como en México, es ejercido por una mayoría de la población. En cuanto a los derechos a la privacidad y la protección de los datos, los mismos deben ser protegidos en el contexto de la pandemia, situación de emergencia que no justifica dar a conocer información que por su contenido vulnere los derechos de ninguna persona.

El tercer apartado del libro lleva por título “*Pandemia y derechos políticos*”, y cuenta con dos artículos, el primero escrito por Janeyri Boyer Carrera, de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en el que aborda lo relativo a la necesidad de garantizar los derechos políticos durante la nueva normalidad, y el segundo redactado por María del Carmen Carreón Castro, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sobre la manera en que en México se protegieron los derechos políticos durante la crisis derivada de la pandemia.

Ante un confinamiento obligado por las circunstancias, y anteponiendo la salud de todas las personas, en diversos países se aplazaron las elecciones a fin de determinar un mejor momento en el que la situación permitiera celebrar comicios sin exponer a las personas al virus. En Bolivia, por ejemplo, las elecciones presidenciales se aplazaron en dos momentos, pues la fecha originalmente prevista para las elecciones el 3 de mayo, se cambió primero al mes de septiembre y por último al 18 de octubre de 2020.

En México, la jornada electoral establecida originalmente el 7 de junio para los procesos electorales en los estados de Coahuila e Hidalgo, también fue aplazada por la pandemia, por lo que fue celebrada el 18 de octubre de 2020. Si bien en los Estados Unidos no fue modificada la fecha de la elección presidencial de 3 de noviembre de 2020, lo cierto es que la pandemia sí introdujo cambios importantes en la manera en que se ejerció el voto por mensajería.

Con relación a ello, la Organización de Estados Americanos (OEA) destacó que mantener una fecha prevista para la celebración de comicios tiene implicaciones sanitarias y de salud, mientras que posponer la misma acarrea consideraciones constitucionales y legales, pero ambas decisiones tienen efectos políticos. Por ello, se deben afrontar de manera simultánea tanto la gestión de la crisis como las medidas para mantener el orden constitucional, pues en el correcto ejercicio de los derechos políticos descansa el sistema democrático.¹⁰

¹⁰ OEA, *La Carta Democrática Interamericana. Guía de acción política para enfrentar la pandemia de Covid-19*, 2020, p. 13.

Finalmente, el cuarto apartado denominado “*Pandemia y DESCA*” cuenta con dos artículos, el primero a cargo de Flávia Piovesan, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Mariela Morales Antoniazzi, del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Público Internacional y Renata Rossi Ignácio, de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo, que versa sobre los estándares interamericanos relacionados con el reconocimiento y protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el contexto de la pandemia.

Finalmente, el segundo artículo de este último apartado fue escrito por Joaquín A. Mejía Rivera, integrante del Equipo de Reflexión, Investigación y Comunicación por los Derechos Humanos y Rafael Jerez Moreno, de la Asociación por una Sociedad más Justa, y guarda relación con las consecuencias que tiene la corrupción en el derecho a la salud, en un contexto de gravedad y urgencia como el que esta nueva enfermedad impuso a nuestras vidas.

Los derechos DESCA, como mencionan quienes escriben dichos artículos, han sido motivo de informes y sentencias de las instituciones que conforman el Sistema Interamericano de Derechos Humanos -algunas de las cuales han sido expuestas en esta reseña-, y su vulneración puede originarse también por problemas tan presentes en distintas latitudes como la corrupción.¹¹

En definitiva, en este nuevo libro de la Academia IDH sus lectoras y lectores se verán beneficiados por artículos que abordan diversas problemáticas y que interesan no solo por su gran actualidad, sino porque tienen que ver con la protección y reconocimiento de los derechos humanos de todas y todos nosotros en un contexto complejo como el que la nueva enfermedad trajo para el mundo entero.

RODRIGO SANTIAGO JUÁREZ
Academia Interamericana de Derechos Humanos
México
e-mail: rosantiagoj@gmail.com

¹¹ Sobre el tema de la vinculación entre la corrupción y la vulneración a los derechos humanos véase: Comisión IDH, *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*, 6 diciembre 2019.

NOTICIAS

**Durante el año 2023 un equipo
del Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba
trabajará en el estudio
“Los procesos de desinstitucionalización y transición
hacia modelos de apoyo personalizados y comunitarios”
(Estudio EDI)**

Durante mucho tiempo, en la mayor parte de las regiones del mundo, el alojamiento de larga duración en instituciones separadas de la comunidad ha sido considerado como la mejor manera de proporcionar cuidados y asistencia a grupos en situación de vulnerabilidad.

Por ejemplo, *el enfoque institucional ha prevalecido en la atención prestada por parte de los servicios sociales tanto a niños, niñas y jóvenes en situación de riesgo o desamparo o sin apoyo familiar como a personas adultas que presentan diversas necesidades de apoyo o asistencia entre las que se encuentran las personas con discapacidad, las personas mayores y las personas en situación de sinhogarismo.*

Sin embargo, en los últimos años, diversos estudios han subrayado las *ventajas que la asistencia de base comunitaria* presenta frente a la asistencia institucional en cuanto a calidad y costes. Y, sobre todo, han puesto de relieve que *ciertos elementos definitorios de la “institucionalización” o “cultura institucional” presentan serios problemas desde un enfoque de derechos humanos.* El modelo de asistencia institucional implica para todas las categorías de personas usuarias del sistema de atención, la segregación y el aislamiento de la comunidad, la pérdida de su capacidad de elección y del control de las decisiones que les afectan y la imposición de formas y sistemas de vida determinados.

Asimismo, *diferentes instrumentos y organismos internacionales y europeos han defendido la necesidad de transformar el modelo de atención articulando alternativas de vida en la comunidad con los apoyos que se precisen en cada situación, necesidad que se ha hecho más evidente tras la pandemia COVID 19.*

A pesar de ello, *en el sistema español han faltado estrategias y planes para abordar la transición hacia el modelo de atención en la comunidad.*

En este contexto, el objetivo principal del estudio EDI consiste en desarrollar una investigación exhaustiva que permita realizar un diagnóstico fiel de la realidad y la situación de la que partimos y ofrezca un asesoramiento eficaz sobre el modo más adecuado de abordar con garantías el cambio de paradigma desde un modelo de cuidados basado en las instituciones, a un modelo basado en el marco de los derechos humanos, desde un enfoque de desarrollo comunitario y centrado en el proyecto de vida de cada persona.

Este objetivo principal se concreta en una serie de objetivos más específicos, entre los que destacan los siguientes: 1) Obtener información actualizada de los aspectos centrales de la asistencia institucional que se presta en este momento en España a niños, niñas, y adolescentes en situación de riesgo o desamparo o sin apoyo familiar, personas con discapacidad, personas mayores o personas en situación de sinhogarismo 2) Aportar evidencias rigurosas y comprensivas sobre los procesos de desinstitucionalización y sobre las claves para avanzar en el desarrollo de alternativas de vida elegida en la comunidad 3) Identificar buenas prácticas sobre procesos de desinstitucionalización 4) Facilitar la toma decisiones informada para afrontar cambios en los sistemas de apoyo a las personas afectadas por los procesos de institucionalización 5) Realizar recomendaciones de futuro para la prevención de la institucionalización de personas en situación de vulnerabilidad y el desarrollo de alternativas reales y de calidad de vida en la comunidad cualquiera que sea el momento del ciclo vital de las personas 6) Plantear y desarrollar el marco ético, normativo y financiero desde el que desarrollar con éxito procesos de desinstitucionalización en el contexto español.

En el estudio participan más de 50 personas (tanto personal investigador experto en los diferentes temas abordados en el estudio como personal encargado de la coordinación y comunicación). En su desarrollo se combinan *métodos empíricos y documentales y herramientas cuantitativas y cualitativas*: Entrevistas, Grupos de Discusión y Encuestas; Análisis de casos; Análisis de bases de datos; Análisis documental y bibliográfico; Análisis normativo y jurisprudencial y Seminarios.

El estudio EDI se enmarca en el contexto de un “servicio de asistencia técnica para la realización de un estudio de investigación sobre los procesos de desinstitucionalización y transición hacia modelos de apoyo personalizados y comunitarios en España”, del Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030.

En este sentido, forma parte de los compromisos adquiridos por el Gobierno de España dentro del Componente 22 del Plan de Recuperación

Transformación y Resiliencia, donde se menciona la necesidad de “reforzar la atención a la dependencia y promover el cambio de modelo de apoyos y cuidados de larga duración”. Dentro de este Plan se están desarrollando otros dos proyectos en paralelo al estudio EDI: la Estrategia Estatal de Desinstitucionalización y la Plataforma de Innovación social VIDAS.

Con el desarrollo de este estudio el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba pretende contribuir desde la academia a hacer realidad el derecho que tienen todas las personas a una buena vida en la comunidad, a *desarrollar libremente sus planes y proyectos de vida en un mundo del que también forman parte y a contar con oportunidades y apoyos suficientes para lograrlo.*

Más información en <https://www.estudiodesinstitucionalizacion.gob.es/>

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

**Webinar internacional “Digital inequalities”,
Universidad Carlos III de Madrid, 6-8 diciembre 2022**

La Universidad Carlos III de Madrid ha sido la sede virtual en diciembre de 2022 del webinar sobre “Digital inequalities”, dirigido por Oscar Pérez de la Fuente y Jędrzej Skrzypczak, que contó con la participación de expertos internacionales en la materia. El evento se llevó a cabo a través de la plataforma en línea de la universidad, permitiendo el acceso a un amplio público interesado en el tema.

Los expertos se dividieron en paneles que abordarán diferentes aspectos clave relacionados con las desigualdades digitales. Entre los temas a tratar se encuentran inteligencia artificial, algoritmos, desinformación, trabajo digital, economía de plataformas, ciberseguridad, cibercrimen, videojuegos, *big data*, esfera pública digital, clase económica, género, sexualidad, raza y etnia, envejecimiento, discapacidad, atención médica, educación, residencia rural, redes y políticas públicas, entre otros.

El objetivo principal del evento es fomentar el diálogo y el intercambio de ideas entre académicos, profesionales y estudiantes, con el fin de buscar soluciones y enfoques novedosos para abordar los desafíos que plantean las desigualdades digitales en la sociedad contemporánea.

En la sesión del 6 de diciembre de 2022 de este webinar internacional, destacados expertos de diversas instituciones académicas debatieron temas relacionados con las desigualdades en tecnologías disruptivas, algoritmos, derechos humanos y justicia lingüística. Los ponentes compartieron sus investigaciones y conocimientos en un evento que reunió a especialistas de distintos países y disciplinas.

Rosa María Ricoy, de la Universidad de Vigo, inició el evento analizando las desigualdades en el uso de algunas tecnologías disruptivas y su impacto en diferentes ámbitos de la sociedad. Jędrzej Skrzypczak, de la Adam Mickiewicz University in Poznan, presentó un estudio sobre la brecha digital desde la perspectiva de los derechos humanos, con un enfoque en el caso de Polonia en el contexto europeo. Por su parte, Jesús Mora, de la Universidad de Valencia, abordó el tema de la discriminación algorítmica y las jerarquías de estatus en un escenario de igualitarismo de suerte perfecta.

El Dr. hab. Bartosz Hordecki, también de la Adam Mickiewicz University in Poznan, expuso sobre la búsqueda de justicia lingüística en

el caso del idioma ucraniano en la esfera mediática electrónica polaca después del 24 de febrero de 2022. Oscar Pérez de la Fuente, de la Carlos III University of Madrid, abordó el tema de las minorías, el discurso de odio y la red, discutiendo cómo se manifiestan estos problemas en el entorno digital y sus posibles soluciones. Finalmente, Piotr Jablonski y Monika Jablonska, también de la Adam Mickiewicz University in Poznan, debatieron sobre el determinismo tecnológico de la Generación «C» y la exclusión en línea.

En la sesión del 8 de diciembre 2022, de este Webinar internacional, expertos de diversas instituciones abordaron temas cruciales relacionados con la era digital y sus efectos en la sociedad, la educación y la justicia. Los panelistas provenían de distintos países y compartieron sus investigaciones y puntos de vista sobre la relación entre las plataformas de redes sociales y los conflictos híbridos, las desigualdades en la educación y la justicia, y la inclusión digital de refugiados en la esfera pública digital de la Unión Europea.

El Capitán Ádám Farkas, de la University of Public Service, y Roland Kelemen, de la Széchenyi István University, discutieron la relación entre las redes sociales y los conflictos híbridos, analizando cómo estas plataformas pueden influir en la dinámica de los conflictos y la manipulación de la opinión pública. Lilian Castiglione Felix Silva, de la Université Sorbonne Nouvelle -Paris 3- IHEAL, presentó su investigación sobre si la revolución digital puede contribuir a resolver las desigualdades, explorando cómo la tecnología puede ser una herramienta para combatir la discriminación y promover la equidad.

En el ámbito de la educación, Cilaine Lourenço, de la Universidade Cândido Mendes, y Monique Falcão, de la St. Ursula University, Brasil, debatieron sobre el derecho a la educación en Brasil y si este es efectivamente garantizado para todos los niños y adolescentes en el país. El Dr. D. Ravindra Satish Babu, de la Yogi Vemana University, presentó un estudio de caso sobre la brecha digital en la educación y el sistema judicial en el distrito de Kurnool, Andhra Pradesh, India, centrándose en las comunidades SC/ST. Por último, Zühal Ünalp Çepel, de la Dokuz Eylül University, Turquía, planteó la pregunta de si la nacionalidad de los refugiados influye en la igualdad dentro de la esfera pública digital de la Unión Europea, abordando la inclusión digital de esta población vulnerable.

Este evento académico ofreció una oportunidad única para intercambiar ideas y compartir conocimientos entre expertos de diversas disciplinas y regiones, destacando la importancia de la colaboración internacional para abordar los desafíos y oportunidades que plantean las desigualdades en el acceso a la tecnología y la era digital.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

CV DE LOS PARTICIPANTES

TOMMASO GRECO

Es catedrático de Filosofía del Derecho en el Departamento de Derecho de la Universidad de Pisa, donde también es director del Centro Interdepartamental de Bioética. Dirige la serie "Bobbiana" de la editorial Giappichelli y la revista de historia de la filosofía del derecho "Diacronia". Ha publicado libros y artículos sobre el pensamiento de Norberto Bobbio y Simone Weil y ensayos sobre la relación entre derechos y deberes.

AGUSTÍN SQUELLA

Nacido en 1944. Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales por la entonces sede de Valparaíso de la Universidad de Chile. Doctor en Derecho. Ha sido profesor de Introducción al Derecho y de Filosofía del derecho en la Universidad de Valparaíso y Universidad Diego Portales. Autor de libros sobre el contenido programático de esas dos asignaturas y, últimamente, sobre Igualdad, Libertad, Fraternidad, Democracia, Derechos Humanos, Desobediencia, y Justicia, en los que se analiza cada una de dichas palabras. Integró la ex Convención Constituyente de Chile y es Miembro de Número de la Academia de Ciencias Sociales, Políticas y Morales del Instituto de Chile. Fue rector de la Universidad de Valparaíso (1990-1998) y en 2009 recibió el Premio Nacional de Humanidades y Ciencias Sociales. Integra el Consejo Científico de la revista *Derechos y Libertades*.

VÉRONIQUE CHAMPEIL-DESPLATS

Profesora catedrática y vicerrectora delegada a la Investigación en la Université de Paris Nanterre. Es también vicepresidente del Consejo nacional de las universidades, presidente de la Sección francesa de filosofía jurídica y directora de la *Revue des droits de l'homme* (<http://revdh.org/>). Ha escrito entre otros estos tres libros, *Norberto Bobbio: pourquoi la démocratie*, Michel Hougaard éditeur, 2008; *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Paris, Dalloz, collection Méthode juridique, 3^{ème} éd. 2022 y *Théorie générale des droits et libertés*, Paris, Dalloz, collection «A droit ouvert», 2019, 476 p.

MARÍA ISOLINA DABOVE

Abogada graduada en la Universidad Nacional de Rosario (1988). Doctora en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid (1998) y dos veces posdoctorada en la Universidad de Valladolid (2009 y 2010).

Investigadora Principal del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio Lucas Gioja" de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de la Universidad Nacional de Rosario, del Centro de la Provincia de Buenos Aires, de Córdoba y de Buenos

Aires, y el Derecho de la Vejez. Las líneas centrales de trabajo están referidas a la Filosofía del Derecho, los Derechos Humanos y al Derecho de la Vejez.

REYNALDO BUSTAMANTE ALARCÓN

Doctor en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional y de la Facultad de Derecho de esta casa de estudios. Graduado del posgrado en Derecho Español por la Universidad Alcalá de Henares. Autor de varios libros y artículos jurídicos.

ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS

Es Profesor Titular de Derecho Constitucional a tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ha sido profesor de Derecho Constitucional en las Universidades de Barcelona y de Girona. Investigador en numerosos proyectos de investigación competitivos y de excelencia, en distintas universidades españolas, con grupos sumamente interdisciplinares. Algunas de las líneas de investigación desarrolladas han sido: diversidad cultural y religiosa, teoría de los derechos humanos y derechos sociales; derechos de los pueblos indígenas, pluralismo jurídico y autonomías indígenas; derechos humanos y diversidad religiosa; educación intercultural en derechos humanos. Es director de la Clínica Jurídica Loiola de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto y director del Experto de Derechos de los Pueblos Indígenas.

JORDI FEO VALERO

Doctor en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universitat de València. Actualmente trabaja como profesor de los grados de Derecho y Relaciones Internacionales en la Universidad Internacional de Valencia. Entre 2017 y 2020 ejerció como profesor invitado en el Human Rights Research and Education Center de la Universidad de Ottawa (Canadá), donde coordinó el proyecto asociado al Relator Especial de las Naciones Unidas para la Independencia de magistrados y abogados. Entre sus últimas publicaciones cabe destacar: *El derecho a la protesta pacífica y la independencia del Poder Judicial: el papel de una judicatura independiente en un escenario pacífico de confrontación social desde la perspectiva de los derechos humanos*. Anuario español de derecho internacional (2021) y *La relación de la industria extractiva canadiense con los pueblos indígenas en Colombia (2011-2019)*. Revista Internacional de Derechos Humanos (2022).

DAVID VILA-VIÑAS

Profesor sustituto de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla. Acreditado como profesor contratado doctor. Licenciado en Derecho, DEA y PhD en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad de Zaragoza. Desde la perspectiva de la gubernamentalidad, ha trabajado sobre las racionalidades políticas contemporáneas, el derecho y las políticas públicas en las áreas de gobierno social, control formal, familia, infancia y economía del conocimiento.

ALEXANDER ESPINOZA RAUSSEO

Es Académico Investigador y Profesor Asociado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas, Sede Viña del Mar. Es Director General del Instituto de Estudios Constitucionales. Obtuvo el título de Magister Legum (LL.M.), Cum Laude, por la Universidad de Passau, Alemania, y el título de Doctor en Derecho (Dr. iuris), por la misma universidad. Recibió el Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2015-2016, "Obispo Fray Francisco del Rincón", por el trabajo titulado: El efecto irradiante del derecho de reunión. Alemania, España y Venezuela. Ha participado en congresos internacionales y nacionales y ha realizado numerosas publicaciones en revistas y editoriales de reconocido prestigio.

JHENNY RIVAS ALBERTI

Es Académica Investigadora y Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas, Chile, Sede Viña del Mar. Es Directora Académica y de Investigación del Instituto de Estudios Constitucionales. Abogada *Summa Cum Laude*, por la Universidad Central de Venezuela. Obtuvo el Diploma de Estudios Avanzados (DEA), Suficiencia investigadora en el área de derecho constitucional, Sobresaliente, por la Universidad Nacional de Educación a Distancia, España (UNED) y el título de Doctora en Derecho, Sobresaliente *Cum Laude*, por la Universidad de Zaragoza, España. Recibió el Premio Academia de Ciencias Políticas y Sociales 2013-2014 Mención Profesionales por el trabajo: "*El Principio del Pluralismo Informativo y Libertad Audiovisual en el Área Televisiva*". Ha participado en congresos internacionales y nacionales y ha realizado numerosas publicaciones en revistas y editoriales de reconocido prestigio.

MARTA MIRA-ALADRÉN

Es estudiante del Programa de Doctorado en Sociología de las Políticas Públicas y Sociales de la Universidad de Zaragoza. Máster en Sociología de las Políticas Públicas y Sociales, donde obtuvo el Premio Extraordinario de Fin de Estudios, y Graduada en Filosofía y en Trabajo Social por la Universidad de Zaragoza. Actualmente cuenta con un contrato predoctoral del Gobierno de Aragón en la Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo. Desde 2010 ha trabajado en diversas entidades sociales dedicadas al trabajo comunitario y la atención a personas con discapacidad y ha sido becaria de apoyo en diversos servicios de la Universidad de Zaragoza, con especial dedicación en la Oficina Universitaria de Atención a la Diversidad, donde continúa colaborando. Es miembro del Instituto Universitario de Investigación en Empleo, Sociedad Digital y Sostenibilidad, y colabora con el grupo consolidado de investigación Bienestar y Capital Social. Su Trabajo Fin de Máster recibió el Premio de Investigación de la Cátedra de Vivienda de la Universidad de Zaragoza.

JAVIER MARTÍN-PEÑA

Es Doctor en Psicología por la Universidad de Barcelona, en la cual ha sido profesor en las Facultades de Psicología y Derecho. Actualmente, es Profesor Titular en el Departamento de Psicología y Sociología, en el área de psicología social, en la Facultad de Ciencias Sociales y Trabajo (Universidad de Zaragoza). Recibió el premio de investigación victimológica "Antonio Beristain" por el Instituto Vasco de Criminología (Universidad del País Vasco). Es investigador del grupo "Invictus Investigación" (Universidad de Barcelona) y del grupo "Bienestar y Capital Social" (Universidad de Zaragoza). Sus principales intereses de inves-

tigación se refieren a temas vinculados con la psicología social. Ha sido investigador visitante en la Universidad de Tilburg (Países Bajos), en el John Jay College of Criminal Justice, City University of New York (Estados Unidos) y en la Universidad Autónoma de Yucatán (México).

MARTA GIL LACRUZ

Es doctora en psicología y sociología. Su tesis: "Sistema sanitario y comunidad" fue premio extraordinario de doctorado en Ciencias Sociales de la Universidad de Zaragoza. Actualmente, es profesora titular del área de psicología social de la Facultad de Ciencias de la Salud de la Universidad de Zaragoza. Directora del grupo consolidado de investigación Bienestar y Capital Social. Entre sus publicaciones destacan la monografía editada por el Centro de Investigaciones Sociológicas: "Salud y fuentes de apoyo social"; "Guía didáctica de Psicología social", publicada por Promolibro, "Psicología Social y Salud"; y "Psicología Social y Bienestar" ambos editados de Prensas Universitarias además de numerosos capítulos de obras colectivas y artículos relativos a los aspectos teórico-aplicados de la psicología social de la salud, los estilos de vida y sus determinantes sociales.

M^a DOLORES PÉREZ JARABA

Es profesora de Filosofía del Derecho de la Universidad de Jaén. Sus principales líneas de investigación son: derechos humanos, mediación, género e interpretación y argumentación jurídica, temas sobre los cuales, cuenta con diversas publicaciones, entre las que se encuentra su libro, *Teorías de la mediación y derechos fundamentales*.

Instrucciones para publicación de artículos en Derechos y Libertades

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la Norma AENOR UNE 50-133-94 (equivalente a ISO 215:1986) sobre Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie y la Norma AENOR UNE 50-104-94 (equivalente a ISO 690:1987) sobre Referencias bibliográficas.

- La extensión máxima de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).
- Los originales serán sometidos a informes externos anónimos que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Derechos y Libertades no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derechos y Libertades comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos y Libertades. Los originales no serán devueltos a sus autores.
- Se deben entregar en soporte informático PC Word a las direcciones electrónicas de la Revista (fcojavier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es). Para facilitar el anonimato en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, ORCID, dirección postal de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas.
- Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y la separata digital.

Derechos y Libertades recomienda el uso de lenguaje inclusivo en los trabajos presentados para su evaluación. Asimismo, la Revista informará sobre aquellos trabajos que tengan en cuenta el género en sus datos de origen

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes reglas de cita como condición para la aceptación de los trabajos:

Libros: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9^a ed., Madrid, 1998.

Trabajos incluidos en volúmenes colectivos: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Artículos contenidos en publicaciones periódicas: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión cit., Como por ejemplo: M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, cit.

Los artículos deberán enviarse siguiendo las reglas de edición del siguiente formato:

TITULO PRINCIPAL TIMES NEW ROMAN 14 MAYÚSCULA NEGRITA

TITULO EN INGLÉS TIMES NEW ROMAN 14 MAYÚSCULA NORMAL CURSIVA

AUTOR TIMES NEW ROMAN VERSALITAS 12

Universidad Times New Roman Cursiva normal 12

Resumen: *Resumen, cursiva, Times New Roman 12*

Abstract: *Resumen en inglés, cursiva, Times New Roman 12*

Palabras clave: Times New Roman, 12, normal, separadas por comas, sin punto final.

Keywords: Times New Roman, 12, normal, separadas por comas, sin punto final.

1.- TITULO NIVEL 1, TIMES NEW ROMAN, 12, MAYÚSCULA NORMAL

1.1.- Titulo nivel 2, Times New Roman, 12, minúscula, negrita

1.1.1.- Titulo nivel 3, Times New Roman, 12, minúscula, cursiva

1.1.1.1.- Titulo nivel 4, Times New Roman, 12, minúscula, negrita

Texto del artículo, Times New Roman 12, interlineado 1,5, sangría 1 tabulador primera línea¹

AUTOR FIRMA TIMES NEW ROMAN VERSALITAS 12

Universidad Times New Roman Cursiva normal 12

Dirección postal Times New Roman Cursiva normal 12

E-mail: email Times New Roman Cursiva normal 12

1 Texto de las notas al pie, Times New Roman, normal, 10.

Instructions for publishing articles in Derechos y Libertades

Instructions for authors established following the norm AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about Presentation of articles in periodic and serial publications and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about Bibliographic references.

- The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1,5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1,5 space. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (5 max.) both in Spanish and English.
- Originals will be submitted to an anonymous and external referee that could: a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derechos y Libertades will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derechos y Libertades as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while the time it is under Derechos y Libertades consideration for publishing. Originals will not be returned to their authors.
- Two copies of the articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (fcojavier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es). For facilitating the anonymity of the external referee, author's details should be omitted in one of the copies. In a separated file, It should be included these details: author's name, ORCID, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.
- Authors of the published articles will receive an issue of the review and a digital copy of their own article.
- Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades recommends the use of inclusive language in the articles submitted for evaluation. Likewise, the journal will report on those articles that take gender into account in their source data.

Derechos y Libertades establishes the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9^a ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: L. FERRAJOLI, "La semantica della teoría del diritto" en U. SCAPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Articles included in periodic publications: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm 1, 1981, pp.2-28;

In order to avoid the repetition of references is recommended the use of the expression cit.. As for instance, (M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, cit.).

The articles must be sent following the editing rules of the following format:

**MAIN TITLE TIMES NEW ROMAN 14 UPPERCASE BOLD, CENTERED
JUSTIFIED**

*TITLE IN ENGLISH TIMES NEW ROMAN 14 UPPERCASE REGULAR ITALICS
CENTERED JUSTIFIED*

AUTOR TIMES NEW ROMAN SMALL CAPS 12
Universidad Times New Roman regular italics 12

Resumen: *Abstract in Spanish, italics, Times New Roman 12*

Abstract: *Abstract in English, italics, Times New Roman 12*

Palabras clave: Times New Roman, 12, regular, separated by commas, no full stop.

Keywords: Times New Roman, 12, regular, separated by commas, no full stop.

1.- TITLE LEVEL 1, TIMES NEW ROMAN, 12, UPPERCASE REGULAR

1.1.- Title level 2, Times New Roman, 12, lowercase, bold

1.1.1.- Title level 3, Times New Roman, 12, lowercase, italics

1.1.1.1.- Title level 4, Times New Roman, 12, lowercase, bold

Text of the article, Times New Roman 12, spacing 1,5, bleeding 1 tab in the first line¹.

AUTHOR SIGNATURE TIMES NEW ROMAN SMALL CAPS 12
University Times New Roman, italics regular 12
Address Times New Roman, italics regular 12
E-mail: email Times New Roman, italics regular 12

1 Text of the footnotes, Times New Roman, regular, 10.

DERECHOS Y LIBERTADES

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2023), dos números al año

Abonaré la cantidad de 44,00 € (IVA incluido) por la suscripción anual

Nombre y Apellidos _____

Institución _____

Dirección _____

CP _____ DNI/CIF _____

Población / Provincia _____

Teléfono _____ Fax _____

e-mail _____

Efectuaré el pago mediante domiciliación bancaria

(En caso de que no disponga de cuenta bancaria para hacer el pago, envíenos un e-mail a info@dykinson.com para buscar otra forma de pago)

Titular de la cuenta _____

Datos de la cuenta (IBAN incluido):

Firma (imprescindible)

Fecha:

Remitir a Dykinson, S.L. (C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid – Fax 915446040)

Los datos que nos facilite serán tratados con la máxima confidencialidad. Serán incorporados a nuestros ficheros a efectos de informarle sobre bibliografía, teniendo usted derecho a solicitar su consulta, actualización o anulación.

DERECHOS Y LIBERTADES
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

Suscripción formato papel

2 números 44,00 €
Número suelto 25,00 €

Suscripción on-line

2 números 40,00 €
Número suelto 22,00 €
Artículo suelto 6,00 €



ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- La ley de la confianza. En las raíces del Derecho por *Greco, Tommaso*
- Derechos y tecnologías por *Asís Roig, Rafael de*
- Los determinantes sociales de la salud:más allá del derecho a la salud por *Lema Añón, Carlos*
- Teorías de la mediación y derechos fundamentales por *Pérez Jaraba, Mª Dolores*
- La plausibilidad del derecho en la era de la inteligencia artificial. Filosofía carbónica y filosofía silícica del derecho por *Campione, Roger*
- Filosofía de la vulnerabilidad. Percepción, discriminación, derecho por *Zanetti, Gianfrancesco*
- Los derechos de los animales en serio por *Rey Pérez, José Luis*
- La idea de persona y dignidad humana por *Bustamante Alarcón, Reynaldo*
- En defensa del estado de derecho. Debilidades y fortalezas del estado de derecho a propósito de las críticas de Carl Schmitt por *Campoy Cervera, Ignacio*
- El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral por *Marcos del Cano, Ana Mª (directora)*
- Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional por *Serra, María Laura*
- Nacidos para salvar. Un estudio ético-jurídico del “bebé medicamento” por *Pinto Palacios, Fernando*
- La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación por *Ara Pinilla, Ignacio*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

**CUADERNOS
"BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS"**

- El derecho frente a la exclusión. Los límites del derecho antidiscriminatorio *por Barranco Avilés, Mª del Carmen*
- Sobre la privación de la libertad por motivos de discapacidad. La cuestión de los internamientos voluntarios *por Cuenca Gómez, Patricia*
- Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos *por Barranco Avilés, Mª del Carmen*
- Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas. Superposiciones entre las teorías de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y el feminismo en la reformulación de conceptos y estrategias político-jurídicas *por Monereo Atienza, Cristina*

Debates del Instituto Bartolomé de las Casas

- Current issues on Human Rights *por Lazarski, Christopher, García Cívico, Jesús y Sungurov, Alexander*
- Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas *por Campoy Cervera, Ignacio*
- Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria *por Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.)*
- La Laicidad *por Pele, Antonio*
- Ética y medicina *por Ramiro Avilés, Miguel Ángel*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

DERECHOS Y LIBERTADES

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS

ÍNDICE #49

MONOGRÁFICO “LA LEY DE LA CONFIANZA”

- Tommaso Greco: *El Derecho de la confianza*

MONOGRÁFICO “FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS EN EL PENSAMIENTO DE G. PESES-BARBA. UNA MIRADA DESDE OTRAS LATITUDES”

- Agustín SQUELLA: *Peces-Barba, América Latina y los derechos humanos*
- Véronique CHAMPEIL-DESPLATS: *La teoría general de los derechos fundamentales de Gregorio Peces-Barba: una mirada desde Francia*
- María Isolina DABOVE: *Complejidad de los derechos fundamentales. Historia y perspectiva del enfoque de Peces-Barba*
- Reynaldo BUSTAMANTE ALARCON: *Una aproximación a los elementos metodológicos e ideológicos del pensamiento de Gregorio Peces-Barba*

ARTÍCULOS

- Asier MARTÍNEZ DE BRINGAS: *La política del Antropoceno. Hacia un fundamento común de las responsabilidades planetarias*
- Jordi FEO VALERO: *Aplicación y límites del derecho a la libertad de expresión de jueces y magistrados en el Derecho internacional*
- David VILA-VINAS: *La efectividad de los derechos sociales en el empleo de hogar y de cuidados en España desde la perspectiva del destinatario del derecho. Algunas innovaciones en la elaboración normativa y en los medios de tutela*
- Alexander P. ESPINOZA RAUSSEQ, Jhenny de Fátima RIVAS ALBERTI: *La formación en ciudadanía en la esfera pública. Las relaciones jurídicas quasi públicas en el caso de la desegregación racial en las escuelas de los Estados Unidos*
- Marta MIRA ALADRÉN, Javier MARTÍN PEÑA, Marta GIL LACRUZ: *Discapacidad y servicios sociales: analizar la accesibilidad en la complejidad institucional*
- Mª Dolores PÉREZ JARABA: *La justicia y la consecución de la paz en la Agenda 2030 sobre Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de Naciones Unidas. Un derecho de las mujeres a través de la mediación*

RECENSIONES

- *Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho*, Fernando H. Llano Alonso (dir.), Joaquín Garrido Martín y Ramón Valdivia Jiménez (coords.)
- *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Miguel Ángel Presno Linera
- *La dulce militancia. Crítica de la razón indignada*, Andrés García Inda
- *La autonomía reproductiva en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Alonso Pino Ávila
- *Los derechos humanos en los tiempos de la pandemia Covid-19*, Luis Efrén Ríos Vega, Irene Spigno (dirs.), Fernando Gustavo Ruiz Dueñas (coord.)